

ISSN:1309-6826

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2023 • Sayı 56 • Yıl:14



yayin.taa.gov.tr

56



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

56

YIL: 14 - SAYI: 56 - EKİM 2023

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

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

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

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

Doç. Dr. Yasin SÖYLER
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

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

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

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

*Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Araştırma Makalesi/Research Article

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ KABAHAHATİ (KVKK m. 18/1-c)

*Misdemeanor of Non-Compliance with the Decisions of the
Personal Data Protection Board*

Uğur AŞKIN s. 1-20

Araştırma Makalesi/Research Article

KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKININ ENGELLENMESİ SUÇU

Prevention of the Right to Enjoy Public Services

Recep KAHRAMAN s. 21-52

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRKİYE'DE "DEVLET MEMURU" VE İTALYA'DA "DİPENDENTİ PUBBLİCİ'NİN" DİSİPLİN YÖNETİMİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

*A Comparative Analysis of Discipline Management of
"Devlet Memuru" in Türkiye and "Dipendenti Pubblici" in Italy*

Şahap KAYMAK; Kamil Ufuk BİLGİN s. 53-82

Araştırma Makalesi/Research Article

2012 ve 2014 MISIR ANAYASALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Comparing the Egyptian Constitutions of 2012 and 2014

Sezgin BAŞ s. 83-118

Araştırma Makalesi/Research Article

İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN ÇEKİLME SÜRECİNİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: TÜRK HUKUKUNUN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARLA İMTİHANI

*The Considerations Brought to Mind by the Process of
Withdrawal from the Istanbul Convention: The International
Treaties as a Scourge on the Turkish Law*

Fethullah BAYRAKTAR s. 119-154

Araştırma Makalesi/Research Article

SUÇLARIN İÇTİMAINDA TAMAMLAMA MUHAKEMESİ

Completion (Deduction) Trial in Terms of Accumulation of Crimes

Erdal YERDELEN; BURAK BOZ s. 155-176

Araştırma Makalesi/Research Article

**SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ ve AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI:
ÇATIŞAN MENFAATLER ve ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER**

*The Process of Deportation and the Right to Respect for
Family Life: Conflicting Interests and Considered Criteria*

Aslı BAYATA CANYAŞ s. 177-202

Araştırma Makalesi/Research Article

**NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI
ve NATO ANLAŞMASI**

*The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and
the North Atlantic Treaty*

A. Fusun ARSAVA s. 203-228

Araştırma Makalesi/Research Article

**VERGİ YARGILAMASINDA BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNCE
VERİLEN GÖNDERME KARARLARI ÜZERİNE BİR
DEĞERLENDİRME**

*An Evaluation of Sending Decisions Ruled by the Regional
Administrative Courts in Tax Disputes*

Neslihan KARATAŞ DURMUŞ s. 229-262

Araştırma Makalesi/Research Article

**15.07.2023 TARİHİNDEN ÖNCE KURUM AKTİFİNE KAYDEDİLEN
TAŞINMAZLARIN SATIŞINDAN ELDE EDİLECEK KAZANÇLAR
BAKIMINDAN TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI**

*Exemption for Gains From the Sale of Immovable Properties
Recorded in the Assets of the Corporation Before 15.07.2023*

Kader Melis TOPÇU s. 263-286

Araştırma Makalesi/Research Article

**ÇOCUKLARIN SUÇA İTİLMESİ VE COVID-19 PANDEMİSİ ÜZERİNE
BİR İNCELEME: SİLİVRİ ÖRNEĞİ**

*An Analysis of Juveniles Pushed into Crime and the
COVID-19 Pandemic: The Silivri Instance*

Aylin YALÇIN SARIBEY; Ayşe DEĞİRMENCİ s. 287-314

Araştırma Makalesi/Research Article

**BAĞLANTILI CEZA DAVALARINDA İSTİNAFTA KISMİ KESİNLEŞME
VE TEMYİZ İNCELEMESİNİN KESİNLEŞEN HÜKME ETKİSİ**

*Partial Final Decree of Linked Criminal Case in Appeal and
the Effects of Cassation on Partial Final Decree*

Fatih BİRTEK s. 315-336

Araştırma Makalesi/Research Article

**CEZA MUHALEMESİNDE HÜKÜM VERME SÜRECİNE
METODOLOJİK BİR BAKIŞ**

*A Methodological Perspective to the Process of Judgement-
Making in Criminal Procedure*

İsmail ÇINAR s. 337-370

Araştırma Makalesi/Research Article

GENEL KAMU HUKUKU DİSİPLİNİNİN KRİTİĞİ

A Critique of the Discipline of General Public Law

Emir KAYA; Furkan AYDIN s. 371-402

Araştırma Makalesi/Research Article

**ÜST VE EŞYA ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN
ANAYASA'YA UYGUNLUĞU**

*Constitutionality of the Legislation About Body and
Belongings Search*

Ahmet KILIÇ s. 403-420

Araştırma Makalesi/Research Article

**GAİPLİK KURUMU VE VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN
DOĞURDUĞU SONUÇLAR**

The Institution of Absence and Its Consequences in Tax Law

Cengizhan HATİPOĞLU s. 423-448

Araştırma Makalesi/Research Article

**MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ELEKTRONİK
DURUŞMALARDA ALENİYETİN SAĞLANMASI**

*Ensuring Publicity within the Framework of Electronic
Hearings in Civil Procedure Law*

Hakan HASIRCI s. 449-464

Araştırma Makalesi/Research Article

**İŞ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK İLE
HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BİRLİKTE UYGULANMASI HALİNDE
KARŞILAŞILABİLECEK DURUMLAR**

*Situations that may be Encountered when Mandatory
Mediation in Labour Law and Expert-Determination are
Applied Together*

Didem YARDIMCIOĞLU s. 465-496

Araştırma Makalesi/Research Article

**GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİNDE
"BELİRLİLİK/ BELİRLENEBİLİRLİK" ŞARTI VE BUNUN
FACTORING-TEMLİKİ İŞLEMİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ**

*The Condition of "Determination/Determinability" in the
Transfer of Future Receivables and its Appearance in the
Factoring-Association Process*

Arif KOCAMAN s. 497-510

Araştırma Makalesi/Research Article

**KONUTUN DEPREM NEDENİYLE ZARAR GÖRMESİNİN KİRA
SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ**

*The Effect of Damage to the Residence due to Earthquake
on the Lease*

Seda BAŞ s. 511-538

Araştırma Makalesi/Research Article

**TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA
ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİK
ŞERHİ**

*Mediation Agreement Document and Enforceability
Annotation in Disputes Regarding the Real Right on Real Estate*

Nesibe KURT KONCA; Emel BADUR s. 539-568

Araştırma Makalesi/Research Article

**REKLAM KURULU KARARLARINDA HELAL SERTİFİKALARI VE
HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR**

*Advertising Board Decisions on Halal Certificates
and Unfair Commercial Practices*

Sümeyye ŞİMŞEK; Elif Banu VARLI s. 569-594

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



Jurix

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ KABAHATİ (KVKK m. 18/1-c)

*Misdemeanor of Non-Compliance with the Decisions of the
Personal Data Protection Board*

Uğur AŞKIN*

Özet

6698 sayılı KVKK m. 3/1-d’de kişisel veri kavramı tanımlanmaktadır. Buna göre, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” kişisel veridir. Kanun koyucu kişisel verinin nelerden ibaret olduğunu net olarak sınırlamamış, kapsamın uygulama tarafından belirlenmesini tercih etmiştir.

Kabahatler ise, Kabahatler Kanunu’nda ve diğer özel kanunlarda düzenlenmektedir. Özel kanunlar da yer alan bir fiilin kabahat olup olmadığı, karşılığında öngörülen yaptırma göre belirlenir. Bu kapsamda bir haksızlık karşılığında idari yaptırım uygulanması, onun kabahat olduğunu gösterir.

Kanun koyucu kişisel verilerin korunması hakkının bazı ihlallerini ağır görerek TCK m. 135 ila 138 arasında suç olarak düzenlemektedir. Bu suçlar; kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m. 136) ve verileri yok etmemedir (m. 138). Buna karşılık ceza hukukunun son çare olması ilkesinden hareketle kişisel verilerin korunmasına ilişkin bazı ihlal biçimlerini kabahat olarak düzenlemeyi yeterli görmüştür. Böylelikle kişisel verilere ilişkin ihlallerin bir kısmı cezayı gerektirirken, diğer bazı ihlaller idari yaptırım gerektirmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 18’inci maddesinde kişisel verilere ilişkin kabahatler düzenlenmektedir. Bunlar; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kurul tarafından verilen kararların yerine getirilmemesi ile veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Suç, kabahat, kişisel veri, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Kurul kararları.

Abstract

The Law on the Protection of Personal Data No. 6698 the concept of personal data is defined in art. 3/1-d. According to this article, “any information relating to an identified or identifiable natural person” is personal data. The legislator did not clearly limit what personal data consists of, and preferred that the scope be determined by the practice.

Misdemeanors are regulated in the Misdemeanor Law and other special laws. Whether an act included in special laws is a misdemeanor is determined according to the sanction envisaged in return. In this context, applying an administrative sanction for an injustice shows that it is a misdemeanor.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugur.askin@inonu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3842-8745>.

The legislator considers some violations of the right to protection of personal data as heavy. It regulates it as a crime between 135-138. These crimes include recording personal data (art. 135), illegally giving or seizing data (art. 136), and destroying data (art. 138). On the other hand, based on the principle that criminal law is a last resort, it considered it sufficient to regulate some forms of violations as misdemeanors. Thus, while some of the violations regarding the protection of personal data require punishment, some other violations require administrative sanctions.

In Article 18 of the Personal Data Protection Law, misdemeanors regarding personal data are regulated. These; failure to fulfill the obligation of disclosure, failure to fulfill obligations regarding data security, failure to fulfill the decisions made by the board, and violation of the obligation to register and notify in the data controllers registry.

Keywords: Crime, misdemeanor, personal data, Personal Data Protection Board, Board decision.

GİRİŞ

6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nun (KVKK) ‘suçlar ve kabahatler’ başlıklı beşinci bölümündeki 17’nci maddede suçlar, 18’inci maddede ise kabahatler düzenlenmektedir¹.

KVKK m. 17’de, kişisel verilere ilişkin suçlar açısından 5237 sayılı TCK’nın 135 ila 140’ıncı maddelerinin uygulanması gerektiğine ilişkin atıfta bulunulmaktadır². Aynı Kanun’un 18’inci maddesinde ise kişisel verilere ilişkin kabahatler

¹ ‘Suçlar’ başlıklı 6698 sayılı KVKK m. 17’ye göre; “Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır: (2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır”. Aynı Kanun’un ‘Kabahatler’ başlıklı 18. maddesine göre ise; “(1) Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar; b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar; c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar; ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar; idari para cezası verilir: (2) Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır: (3) Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir”.

² “Şikâyetçinin başvurusu incelendiğinde, kişinin görevi nedeniyle imzalamış olduğu bir evrakın hukuka aykırı bir şekilde elde edilip kimliği belirsiz kişi veya kişilerce internet ortamında paylaşıldığı ve aynı kullanıcı ismiyle Şikâyetçinin isim ve soy isminin baş harflerinin yazılarak kişi hakkında bir takım iftira içerikli metinlere yer verildiği anlaşılmış olup, kimliği belirsiz kişi veya kişilerin veri sorumlusu olarak tanımlanamayacağı, Kanunun “Suçlar” başlıklı 17 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği, kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümlerinin uygulanacağı hususlarından hareketle, şikâyet konu olayın Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca suç unsuru barındırması ve konuya ilişkin gerekli hukuki işlemlerin tesisini teminen konunun Şikâyetçi tarafından yargıya intikal ettirilmiş olması nedenleriyle Şikâyetçi hakkında ilgili uygulama üzerinden yapılan paylaşımlar kapsamında Kurumca yapılacak bir işlem bulunmadığına karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 13/09/2018 Tarihli ve 2018/106 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 25 Ekim 2021).

birinci fıkrada dört bent halinde düzenlenmektedir³. Bu kabahatler; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, Kurul tarafından verilen kararların yerine getirilmemesi ile veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesidir⁴.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarının yerine getirilmemesi kabahati KVKK m. 18/1-c’de şu şekilde düzenlenmektedir: “*Bu Kanunun; 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezası verilir*”⁵. Bu kabahate 2023 yılı itibariyle yeniden değerlendirme oranına bağlı olarak 149.285 Türk Lirasından 5.971.989 Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanmaktadır.⁶

³ Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, (2016) 3 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, s. 119; Aslıhan Kart ve Muammer Ketizmen, “Kabahatler Kanunu’nun İctima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, (2019) 1 (2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 17, s. 20; İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, (2. Baskı, Seçkin 2019), s. 325-326; Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, (1. Baskı, Seçkin 2017), s. 32- 33; Melike Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, (2. Baskı, Seçkin 2021), s. 101; Mustafa Altındere, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması*, (1. Baskı, Adalet 2020), s. 122.

⁴ “Şirketin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almayarak Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine aykırı davranmış olması nedeniyle Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 07/11/2019 Tarihli ve 2019/331 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 28 Ekim 2021).

⁵ İtalya’da 9 Mart 1987 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (LPDP) kişisel veriler alanında temel düzenlemeleri içermektedir. Bu Kanun’un 4. maddesine göre, gerçek veya tüzel bir kişinin kimliğinin doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmesini mümkün kılan bilgi veya bilgiler kişisel veri olarak kabul edilir. Kişisel verilere ilişkin hususların denetlenmesi ve kontrolü Danıştay tarafından atanan Kanton Veri Koruma Görevlisi tarafından şikayet üzerine veya re’sen yerine getirilir (LPDP m. 30). Kanton Veri Koruma Görevlisi’nin tavsiyesi reddedilirse ya da tamamen veya kısmen takip edilmezse, konuyu yetkili yüksek makama (Kanton Veri Koruma Komisyonu) havale edebilir (LPDP m. 30/6). Kanton Veri Koruma Komisyonu kasten öngörülen şartlara uymayan kişileri 10.000 Euro’ya kadar para cezasıyla cezalandırır. Avrupa Birliği’nde ise, üye devletlerin vatandaşlarının kişisel verilerinin korunması ve gizliliğine ilişkin 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR) bulunmaktadır. Ulusal denetim makamları, Genel Veri Koruma Yönetmeliği kapsamında belirli veri ihalleri nedeniyle para cezası uygulayabilir. Para cezaları ihlali sona erdirmeye emri, veri işlemeyi yasal gerekliliklere uyarlamak talimatı ve veri işlemenin geçici veya kesin olarak yasaklanması gibi daha fazla yardım veya çare hakkına ek olarak uygulanır. Bu yönetmeliğin 83’üncü maddesinin altıncı fıkrasına göre, denetim otoritesinin emrine uyulmaması, bu maddenin 2. fıkrası uyarınca 20.000.000 Euro’ya kadar idari para cezasına veya bir tüzel kişiliğin bulunması durumunda bir önceki mali yıldaki yıllık cirosunun %4’üne kadar idari para cezası verilmesini gerektirir. Bkz. <https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr/>, Date of Access 22 November 2021; Genel Veri Koruma Yönetmeliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Voigt and Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, (Springer International Publishing 2017), s. 9 vd.

⁶ Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nda yer alan kabahatler sebebiyle uygulanacak 2023 yılı idari para cezası tutarları için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7530/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Idari-Para-Cezasi-Tutarlari>, Erişim Tarihi: 07.10.2023.

Şikayet üzerine veya resen incelemenin usul ve esasları başlıklı KVKK m. 15'te ise Kurul'un incelemeleri neticesinde birtakım kararlar alabileceği ve bunların veri sorumlusu tarafından yerine getirilmesinin gerektiği düzenlenmektedir. Aksi halde KVKK m. 15 çerçevesinde Kurul'un aldığı kararların yerine getirilmemesi, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatini oluşturur.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati ile korunan hukuki değer, kişisel verilerin korunması hakkıdır. Gerçekten kişisel verileri üzerindeki haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, kişisel verilerinin veri sorumlusu tarafından korunmasını Kurul'dan talep eder⁷. Öte yandan Kurul, re'sen kişisel verilerin ihlaline ilişkin inceleme de yapabilir⁸. Bu inceleme esnasında Kurul, gerekli olan bilgi ve belgeleri veri sorumlusundan talep edebileceği gibi yerinde inceleme yapılmasına veyahut da verilerin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir. Bu inceleme neticesinde Kurul, ihlal iddiasına ilişkin bir karar verir⁹.

İşte bireylerin kişisel verilerinin korunabilmesi için Kurul'un gerek inceleme esnasındaki gerekse inceleme neticesindeki verdiği kararların yerine getirilmesi gerekir¹⁰. Bunun sağlanabilmesi için KVKK m. 18/1-c'de Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati ihdas edilmiştir¹¹.

II. KABAHAATİN UNSURLARI

A. Tipiklik

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati, her türlü kararın değil yalnızca KVKK m. 15'te belirtilen kararların yerine getirilmemesiyle oluşur. Bu madde

⁷ Genel Veri Koruma Yönetmeliği'nin (GDPR) 77'nci maddesi uyarınca, kişisel verileri ihlal edilen veri sahibi yetkin denetim merciiine şikayette bulunabilir. Veri sahibinin işlerini gördüğü veya yaşadığı yerdeki mercie şikayette bulunulabileceği gibi ihlalin gerçekleştiği yerdekine de başvurulabilir. Bkz. Voigt and Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, s. 215.

⁸ İslam Safa Kaya ve Yüksel Tolun, *Uygulayıcılar İçin Türkiye'de ve Avrupa'da Kişisel Verilerin İşlenmesi*, (1. Baskı, Adalet 2020), s. 130; Kart ve Ketizmen, "Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", s. 26; Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, s. 330; Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, s. 28-29; Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, s. 29-30.

⁹ Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, (1. Baskı, On İki Levha 2019), s. 220.

¹⁰ "6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin korunması konusunda önemli bir yasal boşluğu doldurmak amacıyla kabul edilen çerçeve niteliğinde bir yasal düzenlemedir. Genel gerekçede yer verilen şu tespit Kanun ile oluşturulan Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun genel kontrol ve denetleme işlevlerine dikkat çekmesi bakımından önemlidir: "Ülkemizde kişisel verilerin işlenmesi sürecini kontrol edecek ve denetleyecek bir kurum bulunmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak halen kişisel veriler yeterli düzenleme ve denetime tabi olmaksızın, birçok kişi veya kurum tarafından kullanılabilmekte ve bu durum bazı hak ihlallerinin yaşanmasına sebep olabilmektedir" (Danıştay 15. D., 2018/1490, 08.05.2018).

¹¹ Mustafa Baysal, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı*, (3. Baskı, Seçkin 2021), s. 62.

çerçevesinde Kurul tarafından verilebilecek kararlar; Kurul'un talep ettiği bilgi ve belgeleri göndermek, yerinde inceleme yapılmasına imkan sağlamak, belirlenen hukuka aykırılıkları gidermek veya verinin işlenmesini ya da yurt dışına aktarılmasını durdurma. Belirtilen kararlar, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin fiil unsurunu oluşturduğundan, bu kabahat seçimsel hareketlidir¹².

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati yalnızca KVKK m. 15'te sayılan kararların yerine getirilmemesiyle işlenebildiğinden aynı zamanda bağlı hareketli bir kabahattir. Dolayısıyla KVKK m. 15'te sayılanların haricindeki kararların yerine getirilmemesi, bu kabahati oluşturmaz.

KVKK m. 15'te belirtilen Kurul kararlarından birinin yerine getirilmemesiyle, söz konusu kabahat oluşur. Bunun haricinde bir zararın veya somut tehlikenin ortaya çıkması gerekmez. Bu sebeple Kurul kararlarının yerine getirilmemesi, soyut tehlike kabahatidir. Ayrıca bir zarar veya somut tehlike aranmadığı için, bu kabahat aynı zamanda sırf hareket kabahatidir. Diğer bir ifadeyle, hareketin gerçekleştirilmesinden sonra neticenin ortaya çıkması aranmamıştır.

Kabahatler, icrai veya ihmali bir davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gerekir (KK m. 7/1)¹³. Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinde, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişilerin Kurul kararlarının yerine getirilmesine ilişkin hukuki yükümlülükleri bulunmaktadır (KVKK m. 15). Bu itibarla söz konusu kabahatin icrai veya ihmali bir davranışla işlenebilmesi mümkündür. Örneğin, Kurul'un yerinde inceleme yapmasına veri sorumlusunun engel olması halinde kabahatin icrai bir davranışla işlenmesi söz konusudur. Buna karşılık Kurul'un inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri veri sorumlusunun on beş gün içinde göndermemesi halinde, kabahat ihmali bir davranışla işlenmiş olur.

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

a. Fiil

Bir fiilin kabahat olarak nasıl düzenlenebileceği KK m. 4'te açıklanmaktadır. Buna göre; *"Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir"*¹⁴. Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatini oluşturan fiiller ise KVKK m. 15 uyarınca Kurul tarafından verilen kararların yerine getirilmemesiyle oluşur. Dolayısıyla

¹² Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, s. 220- 221.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Bekar, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", (2011) 1 (2) C. LXIX İÜHF 1033, s. 1041; Yaşar Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, (4. Baskı, Seçkin 2020), s. 51.

¹⁴ Hakan Kaşka, "Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)", (2013) 3 (2) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 168, s. 196- 197; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 138.

şıyla bu kabahatin fiil unsuru KVKK m. 18/1-c’de açıkça düzenlenmekte olup, idarenin genel ve düzenleyici işlemlerine bırakılmamıştır.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatini oluşturan fiiller yalnızca KVKK m. 15’teki kararlar ile sınırlıdır. Bunlar; Kurul’un inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgelerin on beş gün içinde gönderilmesi, gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkan sağlanması, Kurul’un tespit ettiği hukuka aykırılıkların giderilmesi ve veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulması kararlarıdır¹⁵. Bunlardan birinin yerine getirilmemesiyle söz konusu kabahat işlenmiş olur. Bu kabahatin fiil unsuru, belirtilen kararların yerine getirilmemesiyle oluşur.

aa. Kurul’un İnceleme Konusuyla İlgili İstemiş Olduğu Bilgi ve Belgeleri Göndermemek veya Yerinde İnceleme Yapılmasına İmkan Sağlamamak

Kurul, kişisel verilere ilişkin ihlal incelemelerini re’sen veya ilgililerin şikayeti üzerine yerine getirir. Bu incelemenin gereği gibi yapılabilmesi için Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç olmak üzere; Kurul inceleme konusuyla ilgili bilgi ve belgelere ihtiyaç duyabilir. Bunların gönderilmesini veri sorumlusundan talep eder.

Veri sorumlusu, Kurul’un inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri 15 gün içinde göndermek zorundadır. Aksi halde istenilen bilgi ve belgenin hiç veya belirtilen süre içerisinde gönderilmemesi halinde söz konusu kabahat oluşur¹⁶. Elbette istenilen bilgi veya belgenin devlet sırrı olması nedeniyle gönderilmemesi durumunda, bu kabahat oluşmaz (KVKK m. 15/3).

Kurul, kişisel verilere ilişkin ihlal incelemesini gerçekleştirirken yerinde inceleme yapılmasına karar verebilir. Bu durumda veri sorumlusu yerinde incelemenin yapılabilmesi için gerekli imkanı sağlamak zorundadır. Veri sorumlusu icrai veya ihmali bir davranışla yerinde incelemenin yapılmasını engellemeye çalışırsa, söz konusu kabahat oluşur¹⁷.

¹⁵ Kart ve Ketizmen, “Kabahatler Kanunu’nun İctima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, 26.

¹⁶ “Bir kamu tüzel kişiliğine haiz veri sorumlusunun, söz konusu olay dahilinde kendilerinden bilgi/ belge talebinde bulunulmasına rağmen Kurumumuza herhangi bir cevap vermediği, bir özel hukuk tüzel kişiliğine haiz veri sorumlusunun, ihlale konu olayın suç niteliği taşıması nedeniyle Kurumumuz tarafından resen incelemeye ilişkin karar verilemeyeceği, zira olayın yargı organları tarafından değerlendirilmesi gerektiğini iddia ettiği ve Kurumumuza bir takım bilgi ve belge göndermiş olmakla birlikte; Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu; ihlalden etkilenen kişi sayısı, ihlalden etkilenen kişisel veriler gibi ihlal ile ilgili açıklayıcı birçok bilgi ve belgeyi Kurumumuza göndermemiş olduğu hususları dikkate alındığında Kanunun 15 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç; veri sorumlusu, Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadır” hükmü çerçevesinde veri sorumluların Kurulun bilgi belge talebine ilişkin cevap verilmesinde gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi hususunda talimatlandırılmasına karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/04/2021 Tarihli ve 2021/426 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2021).

¹⁷ Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, 227.

bb. Kurul Tarafından Tespit Edilen Hukuka Aykırılıkları Gidermemek

Kurul, şikâyet üzerine veya resen yaptığı inceleme sonucunda ihlalin varlığını tespit ederse, hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu kararı veri sorumlusunun veya yetkilendirdiği kişilerin, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirmesi gerekir (KVKK m. 15/5)¹⁸.

Veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişiler, Kurul'un tespit ettiği hukuka aykırılıkları hiç veya kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde yerine getirmezlerse, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati oluşur¹⁹.

Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda ihlalin yaygın olduğunun tespit edilmesi hâlinde Kurul, bu konuda ilke kararı alır ve bu kararı yayımlar (KVKK m. 15/6)²⁰. Veri sorumlusunun veya yetkilendirdiği kişilerin, Kurul'un ilke kararlarına aykırı hareket etmesi halinde bu kabahat oluşmaz. Zira Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati, kişisel verilere ilişkin bireysel ihlallere ilişkin kararların yerine getirilmesiyle oluşur. Bu sebeple genel düzenleyici işlem mahiyetindeki Kurul'un ilke kararlarına aykırı hareket edilmesi, bu kabahati oluşturmaz²¹.

¹⁸ Kart ve Ketizmen, “Kabahatler Kanunu’nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, s. 26; Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, s. 331; Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, s. 28-29; Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, s. 99.

¹⁹ “Şikâyetçinin Kurula yapmış olduğu başvurunun incelenmesi neticesinde alınan Kurul Kararı 02.07.2018 tarihinde veri sorumlusuna tebliğ edilmiştir. Bu kapsamda veri sorumlusunun, Kurul Kararı kapsamında 16.08.2018 tarihinde şikâyetçiye bilgi verdiği, bu hususun da 17.08.2018 tarihli yazı ile Kurula bildirildiği görülmekte olup, Şirket tarafından ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde en geç 01.08.2018 tarihinde yapılması gereken işlemin 16.08.2018 tarihinde yapıldığı tespit edilmiştir. Bu çerçevede kamu kuruluşu olarak değerlendirilen veri sorumlusuna tebliğ edilen Kurul Kararının gereğinin Kanunun 15 inci maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen 30 günlük yasal süre içerisinde yerine getirilmemesi ve şikâyetçiye gönderilen bilgilendirme yazısında Kurul Kararında belirtilen hususlara yer verilmemiş olması nedenleriyle, Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası çerçevesinde işlem tesis edilmesine karar verilmiştir (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 16/10/2018 Tarihli ve 2018/118 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2021).

²⁰ “Veri sorumluları tarafından kişilerin telefon numarası, e-posta adresi gibi iletişim kanallarına, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa aykırılık oluşturacak şekilde üçüncü kişilerin kişisel verilerini içeren ekstre, fatura vb. belgelerin gönderilmesinin önlenmesini teminen; Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince veri sorumluları tarafından kendilerine bildirilen iletişim bilgilerinin doğruluğunu teyit edecek mekanizmaların oluşturulması adına gerekli idari ve teknik tedbirlerin alınması hususunda Kanunun 15 inci maddesinin 6 numaralı fıkrası uyarınca İlke Kararı alınmasına ve söz konusu İlke Kararının Kurumun internet sayfasında ve Resmi Gazetede ilan edilmesine oybirliği ile karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 22/12/2020 Tarihli ve 2020/966 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2021).

²¹ Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, s. 228; Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, s. 331.



cc. Kurul'un Veri İşlenmesinin veya Verinin Yurt Dışına Aktarılmasının Durdurulması Kararına Uymamak

Kurul, kişisel verilere ilişkin ihlal incelemesi sonuçlanıncaya kadar geçici bir tedbir olarak veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir. Bunun için verilerin işlenmesinin ya da yurt dışına aktarılmasının telafisi güç veya imkansız zararlara sebebiyet vermesi ve açık bir hukuka aykırılığın bulunması gerekir (KVKK m. 15/7)²².

Kurul'un veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulması kararına aykırı hareket edilmesi halinde, bu kabahat oluşur²³. Geçici önlem niteliğindeki bu kararın geçerliliği, Kurul'un incelemesini tamamlamasıyla sona erer.

b. Fail

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin faili, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenlerdir. Bunlar ise, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kimselerdir. KVKK m. 3/1-ı'ya göre veri sorumlusu; *"kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder"*²⁴.

Faillik vasfı yalnızca gerçek kişilere aittir. Hareket yeteneği bulunmayan tüzel kişilerin tipe uygun hareketi gerçekleştirme imkanı bulunmadığı için fail olamazlar²⁵. Ancak KK m. 8/1'e göre; *"bir kabahatin organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir"*²⁶. Bu itibarla tüzel

²² Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, s. 331.

²³ "2019/23 sayılı Kurul Kararı çerçevesinde Şirkete tebliğ edilen "...söz konusu aykırılığın ivedilikle giderilmesi, bahse konu aykırılığın giderildiği hususunun Kurula tevsiki sağlanıncaya kadar işbu Kararda yer alan linklerin kullanımının derhal durdurulması..." şeklindeki talimatın Şirket tarafından Kurul Kararına uygun olarak yerine getirilmediği dikkate alındığında, Kanunun 15 inci maddesine aykırı olarak uyarınca Kurul tarafından verilen kararı yerine getirmeyen Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesi çerçevesinde 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına..." (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 05/03/2019 Tarihli ve 2019/52 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 25 Kasım 2021).

²⁴ Kaya ve Tolun, *Uygulayıcılar İçin Türkiye'de ve Avrupa'da Kişisel Verilerin İşlenmesi*, s. 49; Baysal, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı*, s. 50; Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, s. 33; Şeyma Sert, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, (1. Baskı, Seçkin 2019), s. 46; Altındere, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması*, s. 34.

²⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (15. Baskı, Adalet 2021) 376; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (17. Baskı, Seçkin 2021), s. 213.

²⁶ Organ veya temsilcisinin fiilinden dolayı tüzel kişi hakkında idari yaptırım uygulanmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırılığı AYM tarafından incelenmiştir. Bu karara göre; *"Anayasa'nın 'Suç ve cezalara ilişkin esaslar' kenar başlıklı 38'inci maddesinin yedinci fıkrasında, 'Ceza sorumluluğu şahsidir.' hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden*

kişilerin yararına gerçek kişilerin kabahat işlemesi halinde, tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilmektedir²⁷.

Veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde yetkilendirdiği gerçek kişi faillik vasfına haizdir. Ancak KVKK m. 18/2 uyarınca, idari para cezası veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır²⁸. Bu sebeple veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde yetkilendirdiği gerçek kişi fail olmakla birlikte, idari para cezası tüzel kişi hakkında uygulanır²⁹. Diğer bir ifadeyle KVKK m. 18/2 uyarınca, KK m. 8/2'nin uygulanabilmesi mümkün değildir³⁰.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi, özgü (mahsus) bir kabahattir. Bu sebeple herkes tarafından işlenemeyip, yalnızca Kurul kararlarını yerine getirme yükümlülüğü altında olan veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişiler tarafından gerçekleştirilebilir³¹.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatine veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişilerin haricindekilerin iştirak etmesi halinde, bunlar azmettiren veya yardım eden olarak sorumludur. Ancak KK. m. 14/2 uyarınca, özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir. Bu maddenin KVKK m. 18'de düzenlenen kabahatler açısından uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira KVKK m. 18/2'de ifade edildiği üzere, kişisel verilere ilişkin kabahatlerden dolayı idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır. Bunların haricindeki kişilerin kabahate iştirak etmeleri halinde idari para cezası verilebilmesi mümkün değildir.

İfade etmek gerekir ki, veri sorumlusu ile yetkilendirdiği kişiler arasındaki hizmet ilişkisinin hukuken geçersiz olması, kabahatten dolayı veri sorumlusuna idari para cezası verilmesini engellemez (KK. m. 8/4)³².

sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir" (Anayasa Mahkemesi, 2012/93, 10/01/2013).

²⁷ Bekar, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 1041- 1042.

²⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesinin gerekçesine göre; "Madde metninde, tüzel kişi hakkında da kabahat dolayısıyla idari yaptırım ve bu bağlamda idari para cezası uygulanabileceği kabul edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde tüzel kişi hakkında suç dolayısıyla ceza yaptırımını uygulanamaz. Buna karşılık idari para cezasının niteliği ve amacının farklılığı dolayısıyla, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen kabahat nedeniyle bu tüzel kişiye de idari para cezası verilebilecektir".

²⁹ Baysal, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı*, 51; Kaya ve Tolun, *Uygulayıcılar İçin Türkiye'de ve Avrupa'da Kişisel Verilerin İşlenmesi*, s. 133.

³⁰ Kabahatler Kanunu m. 8/2'ye göre; "Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir".

³¹ Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, s. 222.

³² Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, s. 60.

c. Mağdur

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin mağduru, kişisel verileri ihlal edilen veya ihlal iddiasında bulunan gerçek kişilerdir. Tüzel kişiler, bu kabahatin mağduru olamaz. Zira kişisel veriler, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiden oluşur (KVKK m. 3/1-d). Bu itibarla tüzel kişilere ait bilgiler kişisel veri olarak korunmamaktadır³³.

d. Konu

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin konusu, ilgili kimsenin kişisel verileri veya bunlara ilişkin bilgi ve belgelerdir.

Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler, bu kabahatin konusunu oluşturmaz. Zira KVKK m. 15/3 uyarınca veri sorumlusu, devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri Kurul'a göndermek zorunda değildir³⁴. Bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olması CMK m. 47/1'deki tanımdan hareketle belirlenir. Buna göre; “açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır”³⁵.

2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde kasten veya taksirle işlenebilir (KVKK m. 9). Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin de kasten veya taksirle işlenebilmesi mümkündür. Bu kabahatten sorumluluk için en azından taksire dayalı kusurun varlığı aranmış olup, objektif sorumluluk esası kabul edilmemiştir³⁶.

Kabahatin kasten işlenebilmesi için veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişinin bilerek ve isteyerek, Kurul kararını yerine getirmemesi gerekir. Örneğin, veri sorumlusunun bilerek ve isteyerek Kurul'un talep ettiği bilgi ve belgeleri gönderme-

³³ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, 106; Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, 224; Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, 127; Kaya ve Tolun, *Uygulayıcılar İçin Türkiye’de ve Avrupa’da Kişisel Verilerin İşlenmesi*, 43; Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, s. 38-39.

³⁴ “Kanunun 15 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç; veri sorumlusu, Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadır.” hükmü çerçevesinde veri sorumluların Kurulun bilgi belge talebine ilişkin cevap verilmesinde gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi hususunda talimatlandırılmasına karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/04/2021 Tarihli ve 2021/426 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 29 Kasım 2021).

³⁵ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (9. Baskı, Seçkin 2021), s. 543-544.

³⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. Baskı, Seçkin 2021), s. 53; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 302; Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, s. 61.

mesi veya verilerin işlenmesinin ya da yurt dışına aktarılmasının durdurulmaması halinde, kabahatin kasten işlenmesi söz konusudur.

Taksirli bir davranış sebebiyle kabahatin işlenebilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı Kurul kararlarının yerine getirilmemesi gerekir. Örneğin, veri sorumlusu, Kurul'un tespit ettiği hukuka aykırılıkların bir kısmını gidermesine rağmen kararın tam olarak yerine getirildiğini düşünerek hareket etmesi halinde, kabahatin taksirle işlenmesinden sorumludur.

Kabahat dolayısıyla uygulanacak idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur (KK. m. 17/2)³⁷. Kabahatin haksızlık içeriğini oluşturan hususlardan biri de, kasten veya taksirle işlenmesidir. Bu itibarla failin kasten veya taksirle hareket etmesi, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle uygulanacak idari para cezasının miktarını belirleyen etkenlerdendir³⁸.

Kasten işlenen kabahatlere, Türk Ceza Kanunu'ndaki hata hallerinin uygulanabilmesi mümkündür (KK. m. 10). Bu bağlamda Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin kasten işlenmesi halinde, maddi unsurlarda hata kastı kaldırır. Ancak bu halde kabahatin taksirli halinden sorumluluk devam eder. Bu sebeple kabahatin maddi unsurlarında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı hataya düşülmesi halinde, kast ortadan kalksa bile kabahatten taksirle sorumluluk söz konusudur. Elbette fail gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen kabahatin maddi unsurlarında hataya düşmüşse, taksirli sorumluluğu da ortadan kalkar. Bu halde fail hakkında Kurul kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle idari para cezası uygulanamaz³⁹.

B. Hukuka Aykırılık

Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır (KK m. 12). Bu kapsamda meşru savunma, ilgilinin rızası, görevin ifası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin kabahatler açısından uygulanabilmesi mümkündür⁴⁰.

³⁷ “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında kapsamında veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almayan veri sorumlusu hakkında kabahatin haksızlık içeriği, veri sorumlusunun kusuru ve ekonomik durumu da göz önünde bulundurularak Kanunun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca, 600.000 TL idari para cezası uygulanmasına...” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/04/2021 Tarihli ve 2021/427 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2021).

³⁸ Benzer şekilde Avrupa Veri Koruma Yönetmeliği'nin (GPDR) idari para cezası verilmesine ilişkin genel koşullar başlıklı 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde, ihlalin kasten veya taksirle işlenmesi idari para cezasının miktarını belirleyen etkenler arasında sayılmıştır. Bkz. <https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr/>, Date of Access 29 November 2021.

³⁹ Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, s. 229; Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, s. 64-65.

⁴⁰ Özgenç, *Genel Hükümler*, 390; Özбек/Doğan/Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 53; Bekar, “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s. 1044.



Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni önem arz eder. Kişisel veriler üzerindeki haklardan ilgililer serbestçe tasarruf edebilir. Bu sebeple kişisel verilere ilişkin ihlallerde ilgilinin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Fakat ilgililerin kişisel veriler üzerindeki serbestçe tasarruf imkanı, Kurul kararlarının yerine getirilmemesine teşmil ettirilemez. Zira Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatiyle KVKK m. 15'teki Kurul tarafından verilen kararların yerine getirilmesi ve Kurul'un işlevini koruması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla bu kabahatte, veri sahibinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez.

III. KUSURLULUK

Türk Ceza Kanunu'nun kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır (KK m. 12). Ancak kusurluluğu azaltan hallerin kabahatlere uygulanabilmesi mümkün değildir⁴¹.

Kabahatler Kanunu'nun 11'inci maddesinde yaş küçüklüğüne ve akıl hastalığına ilişkin özel düzenleme mevcuttur. Buna göre, fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında kabahat nedeniyle idarî para cezası uygulanamaz (KK. m. 11/1). Bu kapsamda Kurul kararlarını yerine getirmeyen kişilerin on beş yaşından küçük olması halinde, idari para cezası verilmez⁴². Aynı şekilde akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında da idarî para cezası uygulanmaz (KK. m. 11/2). Bu tür kimse-lerin veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kimse olması halinde, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle idari para cezası verilemez.

Türk Ceza Kanun'daki kusurluluğu ortadan kaldıran hallerden olan; hukuka uygun emrin ifası (24/2), zorunluluk hali (25/2), meşru savunmada sınırın aşılması (27/2), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit altında gerçekleştirilen fiiller (m. 28) ve alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmaya (m. 34) ilişkin hüküm-

⁴¹ “Kusurluluğu etkileyen nedenlere ilişkin hükümler, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler olarak iki gruba ayrılabilir. Maddenin düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedenleri ile zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde, idarî para cezasına karar verilemeyecektir. Ancak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili olarak Tasarıda ayrı hükümlere yer verilmiş olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanununun bu hallere özgü hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır. Keza, Türk Ceza Kanununun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler açısından uygulanamayacaktır” (KK Tasarısı madde 12 gerekçesi).

⁴² “Suça sürüklenen çocuk ...'in eylemi 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 40/1. maddesinde öngörülen idari para cezasını gerektirmekte ise de; aynı Kanun'un 11/1. maddesindeki “Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz.” hükmü uyarınca suça sürüklenen çocuk hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na iadesine...” (Yargıtay 11. C.D., 12172/6776, 20.09.2021).

ler kabahatlere de uygulanır⁴³. Ancak ceza sorumluluğunu azaltan hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (m. 27/1) ve haksız tahrik (m. 29) hükümleri kabahatlere uygulanamaz⁴⁴. Zira KK. m. 12 uyarınca yalnızca ceza sorumluluğunu kaldıran haller kabahatlere tatbik edilir⁴⁵. Bu bağlamda kusurluluğu ortadan kaldıran haller şartların bulunması halinde Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatine de uygulanır.

IV. ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır (KK. m. 13)⁴⁶.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinde teşebbüsün cezalandırılacağına ilişkin KVKK m. 18/1-c’de hüküm bulunmadığı için, bu kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Bu sebeple fail, Kurul kararlarının yerine getirilmemesine icrai hareketlerle başlayıp elinde olmayan sebeplerle bunu tamamlayamaz ve kararın gerekleri yerine getirilirse, kabahate teşebbüsten dolayı sorumlu olmaz.

B. İştirak

Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde, bunların her biri hakkında fail olarak idarî para cezası uygulanır (KK m. 14/1)⁴⁷. Dolayısıyla kabahatlerde iştirak şekline bakılmaksızın tek tip faillik sistemi kabul edilmiştir⁴⁸.

⁴³ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 519- 520; Özbek/Doğan/Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 53; Güçlü, “İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar”, s. 70-71.

⁴⁴ Kabahatler Kanunu’nun 12’nci maddesinin gerekçesine göre; “Keza, *Türk Ceza Kanunu*’nun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler açısından uygulanamayacaktır”. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.html>, Erişim Tarihi 2 Aralık 2021.

⁴⁵ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 12. maddesi bu Kanun’da aksine hüküm bulunmayan hallerde, *Türk Ceza Kanunu*’nun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır hükmü, anılan Kanun’un 9. maddesi ile kabahatler bakımından objektif sorumluluk esasının getirilmemiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, yaptırım uygulayan mercinin önüne gelen somut olayda savunma almaksızın belirtilen hususları değerlendiremeyeceği, bu noktada idari yaptırımların, klasik idari işlemlerden ayrıldığı anlaşılmaktadır” (Danıştay 13. D., 2011/3935, 13.02.2012)

⁴⁶ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 579; Özbek/Doğan/Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 53; Güçlü, “İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar”, s. 79.

⁴⁷ “5326 sayılı Kabahatler Kanununun 14’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında, kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde, bu kişilerin her biri hakkında fail olarak idari para cezası verileceği öngörülmüş; aynı maddenin 3’üncü fıkrasında ise, kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığının yeterli olduğu belirtilmiş olduğundan, kabahate iştirak nedeniyle para cezası uygulanabilmesi için fiile kasıtlı olarak iştirak edildiğinin kanıtlanması gerekmektedir” (Danıştay 7. D., 4109/412, 31.01.2013).

⁴⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, s. 794; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 654; Özbek/Doğan/Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 53; Bekar, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s. 1047; Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, s. 82.

Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idari para cezası verilir (KK. m. 14/2). Bu sebeple özel faillik niteliği taşımayan kişiler kabahatin işlenişinde azmettiren veya yardım eden olarak değil, fail olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir (KK. m. 14/3)⁵⁰. Bu bağlamda Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin iştirak ilişkisi içinde işlenebilmesi için taksirle değil, kasten işlenmiş olması ve fiile ilişkin herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekir.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinde iştirak ilişkisinin belirlenebilmesi için birden fazla veri sorumlusunun birlikte hareket ederek kararın gereklerini yerine getirmemesi ile veri sorumlusunun yetkilendirdiği birden fazla gerçek kişinin kararın yerine getirmemesini ayırt etmek gerekir.

İlkinde, ortak bir faaliyet kapsamında Kurul kararını yerine getirme yükümlülüğü altında olan birden fazla veri sorumlusunun, aldıkları karar doğrultusunda bu kabahati işlemeleri söz konusudur. Bu durumda iştirak ilişkisi içerisinde olan her bir veri sorumlusuna Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle idari para cezası verilmesi gerekir.

İkincisinde, veri sorumlusu olan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirdikleri birden fazla gerçek kişinin aralarında almış oldukları karar doğrultusunda Kurul kararlarını yerine getirmemeleri mevzu bahisdir. İştirak ilişkisi içerisinde hareket eden bu kimselere, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle idari para cezası verilemez. Zira KVKK m. 18/2 uyarınca, bu kabahat sebebiyle verilecek idari para cezaları yalnızca veri sorumlusu olan gerçek veya tüzel kişiler hakkında uygulanır.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi, özgü bir kabahat olduğu için yalnızca veri sorumlusu olan gerçek veya tüzel kişiler ile bunların yetkilendirdiği kişiler tarafından işlenebilir⁵¹. Bunların haricindekilerin kabahatin işlenişine iştirak

⁴⁹ 5237 sayılı TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur". Suça iştirak halinde geçerli olan bu kuraldan kabahatler açısından KK m. 14/2 ayrılarak, farklı bir yöntem benimsenmiştir.

⁵⁰ Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 794; Özgenç, *Genel Hükümler*, 653; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler*, 53; Güçlü, "İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar", 82.

⁵¹ "2019/23 sayılı Kurul Kararı çerçevesinde Şirkete tebliğ edilen "...söz konusu aykırılığın ivedilikle giderilmesi, bahse konu aykırılığın giderildiği hususunun Kurula tevsiki sağlanıncaya kadar işbu Kararda yer alan linklerin kullanımının derhal durdurulması..." şeklindeki talimatın Şirket tarafından Kurul Kararına uygun olarak yerine getirilmediği dikkate alındığında, Kanunun 15 inci maddesine aykırı olarak uyarınca Kurul tarafından verilen kararı yerine getirmeyen Şirket hakkında Kanunun 18 inci maddesi çerçevesinde 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına, Öte yandan, Şirkete ait internet sitesinde herhangi bir sorgu numarasının son iki hanesini değiştirmek suretiyle başka cihaz ve sahiplerine ilişkin sorgulamaların halen yapılabildiği dikkate alındığında, asıl güvenlik açığının giderilmediği bu kapsamda, cihaz takibi için sorgulama yapılabilmesine imkan veren sistemin değiştirilmesi, diğer taraftan halihazırda sorgulama yapılan sisteme erişimin ivedilikle kapatılması hususunda Şirketin talimatlandırılmasına karar verilmiştir"

etmeleri halinde KK. m. 14/2 uyarınca bu kişilerinde fail olarak sorumlu olacağı düşünülebilir. Fakat KVKK m. 18/2’de, bu kabahat dolayısıyla verilecek idari para cezalarının yalnızca veri sorumlusu olan gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanabileceği düzenlenmektedir. Nihayetinde KK m. 14/2’deki özel faillik vasfının arandığı kabahatlere ilişkin getirilen kural, KVKK m. 18’de düzenlenen kabahatler açısından uygulama alanı bulmaz⁵².

C. İctima

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi fiili ile bir başka kabahatin de oluşumuna sebebiyet verilmiş ve diğer kabahat açısından da idari para cezası öngörülmüşse, yalnızca en ağır idari para cezasını gerektiren kabahatten işlem yapılır⁵³. Ancak diğer kabahat açısından idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanması gerekir (KK m. 15/1).

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatinin birden fazla işlenmesi halinde, her birinden dolayı ayrı ayrı idari para cezası verilmesi gerekir. Ancak bu kabahatten dolayı henüz idari para cezası verilmeden önce, seçimlik hareketlerden bir diğerinin gerçekleştirilmesi halinde fiil tek sayılır (KK m. 15/2)⁵⁴. Öte yandan idari para cezasının verilmesinden sonra bu kabahatin diğer seçimlik hareketinin gerçekleştirilmesi halinde ise her bir fiil nedeniyle ayrı ayrı idari para cezası verilmelidir.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatine ilişkin fiil aynı zamanda suç teşkil etmekteyse, yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde bu kabahatten dolayı idari para cezası verilir (KK. m. 15/3)⁵⁵.

Kurul’un verdiği kararda kişisel verileri ihlal edilen birden fazla mağdur olabilir. Bu tür bir kararın yerine getirilmemesi halinde mağdur sayısınınca değil, ka-

(Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 05/03/2019 Tarihli ve 2019/52 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2021).

⁵² Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, s. 233.

⁵³ “Dosya kapsamına göre, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 15.maddesinde “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir.” şeklinde düzenlenen fikri ictima kuralı uyarınca, somut olayda fail hakkında kabahat teşkil eden eylemi karşılığında bir kez 190,00 Türk lirası idari para cezası uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği...” (Yargıtay 19. C.D., 10705/327, 14.01.2016).

⁵⁴ Özcan, Göknil, *Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması*, (1. Baskı, On İki Levha 2020) 198; Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, 234; Güçlü, “İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar”, 85.

⁵⁵ Kart ve Ketizmen, “Kabahatler Kanunu’nun İctima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, s. 26-27; Güçlü, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, s. 89; Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, s. 102.



bahatin bir kez işlendiğinin kabul edilmesi gerekir⁵⁶. Zira bu kabahat salt bir yükümlülük ihlali sebebiyle ortaya çıktığı için birden fazla mağdur olmasına rağmen, yerine getirilmeyen Kurul kararı tektir.

V. YAPTIRIM

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle KVKK m. 18/1-c uyarınca 25.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar idari para cezası yaptırım olarak uygulanır⁵⁷. Burada idari para cezasının haricinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi veya diğer idari tedbirler öngörülmemiştir.

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi sebebiyle uygulanacak idari para cezası alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlendiği için, miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur (KK. m. 17/2)⁵⁸. Ayrıca bu miktar her takvim yılı başında yeniden değerlendirilme oranında artırılır (KK. m. 17/7)⁵⁹. Gerçekten 2023 yılı itibarı-

⁵⁶ Özcan, *Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması*, s. 199.

⁵⁷ “Veri sorumlusu tarafından yayımlanan aydınlatma metninin Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ hükümlerine uygun olarak düzenlenmediği, bu çerçevede Kurul Kararı ile verilen talimatın yerine getirilmeyerek veri sorumlusu tarafından Kanunun 15’inci maddesinin (5) numaralı fıkrasına aykırı hareket edildiği kanaatine varıldığından, Kanunun 18’inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca veri sorumlusu hakkında 120.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 08/10/2020 Tarihli ve 2020/766 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>).

⁵⁸ Avrupa Veri Koruma Yönetmeliği’nin 83’üncü maddesinin ikinci fıkrasında idari para cezalarının miktarı belirlenirken dikkate alınması gereken hususlar düzenlenmektedir. Buna göre; ilgili işlemenin niteliği, kapsamı veya amacının yanı sıra etkilenen veri öznelerinin sayısı ve maruz kaldıkları zararın düzeyi dikkate alınarak ihlalin niteliği, ağırlığı ve süresi; ihlalin kasıtlı veya ihmalkar niteliği; veri sahiplerinin maruz kaldığı zararı azaltmak için kontrolör veya işleyici tarafından alınan herhangi bir eylem; 25 ve 32. maddeler uyarınca kendileri tarafından uygulanan teknik ve organizasyonel önlemleri dikkate alan kontrolör veya işleyicinin sorumluluk derecesi; kontrolör veya işleyici tarafından önceki ilgili ihlaller; ihlali gidermek ve ihlalin olası olumsuz etkilerini azaltmak için denetim makamı ile işbirliğinin derecesi; ihlalden etkilenen kişisel veri kategorileri; ihlalin denetim makamı tarafından ne şekilde öğrenildiği, özellikle kontrolör veya işleyicinin ihlali bildirip bildirmediği ve bildiriyorsa ne ölçüde bildirdiği; aynı konuyla ilgili olarak ilgili kontrolör veya işleyici aleyhine daha önce Madde 58 (2)’de atıfta bulunulan tedbirler alınmışsa, bu tedbirlere uygunluk; 40. madde uyarınca onaylanmış davranış kurallarına veya 42. madde uyarınca onaylanmış belgelendirme mekanizmalarına bağlılık ve ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen mali faydalar ya da kaçınılan kayıplar gibi davanın koşullarına uygulanabilir diğer herhangi bir ağırlaştırıcı veya hafifletici sebeplerden hareketle idari para cezalarının miktarı belirlenir. Bkz. <https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr/> Date of Access 12 December 2021; Voigt and Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, 79.

⁵⁹ İdari para cezasının miktarı belirlenirken ölçülülük ilkesinin unsurlarını oluşturan elverişlilik, zorunluluk ve orantılık unsurlarının gözetilmesi gerekir. Orantılılık ilkesi gereğince idari para cezası ile buna sebep olan haksızlık arasında bir oran bulunmalıdır. KVKK ile getirilen idari para cezalarında belirlenen üst sınırın oldukça yüksek olması, idari yaptırımın uygulanması sırasında orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulmaması halinde, ölçülülük ilkesine aykırı yaptırımlar

riyle bu tutar 149.285 Türk Lirasından 5.971.989 Türk Lirasına kadar idari para cezası olarak belirlenmiştir⁶⁰.

İdari para cezası yalnızca veri sorumlusu olan gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında verilir (KVKK m. 18/2). Dolayısıyla veri sorumlusunun yetkilendirdiği gerçek kişilerin bu kabahati işlemesi halinde, bunlar adına idari para cezası uygulanamaz⁶¹. Bu durumda yine veri sorumlusu olan kimseler adına idari para cezası tatbik edilir⁶².

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle kamu hukuku tüzel kişileri hakkında idari para cezası uygulanamaz (KVKK m. 18/2)⁶³. Ancak bu durumda Kurul'un yapacağı bildirim üzerine, kararın yerine getirilmesinden sorumlu olan ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir (KVKK m. 18/3)⁶⁴.

ile karşılaşılabile sorununu ortaya çıkartmaktadır. Bkz. Mustafa Özen, İdari Ceza Hukuku, (1. Baskı, Adalet 2013), s. 52.

⁶⁰ “Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle uygulanan idari para cezasının alt ve üst miktarları arasında büyük bir farkın bulunmasının sebebi 6698 sayılı KVKK’nın 18’inci maddesinin gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: “Kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırları arasında makas bilinçli olarak geniş tutulmuştur. Kurul karar verirken, kabahatler hususunda genel kanun niteliğinde olan 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alacaktır. Burada amaçlanan, kabahatlerin farklı ekonomik güce sahip gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak olması nedeniyle, yaptırım uygulanmasında hakkaniyeti sağlamaktır. Buna göre, küçük ölçekli bir aile şirketiyle ülke çapında faaliyet gösteren bir holdingin Kanun hükümlerini ihlal etmesi durumunda uygulanacak idari para cezasının miktarının belirlenmesinde, kabahatin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle, farklılıklar olacağı kesindir” (KVKK Tasarı Gerekçesi, madde 18 gerekçesi).

⁶¹ 6698 sayılı KVKK m. 18’in gerekçesine göre; “İdari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacaktır. Maddede kabahat olarak düzenlenen eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının bünyesinde işlenmesi halinde Kurul’un yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır”.

⁶² Baysal, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı*, s. 69; Turan, *Metin, Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, s. 33.

⁶³ Kişisel veriler üzerindeki hakların idare tarafından ihlâl edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Gerçekten Anayasa’nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla hizmet kusurunun bulunması hâlinde idare aleyhine, idari yargıda tam yargı davası açılabilir.

⁶⁴ “Somut olayda ... Üniversitesi tarafından sonuçların internette aramaya açık biçimde yayınlanarak, üniversite bitirilmiş ve aradan yıllar geçmiş olsa dahi sonuçların üçüncü kişilerin erişimine açık ve arama motorlarında sorgulama yapıldığında bu sonuçlara kolayca ulaşılabilir tarzda bir duyuru yönteminin benimsenerek yerine getirildiği, ancak söz konusu duyuru yönteminin Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde kişisel veriler bağlamında mahremiyet odaklı olmayıp, sınava giren bireylerin kişisel verilerinin herhangi bir işleme şartına dayanmaksızın üçüncü kişilerin de kolaylıkla ulaşabileceği şekilde açıklandığı kanaatine varıldığı, //

VI. BAŞVURU YOLU

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi sebebiyle uygulanan idarî para cezasına ilişkin yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde sulh ceza hakimliğine başvurulur. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde Kurul'un idarî yaptırım kararı kesinleşir (KK. m. 27/1)⁶⁵.

Bu kabahat sebebiyle verilen idari para cezalarına ilişkin başvuru kişinin kendisi, kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından sulh ceza hakimliğine verilecek iki nüsha halinde hazırlanan dilekçe ile yapılır (KK. m. 17/3).

Başvuru dilekçesinde, Kurul'un idarî para cezası kararına ilişkin bilgiler ve bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilmelidir. Dilekçede başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebepler varsa, bunların dayanaklarıyla gösterilmesi gerekir (KK m. 17/4).

Kurul'un idari para cezası yaptırımına karşı başvurunun süresi içinde yapıldığının, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza hakimliğinde incelenebilecek kararlardan olduğunun ve başvuranın buna hakkı olduğunun anlaşılması halinde, başvuru usulden kabul edilir (KK. m. 28/1-c).

Sulh ceza hakimliği başvuruya ilişkin esastan yaptığı inceleme neticesinde Kurul'un idari para cezası verilmesine ilişkin kararının hukuka uygun olduğunu tespit ederse, başvurunun reddine karar verir. Eğer ki, Kurul kararının hukuka aykırı olduğunu belirlerse idarî yaptırım kararının kaldırılmasına hükmeder (KK. m. 28/8).

Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahati nedeniyle verilecek idari para cezası KVKK m. 18/1-c'de maktu veya nisbi olarak değil, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu şekildeki idari para cezalarına karşı başvuruda bulunulması halinde, sulh ceza hakimliği idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir (KK m. 28/9).

Sulh ceza hakiminin verdiği karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde kararı veren sulh ceza hakimliğini sıra numarası itibarıyla izleyen hakimliğe yapılır. Merci, itiraz incelemesini dosya üzerinden yapar. Bunun neticesinde kesin olarak itirazın kabulüne veya reddine karar verir (KK m. 29).

Üniversitesi'ne Kurumumuzca iletilen bilgi belge talebi yazısının Kanunda belirtilen yasal süre içinde yanıtlanmaması suretiyle ilgili Kurul Kararının gereğinin yerine getirilmemesinin Kanunun 15 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırılık oluşturduğu dikkate alınarak, kamu kuruluşu olarak değerlendirilen ... Üniversitesinde görev yapan sorumlular hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası çerçevesinde disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına ...” (Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 01.07.2019 Tarihli ve 2019/188 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr>, Erişim Tarihi 13 Aralık 2021).

⁶⁵ Özen, İdari Ceza Hukuku, s. 243; Özcan, Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması, s. 200; Güçlü, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, s. 294-295; Köse Aysun, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 101; Altındere, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması, s. 125.

SONUÇ

Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarının yerine getirilmemesi kabahati 6698 sayılı KVKK m. 18/1-c’de düzenlenmektedir. Aynı Kanun’un 15’inci maddesinde Kurul’un incelemeleri neticesinde birtakım kararlar alabileceği ve bunların veri sorumlusu tarafından yerine getirilmesinin gerektiği düzenlenmektedir. Aksi halde KVKK m. 15 çerçevesinde Kurul’un aldığı kararların yerine getirilmemesi, Kurul kararlarının yerine getirilmemesi kabahatini oluşturur. Dolayısıyla bu kabahat, Kurul’un aldığı her türlü kararın yerine getirilmemesiyle oluşmaz. Yalnızca KVKK m. 15’te belirtilen kararların yerine getirilmemesiyle oluşur.

Kabahatler Kanunu’nun 12’nci maddesi uyarınca, 5237 sayılı TCK’daki hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran haller kabahatler açısından da uygulanır. Burada kişisel veriler üzerindeki hakları ihlal edilen kimselerin, Kurul kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin rıza göstermeleri hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez. Zira bu kabahatle, Kurul’un yapısal işlevi ve kararlarının etkinliğinin korunması amaçlanmaktadır. İlgili kimsenin Kurul kararları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

Bu kabahati işleyenler hakkında 2023 yılı itibarıyla 149.285 Türk Lirasından 5.971.989 Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanmaktadır. Alt ve üst sınırları arasında oldukça fark bulunan bu yaptırım miktarının belirlenmesine ilişkin kıstasların net olarak ortaya koyulması gerekir. Örneğin, Avrupa Veri Koruma Yönetmeliği’nin 83’üncü maddesinin ikinci fıkrasında kişisel veri ihlalleri nedeniyle verilecek idari para cezalarının miktarı belirlenirken dikkate alınması gereken hususlar tek tek sayılmıştır. Buradan hareketle kabahatlere uygulanacak idari para cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin kıstasların 6698 sayılı KVKK m. 18’de düzenlenmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Altındere M, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması*, (Adalet 2020).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet 2021).
- Baysal M, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı*, (Seçkin 2021).
- Bekar E, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, (2011) C. LXIX, S. 1-2 İÜHFM, 1033-1050.
- Dülger MV, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, (2016) 3 (2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101-167.
- Güçlü Y, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, (Seçkin 2020).
- Kangal ZT, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, (On İki Levha 2019).



- Kart A ve Ketizmen M, “Kabahatler Kanunu’nun İcra Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler İle Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, 2019 1 (2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 17-29.
- Kaşka H, “Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)”, 2013 3 (2) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 168-249.
- Kaya İS ve Tolun Y, *Uygulayıcılar İçin Türkiye’de ve Avrupa’da Kişisel Verilerin İşlenmesi*, (Adalet 2020).
- Korkmaz İ, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, (Seçkin 2019).
- Köse Aysun M, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, (Seçkin 2021).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin 2021).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin 2021).
- Özcan G, *Bankacılık İş ve İşlemlerinde Kişisel Verilerin Korunması*, (On İki Levha 2020).
- Özen M, *İdari Ceza Hukuku*, (Adalet 2013).
- Voigt P and Bussche A, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, (Springer International Publishing 2017).
- Sert Ş, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, (Seçkin 2019).
- Turan M, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, (Seçkin 2017).
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Seçkin 2021).

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://gdpr-info.eu/art-83-gdpr>.

<http://www.tbmm.gov.tr>.

<https://www.kvkk.gov.tr>.

KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKININ ENGELLENMESİ SUÇU

Prevention of the Right to Enjoy Public Services

Recep KAHRAMAN*

Özet

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 113), bir kamu faaliyetinin yürütülmesi veya kamu hizmetlerinden yararlanılması cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmektedir. Suçla korunan hukuki yarar, kamu faaliyetinin devamlılığıyla birlikte sunulan kamu hizmetlerinden bireylerin yararlanabilme haklarıdır. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, seçimlik hareketli bir suçtur. Suç tipinde, kamu faaliyeti ve kamu hizmeti arasında bir ayırım yapılmıştır. Kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi ile kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi, iki bağımsız hareket olarak düzenlenmiştir. Kamu faaliyetinin yürütülmesi ya da kamu hizmetlerinden yararlanılması engellendiğinde, suç tamamlanmaktadır. Engel olma hali gerçekleşene kadar suça teşebbüs mümkündür. Engellenmenin, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleşmesi gerekmektedir. Hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Fiilin taksirli hali ceza kanununda düzenlenmediğinden, kasten işlenebilen bir suç tipidir. Cebir veya tehdit, suçun unsuru olarak ayrıca cezalandırılmadığından ve böylece tek bir suçun haksızlık unsurunu oluşturduklarından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi bileşik suç olarak kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi, Kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi, Cebir, Tehdit, Hukuka aykırı davranış.

Abstract

In the crime of prevention of the right to enjoy public services (Turkish Penal Code, Law no. 5237, Art. 113), the execution of a public activity or enjoying from public services is prevented by coercion, threat or any other unlawful behavior. The legal benefit protected by crime is the continuity of public activity and the right of individuals to enjoy from the public services provided. Prevention of the right to enjoy public services is regulated as an offence committed through alternative acts. In this crime, a distinction is made between public activity and public services. Prevention of the execution of a public activity and enjoying from a public service are regulated as two independent acts. The crime is completed when the execution of a public activity or enjoying from public services is prevented. Attempt is possible until prevention. The prevention must occur by force, threat or other unlawful behavior. The crime can be committed both by way of commission and by omission. Since the negligent form of the act is not regulated in the penal code, it is a type of crime that can be committed intentionally. Coercion or threat

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.08.2022

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, recepkhrmn@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0991-9692>.



is not punished separately as an element of the crime. They constitute the element of injustice in a single crime. Therefore, prevention of the right to enjoy public services is considered as a compound crime.

Keywords: Prevention the execution of a public activity, Prevention the enjoying from public services, Coercion, Threat, Unlawful behavior.

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu (TCK m. 113), 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının ikinci kısmında, Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümünde düzenlenmiştir.

Cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, bir kamu faaliyeti yürütülmesine ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasına engel olunması yaptırıma bağlanmıştır. Suç tipinin düzenlenmesiyle birlikte, kamu faaliyetinin hukuka uygun olarak zamanında yürütülebilmesi ve kişilerin, mevzuata uygun olarak hizmetlerden yararlanabilmesi amaçlanmaktadır.¹

Çalışmanın amacı, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun unsurlarının belirlenmesine katkı sağlamaktır. Çalışmada, suçun özelliği açıklanmakta ve mevcut kanuni düzenleme ile doktrin ve yargı kararları açısından uygulamaya nasıl yansıdığı değerlendirilmektedir. Suça ilişkin olarak doktrinde ve yargı kararlarında yapılan tüm tartışmalara da çalışmada yer verilmiştir.

I. KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKININ ENGELLENMESİ SUÇU

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 113'üncü maddesinde düzenlenmiştir.²

¹ Her vatandaşın kamu hizmetlerinden yararlanabilme hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın herhangi bir engellemeye tabi olmaksızın kullanılabilmesinin dayanağı olarak, 1982 Anayasası'nın 5'inci maddesi ile 10'uncu maddesinin son fıkrası birlikte değerlendirilmelidir. Devletin, kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanabilmesi adına engelleri ortadan kaldırma çabasıyla birlikte, somut olarak ortaya çıkabilecek ve kişilerden kaynaklanan engellemelere karşı tedbir alma görevi bulunmaktadır. İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt I* (Yetkin 2020) 1665.

² 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde yer alan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188'inci maddesinin 5'inci fıkrasına tekabül etmekteydi. *"Bir kimse, gayrimeşru olarak kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılan yapılara veya eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına kişiler veya eşya üzerinde zor kullanarak veya başkalarını tehdit ederek engel olursa, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* Mülga Kanun'un 188'inci maddesinin 5'inci fıkrası ile 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Mülga Kanun'da, yapılara girilmesi, orada kalınması suç olarak tanımlanmakta iken 5237 sayılı Kanun'da kamu faaliyetinin yürütülmesinin ve kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi suç olarak düzenlenmiş ve kapsam genişletilmiştir. Mülga Kanun'da, kamu hizmetlerini sunan makamlar normda sayılmamıştır; 5237 sayılı Kanun'da ise kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak hareket edenler şeklinde somutlaştırılmıştır. Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III*

Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla;

a) Bir kamu faaliyetinin yürütülmesine,

b) Kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına engel olunması hâlinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

02/03/2014 tarihli 6529 sayılı Kanun ile birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin başlığı ve metin kısmı değiştirilmiştir. Değişiklikten önce kamu kurumu faaliyetlerinin yürütülmesine engel olunması hali yaptırıma bağlanmış olup, maddenin başlığı da *"kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi"* olarak düzenlenmişti.³ Değişiklikle birlikte maddenin başlığı *"kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi"* olarak düzenlenmiş, kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi de yaptırıma bağlanmıştır.⁴ Değişiklikten önce kamu hizmeti kavramı ne suçun başlığında ne de metin kısmında yer almaktaydı. Değişiklikle birlikte hem suçun başlığında hem de metin kısmında, özellikle kamu hizmeti ve kamu hizmetinden yararlanma hakkı vurgulanmaktadır.⁵

6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce, yürütülen bir kamu faaliyetinin sonucu olarak kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi suç değildi. Kamu faaliyeti kesintiye uğramadan, yürütülmesi engellenmeksizin devam etmekle birlikte, kamu hizmetlerinden yararlanmanın engellenmesine yönelik fiiller cezasız kalmaktaydı. Bu durumun önüne geçmek amacıyla faaliyetin yürütülmesinin engellenmesiyle birlikte, hizmetlerden yararlanılmasının engellenmesi de maddeye dâhil edilmiş ve suçun kapsamı genişletilmiştir.⁶

6529 sayılı Kanun değişikliğinden sonra 113'üncü maddenin metni, madde başlığından daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Şöyle ki (a) bendinde kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi; (b) bendinde ise kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi yaptırıma bağlanmasına rağmen madde başlığı sadece kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde değişiklik yapan 6529 sayılı Kanun'un

(Adalet 2021) 4373; Mülga Kanun'daki düzenlemede, 5237 sayılı Kanun'un aksine suçun tamamlanması için faaliyete ya da hizmetten yararlanılmasına engel olunması gibi bir koşul bulunmamakta, yapılara girilmesinin veya orada kalınmasının engellenmesi yeterli kabul edilmekteydi. Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007) 180.

³ Bkz. 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 5237 sayılı Kanun madde 113: *"Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, kamu kurumu faaliyetlerinin yürütülmesine engel olunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*

⁴ Şahbaz (n 1) 1665.

⁵ Sinan Altunç, "Kamu Hizmetlerinden Yararlanma Hakkının Engellenmesi" *Özel Ceza Hukuku Cilt III* (Onikilevha 2021) 115, 118.

⁶ Şahbaz (n 1) 1665.



13'üncü maddesinin gerekçesinde bu durum şu şekilde izah edilmektedir: “*Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetinin engellenmesinin müstakil bir suç olarak tanımlanmasındaki asıl sebep, bu faaliyetlerin kişiler bakımından kamu hizmeti niteliğini taşımasıdır. Bu nedenle, madde başlığında yapılan değişiklik, kişilerin kamu hizmetinden yararlanma hakkına vurgu yapılmıştır.*” Gerekçeyle uyumlu doktrinde yer alan bir görüşe göre kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun maddi konusu kamu faaliyeti ya da kamu hizmeti olmayıp, faaliyet ya da hizmetin sonucunda kişilerin hizmetlerden yararlanabilmelerinin engellenmesidir.⁷ Başlığın değiştirilmesinin temel nedeni; kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesinin, faaliyetin yürütülmesinin engellenmesinin doğal sonucu olarak kabul edilmesidir. Kanun koyucu da kurum faaliyetinden ziyade kişilerin hizmetlerden yararlanma hakkını vurgulama amacını taşımaktadır.⁸ Doktrinde yer alan görüş bizce yerinde değildir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde, iki ayrı seçimlik hareketin düzenlenmesinin bir amacı bulunmaktadır. Somut olayda bir faaliyet yürütülürken o an için hizmetten yararlanan kişiler bulunmayabilir. Örneğin; bir kamu faaliyeti olarak kamunun dirliğini, düzenini sağlamak amacıyla kolluk faaliyeti yürütülmektedir. Kolluk görevlilerinin kontrol noktasına araçlarıyla gelerek güvenlik kontrolü yapmasına orada bulunan bir kişi engel olduğunda, faaliyetin yürütülmesi engellenmektedir. Somut olayda bir kamu hizmeti bulunmasına rağmen henüz bu hizmetten yararlanan kimse bulunmamaktadır. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu da 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde, hem kamu faaliyetinin yürütülmesini hem de kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesini bağımsız seçimlik hareketler şeklinde düzenlemiştir. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkı bulunmasa da kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi cezasız bırakılmak istenmemektedir. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin başlığının, kamu faaliyetinin yürütülmesini de kapsayacak şekilde değiştirilmesi, madde başlığı ile metin arasındaki çelişkinin ortadan kaldırılması adına yerinde olacaktır.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda korunan hukuki yararın, 6529 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Değişiklikten önce hukuki yarar, kamu idaresinin sürekliliğinin sağlanması olarak kabul edilmekteydi. Değişiklikle birlikte hukuki yararın kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Kamu idaresinin sürekliliğinin yanında aynı zamanda kişilerin bireysel olarak kamu hizmetlerinden yararlanabilme hakkı da korunmuş olmaktadır. Hizmetin sunulmasıyla birlikte kişiler, mevzuata uygun olarak bunlardan yararlanma hakkını kullanabilmelidirler.⁹

⁷ Hasan Gerçekler, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I* (Seçkin 2018) 1235.

⁸ İbid.

⁹ ibid 1236.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail ve Mağdur

Madde metninde fail bakımından sınırlandırma yapılmadığından suçun faili herkes olabilmektedir.¹⁰ Failin, faaliyeti engellenen ya da hizmetten yararlanmanın engellendiği kurumlarda çalışıp çalışmamasının da suça herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.¹¹

Suçun mağduru; bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin sonucunda haklardan yararlanabilecek olan ve kamu hizmetlerinden yararlanılması engellenen kişi ya da kişilerdir. Kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile verilen izinle kamu hizmeti sunma yetkisine sahip olanlar, zarar gören olarak kabul edilmektedir.¹²

2. Suçun Konusu

Suçun konusu kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ya da izinle kamu hizmeti veren kişiler tarafından yürütülen kamu faaliyeti ile bunlar tarafından sunulan kamu hizmetleridir.¹³

3. Hareket

a. Genel Açıklamalar

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda fiil, bir kamu faaliyetinin yürütülmesine veya kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından ya da kamu makamlarının verdiği izin ile sunulan kamu hizmetlerinden bireylerin yararlanabilmesine engel olunmasıdır.¹⁴

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi seçimlik hareketli bir suç tipidir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde, kamu faaliyeti ve kamu hizmeti arasında bir ayırım yapılmıştır. İlk seçimlik hareket (a) bendinde, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi; ikinci seçimlik hareket ise (b) bendinde, yine cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi olarak düzenlenmiştir.¹⁵

¹⁰ Gökhan Taneri, *Hürriyete Karşı Suçlar* (Seçkin 2020) 459.

¹¹ Gökcan ve Artuç (n 2) 4374.

¹² İbid.

¹³ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Kişilere Karşı Suçlar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (USA 2016) 198.

¹⁴ Gökcan ve Artuç (n 2) 4375.

¹⁵ Şahbaz (n 1) 1666.

b. Bir Kamu Faaliyetinin Yürütülmesine Engel Olunması (m. 113/1-a)

Kelime anlamı “işler halde olma” şeklinde tanımlanabilen¹⁶ faaliyet kavramının, norm ile korunan hukuki yarara uygun şekilde, idare hukuku anlamında ve idare hukuku kurallarıyla değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁷ İdare hukukunda kamu faaliyeti, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yürütülmektedir. Toplumda güvenliğin sağlanması, dirlik ve düzenin gerçekleştirilmesi, genel sağlığın korunması; kamunun ihtiyaç duyduğu hizmetlerin belirlenmesi ve bunların düzenli ve sürekli şekilde yerine getirilmesi; bu amaçla gerekli olan aynı ve insani kaynağın organizasyonu, planlanması ve yerine getirilmesi etkinliğidir.¹⁸

Kamusal faaliyet, faaliyeti yerine getirenler için kamu görevi iken faaliyetin muhatapları için kamu hizmeti niteliğindedir.¹⁹ Kamu faaliyetinin içerdiği etkinlik, kamu hizmeti etkinliği olarak değerlendirilmektedir.²⁰ Bu nedenle 5237 sayılı Kanun’un 113’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, doğrudan değil, dolaylı olarak kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suç olarak kabul edilmiştir.²¹

Kamu hizmeti, kamu faaliyetinin konusudur.²² İdare, birtakım faaliyetlerde bulunur; bireyler ise bu faaliyetlerden yararlanır. Faaliyetin sonucunda yararlanan sonuç kamu hizmetidir. Bu halde hizmeti gören için kamu faaliyeti; hizmetten yararlanan için ise kamu hizmeti ortaya çıkmaktadır.²³ Kanun koyucunun ilk seçimlik harekette “*kamu hizmetinin yürütülmesi*” ifadesi yerine “*kamu faaliyetinin yürütülmesi*” kavramını tercih etmesinin nedeni de kamu hizmetinin, hizmeti sunanlar açısından kamu faaliyeti olmasıdır.

5237 sayılı Kanun’un 113’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde kamu faaliyetinin engellenmesi değil, faaliyetin yürütülmesinin engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Kamu faaliyetinin yürütülmesi ise kamu kurumunun mevzuatla görevlendirildiği ve yetkilendirildiği herhangi bir konuda işlem yapabilmesi ve hizmetin devamlılığı amacıyla eylemde bulunabilmesidir. Örneğin; Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün faaliyeti bir kamu faaliyeti olup faaliyetin konusu vakıf mallarını işletmek, eski eserleri amacına uygun olarak imar ve muhafaza etmek, vakıf malı olan değerleri amaçlarına uygun olarak yaşatmaktır.

¹⁶ TDK sözlük.

¹⁷ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

¹⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Savaş 2019) 9.

¹⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017) 63.

²⁰ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I* (Turhan 2018) 643.

²¹ Şahbaz (n 1) 1666.

²² Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj 2017) 332.

²³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 18) 39.

Bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesine; hastanelerde bulunan kan alma odalarındaki enjektörlerin, kan verilmesini engellemek amacıyla kırılması; belediyenin pazar yeri düzenlemesinin veya park yapımının engellenmesi; postane veya vergi dairesi faaliyetinin engellenmesi, orman yangınlarını söndürmek için kullanılan uçağın denizden su alması sırasında aracıyla eğlenen şahsın, uçağın su almasını engellemesi; havalimanı ya da demiryolunda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek amacıyla orada bulunan kişilerin, uçakların ya da trenlerin ulaşımında kullanılmasını engellemeleri; adliye hizmetinin yürütülmesinin engellenmesi; düğün ya da asker uğurlama konvoyundakilerin ulaşımı engellemeleri örnek olarak verilebilmektedir.

Aşağıda yer alan yargı kararlarında bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellendiği kabul edilmektedir.

- “*Sanığın, özel sağlık polikliniği yöneticileri hakkındaki şikayetiyle ilgilenmediğini düşündüğü hastaneye sık sık gıcıklığına telefon edip kapatması*”²⁴;
- “*Sanığın, su arıza hattını bazı günler otuz dokuz defa aramak suretiyle kurumun hizmet akışını hukuka aykırı olarak engellemesi*”²⁵;
- “*Sanığın, kendisine ceza yazıldığı gerekçesiyle emrindeki çekicileri, yol kenarında bulunan denetim istasyonunun içerisine park ettirmesi*”²⁶;
- “*Sanığın, otobüsün arka kapısından binerek ‘buradan yolcu almayacaksınız’ diyerek elindeki sopayla personele vurması*”²⁷.

Kamu veya özel sağlık kuruluşlarında çalışanlara yönelik müdahale, sağlık kamu hizmeti sunan bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; kırsalda tek doktorun olduğu bir sağlık kuruluşunda, hasta yakınının bir sağlık çalışanını tehdit etmesinin sonucunda, belli süre de olsa faaliyet engellendiğinde, bir kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmiş olmaktadır.

Grev hakkı olmayan doktorların bir gün boyunca hasta tedavi etmemeleri durumunda, bir kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmiş olabilmektedir. Ancak bu durumun 5237 sayılı Kanun’un 113’üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için faaliyet engellenmiş olmalıdır. Örneğin; tek doktorun görev yaptığı köy sağlık ocağında doktorun grev yapması halinde, kamu faaliyetinin yürütülmesi

²⁴ Yargıtay 4 CD, E 2013/19376 K 2013/24682, 03.10.2013.

²⁵ Yargıtay 4 CD, E 2013/10195 K 2013/21164, 04.07.2013.

²⁶ Yargıtay 4 CD, E 2016/10702 K 2017/16805, 06.06.2017.

²⁷ Yargıtay 8 CD, E 2019/612 K 2019/6006, 02.05.2019.

engellenmiş olabilmektedir. Şehirdeki hastanede görev yapan doktorların grev yapmaları halinde ise greve katılmayan doktorlar tarafından kamu faaliyeti devam ettirildiğinde, faaliyetin yürütülmesi engellenmiş olmayabilmektedir.²⁸

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun oluşması için bir kamu faaliyetinin yürütülmesine, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engel olunması gerekmektedir.²⁹

Cebir; mağdura karşı fiziken, maddi olarak zor kullanmaktır. Mağdurun direnmesini engellemeye yönelik kolunu, bacağı tutmak, bükmek ya da bedenine sarılmak şeklinde gerçekleşebilmektedir.³⁰ Somut olayda cebirin, fiilin başlangıcından sona ermesine kadar etkili şekilde devam ettirilmesi gerekli olmayıp, başlangıçta mağdurun direncinin kırılması için elverişliliği yeterli olmaktadır.³¹ Tehdit; mağdurun kendisine veya yakınlarına yönelik bir zarar verileceği hususunda, belli bir ağırlığa sahip olan ve mağdurun kolayca kurtulma olanağı bulunmayan hallerdir.³²

Aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere cebir veya tehdit, suçun unsuru olup ayrıca cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle cebir veya tehdidin nitelikli hallerinin somut olayda gerçekleşmesi hali, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun cezasını etkilememektedir.³³

Hukuka aykırı davranış; kapsamının hukuk düzenince önceden belirlendiği, emir veya yasak şeklinde içeriğe sahip hukuk kuralına aykırılıktır.³⁴ Hukuka aykırı davranış her şekilde ortaya çıkabilmekte; suç oluşturmaya gerekli olmayıp hile gibi bir davranış da hukuka aykırı kabul edilebilmektedir. Örneğin; kamu faaliyetinin yürütüldüğü ya da kamu hizmetinin sunulduğu binalara girişlerin engellenmesi amacıyla kapıların kilitlenmesi durumunda, hukuka aykırı bir davranışla kamu hizmetinden kişilerin yararlanabilmesi engellenmiş olmaktadır. Benzer şekilde tren istasyonunun ya da havalimanının işgal edilmesi de hukuka aykırı bir davranıştır.³⁵ Yargıtay'a göre kamu makamlarının yoğun şekilde telefon ile aranması da ilgili birimin mevzuat ile kendisine verilen görev ve yetkilerini ifa etmesine engel olabilmektedir. Bu durumun kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu kapsamında değerlendirilebilmesi için aramanın hukuka aykırı bir davranış

²⁸ Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Cilt II* (Seçkin 2008) 738.

²⁹ Taneri (n 10) 459.

³⁰ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2019) 428.

³¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Seçkin 2020) 540.

³² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin 2020) 403.

³³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2021) 473.

³⁴ Gökçen ve Artuç (n 2) 4377.

³⁵ İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (2013) 2022.

niteliğinde haksız, gereksiz ve yoğun olması gerekmektedir.³⁶ Kamu faaliyetinin yürütüldüğü yerin elektriğini, suyunu, doğalgazını kesme; gürültü yaparak, kirleterek, bir şeyler fırlatarak personelin çalışmasını engellemek de hukuka aykırı davranış olarak kabul edilebilmektedir.³⁷

Bir kamu faaliyetinin yürütülmesine ya da bir kamu hizmetlerinden yararlanılmasına engel olunduğunun belirlenmesi, suçun oluşması için yeterli olmamaktadır. Engellenmenin, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay’a göre kamu iktisadi teşebbüsüne hammadde olarak çay getiren kamyonun durdurulmasında, bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin ne şekilde engellendiği araştırılmalıdır.³⁸ Kurum çalışanlarına ya da kurumun faaliyetinden yararlanma hakkına sahip olanlara yönelik cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın, faaliyetin yürütülmesinin ya da hizmetlerden yararlanılmasının engellenmesi amacına yönelik olup olmadığı da belirlenmelidir.³⁹

Doktrinde yer alan bir görüşe göre “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesinin geniş yorumlanmaması, cebir veya tehdit dışında bir anlam yüklenmemesi gerekir. 113’üncü maddede yer alan “*ya da hukuka aykırı başka bir davranışla*” ifadesi, maddede vurgulanan cebir ve tehdit kullanımını sadece bir örnek haline getirmektedir. Söz konusu ifade, bir bütün olarak suçun hukuka aykırılık unsuruna yapılan bir vurgu olarak değerlendirilmelidir.⁴⁰ Bu görüş bizce yerinde değildir. 5237 sayılı Kanun’un 115’inci maddesinde düzenlenen inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi suçunda, engel olmanın sadece cebir veya tehditle gerçekleşmesi halinde suç oluşmaktadır. Kanun koyucu, 113’üncü maddenin aksine 115’inci maddede “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesini kullanmayı tercih etmemiştir. 113’üncü madde de ise cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı diğer muhtemel davranışların da yaptırımsız kalması engellenmek istendiği için hukuka aykırı başka bir davranışla da suçun işlenebileceği bilinçli olarak düzenlenmiştir.

Suç tanımında yer alan “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesi, suç ve cezaların belirliliği ilkesi açısından doktrinde tartışılmaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmenin nasıl gerçekleştirileceği ve bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda ya da gerekçede bir açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle tipik unsorda

³⁶ Yargıtay 4 CD, E 2013/10195 K 2013/21164, 04.07.2013.

³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 473.

³⁸ Bkz. “*Sanığın, kamu iktisadi teşebbüsü olarak kamu faaliyetinde bulunan çay fabrikasının, piyasadan yaş çay almasına engel olmak amacıyla fabrikaya çay getiren kamyonu durdurup, bir daha çay getirmemesini söylediği eyleminde cebir, tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın varlığının tartışılması gerekmektedir.*” Yargıtay 4 CD, E 2013/1428 K 2013/20454, 25.06.2013.

³⁹ Gökcan ve Artuç (n 2) 4377.

⁴⁰ Fulya Eroğlu Erman, “Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi” *Özel Ceza Hukuku Cilt III* (Onikilevha 2021) 101, 108.



yer almayan, örneğin hilenin ya da bir başka davranışın kıyas yapılarak norma uydurulması yerinde olmamaktadır.⁴¹ Diğer görüşe göre tanımda yer alan “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesi kişiye, yere veya zamana göre değişkenlik göstermemektedir. Hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen, haksız, hukuka aykırı herhangi bir hareketi işaret etmektedir. Cebir veya tehdit dışında diğer muhtemel fiillerin yaptırımsız kalması engellenmek istenmekle birlikte genel olarak fiilin hukuka aykırılık özelliğine vurgu yapılmaktadır.⁴² “*Hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesinin belirsizliğinin, 1982 Anayasası’nın 2’nci maddesinde yer alan hukuk devletine ve 38’inci maddesinde yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi’ne iptal istemiyle başvuru yapılmıştır. Mahkeme, hukuka aykırı başka bir davranışın, hukuk düzenine aykırı tüm davranışlar olduğuna ve suçun farklı hareket biçimleriyle işlenebilir olduğunun normda düzenlenmesinin, belirlilik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre çok farklı şekillerde ortaya çıkabilecek olan hukuka aykırı davranışın, kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanunda, hangi eylemin suç teşkil ettiğinin belli bir açıklıkta öngörülebilmesine imkan sağlayabilecek düzenlemenin bulunması, kanunilik ilkesi açısından yeterlidir.⁴³ Modern ceza hukukunun en temel değerlerinden olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suç ve cezanın somut şekilde kanunda tanımlanmasını, uygulama alanının yorum yoluyla dahi olsa anlaşılabilir olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle içeriği tam olarak belli olmayan, kapsamının öngörülelememe ihtimali olan “*hukuka aykırı başka bir davranış*” ifadesinin, kanunilik ilkesinin zarar görmemesi ve uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin ortadan kaldırılması adına metinden çıkartılması yerinde olacaktır.

Kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesinin suç olması için öncelikli olarak ortada mevzuata uygun bir kamu faaliyeti bulunmalıdır.⁴⁴ İlgili kurum veya kuruluşların suç konusu engelleme fiilinin gerçekleştirildiği tarihte faaliyette olması gerekmektedir.⁴⁵ Mevzuata uygun yürütülen bir kamu faaliyeti ve hizmetinin bulunmasıyla birlikte, mağdur olan kişi de bu hizmetten yararlanabilmek için gerekli koşulları taşımalıdır.⁴⁶

Kamu faaliyetinin kanuni dayanağının bulunması zorunludur. Bu nedenle bir faaliyetin kamu faaliyeti olup olmadığı, faaliyetin konusu ilgili kanuna bakılarak belirlenebilmektedir.⁴⁷

⁴¹ Adem Sözüer, “Tehdit Suçu” (1991-1994) 54 (1-4) İÜHF 124, 128.

⁴² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020) 133.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Somut Norm Denetimi, E 2016/44 K 2016/153, 07.09.2016.

⁴⁴ Malkoç (n 35) 2021.

⁴⁵ Şahbaz (n 1) 1667.

⁴⁶ Gerçekler (n 7) 1235.

⁴⁷ ibid.

Kamu faaliyeti, kamusal faaliyet olarak yorumlanmalıdır. Kamu görevlisinin düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin gerekçesine göre kamusal faaliyet; *"Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi etkinliğidir."*⁴⁸ Bir faaliyetin kamusal faaliyet olup olmadığının belirlenmesinde, sadece faaliyeti gerçekleştiren kişinin değil, faaliyetin muhatabı olan kamunun da dikkate alınması gerekir.⁴⁹ Kamu faaliyeti, kamu kurumlarının yürüttüğü faaliyetlerdir. Kamu kurumları da Devlet tüzel kişiliği ile kamu tüzel kişiliğine sahip olanları kapsamaktadır. Kamusal faaliyet ise kamu adına yürütülen faaliyet olup kamu kurumları dışındakilerin kamu adına yürüttükleri faaliyeti de kapsamaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yer alan kamu faaliyetinin, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kamu makamlarının verdiği izinle faaliyet gösteren özel kişiler tarafından yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, hangi kurumların faaliyetlerinin engellenmesinin suç olduğu belirtilmemiştir. Kamu faaliyetinin kimin tarafından yürütülmesi gerektiği konusundaki belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla (b) bendi dikkate alınmalıdır. Kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve kamu kurumlarının verdiği izinle faaliyette bulunan kişilerin verdikleri kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesi, (b) bendinde suç olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi kamu hizmetini verenler normda somut olarak belirtilmiştir.⁵⁰ Bir kamu faaliyeti, doğrudan kamu kurumları tarafından yürütülen bir faaliyet olabileceği gibi niteliği itibarıyla özel kişilerce yürütülen ve kamusal niteliği kanunla kabul edilen bir faaliyet de olabilir.⁵¹ 113'üncü maddenin 1'inci fıkrasının (b) bendinde özel hukuk kişilerinin yürüttükleri kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesinin suç kabul edilmesine rağmen, aynı kişilerin faaliyetinin engellenmesinin aynı madde kapsamında suç olarak değerlendirilmemesi çelişkiye neden olabilmektedir. Örneğin; Milli Eğitim Bakanlığı'nın verdiği izin ile eğitim alanında kamu hizmeti yürütmekte olan özel okulların faaliyetinin engellenmesi, bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde yer alan kurumların faaliyetlerinin engellenmesinin de (a) bendi kapsamında suç olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁵² Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay'a göre Sağlık Bakanlığı'nın verdiği özel izinle sağlık kamu hizmeti yürütmekte olan özel hastanelerin faali-

⁴⁸ Altunç (n 5) 120.

⁴⁹ Mahmutoglu ve Karadeniz (n 19) 63.

⁵⁰ Malkoç (n 35) 2021.

⁵¹ Günday (n 22) 332.

⁵² Malkoç (n 35) 2021.



yetlerinin engellenmesi, bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesidir.⁵³ Benzer şekilde kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinin engellenmesi de bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴

“Kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Suçun oluşabilmesi için kurum çalışanının engellenmesi yeterli olmayıp, kurumun o yerdeki biriminin faaliyetinin engellenmesi gerekmektedir. Örneğin; pilotun uçağa binmesinin engellenmesinde, bu durum uçağın havalanmasına engel olduğu takdirde faaliyetin yürütülmesi engellenmiş olmaktadır. Pilotun uçağa binmesinin engellenmesine rağmen uçak, diğer pilot tarafından havalandırıldığında ise faaliyetin yürütülmesine engel olunmamaktadır. Bu durumda 265’inci maddede düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşabilmektedir.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir.⁵⁵ Cebir veya tehdit ile kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi ancak icrai hareket ile mümkündür. Hukuka aykırı başka bir davranışın ise ihmali olabilmesi mümkündür. Örneğin; sağlık ocağının kapısını mesai bitiminde kilitleyen güvenlik görevlisinin, daha sonra kilidi açmaması halinde, bir kamu faaliyetinin yürütülmesine engel olunmaktadır.

c. Kamu Kurumlarında veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarında Verilen ya da Kamu Makamlarının Verdiği İzne Dayalı Olarak Sunulan Hizmetlerden Yararlanılmasına Engel Olunması (m. 113/1-b)

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun ikinci seçicilik hareketi; cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ya da kamu makamlarının vermiş olduğu izinle özel hukuk kişileri tarafından verilen hizmetlerden yararlanılmasının engellenmesidir.

Yararlanma hakkının engellenmesi; hizmetin gereklerinden, avantajlarından, olanaklarından bireylerin faydalanmalarının önlenmesidir.⁵⁶

Kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesinin, hakkın kullanılmasının engellenmesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişilerin hizmetten yararlanma hakkı olmasına rağmen henüz bu hakkı kullanmadıklarında suç oluşmamaktadır. Örneğin; kişi, elinde sopa ile tren istasyonunun girişinde yolcuların trene binmesini engellemek amacıyla beklemektedir. Henüz trene binmek isteyen yolcu bulunmadığında, hizmetten yararlanma hakkı kullanılmadığından, hakkın engellenmesi de söz konusu olmamaktadır.

⁵³ Yargıtay 4 CD, E 2013/19376 K 2013/24682, 03.10.2013.

⁵⁴ Yargıtay 4 CD, E 2013/1428 K 2013/20454, 25.06.2013.

⁵⁵ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

⁵⁶ Gökcan ve Artuç (n 2) 4376.

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde olduğu gibi, kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engel olunması gerekmektedir. Cebir, tehdit ve hukuka aykırı başka bir davranış kavramları (a) bendinde yer alan ilk seçimlik hareketin içerisinde açıklanmıştır.

Bir kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesine, doğalgaz hattını açmak için yardım talebinde bulunan kişinin evine giden görevlinin bir başka kişi tarafından engellenmesi; belediye tarafından sunulan metro ya da otobüse binilmesine izin verilmemesi; bombanın patlatılacağı tehdidiyle yolcuların uçağa binmelerine izin verilmemesi halleri örnek olarak gösterilebilmektedir.

Aşağıda yer alan yargı kararlarında kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellendiği kabul edilmektedir.

- “Sanığın mülkiyeti kendisine ait işyerini katılana kiraladıktan sonra aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle tahliye davası açıp bu dava devam ederken tapu kaydını kullanarak, Elektrik Dağıtım AŞ'den katılan üzerine olan elektrik aboneliğini iptal ettirerek kendi adına abonelik açtırması”⁵⁷ ;

- “Erbaa-Ayvacık arasında sefer yapan feribotta çalışan sanığın, hısumetli olduğu katılanların hastaneye gitmek üzere feribota binmek istemesi üzerine, “ben burada olduğum zaman bu feribota binmeyeceksiniz” diyerek katılanları tehdit etmesi”⁵⁸ .

Terör örgütü mensuplarının yöre halkını, bankaya, hastaneye, okula, camiye gitmemeleri yönünde tehdit etmesinin sonucunda, hizmetten yararlanma hakkı belli süre de olsa engellenmiş olduğunda, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmaktadır.

Özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri, kamu idaresi tarafından kendilerine verilen izinle kamu hizmeti sunabilmektedirler. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bu kişilerin kamu hizmetini sunmaması, kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi suçunu oluşturmaktadır.⁵⁹ Doktrinde yer alan bu görüş bizce yerinde değildir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde yer alan suçta, hem kamu faaliyetinin yürütülmesinin hem de kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesinde, ayrıca ve açıkça “fail” kavramına vurgu yapılmıştır. Bireylerden kaynaklanabilecek engellemeler yaptırıma bağlanmaktadır. Bu nedenle kurumun faaliyeti yürütmemesi, yavaş yürütmesi veya ara vermesi hallerinde, bireylerden

⁵⁷ Yargıtay 18 CD, E 2015/13328 K 2015/14066, 22.12.2015.

⁵⁸ Yargıtay 4 CD, E 2013/21565 K 2015/37055, 04.11.2015.

⁵⁹ Gerçekker (n 7) 1235.



kaynaklanan engelleme bulunmadığından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmamaktadır.

Kamu faaliyetinde olduğu gibi kamu hizmeti kavramı da amacına uygun şekilde idare hukuku kurallarıyla belirlenmelidir.⁶⁰ Bir kamu idaresi veya kamu idaresinin denetimi altında özel kişilerce, kamu yararını sağlamak adına kamuya sunulan, kolektif ve genel ihtiyaçları temin etmek ve için yürütülen düzenli ve devamlı faaliyetler, kamu hizmetidir.⁶¹ Belirli ihtiyaçların karşılanması amacıyla sunulan aktivitelere park, temizlik, otopark, elektrik, su, doğalgaz, ulaşım gibi kişilerin müşterek gereksinimleri örnek olarak verilebilmektedir.⁶²

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde kamu hizmeti sunan makamlar; kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak faaliyet gösterenler olarak düzenlenmektedir.⁶³ Kamu kurumu, mevzuatta belirlenmiş olan kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla oluşturulmuş Devlet tüzel kişiliğini temsil eden topluluklar ile kamu tüzel kişileridir. Kamu kurumuna il özel idareleri, belediyeler, üniversiteler, bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı, TRT, Emniyet Genel Müdürlüğü örnek olarak verilebilmektedir.⁶⁴ Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ise Türk Veteriner Hekimleri Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Türkiye Barolar Birliği örnek olarak verilebilir.⁶⁵

Kamu hizmeti sadece kamu kurumları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından değil, kamu makamlarından alınan izne dayalı olarak özel hukuk kişileri tarafından da verilebilmektedir.⁶⁶ Kamu makamlarının verdiği izinle sunulan kamu hizmetine özel okulların, hastanelerin, havayolu şirketlerinin ya da eczanelerin faaliyetleri örnek olarak gösterilebilir. Müstakil ve bağımsız olarak özel kişilerce yürütülen hizmetlerin engellenmesi, 113'üncü maddenin kapsamına dahil edilmemiştir. Manav, bakkal, spor salonu gibi kamu makamlarının verdiği izin dışında faaliyet gösteren özel kişilerin faaliyetlerinin engellenmesi, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu oluşturmamaktadır. Kamu makamlarının iznine ihtiyaç duyulmaksızın yürütülen faaliyetin engellenmesiyle birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 117'nci maddesinde yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi suçu oluşabilmektedir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre kamu hizmeti kavramının çerçevesinin belirlenmesi için 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan

⁶⁰ Hafızoğulları ve Özen (n 13) 198.

⁶¹ Gözübüyük ve Tan (n 20) 643.

⁶² ibid.

⁶³ Şahbaz (n 1) 1666.

⁶⁴ Gözübüyük ve Tan (n 20) 643.

⁶⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 18) 298.

⁶⁶ ibid.

kamu hizmeti görevlileriyle ilgili düzenleme dikkate alınmalıdır.⁶⁷ Düzenlemeye göre “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Anayasa hükmünde de görüldüğü üzere kamu hizmeti, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları etkinlikler olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda engellenen hizmetin, Anayasa’nın 128’inci maddesinin 1’inci fıkrasında belirtilen kurumların gerçekleştirdikleri hizmetler olarak anlaşılması gerekir. Anayasa hükmüne uygun olmayacak şekilde, özel kurumların yürüttükleri faaliyetler kamu hizmeti olarak değerlendirilmemeli ve kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu oluşturmamalıdır.⁶⁸ Doktrinde ileri sürülen görüş bizce yerinde değildir. 1982 Anayasası’nın 128’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan düzenleme, kamu hizmetini tanımlamamaktadır. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetlerinin, sadece memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini ifade etmektedir. Kamu hizmetleri, kamu idaresinin denetiminde özel kişiler tarafından da ifa edilebilmekte ve ancak ifa eden kişilerin memur ya da kamu görevlisi sıfatı bulunmamaktadır.

Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre 5237 sayılı Kanun’un 113’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde yer alan kamu faaliyeti ile (b) bendinde yer alan kamu hizmeti somutlaştırılmamıştır. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı şekilde, kavramların sınırı olmayan bir anlam genişliğine sahip olması gerektiği şeklinde değerlendirilebilmektedir.⁶⁹ Bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. İdare hukukunda, idari faaliyetlerin ve hizmetlerin kanuniliği ve belirliliği ilkesi bulunmaktadır. Her kamu faaliyeti ve topluma sunulan kamu hizmeti, mevzuatta yer alan muayyen faaliyetler olup bunların belirsizliği şeklindeki görüş yerinde olmamaktadır.⁷⁰ Kamu faaliyeti ve kamu hizmeti kavramlarının neler olduğunun ceza normunda yer alması beklenmemelidir. Sonuçta her iki kavram da idare hukuku kurallarıyla somutlaştırılabilmektedir. Kamu faaliyeti ve kamu hizmeti kavramları idare hukukunda yerleşik olarak kullanılan ve uygulanan ifadeler olup, kavramların kendisi ve hukuki niteliği konusunda çelişki bulunmamaktadır.

4. Netice

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesi halinde tamamlanır.⁷¹ Faaliyetin yürütülmesini, işletilmesini ya da hizmetten yararlan-

⁶⁷ Şahbaz (n 1) 1666.

⁶⁸ İbid.

⁶⁹ Taneri (n 10) 458.

⁷⁰ Hafızoğulları ve Özen (n 13) 198.

⁷¹ Gerçekler (n 7) 1235.



nılmasını engellemeye çalışmak, suçun oluşması için yeterli olmamaktadır.⁷² Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay’a göre boş toplantı odasının penceresinden pankart sarkıtılması, kurumun faaliyetini engellemediğinden suç tamamlanmamıştır.⁷³ Benzer şekilde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen kararlara göre hasta tedavisinin yapılmadığı katta başhekim korkutmak için havaya ateş edilmesi⁷⁴; yeniden yargılama talebi kabul edilmeyen avukatın duruşma salonunun dışına çıkmaması⁷⁵ hallerinde her ne kadar cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranış somut olayda gerçekleştirilmiş olsa da bir kamu faaliyetinin yürütülmesi ya da kamu hizmetlerinden yararlanılması engellenmemektedir.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, mütemadi suçtur. Suçun tamamlanması için kamu faaliyetinin yürütülmesinin veya kamu hizmetinden yararlanılmasının anlık engellenmesi yeterli olmamakta; belli süre engellenmiş olması gerekmektedir.⁷⁶ Kısa süreliğine de olsa faaliyetin veya hizmetten yararlanmanın kesilmesi, yavaşlaması ya da bunlara ara verilmesi yeterli olmaktadır.⁷⁷ Kısa veya uzun bir süre devam etmesinin bir önemi bulunmamakla birlikte, engellenmenin haksızlığı gerçekleştirebilecek, hukuken önem taşıyacak bir süre devam etmesi aranmalıdır.⁷⁸ Bu sürenin miktarını, somut olayın özelliğine göre hâkimin takdir etmesi gerekir.⁷⁹ Örneğin; tren yolunda bariyerler kurarak trenin belli süre hareket etmesinin engellenmesi yeterliyken, demiryolları işletmesinin faaliyetinin tamamen sonlandırılmasına gerek bulunmamaktadır. Benzer şekilde sağlık hizmetinin alınmasının engellenmesi suçun oluşması için ye-

⁷² Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

⁷³ Bkz. “Sanık çocukların, üniversiteye giriş sınavındaki şifre iddialarının basında haber olması üzerine, tepkilerini göstermek amacıyla milli eğitim binasına giderek on ikinci kata çıkıp boş olan toplantı odasını kilitleyerek odanın penceresinden pankart sarkıttıkları, görevlilerin içeri giremedikleri, polisin olay yerine gelmesi üzerine çocukların binanın dışına çıktıkları olayda kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmemiştir.” Yargıtay 15 CD, E 2014/1161 K 2015/21259, 23.02.2015.

⁷⁴ İstanbul 12 BAM, E 2018/78 K 2018/173, 22.01.2018.

⁷⁵ İstanbul 13 BAM, E 2018/2163 K 2019/330.

⁷⁶ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198; Taneri (n 10) 459; Malkoç (n 35) 2022; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 32) 495; Benzer görüş için bkz. Yargıtay 4 CD, E 2011/12018 K 2013/20308, 25.06.2013; Mütemadi suç tipinin genel özelliğinden dolayı faaliyetin yürütülmesinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının belli süre engellenmesi halinde suç tamamlanır ama kurumun faaliyetini devam ettirmesine ya da kişilerin kamu hizmetinden yeniden yararlanmasına kadar suç sona ermemektedir. Bu durum ani suçlardan farklı olarak mütemadi suç tipinin genel özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Gökcan ve Artuç (n 2) 4378; Engellenmenin ani hareket olduğu, engellemekle birlikte suçun tamamlandığı ve aynı zamanda sona erdiğine yönelik aksi görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 31) 578; Handan Yokuş Sevil, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2019) 236; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 473; Selami Cin, “Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi Suçu” (2020) 5 (1) ÇÜHFD 689, 697.

⁷⁷ Gökcan ve Artuç (n 2) 4378.

⁷⁸ Erman (n 40) 108.

⁷⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 32) 495.

terli olup, başka hastaneden bu hizmetin alınabilmesinin mümkün olup olmaması önemli olmamaktadır.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, neticeli suç olarak kabul edilmektedir. Kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının engellemeye çalışılması yeterli olmamakta; ceza normunda yer alan kanuni tarif olan “engel olunması” halinin ortaya çıkması gerekmektedir.⁸⁰ Ara verme, yavaşlatma, tamamen sona erdirme gibi hareketler engelleme kavramı içerisinde değerlendirilir ve böylece inceleme konusu suç, neticeli suç olarak değerlendirilir.⁸¹ Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir. Mahkeme’ye göre kamu faaliyeti yürütmekte olan kurumun mesai saatleri dışında işgal edilmesine rağmen, mesai başlamadan önce polis memurlarınca işgale son verilmesi halinde, faaliyet ya da hizmetten yararlanma engellenmediği için suç tamamlanmış olmamaktadır.⁸²

Failin, bir kamu faaliyetinin yürütülmesini ya da kamu hizmetinden yararlanılmasını engellediği açık ve somut olarak ispatlanmalıdır. Şüpheli bir durumun varlığı mutlaka fail lehine değerlendirilmelidir. Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay’a göre cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, faaliyetin yürütülmesinin engellendiğine dair somut delil bulunmalıdır.⁸³ Benzer şekilde İstanbul ve Erzurum Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen kararlara göre trenin hareket etmesinin⁸⁴ ve elektrik arızasının tamir edilmesinin⁸⁵ engellendiğine dair tanık beyanı dahi bulunmaması halinde, suçun işlendiği kanıtlanamamaktadır.

⁸⁰ Taneri (n 10) 459; Altunç (n 5) 122; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 472; Tezcan, Erdem ve Önok (n 31) 578; Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun, sırf hareket suçu şeklinde düzenlenmiş olduğu; neticesinin harekete bitişik olduğu yönünde aksi görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 32) 497.

⁸¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 472.

⁸² Yargıtay 4 CD, E 2012/20283 K 2014/682, 15.01.2014.

⁸³ Bkz. “Saniğin, mağdurların görev yaptığı aile sağlığı merkezine farklı tarihlerde giderek ilaç yazdırmak istediği, bu nedenle aralarında sorunlar yaşandığı iddia edilen olayda kamu faaliyetinin yürütülmesinin ne şekilde engellendiği, faaliyete ara verildiği veya faaliyetin durduğuna yönelik somut delil bulunmalıdır.” Yargıtay 4 CD, E 2015/27507 K 2020/1974, 28.01.2020.

⁸⁴ Bkz. “Arızalandığı için yolcu treninin yarım saat boyunca durması üzerine saniğin işe geç kalması nedeniyle tepki göstermesi kamu faaliyetinin engellenmesi olarak değerlendirilemez. Tamir gerçekleştirildikten sonra aynı trenin hareket etmesinin engellenmesi ise kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu oluşturmaktadır. Ancak somut olayda saniğin tamir gerçekleştirildikten sonra raylara inerek trenin hareket etmesini engellediğine dair tanık beyanı dahil herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bu durumda saniğin, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçundan dolayı beraat ettirilmesi gerekmiştir.” İstanbul 6 BAM, E 2018/3115 K 2019/1184, 14.05.2019.

⁸⁵ Bkz. “Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçundan dolayı hakkında kamu davası açılan saniğin, elektrik arızasının tamir edilmesine ne şekilde engel olduğuna dair tanık beyanlarının alınmaması suçun ispatı açısından usul kanununa aykırıdır.” Erzurum 1 BAM, E 2017/1205 K 2017/1173, 13.06.2017.

5. Suçun Nitelikli Halleri

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri iki ayrı kısımda düzenlenmiştir. Suça özgü nitelikli hal, 113'üncü maddenin 2'nci fıkrasında, diğer nitelikli haller ise “*ortak hüküm*” başlığı altında 119'uncu maddede yer almaktadır.⁸⁶

12.05.2022 tarihli 7406 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesine; “*suçun konusunun sağlık hizmeti olması hâli*” cezayı artıran nitelikli hal olarak eklenmiştir. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi “*suçunun konusunun sağlık hizmeti olması hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranına kadar artırılır.*”

Nitelikli halde yer alan ifade, her ne kadar “*hizmet*” olarak düzenlenmiş olsa da konusu sağlık olan bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin veya sağlık kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesinin, nitelikli halin kapsamı içinde birliğe düşenülmesi gerekmektedir.

Sağlık hizmeti; rahatsızlık, hastalık, yaralanma, zihinsel ve fiziksel aksaklıkları önleme, teşhis ve tedavi yöntemleriyle sağlığı koruma ve iyileştirme hizmetlerinin bütününe ifade etmektedir. Sağlık kamu faaliyeti, özel veya kamu kurum ya da kuruluşları tarafından yürütülebilmektedir. Cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, sağlık kamu faaliyetinin yürütülmesine veya sunulan sağlık hizmetinden yararlanılmasına engel olunması hâlinde ceza sorumluluğu artırılmaktadır. Örneğin; bir hastanenin elektriklerinin kesilerek hastaların tedavi edilmesine, hastaneye veya fizik tedavi merkezine girişlerine veya bir eczanenin ilaç satmasına engel olunması hallerinde, nitelikli hal uygulanabilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 119'uncu maddesine göre Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun;

a) *Silahla,*

b) *Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,*

c) *Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

d) *Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,*

e) *Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.*

Filil silahla, kişinin kendisini tanınmayacak hale koyması suretiyle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak ya da kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, failin amacına daha kolay ulaşmasına katkı sağlamaktadır.⁸⁷

⁸⁶ Gökcan ve Artuç (n 2) 4380.

⁸⁷ Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 456.

Nitelikli hallerin düzenlendiği maddede aksi ayrıca ve açıkça belirtilmediğinden, somut olayda nitelikli hallerin birden fazlasının gerçekleşmesi halinde, sadece bir defa artırım yoluna gidilebilmektedir.⁸⁸

B. Suçun Manevi Unsuru

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, kasten işlenebilen bir suç tipidir.⁸⁹ Fail, cebir veya tehdidi ya da hukuka aykırı başka bir davranışı, kamu faaliyetinin yürütülmesini ya da sunulan bir kamu hizmetinden yararlanılmasını engellemek isteğiyle gerçekleştirmelidir.⁹⁰ Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre husumetli olduğu yolculardan birisiyle konuşmak amacıyla otobüsün durdurulduğu⁹¹; kurum tarafından yapılan yardımın aynı olmasını değil nakdi olmasını isteyen sanık tarafından çalışanların tehdit edildiği⁹² vakıalarda, kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi kastı bulunmadığından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmamaktadır.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda failin saiki önem taşımadığından, genel kastın varlığı yeterlidir.⁹³ Örneğin; yüksek vergilendirmeden şikayetçi olan esnafın, vergi dairesinde çalışanların işyerine girmelerine belli süre izin vermemesi halinde, hangi saikle faaliyetin yürütülmesine engel olduğuna bakılmaksızın suç oluşmaktadır.⁹⁴ Saikin varlığı önem taşımadığı için suçun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür.⁹⁵

Fail, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, bir kamu faaliyetinin yürütülmesini ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasını engellediğini bilmelidir.⁹⁶ Somut olayda failin bilgisizliği lehine yorumlanmalıdır. Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi amacıyla suça iştirak ettiğini bilmeme halinden fail yararlandırılmalıdır.⁹⁷

⁸⁸ Şahbaz (n 1) 1669.

⁸⁹ Taneri (n 10) 459.

⁹⁰ Gökcan ve Artuç (n 2) 4378.

⁹¹ Bkz. "Sanığın, eski kayınvalidesinin kendisi hakkında asılsız konuşmalarda bulunduğunu duyarak, belediyeye ait toplu taşıma aracının önünü traktörü ile kesip otobüse binerek, 5 dakika süre ile yolcu olan kayınvalidesi ile tartışmasından ibaret olan eyleminde, kamu kurumunun faaliyetini engelleme kastı bulunmadığı gözetilmeden, yerinde olmayan ve yetersiz gerekçeyle mahkûmiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır." Yargıtay 4 CD, E 2013/29706 K 2014/12543, 17.04.2014.

⁹² Yargıtay 4 CD, E 2011/12018 K 2013/20308, 25.06.2013.

⁹³ Gerçekker (n 7) 1238.

⁹⁴ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

⁹⁵ Gerçekker (n 7) 1238.

⁹⁶ Gökcan ve Artuç (n 2) 4378.

⁹⁷ Bkz. "Sanık, oto kurtarma işi yapan işyerinin sahibi olup, diğer sanıkların onun yanında şoför olarak çalıştıkları; olay tarihinde patron olan sanık, yol üzerinde bulunan yol kenarı denetim istasyonunda kontroller sırasında haksız ceza kesildiği düşüncesiyle, diğer sanıkları arayarak iş

C. Hukuka Aykırılık

5237 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan kanunun hükmünün yerine getirilmesi, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmektedir. Kamu makamlarının vermiş olduğu izin çerçevesinde kamu hizmeti sunan kuruluşun sahip olduğu izin, yine kanun gereğince kaldırılırsa, her ne kadar faaliyet durmuş olsa da kanun hükmü uygulandığından suç oluşmamaktadır. Örneğin; 1982 Anayasası'nın 135'inci maddesine göre kamu düzeninin, milli güvenliğinin, suç işlenmesini önlemenin gerekli olduğu durumda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla bir makam kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunu faaliyetten men ile yetkilendirilebilmektedir. Bu durumda her ne kadar faaliyet engellenmiş olsa da fiil hukuka uygun kabul edilmektedir.⁹⁸ Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararlarına göre mevzuat gereğince usulsüz kullanım nedeniyle elektriğin kesilmesinde, kanun hükmü uygulandığından hukuka aykırılık bulunmamaktadır.⁹⁹

5237 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan meşru savunmanın, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin; belediye otobüsündeki yolculardan birisi, diğer yolcuya karşı haksız saldırıda bulunduğu için şoför tarafından otobüsten indirildiğinde, yolcunun kamu hizmetinden yararlanması engellenmiş olsa da şoförün fiili, üçüncü kişi lehine meşru savunma olarak değerlendirilmelidir.¹⁰⁰

5237 sayılı Kanun'un 26'ıncı maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan hakkın kullanılması hükümlerinin, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin; 1982 Anayasası'nın 54'üncü maddesi gereğince işçilerin grev hakkını kullanması meşrudur. Grevin

yerine ait araçlarla birlikte istasyona gelmelerini istemesi üzerine, diğer sanıkların olay yerine gelerek yedi adet aracı istasyona bıraktıkları ve araç anahtarlarını da işverenleri olan sanığa teslim ettikleri olayda; diğer sanıkların, iş yeri sahibinin talimatını yerine getirip, anahtarları da kendisine verdiklerinin anlaşıldığı, şoför sanıkların kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi amacıyla oraya gittiklerini bilmediklerinden hata yaptıkları olayda kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmamaktadır.” Yargıtay 4 CD, E 2016/10702 K 2017/16805, 06.06.2017.

⁹⁸ Çetin Arslan ve Bahattin Azizağaoğlu, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil 2004) 512.

⁹⁹ Bkz. “İşyeri elektriğinin asansöre bağlanmasının sonucunda, elektriğin apartmanın müşterek kullanımın sayacından tüketilmesi üzerine elektrik idaresi yetkililerinin usulsüz kullanımı tespit ederek ilgili işyerinin elektriğini kesmesi Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin ilgili maddesine göre elektrik idaresinin yetkisinde olduğundan, kanun hükmünün uygulanmasının sonucunda kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmamaktadır.” Yargıtay 18 CD, E 2015/12569 K 2016/880, 19.01.2016; Benzer şekilde Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına göre “Sanığın, elektrik sayacı kontrol memuru olduğu, kaçak elektrik kullanıldığının belirlenmesi üzerine otelin elektriğinin Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin ilgili maddesine göre kestiği ve sayacı mühürlediği, sanık tarafından yapılan işlemde mevzuata herhangi bir aykırılık bulunmadığından kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmamaktadır.” Antalya 1 BAM, E 2019/1395 K 2019/1906.

¹⁰⁰ Altunç (n 5) 122.

devamı boyunca kamu faaliyetinin durması halinde, her ne kadar bir kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmiş olsa da fiili suç oluşturmamaktadır.¹⁰¹ Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre 1982 Anayasası'nda düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerini kullanan kişilerin fiilleri, her ne kadar bir kamu faaliyetinin yürütülmesine ya da bir kamu hizmetinden yararlanılmasına engel olsa da sendikal faaliyet meşru bir haktır. Bu nedenle sendikal faaliyet çerçevesinde stant açmış olan sanıkların faaliyetleri hukuka uygun kabul edilmelidir.¹⁰² Kamu faaliyetinin hatalı yürütüldüğünün bildirilmesi amacını taşıyan eleştiri ya da 1982 Anayasası'nda düzenlenmiş olan protesto hakkının kullanılması hukuka aykırı davranış sayılmayacağından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçlu oluşmamaktadır.¹⁰³ Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre kendisine haksız ceza yazılmasını protesto etmek amacıyla araçlarını kurum içinde bırakan¹⁰⁴; işini kaybetmesi nedeniyle belediye önünde bu durumu şiddetli olarak protesto eden¹⁰⁵ sanıkların hareketlerinin, hak ve hürriyetlerin kullanımı kapsamında olup olmadığı öncelikli olarak değerlendirilmeli ve sonucuna göre hukuki durum belirlenmelidir.

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesine göre kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda engellenmenin, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Bu halde engelleme, mağdurun özgür iradesini ortadan kaldırma suretiyle gerçekleştirilmektedir. Mağdurun özgür, serbest iradesinin bulunmadığı halde rızası geçerli olmayacağından, 5237 sayılı Kanun'un 26'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan rızanın, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmesi mümkün olmamaktadır.¹⁰⁶

¹⁰¹ Donay (n 2) 180.

¹⁰² Yargıtay 4 CD, E 2012/20283 K 2014/682, 15.01.2014.

¹⁰³ Gökcan ve Artuç (n 2) 4375.

¹⁰⁴ Bkz. "Sanığın kovuşturma aşamasındaki savunmasında, araçlarına yönelik olarak bu zamana kadar çok fazla ceza yazıldığını, bu cezaların bir kısmına itiraz ettiğini, itirazlarının tamamının kabul edildiğini, itiraz etmediklerinden ise bazı cezaları ödediğini, bazı cezaları ise ödemediğini beyan etmesi karşısında, savunmanın doğruluğu araştırılarak, haklılık payının olduğunun ortaya çıkması halinde, eylemin yasal protesto hakkının kullanımı niteliğinde olup olmadığının tartışılarak sanıkların hukuki durumlarının buna göre değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırıdır." Yargıtay 4 CD, E 2016/10702 K 2017/16805, 06.06.2017.

¹⁰⁵ Bkz. "Sanığın, belediye tarafından düşük ücretle yolcu taşınması, sefer sayılarının çokluğu nedeniyle işsiz hale gelmeleri yüzünden borçlarını ödeyemeyecek duruma düştüğünü bu durumu ilçe ve belediye yetkilileri ile görüşmeye çalıştıklarını ancak kimsenin sorunları ile ilgilenmediğini, olay günü de mağduriyetlerinin giderilmesi için belediye önüne geldiklerini savunması karşısında, sanığın eyleminin temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi açısından, sanığın veya üyesi olduğu kooperatifin olay tarihi öncesinde, sefer sayısı ve yolcu taşıma ücreti konusunda herhangi bir resmi makama müracaatı olup olmadığının, müracaatları varsa ne şekilde bir karar verildiğinin araştırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme sonucu hüküm kurulması kanuna aykırıdır." Yargıtay 4 CD, E 2014/5745 K 2014/7333, 05.03.2014.

¹⁰⁶ Altunç (n 5) 123.

IV. KUSURLULUĞU KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER

Kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesinde somut olayda, kusurluluğu etkileyen haller bulunabilmektedir.¹⁰⁷

5237 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan amirin emrinin yerine getirilmesi hükümlerinin, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilirliğinin tartışılması gerekmektedir. Kamu hizmeti sunan makamların, bireyin kamu hizmetinden yararlanmasını personeli aracılığı ile engellemesi halinde farklı olasılıklar değerlendirilmelidir. 5237 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinin 3'ncü fıkrasına göre konusu suç teşkil eden bir emir yerine getirildiğinde, emri veren kişiyle birlikte emri yerine getiren de sorumlu olmaktadır. Amir tarafından verilen emir, bir kamu faaliyetinin yürütülmesine ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasına engel olduğunda, konusu suç olan bir emir yerine getirilmiş olacağından, emri veren ve emri yerine getiren kişiler birlikte sorumlu olurlar. Aynı görüş doğrultusunda Samsun Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına göre *"Oğullarının şahsi elektrik borcundan dolayı ana ve babasının elektriğinin kesilmesi, çocuğu borcu ödemeye zorlamak amacıyla yapılmış olup; bu durum hem elektrik dağıtım şirketi hem de kesinti işlemini gerçekleştiren personel tarafından bilinmekle birlikte fiili gerçekleştiren personel verilen emri uyguladıklarını beyan etmelerine rağmen, daha önce üç defa daha ana ve babanın elektriğini kesip mühürleme yaptıklarından borcun aslında ana ve babaya ait olmadığını bilmediklerini iddia ettikleri olayda"*¹⁰⁸, konusu suç olan bir emri uyguladıklarından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu işledikleri sabit görülmüştür. Verilen emrin hukuka uygunluğu konusunda kaçınılmaz hata yapıldığında ise 5237 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince emir verilen personelin sorumluluğu bulunmamaktadır.

5237 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan zorunluluk halinin, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin; kendisini öldürmek isteyen hasımlarından kaçan kişinin, sağlık ocağına sığınarak kapıyı kilitlediği olayda, kendisine ait bir hakka yönelik, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak zorunluluğu ile hareket edildiğinden faile ceza verilmemektedir.

5237 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi gereğince haksız tahrik hükümlerinin, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda uygulanabilmesi mümkündür.¹⁰⁹ Örneğin; faturasını düzenli olarak ödemesine rağmen, personelin

¹⁰⁷ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

¹⁰⁸ Samsun 6 BAM, E 2018/816 K 2019/1263, 15.05.2019.

¹⁰⁹ Bkz. Benzer görüş için Yargıtay. *"Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda, savunmaların doğruluğu araştırılıp, olayın çıkış sebebi üzerinde durularak, sanıklar hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmaması kanuna aykırıdır."* Yargıtay 4 CD, E 2016/10702 K 2017/16805, 06.06.2017.

kişisel husumet nedeniyle abonenin elektriğini kesmesi ve devamında kurumun, hukuka aykırı olarak abonenin elektriğini açmayı reddetmesi halinde, kurumun ve personelinin hareketi haksız fiil olup abonenin hiddet veya şiddetli elem duymasına neden olabilmektedir. Abone de yeni abonelikler kurmak adına yapılan kazı çalışmasını engellediğinde, kamu faaliyetinin yürütülmesi engellendiğinden kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşmaktadır. Bu durumda hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hareket eden abone, haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçuna teşebbüs mümkündür.¹¹⁰ Fail, bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi için harekete geçip, elinde olmayan nedenlerle hareketini tamamlayamadığında ya da netice meydana gelmediğinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olmaktadır.¹¹¹ Örneğin; güvenlik noktasındaki kilidi açmak suretiyle yolcuların trene binmesine veya acil servise girerek doktorların hastaları tedavi etmesine engel olmaya çalışan failin, görevlinin müdahale etmesiyle birlikte olay yerinden ayrılması halinde, teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Aynı görüş doğrultusunda Yargıtay'a göre de kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesi amacıyla, elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasına rağmen somut olayda fabrikanın faaliyetine ara vermemesi halinde, teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.¹¹²

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin; elinde sopa ile belediye otobüsünün içine giren kişi, aracı durdurmadığı takdirde kendisine zarar vereceğini söyleyerek şoförü tehdit eder. Şoförün, aracı sağ şeride doğru yanaştırmaya çalıştığını gördüğünde ise davranışından dolayı pişmanlık duyar ve özür dileyerek otobüste boş olan bir koltuğa oturur. Kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmeden önce suçu tamamlamaktan vazgeçilmiştir. Bu durumda fail; suça teşebbüsten değil, sadece tamamlanmış olan tehdit suçundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

¹¹⁰ Malkoç (n 35) 2022.

¹¹¹ Gerçekler (n 7) 1238; Gökcan ve Artuç (n 2) 4382; Sami Gören, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (Yetkin 2012) 747; Malkoç (n 35) 2022; Arslan ve Azizağaoğlu (n 98) 512; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Seçkin 2008) 1827; Şahbaz (n 1) 1669; Altunç (n 5) 122; Sevrük (n 76) 240; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 33) 476; ; Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun neticesi harekete bitiş suç tipi olduğu gerekçesiyle teşebbüse elverişli olmadığına dair aksi görüş için bkz. Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198; Taneri (n 10) 459.

¹¹² Yargıtay 4 CD, E 2013/1428 K 2013/20454, 25.06.2013.

B. İştirak

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde iştirake ilişkin özel düzenleme bulunmadığından, suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulanmaktadır.¹¹³ Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi mütemadi suç olduğundan, temadi sona erene kadar suça iştirak edilebilmesi mümkündür.¹¹⁴

C. İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 42'nci maddesine göre biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bileşik suçta, başlı başına bağımsız bir suç, diğer bir suçun içinde erimekte ve ayrıca ceza verilmemektedir.¹¹⁵ Bileşik suç oluşturur norm, unsur olan suç ya da suçları tüketmiş, bağımsızlıklarını kaybettirmiş olmaktadır. Bunun sonucunda da ortada tek norm ve onun düzenlendiği suç kalmaktadır.¹¹⁶ Doktrinde çoğunluğun görüşüne cebir veya tehdit unsur suçlar olup ayrıca cezalandırılmadığından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi bileşik suç olarak kabul edilmektedir.¹¹⁷ Bileşik suç olarak kabul etmeyen görüşe göre ise bileşik suçta biri diğerinin unsuru olarak değil, iki farklı suç yeni bir suç tipinin unsurları olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin cebir veya tehdit ile hırsızlık suçları birlikte işlendiğinde, bileşik suç olan yağma oluşmaktadır. Bu halde cebir veya tehdit ile hırsızlık, yağma suçunun unsurları olmaktadır. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda ise birden fazla farklı suç, yeni bir suç tipinin unsuru olarak bulunmamaktadır.¹¹⁸ Şöyle ki kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda cebir veya tehdit, suçun unsuru olmasına karşın bir başka suçla birleşerek bağımsız bir suç oluşturmamaktadırlar. Diğer bir deyişle cebir veya tehdit olmaksızın, kamu faaliyetinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesi diye farklı bir suç bulunmamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde yer alan suç, bileşik suç olarak nitelendirilmemelidir.¹¹⁹ Yargıtay'a göre bileşik suçta, kanunda suç olarak

¹¹³ Şahbaz (n 1) 1669.

¹¹⁴ Gökcan ve Artuç (n 2) 4382.

¹¹⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II* (Der 2019) 651.

¹¹⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020) 543.

¹¹⁷ Dönmezer ve Erman (n 115) 652; Özgenç (n 42) 614; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020) 556; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2021) 551; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2020) 789; Gerçekler (n 7) 1290; Malkoç (n 35) 2022; Parlar ve Hatipoğlu (n 111) 1827; Şahbaz (n 1) 1668; Altunç (n 5) 127; Erman (n 40) 113; Tezcan, Erdem ve Önok (n 31) 580; Kayıhan İçel ve A. Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II. Kitap* (Beta 2007) 327.

¹¹⁸ Zeki Hafizoğulları ve Günel Kurşun, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında" (2007) 65 (3) ABD 56, 60.

¹¹⁹ Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç" (2012) 61 (1) AÜHFD 43, 53;

yer alan bir fiilin bir başka suçun unsuru olarak düzenlenmesi yeterli olup iki farklı suç, oluşacak yeni suç tipinin unsurları olmak zorunda değildir. Cebir veya tehdit, kanunda ayrıca bağımsız olarak oluşturulmuş suç tipinin unsurları olduğu takdirde bileşik suç hükümleri uygulanmalıdır. Bu nedenle kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi bileşik suçtur.¹²⁰ Bileşik suç oluşturulan hareketlerin tümünün kanunda bağımsız suçlar olarak düzenlenmesi gerekmemektedir. Bu hareketlerden bazılarının başka bir suç oluşturması yeterli olmaktadır. Burada önemli olan tüm bu hareketlerin hukuki olarak tek bir suçun haksızlık unsurunu oluşturmasıdır. Cebir veya tehdidin, suçun unsuru olup bağımsızlığını kaybettiği suçların tek fiil olarak kabul edilmesinden dolayı, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi bileşik suç olarak kabul edilmelidir.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda, cebir ve tehdidin her ikisi de somut olayda gerçekleşebilmektedir. Bu durumda, bu fiillerin kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçundaki unsur suç olma özelliği değişmemekte, cebir veya tehditten dolayı ayrıca cezalandırma yoluna gidilmemektedir.

Failin aynı hareketinin sonucu olarak, 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin (a) bendinde yer alan kamu faaliyetinin yürütülmesine engel olunması ve (b) bendinde yer alan kamu hizmetlerinden yararlanılmasına engel olunması hâlinde, sadece bir suç oluşmaktadır.¹²¹

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla da işlenebilmesi mümkündür. Hukuka aykırı davranış bağımsız bir suç oluşturduğu takdirde, örneğin mala zarar verme yoluyla kamu faaliyetinin yürütülmesi veya kamu hizmetinden yararlanma hakkı engellendiğinde, bileşik suç hükümleri uygulanmamalıdır. Bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olacağından, fikri ıçtima kuralı gereğince daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı failin cezalandırılması gerekir.¹²² Benzer şekilde hakaret fiili de bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesine neden olabilmektedir. Örneğin; kendisine hakaret edildiği için makinistin treni hareket ettirmemesi halinde, bir kamu faaliyetinin yürütülmesi engellenmiş olmaktadır. Bu halde yine fikri ıçtima kuralı uygulanmalıdır.

Cebir veya tehdit ile birlikte hukuka aykırı davranış da somut olayda gerçekleştirilmiş olduğunda, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu ve bağımsız bir suç olarak hukuka aykırı davranıştan dolayı gerçek ıçtima kuralının uygulanması gerekir. Örneğin; pilota yönelik tehdit ve hakaretin yapılmasıyla bir kamu faaliyetinin yürütülmesi engellendiğinde, kamu hizmetlerinden

Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Adalet 2020) 682; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2016) 527.

¹²⁰ Yargıtay 16 CD, E 2016/777 K 2017/776, 07.02.2017.

¹²¹ Gökcan ve Artuç (n 2) 4383.

¹²² Özбек (n 28) 740.



yararlanma hakkının engellenmesi suçuyla birlikte hakaret suçundan dolayı da fail sorumlu tutulmalıdır.¹²³ Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay'a göre cebir veya tehdit gerçekleşikten sonra hakaret fiili, kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının engellenmesinde, unsur fiil olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle hakaretin mevcut olduğu somut olayda, hakaret ve kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçlarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir.¹²⁴

Cebir veya tehdit içeren fiilin, birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olması halinde fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin; cebir veya tehdit ile cezaevi aracından sanıkların çıkartılması engellendiğinde, 5237 sayılı Kanun'un 265'nci maddesinde yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçu ile 113'üncü maddede yer alan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun unsurları somut olayda birlikte oluşmaktadır. Fikri içtima gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı failin sorumlu tutulması gerekir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. *"Daha önce belediye şoförleri ile tartışma yaşayan sanığın, elindeki sopayla olay günü belediye otobüsünün arka kapısından binerek, bir daha bu güzergâhtan yolcu almayacaksınız diyerek sopa ile şoförün darp edildiği somut olayda cebir yoluyla kamu görevlisine yönelik görevini yaptırmamak için direnme suçu ile birlikte kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun fikri içtima kapsamında ele alınması gerekmektedir."*¹²⁵

Bir ulaşım aracının işgal edilerek belli süre hareket etmesinin engellenmesi halinde, aynı fiilin sonucunda birden çok farklı suçun işlenmesi ihtimali bulunmaktadır. Öncelikli olarak cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kamu faaliyeti olan ulaşımın yürütülmesi engellenmiş olacağından, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu oluşur. Ulaşım aracının hareket etmesi engellendiği için 223'üncü maddede yer alan ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçu da işlenmiş olur. Bu durumda tek fiil ile farklı kanun maddeleri ihlal edildiğinden, fikri içtima hükümleri gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı fail cezalandırılmalıdır. Ulaşım aracının içinde bulunan kişilerin de cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla belli süre hürriyeti tahdit edilmiş olacağından, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan dolayı sorumluluğun nasıl olacağı belirlenmelidir. 5237 sayılı Kanun'un 223'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunun işlenmesiyle birlikte, kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi halinde, fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan dolayı cezalandırılmaktadır. Toparlamak gerekirse, ulaşım aracının hareket etmesinin engellenmesi halinde, fikri içtima kuralı uygulanarak kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi ile ula-

¹²³ Gökcan ve Artuç (n 2) 4377.

¹²⁴ Yargıtay 4 CD, E 2011/12018 K 2013/20308, 25.06.2013.

¹²⁵ Yargıtay 8 CD, E 2019/612 K 2019/6006, 02.05.2019.

şım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçlarından hangisinin cezası daha ağır ise fail o suçtan dolayı sorumlu tutulur. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan dolayı ise 223'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre ayrıca cezalandırma yoluna gidilmelidir.

5237 sayılı Kanun'un 119'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında özel içtima hali düzenlenmiştir. Buna göre kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun işlenmesi sırasında, 5237 sayılı Kanun'un 87'nci maddesinde düzenlenmiş olan kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleştğinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır.¹²⁶ Örneğin; adliye binasına girilmesine engel olunması sırasında uygulanan cebir, mağdurun vücudunda kemik kırılmasına neden olduğunda, gerçek içtima kuralı gereğince kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu ve ağırlaştırılmış yaralama suçundan dolayı gerçek içtima kuralı uygulanmalıdır. 5237 sayılı Kanun'un 86'ncı maddesinde düzenlenmiş olan kasten yaralama suçunun basit halinin somut olayda gerçekleşmesi halinde, bu durum suçta unsur olarak yer alan cebir sayılmakta ve bileşik suç hükümleri gereğince ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı sorumluluk doğmamaktadır.

Bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin veya kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesi dışında ayrıca ve açıkça suç olarak düzenlenmiş olduğunda, hangi suç ya da suçlardan dolayı sorumluluğun oluşacağının belirlenmesi gerekmektedir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinde yer alan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin uygulanabilmesi için bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi, özel bir hükümle bir başka suç olarak ayrıca düzenlenmemiş olmalıdır.¹²⁷ Kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da bir kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi, ayrıca ve açıkça özel bir normun konusu yapılmış olduğunda, cezası dikkate alınmaksızın fail özel norma göre cezalandırılmalıdır.¹²⁸ Örneğin; eğitim-öğretim faaliyeti engellendiğinde 113'üncü maddede yer alan kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi yerine, 112'nci maddede yer alan eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi suçundan; faaliyeti engellenen bir siyasi parti olduğunda, 114'üncü maddede yer alan siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan dolayı cezalandırılacaktır.¹²⁹ Benzer şekilde Yasama bir kamu faaliyeti olmasına rağmen, cebir veya tehdit kullanılarak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edilmesi halinde, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu yerine, 311'inci maddede yer alan

¹²⁶ Hafızoğulları ve Özen (n 13) 198.

¹²⁷ Demirbaş (n 119) 525.

¹²⁸ Hakeri (n 117) 588.

¹²⁹ Gökcan ve Artuç (n 2) 4383.



Yasama organına karşı işlenen suçtan; Yürütme bir kamu faaliyeti olmasına rağmen cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetinin görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi halinde, 312'nci maddede yer alan Hükûmete karşı işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır.¹³⁰

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanabilmektedir. Aynı suç işlemeye iradesiyle, aynı kurum faaliyetinin yürütülmesinin farklı zamanlarda birden çok defa engellenmesi ya da aynı kişinin farklı zamanlarda birden çok defa kamu hizmetlerinden yararlanabilmesinin engellenmesi hali zincirleme suç kapsamında değerlendirilir (m. 43/1).¹³¹ Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay'a göre aynı suç işlemeye iradesiyle farklı tarihlerde defalarca polis imdat hattını arayan sanığın eyleminde, aynı kurumun faaliyeti farklı tarihlerde engellenmiş olup, sanığın eylemi zincirleme suç kapsamında değerlendirilmelidir.¹³² Benzer şekilde tek fiil ile birden fazla kurumun faaliyetinin engellenmesi ya da birden fazla kişinin kamu hizmetinden yararlanabilmesinin engellenmesi halinde yine zincirleme suç hükümleri tatbik edilir (m. 43/2'deki aynı neviden fikri içtima).¹³³ Kurumun faaliyetini engellemek amacıyla birden çok çalışana cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın gerçekleştirilmesi, aynı neviden fikri içtima için yeterli olmamaktadır. Bu durum, 5237 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmekte ve alt sınırdan uzaklaşılarak cezalandırmanın gerekçesi olarak kabul edilmektedir.¹³⁴

VI. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun faili, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Suçun takibi şikâyet tabi olmayıp, dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıl olarak uygulanmaktadır. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda soyut ceza iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olmasına karşın sonuç ceza, kısa süreli hapis cezası olduğunda seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir. Sonuç ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olduğunda, cezanın ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının verilmesi mümkündür. Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun cezasının üst sınırı on yılı aşmadığından, Asliye ceza mahkemesi görevlidir. Yetkili mahkeme ise kamu faaliyetinin yürütülmesinin ya da kamu hizmetinden yararlanılmasının engellendiği yer mahkemesidir.

¹³⁰ Şahbaz (n 1) 1669.

¹³¹ Hafizoğulları ve Özen (n 13) 198.

¹³² Yargıtay 4 CD, E 2018/3159 K 2018/12649, 26.06.2018.

¹³³ Gökcan ve Artuç (n 2) 4382; Malkoç (n 35) 2022; Şahbaz (n 1) 1669.

¹³⁴ Malkoç (n 35) 2022.

SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 113'üncü maddesine göre cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir başka davranışla bir kamu faaliyetinin yürütülmesine ya da kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından verilen ya da kamu makamının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına engel olunması hali, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu başlığı altında yaptırıma bağlanmıştır.

6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce fiil, kamu kurumu faaliyetlerinin yürütülmesine engel olunması şeklinde düzenlenmişti. Değişiklikten sonra ise faaliyetin yürütülmesinin engellenmesiyle birlikte, kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi de maddeye dahil edilerek suçun kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Bir kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesinde, hizmetten yararlanma değil, kamu hizmetinin sunumu engellenmektedir. Hizmetlerden yararlanılma hakkının engellenmesinde ise hizmetin gereklerinden, olanaklarından veya avantajlarından yararlanma hakkı engellenmektedir.

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin başlığı, *"kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesidir."* Suçun başlığı, suç tipinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde yer alan kamu faaliyetinin yürütülmesinin engellenmesini kapsamaktadır. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin başlığı, *"kamu faaliyetinin yürütülmesinin ve kamu hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi"* olarak değiştirilerek, madde başlığı ve metin kısmı arasındaki çelişki ortadan kaldırılmalıdır.

6529 sayılı Kanun ile birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin başlığının kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi şeklinde değiştirilmesine karşın nitelikli hallerin düzenlendiği *"ortam hüküm"* başlıklı 119'uncu maddenin 1'inci fıkrasında suçun adı *"kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi"* olarak yer almaktadır. 6529 sayılı Kanun değişikliği uyarınca, 5237 sayılı Kanun'un 119'uncu maddesinde yer alan ifade güncellenmeli ve çelişki ortadan kaldırılmalıdır.

5237 sayılı Kanun'un 113'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde kamu hizmeti; kamu kurumu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ve kamu kurumlarının verdiği izinle faaliyette bulunan kişilerin sundukları hizmet şeklinde somutlaştırılmaktadır. İlk fıkranın (a) bendinde ise kamu faaliyetini yürütenler somutlaştırılmamıştır. Seçimlik hareketler arasında uyum olması adına, özellikle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu ile kamu kurumlarının verdiği izinle faaliyette bulunan kişilerin yürüttükleri kamu faaliyetinin engellenmesinin de suçun kapsamında olduğunun (a) bendinde belirtilmesinde fayda bulunmaktadır.

7406 sayılı Kanun ile birlikte, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun konusunun sağlık hizmeti olması hâlinin nitelikli hal olarak kabulü ve ceza sorumluluğunun artırılması yerinde olmamaktadır. Düzenleme,

sağlık çalışanlarına yönelik şiddetin önlenmesi amacını taşımakta ise de örneğin kolluk personeline yönelik şiddet, sağlık çalışanlarına yönelik şiddetten daha az yoğunlukta değildir.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun cezası, 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası iken, değişiklikle birlikte iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun cezasının iki kat olacak şekilde artırılmasına neden ihtiyaç duyulduğu, amacın ne olduğu, önceki ceza miktarının neden yetersiz görüldüğü, benzer nitelikli suçların cezaları ile uyumun ve orantının dikkate alınıp alınmadığı, öngörülen hapis cezasının hakaniyetli olup olmadığı gibi cevaplandırılması gereken sorular bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçu, kamu faaliyeti yürütülmesinin veya kamu hizmetlerinden yararlanılmasının engellenmesi halinde tamamlanmış olmaktadır. Uygulamada özellikle kamu görevini ifa eden personele yönelik cebir veya tehdidin ya da hukuka aykırı başka bir davranışın gerçekleştirildiği vakılarda, suç tamamlanmış gibi algı oluşabilmektedir. Faaliyeti yürüten personele yönelik cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, ilgili kurum tarafından yürütülen faaliyet engellenmiş olmalıdır. Cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışın gerçekleştirilmesi, kamu görevinin yürütülmesinin veya bireylerin kamu hizmetinden yararlanabilmesinin engellediği anlamına gelmemektedir. Suçun tamamlandığının ayrıca ve açıkça kanıtlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Savaş 2019).

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2020).

Artuk ME/Gökçen A, Alşahin ME, Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2021).

Altunç S, “Kamu Hizmetlerinden Yararlanma Hakkının Engellenmesi” *Özel Ceza Hukuku Cilt III* (Onikilevha 2021) 115-128.

Arslan Ç ve Azizağaoğlu B, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil 2004).

Cin S, “Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi Suçu” (2020) 5 (1) ÇÜHFD 689-710.

Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2016).

Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta 2007).

Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II* (Der 2019).

Erman FE, “Eğitim ve Öğretim Hakkının Engellenmesi” *Özel Ceza Hukuku Cilt III* (Onikilevha 2021) 101-114.

- Gerçekker H, *Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I* (Seçkin 2018).
- Gökcan HT ve Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt III* (Adalet 2021).
- Gören S, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu* (Yetkin 2012).
- Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I* (Turhan 2018).
- Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj 2017).
- Hafizoğulları Z ve Kurşun G, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında” (2007) 65 (3) ABD 56-62.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Kişilere Karşı Suçlar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (USA 2016).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2021).
- İçel K ve Evik AH, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II. Kitap* (Beta 2007).
- İpekçioğlu PA, “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç” (2012) 61 (1) AÜHFD 43-67.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2019).
- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017).
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (2013).
- Özbek VÖ, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı Cilt II* (Seçkin 2008).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin 2020).
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Adalet 2020).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2020).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Seçkin 2008).
- Sevük HY, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet 2019).
- Sözüer A, “Tehdit Suçu” (1991-1994) 54 (1-4) İÜHFM 124-146.
- Şahbaz İ, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt I* (Yetkin 2020).
- Taneri G, *Hürriyete Karşı Suçlar* (Seçkin 2020).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Seçkin 2020).

TÜRKİYE’DE “DEVLET MEMURU” VE İTALYA’DA “DIPENDENTI PUBBLICI’NIN” DİSİPLİN YÖNETİMİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

*A Comparative Analysis of Discipline Management of “Devlet Memuru”
in Türkiye and “Dipendenti Pubblici” in Italy*

Şahap KAYMAK*

Kamil Ufuk BİLGİN**

Özet

Kurum içi hiyerarşinin sağlanması ve etkin bir kamu personel yönetim sisteminin oluşturulması için iyi kurgulanmış bir disiplin yönetimine ihtiyaç vardır. Bunun için kamu personeline sağlanacak güvence mekanizmalarından disiplin yönetimi ilkelerine kadar geniş bir hukuksal yapının oluşturulması gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmanın amacı, aynı coğrafyada bulunan ve ortak özellikleri olan Türkiye ile İtalya’daki disiplin yönetimini karşılaştırmalı olarak incelemektir. Türkiye’de “Devlet Memurları”na uygulanan disiplin yönetimi, 1965 yılında çıkarılan Devlet Memurları Kanunu ile düzenlenmiştir. İtalya’da ise, “Dipendenti Pubblici”nin disiplin yönetimi kanun, yönetmelik ve toplu sözleşmeler çerçevesinde şekillenmiştir. Buna göre, Türkiye’de ve İtalya’da güncelliğini koruyan kamu personel disiplin yönetimi ilkeler, disiplin süreci ile disiplin suç ve cezaları kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca, istatistiki verilerden de yararlanılarak disiplin yönetimlerinin anlaşılmasına katkı sağlanmıştır. Her iki ülkedeki kamu yönetimi sisteminin yapısal farklılığı, disiplin yönetimlerinin kurgulanmasında etkisini göstermektedir. Bu farklılığın, salt bir nedenden kaynaklandığı düşünülmemelidir. Çünkü, ülkelerin kamu yönetimlerinin gelişimini ve değişimini etkileyen birden çok etkenin var olduğu bilinmektedir. Çalışmada, her iki ülke kamu personeli disiplin yönetimi yönünden karşılaştırıldıktan sonra, hukuk ve uygulama açısından da çeşitli bulgular saptanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Disiplin, Disiplin yönetimi, Türkiye’de Devlet memuru disiplini, İtalya’da Dipendenti Pubblici Disiplini.

Abstract

Ensuring internal hierarchy and establishing an effective public management system are based on well-constructed discipline management. For this, it is necessary to establish a wide legal structure, from the assurance mechanisms to be provided to public personnel, to the principles of disciplinary management. In this context, the aim of the study is to comparatively examine the disciplinary management in Türkiye and Italy, which are located in the same geography

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 21.12.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, sahapkaymak@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8222-2472>.

** Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, kamil.bilgin@hbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5715-5466>.

and have common features. Disciplinary management applied to “Devlet memuru” in Türkiye was regulated by the Civil Servants Law enacted in 1965. “Dipendenti Pubblici” In Italy, disciplinary management has been shaped within the framework of laws, regulations and collective agreements. Accordingly, public personnel discipline management principles, which are up-to-date in Türkiye and Italy, are examined within the scope of disciplinary process and disciplinary offenses and penalties. In addition, by making use of statistical data, it contributed to the understanding of disciplinary management. The structural difference of the public administration system in both countries shows its effect in the construction of disciplinary administrations. This difference should not be thought of as a mere cause. Because it is known that there are multiple factors that affect the development and change of public administrations of countries. In the study, after the two countries were compared in terms of public personnel discipline management, various findings were determined in terms of law and practice.

Keywords: Discipline, Discipline management, Devlet memuru discipline in Türkiye, Dipendenti Pubblici discipline in Italy.

GİRİŞ

Disiplin, kısaca personelin kurumca belirlenen iş ve yönetim kurallarına uymasının sağlanmasıdır.¹ Disiplin, ödül veya ceza yoluyla personel davranışlarının yönlendirilmesidir.² Disiplini, bir taraftan personelin kurum düzenine aykırı davranışlarından dolayı tâbi olunan yaptırımlar³ olarak tanımlarken; diğer taraftan da memurların amirlerinin keyfi hareketlerinden kurtulmak ve buna karşı bir güvence hakkı⁴ gibi görülmesi de söz konusudur. Disiplinden amaçlanan ise, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaktır.⁵ Bunun için disiplinin yönetilmesi gerekmektedir. Çünkü personel yönetimi işlevlerinden biri olan disiplin yönetimi, kurum içi çalışma ortamının verimli, etkili ve barışçıl geçmesini sağlamak üzere getirilmiş kurallar ile bunlara uyulmasını sağlamak üzere getirilmiş cezaların uygulanması sürecidir.⁶

Esas olarak üç temel aşamadan oluşması gereken disiplin yönetim sürecinin, başarıyla yürütülebilmesi için ilk iki aşamada disiplin kurallarının ve disiplin cezalarının önceden oluşturulması; sonra da kurallara uymayanların belirlenmesi ve kendilerine gerekli cezaların verilmesi gerekmektedir.⁷ Bu aşamaların etkin yönetimi ise, disiplin yönetiminde uyulması gereken şu ilkelere bağlıdır:⁸

Disiplin kuralları (DK) işe yönelik belirlenmelidir;

- DK, sık değiştirilmemelidir;
- DK, personele gereği ve önemi açıklanmalı ve benimsetilmelidir;

¹ Donald E. Klinger, *Public Personnel Management* (Prentice-Hall 1980) 382.

² Edwin B. Flippo, *Principles of Personnel Management* (McGraw-Hill 1976) 397.

³ Cahit Tutum, *Personel Yönetimi* (Todaie 1979) 188.

⁴ Nihat Kayar, *Kamu Personel Yönetimi* (Ekin 2010) 270.

⁵ Birgül Ayman Güler, *Kamu Personeli* (İmge 2005) 300.

⁶ Kamil Ufuk Bilgin, *Kamu Personel Yönetimi* (İmaj 1997) 111.

⁷ Bilgin, ‘İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk Personel Sistemi’ in F Kartal (eds), *Türkiye’de Kamu Yönetimi ve Kamu Politikaları* (Todaie 2015) (n 7) 221-240.

⁸ Bilgin, *Kamu Performans Yönetimi* (Todaie 2004) (n 7) 103.

- DK, uyulmaması sonuçları ve disiplin cezaları (DC) personele anlatılmalıdır;
- DC, personelin disiplin kurallarına uymasına ilişkin her türlü önleme karşın dikkatsizliği, kusuru veya kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışları için son çare olarak verilmelidir;
- DC, personelin aynı kuralı tekrar ihlâli hâlinde artırılmalıdır;
- DC, personelin savunması alınmadan verilmemelidir;
- DC, sonrasında personele itiraz ve dava açma hakkı devam etmelidir.

Disiplin yönetiminde personelin disiplin kurallarına tam olarak uyması için uygulamada bir cezasız, iki de cezalı yöntem bulunmaktadır.⁹ Genellikle disiplin ve ceza birlikte anılmakla birlikte, ilk yöntem “Cezasız-Önleyici Disiplin Yöntemi”dir. İnsan kaynakları yönetimi çağdaş anlayışına uygun olarak, personelin kurallara uyması için disiplinsizlik suç değil sorundur, bu nedenle kuruma ve personele ilişkin sorunların çözülmesi; ceza yerine, uyum sağlama; kuralları duyurma ve benimsetme, hatta kuralları birlikte belirleme; ödüllendirme dâhil çeşitli önlemler alınması yoluyla gerçekleştirilebilen bu yöntemde, cezasız ve proaktif bir yönetim çabası mevcuttur. Daha çok özel sektörde görülen ikinci yöntem, “Sıcak Soba Cezalı Disiplin Yöntemi”dir. Personel burada disiplin kurallara uymaması hâlinde uyarılmakta, sorunları varsa çözümlenmesi çalışılmakta; ancak her şeye karşın disiplinsizlik devam ediyorsa, personele tek en büyük ceza verilmekte ve işten çıkarılmaktadır.

Disiplin yönetimindeki üçüncü yöntem ise, dünyada en çok başvurulan “Kademeli Cezalı Disiplin Yöntemi”dir. Buna göre yöntem, farklı durumlar için farklı cezaları içermekte; aynı/benzer olumsuz davranışların tekrarı hâlinde cezanın ağırlaştırılması gerekmektedir. Türkiye, İtalya ve diğer pek çok ülkede uygulanan yöntem de budur. Çünkü, olabildiğince personelin olumsuz tüm tutum ve davranışları için ve tekrarına uygun, adil cezalar verilebilmekte; personel dikkatsizlik sonucu basit kuralsızlıkları için uyarılmakta; kusurlu davranışları olması hâlinde kısmen daha ağır cezalar verilmekte; ancak personelin disiplin kurallarına kasıtlı olarak uymaması ve kurumun iş yönetimini zor durumda bırakması hâlinde görevine son verilmesi söz konusu olmaktadır.

Disiplin yönetiminde başarı için en uygun yöntemin seçilmesi ve ilkelere uyulması gerekmekte; ancak esas amacın personele ceza vermek değil, iş başarısı ve çalışma barışının sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Her şeye rağmen disiplin cezası vermek gerekiyorsa, personele bu ceza öncesi savunma hakkı; ceza sonrası ise itiraz ve dava açma hakkı verilmesi hukukun temel alındığının göstergesi sayılmalıdır.

Oniki hizmet sınıfından oluşan Türk Kamu Personel Yönetim Sisteminde,¹⁰ disiplin yönetim ilke, kural ve cezalar ile işleyiş sürecini içeren kanun, 14.07.1965

⁹ Ramazan Geylan, *Personel Yönetimi* (Met 1993) 7.

¹⁰ Bilgin (n 7) and Esra Nur Tuğan, *Türk Kamu Personel Yönetim Sistemi* (Akademisyen 2021).

tarikh ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)’dur. Kanun, Türkiye’de Devlet memurlarının hakları, yükümlölükleri, yasakları, disiplin yönetimi gibi konuları düzenleyen temel kanun niteliğindedir.

DMK kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan Devlet memurlarının, çalıştıkları kurumun mevzuatında disiplin hükümlerine yer verilmişse veya disiplin hükümleri bulunmakla birlikte fiilin karşılığında uygulanması gereken yaptırım düzenlenmemişse, DMC’nın disiplin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. DMC kapsamında yer almayan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele ise, ancak çalıştıkları kurumun mevzuatında atıf varsa DMC’nın ilgili hükümleri uygulanmaktadır.¹¹ Diğer taraftan hâkim ve savcılar, üniversite öğretim üyeleri, askeri personel ve emniyet teşkilatı mensupları gibi bazı meslek personeli, disiplin yönetimi için kendi kurumları özel kanunlara tâbidir.

İtalya’da ise, 1908 yılından bu yana genel bir disiplin yönetimi bulunmaktadır. Hâlen yürürlükte olan kamu idarelerinin teşkilat ve işleyişine ilişkin 30.03.2001 tarih ve 165 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)’de disiplin hükümlerine yer verilmiştir. KHK’da düzenlenen disiplin sistemi kamuda istihdam edilen personele yönelik olması itibarıyla özel sektördeki istihdam ilişkilerine uygulanan disiplin kurallarından ayrılmaktadır. 1990’lı yıllarla birlikte kamuda istihdamın artık sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştirilmesinin sonucunda toplu sözleşmelerde disiplin hükümleri yer almış ve KHK’da aksine bir hüküm bulunmadıkça, Medeni Kanun ve diğer özel sektör istihdamına yönelik kanunlarda bulunan disiplin hükümlerinin uygulanması mümkün hâle gelmiştir. Toplu sözleşmeler ile belirlenen disiplin hükümlerine tâbi olmayıp, ilgili kanunlarda öngörülen ve idarenin tek taraflı tesis ettiğİ işlemlerle hakkında disiplin cezası uygulanan hâkim ve savcılar ile akademisyenler, valiler, kamu avukatları, askeri personel ve diplomatlar gibi kamu hukuku kapsamında personel de bulunmaktadır.¹² Bununla birlikte, İtalya’da *Dipendenti Pubblici*’nin kamu istihdam ilişkisi çerçevesinde uyması gereken yükümlölükler ile bu yükümlölüklere aykırı hareket etmesi hâlinde uygulanacak yaptırımlar 16.04.2013 tarih ve 62 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹³ (CBK) ve toplu sözleşmelerde de düzenlenmiştir.

Öte yandan, KHK’nın 54. maddesinin 5. fıkrası uyarınca her kamu idaresinin organizasyon yapısına göre belirlediğİ davranış kodları da bulunmaktadır.¹⁴

¹¹ Zehreddin Aslan and Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (Seçkin 2020) 54-55.

¹² Bernardo Giorgio Mattarella, *Lezioni Di Diritto Amministrativo* (G. Giappichelli Editore 2018) 120-121.

¹³ 30.03.2001 tarih ve 165 sayılı KHK’nın 54. maddesi uyarınca memurların davranış kurallarına ilişkin düzenleme olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁴ Bu doğrultuda, Kamu İdarelerinin Değerlendirilmesi, Şeffaflığı ve Bütünlüğü Komisyonu (CIVIT) tarafından kurum bazında ya da yönetim biçimlerine özgü standart ölçütler ve uygulama rehberleri hazırlanacağı da vurgulanmıştır.

Çalışmada, Akdeniz Havzasında yer alan ve birçok ortak noktası bulunan her iki ülkenin disiplin yönetimleri, Türk kamu personeli “*Devlet Memuru*” ile İtalya kamu personeli “*Dipendenti Pubblici*” üzerinden karşılaştırılacaktır. Öğretide bu kapsamda bilimsel bir çalışma bulunmaması ve günümüzde gerek kamu kurum ve kuruluşları, gerekse kamu personeli açısından son derece önem arz eden disiplin yönetiminin karşılaştırılmalı olarak incelenmesi gerekliliği, çalışmanın çıkış noktasını oluşturmaktadır.

I. TÜRKİYE’DE DİSİPLİN YÖNETİMİNE HÂKİM OLAN İLKELER

Türkiye’de kamu personeli disiplin yönetimi, kamu hizmetlerinin eksiksiz ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi için Devlet memurlarının kanunlar çerçevesinde görevlerini yapmalarını ve yükümlülüklerine riayet etmesini amaçlayan bir sistemdir. Buna göre Türkiye’de Devlet memurları disiplin yönetiminin belli başlı ilkeleri bulunmaktadır. Ceza hukukuna özgü ilkelerden yararlanılarak, yargı kararlarıyla kabul edilen bu ilkeler şu şekilde sayılabilir.¹⁵

Kanunilik İlkesi: Kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda uygulanabilirliğine ilişkin öğretide üç farklı görüşten söz edilmektedir. İlk görüşe göre, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince disiplin cezasını gerektiren fiil ve karşılığında uygulanacak yaptırım kanunla düzenlenmelidir. Yine, Anayasa’nın 128. maddesinde kanunla yapılması belirtilen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin “diğer özlük işleri”nin disiplin suç ve cezalarını da içerdiği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüşe göre, belli meslek gruplarının görev yaptıkları kurumun yazılı kurallar hiyerarşisine uymalarının amaçlandığı disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli değildir. Son görüşe göre ise, kanunilik ilkesinin disiplin cezaları yönünden uygulanabileceği, ancak değişen ve kapsamı gün geçtikçe genişleyen kamu hizmeti kavramı çerçevesinde ceza verilmesine sebebiyet teşkil edecek fiillerin tahdidî olarak kanunla düzenlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.¹⁶

Bu ilke uyarınca, disiplin cezaları kanunla düzenlenmesi gerektiğinden dolayı kıyas yasağı bulunmaktadır. “*Nulla poena sine lege*” olarak da adlandırılan kanunilik ilkesi, yargı içtihatlarıyla geliştirildiğinden kanun koyucu disiplin cezalarının yönetmelikle düzenlenmesine yönelik yasal değişiklikler yapabilir.¹⁷ Ancak, Yüce’ye göre, DMK’nın 125. maddesinde kıyas yoluyla disiplin cezası verilebileceğinin öngörülmesi kanunilik ilkesinin geçerliliğini tartışmalı hâle getirmiştir.¹⁸

¹⁵ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Seçkin 2022) 502-504; Selman Sacit Boz, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler’ (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-41.

¹⁶ Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak temel görüşleri aktaran Cemil Kaya, ‘Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler’ (2005) 38(2) Amme İdaresi Dergisi 64.

¹⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt-II* (Ekin 2019) 777.

¹⁸ Turhan Tufan Yüce, ‘Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili’ (1994) 88 Danıştay Dergisi 8.



Akılmaz, Sezginer ve Kaya’ya göre de, hem fiil hem de disiplin cezası bakımından kanunilik ilkesine kıyas yoluyla istisna oluşturulmamalıdır. Bu görüşün temelinde, ceza hukuku genel ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanması gerektiği düşüncesi yatmaktadır.¹⁹ Öğretideki genel kabul ise, disiplin suçları yönünden kıyasın mümkün olmadığı yönündedir.²⁰ Nitekim, Danıştay verdiği bir kararda, ilgilinin fiili tecavüzde bulunduğu kişinin kendisiyle eşdeğer görevde çalışan başka bir personel olduğu, oysa Devlet memurluğundan çıkarma cezasının “amirlerine”, “maiyetindekilere” ve “iş sahiplerine” karşı gerçekleştirilen fiili tecavüzün vuku bulmasında uygulanabileceği, fiilin tipiklik unsurunun gerçekleşmediği, dolayısıyla kıyas yasağına aykırı davranılmak suretiyle verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.²¹

Anayasa Mahkemesi (AYM) hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri çerçevesinde disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek, muhataplarınca bilinebilirliğini sağlamaktadır.²² Örneğin, emniyet personeline disiplin cezası verilmesini gerektiren fiiller ile bu fiiller karşılığında uygulanacak ceza miktarının tüzükle belirleneceğini kurala bağlayan 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu’nun 83. maddesi, Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan somut norm denetimi neticesinde, disiplin suçlarıyla ilgili genel çerçeve belirlenmediği gerekçesiyle AYM tarafından anayasaya aykırı bulunmuştur.²³

Kanunilik ilkesine ilişkin Danıştay’ın görüşü ise, hem disiplin suçlarının hem de disiplin cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündedir. Buna göre, Anayasa’nın 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile 128. maddesindeki kanuni düzenleme ilkesi gereğince düzenleyici işlemlerle disiplin cezasını gerektiren fiil veya davranışlar ile disiplin cezaları belirlenemez.²⁴

Ölçülülük İlkesi: DMK’da disiplin cezaları tahdidî olarak sayıldığı ve bu cezaların hangi fiil veya davranışlar karşılığında uygulanacağı belirlendiği için disiplin cezalarında esasen ölçülülük ilkesi yönünden bir tartışma bulunmamaktadır.²⁵ Bu ilkeye göre, fiil ile ceza arasında mâkul bir denge bulunmasından hareketle, fiilin işlenmesine neden olan etkenlerden, Devlet memurunun iradi olarak hareket edip etmediğine kadar çeşitli unsurlar dikkate alınmalıdır. Ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) karar-

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz and Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin 2023) 748.

²⁰ Nur Kaman, ‘Disiplin Soruşturması, Ceza Soruşturması, Görevden Uzaklaştırma’ in T. Yıldırım (eds), *İdare Hukuku* (Oniki Levha 2022) 316.

²¹ Danıştay 12 D, E 2021/431 K 2023/1032, 09.03.2023.

²² Şahap Kaymak, ‘İdarî Yaptırımlarda Lehe Kanun İlkesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 43.

²³ Anayasa Mahkemesi, E 2015/85 K 2016/3, 13.01.2016.

²⁴ Danıştay 12 D, E 2020/474 K 2023/365, 07.02.2023; E 2019/5233 K 2023/646, 16.02.2023.

²⁵ Gözler, (n 17) 779.

larıyla Alman hukuku vasıtasıyla Avrupa hukukuna teşmil edilmiş olup, ülkemizde 1982 Anayasasıyla Türk hukukuna girmiştir.²⁶

Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesi yerine dolaylı olarak adil denge, adil bir oran, adil nisbet, gerekli denge ve fiil ve ceza arasında uyum ibareleri kullanılmaktadır.²⁷ Adil denge kavramını kullandığı bir kararında Danıştay, söz konusu denge kurulurken, olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önüne alınması gerektiğini vurgulayarak, uyuşmazlık konusundaki fiil ile verilen cezanın uyuşmadığı, orantılılık ilkesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle dava konusu disiplin cezasını hukuka aykırı bulmuştur.²⁸ Başka bir kararında ise, ilgilinin sosyal medya üzerinden yaptığı paylaşımlara ilişkin fiilinin, yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek fiili olarak nitelendirilmesi neticesinde Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığına işaret etmiştir.²⁹

ABAD’ın 1988 tarihli “Berrehab c./Pays-Bas” ve 1991 tarihli “Moustakim c./Belgique” kararlarında da, ölçülülük ilkesi açıkça ifade edilmiştir.³⁰ ABAD, işlenen fiilin ağırlığı ile verilen disiplin cezasının orantılı olması gerektiğini, ağırlaştırıcı ve hafifletici koşulların cezanın belirlenmesinde önemli bir etken olduğunu belirtmiştir.³¹

Savunma Hakkı İlkesi: Bu ilkeye göre, disiplin soruşturmasında ceza verilmeden önce personelin savunma hakkının kullanılması engellenmemelidir. Bu hak, Devlet memurları için mutlak ve vazgeçilemez bir hak statüsündedir.³² Savunma hakkı ilgilinin ileri sürdüğü savları ispatlayacak delilleri ortaya koyduğu, soruşturmaya konu fiilin işlenmediğine yönelik bilgi ve belgeleri ibraz ettiği, yaptırım uygulanmadan önce uyulması gereken zorunlu bir unsurdur.³³

Öte yandan, soruşturma sırasında ilgilinin ifadesinin alınması ile soruşturma raporunun tamamlanmasından sonra ilgiliye savunma hakkı tanınması aynı mahiyette olmayıp, her iki kavramdan ne anlaşılması gerektiği Danıştay tarafından açıklanmıştır. Buna göre, “soruşturma sonrasında alınan ifade savunma olarak

²⁶ Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)* (Danıştay 2016) 89.

²⁷ Akyılmaz and Sezginer and Kaya, (n 19) 754.

²⁸ Danıştay 12 D, E 2020/1183 K 2023/1910, 10.04.2023.

²⁹ Danıştay 12 D, E 2019/572 K 2023/1323, 27.03.2023.

³⁰ Erkut, (n 26) 115.

³¹ Case Commission v Council [2016] F-49/15, paras 120-122.

³² Oğuz Sancakdar and Lale Burcu Önüt and Eser Us Doğan and Mine Kasapoğlu Turhan and Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Seçkin 2021) 505.

³³ Ali Dursun Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (Oniki Levha 2013) 50.



kabul edilmemekte, ayrıca “savunma ifade tutanağı” ve benzeri adlarla alınan ve içeriğini soruşturmacının belirlediği belgeler savunma olarak değerlendirilmemektedir. İfade alma, soruşturulanın ifadesinin alınması, disiplin soruşturmasının yürütülmesi sırasında olayın aydınlatılması için soruşturmacı tarafından soruşturulanın bilgisine başvurulmasıdır. İfade alma işlemi genellikle soru cevap şeklinde gerçekleştiğinden bu aşamada soruşturulan kendini istediği gibi ifade etme ve savunma imkânına sahip değildir. Ayrıca bu aşamada disiplin soruşturması devam ettiğinden soruşturulanın ifadesinin alınmasından sonra, disiplin suçuna ilişkin delillerde ve suçun niteliğinde değişiklik meydana gelmesi mümkündür.” şeklinde iki kavramın farklılığı ortaya konulmuştur.³⁴

Anayasal bir hak olan disiplin cezaları verilmeden önce ilgililere tanınması gereken savunma hakkının nitelik ve değeri yönünden yapılan teorik tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, anayasa koyucunun bu hakka verdiği önem daha iyi anlaşılabilir.³⁵

ABAD kararlarında “dinlenilme hakkı” olarak da tanımlanan savunma hakkının ihlâli, verilen disiplin cezasını doğrudan sakatlamamaktadır. Disiplin cezasının hukuka aykırı olabilmesi için ilgiliye savunma hakkı verilmiş olsaydı farklı bir sonuca varılıp varılmayacağının incelenmesi gerekmektedir. Eğer disiplin cezasını verecek mercii savunma hakkından bağımsız olarak aynı cezayı verecek idiyse ve ilgili hakkında yürütülen disiplin soruşturması hakkında yeterli bilgiye sahipse, bu durum savunma hakkının kısıtlanması olarak nitelendirilmemektedir.³⁶

Aynı Fiile İki Defa Ceza Verilememesi İlkesi: Bu ilke gereği, bir fiile ancak bir defa ceza verilebilir. Başka bir ifadeyle, aynı fiil için aynı anda birden fazla disiplin cezası verilmesi gerektiği durumda ilke uygulama alanı bulmaktadır. İdeal olan ise, aynı fiil için uygulanacak cezanın tek ve caydırıcı nitelikte olmasıdır.³⁷ ABAD’da ilgilinin çeşitli yükümlülükleri ihlâli hâlinde, söz konusu ihlâllerin etkisini dikkate alarak tek bir yaptırım uygulanmasının doğal olduğunu, bu durumun ilkenin ihlâli anlamına gelmeyeceğini işaret etmektedir.³⁸

Fiilin ceza kovuşturması sonucunda suç teşkil ettiğinin anlaşılması hâlinde, yaptırım uygulanması ayrıca disiplin cezası verilmesine mani olmaz. Fiilin teker-

³⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2019/3044 K 2020/317, 12.02.2020.

³⁵ Savunma hakkından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili tartışmalar için Bkz. Mehmet Sağlam, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması* (Mahalli İdareler Derneği 2003) 132.

³⁶ Case T-742/15 P Commission v Council [2015], paras 65, 67.

³⁷ Yücel Oğurlu, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı’ (2003) 52(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 108.

³⁸ Case T-464/16 P Commission v Council [2016] F-133/15, paras 141. Benzer yönde kararlar için Bkz. Case T-415/20 Commission v Council [2021], paras 91, 92, 130; Case T-754/20 Commission v Council [2022], paras 179, 180, 208, 215-223, 237-239.

rürü hâlinde ise, “non bis in idem” ilkesi geçerli değildir.³⁹ Bu ilke, iyiniyet ve hakkaniyet ilkeleri ile yargısal içtihatlarla dayanır.⁴⁰

İlke, Anayasa’da doğrudan düzenlenmemekle birlikte, AYM “non bis in idem” ilkesini adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedir. AYM, “Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.” şeklinde tanımladığı ilkenin ihlâl edildiğine yönelik karar verebilmesi için aradığı koşulları da belirlemiştir. Buna göre, ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin olması, bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması, ikinci defa ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi, farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması ve ilkenin istisnalarından birinin olmaması gerekir.⁴¹ Söz konusu koşulların arandığı 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 12. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan “yirmi disiplin cezası puanı” ibaresine yönelik somut norm denetiminde, disiplin ceza puanı toplamını olumsuz yönde etkileyen disiplin cezası ile disiplin ceza puanına bağlı olarak verilen meslekten çıkarma cezasının cezaî nitelik taşımadığından non bis in idem ilkesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.⁴²

Geriye Yürümezlik İlkesi: Bu ilke, disiplin cezasının verildiği tarihten itibaren geleceğe yönelik olarak hukukî sonuçlarını doğurmasını gerektiren bir ilkedir.

Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi: Bu ilkeye göre, Devlet memuru fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan mevzuattaki ceza ile tecziye edilir. Ceza verilmeyen hâllerde, lehe bir hüküm getiren düzenleme yapılabilir. AYM’de, suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında lehe kanunun geçmişe yürüyeceğini AİHM gibi içtihat yoluyla kabul etmiştir.⁴³

Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi: Bu ilkeyle, soyut ve mesnetsiz iddialar dikkate alınarak disiplin cezası verilemez. İlke gereğince isnat edilen fiilin sübuta ermediği bir durumda, ilgiliye disiplin cezası verilmemesi gerekir. Aksi takdirde, fiilin işlendiğine dair yeterli ve inandırıcı ve her türlü kuşkudan uzak kesin bir kanaat oluşturulmadan verilen ceza sebep unsuru yönünden sakattır. Danıştay da, görevi kötüye kullanmaya teşebbüs ve yetkili olmadığı iş için yarar sağlama suçları bakımından şüpheden sanık yararlanır ilkesi çerçevesinde beraatine hükmedilen ilgiliye, disiplin cezası verilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁴

³⁹ Gözler, (n 17) 778.

⁴⁰ Sancakdar and Önüt and Us Doğan and Kasapoğlu Turhan and Seyhan, (n 32) 510.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E 2019/4 K 2021/78, 04.11.2021.

⁴² Anayasa Mahkemesi, E 2020/97 K 2022/62, 01.06.2022.

⁴³ Yusuf Şevki Hakyemez, ‘Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak Ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu’ (2022) 39(1) Anayasa Yargısı Dergisi 245.

⁴⁴ Danıştay 12 D, E 2021/1625 K 2023/644, 16.02.2023.

Bir Derece Hafif Ceza Verilmesi İlkesi: Bu ilke gereği, geçmişteki çalışmaları olumlu ve ödül veya başarı belgesi alan Devlet memurlarına, bir derece hafif ceza verilebilir.

Aleyhte Düzeltme Yasağı İlkesi: Bu ilkeye uyulması sonucu, Devlet memurlarının disiplin cezalarına karşı itiraz hakkı vardır. Ancak disiplin cezasına itiraz hâlinde, itiraz mercii ilk cezadan daha ağır bir ceza veremez. Başka bir anlatımla, reformatio in pejus yasaktır.⁴⁵ Diğer taraftan, idarelerce disiplin cezası verildikten ve ilgiliye tebliğ edildikten sonra bu cezanın re’sen geri alınmak suretiyle daha ağır bir ceza verildiği de gözlemlenmektedir. Örneğin, ilgilinin fiilinin yüz kızartıcı suç niteliğinde olduğundan bahisle verilen aylıktan kesme cezası, herhangi bir yasal değişiklik veya yargı kararı olmadığı hâlde idarece söz konusu cezadan vazgeçilerek daha ağır nitelikte olan sözleşmenin feshi cezası verilmesi, idarî işlemin geri alınması mahiyetinde olmadığından hukuka uygun bulunmamıştır.⁴⁶

II. İTALYA’DA DİSİPLİN YÖNETİMİNE HÂKİM OLAN İLKELER

62 sayılı CBK, genel olarak Dipendenti Pubblici’nin kamuda görev yaptığı süre içerisinde kendisinden beklenen sadakat, tarafsızlık ve iyi davranış kurallarını tanımlamaktadır. Aynı zamanda kamu idarelerinin kabul ettiği davranış kodlarıyla CBK’da belirlenen kurallar uyumlu olmak zorundadır. CBK’daki disiplin yönetimi, şu kamu idarelerinde çalışan Dipendenti Pubblici’ler için geçerlidir:⁴⁷

- Her seviyedeki enstitü, okullar ve eğitim kurumları da dâhil olmak üzere kamu idareleri,
- Özerk düzene sahip kamu şirketleri ve idareleri,
- Bölge ve il yönetimleri,
- Büyükşehirler ve diğer büyük alan varlıkları,
- Belediyeler, dağ toplulukları ve bunların iştirakleri ve dernekleri,
- Üniversiteler,
- Özerk sosyal konut kurumları,
- Ticaret, sanayi, zanaatkarlar ve tarım odaları ve bunların dernekleri,
- Tüm ulusal, bölgesel ve yerel ekonomik olmayan kamu kuruluşları,
- Ulusal Sağlık Hizmeti idareleri, şirketleri ve organları,
- Kamu İdarelerinin Müzakere Temsilciliği Ajansı,
- Ajanslar.

⁴⁵ Tekin Akılhoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları* (Todaie 1983) 167.

⁴⁶ Danıştay 12 D, E 2021/2420 K 2023/1524, 30.03.2023.

⁴⁷ Söz konusu kamu idareleri 30.03.2001 tarih ve 165 sayılı kamu idareleri tarafından kullanılan işlerin organizasyonuna ilişkin genel kuralları içeren Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesinin 2. fıkrasında tahdidi olarak sayılmıştır.

İtalya Danıştay’ı’nca (Consiglio di Stato) 62 sayılı CBK’da yapılacak değişiklik için hazırlanan kararname taslağına ilişkin verilen bir görüşte, anılan CBK’nın birçok heterojen kamu idaresinin farklı örgütsel ve işlevsel bağamlarına uyarlanması öngörülen bir araç olarak tasarlandığı; ortak görevlerden ziyade Dipendenti Pubblici’nin asgari görevlerini tanımladığı; genel ve ilkesel bir düzenleme olduğu yönünde açıklama getirilmiştir.⁴⁸

Yukarıda belirtilen kamu idarelerinde geçerli olan disiplin yönetiminin genel ilkeleri ise, 62 sayılı CBK’nın 3. maddesinde şu 6 başlık altında sıralanmıştır:

Sadakat ve Tarafsızlık İlkesi: Dipendenti Pubblici’ler Anayasa’ya uygun hareket eder ve vatandaşlara meslek onuruna uygun bir şekilde hizmet eder. Bu nedenle kamu hizmetinin sunumunda iyi performans göstermeli ve tarafsızlık ilkesine riayet etmelidir. Görev ve yetkilerini, kişisel çıkar saikiyle kullanmamalı, kamu yararı çerçevesinde kanunlara uygun olarak görevini yerine getirmelidir. Bu kapsamda, Consiglio di Stato’nun ölçülülük ilkesini değerlendirdiği bir kararında, ilgilinin bilgisayar sistemine izinsiz erişim ve menfaat sağlaması nedeniyle kamu görevinden çıkarma cezasıyla tecziyesinin açık bir orantısızlık teşkil ettiği; her ne kadar idarenin geniş bir takdir yetkisi olsa bile fiil ile ceza arasındaki dengeyi kurma görevinin idarenin uhdesinde bulunduğu değerlendirilmiştir.⁴⁹ Ancak sadakat yemini etmiş bir Dipendenti Pubblici’nin, münferit bir davranışı sonucunda işlediği fiilin ağırlığı kamu görevinden çıkarılmasını haklı kılabilir.⁵⁰

Dürüstlük ve Şeffaflık İlkesi: Dipendenti Pubblici’ler kamu hizmeti sunarken dürüstlük, doğruluk, iyi niyet, şeffaflık ve adillik ilkelerini göz önünde bulundurmalı; üçüncü kişiler ile çıkar çatışması yaşanması hâlinde bu durumdan kaçınarak, bağımsız davranmalıdır. Consiglio di Stato çıkar çatışmasını, kamu idarelerinin yürütmekle görevli olduğu bir faaliyetin aynı anda kişisel çıkarları olan bir yetkilinin sorumluluğunda ifa edilmesiyle ortaya çıkan yasal durum olarak tanımlamaktadır. Çünkü işlevselleştirilmiş menfaat olarak da somutlaştırılabilen çıkar çatışması nedeniyle Dipendenti Pubblici, idareyi bilgilendirme ve çekimser kalma yükümlülüğündedir.⁵¹

Sır Saklama İlkesi: Dipendenti Pubblici’ler görevi sırasında edindiği bilgileri kişisel çıkarları için kötüye kullanmamalı, yetkilerini sadece kamunun menfaatleri doğrultusunda hareket ederek, haysiyetine zarar verebilecek durumlara yol açmamalıdır.

Verimlilik ve Etkinlik İlkesi: Dipendenti Pubblici’ler kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılması hususunda gerekli hassasiyeti göstermelidir.

⁴⁸ Consiglio di Stato, Numero 00093/2023, 19.01.2023.

⁴⁹ Consiglio di Stato, Numero 07886/2023, 21.08.2023.

⁵⁰ Consiglio di Stato, Numero 06568/2023, 05.07.2023.

⁵¹ Consiglio di Stato, Numero 2069, 22.03.2022.

Eşit Davranma İlkesi: Dipendenti Pubblici’ler vatandaşlarla olan ilişkilerinde, her türlü ayrımcılık içeren davranışlardan kaçınmalı ve herkese eşit muamele yapmalıdır.

İşbirliği İlkesi: Kurumlar arası elektronik veri transferini de içeren her türlü bilgi ve belge yasal mevzuatın izin verdiği ölçüde diğer kurumlarla paylaşılmalı ve bu konuda gerekli özen gösterilmelidir.

III. TÜRKİYE’DE DEVLET MEMURU DİSİPLİN YÖNETİMİ SÜRECİ

Türkiye’de Devlet memurları disiplin yönetim süreci, soruşturma açılmasıyla başlamaktadır. Disiplin amiri tarafından açılan soruşturmayı, hiyerarşi ve kıdem bakımından hakkında soruşturma yapılacak memurla en az aynı statüde bulunan personel yürütmelidir. Fiilin işlendiğinin öğrenilmesinden itibaren, Devlet memurluğundan çıkarma cezası yönünden 6 ay, diğer cezalar yönünden ise 1 ay içerisinde soruşturmaya başlanması zorunludur. Her hâlükârda fiilin işlendiği tarihten itibaren 2 yıl içerisinde ceza verilmesi gerekir. Eğer bu süre içerisinde ceza verilmezse aynı fiilden dolayı tekrar ceza verilmesi mümkün değildir.⁵²

Disiplin soruşturmasında önemli olan bir diğer husus, Devlet memuruna en az 7 günlük savunma süresinin tanınması gerektiğidir. Devlet memurunun başarısı ve performansının yüksekliği dikkate alınarak bir alt derecedeki cezayla tecziye edilmesi durumunda, amirin takdir yetkisini kullanma imkânı bulunmaktadır. Devlet memuru, disiplin cezasına karşı 7 gün içinde disiplin kuruluna ya da yüksek disiplin kuruluna itiraz edebilir. Bu merciiler, itiraz hakkında 30 gün içinde karar verir.⁵³

Disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması, hem soruşturma/kovuşturma sürecinde, hem de bu sürecin sonucunda verilen kararlar yönünden kural olarak birbirlerinden bağımsızdır. Bu bağımsızlığın sonucu olarak, farklı alanlarda yürütülen soruşturma ve kovuşturma nedeniyle diğerinden daha önce verilen bir kararın ikincisi üzerinde etkisi bulunmamaktadır. İlginç bir şekilde suçun işlendiği mahkeme kararının disiplin soruşturmasını etkilemesi ise, bu durumun istisnasıdır. Buna karşın, delil yetersizliği ya da suç unsurlarının oluşmadığından bahisle verilen beraat kararları, disiplin soruşturmasını etkilemez.⁵⁴

DMK’da, Devlet memurluğundan çıkarma cezası dışında diğer cezalara konu olan disiplini bozucu fiil ve eylemler sınırlı olarak sayılmamıştır. Çünkü, DMK’da düzenlenen fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiillere ceza verilebilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, kıyasa başvurularak kabul

⁵² Adil Bucaktepe, ‘Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2015) 19(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-224.

⁵³ Ali Dursun Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Yetkin 2021) 601-602.

⁵⁴ Ulusoy, (n 53) 600-601.

edilecek yeni disiplin suçlarına sadece DMK’da öngörülen türdeki disiplin cezaları verilebilmektedir.⁵⁵

Öğretide, disiplin kurullarının yetkisinin kısıtlanmış olması memuriyet güvencesine aykırı olduğu gibi, disiplin cezalarının çoğunu atamaya yetkili hiyerarşik amirin vermesinin disiplin sürecinin işlerliğini zorlaştırdığı yönünden eleştiriler de ileri sürülmektedir.⁵⁶ Ayrıca, Devlet memurlarının disiplin sürecine ilişkin çok sayıda Danıştay kararı bulunmaktadır.⁵⁷

IV. İTALYA’DA DIPENDENTI PUBBLICI DİSİPLİN YÖNETİMİ SÜRECİ

İtalya’da Dipendenti Pubblici disiplin yönetimi sürecinin yer aldığı KHK’da, sözlü kınama ve 10 günden fazla aylıktan yoksun bırakma cezalarında disiplin soruşturmasının yürütülmesi farklı kurallara tâbidir. Sözgelimi, disiplin cezasını gerektiren fiilin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 20 gün içinde iddialar ilgiliye yazılı olarak bildirilmelidir. Dipendenti Pubblici’nin savunmasının alınması için ise, en az 10 gün önceden bildirimde bulunulur. Bunun üzerine, Dipendenti Pubblici savunmasını yazılı olarak gönderebileceği gibi, ek savunma süresi verilmesi için başvuruda bulunabilir. Ek savunma için sadece bir kez başvuru yapılabilir.

İddiaların Dipendenti Pubblici’ye bildirilmesinden itibaren 60 gün içinde disiplin cezasına ilişkin karar verilmelidir. Disiplin soruşturması süresince, Dipendenti Pubblici ile e-posta ya da elden tebliğ yöntemleriyle iletişim kurulması esastır. Ayrıca, faks ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla da haberleşme mümkündür. Toplu sözleşmede öngörüldüğü takdirde, disiplin cezası uygulanmadan önce 30 gün içerisinde tamamlanacak zorunlu olmayan uzlaştırma müessesesine başvurulabilir.

Disiplin soruşturması, uzlaştırma sürecinin başladığı tarihten itibaren durur ve uzlaştırmının olumsuz sonuçlanması hâlinde durduğu yerden işlemeye başlar. Hakkında disiplin soruşturması yürütülen Dipendenti Pubblici’nin istifası durumunda işlediği fiil karşılığı yaptırım olarak işten çıkarma cezası öngörülmüşse veya ihtiyati olarak görevden uzaklaştırma kararı verilmişse, disiplin soruşturmasına devam edilir ve nihaî tespitlerin yapıldığı varsayılır. Dipendenti Pubblici’nin başka bir kamu idaresine naklen atanması, disiplin soruşturmasını sona erdirmez. Bilâkis soruşturmaya devam edilerek Dipendenti Pubblici’ye disiplin cezası uygulanır.

⁵⁵ Gözler, (n 17) 794.

⁵⁶ Turgut Tan and Bahar Bayazıt, *İdare Hukuku* (Turhan 2021) 514.

⁵⁷ Adem Dinç, *Açıklamalı ve Yargı Kararları ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu* (Türkiye Belediyeler Birliği 2011) 327-361.

Genel olarak kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararıyla elde edilen delil ve bulgular, disiplin makamları ile disiplin uyuşmazlıklarıyla görevli mahkemeler için bağlayıcıdır. Ancak, disiplin makamları ile disiplin uyuşmazlıklarıyla görevli mahkemelerin herhangi bir karar vermeden önce, devam eden ceza yargılamasının sonucunu bekleme zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵⁸

Disiplin soruşturması ile ceza kovuşturmasının, kural olarak aynı anda birlikte yürütülmesi mümkündür. Ancak, sözlü kınama ve 10 günden fazla aylıktan yoksun bırakma disiplin cezalarını gerektiren fiiller bakımından soruşturma durmadığı hâlde, daha ağır cezalar yönünden yetkili makam Dipendenti Pubblici hakkındaki iddiaların sabit olduğu tespitine dair karmaşık olaylarda ve disiplin cezası uygulayabilmek için yeterli delilin bulunmaması hâlinde ceza davasının sona ermesine kadar soruşturmayı durdurabilir. Ceza kovuşturmasının sonucunda isnat edilen fiilin kesin olarak sabit olmadığından bahisle beraat kararı verilirse, Dipendenti Pubblici’ye disiplin cezası verilmiş olsa bile beraat kararının verildiği tarihten itibaren 6 ay içinde başvuruda bulunulması hâlinde, yetkili makam yeniden değerlendirme yapmak üzere ikinci kez disiplin soruşturması başlatır. Disiplin soruşturmasının herhangi bir ceza verilmeden sonlandırılması ve ceza kovuşturmasının kesin olarak mahkumiyetle sonuçlanması hâlinde de, yetkili makam ceza davasının sonucuna bağlı olarak yeni bir disiplin soruşturması başlatır.

Sözlü kınama yaptırımı öngörülmüş hafif ihlâllerde, ceza verme yetkisi Dipendenti Pubblici’nin çalıştığı kurum amirine aittir. Sözlü kınama dışındaki diğer yaptırımlarla cezalandırılan ihlâller de ise, yetki her kamu idaresinin kendi işleyişine göre belirlediği disiplin soruşturması dairesine aittir.⁵⁹

Diğer taraftan, kanun koyucu disiplin yetkisi bulunan amire ceza vermesini zorlayıcı bir düzenleme getirmemiştir. İhlâl olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi hâlinde yaptırım uygulanması gerekliliği disiplin yetkisinin her koşulda kullanılması zorunluluğunu taşımamaktadır. Burada, yetki sahibi amire bir takdir marjının tanındığı söylenebilir. Disiplin soruşturması sürecinin ihmal edilmesi veya geciktirilmesi nedeniyle amirin sorumluluğuna gidilebilmesi, bu takdir marjının kullanılmasını engellememelidir. Zira, ihmal ya da gecikmeden doğan sorumluluk disiplin yönetiminin amacıyla ilgili olmayıp, haklı bir neden olmaksızın disiplin yetkisinin nesnel olarak kullanılmamasıyla ilgilidir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu takdir marjının, hafif ihlâller durumunda ortaya çıkması ağır ihlâllere kıyasla daha olasıdır.⁶⁰

⁵⁸ Eu Judicial Network, Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings Research Note 2020, <ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf (europa.eu)> accessed 12 November 2022.

⁵⁹ Di Maria Gentile, ‘La nuova disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici alla luce dell’ultima riforma’ (2017) (6) Azienditalia Il Personale 324.

⁶⁰ Fabio Ravelli, ‘Sanzioni Disciplinari E responsabilità dei dipendenti pubblici’ (2011) Massimo D’Antona 26.

V. TÜRKİYE’DE DEVLET MEMURLARI DİSİPLİN FİİL VE CEZALARI

Türkiye’de Devlet memurlarının, disiplini bozucu fiil ve eylemlerden önce, ceza almamak için öncelikle aşağıdaki yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir.⁶¹

- Sadakat, tarafsızlık ve Devlete bağlılık,
- Davranış ve işbirliği,
- Amir ve memurların sorumlulukları,
- Kişisel sorumluluk ve zararı karşılama,
- Mal bildiriminde bulunma,
- Basına bilgi ve demeç vermeme,
- Resmî belge, araç ve gereçlerin yetki verilen mahaller dışına çıkarılmaması ve iadesi.

Devlet memurlarının yükümlülüklerinin yanı sıra, yine disiplin cezası almak için aşağıdaki yasaklara da uyması gerekmektedir.⁶²

- Toplu eylem ve hareketlerde bulunmama,
- Greve gitme,
- Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmama,
- Hediye alma ve menfaat sağlama,
- Denetimindeki teşebbüsten menfaat sağlama,
- Gizli bilgileri açıklama.

Devlet memurlarının disiplini bozucu fiil ve eylemleri, DMK’da düzenlenmiş ve cezalar etkisi giderek ağırlaşan derecede, şu beş başlık altında belirlenmiştir.⁶³ Ayrıca Kanuna dayalı olarak da, 29.04.2021 tarihinde “Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği” yürürlüğe girmiştir.⁶⁴

Uyarma: Devlet memurlarına görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir. Devlet memurunun geçmişteki veya şimdiki hâlinde ortaya çıkan ölçülü olmayan tutumunun gelecekte tekrarlanmaması amacıyla bugünden kendisine ihtar da bulunulması, kınama cezasından ayrıldıkları noktadır. Uyarma cezasını gerektiren fiillerin katı bir biçimde düzenlenmemesi nedeniyle, benzer fiil ve davranışların yaptırımla sonuçlanması hususunda, idarenin geniş ölçekli takdir hakkının olduğu anlaşılmaktadır. Uyarma cezası verme

⁶¹ _____ ‘Türkiye Devlet Memurluğu Sistemi “DEVLET MEMURU” in KU Bilgin (eds), *Balkan Ülkelerinde Devlet Memurluğu* (Gazi 2019) 25-28.

⁶² Bilgin, (n 61) 29-30.

⁶³ Celâl Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları* (Adalet 2019) 477-488.

⁶⁴ Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, ‘Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme’ (2021) (1) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-31.



yetkisi disiplin amirlerine aittir. Bu cezayı gerektiren disiplini bozucu fiil ve eylemler şunlardır:

- Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmî belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,
- Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek,
- Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek,
- Usulsüz müracaat veya şikâyetle bulunmak,
- Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,
- Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak,
- Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,
- Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak

Kınama: Devlet memurlarına, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi şeklinde tanımlanan bir cezadır. Kınama cezası için ortaya çıkmış ya da var olan bir kusur aranmaktadır. Kınama cezası verme yetkisi, uyarma cezasında olduğu gibi disiplin amirininindir. Bu cezayı gerektiren disiplini bozucu fiil ve eylemler şunlardır:

- Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmî belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak,
- Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek,
- Görev sırasında amire hâl ve hareketi ile saygısız davranmak,
- Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,
- Devlete ait resmî araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak,
- Devlete ait resmî belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek,
- İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak,
- İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak,
- Görev mahallinde genel ahlâk ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak,
- Verilen emirlere itiraz etmek,
- Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak,
- Kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak,
- Yetkili olmadığı hâlde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek.

Aylıktan Kesme: Devlet memurlarının brüt aylığından, 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasına ilişkin disiplin cezasıdır. Maddî temele dayanan ceza, sadece disiplin amirince ve cezayı gerektiren fiillerin kasten ya da taksirle işlenmesi hâlinde verilebilmektedir. Ancak cezanın, alt sınırı 1/30 üzerinden hesaplanmakta ve bu oran artırılacak olursa artırım sebepleri açıklanmalıdır. Maddî olayda hafifletici sebepler varsa, ceza alt sınırı olan 1/30 üzerinden hesaplanmalı ve bir derece hafif disiplin cezası verilmelidir.⁶⁵ Bu cezayı gerektiren disiplini bozucu fiil ve eylemler şunlardır:

- Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak,
- Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek,
- Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak,
- Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak,
- Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek,
- Görev yeri sınırları içerisinde herhangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak,
- Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak.

Kademe İlerlemesinin Durdurulması: Fiilin ağırlık derecesine göre, Devlet memurlarının bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1-3 yıl durdurulmasıdır. Cezanın maddî yönünün yanı sıra, üst düzey kadrolara atanmayı engelleyen manevî yönü de vardır. Disiplin kurulları tarafından verilebilen bu ceza, sadece kasıtlı işlenebilir. Bu cezayı gerektiren disiplini bozucu fiil ve eylemler şunlardır:

- Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek,
- Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek,
- Görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak,
- Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak,
- Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak,
- Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek,
- Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak,

⁶⁵ Aslan and Altındağ, (n 11) 64.



- Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,
- Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak,
- Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak,
- Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek,
- Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödeme-deki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir se-bebe dayanmaksızın borcunu ödemedi yurda dönmek,
- Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak,
- Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak.

Devlet Memurluğundan Çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanma-mak üzere memurluktan çıkarma cezasıdır. Henüz aslen ataması yapılmamış aday memurlara da verilebilen bu ceza için, kasıt aranması şarttır. DMK’daki en ağır disiplin cezası olan Devlet memurluğundan çıkarma cezası, ilgilinin ekonomik kayba uğramasının yanı sıra hem kendisi hem de ailesi üzerinde başkaca olumsuz sonuçlara da neden olmaktadır. Bu ceza, amirlerin talebi üze-rine, Devlet memurunun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulunca verilmektedir. Bu cezayı gerektiren disiplini bozucu fiil ve eylemler şunlardır:

- İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak,
- Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları ku-rumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,
- Siyasi partiye girmek,
- Özürsüz olarak (...) bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,
- Savaş, olağanüstü hâl veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin ver-diği görev veya emirleri yapmamak,
- Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak,
- Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,
- Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,
- Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,

- Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,
- 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek,
- Terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak.

VI. İTALYA’DA DİPENDENTI PUBBLİCİ DİSİPLİN FİİL VE CEZALARI

İtalyan kamu personel yönetim sisteminde, disiplin cezasını gerektiren disiplin suçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu niteliği itibarıyla kazuistik bir yöntemle düzenlendiği anlaşılan cezaların, CBK’da hangi fiillerin işlenmesi hâlinde disiplin cezasının uygulanacağını ve bunun istisnalarının neler olduğunun kapsamlı olarak belirlendiğini söylemek mümkündür. CBK’da disiplin cezasına konu olabilecek fiil ve eylemler, aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

Hediyeler ve Diğer Menfaatler: Dipendenti Pubblici kural olarak, kendisi ya da yakınları için hediye isteyemez ve menfaat sağlayamaz. Ancak, karşılıklı nezaket ilişkileri ile uluslararası geleneklere uygun olarak maddî değeri düşük olan hediyeler kabul edebilir. Hediye ve diğer menfaatler, değeri ne olursa olsun alınmaz. Yine, hiyerarşik olarak kendisinden daha alt pozisyonda görev yapan asttan alınacak hediyeler ile yönetici kadrolarında çalışan üstlere verilecek hediyelerde ölçüt, maddî değer düşüklüğü olarak ifade edilmiştir. Başka bir anlatımla, Dipendenti Pubblici’lerin kendi aralarında değeri düşük şeylerle hediyeleşmeleri disiplin cezası uygulanmasını gerektirmez. Değeri düşük hediye kasıt, bir hediye maddî karşılığının 150 Euro’yu geçmemesidir. Kamu idarelerinin kendi belirledikleri davranış kodlarında ise, bu değer daha düşük tutarda belirlenebilir. Bunun yanı sıra, Dipendenti Pubblici görev yaptığı kurum ile ekonomik ilişkileri bulunan ya da son iki yıl içerisinde bu kurumdan önemli derecede ekonomik çıkar elde eden özel sektör kuruluşlarında görev alamaz.

Derneklere veya Kuruluşlara Üyelik: Dipendenti Pubblici mevzuatın öngördüğü sınırlamalara uygun olarak, herhangi bir dernek veya kuruluşa üye olabilir. Ancak, üye olunan dernek ya da kuruluşun görev yapılan kamu idaresi ile aynı alanda faaliyet göstermesi hâlinde söz konusu üyeliği, kuruma bildirmek zorundadır. Bu kural, siyasi partiler ve sendikalara üyelik için uygulanmaz. Dipendenti Pubblici’ler, diğer iş arkadaşlarını derneklere veya kuruluşlara üye olmaya zorlayamaz. Üye olmaları ya da olmamaları durumunda, bu hususun kariyerlerinde kendilerine avantaj veya dezavantaj sağlayacağına ilişkin baskı kuramazlar.

Finansal İlişkilerin Bildirimi: Dipendenti Pubblici göreve başladığında, son 3 yıl içerisinde üçüncü kişilerle ya da yakınlarıyla olan mali ilişkilerini ilgili kuruma



bildirmesi gerekir. Buna göre, eş ve ikinci dereceye kadar yakınları ile olan ekonomik temelli çıkarlar ve ilgili kurumun faaliyet alanında çıkarları bulunan üçüncü kişilerle mali ilişki kurulup kurulmadığı açıklanmalıdır.

Çekimser Kalma Zorunluluğu: Dipendenti Pubblici finansal ilişkilerin bildirmine benzer bir şekilde kendisi, eşi ve ikinci dereceye kadar yakınlarının menfaatlerini ilgilendiren konulara ilişkin herhangi bir süreçte görev almamalıdır. Kendisinin ya da eşinin devam eden bir davası, aralarında husumet bulunan üçüncü kişilerin talepleri, vasisi ya da vekili olduğu kişi ve organların işlemleri Dipendenti Pubblici’nin çekimser kalması gereken diğer durumlardır.

Yolsuzluğu Önleme: Dipendenti Pubblici, kurumun yolsuzlukla mücadelede izlediği eylem planına ve alınması gereken önlemlere uyar. Yolsuzluğun önlenmesi için sorumlu organlarla işbirliği yapmakla yükümlüdür. Bu çerçevede, görev yaptığı kurumda tespit ettiği yolsuzlukları ve mevzuata aykırı durumları yönetime rapor etmekle sorumludur.

Şeffaflık ve İzlenebilirlik: Dipendenti Pubblici kamuoyuna açıklanması gereken verilerin elde edilmesi, işlenmesi ve erişilmesinde işbirliğini göz önünde bulundurarak, şeffaflık yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlar. Karar verme süreçlerinin izlenebilirliği ise, herhangi bir kısıtlama olmaksızın sürekli olarak takip edilebilmelidir.

Özel İlişkilerde Davranış: Dipendenti Pubblici üçüncü kişilerle ya da diğer çalışanlarla, iş dışı özel ilişkilerinde birtakım menfaatler elde etmek amacıyla sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanamaz ve görevinin gereklerine aykırı hareket edemez.

Hizmet İçi Davranış: Dipendenti Pubblici kurumun faaliyet alanıyla ilgili herhangi bir konuda hukuka uygun bir neden olmadığı sürece bir işlemin tesis edilmesi ya da bir kararın alınmasına yönelik olarak, diğer çalışanları harekete geçirecek davranışlarda bulunamaz. İzin hakkı, mevzuat ve toplu sözleşmelerin öngördüğü koşullara uygun olarak kullanılır. Göreviyle ilgili yetkisinde bulunan araç ve gereci, kamu hizmetinin gereklerine ve sınırlamalara uygun olarak kullanmakla sorumludur. Kamuya ait taşıtları yalnızca kamu hizmetinin yerine getirilmesiyle sınırlı olarak ve özel işlerinde kullanmamakla yükümlüdür.

Kamu Hizmetinden Yararlananlarla İlişkiler: Dipendenti Pubblici, vatandaşa yönelik kamu hizmetlerinin sunumunda kendini tanıtıcı yaka kartı veya kimlik bilgilerini göstermelidir. Yazılı ya da elektronik ortamda yapılan başvuruları kısa zamanda eksiksiz olarak cevaplandırmalıdır. İstisnaları saklı kalmak kaydıyla, kamu hizmetine ilişkin başvuruları geliş sırasına göre inceler ve hukuka aykırı olmadıkça reddedemez. Şikâyetlerin de gecikmeksizin cevaplandırılması için gerekli özeni gösterir. Kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak, hizmet yararlanıcılarının farklı sunucular arasında tercih yapmalarını kolaylaştırmak ve hizmetin sunulma yöntemleri ve kalitesi hakkında gerekli bilgileri paylaşır. İzin verilen durumlar

dışında, kamu hizmeti taleplerinin karşılanmasına dair herhangi bir taahhütte veya tahminde bulunamaz. Kişisel verilerin korunması ve işlenmesine ilişkin mevzuatta öngörülen yükümlülükler uyar.

Belirtilen fiillerin işlenmesi tedricilik ve orantılılık ilkelerine uygun olarak disiplin soruşturması sonucunda tespit edilen sorumluluğun kaynağını oluşturur. Kasıt, ihmal veya tedbirsizliğin seviyesi, yürütülen göreve ilişkin sorumluluklar, idareye ya da üçüncü kişilere verilen zararın derecesi, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletirici koşulların varlığı gibi unsurlar göz önünde bulundurularak verilecek ceza belirlenir.⁶⁶

Fiil karşılığında uygulanacak disiplin cezasının türü her bir somut olay bağlamında ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenir. Uygulanacak disiplin cezaları ise kanun, yönetmelik veya toplu sözleşmelerde düzenlenebilir. Basit bir kınamadan ihbarsız işten çıkarmaya kadar, bir dizi disiplin cezası söz konusudur.⁶⁷ Bununla birlikte, non bis in idem ilkesinin tek bir hukuk dalında özellikle de ceza hukukunda uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. İlke, mali ve cezaî yaptırımların bir arada olduğu tüm durumları kapsamaktadır. Bu görüşle uyumlu olarak yargı organları da idare hukuku kapsamında bir yaptırım uygulandığı durumda, bu yaptırımın cezaî nitelikte olmaması nedeniyle non bis in idem ilkesinin ihlâl edilmediği kanaatinde dir.⁶⁸

Öte yandan, Dipendenti Pubblici’ler için kanun, yönetmelik veya toplu sözleşmelerle öngörülen diğer yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ihlâli hâlinde doğan disiplin sorumluluğu saklıdır. Bu kapsamda, disiplin cezaları KHK’nın 55 ve devamı maddeleri ile toplu sözleşmelerde kurala bağlanmıştır. KHK’da düzenlenen cezaları şu şekilde sıralamak mümkündür:⁶⁹

En Az 3 Gün En Fazla 3 Aya Kadar Aylıktan Yoksun Bırakılma İle Hizmetten Uzaklaştırma: Daha ağır bir disiplin cezasının uygulanmasını gerektirecek koşullar dışında, idarenin tazmine mâhkum edilmesine neden olan görev ve sorumlulukların yerine getirilmemesi hâlinde uygulanır.

3 Aydan Fazla Süreyle Aylıktan Yoksun Bırakılma İle Hizmetten Uzaklaştırma: Disiplin soruşturması sürecinin ihmal edilmesi veya geciktirilmesi nedeniyle ilgiye disiplin cezası uygulanamaması hâlinde amire verilir.

⁶⁶ Paolo Maci, ‘La responsabilità disciplinare del personale scolastico. Contesti, presenze, responsabilità’, Clorinda Sorrentino a cura di (2018) Giapeto 50.

⁶⁷ United Nations, Thematic Compilation of Relevant Information Submitted By Italy Article 7, Paragraph 4 Uncac Conflict of Interests 2022, <Italy.pdf (unodc.org)> accessed 8 June 2022.

⁶⁸ Eu Judicial Network, Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle Research Note 2017, <ndr-2017-003_synthese_en_neutralisee_finale.pdf (europa.eu)> accessed 7 November 2022.

⁶⁹ Massimo Lanotte and Luisa Galantino, *Diritto del Lavoro Pubblico* (G. Giappichelli Editore 2017) 228.

En Fazla 15 Gün Süreyle Aylıktan Yoksun Bırakılma: Tanıklığına başvurulamayan diğer Dipendenti Pubblici’lerin yalan beyanda bulunması ya da haklı bir neden olmaksızın ifade vermekten kaçınması durumunda haklarında disiplin cezası uygulanır.

Başka Kadroya Atanma: Disiplin soruşturması sonucunda personelin mesleki yetersizliğinin çalıştığı kurumun işleyişine ciddi boyutta zarar verdiğinin tespiti hâlinde görev yeri değiştirilmek suretiyle başka bir kadroya ataması gerçekleşir.

İşten Çıkarma: Toplu sözleşme ile öngörülen hâller dışında işten çıkarmayı gerektiren fiiller şunlardır:

- Memuriyete giriş koşullarını taşımadığı hâlde sahte belgeler ya da hileli yöntemler ile kamu görevine atanma,
- Sağlık koşullarını taşımadığı hâlde sahte elverişlilik raporu alınması,
- Geçerli bir mazeret olmaksızın 2 yıl içinde aralıklı olarak 3 günden fazla veya son 10 yılda 7 günden fazla süreyle göreve devam etmemek,
- Hizmetin gereği olarak başka bir yere atanmanın sebepsiz olarak reddedilmesi,
- İş arkadaşlarına karşı saldırgan, taciz edici, tehdit içeren, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulması,
- Daha önce kamu görevinden çıkarılmış veya memuriyetten çıkarılmayı gerektiren kesinleşmiş ceza alması,
- Personelin değerlendirilmesine ilişkin mevzuat ya da toplu sözleşme de belirtilen ölçütlere göre en az 2 yıl yeterli performans göstermemesi.

Toplu sözleşmelerde yer verilen disiplin cezalarını da şu beş başlık altında belirtebiliriz:⁷⁰

- Sözlü veya yazılı kınama,
- En fazla 4 saatlik ücrete kadar değişen eşit miktarda para cezası,
- 10 güne kadar aylıksız hizmetten uzaklaştırma,
- 11 günden 6 aya kadar aylıksız hizmetten uzaklaştırma (11. günden itibaren maaşın %50’sinin ödenmesi),
- Bildirimli veya bildirimsiz işten çıkarma.

İtalya’da yürütülen disiplin soruşturmaları incelendiğinde, 2021 yılında 7.604’ü sonuçlandırılmış, 2.536’sı devam eden ve 863’ü yasal işlem nedeniyle açığa alınmış toplam 11.203 disiplin soruşturması açılmıştır. İtalya’da kamu idarelerinin 2021 yılında verdikleri disiplin cezaları Tablo 1’de özetlenmiştir.⁷¹ Buna göre, 2021 yılında verilen toplam 7.017 disiplin cezasının, %48’i hafif cezalar,

⁷⁰ United Nations, (n 67).

⁷¹ Dipartimento Della Funzione Pubblica, ‘Procedimenti Disciplinari’ (2021) <Presentazione standard di PowerPoint (funzionepubblica.gov.it)> accessed 15 June 2022.

%23’ü askıya alma, %23’ü 10 güne kadar ve daha fazla aylıktan yoksunluk olurken; sadece %5’inin işten çıkarma cezası olduğu görülmektedir.

Tablo 1. İtalya’da Dipendenti Pubblici’lere Verilen Disiplin Cezaları (2021)

CEZALAR	Hafif Cezalar	Hizmetten Askıya Alma	10 Güne Kadar Aylıktan Yoksun Bırakma	10 Günden Fazla Aylıktan Yoksun Bırakma	İşten Çıkarma
KURUMLAR					
Bakanlıklar ve Kurumlar	373	498	282	216	148
Çeşitli Kamu Kurumları	111	68	39	29	16
Bölgeler	86	32	20	12	15
İller	73	35	20	15	23
Belediyeler	653	317	216	101	70
Hastaneler	905	502	344	158	97
Üniversiteler	39	31	26	5	10
Okullar	1158	137	132	5	0
TOPLAM	3398	1620	1079	541	379

2019 yılı itibarıyla İtalya’da kamuda istihdam edilenlerin sayısının 3.368,2 milyon⁷² olduğu dikkate alındığında, etkin bir disiplin yönetimi olduğu gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Zira, toplam istihdam sayısının 2021 yılında sabit olduğunu varsaydığımızda, Dipendenti Pubblici başına 0,003 disiplin soruşturması düşmektedir. Toplam disiplin cezasına oranladığımızda ise, Dipendenti Pubblici başına 0,002 ceza hesaplanmaktadır.

Türkiye’de ise, DMK uyarınca verilen disiplin cezalarına ilişkin yayınlanmış herhangi bir ulusal kapsamda sayısal veri tespit edilemediğinden, İtalya’daki gibi bir tablo hazırlanamamış, değerlendirme ve karşılaştırma yapma imkânı bulunamamıştır.

SONUÇ

Disiplin yönetimi, kamu personelinin görev yaptığı kurumun işleyişi ve düzeyine uygun hareket etmesini sağlayan, aksi takdirde kurum içi düzenin bozulması nedeniyle yaptırım uygulanmasını gerektiren sistem olarak tanımlanabilir. Sistemin kurgusu Türkiye ve İtalya kamu personel yönetiminde yapısal farklılıklar taşımaktadır. Türkiye’de kamu kurum ve kuruluşlarında disiplin yönetiminin temel dayanağı DMK’dır. Bu anlamda, idare tek taraflı icraî bir işlem ile hukukî sonuç-

⁷² Oecd, ‘Government at a Glance’ (2021) <Government at a Glance - 2021 edition (oecd.org)> accessed 8 June 2022.



lar doğuracak disiplin yönetiminin gereklerini yerine getirmektedir. İtalya’da ise, CBK, KHK ve toplu sözleşmeler bağlamında klasik bir disiplin yönetimi sisteminden ziyade ağırlıklı olarak toplu sözleşmelerin etkin olduğu karma bir yapı mevcuttur. Şüphesiz, Dipendenti Pubblici’nin bireysel iş sözleşmesiyle istihdam edilmesi söz konusu yapının oluşmasında birinci derecede etkindir.

Her iki ülkedeki disiplin yönetiminin ilkelerine baktığımızda ise, sistemin kur-
gusundaki anlayışın aksine bir düşüncenin egemen olduğu gözlemlenmektedir. Türkiye’de yargısal içtihatların gelişimiyle paralellik gösteren ve esnek bir yapıya sahip disiplin yönetiminin ilkeleri, Devlet memuru odaklıdır. Diğer bir ifadeyle, güçlü kamu idaresi karşısında zayıf konumda bulunan Devlet memuruna hukukî güvenceler sağlanarak, kanuni düzenlemelerin ya da yasal boşlukların kötüye kullanımının önüne geçilmektedir. Devlet memurunun elde ettiği söz konusu güvenceler varlığını koruyarak, idareler tarafından da içselleştirilmiştir. İtalya’da bu ilkelerin, daha çok kamu idareleri ve vatandaşları koruma amacıyla benimsendiği görülmektedir. Demokrasi, hesap verebilirlik, kamu yararı ve eşitlik gibi değerlere uygun olarak kabul edilen ilkelerin, Dipendenti Pubblici’yi kamu otoritesi karşısında koruma mekanizmalarını öngörmediği söylenebilir. Bunun gerekçesi ise, toplu sözleşmeler aracılığıyla disiplin yönetimine ilişkin Dipendenti Pubblici’ye birtakım güvenceler sağlanmasıyla açıklanabilir.

Disiplin sürecinde usûle ilişkin kurallar, İtalya’da kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Soruşturma aşamasında teknolojiye gelişmelere ve çağın gereklerine uygun olarak farklı iletişim yöntemlerinin kullanılması mümkündür. Başvuru hâlinde, ek savunma süresi verilmesi yasal olarak açıklığa kavuşturulmuştur. Disiplin cezası verilmeden önce idare ile Dipendenti Pubblici arasında ihtiyari uzlaşma imkânı getirilmiştir. Türkiye’de özel hukuk uyuşmazlıklarında yargı yoluna gitmeden önce ya da yargılama sırasında karşılıklı anlaşmaya dayalı olarak başvuru-
rulan “arabuluculuk” müessesesi,⁷³ İtalya’da kamu hukukunda “uzlaşma” adıyla uygulanmaktadır. Aslında bu husus, “özelleştirilmiş” kamu yönetimi sisteminin tezahürü olarak kabul edilebilir.

DMK’da hafif dereceden ağır dereceye doğru bir yaptırım sistemi öngörülme-
k suretiyle disiplin suç ve cezaları kurala bağlanmıştır. İdare, kanunilik ilkesi gereğince temel olarak yeni bir ceza türü oluşturamamakla birlikte, idarenin kıyas yoluna başvurarak nitelik ve ağırlık itibarıyla benzer fiillere ceza vermesinin önünde engel bulunmamaktadır. Katıldığımız bu görüş çerçevesinde cezaya konu oluşturacak her disiplin suçunun idare tarafından öngörülerek yasal olarak düzenlenmesi mümkün olmadığından, sınırları iyi belirlenmesi koşuluyla hem fiil yaptırımsız kalmayacak, hem de kurum düzeni sağlanmış olacaktır. İtalya’daki yapı daha es-

⁷³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22 June 2012, N.6325, <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6325&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> accessed 21 October 2022.

nek bir şekilde düzenlenmiş olup, disiplin cezalarında kanunilik ilkesi koşul değildir. Yönetmelik ve toplu sözleşmelerde de disiplin cezalarının düzenlenebilmesi, yukarıda ifade edilen İtalyan kamu yönetimi sisteminin neticesidir.

Her iki ülke disiplin hukukunda da kabul edilen ölçülülük ilkesi, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde önemli bir araçtır. Ölçülülük ilkesi yerine farklı kavramlar kullanılmakla birlikte, ilke birden fazla unsuru içermektedir. Bu durum etkin bir yargısal denetime imkân tanıyarak idarelerin disiplin cezasına karar vermeden önce yürütülen soruşturma ile ilgili tam ve doğru bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde idareye olan güven zedelenebileceği gibi, personelin de çalışma motivasyonu bozulacaktır.

Savunma hakkıyla ilgili olarak, İtalya’da Türkiye’deki gibi istisnasız bir uygulama mevcut değildir. Türkiye’de gerek Anayasa gerekse DMK disiplin cezası verilmeden önce, her hâlükârda ilgilinin savunmasının alınmasını zorunlu kılmaktadır. Savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilmesi durumunda fiil sabit olsa bile bu ceza yargı organlarınca iptal edilecektir. Oysa İtalya’da eksiksiz bir disiplin soruşturması yapılmak suretiyle savunma hakkı tanınıp tanınmaması dikkate alınmayarak, aynı ceza verilebiliyorsa söz konusu ceza hukuken geçerlidir. Kanaatimizce buradaki sorun savunma hakkına verilen değer ile ilintilidir. İtalya’da usuli bir eksiklik olarak bile nitelendirilmeyen savunma hakkı, Türkiye’de en üst hukukî koruma mekanizmasıyla güvence altına alınmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, aslında iki ülkenin disiplin yönetimi birbiriyle benzeşmemektedir.

Non bis in idem ilkesinin nasıl uygulandığına yönelik olarak ise, Türkiye ve İtalya’daki durum kısmen benzerdir. Türkiye’de tek fiil birden fazla disiplin cezası verilmesini gerektiriyorsa, yine tek bir ceza verilmektedir. Ceza ve disiplin hukuku bakımından ayrı ayrı yaptırım uygulanması gerekliyse, tek fiile birden fazla ceza verilmesi ilkeye aykırı değildir. İtalya’da da her iki hukuk dalı için ayrı yaptırım uygulanması söz konusudur. Ancak, disiplin hukukunda ilke geçerli olmadığından aynı fiil nedeniyle birden fazla disiplin cezası verilebilir.

Son olarak önemli bir nokta ise, hakkında disiplin soruşturması yürütülen personelin istifası ya da emekliliği hâlinde soruşturmaya devam edilip edilmeyeceğidir. DMK’da bu konuya yönelik açık bir düzenleme olmamakla birlikte, pratikte soruşturma konusu fiili işleyen Devlet memurunun istifası veya emekliliği istenmek suretiyle soruşturma sonlandırılmaktadır. Böyle bir durumda, hukuken herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmayan Devlet memurunun bir nev’i ödüllendirilmesi söz konusudur. Oysa, İtalya’daki durum, kanun koyucu tarafından kısmen katı bir şekilde düzenlenerek, işlenen fiilin karşılığında yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Nitekim, Dipendenti Pubblici’nin istifası hâlinde işlediği fiilin karşılığında işten çıkarma cezası verilmesi gerekiyorsa veya ihtiyati olarak görevden uzaklaştırılmışsa, soruşturma sürdürülmekte ve cezaî yaptırım uygulanabilmektedir. Böylece istifa, Dipendenti Pubblici için cezasızlık sebebi olmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu T, Yönetim Önünde Savunma Hakları (TODAİE 1983)
- Akıylmaz B and Sezginer M and Kaya C, Türk İdare Hukuku (Seçkin 2023)
- Aslan Z and Altındağ H, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (Seçkin 2020)
- Atay EE, İdare Hukuku (Seçkin 2022)
- Bilgin KU, Kamu Personel Yönetimi (İmaj 1997)
- ___ Kamu Performans Yönetimi (TODAİE 1984)
- ___ ‘İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk Personel Sistemi’ in F Kartal (eds), *Türkiye’de Kamu Yönetimi ve Kamu Politikaları* (TODAİE 2015)
- ___ ‘Türkiye Devlet Memurluğu Sistemi “DEVLET MEMURU”’ in KU Bilgin (eds), *Balkan Ülkelerinde Devlet Memurluğu* (Gazi 2019)
- ___ and Tuğan EN, Türk Kamu Personel Yönetim Sistemi (Akademisyen 2021)
- Boz SS, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler’ (2017) 25(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-41
- Bucaktepe A, ‘Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2015) 19(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-224
- Çınarlı S and Azak K, ‘Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme’ (2021) (1) Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-31
- Decreto Legge 30 January 2001, N.165 <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001-03-30;165~art53!vig=>> accessed 1 June 2022
- Decreto Presidenziale 16 April 2013, N.62 <<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:2013-04-16;62!vig=>> accessed 7 June 2022
- Devlet Memurları Kanunu 14 July 1965, N.657 <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=657&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> accessed 3 June 2022
- Diñç A, Açıklamalı ve Yargı Kararları ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (Türkiye Belediyeler Birliği 2011)
- Dipartimento Della Funzione Pubblica, ‘Procedimenti Disciplinari’ (2021) <Presentazione standard di PowerPoint (funzionepubblica.gov.it)> accessed 15 June 2022
- Erkut C, Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi) (Danıştay 2016)

Eu Judicial Network, Cumulation of administrative and criminal sanctions and the ne bis in idem principle Research Note 2017, <ndr-2017-003_synthese_en_neutralisee_finale.pdf (europa.eu)> accessed 7 November 2022

Eu Judicial Network, Impact of ongoing criminal proceedings on the conduct of disciplinary proceedings Research Note 2020, <ndr_2020_001_neutralisee_en.pdf (europa.eu)> accessed 12 November 2022

Flippo EB, Principles of Personnel Management (McGraw-Hill 1976)

Gentile M, ‘La nuova disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici alla luce dell’ultima riforma’ (2017) (6) Azienditalia Il Personale 319-331

Geylan R, Personel Yönetimi (Met 1993)

Gözler K, İdare Hukuku Cilt-II (Ekin 2019)

Güler BA, Kamu Personeli (İmge 2005)

Hakyemez YŞ, ‘Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hak Ve Özgürlüklerin Kapsamını Genişleten Yorumu’ (2022) 39(1) Anayasa Yargısı Dergisi 233-257

Işıklar C, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları (Adalet 2019)

Kaman N, ‘Disiplin Soruşturması, Ceza Soruşturması, Görevden Uzaklaştırma’ in T. Yıldırım (eds), *İdare Hukuku* (Oniki Levha 2022)

Kaya C, ‘Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler’ (2005) 38(2) Amme İdaresi Dergisi 61-87

Kayar N, Kamu Personel Yönetimi (Ekin 2010)

Kaymak Ş, ‘İdarî Yaptırımlarda Lehe Kanun İlkesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021)

Klinger DE, Public Personnel Management (Prentice-Hall 1980)

Lanotte M and Galantino L, Diritto del Lavoro Pubblico (G. Giappichelli Editore 2017)

Maci P, ‘La responsabilità disciplinare del personale scolastico Contesti, presenze, responsabilità, Clorinda Sorrentino a cura di’ (2018) Giapeto 43-55

Mattarella BG, Lezioni Di Diritto Amministrativo (G. Giappichelli Editore 2018)

Oecd, ‘Government at a Glance’ (2021) <Government at a Glance - 2021 edition (oecd.org)> accessed 8 June 2022

Oğurlu Y, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı’ (2003) 52(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-124

Ravelli F, ‘Sanzioni Disciplinari E responsabilità dei dipendenti pubblici’ (2011) Massimo D’Antona 1-31

Sağlam M, Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması (Mahalli İdareler Derneği 2003)

Sancakdar O and Önüt LB and Us DE and Kasapoğlu TM and Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (Seçkin 2021)

Tan T and Bayazıt B, İdare Hukuku (Turhan 2021)

Tutum C, Personel Yönetimi (TODAİE 1979)

Ulusoy AD, İdari Yaptırımlar (Oniki Levha 2013)

Ulusoy AD, Yeni Türk İdare Hukuku (Yetkin 2021)

United Nations, Thematic Compilation of Relevant Information Submitted By Italy Article 7, Paragraph 4 Uncac Conflict of Interests 2022, <Italy.pdf (unodc.org)> accessed 8 June 2022

Yüce TT, ‘Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili’ (1994) 88 Danıştay Dergisi 5-13

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, E 2015/85 K 2016/3, 13.01.2016

Anayasa Mahkemesi, E 2019/4 K 2021/78, 04.11.2021

Anayasa Mahkemesi, E 2020/97 K 2022/62, 01.06.2022

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2019/3044 K 2020/317, 12.02.2020

Danıştay 12 D, E 2020/474 K 2023/365, 07.02.2023

Danıştay 12 D, E 2019/5233 K 2023/646, 16.02.2023

Danıştay 12 D, E 2021/1625 K 2023/644, 16.02.2023

Danıştay 12 D, E 2021/431 K 2023/1032, 09.03.2023

Danıştay 12 D, E 2019/572 K 2023/1323, 27.03.2023

Danıştay 12 D, E 2021/2420 K 2023/1524, 30.03.2023

Danıştay 12 D, E 2020/1183 K 2023/1910, 10.04.2023

İtalya Danıştay Kararları

Consiglio di Stato, Numero 7113, 21.10.2019

Consiglio di Stato, Numero 1654, 09.03.2020

Consiglio di Stato, Numero 2069, 22.03.2022

Consiglio di Stato, Numero 5109, 30.11.2022

Consiglio di Stato, Numero 00093/2023, 19.01.2023

Consiglio di Stato, Numero 06568/2023, 05.07.2023

Consiglio di Stato, Numero 07886/2023, 21.08.2023

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Case T-742/15 P Commission v Council [2015], paras 65, 67

Case T-464/16 P Commission v Council [2016] F-133/15, paras 141

Case Commission v Council [2016] F-49/15, paras 120-122

Case T-415/20 Commission v Council [2021], paras 91, 92, 130

Case T-754/20 Commission v Council [2022], paras 179, 180, 208, 215-223,
237-239

2012 ve 2014 MISIR ANAYASALARININ KARŞILAŞTIRILMASI**Comparing the Egyptian Constitutions of 2012 and 2014***Sezgin BAŞ******Özet**

Bu çalışma, Mısır'da 2011 Arap kalkışmaları neticesinde devrimci bir süreç içerisinde inşa edilen 2012 Anayasası ile Temmuz 2013'te gerçekleştirilen askeri darbe sonucunda tasarlanan 2014 Anayasası'nı, anayasal değişim temelinde belirli anayasal temalar çerçevesinde karşılaştırmayı amaçlamıştır. 2012 ve 2014 anayasaları; yapım süreçleri, din ve devlet ilişkileri, hükümet sistemleri ve son olarak temel hak ve hürriyetler açısından tartışılmıştır. Bu araştırmada metinsel analiz metodu tercih edilmiştir. 2012 Anayasasında, yapım süreci açısından kapsayıcılık, katılımcılık ve şeffaflık kriterleri büyük ölçüde sağlanmıştır. Ancak, literatürde sürecin kapsayıcı olmadığı eleştirileri yükselmiştir. 2014 Anayasası sürecinde ise bu kriterlerin hiçbiri yerine getirilmemiştir. İçerik açısından 2012 ve 2014 Anayasaları, hiç şüphesiz 1971 Anayasası'na nazaran daha başarılı metinlerdir. 2012 ve 2014 Anayasalarının kendi arasındaki karşılaştırılmasında ise 2012 Anayasası yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi açısından daha anayasacı bir metindir. Ayrıca, din ve devlet ilişkileri bakımından 2012 Anayasası'nda dine daha fazla anayasal rol ve önem verilmiştir. 2014 Anayasası'nda ise bu dini hükümlerden bazıları ortadan kaldırılmış ve bazı anayasal konularda daha seküler ve liberal bir yaklaşım benimsenmiştir. 2012 Anayasası'nda orduya fazlasıyla verilen ayrıcalıklar, 2014 Anayasası'nda olağandışı derecede genişletilmiştir. Bu durum, 2014 Anayasası'nda belirtilen devletin demokratik ve sivil karakteri ile açık bir çelişki meydana getirmiştir. 2014 Anayasası'nda gerçekleştirilen 2019 Anayasa değişiklikleri anayasacılık düşüncesi ile açıkça çelişen düzenlemeler getirmiştir. Bununla birlikte, 2014 Anayasası'nda, temel hak ve hürriyetler, önceki anayasalara nazaran güçlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arap Baharı, Mısır, 2012 Mısır Anayasası, 2014 Mısır Anayasası, 2019 Anayasa değişikliği, Muhammed Mursi, Abdülfettah El-Sisi.

Abstract

This study aimed to compare the Constitution of 2012, which was built in a revolutionary process as a result of the 2011 Arab uprisings in Egypt, and the Constitution of 2014, which was designed as a result of the military coup in July 2013, within the framework of certain constitutional themes on the basis of constitutional change. The constitutions of 2012 and 2014 constitutions were discussed in terms of their making processes, religion and state relations, government systems, and finally fundamental rights and freedoms. In

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.03.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Bu çalışma, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanmış olduğum "Arap Baharı Sonrası Anayasacılık" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, szgnbas@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6368-7263>



this study, the textual analysis method was preferred. In the 2012 Constitution, the criteria of inclusiveness, participation, and transparency in terms of the construction process were largely achieved. However, in the literature, the criticisms that the process is not inclusive has risen. In the process of the 2014 Constitution, none of these criteria was fulfilled. In terms of its content, the Constitutions of 2012 and 2014 are undoubtedly more successful texts than the 1971 Constitution. When comparing the Constitutions of 2012 and 2014, the Constitution of 2012 is a more constitutionalist text in terms of regulating the relations between the legislative, executive, and judicial organs. In addition, in terms of religion and state relations, more constitutional role and importance was given to religion in the Constitution of 2012. In the Constitution of 2014, some of these religious provisions were abolished and a more secular and liberal approach was adopted in some constitutional issues. The privileges given to the army in the 2012 Constitution were extraordinarily expanded in the Constitution of 2014. This situation created a clear contradiction with the democratic and civil character of the state expressed in the Constitution of 2014. The 2019 Constitutional amendments to the Constitution of 2014 brought regulations that clearly contradicted the idea of constitutionalism. However, in the Constitution of 2014, fundamental rights and freedoms were strengthened compared to previous constitutions.

Keywords: Arab Spring, Egypt, Egyptian Constitution of 2012, Egyptian Constitution of 2014, Constitutional amendment of 2019, Muhammed Mursi, Abdülfettah El-Sisi.

GİRİŞ

Arap Baharı olarak da sık sık adlandırılan 2011 yılında başlayan halk protestoları, önemli siyasal ve hukuki sonuçlara yol açmıştır. Bu protestolar çerçevesinde Tunus, Mısır, Yemen ve Libya’da otoriter liderler devrilirken Cezayir, Bahreyn, Umman, Ürdün ve Fas’ta rejim iktidarını koruyabilmiştir. Devrimci bir süreç yaşanan Tunus, Mısır, Yemen ve Libya’da yeni rejimin kurumsallaşmasını sağlamak amacıyla yeni bir anayasa yapım süreci yaşanırken Cezayir, Bahreyn, Umman, Ürdün ve Fas’ta rejim, halk protestolarını yatıştırmak amacıyla anayasal reform süreci başlattıklarını ilan etmiş ve bu süreç içerisinde temel bir değişim öngörmeyen anayasa değişiklikleri ortaya konulmuştur.

Mısır’da 30 yıllık Hüsnü Mübarek rejimi Şubat 2011’de yıkıldıktan sonra ülke yönetiminin kontrolünü Silahlı Kuvvetler Yüksek Konseyi (*Supreme Command of Armed Forces*, SCAF¹) ele geçirmiştir. Askeri Konsey, olağanüstü hal ilan ederek seçimlere kadar ülkeyi yöneteceğini duyurduktan sonra 1971 Anayasası’nda değişiklik yapmak amacıyla bir komite oluşturmuş ve hazırlanan metin 19 Mart 2011 tarihinde halkoylaması ile kabul edilmiştir². Ancak, 30 Mart 2011 tarihinde Askeri Konsey, halkoylamasında kabul edilen maddelerin de değiştirildiği ve başka maddelerin eklendiği geçici anayasa niteliğinde bir anayasal bildiri (toplamda 63 maddede) yayımlamıştır. 30 Mart bildirisi, yeni bir anayasa tasarısı hazırlanana kadar geçiş sürecinin hukuki temelini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır³. Bu doğrultuda,

¹ Bu çalışmada Silahlı Kuvvetler Yüksek Konseyi’nin kısaltılmışı olarak Askeri Konsey ifadesi kullanılmıştır.

² 19 Mart değişiklikleri halkoylamasında % 77 oy oranı ile kabul edilmiştir. Halkoylamasına katılım oranı ise % 41’lerde kalmıştır.

³ Ayfer Erdoğan “Electoral and Constitutional Transitions: Tunisia and Egypt” (Summer 2020) 27 (2) Middle East Policy 57, 57.

parlamento ve cumhurbaşkanlığı seçimlerini düzenlemenin yanında anayasa tasarısı hazırlamakla görevli kurucu meclisin de oluşumunu öngörmüştür⁴. 2011'in sonları ve 2012'in başlarında gerçekleştirilen parlamento seçimleri İslamcıların zaferi ile neticelenmiştir⁵. Millet Meclisi seçimlerinde Müslüman Kardeşlerin (Hürriyet ve Adalet Partisi) öncülük ettiği Demokratik İttifak parlamentodaki koltukların % 45.8'sini elde ederken, Nur Partisinin öncülük ettiği İslamcı İttifak ise sadece % 24.9'unu alabilmiştir. Geriye kalan koltuklar, İslamcı olmayan gruplar tarafından kazanılmıştır⁶. Şura Meclisi seçimlerinde ise Demokratik İttifak koltukların % 58.33'üne sahip olurken, İslamcı İttifak %25'lik bir oranla yetinmek zorunda kalmıştır olmuştur. Haziran 2012'de gerçekleştirilen Mısır'ın ilk özgür ve serbestçe yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde ise Hürriyet ve Adalet Partisinin adayı Muhammed Mursi % 52 oy alarak Cumhurbaşkanı olmuştur⁷. Zor geçen bir anayasa yapım sürecinin ardından Aralık 2012'de, 2012 Anayasası, anayasa tasarısı meclisi tarafından kabul edilmiş ve bu metin referandum oylamasında geçerli oyların % 69'unun kabulüyle yürürlüğe girmiştir. Ancak, anayasa referandumuna katılım oranı, toplam seçmen sayısının sadece % 32.9'u seviyesinde kalmıştır⁸. Seküler ve rejim kalıntısı grupların Muhammed Mursi rejimi ve siyasetine karşı tepki ve protestoları neticesinde askeri kuvvetler, Temmuz 2013'te Mursi yönetimine darbe yapmıştır⁹. 2013 darbesi neticesinde 2014 Anayasası, yeni bir anayasa yapım süreciyle tasarı komitesi tarafından kabul edildikten sonra 14 ve 15 Ocak 2014 tarihlerinde yapılan referandumda ezici bir çoğunlukla % 98.1 ile kabul edilmiştir¹⁰. Referandumda resmî katılım ise toplam seçmen sayısının % 38.6'sı olarak açıklanmıştır¹¹. Daha sonra, 2014 Anayasası'nda, Cumhurbaşkanı Sisi'nin rejimini sağlamlaştıran 2019 Anayasa değişiklikleri yapılmıştır¹².

⁴ ibid.

⁵ Yaklaşık 50 milyon kayıtlı seçmen olmasına rağmen seçmenlerin sadece % 60'ı katılım göstermiştir. Bununla birlikte, bu katılım Mısır tarihindeki seçimlere en yüksek katılım oranıdır Antoni Abat i Ninet and Mark Tushnet, *The Arab Spring: An Essay on Revolution and Constitutionalism* (Edward Elgar Publishing 2015) 219.

⁶ Parlamento dağılımında El-Wafd Partisi % 8, Mısır Bloku % 7, el-Wasat % 2 ve protestocuların ilkeleriyle uyumlu olmasına rağmen Sürekli Devrim Partisi % 2'lik bir pay elde etmiştir.

⁷ Rainer Grote and Tilmann J. Röder 'Prologue: Constitutional Debates in the Arab Spring' in Rainer Grote and Tilmann J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press, 2016) 14.

⁸ Darin E. W. Johnson, 'Beyond Constituent Assemblies and Referenda: Assessing the Legitimacy of the Arab Spring Constitutions in Egypt and Tunisia' (2015) 50 *Wake Forest Law Review* 1007, 1023.

⁹ 2013 Mısır darbesi, bir demokratik darbe değildir. Çünkü Mısır ordusu, sürecin meyvelerini toplamak ve demokratik dönüşümü engellemek için bu harekati yapmıştır. Bkz. Muhammed Muhtar Şankitî (çev. Muhammet Çelik), *İslam Medeniyetinde Anayasa Kriz: Büyük Fitneden Arap Baharına* (Mana Yayınları, 2020) 439.

¹⁰ Ninet and Tushnet (n 7) 237.

¹¹ ibid.

¹² Değişiklikler, 20 - 22 Nisan 2019 tarihleri arasında yapılan referandumda kabul edilmiştir. Ulusal



Bu çalışma, yukarıda anlatılan geçiş süreci içinde meydana getirilen 2012 ve 2014 Mısır Anayasalarını, anayasal dizayn açısından (içerik ve yapım süreci) karşılaştırmayı ve değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu değerlendirme metinsel bir analiz yöntemi kullanılarak gerçekleştirilecektir. Çalışma temel olarak iki bölümde incelenecektir. Birinci bölümde anayasa yapım yöntemleri irdelenecektir. İkinci bölümde ise anayasanın içeriği çeşitli tematik konular çerçevesinde bir karşılaştırma yapılmak suretiyle tartışılacaktır. Belirlenen konu başlıkları, din-devlet ilişkileri, temel hak ve hürriyetler ve hükümet sistemleridir. Böylece Mısır'ın Arap Baharı öncesi ile Arap Baharı sonrası arasındaki anayasal değişim, hiç değilse metinsel açıdan ortaya konulacaktır. Ayrıca, literatürde birçok araştırmacı tarafından eleştirilerek konsensusa dayalı bir şekilde oluşturulmadığı iddia edilen 2012 Anayasası ile 2013 askeri darbe sonrası tasarlanan 2014 Anayasası arasındaki fark da büyük ölçüde tespit edilmiş olacaktır. Sonuçta, Mısır'ın anayasal değişimi üzerinden Mısır anayasacılığının yönelimi belirlenmiş ve değerlendirilmiş olacaktır.

I. ANAYASA YAPIM SÜREÇLERİ

Mısır'da geçiş süreci, siyasal sistem içinde veto oyuncularının fazlalığı (yargı, ordu, eski rejim kalıntıları, vs.), ülkenin bölge ülkeler arasındaki önemi ve dış güçlerin müdahalesi gibi sebepler nedeniyle zor ve çetrefilli bir hale bürünmüştür. Bu zorluklara, bir de Temmuz 2013'te gerçekleştirilen askeri darbe eklenmiştir. Sonuçta, 2012 ve 2014 anayasalarının yapım süreçleri çok sayıda çalışmaya konu olmuştur. Bu literatürü burada aktarmanın ve değerlendirmenin imkansız olması nedeniyle sadece 2012 ve 2014 anayasalarının yapım süreçlerine ilişkin farklılıklar, karşılaştırmalı bir şekilde değerlendirilecektir.

2012 Anayasası yapım sürecinde Tunus'taki gibi doğrudan halk tarafından belirlenen ve çift fonksiyonlu (yasama + anayasa yapımı) bir kurucu meclis yerine öncelikle parlamento seçimlerinin düzenlenmesi ve bu parlamentonun, anayasa tasarısını hazırlamakla görevli olan anayasa tasarısı meclisini belirlemesi öngörülmüştür¹³. Ancak, 2014 Mısır Anayasası, askeri kuvvetlerin atadığı geçici Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen 10 kişilik uzman komite ve 50 kişilik nihai komite tarafından hazırlanmıştır. Her iki Anayasa da halkın onayına sunulmuştur.

Seçim Komisyonunun 23 Nisan'da açıkladığı sonuçlara göre kayıtlı seçmenlerin % 44'ünün katıldığı referandumda, seçmenlerin % 88,8'i lehe, % 11,1'i aleyhe oy kullanmıştır. Tahrir Institute for Middle East Policy (TIMEP) 'Egypt's 2019 Constitutional Referendum' (30 April 2019) <https://timep.org/reports-briefings/egypts-2019-constitutional-referendum/> Date of Access 14.06.2022.

¹³ Geçiş dönemini şekillendirmek amacıyla hazırlanan 30 Mart 2011 tarihli Anayasal Bildiri, yeni anayasa yapım sürecini de genel hatlarıyla düzenlemiştir. Anayasal Bildiri'nin 60'ıncı maddesine göre seçimler neticesinde oluşturulan parlamento 6 ay içinde 100 kişiden oluşan anayasa tasarısı meclisini (kurucu meclis) oluşturacaktır. Kurucu Meclis ise 6 ay içerisinde anayasa tasarısını hazırlayacaktır. Kurucu Meclis tasarayı tamamlandıktan sonra metin halka sunulacak ve halka sunulmasından itibaren 15 gün içinde referandum gerçekleştirilecektir.

2012 Anayasası'nın tasarı organı, seçimler neticesinde oluşturulan parlamento tarafından belirlenmiştir. Parlamento seçimlerini İslamcılar ezici bir şekilde kazanmış¹⁴ ve tasarı meclisinin de çoğunluğunu İslamcı görüşe sahip üyeler oluşturmuştur¹⁵. Azınlıkta kalan sekülerler, anayasanın belirleyicisinin seçim sonuçları olmaması gerektiğini, bunun yerine anayasa yapımında eşit söz hakkının dikkate alınmasını (konsensus) ileri sürerek yapım sürecinin kapsayıcı olmadığı eleştirilerini yöneltmişlerdir. Hürriyet ve Adalet Partisi, ilk başlarda konsensus arayışı içinde süreci yürütmeye çalışmasına rağmen sonraki süreçte yargı, ordu, muhalif seküler ve eski rejim kalıntısı grupların eylem ve politikaları karşısında oy üstünlüklerine dayanarak anayasa yapım sürecinin daha fazla sürüncemeye bırakılmaması niyetiyle anayasa tasarısını tamamlamıştır¹⁶. Anayasa tasarı meclisinde maddelerin kabul edilmesi hususunda öncelikle % 67, bu karar yetersayısına ulaşamaması halinde % 57 oranı benimsenmesine rağmen, muhalif gruplar için anayasa metni meşru ve kabul edilebilir bulunmamıştır.

Literatürde¹⁷ de birçok yazar tarafından 2012 Anayasasının yapım sürecinin *kapsayıcılık* yönünden dışlayıcı olduğu ifade edilmiştir¹⁸. Özellikle, 2012 Anayasası'nın yapım sürecinde oluşturulan kurucu meclislerin oluşumu ciddi tartışmalara yol açmıştır. Mısır'da İslamcı üyeler birinci kurucu mecliste koltukların %70'ini elde etmişlerdir. İkinci kurucu mecliste ise daha az oranda olmakla birlikte İslamcı üyeler yine çoğunluğa sahip olmuşlardır. Jessica Genauer'e göre Mısır'da *hukuki* olarak seçimle belirlenen bir kurucu meclisin oluşturulması, kapsayıcı olmayan bir yapının *fiilen* ortaya çıkmasına yol açmıştır¹⁹. Ayrıca, yazara göre Mısır'daki ana-

¹⁴ Yaklaşık 50 milyon kayıtlı seçmen olmasına rağmen seçmenlerin sadece % 60'ı katılım göstermiştir. Bununla birlikte, bu katılım Mısır tarihindeki seçimlere en yüksek katılım oranıdır. Bkz. Ninet and Tushnet (n 7) 219

¹⁵ Zaid Al-Ali, *Arab Constitutionalism: The Coming Revolution* (Cambridge University Press 2021) 61.

¹⁶ Francesco Biagi, 'Constitution Drafting After the Arab Spring: A Comparative Overview' (2022) 29 (1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, 35-36.

¹⁷ Literatürde 2014 Tunus Anayasasının yapım süreci ve içeriği açısından övgü ile bahsedilirken, 2012 Mısır Anayasası hakkında hem içerik hem yapım süreci açısından eleştirilmektedir. Mısır'da parlamento seçimleri neticesinde İslamcılar alt meclisin (Temsilciler Meclisi) % 70'ini, üst meclisin (Şura Meclisi) %75'ini elde etmesine rağmen, anayasa yapım sürecinde azınlıktakilerin görüşleri dikkate alınmadığı (kapsayıcılık) gerekçesiyle literatürün çoğunluğu tarafından eleştirilmektedir. Ancak aynı sert eleştiriler Tunus'ta yapılmamıştır. Anayasa yapımı açısından, Tunus'ta En-Nahda % 37'lik oy oranı ile kurucu meclisin koltuk sayısında birinci parti olmasına rağmen, diğer tarafta yer alan liberal, seküler ve sol grupların talep ve baskıları ağırlık kazanmıştır. Bu süreçte En-Nahda, birçok taviz vermek zorunda kalmıştır. Tunus örneğinde parçalı bir siyasal görünüme sahip olmalarına rağmen Kurucu Meclisin % 60'ını oluşturan seküler ve liberal siyasilerin, kendi iradelerini süreci tıkama ve boykot etme pahasına dayatmaları büyük ölçüde görmezlikten gelinmektedir veya cılız bir şekilde eleştirilmektedir.

¹⁸ Inmaculada Szmolka, 'Exclusionary and Non-Consensual Transitions versus Inclusive and Consensual Democratizations: The Cases of Egypt and Tunisia' (2015) 37 (1) *Arab Studies Quarterly* 73, 91.

¹⁹ Jessica Genauer 'Comparing Inclusion in Constitution-making in Egypt, Tunisia, and Iraq' (2021) 26 (6) *Journal of North African Studies* 1190, 1212.



yasa yapım süreci, İslamcılar ve sekülerler arasındaki gerilimi de çözme amacını taşımamıştır. Nimer Sultany'e göre de Mısır'da 2012 tasarı süreci belki daha fazla katılımı gerektirmiş olabilir; ancak, haklı olarak belirttiği gibi, ne gibi bir katılımın gerekli olduğu evrensel olarak belirli değildir ve bağlam içinde tartışmalıdır²⁰.

2014 Anayasası ise kapsayıcılık açısından 2012 Anayasası'nın çok gerisindedir. 2012 Anayasası'nda değişiklik metnini hazırlamak amacıyla iki komite oluşturulmuştur. Biri, on üyeden²¹ oluşan bir uzman komitedir ve on kişilik komiteye Anayasa'da yapılması gerekli değişiklikleri hazırlaması için bir aylık süre verilmiştir²². Diğeri, ağırlıklı olarak devlet kurumlarını temsil eden üyelerin katıldığı elli üyeden²³ oluşan bir komitedir. Elli kişilik komitenin neredeyse 2/3'ü, devlet kurumlarının temsilcilerinden oluşmuştur²⁴. Bu kurumlar zaten geçmişten itibaren Müslüman Kardeşler hareketine karşıydılar²⁵. Elli kişilik komitede Solcu ve Narsırcı gruplara on bir koltuk ayrılmışken, İslamcıları temsilen Nur Partisine sadece iki koltuk verilmiştir²⁶. Ülkenin neredeyse yarısını temsil eden Hürriyet ve Adalet Partisi (Müslüman Kardeşler) sürecin tamamen dışında bırakılmıştır²⁷. Elli kişilik komitenin başına ise Mübarek döneminde uzun dönem Dış İşleri Bakanlığı görevini yürütmüş Amr Musa seçilmiştir²⁸. Görüldüğü üzere parlamento seçimlerinde oyların neredeyse yarısını alan bir siyasi hareket ve ideolojisi temsil edilmemiştir. Dolayısıyla 2014 Anayasası yapım sürecinde bir konsensusun olup olmadığını araştırmak dahi anlamsızdır.

Siyasi partilerin dışında vatandaşların fikir ve görüşlerini almak açısından 2012 Anayasası, 2014 Anayasası'ndan daha katılımcı bir süreci işletmiştir. 2012 ve 2013'te oluşturulan kurucu meclislerin her ikisinde de, sivil toplum ile iletişime geçme ve halkın görüş ve önerilerini almakla görevli "İletişim ve Toplum Diyaloğu Komitesi" (*Communication and Community Dialogue Committee*) oluş-

²⁰ Nimer Sultany *Law and Revolution* (Oxford university Press 2017) 262.

²¹ Uzman Komitenin iki üyesi Anayasa Mahkemesi üyeleri, iki üyesi Danıştay, iki üyesi normal hakimler, dört üyesi Kahire Üniversitesi anayasa hukuku profesörleri arasından belirlenecektir. Yargıyı temsil eden üyeler Yüksek Yargı Konseyi, anayasa profesörleri ise Üniversiteler Üst Konseyi tarafından seçilecektir.

²² Nathalie Bernard-Maugiron, 'State Powers and Constitution Drafting Processes in Post-Revolutionary Transition in North-Africa' in Senén Florensa (ed), *The Arab Transitions in A Changing World: Building Democracies in Light of International Experiences*, (IEMed 2016) 122.

²³ Sivil toplumun temsilcilerinden oluşan elli kişilik komite ise; politik partiler, entelektüeller, işçiler, köylüler, sendikalar, profesyonel yapılar, El-Ezher ve kiliseler, silahlı kuvvetler ve emniyet teşkilatı, gençlik ve kadın hareketlerinden on üyeyi de içeren kamusal figürlerden oluşmaktaydı.

²⁴ ibid.

²⁵ ibid.

²⁶ ibid.

²⁷ Ester Cross and Jason Sorens 'Arab Spring Constitution making: Polarization, Exclusion, and Constraints' (2016) 23 (7) *Democratization* 1292, 1300.

²⁸ Sultany (n 10) 250.

turulmuştur²⁹. Ayrıca, her iki süreçte tasarı meclislerinin internet sitelerinde halkın görüş ve önerilerini sunabileceği bir platform meydana getirilmiştir. 2012 Anayasası'nın yapım sürecinde Kurucu Meclis görüşmeleri sırasında halkın fikir ve görüşlerine karşı daha hassas olunurken, özellikle meclisin boykot edilmesi ve devamındaki diğer gelişmeler neticesinde kamunun görüşleri daha az önemsenmiştir³⁰. 2014 Anayasası yapım sürecinde ise halkın fikir ve görüşlerinin alınıp alınmadığı belirli değildir. Halkın internet üzerinden fikirlerini belirtebileceği online platform, çoğunlukla güncellenmemiş olarak kalmıştır³¹. Bu nedenle 2014 Anayasası, *katılımcılık* ve *kapsayıcılık* açısından oldukça problemlidir. Sonuçta, 2014 Mısır Anayasası yapım süreci, 2012 Anayasası'nın eleştirildiği kapsayıcılık eksikliğini gidermek yerine, bu eksikliği fazlasıyla ilerletmiş ve Mısırlılar arasındaki siyasal bölünme ve kampaşmayı daha da derinleştirmiştir³². Ayrıca, 2014 Anayasası'nın siyasiler ve halk nezdindeki meşruiyeti de oldukça zedelenmiştir.

2012 Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin müzakereler kamuya açık ve şeffaf bir şekilde yürütülürken, 2014 Anayasası yapım sürecinde 10 ve 50 kişilik komitelerin görüşmeleri kapalı kapılar arkasında gerçekleşmiştir³³. 2012 Anayasası için Kurucu Meclise verilen süre altı ay iken 2014 Anayasası'nda 50 kişilik komiteye anayasa tasarısını hazırlaması için sadece iki ay verilmiştir. Aslında amaç, ordunun ve devletin resmi kurumlarının hoşlanmadığı maddelerin değiştirilmesini sağlamak olduğundan aslında iki aylık süre de uzun kabul edilebilir. Diğer bir deyişle, süreç, Mısırlılara gerçek anayasasını vermek için işletilmemiştir.

2012 Anayasası sürecinde Kurucu Meclis, 28 Kasım 2012'de anayasa tasarısını oylamaya başlamış ve 30 Kasım 2012'de tasarıyı kabul etmiştir³⁴. Sonrasında tasarı, halkoylamasında geçerli oyların % 69 kabulü ile yürürlüğe girmiştir³⁵. Ancak, anayasa referandumuna katılım, toplam seçmen sayısının % 32.9'u olarak kalmıştır³⁶. 2012 Referandumu üzerinde durulacak en önemli nokta, amacından saparak Müslüman Kardeşlerin iktidarı üzerinde bir meşruiyet onayına dönüşme-siydi³⁷. Diğer taraftan, 2014 Anayasası, 14 ve 15 Ocak 2014 tarihlerinde yapılan

²⁹ Biagi, 'Constitution Drafting' (n 6) 35.

³⁰ ibid 35-36.

³¹ ibid 36.

³² Bernard-Maugiron 'State Powers and Constitution' (n 13) 123.

³³ Ayfer Erdoğan "Electoral and Constitutional Transitions: Tunisia and Egypt" (Summer 2020) 27 (2) Middle East Policy 57, 63.

³⁴ Saïd Amir Arjomand "Revolution and Constitution in the Arab World, 2011-12", in Mehran Kamrava (ed), Beyond the Arab Spring: The Evolving Ruling Bargain in the Middle East (Oxford University Press, 2014) 177.

³⁵ Mısır 2012 Anayasası için bkz. Constitute, 'Egypt 2012 (Historical)', https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2012?lang=en Date of Access 14.06.2022.

³⁶ Johnson (n 15) 1023.

³⁷ Sultany (n 10) 249.



referandumda ezici bir çoğunlukla % 98.1 ile onaylanmıştır³⁸. Referanduma resmî katılım ise % 38.6 olarak açıklanmıştır³⁹. 2014 Anayasası referandumuna katılım oranının 2012 Anayasası referandumuna katılım oranından yüksek çıkmasında, rejimin referanduma katılımı zorlayıcı hareket ve tutumları önemli bir rol oynamıştır. Dahası, 2014 Mısır Anayasası'nın referandumda çok yüksek bir oranla kabul edilmesi, bu oylamanın plebisiter nitelikte olduğunu açıkça göstermektedir.

Sisi ve ekibi, 2014 Anayasası'ndan sonra, bu sefer 2019 değişikliklerini gerçekleştirmiştir. 2019 değişiklikleri kapalı kapılar arkasında hazırlanmış ve yasama organı tarafından Şubat, Mart ve Nisan aylarında tartışılmıştır. Ancak yasama organı değişiklik tasarısını⁴⁰, halkoylamasına ilişkin oy verme işlemi başlamadan sadece 96 saat önce kabul etmiştir⁴¹. Dolayısıyla, vatandaşlar, metni tartışma ve bir görüş oluşturma imkanından yoksun kalmışlardır. Vatandaşlara değişikliklere itiraz edecek bir alan bırakılmadığı gibi değişikliğe karşı olan aktivistlerin çabaları da engellenmiştir⁴². Değişikliklere itiraz etmek amacıyla, Temsilciler Meclisi dışında bir protesto düzenleme talebi, “ulusal güvenlik” kaygıları nedeniyle reddedilmiş ve güvenlik güçleri, referandumdan hemen önceki haftalarda, zorla kaybetme ve gözaltı olaylarını içeren bir tutuklama dalgası (70 kişiden fazla) başlatmıştır⁴³. Oylama yapılırken, gazeteciler oy satın alma olaylarını bildirmişler ve polis memurlarının vatandaşları oy kullanmaya zorladığı videolar internette yayınlanmıştır⁴⁴. Değişiklikler, 20 Nisan ila 22 Nisan 2019 tarihleri arasında yapılan referandum neticesinde kabul edilmiştir. Ulusal Seçim Komisyonu'nun 23 Nisan'da açıkladığı sonuçlara göre kayıtlı seçmenlerin % 44'ünün katıldığı referandumda seçmenlerin %88,8'i değişiklikler lehine oy kullanırken, % 11,1'i karşı çıkmıştır⁴⁵. 2019 Anayasa değişikliklerinde bir anayasa yapım sürecinin işletildiğini iddia etmek dahi zordur. Yukarıda belirtilen gerekçelerle anayasa yapım süreci açısından 2014 Anayasası, 2012 Anayasası'na nazaran birçok noktada gerilemeyi temsil etmiştir⁴⁶.

³⁸ Ninet and Tushnet (n 4) 237.

³⁹ ibid.

⁴⁰ Anayasa değişiklikleri parlamentoda 22 red oya karşılık 531 kabul oyu ile kabul edilmiştir. Human Rights Watch 'Egypt: Constitutional Amendments Entrench Repression' 20 April 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/04/20/egypt-constitutional-amendments-entrench-repression> Date of Access 29.10.2021.

⁴¹ Mai El-Sadany, 'Egypt's Constitutional Amendments Further the Decay of State Institutions' (Lawfare, 17 June 2019) <https://www.lawfareblog.com/egypts-constitutional-amendments-further-decay-state-institutions> Date of Access 29.09.2021.

⁴² ibid.

⁴³ ibid.

⁴⁴ ibid.

⁴⁵ Tahrir Institute for Middle East Policy (n 19).

⁴⁶ Sultany (n 10) 245.

II. DİN-DEVLET İLİŞKİLERİ

Mısır devleti, diğer birçok Arap devleti gibi bir teokratik devlet değildir. Çünkü, Mısır, kararlarının kutsal ve mutlak olduğuna inanılan din adamları tarafından yönetilmez. Bununla birlikte belirli ölçüde din ve devlet ayrılığına dayanan bir anayasal sistem dizayn edilmekle birlikte anayasalarda “İslam Şeriat’ı ilkelerinin yasamanın temel kaynağı olduğu” düzenlemesine yer vermesi ve diğer birçok anayasal alanda İslam’a referansta bulunması Mısır’ı seküler bir devlet olmaktan çıkarmaktadır. Bu nedenle Mısır Anayasaları, modern anayasacılık ve İslami anayasacılık unsurlarını içinde barındıran metinlerdir. Aşağıda, 2012 ve 2014 Mısır anayasalarında din ve devlet ilişkileri görünümü incelenecektir.

A. Yasamanın Kaynağı Olarak Şeriat

Mısır Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasası’nda 1980 yılında yapılan değişiklikle⁴⁷ getirilen “yasamanın temel kaynağı olarak İslam Şeriatı ilkeleri” ifadesinden sonra ikinci maddenin ne anlama geldiğini izah etmeye çalışmıştır. Mahkeme, birçok kararında, bu hükmün, İslam Şeriatı’nın temel kural ve ilkelerine aykırı olan kanunların anayasaya aykırı olduğu anlamına geleceğini belirtmiştir. Ayrıca, İslam Şeriatı’nın ilkeleri kavramını, “Kuran ve Sünnet’te yer alan geniş hukuki ilkelere uygunluk” olarak yorumlamıştır⁴⁸. Mısır Anayasa Mahkemesi, Şeriat’ın getirdiği normlara bağlı kalacağını, ama normlarının içeriğini yorumlama yetkisinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir. Şeriat’ı yorumlarken mutlak ilkeler (*absolute principles*) ile görece ilkeler (*relative principles*) arasında ayırım yapan Mahkeme; birincisi ile bağlı olduğunu, ikincisinin ise zamana ve toplumun ihtiyaçlarına göre yorumlanabileceğini ileri sürmektedir⁴⁹. Nihayetinde, literatür, Mısır Anayasa Mahkemesinin ikinci maddeyi yorumlarken İslam Şeriat’ı ilkelerini geniş bir şekilde yorumladığı, ayrıca modernist ve liberal bir eğilim taşıdığı vurgulanmaktadır⁵⁰. 2012 ve 2014 Anayasaları’nda da 1971 Anayasası’ndaki düzenleme ile paralel bir şekilde “İslam Şeriatı ilkeleri, yasamanın temel kaynağıdır” (*the principles of Islamic Sharia are the principle source of legislation*) hükmü bulunmaktadır.

⁴⁷ Mısır Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 2. Maddesinin 1980 yılından sonra çıkarılan kanunlar için geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Ancak, Mahkeme, bu yorumuyla, öncelikle normlar hiyerarşisi teorisine sonra da önceki kanun-sonraki kanun çatışmasında sonraki kuralın uygulanması ilkesine aykırı bir yorum yapmıştır. Olgun Akbulut Anayasal Dinsel Çoğulculuk (On İki Levha Yayıncılık 2016) 372.

⁴⁸ Arskal Salim, ‘The Constitutionalism of Sharia in Muslim Societies: Comparing Indonesia, Tunisia and Egypt’ in Adam Possamai, James T. Richardson and Bryan S. Turner, The Sociology of Shari’a: Case Studies from Around the World (Springer 2015) 210.

⁴⁹ Baudouin Dupret, ‘The Relationship between Constitutions, Politics and Islam: A Comparative Analysis of the North African Countries’ in Rainer Grote and Tilmann J. Röder (eds), in Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring (Oxford University Press 2016) 240.

⁵⁰ Clark B. Lombardi ‘Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future’ (2013) 11 (3) International Journal of Constitutional Law 615, 629-632; Mohamed Abdelaal ‘Religious Constitutionalism in Egypt: A Case Study’ (2013) 37 (1) Fletcher Forum of World Affairs 35, 39-41.



2012 Anayasası ile Mısır anayasal geleneğine Şeriat'ın yorumlanması ile ilgili iki önemli madde eklenmiştir. Biri, 2012 Anayasası'nın 4'üncü maddesinde düzenlenen el-Ezher, diğeri ise Anayasa'nın 219'uncu maddesinde İslami Şeriat'ın ilkelerinin kapsamıdır. Anayasa'da El-Ezher, kapsayıcı bir İslami kurum olarak kendi işlerinde münhasır yetkili kılınmıştır⁵¹. El-Ezher'in görevleri maddede sayıldıktan sonra el-Ezher Kıdemli Alimler Konseyi'ne İslam Şeriat'ı ile ilgili konularda danışılacağı düzenlenmiştir. Ancak, bu maddede, el-Ezher'in dini alana nasıl müdahale edeceği, ne zaman ve hangi alanlarda danışılacağı veya danışmanın zorunlu olup olmadığı gibi hususlar ifade edilmemiştir⁵². Madde, İran'daki Muhafızlar Konseyi gibi yasama üzerinde bir denetim yetkisi tanınmamıştır ve istişari niteliğinden dolayı devlet işlerinde nihai sözü söyleme yetkisine de sahip olamamıştır⁵³. 2012 Anayasası'nın 4'üncü maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, el-Ezher'e danışsa dahi, Mahkemenin Anayasa'nın 175'inci maddesinde bağımsız bir yapı olduğunun belirtilmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesinin değerlendirme yetkisi tam olarak bulunmaktadır⁵⁴. 2014 Anayasası, el-Ezher ile ilgili maddeyi revize etmiştir. Özellikle, İslam Şeriatı ile ilgili konularda el-Ezher'e danışılacağına dair cümle madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle, Şeriat hakkında el-Ezher'e danışma zorunluluğu ortadan kalkmakla birlikte bu Kurul, görüş beyan etme ve otoritesini kullanma imtiyazını devam ettirmektedir⁵⁵.

Diğer taraftan, 2012 Anayasası'nda düzenlenen 219'uncu madde⁵⁶ uyarınca Anayasa Mahkemesinin Şeriat'ın ilkelerini geniş bir şekilde yorumlaması nedeniyle yorum yetkisine bir sınır getirilmekte veya Şeriat'ın ilkelerini nasıl yorumlaması gerektiğinin daha kesin çizgilerle belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu maddeye göre Şeriat'ın ilkeleri; genel deliller (edille-i külliyye), usul kuralları (kavâid-i usuliye), fıkıh kuralları (kavâid-i fikihiyye) ve Sünni Mezhepler tarafından kabul edilen kaynakları kapsamaktadır. Görüldüğü gibi madde metninde, İslam fıkıh geleneğinin teknik kavramları kullanılmış ve Şeriat ilkeleri neredeyse İslam normatif

⁵¹ Esra Çetinkaya '2014 Mısır Arap Cumhuriyeti Anayasasının Tercümesi ve Genel Değerlendirmesi' (2017) LXXV, İÜHF - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'a Armağan Özel Sayısı 615, 619.

⁵² Nathalie Bernard-Maugiron 'Religious References in the Constitutions of the Arab World: Islamization of the Constitution or Constitutionalization of Religion?' in Anja Schoeller-Schletter, Constitutional Review in the Middle East and North Africa (Nomos, 2021) 280.

⁵³ Harun Karčić, 'Shariah after the Arab Spring?' (2014) 40 (4-5) Philosophy and Social Criticism 414.

⁵⁴ Bernard-Maugiron, 'Religious References' (n 43) 280.

⁵⁵ Nathan J. Brown and Clark B. Lombardi, 'Contesting Islamic Constitutionalism after the Arab Spring: Islam in Egypt's Post-Mubarak Constitutions', in Rainer Grote and Tilmann Röder (eds), Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring (Oxford University Press 2016) 259.

⁵⁶ Hüküm şöyledir: "The principles of Islamic Sharia include general evidence, foundational rules, rules of jurisprudence, and credible sources accepted in Sunni doctrines and by the larger community".

dünyasının bütün kaynakları ile doldurulmuştur⁵⁷. Anayasa'nın 219'uncu maddesi- nin uygulamada bir değişikliğe yol açıp açmayacağı sahadaki oyuncuların (el-Ezher, yasama organı, yürütme organı ve Anayasa Mahkemesi) ne gibi bir yaklaşım içinde olacaklarına göre değişecektir⁵⁸. Aynı şekilde, bazı yazarlar da Mısır 2012 Anayasası'ndaki din ve devlet ilişkilerine dair m. 2, 3, 4 ve 219'un belirsizlik taşıdığını ve bu maddelerin anayasal dilden ziyade siyasal ve yargısal gerçeklere dayanacağını savunmuşlardır⁵⁹. Anayasa'nın 219'uncu maddesi askıya alınmadan önce Anayasa Mahkemesi, 2 Haziran 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararında Anayasa'nın 2. maddesindeki Şeriat'ın ilkelerini, 219'uncu maddeyi dikkate almadan yorumlamıştır⁶⁰. Mahkeme, 26 Mayıs 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararında da tutumunu devam ettirmiştir. Bu dosyada, büyükanne ve büyükbabaların kişisel ilişki kurma hakları ile ilgili kanunun, Anayasa'nın 2'nci maddesindeki Şeriat'a aykırılığı ileri sürülmüştür. Mahkeme, el-Ezher'e görüşünü sormadığı gibi ne bir hadis literatürü, ne fıkıh kuralları ne de fıkıh usulü literatürü ile maddi bir ilişkilendirmeye gitmeden bu hususta maddi bir hükmün bulunmadığı kanaatine varmıştır⁶¹. Sonrasında Şeriat maksatlarının, kanun metninin büyükailelere verdiğinden daha cömert bir yaklaşımı gerektirdiği kanatine detaylı bir açıklama yapmaksızın ulaşmıştır⁶². Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, 2012 Anayasası'ndaki düzenlemelere rağmen, geleneksel İslam hukuku ile çatışan yorum tarzına bağlı kalmıştır.

2014 Anayasası'nda, Şeriat ile ilgili konularda el-Ezher'e danışma gerekliliği ortadan kaldırılmanın yanı sıra, 219'uncu madde de çıkarılmıştır⁶³. Dahası, 2014 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinde Şeriat'ın yorumlanması referanslarının Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarından toplanan ilgili metinler olduğu be-

⁵⁷ Dupret (n 40) 240; Bernard-Maugiron, 'Religious References' (n 43) 276.

⁵⁸ Clark Lombardi and Nathan J. Brown, 'Islam in Egypt's New Constitution' (Foreign Policy, 13 December 2012) <https://foreignpolicy.com/2012/12/13/islam-in-egypts-new-constitution/> Date of Access 01.09.2022.

⁵⁹ Ergun Özbudun, 'Introduction: Transition Theory and the Arab Spring' in Ergun Özbudun (ed), Regime Changes and Transitions in Arab Spring Countries (Küre Yayınları 2014) 22; Mahmoud Hamad, 'The Rocky Road to the Second Republic: The Birth and Battles of Egypt's Constitution' in Ergun Özbudun (ed), Regime Changes and Transitions in Arab Spring Countries (Küre Yayınları, 2014) 101.

⁶⁰ Bernard-Maugiron, 'Religious References' (n 43) 276.

⁶¹ Brown and Lombardi 'Contesting Islamic Constitutionalism' (n 46) 258.

⁶² ibid.

⁶³ 2014 Anayasası görüşmelerinde Selefî olarak anılan Nur Partisi 219'uncu maddenin kaldırılmasına Mısır'ın dini kimliğinden arındırılması şeklinde yorumlayarak karşı çıkmıştır. İtirazlarının karşılık bulmadığını gördükten sonra 219'uncu maddenin kaldırılmasına karşılık Anayasa'nın ikinci maddesindeki "yasamanın temel kaynağı olarak Şeriat'ın ilkeleri"nden "ilkeleri" ibaresinin kaldırılması teklifi de kabul edilmemiştir ve Anayasa'nın ikinci maddesinin 1980 yılındaki halinin devam ettirilmesi karara bağlanmıştır. Jocelyne Cesari, The Awakening of Muslim Democracy: Religion, Modernity, and the State (Cambridge University Press, 2014) 35.



lirtilmiştir. Brown ve Lombardi, bu ifadenin şaşırtıcı bir şekilde şu anlama geldiği yorumunu yaparlar: “Herhangi bir kimse İslami ilkelere otantik yorum veren bu görüşleri bulmak istiyorsa onları resmi gazetenin içinde bulabilir”⁶⁴. Bunların da ötesinde, 2014 Anayasası ile önceki Anayasa’nın başlangıç hükümlerindeki “Müslüman dünyasındaki ülkeler ile kardeşliği ve bütünlüğü güçlendirme arayışı” ve birinci maddesindeki “Mısır halkının İslam milletinin (ümme) bir parçası olduğu” ibaresi de çıkarılarak Anayasa’nın pan-İslami yaklaşımı ortadan kaldırılmıştır. Sonuç olarak 2014 Anayasası, değiştirdiği ve kaldırdığı hükümlerle 1971 ve 2012 Mısır Anayasalarına nazaran çok daha seküler bir metindir.

B. Medeni Devlet Kavramı

Mısır’da medeni/sivil devlet kavramı 2014 Anayasası ile metne dahil edilmiştir. Arap Baharı öncesinde kavram Mısır’da bilinmekle beraber kavramın anlamı üzerinde bir uzlaşma söz konusu değildir. Müslüman Kardeşler hareketi, ilk başlarda bu kavrama karşı olmakla birlikte 1990’lı yıllardan itibaren bu kavramı uygun bulmuştur, tabi ki İslam referanslı bir anlam içinde⁶⁵. Böylece kendilerini bir nevi teokratik rejim ortaya koyan İran tecrübesinden ayırmışlardır⁶⁶. Ancak bu kavram 2012 Mısır Anayasası’na dahil edilmemiştir. Nur Partisi, 2014 Anayasası müzakerelerinde medeni devlet kavramının seküler bir tona sahip olması nedeniyle bu kavrama itiraz etmiş ve yerine, farklı bir anlama gelmesi de “yönetiminin medeni olduğu bir devlet” (*a state whose government is civil*) olduğu ibaresini koydurmuştur. Bir başka deyişle, “medeni devlet” değil “medeni hükümet” terimi tercih edilmiştir. Bu iki kavramın farklı mı yoksa aynı anlama mı geldiği hususunda tartışma ve itirazlar yükselmiştir. Medeni hükümet kavramının bir bütün olarak devlet yerine sadece hükümet üyelerinin sivil olduğu anlamına gelebileceği yorumları yapılmaktadır⁶⁷. Ayrıca, bu kavram, Anayasa’nın 1’inci maddesinde değil başlangıç kısmında konumlandırılmıştır⁶⁸. Sonrasında, 2019 Anayasa değişiklikleri, orduya, “medeni devletin” temelini koruma görevini vermiştir (m. 200). Başka bir deyişle, 2019 değişiklikleri medeni/sivil devletin korunması görevini orduya tevdi etmiştir. Ancak,

⁶⁴ Brown and Lombardi, ‘Contesting Islamic Constitutionalism’ (n 46) 259.

⁶⁵ Müslüman Kardeşler ile irtibatlı önemli alimlerinden birisi olan Yusuf El-Karadâvi, İslam devletinin, icraatlarına masumluk ve kutsallık atfeden din adamlarının yönettiği devlet değil, İslam hukukunu benimseyen sivil bir devleti temsil ettiğini savunur. Yusuf El-Karadâvi (çev. Hüsamettin Cemal), *İslam’da Devlet Mefhumi* (2. Baskı, Nida Yayınları 2016) 43.

⁶⁶ Amer Katbeh, ‘The Civil State (Dawla Madaniya) – A New Political Term?’ (IFAIR, 24 February 2014) <https://ifair.eu/2014/02/24/the-civil-state-dawla-madaniya-a-new-political-term/> Date of Access 08.09.2022.

⁶⁷ L. Lavi, ‘Egypt’s Draft Constitution 2014: Focus On De-Islamization, Expansion Of Military Power’ (*The Middle East Media Research Institute*, 10 January 2014) <https://www.memri.org/reports/egypts-draft-constitution-2014-focus-de-islamization-expansion-military-power> Date of Access 13.09.2022.

⁶⁸ El-Ezher ve Nur Partisinin karşı çıkması neticesinde bu kavram başlangıç hükümlerine dahil edilmiştir.

bu açık bir şekilde oksimorondan başka bir şey değildir⁶⁹. Çünkü sivil devlet, din adamlarının yönettiği devleti reddettiği gibi askerlerin yönettiği devlet modelini de reddeder⁷⁰. Bu nedenle, Mısır’da medeni devlet terimi başarısız bir girişimdir.

C. İslam Hukukunun Devletin Politikasının Bir Kısımını Belirlemesi veya Bir Sınır Olarak İslam

Orta Doğu ve Kuzey Afrika Anayasalarında, dinin, kamu politikasının bazı alanlarını belirleyebileceği düzenlenmiştir. Bu belirleme, genellikle aile ve eğitim gibi konularda kendisini gösterir. Bunun yanında İslam, bazı anayasal mekanizma ve makamlar ile ilgili olarak bir sınırlama nedeni olabilmektedir.

Mısır’da Arap Baharı sonrası anayasada aile ve kadına ilişkin düzenlemeler daha seküler bir formda kaleme alınmıştır. Şöyle ki; 1971 Anayasası’nın 9, 10 ve 11’inci maddeleri aile, çocuk ve kadınların korunması ile ilgili düzenlemeler içermiştir. 1971 Anayasası’nın 9’uncu maddesinde, aile, toplumun temeli olarak din, ahlak ve vatanseverlik üzerine kurulu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, devlet ve toplum, Mısır ailesinin bu gerçek karakterini korumakla görevlidir. Bu düzenlemeye, 2012 Anayasası’nda aynı şekilde yer verilmiştir. Ancak, 2012 Anayasası’nda, toplum ve devlete verilen aileyi koruma görevi 2014 Anayasası’nda sadece devlete verilmiştir⁷¹.

Bir başka husus, 1971 Anayasası’nın 11’inci maddesinde yer alan İslam hukukuna aykırı olmadıkça erkek ve kadının siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamda eşit olacağı statüsünün dikkate alınacağı kuralına, 2012 Anayasası’nda yer verilmemiş olmasıdır. 2014 Anayasası’nda ise 2012 Anayasası’ndan daha ileri gidilerek; devletin, bu Anayasa’nın hükümlerine uygun olarak medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca, 1971 Anayasası’nda kadın ve çocukların devlet tarafından korunacağı belirtilmesine rağmen 2012 Anayasası’nda devletin ev geçindiren, boşanmış ve dul kadınlara özel koruma ve tedbir alacağı belirtilmiştir. 2014 Anayasası’nda ise “boşanmış ve dul kadın” tabiri yerine, “yaşlı ve ihtiyaç sahibi kadın” ibaresine yer verilmiştir. Ayrıca, Mısır’ın bu üç Anayasasında “devletin kadının ailesi ile işine karşı olan görevleri arasında bir bağdaşmayı garanti edeceği” düzenlenmiştir. Bu düzenleme diğer Arap anayasalarında da sıkça karşımıza çıkmaktadır.

⁶⁹ Limor Lavie ‘The Constitutionalization of the Civil State: The Self-Definition of Egypt, Tunisia and Yemen Following the Arab Uprisings’ (2021) 12 (4) Religions 1, 5.

⁷⁰ Raja Bahlul, ‘Religion, Democracy, and the ‘Dawla Madaniyya’ of the Arab Spring’ (2018) 29 2 *Islam and Christian-Muslim Relations* 4; Salwa El-Daghili, ‘Al-Dawlah al-Madaniyah: A Concept to Reconcile Islam and Modern Statehood,’ in Rainer Grote and Tilmann Röder, *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press, 2016) 197.

⁷¹ Rachel M. Scott, *Recasting The Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making* (Cornell University Press 2021) 161.



D. Hukukun Bazı Alanlarının İslam Hukukuna Göre Düzenleneceğinin Belirtilmesi

Bazı ülkelerin anayasalarında, Şeriat'ın birkaç alanının uygulanacağı öngörülmektedir. Özellikle anayasalarda kişisel statü ile ilgili konularda (aile, miras, kişiler hukuku) sık sık İslam hukukuna yapılan atıflar göze çarpmaktadır. Bu hak genellikle sadece Müslümanlara değil diğer din mensuplarına da tanınmaktadır. Müslüman olmayan topluluk liderlerinin çoğunluğu da, bu düzenlemelerin kendilerine verdiği cemaat özerkliğini kabul etmiş ve benimsemişlerdir⁷².

2012 ve 2014 Mısır Anayasaları'nın 3'üncü maddesinde, Hristiyan ve Yahudi hukukunun, Hristiyan ve Yahudilerin kendi kişisel statülerini, dini ilişkilerini ve ruhani liderlerinin seçimini düzenleyen kanunların temel kaynağı olduğu belirtilmektedir⁷³. 1971 Anayasası'nda böyle bir hüküm bulunmadığından bu kural, Arap Baharı sürecinin yol açtığı yeni anayasa yapım sürecinin bir ürünüdür.

E. Din ve Vicdan Hürriyetinin Düzenlenmesi

1971 Anayasası'nda herhangi bir sınırlandırma tesis edilmeden din ve vicdan hürriyetini tanınmıştır. 2012 Anayasası'nın 43'üncü maddesinde ise inanç hürriyetinin dokunulamaz olduğunu ifade ettikten sonra devletin sadece ilahi dinler (İslam, Hristiyanlık ve Musevilik) için dini ritüelleri yerine getirme ve ibadet için ibadethane yapma özgürlüğü kabul edilmiştir⁷⁴. 2014 Anayasası'nda, 2012'deki din ve vicdan hürriyeti düzenlemesi değiştirilmemiştir. Sadece aşağıda belirtileceği üzere, peygamberlere hakaret etmenin yasaklandığı hüküm kaldırılmıştır.

2012 Mısır Anayasası'nın 44'üncü maddesinde, ilk defa, bütün dini elçi ve peygamberlere hakaret etmek anayasal olarak yasaklanmıştır. Bu koruma, tahmin edildiği üzere sadece İbrahimi dinler için geçerlidir⁷⁵. 2014 Mısır Anayasası'nda ise daha seküler bir anayasa formuna sahip olmanın bir delaleti olarak bu hüküm kaldırılmıştır⁷⁶.

⁷² Nathan J. Brown, 'Comparing the Religion-State Divide in the Arab World: Constitutions' (*Sharia Source at Harvard Law School*, Policy Brief No. 1, April 2017) 9. <https://beta.shariasource.com/documents/2897#page=4> Date of Access 01.09.2022.

⁷³ Bu maddeye dayanılarak çıkartılacak kanunlarda Hristiyan ve Yahudiler için ayrı kuralların bulunması gereklidir. Anayasal düzeyde çok hukuklu sistem tanınmıştır. Akif Tögel, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem* (Adalet Yayınevi 2016) 138.

⁷⁴ Evelyn Mary Aswad, 'The Role of Religion in Constitutions Emerging from Arab Spring Revolutions' (2015) 16 (1) Georgetown Journal of International Affairs 159, 162

⁷⁵ Knut S. Vikør, 'Islamic Law in the Modern World: States, Laws, and Constitutions', in Léon Buskens and Annemarie van Sandwijk (eds.) *Islamic Studies in the Twenty-first Century: Transformations and Continuities* (Amsterdam University Press 2016) 219.

⁷⁶ Mısır Ceza Kanunu m. 98 (f)'ye göre bir kimse ilahi dinlerden biri veya onları takip eden bir mezhep ile alay ederse veya hakaret ederse altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına veya en az 500 Mısır Lirasına çarptırılır. Al-Monitor, 'Egypt cracks down on blasphemy in wave of arrests' (17 November 2020) <https://www.al-monitor.com/originals/2020/11/egypt-arrests-christians-muslims-insulting-religion.html#ixzz7en0FbLMA> Date of Access 13.09.2022

III. HÜKÜMET SİSTEMLERİ

Bu başlık altında, Mısır ve diğer bölge rejimlerinde de sıklıkla karşılaşılan hesap verilebilirlik mekanizmalarının yokluğu, yürütmenin yargı ve yasamayı kontrolü altında bulundurarak kuvvetler ayrılığını zayıflatması ve rejimin anayasayı istediği zaman değiştirebilmesi gibi anayasacı olmayan durumların, Arap Baharı sonrası anayasalarda normatif düzeyde giderilip giderilmediği irdelenecektir. Böylece anayasacılığın temel unsurları arasında zikredilen kuvvetler ayrılığı, denge ve denetim sistemleri ve hesap verilebilirlik ilkelerinin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeleri yapabilmek amacıyla, yürütme yetkisi, yürütme ve yasama ilişkileri, yürütme ve yargı ilişkileri, devlet başkanının olağanüstü hâl ve anayasayı değiştirme yetkileri, son olarak sivil-asker ilişkileri mercek altına alınacaktır.

A. Hükümet Sistemi Modeli

Mısır'da 1971 Anayasası döneminde, geniş yetkileri olan ve hesap verilebilirlik mekanizmalarının işletilmesinin neredeyse imkansız olduğu bir başkanlık hükümet modeli söz konusuydu. 2012 Anayasası'nın yapım sürecinde Hürriyet ve Adalet Partisi (Müslüman Kardeşler), Tunus'ta en-Nahda'nın tercih ettiği gibi bir parlamenter sistem talep ederken, sekülerler ve sol gruplar başkanlık sistemi arayışı içinde olmuşlardır. Neticede 2012 Anayasası ile Cumhurbaşkanının yetkileri azaltılmasına rağmen, yürütme organı içinde ağırlığın Cumhurbaşkanından yana olduğu bir yarı-başkanlık modeli tasarlanmıştır. 2014 Mısır Anayasası'nda da yürütme organının ikili bir örgütlenme içinde olması ve hükümetin yasama organının güvenine dayanması nedeniyle sistem, yarı-başkanlık modeli olarak kabul edilmelidir⁷⁷. Bununla birlikte, 2014 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi, 2012 Anayasası'na nazaran bir *gerilemeyi* temsil etmektedir. Ayrıca, Mısır'da hükümet modeli, fiiliyatta, Cumhurbaşkanının hegemonyası nedeniyle bir başkanlık sistemi olarak işlemektedir.

2012 ve 2014 Anayasası'nda da yarı başkanlık sistemi Fransa'dan ilhamla dizayn edilmesine rağmen bu iki hükümet modeli arasında iki farklılık göze çarpmaktadır. Birincisi, 2012 ve 2014 Anayasaları'na göre Cumhurbaşkanının parlamentonun kabul ettiği bir kanun teklifini geri göndermesi halinde bu kanun teklifinin kabul edilebilmesi parlamentonun üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuna bağlanmasıdır. Özellikle Mübarek ve Sisi gibi otoriter koşulların yaşandığı dönemlerde seçilen parlamentoların bu kabul yetersayısına ulaşmaları neredeyse imkansızdır⁷⁸. İkincisi, Cumhurbaşkanının bütün işlemlerini karşı-imza kuralı olmadan gerçekleştirebilmesidir⁷⁹.

⁷⁷ Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme* (3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2013) 91-103; Giovanni Sartori (çev. Ergun Özbudun), *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği* (Yetkin Yayınları, 1997) 162

⁷⁸ Abdurrahman Tekin and Ömer Temel, 'Political And Constitutional Developments in Tunisia And Egypt in the aftermath of the Arab Spring' 2019 10 (19) *Law and Justice Review* 193, 224.

⁷⁹ ibid 225.

B. Yürütmenin Başı Olarak Cumhurbaşkanı

2012 Anayasası ile, 1971 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'na verdiği ayrıcalık ve yetkiler sınırlandırmakla birlikte, Cumhurbaşkanının yürütme üzerindeki haki-miyeti devam ettirilmiştir. 2014 Anayasası'nda da güçlü bir Cumhurbaşkanı tesis edilmiştir. 2012 ve 2014 Anayasalarında Cumhurbaşkanı devletin ve yürütme or-ganının başıdır. 2012 ve 2014 Anayasalarında Cumhurbaşkanı yürütme organının başı vasfının bir tecellisi olarak devletin kamu politikasını Başbakan ile koordi-neli bir şekilde belirler ve uygulanmasını gözetler⁸⁰. Diğer taraftan, Cumhurbaş-kanı'nın yetkilerini kullanması hususunda 2012 ila 2014 Anayasaları arasında farklılık vardır. 2012 Anayasası'nın 141'inci maddesinde Cumhurbaşkanı'nın, savunma, dış ilişkiler ve güvenlik ile ilgili konular hariç yetkilerini Başbakan, ba-kanlar ve vekilleri ile kullanacağı belirtilerek, yetkilerini doğrudan kendisinin kul-lanması sınırlandırılmıştır ve hükümeti istisnai alanlar dışında tutarlı siyaset yü-rütme bakımından daha güçlü kılınmak istenmiştir⁸¹. Ancak, 2012 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'nın devletin kamusal politikasını belirlemesi ve uygulanmasını gözetmesine dair hükmü, iç siyasette karar alımı sürecinde Cumhurbaşkanı'nın otoritesini kullanmak için kötüye kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir⁸². 2014 Anayasası ile 2012 Anayasası'ndaki 141'inci madde kaldırıldığından bu endişe veya sorun tümüyle Cumhurbaşkanı lehine çözülmüştür. Cumhurbaşkanı Sisi, bunu, Anayasa'nın kendisine bütün yürütme yetkilerini kullanabilmek için yetki verdiği şeklinde anlamıştır⁸³.

1971 Anayasası döneminde Başbakan ve bakanların atanması ve azlinde Cum-hurbaşkanı yetkiliydi. 2012 Anayasası, 1971 ve 2014 Anayasalarının aksine hü-kümetin oluşumunda Başbakanın iradesine ağırlık vermiştir. 2012 Anayasası'nın 139'uncu maddesine göre Cumhurbaşkanı, hükümeti oluşturmakla görevli bir Başbakan atar ve bu listeyi Temsilciler Meclisine (alt meclis) sunar. Hükümetin güvenoyu alamaması halinde Cumhurbaşkanı, parlamentoda en çok koltuğa sahip siyasi parti içerisinde bir Başbakan belirler⁸⁴. Bu Başbakanın oluşturduğu hükü-metin de güvenoyu alamaması halinde bu kez parlamento tarafından bir Başbakan

⁸⁰ 2012 Mısır Anayasası m. 140; 2014 Mısır Anayasası m. 150.

⁸¹ Moustapha Kamel Al Sayyid 'The Fight over Institutions in Post-Revolution Egypt' (2017) 16 (2) *Égypte/Monde arabe* 59, 69.

⁸² Sujit Choudhry and Richard Stacey 'Semi-Presidentialism as Power Sharing: Constitutional reform after the Arab Spring' (*International IDEA*, Center for Constitutional Transitions at NYU Law, 2014) 89.

⁸³ 2014 Anayasası döneminde çoğu yorumcu pratikte Başbakan'ı Cumhurbaşkanı'nın bir sekreteri olarak betimlemiştir. Al-Sayyid (n 76) 70.

⁸⁴ Bu kural, bölünmüş yürütme organı meydana getirebileceğinden Fransa'daki kohabitasyon durumuna yol açabilir. Jörg Fedtke, 'Comparative Analysis between the Constitutional Processes in Egypt and Tunisia - Lessons Learnt. Overview of the Constitutional Situation in Libya' (*Directorate-General For External Policies of The Union*, 2014) 8. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO-AFET_NT\(2014\)433840](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO-AFET_NT(2014)433840) Date of Access 05.10.2022.

belirlenir. 2014 Anayasası'nda ise Cumhurbaşkanının belirlediği ikinci Başbakanın da -parlamento koltuklarının çoğunluğuna sahip parti veya koalisyon içinden belirlenen- güvenoyu alamaması halinde parlamentonun feshedildiği kabul edilir ve Cumhurbaşkanı yeni parlamento seçimlerinin yapılması çağrısında bulunur. Cumhurbaşkanı'nın buradaki parlamentoyu fesih yetkisi zorunlu bir fesih yetkisidir. Anlaşıldığı üzere parlamentonun, Cumhurbaşkanının çoğunluğuna sahip parti veya koalisyon içinden belirlediği ikinci Başbakan adayını kabul etmekten başka şansı bulunmamaktadır. Aksi durumun kabulü, parlamentonun kendi varlığını sona erdirmesi anlamına gelecektir.

2014 Anayasası'nda ise, hükümetin oluşumunda son söz parlamentoya değil Cumhurbaşkanı verilmiştir. 2014 Anayasası'nda hükümetin oluşumunda üçüncü seçenek düzenlenmemiş iken, 2012 Anayasası'nda üçüncü seçenekte parlamentoya başbakanı seçme özgürlüğü verilmiştir. Böylelikle 2012 Anayasası ile, kötü niyetli devlet başkanlarına karşı, parlamentoya hükümeti oluşturma imkanı verilerek, parlamentonun kendisinin feshedilmesini engellemesi sağlanmıştır.

1971 Anayasası'nda Cumhurbaşkanlığı görevinde bulunma süresine ilişkin bir düzenleme söz konusu değilken, 2012 ve 2014 Anayasalarında Cumhurbaşkanı'nın sadece bir kez daha yeniden seçilebileceği belirtilmiştir⁸⁵. Ancak, 2019 Anayasa değişiklikleri ile birlikte dört yıl olan Cumhurbaşkanlığı süresi altı yıla çıkartılmış; ayrıca altı yıllık süre doğrudan uygulanarak Cumhurbaşkanı Sisi'nin mevcut dönemdeki görev süresi uzatılmış; üstelik bir kez daha aday olmasına izin verilerek 2030'a kadar görevde kalması sağlanmıştır. Otoriter rejimlerin emarelerinden biri olarak gösterilebilen devlet başkanının görev süresinin uzatımı politikası, Mısır'da Sisi için gerçekleştirilmiştir.

2014 Mısır Anayasası'nda, 2012 Anayasası'nın aksine, otoriter rejimin dayanaklarını oluşturan unsurlarla ilişkilendirilebilecek bakanlıkların rejimin elinde kalmasını öngören bir düzenlemeye de yer verilmiştir. 2014 Anayasası'nın 146'ncı maddesinin son fıkrasına göre hükümetin, mecliste çoğunluğa sahip parti veya koalisyonun aday tarafından belirlenmesi halinde Cumhurbaşkanı; Savunma, İç İşleri ve Adalet Bakanlarını, Başbakana danışarak atayacaktır. Anılan düzenleme, rejimin, gerçek bir halk demokrasisi değil, aksine, vesayetçi bir demokrasi düzenleme isteğini yansıtmaktadır. Kanaatimizce, bölge bağlamında otoriter rejimin önemli dayanaklarından biri olarak ünlenen askeri kuvvetlere 2014 Mısır Anayasası'nda verilen ayrıcalıklar da hesaba katıldığında, Mısır'da 2011 öncesi rejimden farklı bir resmin çizilemeyeceği aşikardır. Nitekim, 2013 askeri darbesiyle birlikte ordu, *de jure* ve *de facto* olarak 2011 öncesinden çok daha güçlü bir pozisyona sahip olmuştur⁸⁶. Dahası, 2014 Anayasası'nda, bir yenilik olarak, ilk iki Cumhur-

⁸⁵ 2012 Anayasası m. 133 ve 2014 Anayasası m. 140.

⁸⁶ Melek Saral 'Transitional Process and Human Rights Developments in the MENA Region: The Cases of Egypt and Tunisia' (2021) 20 (2) Gaziantep University Journal of Social Sciences 777, 783-784.



başkanlığı döneminde Savunma Bakanı atamalarının Silahlı Kuvvetler Yüksek Konseyi (SCAF) tarafından onaylanması gerektiği ortaya konulmuştur⁸⁷.

Son olarak, 2012 Anayasası, Cumhurbaşkanının hükümeti düşürebilmesini ön-
gören bir hükme yer vermemiştir. Dolayısıyla, 2012 Anayasası'nda, hükümetin
devam edip etmeyeceği parlamentonun iradesine bağlı kılınmıştır. Ancak, 2014
Anayasası'nda, 147'nci maddede Cumhurbaşkanı, parlamentonun mutlak ço-
ğunluğunun onayı ile hükümeti düşürme yetkisi verilmiştir. Bu hüküm, yürütme
içinde Cumhurbaşkanının, başbakan ve bakanlar üzerindeki etki ve gücünü ar-
tırmaktadır. Şöyle ki, Cumhurbaşkanı kendisi ile uyumsuz bir hükümetin varlığı
halinde, düşürme tehdidiyle, kendi iradesini geçerli kılabilme veya hükümeti ken-
disine bağlı bir şekilde çalışmaya zorlama imkanına sahip olmuştur.

Mısır'da 2014 Anayasası ile güçlü bir Cumhurbaşkanlığı makamı tesis edil-
miştir⁸⁸. Ancak, literatürde bazı yazarlar, 2012 Anayasası'nın daha güçlü bir Cum-
hurbaşkanı ortaya koyduğunu iddia etmiştir⁸⁹. Şöyle ki; 2012 Anayasası'nda
Cumhurbaşkanına, bütün siyasal süreci düzenleyecek şekilde yetkiler verildiği
eleştirisi yapılmıştır. Ne var ki, bu iddiayı savunmak güçtür. 2012 Anayasası'nda
Cumhurbaşkanının, bütün siyasal süreci domine edecek şekilde dizayn edildiği
eleştirisi yapılmıştır. Ancak, 2012 Anayasası hükümleri dürüst bir şekilde
incelendiğinde; aşağıda bahsedileceği üzere, Cumhurbaşkanı'nın parlamentoyu
fesih yetkisi sınırlandırılmış; hükümetin oluşumunda, düşürülmesinde
ve denetlenmesinde parlamentoya oldukça önemli yetkiler verilmiş;
Cumhurbaşkanının olağanüstü hal ilan etme yetkisi sınırlandırılmıştır⁹⁰. 2012
Anayasası hükümlerinin lafzına uygun şekilde uygulanması, güçlü yürütmenin
sistem üzerinde tam hakimiyet kurduğu otoriter rejimi ya geride bıraktıracak ya
da büyük ölçüde zayıflatacaktır⁹¹. 2014 Anayasası, 2012 Anayasası ile karşılaştı-
rıldığında, daha güçlü bir Cumhurbaşkanı ve yürütme organı ortaya koymuştur⁹².
2014 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının güçlendirilmesinin yanı sıra, ordu ve
yargıya da olağanüstü ayrıcalıklar verilerek anayasal sistem içindeki konumları
sağlamlaştırılmıştır.

⁸⁷ SCAF, 2014 Anayasası'nda tanımlanan bir organ olmamasına rağmen etkili bir anayasal rol kullanmaktadır. Bu kural, yeni rejim altında SCAF'ın anayasa-dışı statüde devam edeceğinin işareti vermiştir. Fedtke (n 79) 9.

⁸⁸ Nicolas Heliotis 'A Textual Analysis of Presidential Policy under the 2014 Egyptian Constitution' (2014) 48 (2) International Lawyer 127, 139.

⁸⁹ Cross and Sorens, (n 17) 1305.

⁹⁰ Zaid Al-Ali 'The new Egyptian constitution: an initial assessment of its merits and flaws' (*Open Democracy*, 26 December 2012) <https://www.opendemocracy.net/en/new-egyptian-constitution-initial-assessment-of-its-merits-and-flaws/> Date of Access 06.10.2022.

⁹¹ ibid.

⁹² Heliotis (n 81) 146.

C. Yasama ve Yürütme Arasındaki İlişkiler

2012 Anayasası, çift meclis sistemini devam ettirirken, 2014 Anayasası yerinde bir şekilde tek meclis sistemini benimsemiştir. Ancak, Sisi'nin gerçekleştirdiği 2019 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Mısır yeniden çift meclis sistemine dönmüştür. 1971 Anayasası'nda üst meclis, bir danışma meclisi olarak görülmüştür, dolayısıyla aşırı asimetrik⁹³ bir çift meclis sistemi benimsenmiştir⁹⁴. 2019 değişiklikleri ile düzenlenen üst meclisin; yasama faaliyetinde, bütçenin kabulünde ve yürütmeyi denetlenmesinde bir rolü bulunmamaktadır. Üst meclise (senato) Anayasa'nın 249'uncu maddesinde belirtilen hususlarla ilgili görüş bildirme yetkisi verilerek asimetrik çift meclis sistemi devam ettirilmiş ve istişari nitelikte bir meclis ortaya koyulmuştur⁹⁵. 2012 Anayasası ile birlikte Cumhurbaşkanı, üst meclisin sadece % 10'u kadar, alt meclisin ise sadece 10 üyesini doğrudan kendisi atama yetkisine sahip olmuştur. 2019'da yapılan değişiklikler neticesinde 2014 Anayasası, Cumhurbaşkanıya alt meclis üyelerinin % 5'ini ve üst meclis üyelerinin 1/3'ünü belirleme yetkisi vermiştir. Cumhurbaşkanı, Fas, Ürdün ve Cezayir'de olduğu gibi ülkenin üstün menfaatleri ile ilgili konularda referanduma gidebilir. Cumhurbaşkanı özellikle yasama karşısında büyük bir direnç ile karşılaştığında bu yola başvurabilmektedir⁹⁶.

1971 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının kanun teklifini veto etmesi durumunda, parlamentonun geri gönderilen kanun teklifini üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu ile kabul etmesi gerekiyordu. Cumhurbaşkanının güçleştirici veto yetkisi, 2012 ve 2014 Anayasalarında korunmuştur. Teklifin yeniden kabulüne ilişkin karar yeter sayısı, parlamento içinde Cumhurbaşkanı ile aynı görüşte parlamentoların de bulunduğu dikkate alındığında, aşılamaz bir orandır ve yasama yetkisinin neredeyse Cumhurbaşkanında olduğu anlamına gelir.

Diğer bir yenilik, Cumhurbaşkanı'nın parlamentoyu fesih yetkisi ile ilgilidir. 1971 Anayasası'nda fesih ile ilgili iki sınırlandırma söz konusuydu: Fesihten sonra yeni parlamentonun (Temsilciler Meclisi) aynı nedenle feshedilememesi ve zorunluluk durumunun ortaya çıkması. 2012 Anayasası ile bu sınırlamalara ek olarak, parlamentonun ilk yılında fesih yasağı ve referandum yapılması zorunluluğu getirilmiştir (m. 127). Ayrıca, 2012 Anayasası'nda, referandumda parlamentonun feshedilmesi talebinin reddedilmesi durumunda Cumhurbaşkanının istifa edece-

⁹³ Meclisin bir kanadı diğeri karşısında aşırı bir yetkiye sahip olup, diğeri aşırı işlevsiz kalmışsa orada aşırı asimetrik çift meclis sistemi vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Peri Uran Murphy *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 31.

⁹⁴ 1971 Anayasası döneminde 2007 Anayasa değişiklikleri ile birlikte bazı yasama faaliyetlerinde yetki sahibi olmuştur (m. 194).

⁹⁵ Gianluca Paolo Parolin 'Drifting Power Relations in the Egyptian Constitution: The 2019 Amendments' (2020) 44 (3) DPCE Online 3175, 3181.

⁹⁶ Francesco Biagi, 'The Separation of Powers and Forms of Governments in the MENA Region Following the 'Arab Spring': A Break with the Past?' (2018) (2) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 381, 392.



ğini düzenlemiştir. Son olarak, referandumun belirtilen süre içinde yapılamaması halinde parlamento, sürenin sonunda otomatik olarak toplanacaktır. Görüldüğü üzere, 2012 Anayasası'nda, parlamentonun feshi kurumunun uygulanması çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona erdirilebilmesi ihtimali de öngörülmüştür. 2014 Anayasası'nda ise referandum zorunluluğu devam ettirilmekle birlikte parlamentonun ilk yılında feshedilmeme yasağı kaldırılmıştır (m. 137). Ayrıca, 2014 Anayasası'nda, mülga 2012 Anayasası'nda düzenlenen, "referandumda halkın fesih talebini reddetmesi halinde Cumhurbaşkanı'nın istifa edeceği" ve "referandumun belirtilen süre içinde yapılamaması halinde parlamentonun sürenin sonunda otomatik olarak toplanacağı" düzenlemelerine yer verilmemiştir. Bu eksiklikler nedeniyle, parlamentonun ve halk iradesinin korunması bakımından 2014 Anayasası büyük bir gerilemeyi temsil etmektedir. Cumhurbaşkanı'nın parlamentoyu feshedebileceği diğer bir durum ise Anayasa'nın 139'uncu maddesinde öngörülen hükümetin kurulması aşamasıdır. İlgili düzenlemeye yukarıda yer verildiğinden burada tekrara düşmemek açısından ayrıca açıklanmayacaktır.

Cumhurbaşkanının ağır bir suç işlemesi veya vatana ihanet etmesi durumlarında *impeachment* usulünün işletilmesiyle görevinden alınması mekanizması, 1971 Anayasası'nın 85'inci maddesinde düzenlenmekteydi. 2012 Anayasası'nda, 1971 Anayasası'nda yer alan hükümler aynen benimsenmiştir. 1971 ve 2012 Anayasalarına göre bu usulün başlatılabilmesi için Temcilsiler Meclisinin üye tamsayısının 1/3'ünün teklifi ve bu teklifin kabul edilebilmesi için 2/3 çoğunluğunun kabulü gerekmektedir. Ayrıca, bu Anayasalarda, *impeachment* usulünün başlatılmasından itibaren Cumhurbaşkanının yetkilerini kullanmasının askıya alınacağı ifade edilmiştir. 2014 Anayasası'nda ise önerenin teklif edilebilmesi için öngörülen karar yetersayısı, Temsilciler Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğuna yükseltilmiştir. Ayrıca, 2012 ve 2014 Anayasalarında Cumhurbaşkanını yargılayacak özel mahkemenin Başkanı, Anayasa Mahkemesi'nin Başkanı değil, Yüksek Yargı Konseyinin Başkanı'dır. Yüksek Yargı Konseyi Başkanı yerine Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın özel mahkemenin başkanı olarak tayin edilmesi gerek Orta Doğu gerek diğer bölgelerdeki düzenlemeler ile örtüşmemektedir.

Parlamento tarafından Devlet Başkanının görevden alınabilmesine ilişkin denetim yetkisinden ayrı olarak, parlamentonun yürütme organını denetleyebileceği araçlar, Mısır Anayasalarında öngörülmüştür. 1971 Anayasası'nda; soru, meclis araştırması ve alt meclisin 1/10'u kadar üye ile bir bakan hakkında gensoru önergesi verebilmesi gibi denetim araçları düzenlenmiştir. 2014 Anayasası döneminde de bu araçlar öngörülmekle birlikte bu araçların etkin bir kullanımı mümkün olmamıştır. Bunun en önemli sebebi, parlamentoda, yeterli çoğunluğa erişebilecek bir muhalefetin olmamasıdır⁹⁷.

⁹⁷ Tekin and Temel (n 73) 221.

D. Yürütme ve Yargı Arasındaki İlişkiler

2012 Anayasası'nda, 1971 Anayasası'ndan farklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı doğrudan belirlenmiştir, alt bir işlem olan kanun ile düzenlemeye bırakılmamıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi bir Başkan ve on üyeden oluşmalıdır. Ancak 2014 Anayasası ile Arap Baharı öncesi anayasacılığa dönmüştür. 2014 Anayasası'nda, 1971 Anayasası'ndaki düzenleme ile paralel bir şekilde, “bir Başkan ve yeterli sayıda üye” ifadesine yer verilmiştir. 2014 Anayasası'ndaki bu değişiklik, Mısır pratiği dikkate alındığında olumlu karşılanamaz. Daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi, 1980 ve 1990'larda Cumhurbaşkanı Mübarek'in bazı eylem ve işlemlerini iptal ederek bir kontrol ve denge işlevi olmaya çalışmıştır. Mübarek ise Mahkemenin bu tutumuna karşılık olarak, üye sayısını kanun ile yeniden düzenleyerek kontrol edebileceği bir yapıya dönüştürmeye çalışmış ve büyük ölçüde de başarılı olmuştur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi üye sayısının sabit bir şekilde Anayasa'da düzenlenmesi, önem arz etmektedir⁹⁸.

2012 Anayasası ile, bu metnin yapımı sürecinde yargının, yürütme ile girdiği mücadele nedeniyle, Genel Savcı'yı (Yargıtay Başsavcısı) atama yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmişti. 2014 Anayasası'nda ise bu yetki Yüksek Yargı Konseyi'nin yetki kapsamına dahil edilmiştir. 2014 Anayasası'nın düzenlemesi, Genel Savcı'nın Cumhurbaşkanının görevinden alınması (*impeachment*) sürecinde soruşturmayı yürüten makam olarak yetkilendirilmesi nedeniyle yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir gelişme addedilebilir⁹⁹. Ancak, bu olumlu gelişme 2019 Anayasa değişiklikleri ile tersine çevrilmiştir. 2019 değişiklikleri ile Cumhurbaşkanı'na Genel Savcı'yı (m. 189) ve yüksek yargı organlarının başkanlarını atama yetkisi (m. 185) verilmiştir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanının, Yüksek Yargı Konseyine başkanlık edeceği ve Konseyin sekreterini atayacağı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanına bu yetkilerin verilmesi, ülkedeki hukuk sisteminin baştan sona Cumhurbaşkanının kontrolü altına girmesine ve yargı bağımsızlığının büyük ölçüde kaybedilmesine yol açabilecektir. Mısır yargı pratiği bu iddiayı onaylayan birçok karara imza atmıştır. Öncelikle 30 yıl boyunca idame ettirdiği otoriter rejimi altında birçok suç işleyen Hüsnü Mübarek ve görevlileri hakkında beraat kararları verilmiştir. Rabia meydanında güvenlik güçleri tarafından binlerce Müslüman Kardeşler üyesi ve Mısırlı vatandaşın katledilmesi olayları soruşturulmamıştır¹⁰⁰. Neticede Mısır'da devrim, toprağa gömülmüş ve otoriter rejim yeniden ihdas edilmiştir¹⁰¹. Diğer taraftan, 2012 ve 2014 Anayasalarında (sırasıyla m. 169 ve m. 185)

⁹⁸ Biagi, 'The Separation of Powers' (n 89) 393.

⁹⁹ Heliotis (n 81) 144.

¹⁰⁰ Amr Hamzawy, 'Legislating Authoritarianism: Egypt's New Era of Repression' (*Carnegie Endowment for International Peace*, 16 March 2017) 21. <https://carnegieendowment.org/2017/03/16/legislating-authoritarianism-egypt-s-new-era-of-repression-pub-68285> Date of Access 07.10.2022.

¹⁰¹ ibid 28.



yargı ile ilgili kanunlarda yargı organlarına danışılacağı ve yargının kendisine ait bir bütçeye sahip olacağı belirtilmiştir¹⁰². Keza, 2012 ve 2014 Anayasalarında yargı bağımsızlığı açısından olmazsa olmaz bir kurum olan Yüksek Yargı Konseyi, üç yerde anılmasına rağmen kurumun kendisi Anayasa’da düzenlenmemiştir. 1971 Anayasası’ndaki bu eksiklik, Arap Baharı anayasaları ile giderilmemiştir.

E. Olağanüstü Hal Yönetimi

Mısır, Arap Baharı öncesi 30 yıl boyunca olağanüstü hal ile yönetilmiş bir ülkedir. 1971 Mısır Anayasası’nın 148’inci maddesine göre olağanüstü hal, Cumhurbaşkanı tarafından belirli bir süre için ilan edilebilir. Cumhurbaşkanı’nın olağanüstü hal kararları, parlamento tarafından onaylanmak zorundadır. Olağanüstü hal süresinin belirli sürelerle uzatılması, Temsilciler Meclisinin kararına bağlıdır (m. 148/4). 1971 Anayasası’nda olağanüstü hal ile ilgili başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

2012 Anayasası’nda ise olağanüstü hal, hükümete danışıldıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilebilir (m. 148). Görüldüğü üzere, olağanüstü hal ilan edilmeden önce hükümet ile istişare etme zorunluluğu getirilmiştir. Cumhurbaşkanı’nın olağanüstü hal kararı, her iki meclisin mutlak çoğunluğu tarafından onaylanmalıdır ve olağanüstü hal süresi altı ayı geçmemelidir. İkinci bir yenilik, olağanüstü halin “sınırlı bir süre” için öngörülebileceği ifadesinin, “altı aylık bir süre” ile değiştirilmesidir. Altı aylık süre dolduktan sonra olağanüstü hal kararı, parlamentonun 2/3 çoğunluğu ile yine altı aylık bir süre için uzatılabilir. Bu süreler esnasında, Fas Anayasası’nda düzenlendiği gibi, parlamento fesh edilemez. Bu hükme rağmen alt meclisin feshedilmiş olması durumunda, üst meclis olan Şura Meclisi, kararı onaylamak ile yetkili kılınmıştır (m. 148/2)¹⁰³. Görüldüğü üzere 2012 Anayasası’nda süre sınırlaması altı ay olarak sabitlenmiş ve olağanüstü hal ilanı öncesi hükümete danışma zorunluluğu getirilmiştir.

2014 Mısır Anayasası’nda, altı aylık olağanüstü hal süresi, üç aya indirilerek olumlu bir adım atılmıştır (m. 154). Ancak, 2014 Anayasası’nda olağanüstü hal döneminde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması çerçevesinin çizilmemesi, dokunulamaz çekirdek alan gibi bazı güvencelerin veya olağanüstü hale yol açan zorunlu durumların öngörülmemesi, geçmiş uygulamalar dikkate alındığında en-

¹⁰² Abdurrahman Tekin ve Ömer Temel, bunu iyi bir gelişme olarak nitelemektedirler. Bkz. Tekin ve Temel, “Political And Constitutional Developments,” 226. Ancak, anayasalarda yargıya alışılmamış düzeyde ayrıcalık veren bu hükümler, kuvvetler arasındaki dengeyi bozabilmektedir. Bkz. Fedtke, “Comparative Analysis,” 9. Ayrıca, ordu ile birlikte halk iradesi karşısında vesayetçi ve statükocu tutum takınan bir yargı tasviri dikkate alındığında, bu hükümler bir gerileme olarak da yorumlanabilir.

¹⁰³ Bunun dışındaki başka durumlarda da Temsilciler Meclisinin feshedilmesi halinde Şura Meclisinin yetkili olduğu düzenlenmesinin altında, 2012 yılındaki parlamentonun fesh edilmesi tecrübesi yatmaktadır.

dişe vericidir¹⁰⁴. Ayrıca, olağanüstü hal ile ilgili parlamentoda aranan nitelikli karar yetersayılarının getirdiği güvenceler, otoriter bir konjonktür altında işlevini yerine getiremeyebilir ve kağıt üstünde kalabilir¹⁰⁵. Nitekim 1971 ve 2014 Anayasaları dönemlerindeki olağanüstü hal uygulamaları bu gerçeği tasdik etmiştir.

F. Devlet Başkanının Anayasa Değişikliği Prosedürüne İlişkin Yetkileri

Mısır'da 1971 Anayasası'nda zor bir anayasa değişikliği prosedürü öngörülmüştür. Buna rağmen, otoriter rejim bağlamında 2005 ve 2007 değişiklikleri, Cumhurbaşkanı Mübarek tarafından kolaylıkla yapılabilmektedir. 1971 Anayasası'nın 189'uncu maddesine göre Cumhurbaşkanı anayasa değişikliği teklifini herhangi bir sınırlandırma olmaksızın verebilirken; Temsilciler Meclisi ancak üye tamsayısının 1/3 ile teklif verebilir. Teklif ister yürütme ister yasamadan gelsin teklifin kabul edilebilmesi için, öncelikle yasama organının üye tamsayısının mutlak çoğunluğu gerekmektedir. İki aylık serinleme süresi geçtikten sonra bu sefer teklif, meclis üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu ile kabul edilmelidir. Teklifin parlamento tarafından bu karar yetersayısı ile kabul edilmesinden sonra, anayasa değişikliği teklifinin halkoylamasına sunulması her halükarda söz konusudur.

Arap Baharı sonrası 2012 Anayasası ile Cumhurbaşkanı'nın anayasa değişikliği teklif etme yetkisi sona erdirilmiştir. Ayrıca, Temsilciler Meclisinden gelen anayasa değişikliği tekliflerinde sadece beş üyenin imzası yeterli hale getirilmiştir. Bu iki değişiklik, parlamentonun güçlendirilmesi ve kurucu iktidar yetkisini kullanmasının kolaylaştırılması açısından oldukça önemli adımlardır. 2012 Anayasası'nın getirdiği diğer bir farklılık, tekliften sonraki ilk oylamada, teklifin, her iki Meclis tarafından 2/3 çoğunluk ile kabul edilmesi gerektiğidir. Anlaşıldığı üzere, 2012 Anayasası'nda, teklifin kabul edilmesi sürecinde artık sadece Temsilciler Meclisinin kabulü yeterli değildir, Şura Meclisinin de 2/3 çoğunluğunun kabulü sağlanmalıdır. Diğer taraftan, 2012 Anayasası'nda, değişiklik prosedürüne ilişkin serinleme süresi, ikinci oylamada 2/3 kabul yetersayısı ve halkoylaması prosedürü aynen korunmuştur.

2014 Anayasası ile parlamentonun anayasa değişikliği teklif etme yetkisini zorlaştırılmıştır. Teklif için 2012 Anayasası'nda belirtilen beş üye yerine, 2014 Anayasası'nda parlamentonun 1/5 çoğunluğunun imzası öngörülmüştür. 2014 Anayasası ile gelen diğer bir değişiklik, otoriter zihniyetin izlerini taşımaktadır. 2014 Anayasası'nın 226'ncı maddesinin son fıkrasına göre Cumhurbaşkanı'nın yeniden seçilebilmesi veya Anayasa'da belirtilen özgürlük ve eşitlik ilkesi değiştirilemez; ancak, daha büyük güvence sağlanması durumunda bu konularda da değişiklik yapılabilir. Sisi'nin 2014 Anayasası, muhtemelen, "Cumhurbaşkanı'nın yeniden seçilebilmesi" düzenlemesinin değiştirilemez anayasa hükümleri arasında yer aldığı yeryüzündeki tek Anayasa olabilir.

¹⁰⁴ Choudhry and Stacey (n 77) 147.

¹⁰⁵ Tekin and Temel (n 73) 222.

G. Sivil – Asker İlişkileri

Mısır’da askeri yargı, özellikle ordunun sistem içinde kendisini daha korunaklı kılması ve varlıklarını koruması açısından önemli bir rol oynamaktadır¹⁰⁶. Mısır’da 1971 Anayasası’nda askeri mahkemelerin görev alanı belirtilmemişti, yasama alanına bırakılmıştı. Arap Baharına kadarki süreç içerisinde de siviller, askeri mahkemelerde yargılanmışlardır.

2012 Anayasası m.198/2’ye göre siviller, silahlı kuvvetlere zarar veren suçlar dışında askeri mahkemeler önünde yargılanamaz. Silahlı kuvvetlere zarar verme eylemi, “doğrudan bir saldırıyı temsil eden” hareketler olarak daha açıklayıcı bir şekilde tanımlandı. Ordunun ekonomi içinde birçok kurum ve şirketi bulduğundan dolayı ordu yine geniş bir yargı yetkisine sahip oldu. 2014 Anayasası ise sivillerin askeri mahkemede yargılanacağı durumları ayrıntılı bir şekilde sayarak geniş bir istisnai alan oluşturmuştur. Anayasa’da belirtilen yerlerde suçun bir sivil veya asker tarafından işlenmesi açısından bir fark söz konusu değildir¹⁰⁷. Böylelikle 2014 Anayasası, askeri yargının yetki alanını genişlettiğinden 2012 Anayasası’na nazaran bir gerilemedir.

2012 Anayasası, sivil ve hesap verilebilir yönetimi yok eden bir şekilde orduya önemli ayrıcalıklar vermiştir. Ordunun bütçesinin halkın denetiminden kaçırılması ilk defa 2012 Anayasası’nda dile getirilmiştir¹⁰⁸. Ayrıca, orduya ayrılan bütçe tek bir kalemde belirtilecektir. Mısır’da ordunun bütçesi eskiden de halkın denetiminden kaçırılıyordu; ancak, ilk defa 2012 Anayasası ile bu denetim yoksunluğu hukukileştirilmiştir¹⁰⁹. 2014 Anayasası, bu maddeyi korumuştur.

Anayasa, sivillerin silahlı kuvvetlere zarar vermeleri kapsamında işledikleri suçlardan dolayı askeri mahkemelerde yargılanabileceklerini düzenlemiştir. Ayrıca, ilk defa savunma bakanının askeri sınıf personeli arasından atanması zorunluluğu getirilmiştir¹¹⁰. 2014 Anayasası’nın hükümleri ise Cumhurbaşkanı ile ordu arasındaki ilişkiyi belirten önemli hükümler ihtiva etmektedir ve bu hükümler, geçmişteki anayasalardan kesin bir ayrılığı temsil etmektedir¹¹¹. 2014 Anayasası’nda orduya verilen ayrıcalıklar devam ettirilmiştir ve hatta 2012 Anayasası’ndan daha fazla güçlendirilmiştir¹¹². 2014 Anayasası ise iki Cumhurbaşkanlığı dönemi boyunca Milli Savunma Bakanı’nın Silahlı Kuvvetler Yüksek Konseyi tarafından onaylanması zorunluluğunu getirmiştir.

¹⁰⁶ Shams Al Din Al Hajjaji ‘Government by Judiciary in Islam: Islamic Theory of Government and Mal/Practice of Muslim Governments (Turkey, Saudi Arabia, Egypt and Morocco)’ (2018) 48 (2) California Western International Law Journal 283, 327.

¹⁰⁷ ibid 328.

¹⁰⁸ Bernard-Maugiron ‘State Powers and Constitution’ (n 13) 124.

¹⁰⁹ ibid 124-125.

¹¹⁰ ibid 125.

¹¹¹ Heliotis (n 81) 144.

¹¹² Bernard-Maugiron ‘State Powers and Constitution’ (n 13) 124.

2012 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinde ordu ile ilgili şu ifadeler yer verilmiştir: "Defending the homeland is an honour and an obligation. Our armed forces are a neutral, professional national institution that does not interfere in the political process. It is the country's defensive shield". 2014 Anayasası, 2012 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinde belirtilen ordunun siyasal sistem içindeki rolü ve yerine dair önemli ifadeleri kaldırarak yine ordu lehine bir adım atmıştır. Sonuç olarak, sivillerin, Mısır siyasal sahnesinde oldukça önemli bir rol oynamış orduyu siyasal alandan hiç değilse normatif düzeyde uzakta tutma çabası boşa çıkarılmıştır. Diğer taraftan da 2012 Anayasası'nda orduya birçok ayrıcalık ve imtiyaz verildiği gerçeği de unutulmamalıdır.

2019 değişiklikleri ile silahlı kuvvetlerin rolü genişletilmiştir. Silahlı kuvvetler, temel hak ve özgürlüklerin, demokrasinin ve devletin koruyucusu ve idame ettiricisi rolüne yükseltilmiştir¹¹³. Ayrıca, askeri mahkemelerin yargı yetkisi, 2012 Anayasası'ndaki "doğrudan saldırı" yerine "herhangi bir saldırı" ifadesinin yerleştirilmesiyle genişletilmiştir¹¹⁴.

IV. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Arap Baharı sonrası 2012 ve 2014 Mısır Anayasaları, önceki 1971 Anayasası ile karşılaştırıldığında temel hak ve hürriyetlerin düzenleniş bakımından çok daha ileri güvenceler taşımıştır. Bu anayasalarda temel hak ve hürriyetler, kelime sayıları itibarıyla daha yoğun bir şekilde düzenlenmiş ve daha çok sayıda temel hak ve hürriyet tanınmıştır. Bu şekli gelişmeler yanında, temel hak ve hürriyetler maddi anlamda da kısmen güçlendirilmişlerdir.

A. Medeni ve Siyasi Haklar

Otoriter rejimlerde uygulamada sıklıkla ihlal edilen hakların başında, medeni ve siyasal haklar gelmektedir. Bu rejimler, halk arasındaki hoşnutsuzluğun görünür olmaması ve bunun artmaması amacıyla toplanma ve gösteri yürüyüşü hürriyetini ve örgütlenme hürriyetini sınırlandırma eğiliminde olmuşlardır. Dahası baskılanan diğer bir hürriyet, yolsuzluk ve haksızlıkların ortaya çıkmasını ve yayılmasını engellemek amacıyla ifade hürriyetidir. Medeni ve siyasi haklar ile ilgili kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, toplanma ve örgütlenme hürriyeti, ifade hürriyeti ve basın hürriyeti, Arap Baharı sürecinin getirdiği ruh ve talepler ile irtibatlı bir şekilde 1971 Anayasası ile karşılaştırıldığında daha güvenli bir şekilde düzenlenmiştir.

B. Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Haklar

Arap Baharı nedenleri (sosyal adalet talebi, vs.) ile irtibatlı bir şekilde Anayasalarda sosyal, ekonomik ve kültürel haklar, daha çok ve daha ileri bir düzeyde ta-

¹¹³ Amnesty International, 'Egypt: Parliament Should Reject Proposed Constitutional Amendments' (8 April 2019) 3, <https://www.amnesty.org/en/documents/mde12/0147/2019/en/> Date of Access 14.06.2022

¹¹⁴ ibid 1.



nınmıştır. 2014 Mısır Anayasası'nda, 2012 Anayasası'nda düzenlenen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların benimsenmesinin yanı sıra, yeni haklar tanınmış ve daha ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. Ancak bu hakların çoğu önemli ve belirli bir etkiden yoksundur¹¹⁵. Nitekim 2014 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen 8 yıldaki uygulama, bu görüşü destekler niteliktedir.

2012 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklara, medeni ve siyasi hakları düzenleyen ikinci bölümden sonra ayrı bir bölüm (III) olarak yer verilmiştir. Bu bölümde, 1971 Anayasası'nda tanınan sosyal ve ekonomik haklar benimsenmekle¹¹⁶ birlikte ek olarak yeni tanınan sosyal, ekonomik ve kültürel haklar yer almıştır. 2012 Anayasası *yeni ekonomik hak ve hürriyetler* açısından; tarımın korunması (m. 15), kırsal bölgelerin ve çöllerin geliştirilmesi (m. 16), sanayinin korunması (m. 17), doğal kaynakların geliştirilmesi ve korunması (m. 18), Nil Nehri ve su kaynaklarının korunması (m. 19), sahil, deniz ve su yollarının korunması (m. 20), bütün mülkiyetlerin korunması (m. 21), kooperatiflerin desteklenmesi ve bağımsızlıklarının garanti edilmesi (m. 23), hayır kurumları sisteminin canlandırılması ve teşvik edilmesi (m. 25) düzenlenmiştir. *Sosyal hak ve hürriyetler* açısından, 2012 Anayasası'na göre devlet, sosyal adaleti gerçekleştirmeyi ve bütün vatandaşların düzgün bir hayat yaşamasını sağlamak için sosyal dayanışmayı temin edecek araçları sağlamayı taahhüt eder (m. 8). Ayrıca, grev hakkı¹¹⁷ (m. 64), sosyal güvenlik hakkı (m. 66), çiftçi, tarım işçisi ve gündelik işçilere yeterli bir aylık bağlanması (m. 67), yeterli konut, temiz su ve sağlıklı gıda hakkı (m. 68), spor yapma hakkı (m. 69), çocukların hakları¹¹⁸ (m. 70), çocukların ve gençlerin korunması ve maddi/manevi gelişimlerinin desteklenmesi¹¹⁹ (m. 71), engellilerin desteklenmesi (m. 72), bütün baskı, sömürü ve fuhuş formlarının yasaklanması (m. 73) gibi düzenlemelere de yer verilmiştir. 2012 Anayasası'nda yeni *kültürel haklar* ile ilgili olarak milletin kültürel mirasının korunması ve devletin kültürel

¹¹⁵ Michael Meyer-Resende, 'Egypt: In-Depth Analysis of the Main Elements of the New Constitution' (Directorate-General For External Policies of The Union, 2014) 12, 13, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/433846/EXPO-AFET_NT\(2014\)433846_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/433846/EXPO-AFET_NT(2014)433846_EN.pdf) Date of Access 18.10.2022.

¹¹⁶ 1971 Anayasası'nda da tanınan, ancak yeniden düzenlenen haklar şunlardır: Eğitim hakkı (m. 58), akademik hürriyet (m. 59), okuma yazma bilmemezlikle mücadele (m. 61), sağlık hakkı (m. 62), çalışma hakkı (m. 64), sendika hakkı (m. 53), şehitlik (m. 65), işsiz, yaşlı ve sakatların desteklenmesi hakkı (m. 66).

¹¹⁷ Barışçıl grev hakkı ilk kez 2012 Mısır Anayasası'nın 64'üncü maddesinde tanınmıştır. 2014 Anayasası'nda ise bu hak, 15'inci maddede düzenlenmiştir.

¹¹⁸ Çocukların anayasal hakları 2012 Anayasası'nda ayrıntılı bir şekilde tanınmıştır. Buna göre bütün çocuklar, güzel isim (*proper name*) hakkı, aile bakımı, temel beslenme, barınma, sağlık hizmetleri, dini, duygusal ve bilişsel gelişim hakkına sahiptir (m. 70/1). Devlet, ailesini kaybeden çocuklara bakmayı ve onları korumayı taahhüt eder; ayrıca engelli çocukların haklarını, rehabilitasyonlarını ve toplumla bütünleşmelerini garanti eder (m.70/2). Zorunlu eğitim öncesi çocuk işçiliği yasaklanmıştır (m. 70/3). Son olarak, çocukların suç soruşturma ve kovuşturmalarına ilişkin ayrı hükümler düzenlenmiştir (m. 70/4).

¹¹⁹ Gençlerin siyasal katılım ile ilgilenmelerinin teşvik edilmesi öngörülmüştür (m. 71).

hizmetleri gerçekleştirmeye çalışması (m. 46) düzenlenmiştir.

2014 Mısır Anayasası, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından, öncelikle 2012 Anayasası'nda düzenlenenleri benimsemiştir. Ayrıca, yeni haklar düzenlemiş ve daha ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. 2014 Anayasası'nda, ekonomik haklar açısından balıkçılığın korunması (m. 30) düzenlenmiştir. İş hayatı ile ilgili iş ilişkilerinde işçilere yeni haklar verilmiştir (m. 13). Bilgi alanının güvenliğinin korunması, ekonomi ve güvenlik sisteminin bir parçası görülerek düzenlenmiştir (m. 31). 2012 Anayasası'nda tanınan konut hakkı, 2014 Anayasası'nda iki farklı maddede yeniden düzenlenmiştir (m. 41, 78). Süveyş Kanalı'nın korunması ve geliştirilmesi de 2014 Anayasası ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur (m. 43). Çocukların hakları yeniden ele alınmıştır. 2014 Anayasası'na göre, çocuğun uygun/güzel isim hakkı, salt isim hakkı olarak değiştirilmiştir (m. 80/1). Ayrıca, 18 yaşına ulaşmayanların çocuk kabul edileceği ve yeni bir hak olarak zorunlu aşılarla ücretsiz sahip olma hakkı (m. 80/1) ve her çocuğun altı yaşına kadar bir çocukluk merkezinde erken eğitim alma hakkının bulunduğu düzenlenmiştir (m. 80/4). 2014 Anayasası'nda kültür hakkı ayrıntılandırılmıştır. 2012'deki "milletin kültürel mirası" ifadesi yerine "Mısır'ın Firavun, Kıpti, İslam ve modern dönemlerinin her türlü maddi ve manevi medeniyet ve kültürel mirasları" olarak değiştirilmiştir (m. 50).

C. Üçüncü Kuşak Haklar

Arap Baharı öncesinde üçüncü kuşak haklara dair bir düzenleme bulunmazken, Arap Baharı süreci, yeni anayasalarda (2014 Tunus Anayasası, 2011 Fas Anayasası, 2020 Cezayir ve Mısır Anayasaları) bu hakların yeşermesine yol açmıştır.

1971 Anayasası'nda üçüncü kuşak hak olarak sadece çevrenin korunması hakkına (m. 59) yer verilmiştir. 2012 Anayasası'nın 63'üncü maddesinde sağlıklı ve güvenilir bir çevrede yaşama hakkı (m. 63) düzenlenmiştir. 2014 Anayasası'nda ise kolektif haklar geniş bir çerçevede ele alınmıştır. 2014 Anayasası, çevre hakkını (m. 46), sahil, göl, deniz, doğal kaynak ve mineral sularının korunması hakkını (m.45), Nil nehrinin korunmasını (m. 44), Süveyş Kanalı'nın korunmasını (m. 43), Mısır kültür kimliğinin korunmasını (m. 47), anıt ve eski yapıtların korunmasını (m. 49), kültürel mirasın korunmasını (m. 50) düzenlemiştir. Anayasa'da bilgi alanının korunması (m. 31) da yeni bir hak olarak tanınmıştır.

Arap Baharı sonrası yeni anayasal metinlerin genel eğilimlerinden ve özelliklerinden biri de *azınlık haklarının* güçlendirilmesidir. Bu olgu, Arap Baharı protestoları sırasında marjinalleştirilen ve kültürel hakları çiğnenen grupların taleplerinin belirli bir ölçüde de olsa karşılandığını göstermektedir¹²⁰. Mısır'da, ülke nüfusunun neredeyse % 10'unu Hristiyanlar oluşturmaktadır. 2012 Anayasası'nın 3'üncü maddesinde, Hristiyan ve Yahudi hukuklarının, bu inançları takip edenlerin kişisel statü, din işleri ve ruhani liderlerini tayin hususlarında temel kaynak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında, 2012 Anayasası'nda Hristiyan ve Yahudi azın-

¹²⁰ Porras-Gómez, 'The New Arab Bills of Rights' (n 111) 76.



İlklerle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. 2014 Anayasası'nda söz konusu hüküm korunmuştur. Bunun yanında, Hristiyan vatandaşların bazı haklarını teminat altına alan özel hükümlere de yer verilmiştir. 2014 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinde Mısır'ın medeniyet köklerinin farklı karakterlerine referansta bulunulmuştur. Bu referans, Anayasa'nın içinde de kendisine yer bulmuştur. Anayasa'nın 47'inci maddesinde devletin, Mısır kültürel kimliğini, onun çeşitli medeniyet kökleri ile birlikte koruyacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 235'inci maddesine göre, Anayasa yürürlüğe girdikten sonra oluşturulan ilk parlamento, Hristiyanların dini ibadetlerini daha iyi bir şekilde yerine getirebilmelerini sağlamak amacıyla kiliselerini organize etmeyi ve onarmayı öngören bir kanun çıkartmakla yükümlüdür. Ayrıca, 2014 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi sonrası oluşturulan ilk mecliste, Hristiyanların uygun bir şekilde temsil edilmesinin sağlanacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 244). Son olarak, Hristiyanların yerel mecliste uygun bir temsilinin (m. 180) sağlanacağı belirtilmiştir.

D. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi bakımından Arap Baharı anayasaları, 1971 Anayasası'na nazaran daha ileri bir düzenleme getirmiştir. Ancak, 2012 ve 2014 Anayasalarında bu anlamda bir fark bulunmamaktadır.

1971 ve 2012 Anayasalarında genel bir maddî sınırlandırma cümlecği kabul edilebilecek bir düzenleme bulunmuştur¹²¹. Toplum üzerindeki bu maddî sınırlandırma cümlecği, 2014 Anayasası ile kaldırılmıştır. Bununla birlikte, 2014 Anayasası'nda "geri alım ifadesi" potansiyeli olan birçok kanun ile sınırlandırma cümlecği oldukça geniş bir şekilde yer almıştır¹²². Bu hak ve hürriyetlerden birine örnek vermek gerekirse, Anayasa'nın 12'nci maddesinde hiçbir kimsenin çalışmaya zorlanamayacağı düzenlenmiştir; ancak, kanunda belirtilen durumlarda çalışma zorunlu olabilir. Görüldüğü üzere hangi durumlarda zorunlu çalışmanın vuku bulacağı, tamamen parlamentonun iradesine bırakılmıştır. Bu madde gibi 21 maddede temel hak ve hürriyetin sınırlarının kanun ile çizileceği ifade edilmiştir¹²³. Bu tarz bir düzenlemeyle, parlamentoya temel hak ve hürriyetleri düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Söz konusu geniş takdir yetkisi, temel hak ve hürriyetlerin aşırı sınırlandırılmasına neden olabilir.

¹²¹ 2012 Anayasası'nın 11'inci maddesinde, 1971 Mısır Anayasası'nın 12'nci maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde şu hükme yer verilmiştir: "The state safeguards ethics, public morality and public order, a high level of education and of religious and patriotic values, scientific knowledge, Arab culture, and the historical and cultural heritage of the people. The foregoing is in accordance with the law".

¹²² 1971 Anayasası'nda 9 adet olan kanuni sınırlandırma cümlecği, 2014 Anayasası'nda 21'e çıkarılmıştır. Bkz. Antonio-Martín Porras-Gómez 'Limitation Clauses and Constitutional Transformation: The Case of the New Arab Constitutions' (2021) 18 (1) Muslim World Journal of Human Rights 167, 181.

¹²³ ibid.

Parlamentonun geniş takdir yetkisini çevreleyecek bir düzenlemeye “sınırlandırma klozu” başlıklı 2012 Anayasası m. 81/2 ve 2014 Anayasası m. 92/2 maddesinde yer verilmiştir. Anılan düzenlemelere göre göre temel hak ve hürriyetin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler kanun ile yapılmalı ve ilgili hak ve hürriyet “özüne ve temeline dokunmayacak şekilde” (*in such a way as infringes upon their essence and foundation*¹²⁴) sınırlandırılmalıdır. Ayrıca 2012 Anayasası’nın 81’inci maddesinin üçüncü fıkrası temel hak ve hürriyetlerin, Anayasa’nın “devlet ve toplum” bölümünde (m. 8-13) belirttiği öğeler ile uyumlu bir şekilde kullanılacağını ifade etmiştir. 2012 Anayasası, bu açıdan 1971 Anayasası’nın öngördüğü temel haklar üzerindeki maddî sınırlandırmayı devam ettirmiştir. Bir yenilik, temel hakların “özüne ve temeline dokunmama” ilkesinin tanınmasıdır. 2014 Anayasası, “özüne ve temeline dokunmama” ilkesi’ni benimsemekle birlikte, 1971 ve 2012 Anayasası’nın öngördüğü maddî sınırlandırmayı kaldırmıştır. Dolayısıyla 2014 Anayasası’nın, kamu ahlakı, kamu düzeni, dini ve etik değerler yanında tarihi ve kültürel mirasın korunmasına yaptığı vurgu, temel hakların sınırlandırılmasında dikkate alınmayacağından, temel haklar rejimi daha seküler ve modern bir çerçevede yorumlanabilir.

2014 Anayasası’ndaki “özüne ve temeline dokunmama ilkesi”, hakkın özünü tanımlamaya yardım edecek anayasal ilkelerin belirtilmemesi nedeniyle, parlamentoya anayasa mahkemesi hakimlerine belirli bir takdir yetkisi vermektedir¹²⁵. Bu nedenle, Mısır’da temel hakların sınırlandırılmasında bu ölçütün getirilmesi yeterli değildir. Sınırlamanın mümkün olduğu kadar dar, yani “zorunlu” (*necessity*) ve orantılı (*proportional*) olması gerektiği, burada gözardı edilmiştir¹²⁶. Arap Baharı öncesi dönemde “kanun ile düzenlenir” ifadesinin bir geri alım ifadesine dönüştürüldüğü dikkate alındığında, 2012 ve 2014 Anayasalarında temel hakların kötüye kullanılmasını engelleyecek sıkı tedbirlerin alınması gerekirdi. Ancak, alınan bu tedbirlerin yeterli olduğu söylenemez. Diğer taraftan, 2014 Mısır Anayasası üzerinde yeni maddî sınırlandırmalar söz konusudur. Bunların en başında, sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasına izin veren Anayasa’nın 204’üncü maddesi gelmektedir. Bireylerin askeri mahkemelerde yargılanması, hak ve hürriyetlerinin birçoğunun sınırlandırılması anlamına geleceğinden önemli bir maddî sınırlandırma olarak kabul edilmektedir¹²⁷. Bunun yanında, 2014 Anayasası’nın 70, 73 ve 75’inci maddelerinde ilgili temel hak ve hürriyetler üzerinde usuli sı-

¹²⁴ Esra Çetinkaya, Anayasa’nın 92’nci maddesindeki ilgili ifadeyi, “özüne ve ruhuna dokunma” şeklinde çevirmiştir. Esra Çetinkaya (n 42) 615, 643. 2014 Mısır Anayasası’nın arapça asıl metninde “أصلها وجوهرها” ifadesi vardır. Söz konusu ifadedeki “جوهر” (cevher) kelimesi, “öz” olarak çevrilebilir. Ancak “أصل” (asıl) kelimesinin, “köken, kaynak, temel” gibi bir anlamı vardır. Bu nedenle, Anayasa metnindeki ilgili ifade “özü ve temeli” şeklinde çevrilmiştir.

¹²⁵ Abdurrahman Eren Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği (Beta Yayınları, 2004), 100.

¹²⁶ Meyer-Resende (n 116) 12.

¹²⁷ Porras-Gómez, ‘Limitation Clauses’ (n 128) 182.

nırlandırmalar öngörülmüştür. Örneğin, Anayasa'nın 73'üncü maddesine göre vatandaşlar, kanunda gösterildiği şekilde yetkili makamlara *bildirimde* bulunmak suretiyle toplantı ve gösteri düzenleme hakkına sahiptir.

Ancak, Arap Baharı anayasalarının normativite düzeylerindeki yükselmenin pratikte bir etkisinin yaşanması mümkün olmamıştır. Dahası, Mısır'da 2013 yılında gerçekleşen askeri darbe sonrası kamusal hak ve hürriyetlerde bariz bir gerileme yaşanmıştır¹²⁸. 2012 seçimlerinde oyların neredeyse yarısını alan, siyasal ideoloji olarak halkın çoğunluğunu temsil eden Müslüman Kardeşler hareketi, terör örgütü ilan edilmiş, yüzlerce üyesi toplantı ve gösteri hürriyetlerini kullanırken katledilmiş, binlercesi tutuklanmış ve işkencelere maruz kalmıştır. Freedom House'un 2022 yılı derecelendirmesine göre Mısır *özgür olmayan* ülkeler kategorisindedir¹²⁹. Diğer taraftan, sosyal ve ekonomik haklar bir temenniden öteye gidebilmiş değildir. Örneğin, 2014 Mısır Anayasası'nda sağlık harcamalarının gayrisafi millî hasılanın % 3'ünden az olamayacağı hükmü getirilmiştir; ancak, pratikte bu kurala uyulmamıştır¹³⁰.

SONUÇ

Bu araştırma ile Arap Baharı sürecinin önemli bir örneği olan Mısır'da meydana getirilen yeni anayasalar hem Arap Baharı öncesi açısından hem kendi aralarında bir karşılaştırma yapılarak incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Mısır, Arap Baharı sonrası anayasalarında da İslami anayasacılık serüvenini devam ettirmektedir. 2012 Anayasası'nın aksine 2014 Anayasası daha seküler ve liberal bir eğilim taşımasına rağmen Mısır anayasacılığının din ve hukuk arasındaki ilişkisi korunmuştur. Hükümet sistemleri bakımından, 2012 Anayasası, 2014 Anayasası ile kıyaslandığında kuvvetler arasındaki denge ve denetleme, hesap verilebilirlik ve yargı bağımsızlığı açısından daha ileri düzenlemeler getirmiştir. Bu yönüyle 2014 Anayasası, daha az anayasacı güvenceler taşımaktadır. 2014 Anayasası'nın 2012 Anayasası'ndan daha ileri olduğu tek alanın temel hak ve hürriyetler olduğu açıktır. 2014 Anayasası'nda, daha önceki anayasal metinlerin tanıdığı temel hak ve hürriyetlere yer verilmenin yanı sıra daha çok sayıda temel hak ve hürriyet düzenlenmiş ve bunlar maddi olarak da kısmen güçlendirilmiştir. Ancak, temel hak ve hürriyetler alanında anayasal normativite açısından yaşanan bu ilerlemenin, otoriter bağlam nedeniyle pratikte bir etkisi görülmemiştir. 2012 Anayasası'nın yapım sürecinde yerine getirilmesi beklenen katılım, kapsayıcılık ve şeffaflık kriterlerinin büyük ölçüde sağlandığı söylenebilir. Ancak, 2014 Anayasası'nın yapım sürecinde katılım, kapsayıcılık ve şeffaflık kriterlerinin karşılanmaması, 2014 Anayasası'nın meşruiyetini oldukça zedelemiştir. Sisi rejimi sona erdiğinde veya devrildiğinde, Mübarek rejiminde olduğu gibi yapılacak ilk iş, 2014 Anayasası'nı değiştirmek olacaktır.

¹²⁸ Melián, "Public Right and Liberties," 220.

¹²⁹ Freedom House 'Countries and Territories: Global Freedom Scores' <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores> Date of Access 23. 10. 2022.

¹³⁰ Al-Ali *Arab Constitutionalism* (n 22) 216.

KAYNAKÇA

Abdelaal M, 'Religious Constitutionalism in Egypt: A Case Study' (2013) 37 (1) Fletcher Forum of World Affairs 35-51.

Akbulut O, *Anayasal Dinsel Çoğulculuk* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Al-Ali Z, *Arab Constitutionalism: The Coming Revolution* (Cambridge University Press 2021).

Al-Ali Z, 'The new Egyptian constitution: an initial assessment of its merits and flaws' (*Open Democracy*, 26 December 2012) <https://www.opendemocracy.net/en/new-egyptian-constitution-initial-assessment-of-its-merits-and-flaws/> Date of Access 06.10.2022.

Al Hajjaji S A D, 'Government by Judiciary in Islam: Islamic Theory of Government and Mal/Practice of Muslim Governments (Turkey, Saudi Arabia, Egypt and Morocco)' (2018) 48 (2) California Western International Law Journal 283-339.

Al-Monitor, 'Egypt cracks down on blasphemy in wave of arrests' (17 November 2020) <https://www.al-monitor.com/originals/2020/11/egypt-arrests-christians-muslims-insulting-religion.html#ixzz7en0FbLMA> Date of Access 13.09.2022

Al Sayyid M K, 'The Fight over Institutions in Post-Revolution Egypt' (2017) 16 (2), *Égypte/Monde arabe* 59-69.

Arjomand Saïd A, "Revolution and Constitution in the Arab World, 2011–12", in Mehran Kamrava (ed), *Beyond the Arab Spring: The Evolving Ruling Bargain in the Middle East* (Oxford University Press, 2014).

Aswad Evelyn M, 'The Role of Religion in Constitutions Emerging from Arab Spring Revolutions' (2015) 16 (1) *Georgetown Journal of International Affairs* 159-169.

Bahlul R, 'Religion, Democracy, and the 'Dawla Madaniyya' of the Arab Spring' (2018) 29 2 *Islam and Christian-Muslim Relations* 1-18.

Bernard-Maugiron N, 'Religious References in the Constitutions of the Arab World: Islamization of the Constitution or Constitutionalization of Religion?' in Anja Schoeller-Schletter, *Constitutional Review in the Middle East and North Africa* (Nomos, 2021).

Bernard-Maugiron N, 'State Powers and Constitution Drafting Processes in Post-Revolutionary Transition in North-Africa' in Senén Florensa (ed), *The Arab Transitions in A Changing World: Building Democracies in Light of International Experiences*, (IEMed 2016).

Biagi F, 'Constitution Drafting After the Arab Spring: A Comparative Overview' (2022) 29 (1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1-57.

Biagi F, ‘The Separation of Powers and Forms of Governments in the MENA Region Following the ‘Arab Spring’: A Break with the Past?’ (2018) (2) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 381-422.

Brown N J., ‘Comparing the Religion-State Divide in the Arab World: Constitutions’ (*Sharia Source at Harvard Law School*, Policy Brief No. 1, April 2017) 9. <https://beta.shariasource.com/documents/2897#page=4> Date of Access 01.09.2022.

Brown N J. and Lombardi C B., ‘Contesting Islamic Constitutionalism after the Arab Spring: Islam in Egypt’s Post-Mubarak Constitutions’, in Rainer Grote and Tilmann Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press 2016).

Cesari J, *The Awakening of Muslim Democracy: Religion, Modernity, and the State* (Cambridge University Press, 2014).

Choudhry S and Stacey R ‘Semi-Presidentialism as Power Sharing: Constitutional reform after the Arab Spring’ (*International IDEA*, Center for Constitutional Transitions at NYU Law, 2014).

Cross E and Sorens J, ‘Arab Spring Constitution making: Polarization, Exclusion, and Constraints’ (2016) 23 (7) *Democratization* 1292-1312.

Çetinkaya E, ‘2014 Mısır Arap Cumhuriyeti Anayasasının Tercümesi ve Genel Değerlendirmesi’ (2017) LXXV İÜHFM - Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal’a Armağan Özel Sayısı 615-668.

Dupret B, ‘The Relationship between Constitutions, Politics and Islam: A Comparative Analysis of the North African Countries’ in Rainer Grote and Tilmann J. Röder (eds), in *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press 2016).

El-Daghili S, ‘Al-Dawlah al-Madaniyah: A Concept to Reconcile Islam and Modern Statehood,’ in Rainer Grote and Tilmann Röder, *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press, 2016).

El-Karadâvi Y, (çev. Hüsametdin Cemal), *İslam’da Devlet Mefhumu* (2. Baskı, Nida Yayınları 2016).

El-Sadany M, ‘Human Rights in the Constitution: A Survey of the Arab Uprisings’ (*Arab Center Washington DC*, 24 May 2017) <https://arabcenterdc.org/resource/human-rights-in-the-constitution-a-survey-of-the-arab-uprisings/> Date of Access 19.10.2022.

Erdoğan A, “Electoral and Constitutional Transitions: Tunisia and Egypt” (Summer 2020) 27 (2) *Middle East Policy* 57-68.

Eren A, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri* (Beta Yayınları, 2004).

Fedtke J, 'Comparative Analysis between the Constitutional Processes in Egypt and Tunisia - Lessons Learnt. Overview of the Constitutional Situation in Libya' (*Directorate-General For External Policies of The Union*, 2014) [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO-AFET_NT\(2014\)433840](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO-AFET_NT(2014)433840) Date of Access 05.10.2022.

Freedom House 'Countries and Territories: Global Freedom Scores' <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores> Date of Access 23. 10. 2022.

Genauer J, 'Comparing Inclusion in Constitution-making in Egypt, Tunisia, and Iraq' (2021) 26 (6) *Journal of North African Studies* 1190-1220

Grote R and R T J., 'Prologue: Constitutional Debates in the Arab Spring' in Rainer Grote and Tilmann J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring* (Oxford University Press, 2016).

Hamad M, 'The Rocky Road to the Second Republic: The Birth and Battles of Egypt's Constitution' in Ergun Özbudun (ed), *Regime Changes and Transitions in Arab Spring Countries* (Küre Yayınları, 2014).

Hamzawy A, 'Legislating Authoritarianism: Egypt's New Era of Repression' (*Carnegie Endowment for International Peace*, 16 March 2017) <https://carnegie-endowment.org/2017/03/16/legislating-authoritarianism-egypt-s-new-era-of-repression-pub-68285> Date of Access 07.10.2022.

Heliotis N, 'A Textual Analysis of Presidential Policy under the 2014 Egyptian Constitution', (2014) 48 (2) *International Lawyer* 127-151.

Human Rights Watch 'Egypt: Constitutional Amendments Entrench Repression' 20 April 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/04/20/egypt-constitutional-amendments-entrench-repression> Date of Access 29.10.2021.

Johnson D E. W., 'Beyond Constituent Assemblies and Referenda: Assessing the Legitimacy of the Arab Spring Constitutions in Egypt and Tunisia' (2015) 50 *Wake Forest Law Review* 1007-1056.

Karčić H, 'Shariah after the Arab Spring?' (2014) 40 (4-5) *Philosophy and Social Criticism* 407-419.

Katbeh A, 'The Civil State (Dawla Madaniya) – A New Political Term?' (*IFAIR*, 24 February 2014) <https://ifair.eu/2014/02/24/the-civil-state-dawla-madaniya-a-new-political-term/> Date of Access 08.09.2022.

Lavi L., 'Egypt's Draft Constitution 2014: Focus On De-Islamization, Expansion Of Military Power' (*The Middle East Media Research Institute*, 10 January 2014) <https://www.memri.org/reports/egypts-draft-constitution-2014-focus-de-islamization-expansion-military-power> Date of Access 13.09.2022.



Lavie L ‘The Constitutionalization of the Civil State: The Self-Definition of Egypt, Tunisia and Yemen Following the Arab Uprisings’ (2021) 12 (4) Religions 1-18.

Lombardi C B. ‘Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future’ (2013) 11 (3) International Journal of Constitutional Law 615-645.

Lombardi C and Brown N J., ‘Islam in Egypt’s New Constitution’ (*Foreign Policy*, 13 December 2012) <https://foreignpolicy.com/2012/12/13/islam-in-egypts-new-constitution/> Date of Access 01.09.2022.

Meyer-Resende M, ‘Egypt: In-Depth Analysis of the Main Elements of the New Constitution’ (*Directorate-General For External Policies of The Union*, 2014) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/433846/EXPO-A-FET_NT\(2014\)433846_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/433846/EXPO-A-FET_NT(2014)433846_EN.pdf) Date of Access 18.10.2022.

Ninet Antoni A and Mark T, *The Arab Spring: An Essay on Revolution and Constitutionalism* (Edward Elgar Publishing 2015).

Özbudun E, ‘Introduction: Transition Theory and the Arab Spring’ in Ergun Özbudun (ed), *Regime Changes and Transitions in Arab Spring Countries* (Küre Yayınları 2014).

Parolin Gianluca P, ‘Drifting Power Relations in the Egyptian Constitution: The 2019 Amendments’ (2020) 44 (3) DPCE Online 3175-3190.

Porras-Gómez A-M, ‘Limitation Clauses and Constitutional Transformation: The Case of the New Arab Constitutions’ (2021) 18 (1) Muslim World Journal of Human Rights 167-191.

Porras-Gómez A-M, ‘The New Arab Bills of Rights: a Study on the Constitutions of Egypt, Morocco and Tunisia’ (2020) 9 (1) Global Journal of Comparative Law 49-86.

Salim A, ‘The Constitutionalism of Sharia in Muslim Societies: Comparing Indonesia, Tunisia and Egypt’ in Adam Possamai, James T. Richardson and Bryan S. Turner, *The Sociology of Shari’a: Case Studies from Around the World* (Springer 2015).

Saral M, ‘Transitional Process and Human Rights Developments in the MENA Region: The Cases of Egypt and Tunisia’ (2021) 20 (2) Gaziantep University Journal of Social Sciences 777-789.

Sartori G, (çev. Ergun Özbudun), *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği* (Yetkin Yayınları, 1997).

Scott R M., *Recasting The Law: Religion and the Nation State in Egyptian Constitution Making* (Cornell University Press 2021)



Sultany N, *Law and Revolution* (Oxford university Press 2017).

Szmolka I, 'Exclusionary and Non-Consensual Transitions versus Inclusive and Consensual Democratizations: The Cases of Egypt and Tunisia' (2015) 37 (1) Arab Studies Quarterly 73-95.

Şankıtı M M (çev. Muhammet Çelik), *İslam Medeniyetinde Anayasa Kriz: Büyük Fitneden Arap Baharına* (Mana Yayınları, 2020).

Tahrir Institute for Middle East Policy 'TIMEP Brief: Egypt's 2019 Constitutional Referendum' 30 April 2019, <https://timep.org/reports-briefings/egypts-2019-constitutional-referendum/> Date of Access 14.06.2022.

Tekin A and Temel Ö, 'Political And Constitutional Developments in Tunisia And Egypt in the aftermath of the Arab Spring' 2019 10 (19) Law and Justice Review 193-239.

Tögel A, *Anayasa Hukuku Açısından Çok Hukuklu Sistem* (Adalet Yayınevi 2016).

Uran Murphy P, *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008).

Vikør Knut S., 'Islamic Law in the Modern World: States, Laws, and Constitutions', in Léon Buskens and Annemarie van Sandwijk (eds.) *Islamic Studies in the Twenty-first Century: Transformations and Continuities* (Amsterdam University Press 2016).

Yazıcı S, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme* (3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2013).

İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN ÇEKİLME SÜRECİNİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: TÜRK HUKUKUNUN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARLA İMTİHANI

*The Considerations Brought to Mind by the Process of Withdrawal from the
Istanbul Convention: The International Treaties as a Scourge on the Turkish Law*

Fethullah BAYRAKTAR*

Özet

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisi, anayasalarda açık hüküm bulunmadığı hallerde üzerinde ittifak sağlanamayan en temel teorik tartışmalardan biridir. Özellikle Türkiye’de, ulusal hukuk ile uluslararası andlaşmaların ilişkisine dair net anayasal düzenlemenin bulunmaması, Türk hukukunun uluslararası andlaşmalarla bakışının ne olduğu hususunda öteden beri tartışmaları beraberinde getirmektedir. “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinden” (İstanbul Sözleşmesi) Türkiye’nin 19 Mart 2021 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı (CK) ile çekilmesi üzerine yapılan tartışmalar, Türkiye’nin uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ilişkinin monist bir yaklaşıma sahip olduğu ön kabulü üzerinden gerçekleşmiştir. Oysaki İstanbul Sözleşmesinden çekilme süreci, Sözleşmenin içeriğinden ziyade, çekilmenin gerçekleşme usulü kapsamında ele alındığında da, Sözleşmeden çekilmenin iç hukuka etkisi bakımından da, Türk hukukunun monist bir yaklaşıma mı düalist bir yaklaşıma mı sahip olduğu tespitinin ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur. Bu çalışmada, İstanbul Sözleşmesinden çekilme örneğinden hareketle, Türk hukukunun uluslararası andlaşmalarla bakışı tespit edilmeye çalışılmış ve Türkiye’deki monizm-düalizm sarkacındaki tartışmalara yeni bir açılım getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Andlaşmalar, Monizm, Düalizm, İstanbul Sözleşmesi, 90. Madde.

Abstract

The relationship between international law and national law is one of the most fundamental theoretical debates on which no consensus can be reached in the absence of clear provisions in the constitutions. Especially in Türkiye, the absence of a clear constitutional arrangement regarding the relationship between national law and international treaties has brought along debates about the perspective of Turkish law on international treaties. Discussions on Türkiye’s withdrawal from “the Council of Europe Convention on preventing and combating of violence against women and domestic violence” (Istanbul Convention) with the Presidential Decision of 19 March 2021, based on pre-approval that Türkiye has a monistic approach to the relationship between international law and national law. However, when the withdrawal process from the Istanbul Convention is handled within the scope of the realization procedure rather than the content of the Convention, and in terms of the effect of withdrawal from the Convention on

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.03.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fethullah.bayraktar@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3977-0726>.

domestic law, it has revealed how important it is to determine whether Turkish law has a monist or dualist approach. In this study, starting from the example of withdrawal from the Istanbul Convention, the perspective of Turkish law on international treaties was tried to be determined and a new perspective was tried to be brought to the discussions on the pendulum of monism-dualism in Türkiye.

Keywords: International Treaties, Monism, Dualism, Istanbul Convention, Article 90.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun da, ulusal hukukların da kural koyucusu Devletlerdir.¹ Aynı iradede neşet etse de bu kuralların hedefi ve muhatabı prensip olarak farklıdır. Ancak, kendiliğinden uygulanabilir kurallar içeren ve ulusal çerçevede uygulanması açısından konu ve muhatabı bulunan uluslararası hukuk normları bakımından tartışma ortaya çıkmaktadır.² Bu kurallar genellikle insan hakları, diplomatik ve konsolosluk ilişkiler ve özel hukuk ilişkilerine dair olan uluslararası hukuk normlarıdır. Uluslararası hukuk bakımından ulusal hukuk normları ikincil düzeyde uygulama imkânı bulurken,³ uluslararası hukuk normları, ulusal düzlemde en üst seviyede uygulanması gereken kurallar bütünü olarak kabul edilmeye başlanmıştır.⁴ Bu iki hukuk kuralları bütününe tek bir hukuk zemini mi oluşturduğu, yoksa farklı iki hukuk düzeni mi oluşturduğunun tespiti, bu kuralların özellikle ulusal düzeyde uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Bu kuralların ulusal çerçevede uygulanmasından devletin kaçınma isteği, ulusal hukuk ile uluslara-

¹ Uluslararası hukukta *jus cogens* istisnası için bkz. Elif Başkaracaoğlu, Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” Emredici Kurallar, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2011)

² Bu konuda doktrinde yer alan tartışmalar üç konsept üzerinden yapılmakta ve self-executing, direct applicability ve direct effect kavramları karıştırılabilmektedir. Burada ifade edilmek istenen, konu ve muhatabı itibarıyla ulusal hukuk ile uluslararası hukukun keşişimidir. Bu üç konsept değildir. Bu yönde bir yaklaşım için bkz. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları (11. Baskı, Beta, 2017) 56. Aksi görüş için bkz., Deniz Tekin Apaydın, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme” (2018) 9 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529, 544 vd.; Murat Poyraz, Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020) 31.

³ Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. Maddesinin 1. Fıkrasının c bendinde “görevi kendisine sunulan uyuşmazlıkları milletlerarası hukuka göre çözmek” olan Divan’ın uygulayacağı kaynaklar arasında “medeni milletlerce kabul edilmiş hukukun genel prensipleri” de yer almaktadır. Yani Divan, medeni milletlerin iç hukuklarında kabul edilmiş olan genel prensiplere ki bu prensipler milletlerarası ilişkilere değinen iç hukuk kuralları değil, daha çok medeni hukuk ve borçlar hukukunda kabul edilmiş olan prensiplerdir, bir andlaşmada veya örf ve adet hukukunda öündeki uyuşmazlığa uygulanacak bir kural bulunmadığı zaman, başvurabilecek ve bunları kıyas yoluyla uygulayabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün ve Elif Başkaracaoğlu, Toluner Milletlerarası Hukuk (2. Bası, Beta Yayınları, 2019) 49 vd.

⁴ Özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinin iç hukuka üstünlüğü tezi, son 30 yılda çokça ileri sürülmüş ve tartışılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu”, in Oya Çiftçi (ed), Türkiye’de İnsan Hakları (TODAİE Yayını 2000) 25-46.

rası hukuk arasındaki ilişkiye dair teorilerin geliştirilmesine sebebiyet vermektedir. Teoride bu yaklaşım farklılıkları, monizm-düalizm olarak adlandırılmaktadır.

Monist ve Düalist yaklaşımların temel ayrıldıkları nokta, devletin uymakla mükellef olduğu kuralların uygulama zemininin tespitindedir. Monist yaklaşım, devletin, oluşumuna katkı verdiği, uymayı taahhüt ettiği kuralları, mekân, muhatap, konu ayrımı yapmaksızın uygulaması gerektiği fikrinden hareket ederken, düalist yaklaşım, devletin uluslararası ilişkilerde uluslararası hukuk kuralları ile bağlı olduğunu, ulusal düzeyde bu normlar ile bağlı olabilmesinin ancak bu yönde bir iradi işlemin mevcudiyetinde mümkün olduğunu kabul etmektedir.⁵ Zira aynı hukuk düzeni oluşturduğu iddiası, tam bir bütünlük içinde ulusal düzeyde tüm hukuk normlarının farklı bir işleme gerek duymaksızın uygulanması imkânını sunarken, farklı hukuk düzeni oluşturdukları tespiti, uluslararası hukuk normlarının ulusal düzeyde uygulanabilmesi bakımından ön koşul olarak iç hukuka aktarım (transformation/re-legislation/asimilation/vollzugsbefehl) usullerine gereksinimi ortaya çıkaracaktır.⁶

Oysaki devlet tarafından uyma ve uygulama iradesinin ortaya konulduğu kuralların ulusal hukuk ya da uluslararası hukuk ayrımı üzerinden farklılaştırılması ve kuralla bağlı olmama arayışına girilmesi mantıklı görülmemektedir. Uluslararası hukuk normları ile bağlanma iradesinin bir devlet tarafından ortaya konulması, o şekilde davranılması gerektiğine ilişkin devletin kanaatinin ve kabulünün olması ile mümkündür.⁷ Sakatlanmış irade ya da baskı ile bir uluslararası hukuk normuna bir devletin uyma yükümlülüğüne sahip olması mümkün değildir.⁸ Dolayısıyla, özgür iradesi ile bir kural ile bağlanma tercihini ortaya koyan devletin, sonrasında o kuralın uygulanmasından kaçınma girişimi anlamlı olmayacaktır. Yani, genel mantık kuralları çerçevesinde, uymayı taahhüt ettiği kuralları salt uluslararası hukuk muvacehesine ya da ulusal çerçeveye sığdırma anlayışı doğrudan anlaşılabilir değildir ve bizi monist yaklaşımın daha tutarlı bir görüş serrettiği kanaatine götürmektedir.⁹ Ancak bu tespit, düalist yaklaşımın genel mantık kuralları ile bağdaşmayan fikirler ürettiği sonucuna götürmemelidir.

Düalist yaklaşımın ortaya çıkmasındaki en büyük gerekçe, devletin, uluslararası ilişkilerde uymakla mükellef olduğu kuralların, ulusal düzlemde de kendini

⁵ Monizm-Düalizm yaklaşımlarının detayı için bkz. Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1973)

⁶ Füsün Arsava, *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Bu Hukukun Millî Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, (AÜ ATAUM Yayınları 1998) 55-56.

⁷ Serap Akipek, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu” (1999) (48) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 16.

⁸ Selcen Erdal, “Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliği”, (2015) 23 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 78.

⁹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier ve Alain Pellet, *Droit international public*, (7. Bası, L.G.D.J. 2002) 90.



sınırlandıracak kural haline dönüşümüne karşı soğuk duruşudur. Ulusal hukuk, devlet ve ulusal toplumun uymakla yükümlü olduğu kurallardır. Uluslararası hukuk ise doğrudan devletlere yöneltilmiş kurallardır. Ulusal çerçevede uymak zorunda olduğu kurallara, uluslararası ilişkiler çerçevesinde uymayı taahhüt ettiği kuralların eklenmesi, devletler bakımından arzu edilen bir durum değildir. Örneğin, uluslararası ilişkilerde bir uluslararası örgüte üye olmak arzusunda olan devletin, üye olabilmenin ön koşulu olan bir insan hakları metnine taraf olması, ulusal düzlemde bu metnin içeriğini uygulamada da aynı isteği duyduğu anlamına gelmemektedir.¹⁰ Dolayısıyla devletler, ulusal çerçevede uymasını gerektirecek kuralları seçmek, hangi uluslararası ilişkiler için taahhüt ettiği kuralları iç hukuk çerçevesinde uygulayacağını farklı bir işlemle tesis etmek istemektedir.

Küreselleşme adıyla ortaya çıkan ulus-üstü normlar¹¹ ve küresel anayasal prensipler¹² ile baskılanmaya çalışılan devletlerin egemenlik yetkilerine, dışta taviz verme zorunda kalan devletlerin, içte sahip çıkma arayışları, düalist yaklaşımın yeniden devletler nezdinde taraf bulmasındaki en temel gerekçedir.¹³ Bir uluslararası andlaşmaya uluslararası camiadan dışlanma kaygısıyla taraf olma zorunluluğunda hisseden devletin, iç hukukunda uygulamama iradesini diri tutma anlayışıdır. Ulusal hukuklardaki uygulamaların genellikle takip edilemediği, aynı zamanda “iç işlerine karışmama yükümlülüğü” çerçevesinde genellikle söz söylenemediği bir zeminde,¹⁴ dışta diğer devletlerle uyumlu bir politika geliştirmeye çalışan devletlerin, içte egemenliği mahfuz tutma çabasıdır.¹⁵

Sonuç olarak, farklı gerekçeler de eklenebilecek olsa da,¹⁶ monist ve düalist yaklaşımların ortaya çıkmasındaki asıl gerekçe ve fark, devletin uluslararası hukuk

¹⁰ Avrupa Konseyine üye olabilmenin ön koşulu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaktır. 1998 yılında yürürlüğe giren 11 No’lu Ek Protokole kadar, AİHS’ye taraf olan tüm devletler AİHM’nin zorunlu yargılama yetkisini kabul etmiş değillerdi. Örneğin Türkiye AİHS’ye 18 Mayıs 1954’te taraf olmasına rağmen, AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini 27 Eylül 1989’da kabul etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Fethullah Bayraktar, “Rusya’nın Avrupa Konseyi Üyelikinden Çıkarılması ya da ‘Militan İnsan Hakları’ Üzerine Bir Değerlendirme” (2022) (68) Adalet Dergisi 133.

¹¹ Işıl Özkan, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk (2. Bası, Oniki Levha Yayınları 2021).

¹² Gökhan Albayrak, “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması” (2014) (133) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 19.

¹³ Akkutay’ın altını çizdiği gibi “ülkemizde olduğu gibi yasama organının, üzerinde hiçbir tasarruf yetkisinin bulunmadığı bir metnin uygulamaya sokulması, her zaman için antlaşmaların ulusal egemenliğe karşı dış güçler tarafından dayatılan zorlamalar olarak algılanmasına neden olabilir”. Ali İbrahim Akkutay, Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007) 52.

¹⁴ BM Şartı m. 2/7: “İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz”.

¹⁵ Sait Güran, “Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa’dadır”, (2000) 16 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 43, 54 vd.

¹⁶ Enver Ankoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Pozitif Hukukundaki Yeri, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2003) 4 vd.

üzerinden ulusal çerçevede sınırlandırılması ya da serbest bırakılmasıdır. Bu ise tamamen devletlerin ve doktrinin, ulusal çerçevedeki “devlet” olgusuna bakışıyla ve algısıyla ilgilidir.¹⁷ Bu ise bir tercihtir ve bu tercihte politika etkili olmaktadır.¹⁸

Uluslararası hukuk kuralları bilhassa uluslararası andlaşmalar ve uluslararası teamül kurallarından oluşmaktadır.¹⁹ Uluslararası hukuk normları arasındaki hiyerarşi itibarıyla, bir andlaşma ile düzenlenen bir konuda öncelikle andlaşmalar uygulama imkânı bulmaktadır.²⁰ Teamül kurallarına ancak hakkında andlaşma hükmü olmayan meselelerde başvurulabilmektedir. Yine teamül kuralı öncelikle tekrar edegelen uygulamaya ve kural oluşturduğuna ilişkin bir inanca yaslanmaktadır.²¹ Uluslararası teamül kuralları ile ulusal hukukun ilişkisi çoğunlukla tartışılmaksızın kabul edilen monist bir yaklaşıma tabidir.²² Türk hukuku bakımından da benzer bir yaklaşımın olduğu genellikle kabul edilmektedir.²³ Ancak kanaatimizce teamül kurallarının iç hukukta kendiliğinden uygulanabilir bir içeriğe sahip olmaması dolayısıyla böylesi bir tespitin pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır.²⁴ Yine de bu

¹⁷ Marjinal ve uç bir tanım olsa da, bu durumu en iyi izah eden egemenlik tanımı Carl Schmitt’e aittir: “Egemen istisna durumuna karar verendir”. Uluslararası hukuk, tam olarak bu istisnaya karar verme yetkisini sınırlandırmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Sibel Yılmaz “İstisna Hali” Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması: Schmitt ve Agamben’in Teorileri Hakkında Bir Çalışma” (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 383.

¹⁸ Ali İbrahim Akkutay (n 13) 17.

¹⁹ Mehmet Emin Büyük, Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2017) 233.

²⁰ Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli (13. Bası Seçkin Yay. 2022) 68.

²¹ Ibid.

²² Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2010) 24;

²³ Abdülkadir Akıl, “Uluslararası Andlaşmaların ve Teamül Kurallarının Türk Hukukunda Uygulanması ve Hiyerarşik Değeri”, (2003) VII (1-2) AÜEHFD 239, 245.

²⁴ Türk hukuku bakımından, teamül kurallarının bir iç hukuk normu olduğu şeklindeki yaklaşım, 1982 Anayasasının 90. Maddesi dışında yer alan ve uluslararası hukuka atıf yapan maddeleri bağlamında izah edilmektedir. Nitekim Anayasanın 15, 16 ve 92. maddelerinde “Milletlerarası hukuk” kavramı yer almış, ayrıca 2. Maddedeki “insan haklarına saygılı” ibaresi ve 42. Maddede yer alan “milletlerarası andlaşma hükümleri” ibaresi ile de uluslararası yükümlülükler atıf yapılmıştır. Bkz. Akıl (n 21) 245 vd. Ancak, bu atıfların teamül kurallarının iç hukukta doğrudan uygulanabilirliğine atıf yaptığı kanaatinde değiliz. Doktrinden farklı olarak, bu atıfların Yürütmenin sahip olduğu dış politikanın tespitindeki mutlak yetkisine ilişkin bir sınırlandırmadan ibaret olduğu kanaatindeyiz. Nitekim uluslararası hukuka aykırı tutum ve eylemler uluslararası sorumluluk doğuracaktır. Genel olarak Yürütmenin tespit ederek sürdürdüğü dış politika dolayısıyla ortaya çıkabilecek uluslararası sorumluluk devlet tarafından üstlenilecektir. Ancak anayasa koyucu, bu sorumluluğun ortaya çıkmasına ilişkin bazı konularda ön alıcı bir şekilde sınırlandırmalar öngörmektedir. 15. Madde de olağanüstü hal ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler Yürütmeye hatırlatılmış, 16. Madde de ise yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin ancak milletlerarası hukuka uygun şekilde ve mütekabiliyete uygun olarak sınırlandırılabilmesine vurgu yapılmıştır. Her iki madde de vurgu yapılan, Yürütmenin yapacağı işlemlerde, devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel olacak şekilde bir politikanın



tespitin doğal ve makul gerekçeleri mevcuttur. Bir uluslararası teamül kuralının mevcudiyetini ileri sürmeden, ulusal uygulayıcılar, devletin uygulamalarını esas alarak aynı istikamette karar oluşturabilirler. Yani, uluslararası teamül kuralları, ortaya çıkma şekli itibarıyla, uygulama alanı bulduğu her konuda ve meselede ulusal teamül hukuku olarak değerlendirilebilecek ve kullanılabilecektir. Dolayısıyla hakkında tartışma bulunmayan uluslararası teamül kuralları ile ulusal hukuk ilişkisi bu çalışmada incelenmemiştir.

Yine, uluslararası hukuk normlarının ulusal düzeydeki normlarla hiyerarşik ilişkisi bahsi diğerdir. Her ne kadar doktrinde sıklıkla tartışılrsa da,²⁵ düalist bir anlayışa sahip Türk hukukunda bu konuda zaten mevcut anayasa hükümleri itibarıyla bir açıklık bulunduğu²⁶ ve bu tartışmaların özü itibarıyla monist yaklaşıma sahip ulusal hukuk düzenleri için geçerli bir tartışma olduğundan bahisle²⁷ bu çalışmada hiyerarşik ilişkinin niteliği de tartışılmamıştır. Çalışmada Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla Türk hukuku arasındaki ilişkiye odaklanılmıştır.

Antlaşmalar, uluslararası hukukun en temel kaynağı olarak kabul edilen, “Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan milletlerarası mutabakat”²⁸ anlamına gelmektedir. Yine, ismi ve içeriği ne olursa olsun, devletler arasında akdedilmiş her yazılı mutabakat, antlaşma olarak kabul edilmekte ve 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesine (VAHS) tabi

izlenmesi gerekliliğidir. 42. Madde de ise Lozan Barış Antlaşmasına ilişkin bir atıf yer almaktadır. 92. Madde de ise, savaş ilanına karar vermede Yürütme ve Yasamaya hitaben konulmuş bir sınırlandırmadan bahsedilebilir. Nitekim devletin savaş ilanına karar vermesi ve gerçekleştirmesi sonucu oluşacak uluslararası sorumluluk, uluslararası hukukun belki de en ağır sorumluluğudur. Burada anayasa koyucu, uluslararası hukuka uygun hareket edilmesini arzu etmiş ve asli yetkiyi öncelikle Yasama organına vermiş, karar vermede ise hem Yasama erkini hem de Yürütme erkini sınırlandıracak bir çerçeve sunmuştur. Bu atıflar, ne doğrudan uluslararası teamül kurallarına, ne de uluslararası andlaşmalara yapılan ve iç hukukun parçası olduğuna yönelik bir atıftır. Dış politikanın tespitinde Yürütmenin sahip olduğu yetkinin sınırları ve istisnalarıdır. 2. Madde de bahsi geçen “insan haklarına saygılı” devlet ibaresi de uluslararası hukuka bir gönderme değildir. Bu tarif, devletin niteliğine ilişkindir ve tıpkı aynı madde de sayılan diğer devletin niteliklerinde olduğu gibi, ne uluslararası hukukun tanımlamalarından ne de içeriğinden bahsedilmektedir. Nasıl ki, sosyal devlet niteliğini uluslararası hukuk bakımından değerlendiremeyiz, insan haklarına saygılı devlet tabirini de doğrudan uluslararası hukuk bağlamında değerlendirmemek gereklidir.

²⁵ Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşe, 2014, s.65-86; Mustafa Çolaker, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2009) 17 vd.

²⁶ Kemal Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine” (2004) 24 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan) 280.

²⁷ Murat Poyraz, Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020) 17 vd.

²⁸ VAHS, m. 2.

olmaktadır.²⁹ Yani, antlaşmanın adının Sözleşme (Convention), Protokol (Protocol), Misak (Pact), ya da Şart (Charter) olması, antlaşma niteliğini değiştirmemekte, içeriğinin ise ekonomik, güvenlik, ikili ilişkiler ya da insan hakları olması, antlaşmanın VAHS'a tabi olmasını engellemektedir.³⁰

Uygulanabilir bir uluslararası hukuk normu olarak andlaşmaların hukuk âleminde var olabilmesi için üç aşamalı bir süreçten geçmesi gerekir. İlk olarak andlaşma taslak metni oluşturulur, müzakereler yapılır ve metin kabul edilir (adoption). Daha sonra ise kabul edilen andlaşma metninin kesinlik kazanması sağlanır (authentication). Metnin kesinleşmesi, imza ya da paraf ile olur. İkinci süreç andlaşmaların bağlayıcılık kazanmasıdır. Bu süreçte devletler çeşitli usullerle andlaşmalara bağlanma rızasını açıklayacaktır (expressing consent to be bound by a treaty). Bu usuller imza (signature), bir antlaşma teşkil eden belgelerin teatisi (exchange or deposit of instruments), onay (ratification), kabul (acceptance), tasvip (approval), katılma (accession) veya üzerinde mutabık kalındıysa diğer herhangi bir şekilde bağlanma rızasının açıklanması olarak ifade edilebilir. Üçüncü süreç ise andlaşmaların hüküm doğurmasıdır (entry into force). Bir andlaşma, kendisinin öngördüğü veya görüşmecî Devletlerin mutabık kalabilecekleri tarzda ve tarihte yürürlüğe girer. Böyle bir hüküm veya mutabakat yoksa andlaşma bütün görüşmecî Devletler için andlaşma ile bağlanma rızası tespit edilir edilmez yürürlüğe girer.³¹ İkili andlaşmalarda genellikle andlaşmaların yürürlüğe girmesi için bağlanma rızalarını açıklayan belgelerin teatisi, çok taraflı andlaşmalarda ise bir yere depo edilmesi zorunluluğu öngörülmekte ve bunun gerçekleşmesi ile ancak andlaşmanın yürürlüğe gireceği kabul edilmektedir.³² Dolayısıyla, bir uluslararası hukuk normu olarak andlaşmaların hukuk âleminde varabilmesi için, aksi öngörülmedikçe, bağlanma rızasının mevcudiyetinin tespit edilmesi prensip olarak yeterlidir. Andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi ya da şekli taraf devletlerce farklı olarak öngörülmüş olduğu durumlarda, bağlanma rızasının uygun usullerle açıklandığı andlaşma sadece uygulanamayacaktır, ancak mevcudiyetinde şüphe yoktur.

Mevcut 1982 tarihli Anayasa'da, ulusal hukukun uluslararası andlaşmalar ile ilişkisine dair net düzenlemenin bulunmaması, Türk hukukunun uluslararası and-

²⁹ Bu tabi olma durumu, her andlaşmanın muhakkak yükümlülük doğurması anlamına gelmemektedir. Yine, her ne kadar Türkiye VAHS'a taraf olmamasına rağmen, çoğunlukla teamül kurallarını kodifiye eden bir Sözleşme olması dolayısıyla, ortaya koyduğu kurallar çerçevesinde Türkiye'yi de bağlayıcı içeriğe sahiptir. Muhammed Enes Bayrak, "Uluslararası Hukukta Bağlayıcılık Meselesi: Mutabakat Muhtırası", (2021) 29 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1623, 1643.

³⁰ Türkiye VAHS'a taraf değildir. Ancak teamül kuralı niteliğinden dolayı, içerdiği birçok hüküm Türkiye bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Fatma Ulutaş, Uluslararası Hukuk Açısından Hukuken Bağlayıcı Olmayan Anlaşmalar (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022) 31.

³¹ VAHS m. 24.

³² Anıl Çetinkaya, Uluslararası Antlaşmaların Yapılışı ve Geçersizliği, (AYBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018) 55 vd.



laşmalara bakışının ne olduğu hususunda öteden beri tartışmaları beraberinde getirmektedir.³³ Kimi zaman salt teorik bulunarak, uygulamada farklı sonuçlara yol açmayacağı gerekçesiyle önemsenmeyen,³⁴ kimi zaman ise uluslararası hukukun uygulayıcılarının çoğu kez ulusal otoriteler ve mahkemeler olduğu tespitinden hareketle karmaşılaştırılan bir konu olagelmıştır.³⁵

Türk hukukunun uluslararası andlaşmalara bakış açısı, öncelikle anayasa ve diğer hukuk normlarının sonrasında ise uygulamanın incelenmesi ile tespit edilebilir. Bu hususta ilk olarak 2017 yılında anayasada yapılan değişikliklerin uygulamaya geçtiği 2018 yılı öncesi ile sonrası ayrı ayrı ele alınmış, daha sonra ise İstanbul Sözleşmesinden çekilme kararı sonrasındaki tartışmaları doğru zemine oturtacak değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. 1982 ANAYASASINA GÖRE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN TÜRK HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

Türkiye bakımından uluslararası andlaşmalar ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin tespitinde yol gösterici olan hükümler, Anayasanın 90. Maddesi ile 104. maddeleridir. Türkiye'nin tercih ettiği andlaşma ile bağlanma iradesini açıklama ve uluslararası hukuk düzleminde bir andlaşmanın var olmasına ilişkin tercih ettiği usul, Anayasanın 104. Maddesinde ifade edildiği üzere, “onay” usulüdür. Uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasındaki ilişkiye dair doktrinde en çok tartışılan ve yol gösterici olduğu ifade edilen hüküm ise, Anayasanın 90. Maddesinin 5. Fıkrasıdır. Bu fıkra anayasa koyucu “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” demektedir. Genel olarak bu ifade, andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki konumunu, dolayısıyla da monist yaklaşımı destekleyen bir tespit olarak değerlendirilmiş olsa da,³⁶ andlaşmaların ayrı bir hukuk düzeninin kuralları olduğu ve bunların aktarım yolu ile ulusal hukukun bir parçası haline getirilebileceğini, yani düalist bir yoruma kapı araladığı ifade edilebilir.³⁷

İlk olarak, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” ifadesi, bu hüküm öncesi anayasanın 90. Maddesindeki fıkralarda düzenlenen andlaşmanın onay sürecine ilişkin usul kurallarına atıf yaparak, bu onay süreci kurallarına uygun şekilde uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe konulmuş andlaşmaların kanun hükmünde olacağı şeklinde anlaşılmakta ve buradan hareketle, Türkiye'nin mo-

³³ Doktrindeki farklı görüşlerin özeti için bkz. Ali İbrahim Akkutay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri” (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415 vd.

³⁴ Toluner (n 5) 595.

³⁵ Tekin Apaydın (n 2) 530.

³⁶ Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi” (2000) 17 Anayasa Yargısı Dergisi 174, 177.

³⁷ Acer ve Kaya (n 21) 39.

nist bir yaklaşıma sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.³⁸ Bu yorumu ileri süren doktrinin yanıldığı husus, uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe giren bir andlaşmanın yürürlüğünün ulusal hukuk bakımından uyulması gereken usul ile ilgilenmemesidir. Zira ulusal usul işlemleri sakat olsa bile, ihlalin aşikâr ve iç hukukun temel önemi haiz bir normu ile ilgili olmadığı hallerde,³⁹ bir uluslararası andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılığına halel gelmemektedir. Bu hususa ilişkin 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 46. Maddesi açıktır: “*Bir Devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz*”. Bu hükümden hareketle, uluslararası hukuk düzleminde uluslararası antlaşmanın geçerliliği, uluslararası hukuk açısından gerekli prosedürlerin yerine getirilip getirilmemesi ile ilgili olup, iç hukuktaki usullerin ne ölçüde gerçekleştiği ile ilgilenmemektedir. Bu sebeptendir ki, yine aynı Sözleşmenin 27. Maddesi: “*Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz*” hükmünü havidir.⁴⁰ Bu durumda uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girmiş ve Türkiye’yi bağlayan bir andlaşmanın, ulusal usule uygun olmaması dolayısıyla kanun değeri kazanamayacağı sonucuna ulaşmamız gerekir ki, bu durum bile başlı başına Türkiye’nin ulusal hukuk normları ile uluslararası hukuk normları arasında bir farklılaşma olabileceğine delalet eder.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş” ibaresinden anlaşılabilecek olan, uluslararası hukuk bakımından andlaşmanın yürürlüğe girmesi açısından usulün denetiminin yapılması da değildir. Zira andlaşmalarla bağlanma iradesinin açıklanması usulü usuldür, uluslararası hukuk bakımından andlaşmanın yürürlüğe girişi ise uluslararası hukuk konusudur ve ulusal hukuk buna müdahale edememektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girişi, aksi bir tespit metinde bulunmadıkça, ulusal hukuk bakımından andlaşma ile bağlanma rızasının açıklandığı andır ki bu usul Anayasada “onay” olarak tespit edilmiştir. Zaten, Tekin Apaydın’ın da isabetle belirttiği gibi: “*bir uluslararası andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından öngörülen prosedürel işlemlerinin uygun bir şekilde tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti ulusal hukukun konusu değildir*”.⁴¹

Öte yandan, bir andlaşmanın ulusal hukuk bakımından yürürlükte olabilmesine ilişkin ancak uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girmesi koşuluna bağlan-

³⁸ Bkz. Sur (n 2) 56. Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması adlı paneldeki sunumu”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 38, 46.

³⁹ Fatma Betül Korkmaz, Uluslararası Andlaşmaların Sona Erdirilmesi ve Yürürlüğünün Askıya Alınması veya Çekilme (Adalet Yayınları 2020) 50 vd.

⁴⁰ Erdal (n 8) 77.

⁴¹ Tekin Apaydın (n 2) 539.



miş olduğu iddiası, özellikle ulusal uygulayıcıların bunu takip etmesini zorunlu kılacağı için yerinde bir yaklaşım değildir. Nitekim kimi andlaşmalar bakımından Türkiye gerekli tüm işlemleri yapmış olsa da, uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girmemiş olabilmekte, uygulayıcılara bu andlaşmaların yürürlüğe giriş tarihini takip etme ve ancak sonrasında hüküm ifade ettiğine ilişkin karar alabilme yükümlülüğü yüklemeye, ulusal hukukların somut ve öngörülebilir olma niteliğine uymamaktadır. Ayrıca böylesi bir yaklaşımın hukukun temel prensibi olan hukuki güvenlik ilkesi⁴² ile uyuşmadığı açıktır. Ulusal uygulayıcılar ancak resmi gazetede yer alan kanun hükmündeki bir normu uygulama yükümlülüğündedir ve bu uygulama yükümlülüğü aksi öngörülmemiş ise resmi gazetede yayınlandığı günden itibaren başlayacaktır. Uygulayıcıların bir iç hukuk normunun uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe giriş tarihi ile ilgilenmemeleri gereklidir. Mesela, Türkiye, İstanbul Sözleşmesini 11 Mayıs 2011’de imzalamış, TBMM’nin 24 Kasım 2011’de uygun bulması üzerine, 10 Şubat 2012’de Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylamış ve 8 Mart 2012’de Cumhurbaşkanı’nın Resmi Gazete’de yayımlanması ve onay belgesinin 14 Mart 2012’de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletilmesi ile taraf olmuştur. Ancak İstanbul Sözleşmesi, Sözleşmenin öngördüğü onuncu onaylamayı takip eden 3 ayın sonrasındaki ayın ilk günü yürürlüğe gireceği için, Andorra tarafından 22 Nisan 2014’te 10. onaylanmasının ardından, 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda, İstanbul Sözleşmesi, Türk iç hukuku bakımından, onaya ilişkin kararın yayınlandığı 8 Mart 2012’de mi, onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletildiği 14 Mart 2012’de mi, yoksa andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girdiği 1 Ağustos 2014’de mi yürürlüğe girmiştir? Sonuç olarak, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” ibaresinden anlaşılabilecek olan, uluslararası hukuk bakımından andlaşmanın yürürlüğe girmesi açısından usulün denetimi de değildir. Dolayısıyla, uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe giriş anını, ulusal hukuk bakımından kanun hükmü kazanması için yeterli bir husus olarak anayasa koyucu öngörmüş olsaydı, “usulüne göre” ibaresini tercih etmez; “yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesini tercih ederdi.

Ayrıca, anayasanın 90. Maddesinin 5. Fıkrasına 2004 yılında eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” hükmü, Türkiye’nin monist yaklaşıma sahip olduğu iddiası için bir delil olarak kullanılmaktadır.⁴³ Zira Düalist yaklaşımda uluslararası hukuk ile ulusal hukuk eşit, bağımsız

⁴² Mehpere Çaptuğ, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi” (2021) (17) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 133 vd.

⁴³ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 782 – 818, 789.

ve ayrı iki sistem oluşturduğu için, bu iki hukuk düzenine ait kurallar arasında bir hiyerarşiden bahsedilemez.⁴⁴ Oysa anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanunlara üstünlüğünden bahsedilmekte,⁴⁵ dolayısıyla monist bir yaklaşım benimsenmektedir, denilmektedir.⁴⁶ Kanaatimizce, ulusal hukuk normları arasındaki hiyerarşiyi ilgilendiren bu ek cümle,⁴⁷ yeni bir fıkra halinde değil, 5. Fıkranın devamı olarak eklendiği için ve yine “usulüne göre yürürlüğe konma” koşuluna bağlandığı için, iç hukuka aktarılmış ve artık ulusal bir norm haline gelmiş andlaşmaların iç hukukun normlar piramidindeki konumuna ilişkin bir anlam ifade etmekten başka bir içeriğe sahip değildir. Dolayısıyla bu ek cümle Türkiye’nin düalist yaklaşımına ilişkin bir değişiklik içermemektedir. Hatta 2004 yılında yapılan bu değişiklik, dönemsel olarak Avrupa Birliği ile yakın ilişki geliştirilen ve üye olma iddiası taşıyan bir dönemde, Avrupa Birliği Hukukuna adaptasyon bakımından anayasal engeli kaldırmadığı, yani monist yaklaşıma geçiş bakımından eksik olduğu iddiasıyla eleştirilmiştir.⁴⁸

Dolayısıyla “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” ifadesi, iç hukuk bakımından andlaşma hükümlerinin ancak aktarım sonucu hüküm ifade edebileceği, buna göre bir usulün takip edilmesi gerektiğine yapılan bir vurgudur. Nitekim “Türk hukuk düzeninin milletlerarası hukuka açıklığını”⁴⁹ tartışan Hacı Can, “*milletlerarası alanda akdedilen andlaşmaların doğrudan Türk hukuk düzeninde geçerlilik kazanması, yalnızca Anayasanın 90. maddesini aşan bir uygulama olarak kalmaz; aynı zamanda Anayasanın egemenlik anlayışının delinmesine de yol açar*”⁵⁰ tespitiinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, Türk hukuku, uluslararası andlaşmalarla ulusal

⁴⁴ Işıl Özkan, “Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri” (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2127, 2129.

⁴⁵ Hüseyin Pazarıcı, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması adlı paneldeki sunumu”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 156, 159.

⁴⁶ Mehmet Altundış, “Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?” (2006) 1 (2) Yasama Dergisi 75, 77.

⁴⁷ Faruk Bilir, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri» (2005) 13 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 83. Rona Aybay’a göre, eklenen bu cümle, normlar hiyerarşisini ilgilendirmemekte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaları kanunun üstünde bir yere konulamamaktadır. Bkz. Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, (2007) (70) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 187, 212.

⁴⁸ Anayasanın 90. Maddesinin sonuna ilk kez 2001 yılında: “Kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır” cümlesinin eklenmesi önerilmiş, bu önerinin gerekçesi olarak “Bu hüküm Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı sağlanması için gerekli görülmüştür” ifade edilmiş, ancak bu öneri Genel Kurul’da reddedilmiştir. 3 yıl sonra 2004’de mevcut cümle anayasaya eklenebilmiştir. Başlar (n 23) 297.

⁴⁹ Hacı Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı” (2009) (12) Yasama Dergisi 5 vd.

⁵⁰ İbid 16.



hukuk ilişkisinde dūalist bir bakışa sahip olup, bu bakışı uluslararası andlaşmaların iç hukukta hüküm ifade etmesi için öngörmüş olduğu bir usul çerçevesinde aktarma ön koşuluna bağlayarak göstermektedir.

Bu usul, temel olarak anayasanın 104. Maddesinde ifade edilmiştir. Anayasanın 104. Maddesine göre Cumhurbaşkanı: “*Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar*”. Milletlerarası andlaşmaları onaylama yetkisi, uluslararası düzlemde Türkiye’nin andlaşmalara bağlanma rızasını açıklama usulü ve yetkisini ifade ederken, milletlerarası andlaşmaları yayımlama yetkisi, iç hukuka bu normların aktarım usulünü ve bu konuda karar verme yetkisinin cumhurbaşkanına ait olduğunu açıklamaktadır. Yani, Türkiye bakımından bir andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılığını ifade eden usul “onay” iken, iç hukuk bakımından uygulanabilmesini sağlayan usul ise “yayım”dır.⁵¹

Doktrin, anayasanın 104. Maddesinde ifadesini bulan “yayım” kavramının üzerinde durmamıştır. Bu kavram, sanki olağan bir şekilde, nasıl ki kanunlar, kararnameler, kararlar resmi gazetede yayınlanıyorsa, uluslararası andlaşmalar bakımından da böylesi olağan bir anlama sahipmiş gibi değerlendirilmiştir. Oysaki 2017 yılında yapılan değişiklikler öncesi hali ile 104. Maddede yalnızca iki kez cumhurbaşkanının bir metni resmi gazetede yayımlamasından bahsedilmekteydi. İlki “kanunları yayımlamak”, ikincisi ise “milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak” şeklinde ifade edilmişti. Örneğin Bakanlar Kurulunun çıkarmış olduğu kararnamelere ilişkin yalnızca “imzalamak” kelimesi tercih edilmişti ki bu kararnameler ayrıca resmi gazetede yayınlanması gerekli iken, buna ilişkin bir ifadeye gerek duyulmamıştı. Bu durum 2017 değişiklikleri sonrası için de geçerlidir. O halde, anayasa koyucu gerek kanunlar için, gerekse milletlerarası andlaşmalar için yayımlanma kavramını tercih ederek vurgulamasının bir gerekçesinin olması gerekir. Cumhurbaşkanının kanunları yayımlama görevine ilişkin olarak ortaya konulan yaklaşım, bu görev ve yetkinin yasama faaliyetinin bir parçası olarak değerlendirilemeyeceği, ayrıca bir onaylama yetkisi olarak kabul edilemeyeceği şeklindedir. Kanunların yayımlanması, “*bir yandan kanunun varlığını tespit eden hukuki bir işlem, öte yandan da söz konusu kanunun bağlayıcılık kazanması ve yürürlüğe girmesini sağlayan tanıtıcı bir duyuru anlamına gelmektedir*”.⁵² Dolayısıyla, kanunların yayımlanması görevinin 104. Maddede ifade edilmesi, cumhurbaşkanı tarafından bir iç hukuk normu olarak kanunun yürürlüğe girmesini sağlayan bir hukuk işlem olması dolayısıyladır. Paralel şekilde, milletlerarası andlaşmaların yayımlanması görev ve yetkisinin cumhurbaşkanına verilmesinin

⁵¹ “Onaylanan andlaşmanın, onaylayan devletin kendi iç hukukunda yürürlüğe girmesi için de, her devletin kendi iç hukuku tarafından öngörülen “ilân” ve “yayın (publication)” gibi işlemlerin de yapılması gereklidir”. Kemal Gözler, “Uluslararası Antlaşmalar” < <http://www.anayasa.gen.tr/uluslararasi-andlasmalar.pdf> > erişim tarihi 1 Mart 2023.

⁵² Şeref İba, “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısım veya tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise geri Gönderilmesi”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 299-316, 301.

gerekçesi olarak, milletlerarası andlaşmaların bir iç hukuk normu olarak yürürlüğe girmesini sağlayan bir hukuki işlem gerekliliğine vurgu yapılması olarak anlaşılmalıdır. Bu ise, 90. Maddede ifadesini bulan “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” ifadesindeki usulü tanımlayan bir ifadedir ki, bu usul yayımdır.

90. maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan “yayım” kavramı da bu tespiti güçlendirir niteliktedir. Nitekim 2. Fıkroda “yayımlanma ile yürürlüğe konabilir” ve 3. Fıkroda “yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz” ifadeleri, andlaşmaların uluslararası hukuk düzleminde yürürlüğe girişini değil, ulusal hukuk bağlamında hüküm ifade edebilmesi için gerekli usulü düzenlemektedir. Bu tespit, özellikle 3. Fıkroda yer alan “*bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz*” cümlesinde daha da barizdir. Zira Meclisin uygun bulma kanununa ihtiyaç duymayan andlaşmalar ekonomik, ticari, teknik ya da idari olarak sayılmışken, bunlardan iç hukuka etki edebilecek olan ekonomik ve ticari andlaşmalar özellikle vurgulanmış, bunlarda dâhil olmak üzere özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar için ayrıca yayım koşulu öngörülmüştür. Bu kapsamda olmayan andlaşmalar doğrudan cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp onaylanabilecek ve uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe sokulacak, ancak iç hukuka aktarım yapılmayacaktır.

Anayasanın 90. Maddesinin 5. Fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “kanun hükmündedir” ifadesi, 2017 yılındaki değişiklikler öncesi itibarıyla Türk hukukuna uluslararası andlaşmaların aktarım usulünü, anlamlı bir zemine oturtan bir içeriğe de sahiptir.⁵³

Öncelikle, Tekin Apaydın’ın belirttiği gibi: “‘*Kanun hükmünde*’ ifadesi, yasa koyucu için oldukça tanıdık olup, hukukunuzda gayet yerleşmiş bir biçimde var olan ‘*kanun hükmünde kararname*’yi akla getirmektedir. Kanun hükmünde karar-nameler için bu adın seçilmiş olması elbette tesadüfî değildir ve bu normların adı kendilerini tanımlayan bir ifade ile yasalara ve anayasaya konmuştur”.⁵⁴ Her ne kadar bu ifadeler Tekin Apaydın tarafından iç hukukta andlaşmaların hiyerarşik konumunu tespit bakımından kullanılmış olsa da ve yine “önce KHK vardı, andlaşmalar buna benzetildi” şeklinde ifade edilmiş olsa da, kanaatimizce bu tespitler esas olarak iç hukuk bakımından andlaşmaların aktarımında uyulması gereken usule ilişkindir ve anayasa koyucuya göre bu usul kanun hükmünde kararname formülüdür.⁵⁵ Tekin Apaydın’a paralel şekilde ancak tersinden iddia edilebilir hu-

⁵³ Aynı istikamette bkz. Edip F. Çelik, “1961 Anayasasının Milletlerarası Anlaşmalarla İlgili Hükümleri” (1962) 28 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 335, 345. Tam aksi görüş için bkz. Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa Md. 90/Son) Adlı Paneldeki Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Ankara, 2005, s. 38 – 82, 47.

⁵⁴ Tekin Apaydın (n 2) 540.

⁵⁵ Mümtaz Soysal, “Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, (1997) (14) Anayasa Yargısı Dergisi 171, 179. Başlar (n 23) 286.



sus; 1961 Anayasasının anayasa koyucusunun ve 244 Sayılı Kanunun yasa koyucusunun iradesinin tezahür ettiği dönemde hukuk literatürümüzde doğrudan yer almayan bu konseptin, 1971 değişiklikleri ile anayasaya girmesinde uluslararası andlaşmalara ilişkin formülün etkili olduğu savıdır.⁵⁶ 11 Haziran 1963 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 244 Sayılı Kanun, sonradan tarifi yapılacak bir kanun hükmünde kararname formülü benimsemiştir. Buna göre andlaşmalar ancak usulüne göre yürürlüğe konulması durumunda iç hukukta hüküm ifade edecek, bu usul ise kıyasen TBMM'nin çıkarmış olduğu “uygun bulma kanununun” bir “yetki kanunu” olarak kabul edilerek,⁵⁷ Bakanlar Kurulu tarafından bir Kararname çıkarılması ile kanun hükmünde değerlendirilmesine olanak verecek şekilde dizayn edilmiştir.⁵⁸

Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK), 1971 değişiklikleri ile 1961 Anayasasına girmiş ve 64. Maddesinde düzenlenmiş, 2017 tarihinde yapılan değişiklik öncesi 1982 Anayasasında ise 91. Maddesinde düzenlenmiş ve TBMM'ye bir “yetki kanunu” ile Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verilebileceği ifade edilmiştir. Bu yetki ile “kanun hükmünde” düzenleme yapma yetkisi doğrudan Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kullanılabilirdi.⁵⁹ Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasındaki bu hükümleri takip eden ilk maddenin KHK yetkisine ilişkin olmasının da ayrıca manidar olduğunu ifade edebiliriz. 21 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen ve 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri ile Bakanlar Kurulu lağvedilmiş ve yürütme yetkisi cumhurbaşkanına devredilmiş, bu sebeple anayasada yer alan KHK hükümleri de ilga edilmiştir. Yeni anayasal çerçeve itibarıyla, KHK metodunun ortadan kaldırılması dolayısıyla, 90. Maddenin 5. Fıkrasının ilk cümlesine ilişkin, 2018 öncesi döneme dair tespitlerimizin geçerliliğini kaybettiğini söyleyebiliriz. Zira artık ne uygun bulma kanunundan bir yetki kanunu olarak bahsedilebilir, ne de andlaşmaların iç hukukta KHK analojisine imkân veren andlaşmaların kanun kuvvetini kazanması için gerekli bir Bakanlar Kurulu kararnamesi mevcuttur. Bu durum ise, 2018 öncesi andlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik konumuna ilişkin anlamlı analogiyi ortadan kaldırmaktadır.

⁵⁶ Zira gerek 244 Sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasında, gerekse Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisinin verilmesi hususunda yapılan eleştirilerin temelinde 1961 Anayasasının 5. Maddesine aykırı şekilde yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesi yer almaktadır. Bkz. Edip F. Çelik “Andlaşma Yapma Yetkisi” (1965) 31 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 363, 396; Ergun Özbudun, “1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler”, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4839/ergun.pdf>

⁵⁷ Rona Aybay, 1961 Anayasasının 65. Maddesinde ifadesini bulan “onaylamanın uygun bulunması kanununa” yetki kanunu demektedir. Aybay (n 49) 188.

⁵⁸ Bizim de katıldığımız bu görüşü ileri süren Mümtaz Soysal'a göre, 244 Sayılı Kanunun kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde Kanun Hükmünde Kararname yönteminin bulunmaması bu görüşe engel teşkil etmemektedir. Soysal'a göre, bir yetki kanunun olmaması da engel olarak değerlendirilmemelidir. Ancak kanaatimiz, uygun bulma kanununun zimni olarak bir yetki kanunu olarak kabul edilebileceği istikametindedir. Soysal (n 52) 179.

⁵⁹ Fazıl Sağlam, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar” (1984) (1) Anayasa Yargısı Dergisi 261.

Türkiye'nin düalist yaklaşımı benimsediğine ilişkin uygulama bakımından en önemli husus, taraf olunan uluslararası andlaşmaların, gerek yürütme, gerekse yargı erki tarafından bir iç hukuk normu olarak değerlendirilip, bağımsız şekilde o andlaşmalara dayanılmamasıdır.⁶⁰ Bu husus özellikle insan haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı özelinde daha belirgindir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında prensip olarak, Kemal Gözler'in işaret ettiği üzere, karşımıza çıkan *ratio decidendi* iç hukuk normudur, uluslararası andlaşmalar ise *obiter dictum*'dur.⁶¹ Her ne kadar, doktrinde üretilmiş bir kavram olarak, uluslararası andlaşmaların "bağımsız ölçü norm" olarak değil de, "destek ölçü norm" olarak yargı mercilerinde değerlendirildiği ifade edilse de, destek ölçü norm tabirinin içeriği ve uygulanmasına ilişkin örnekler,⁶² uluslararası andlaşmaların *obiter dictum* olarak kararlarda yer aldığını açıkça ifade etmektedir.⁶³

Sonuç olarak, uygulamada bir iç hukuk normu olarak değerlendirilerek bağımsız şekilde başvurulmuş herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Oysaki Türk hukuku monist bir yaklaşımı benimsemiş olsaydı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar artık kanun hükmünde bir iç hukuk normu olarak değerlendirilerek, doğrudan atıf yapıp, kararlara esas teşkil edebilirdi. Türkiye açısından en çok tartışılan ve önemi haiz olan AİHS bile, herhangi bir yargı kararında bağımsız bir ölçü norm, bir kanun hükmünde norm olarak değerlendirilip atıf yapılmamıştır.⁶⁴ O zaman iç hukuk normu haline Türkiye'de dönüştürülmüş bir

⁶⁰ Doktrinde bu cümleye ilişkin ortaya konulabilen tek istisnai durum, Yargıtay'ın 2007 yılında vermiş olduğu Karayoluyla Uluslararası Mal Taşımacılığı Sözleşmesine(CMR) ilişkin karardır. Bu kararda Yargıtay, TTK'nın taşımaya ilişkin hükümleri yerine, daha sonra yürürlüğe giren ve bir iç hukuk kuralı haline gelen, dolayısıyla da öncelikle uygulama imkânı bulunduğu tespitiyle, Türkiye'nin 30 Ekim 1995 tarihinde taraf olduğu CMR Sözleşmesini esas almıştır. Bkz. Y 11. HD E.2005/13676 K.2007/521 T.22.01.2007. Gerekçesi Monist yaklaşımı destekler nitelikte olsa da, bahse konu davanın içeriğinin MÖHUK kapsamında olması dolayısıyla, aslında MÖHUK 1. Madde kapsamında alınmış olması münasebetiyle, bu kararın, yaptığımız tespit ile çelişmediği kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın diğer kararları, bu karardaki tespitinden oldukça farklıdır. Örneğin ILO Sözleşmelerinin iç hukuk bağlamında yerini tartıştığı bir kararda Yargıtay: "uluslararası sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre öncelik ve üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi uluslararası andlaşma hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapıp yapılmadığı ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bağlıdır" demektedir. Bkz. 7. Y 21. HD E.1996/2261 K. 1996/5790. Yani Yargıtay'ın genel tercihi, içinde yabancılik unsuru bulunmayan durumlarda andlaşmaları doğrudan uygulamamak şeklindedir.

⁶¹ Kemal Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?" (2000) 55 (03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 81, 98.

⁶² Hasan Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu" (2000) 17 Anayasa Yargısı Dergisi 363, 379-381; Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri" (2017) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 81.

⁶³ Engin Yıldırım ve Serdar Güler, "Anayasa Mahkemesi kararlarında uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka yapılan atıflar: ampirik bir analiz" (2018) 67 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 123.

⁶⁴ Abdurrahman Eren, "1982 Anayasasının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi" (2004) 8 (3-4) Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 47, 66.



uluslararası andlaşma bulunmamakta mıdır? Bu soruya cevabımız olumludur. Yani hâlihazırda Türk hukukunda bir iç hukuk normu haline dönüştürülerek normlar hiyerarşisinde kanun seviyesinde uygulama imkânı bulabilecek hiçbir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Hukuka Giriş kitaplarında yer alan normlar piramidiinde bahsi geçen uluslararası andlaşmalar çeşidi, sadece teorik bir tespitten ibarettir. Ya da bu konuya ilişkin makale ve monografilerde sıklıkla atıf yapılan Yüksek Yargı mercilerinin kararlarında yapılan tartışmalar, hiçbir zaman bir andlaşmanın doğrudan uygulanması ile sonuçlanmamış, teorik bir tartışmadan ibaret kalmıştır. Çünkü bugüne kadar hiçbir uluslararası andlaşma iç hukuka aktarılmamıştır. Türk hukukunda kabul edilen aktarım usulünün detayları 2018 öncesi için 244 Sayılı Kanun'da yer alan hükümlerde, 2018 sonrası için ise 9 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer almaktadır.

II. 2018 ÖNCESİ İTİBARIYLA ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN TÜRK HUKUKUNA AKTARIM USULÜ

244 Sayılı Kanun'un mülga 3. maddesinin 1. fıkrası: "*Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunlara katılma, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağliyan bir Milletlerarası Andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tesbit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur*", hükmünü içermekteydi. Yani uluslararası antlaşmaları onaylama ve feshetme yetkisi Bakanlar Kuruluna bırakılmaktaydı ve usul olarak "Bakanlar Kurulu Kararnamesi" öngörülmekteydi.

244 Sayılı Kanun'un kabul edildiği dönemde, 1982 Anayasası ile paralel şekilde milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak" görevi 1961 Anayasasının 97. Maddesi kapsamında Cumhurbaşkanına verildiği için, 244 Sayılı Kanun'un 3. Maddesi ile bu yetkinin Bakanlar Kuruluna devredilmesinin anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, doktrinde çokça eleştirilecek⁶⁵ şu kararı kabul etmiştir:

"Gerçekten, Anayasa'nın 97 nci maddesinin ikinci fıkrasında (Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak) yetkileri Cumhurbaşkanına verilmiştir. Ancak, bu madde hükmünü tamamlayan 98 inci maddede de (Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur.) hükmü yer almaktadır. Bu hal; aynı maddenin başında belirtildiği gibi, (Cumhurbaşkanının, görevleriyle ilgili işlemlerinden sorumlu olmaması) nın tabii sonucudur. 244 sayılı Kanun,

⁶⁵ Çelik, Andlaşma Yapma Yetkisi (n 51) 377 vd.

andlaşmaların onaylanması işine bütün Bakanların katılmalarını öngördüğünden bir Bakanlar Kurulu kararnamesi düzenlenecek, bütün imzalar tamamlanınca Cumhurbaşkanının imzasına sunulacaktır. Cumhurbaşkanının bu kararnameyi imzalaması, yapılan andlaşmayı Anayasa'nın 97 nci maddesi gereğince onaylamasından başka bir anlam taşımaz".⁶⁶

AYM kararı, hem anayasaya aykırılık dolayısıyla, hem de uluslararası antlaşmaların onaylanması yetkisini karşı-imza kuralına bağlaması sebebiyle eleştirilmiştir. Nitekim bu husus şöyle izah edilmektedir:

"Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu Kararnamesini imzalaması, bu kararnamedeki iradeyi kendisinin oluşturduğunu göstermez. Milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarının imzalanması, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu kararlarını imzalama yetkisine ilişkindir. Ancak milletlerarası andlaşmaların onaylanması yetkisi, nitelik olarak bu yetkiden farklıdır. Anayasaya göre onaylama iradesi Cumhurbaşkanından çıkmalıdır".⁶⁷

Yukarıda ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu eleştirinin haklı olduğu zaten ortaya çıkmaktadır. Aynı durum 1982 Anayasası itibarıyla da geçerlidir. Zira dönemsel olarak cumhurbaşkanının "yürütme alanına ilişkin" görev ve yetkilerinin sayıldığı 104. Madde kapsamında, hem "milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak", hem de "kararnameleri imzalamak" şeklinde iki farklı görev ifade edilmekteydi. "Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak" münhasıran cumhurbaşkanının karar vereceği ve gerçekleştireceği bir işlem iken, ki bundan önce bir Bakanlar Kurulu Kararnamesine ihtiyaç olsa bile, diğer Bakanlar Kurulu Kararnameleri örneğinde olduğu gibi, hiçbir irade ve inisiyatif kullanmadan önüne gelen Bakanlar Kurulu Kararnamesini, olduğu gibi, irade açıklamaksızın, yeni bir üst formülasyon kullanmaksızın yayımlamak anayasa ile çelişmektedir. Dolayısıyla, uygulamada gerçekleşen usul ile 244 Sayılı Kanun ile öngörülen esas ve usul anayasaya aykırıydı ve hep tartışılmalıdır.

Uygulamada ise, sadece anayasaya aykırı değil, ayrıca 244 Sayılı Kanun'a da aykırı bir pratik ile karşılaşılmaktaydı. Kanunda andlaşmaların onaylanması veya sona erdirilmesi "Bakanlar Kurulu kararnamesi ile olur" denilmekteyken, uygulamada bu yetki Bakanlar Kurulu tarafından bir kararname ile değil, Bakanlar Kurulu Kararı şeklinde gerçekleştirilmekteydi. Örneğin, tartışmaya konu olan İstanbul Sözleşmesinin onaylandığına ilişkin Cumhurbaşkanı imzasıyla Resmi Gazete'de yayınlanan metin şu şekildedir:

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.12.1965 tarih ve E. 1963/311, K. 1965/12 sayılı karar.

⁶⁷ Salih Taşdöğen, Türk Anayasa Hukukunda Karşı-İmza Kuralı, (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2015) 203.

*“11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzalanan ve 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 12/1/2012 tarihli ve HUM/7771842 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 10/2/2012 tarihinde kararlaştırılmıştır”.*⁶⁸

Yani cumhurbaşkanı sadece, Bakanlar Kurulunun İstanbul Sözleşmesini onayladığına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararını yayınlamıştır. Her ne kadar ortak noktası cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp yayınlanması olsa da, Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Bakanlar Kurulu Kararı, kavramsal olarak farklıdır ve hiyerarşik olarak da aralarında fark vardır.⁶⁹ Bakanlar Kurulu Kararnameleri yönetmeliklerin üstünde yer aldığı, Bakanlar Kurulu Kararlarının ise içeriğine göre yönetmeliğe eşit olduğu ifade edilebilir.⁷⁰ Dolayısıyla, 244 Sayılı Kanun’da belirtilen Kararname yerine uygulamada Kararın tercih edilmesinin, 244 sayılı Kanuna aykırılık teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilir.

244 sayılı Kanun, milletlerarası andlaşmanın “kanun kuvvetini” kazanabilmesi için, onaylamaya ilişkin Bakanlar Kurulu Kararnamesinden bağımsız şekilde Bakanlar Kurulu tarafından yürürlük tarihini tespit eden başka bir Kararnamenin çıkarılmasını zorunlu kılmıştı. 244 Sayılı Kanun’un 3. Maddesinin 1. Fıkrası antlaşmaların onaylanması ya da feshedilmesine ilişkin usul kapsamında Bakanlar Kurulu Kararnamesi gerekliliğini vurgularken, 2. Fıkrası aslında Türkiye’nin dünya list yaklaşımı benimsediğine ilişkin en açık hükmü içermekteydi:

“Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği; bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle tesbit olunarak Resmî Gazetede yayınlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yukarıdaki fıkra da söz konusu yürürlük tarihinin tesbitine dair kararnamede belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun kuvvetini kazanır”.

Yani, bir andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılığına ilişkin onay süreci için 3. Maddenin 1. Fıkrasında bir Bakanlar Kurulu kararnamesine ihtiyaç duyulduğu belirtilirken, 2. Fıkrasında, iç hukuk bakımından kanun kuvvetine sahip

⁶⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm>

⁶⁹ Alptekin Aktalay, “Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İşlemleri ve Karar Alma Usulü” (2016) 5 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 81.

⁷⁰ Ibid, 81, 83.

olabilmesi için ikinci bir Bakanlar Kurulu kararnamesinin gerektiği, bu kararnamede ise yürürlük tarihinin tespit edilerek ilan olunması gerektiği ifade edilmektedir.

Ancak uygulamada, ne onaylamaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararnamesinde bir yürürlüğe giriş tarihine yer verilmiş, ne de uluslararası andlaşmanın kanun kuvvetini kazanmasına ilişkin ayrı bir kararname çıkarılmıştır. Bu durum iki şekilde yorumlanabilir. Ya Bakanlar Kurulu yürürlüğe giriş tarihi olarak onaya ilişkin kararnamenin resmi gazetede yayınlanmasını esas almaktaydı ve kanuna rağmen ayrıca bir kararname çıkarmayı gerekli görmemekteydi, ya da söz konusu andlaşmaların iç hukukta kanun kuvvetini kazanmasını sağlayacak bir yürürlük tarihi tespit etmeyerek, antlaşmaların iç hukuka aktarımını engellemeyi amaçlamaktaydı. Bu durumda Bakanlar Kurulunca ikinci bir kararname çıkarılmamasının gerekçesinin ikinci ihtimal olduğu, taraf olunan uluslararası andlaşmanın iç hukuk bakımından kanun kuvvetini kazanmasının arzu edilmediği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim, uygulamada, andlaşmaların kanun kuvvetini kazanmasını sağlayacak yürürlük tarihine ilişkin bir kararname olmadığı için, kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olan özellikle temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren andlaşmaların, böylesi bir tartışmaya girilmeksizin, bir iç hukuk normu olarak kabul edilmediği, uluslararası düzlemde Türkiye'nin bağlı olduğu bir kural olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere *obiter dictum* olarak atıf yapıldığı görülmektedir. AİHS'ye Ek 4 No'lu Protokol, bu duruma ilişkin önemli bir örnektir.

Türkiye tarafından 19 Ekim 1992'de imzalanan AİHS'ye Ek 4 No'lu Protokol, TBMM tarafından 23 Şubat 1994 tarihinde çıkarılan uygun bulma kanununa istinaden Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmış ve 14 Temmuz 1994 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır. Ancak, ilgili Protokol'ün uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi için, andlaşma metninde yer aldığı üzere,⁷¹ onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine verilmesi gereklidir ve Türkiye tarafından bu onay belgesi ilgili merciye depo edilmediği için, Türkiye uluslararası hukuk bakımından bu Protokol ile bağlı değildir.⁷² İlgili andlaşmaya ilişkin yürürlük tarihini tespit eden ikinci bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi de yayınlanmamıştır. TBMM tarafından uygun bulma kanunun çıkarılmış olduğu bu andlaşmaya Türkiye'nin taraf olmadığı tespitinden hareketle Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkı kapsamında verdiği kararında, buna istinaden değerlendirme yapılamayacağına hükmetmiştir.⁷³ Türkiye'nin uluslararası hukuk bakımından taraf olmadığı bir Ek Protokole istinaden AYM, Anayasanın 148. Maddesi kapsamında bir incelemeye yapamayacakken,⁷⁴ doktrinin ifade ettiği üzere “AİHS'ye Ek 4. Protokol iç hukukta

⁷¹ 4 No'lu Ek Protokol, madde 7/1-2.

⁷² Rona Aybay, “Taraf mıyız, Değil miyiz? Tuhaf Bir Durum: Türkiye ve AİHS'ye Ek 4. Protokol” (2003) (44) Açık Sayfa 16.

⁷³ Anayasa Mahkemesi, Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 54.

⁷⁴ “AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'e ülkemiz taraf değildir. Bu nedenle, anılan Protokol kapsamında kalan ve Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik şikâyetle ilgili



Türkiye’yi bağlar”⁷⁵ tespiti ise ne olağan yargı mercilerince ne de AYM tarafından dikkate alınmıştır. Zira bahsi geçen Ek Protokolün iç hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi için gerekli olan ikinci bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi yayınlanmamıştır. Dolayısıyla, Ek 4. Protokol, iç hukuk bakımından da yürürlükte değildir. Öte yandan, AYM’nin vermiş olduğu karar, aslında Türkiye’nin düalist yaklaşıma sahip olduğunu destekler niteliktedir. Zira bu karar, bir andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından da ulusal hukuk bakımından da yürürlüğe sokulmasında yetkinin cumhurbaşkanına bırakıldığı sonucuna ulaştırmaktadır. Meclis tarafından uygun bulunmuş olsa da, bir andlaşmaya taraf olma iradesi cumhurbaşkanına bırakıldığına göre ve ancak uluslararası hukukun talep ettiği gerekli işlemlerin yapılması ile uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girebildiğine göre, ulusal hukuk bakımından da yürürlüğe girmesi için gerekli işlemlerin yapılması ön koşuluna bağlandığı sonucuna bizi götürmektedir.

Bir andlaşmanın iç hukuk bakımından yürürlüğe giriş tarihine ilişkin ikinci bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılmamasına rağmen, andlaşmalar feshedilirken ya da andlaşmalardan çekilirken, andlaşmanın yürürlükten kaldırılma tarihine ilişkin bazen ikinci bir Bakanlar Kurulu kararının çıkarıldığı bazen ise fesih hakkındaki kararda yürürlükten kaldırılma tarihinin yer aldığı görülmektedir. Bu konuda yürütme erki son derece hassas davranmaktaydı. Bakanlar Kurulu kararında yer verilen yürürlükten kalkma tarihini prensip olarak uluslararası hukuk bakımından değil, ulusal hukuk bakımından değerlendirmek gerekiyor olsa da, iç hukuk bakımından yürürlükte olmayan bir normun yürürlükten kaldırılması diye bir mesele olmayacağına göre ve yine “abesle iştigal edilmeyeceğine” göre, ilgili Bakanlar Kurulu kararlarını incelemek gereklidir. Zira uluslararası hukuk bakımından bir andlaşmadan çekilme ya da feshetmenin yürürlüğe giriş tarihine ilişkin ya andlaşmada belirlenen özel bir hüküm, ya da uluslararası hukuk bakımından genel olarak ortaya konulan hükümler mevcuttur.⁷⁶ Bu hükümlerin ötesinde bir yürürlükten kalkma tarihi Yürütme tarafından tercih ediliyorsa, bu husus ikinci bir Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilmişti. 2016/9318 sayılı Bakanlar Kurulu

olarak bireysel başvuruda bulunulamaz” (Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 53) Zira 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir: “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” Türkiye uluslararası hukuk bakımından 4No’lu Protokole taraf olmadığına göre, AYM’nin bu Protokole istinaden karar verebilmesi mümkün değildir.

⁷⁵ Ece Göztepe, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4. Protokolle bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme” (2014) Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay Özel Sayısı 1121, 1145. Aynı istikamette bkz. Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar” (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 241, 258.

⁷⁶ VAHS 56. madde

tarafından çekilme kararı verilen “2007 Uluslararası Kahve Anlaşması”nın⁷⁷ sona erme tarihi, andlaşmada özel bir sona erme tarihi belirtilmediği için, ikinci bir Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmış ve VAHS’nin genel hükümlerine bırakılmadan, uluslararası hukuk bakımından bir sona erme tarihi tespit edilmişti.⁷⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik, Sınai ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının feshi ile yürürlükten kalkma tarihinin aynı Bakanlar Kurulu Kararında yer aldığı görülmektedir.⁷⁹

III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN TÜRK HUKUKUNA AKTARIM USULÜ

244 sayılı Kanunun ilk dört maddesi 2 Temmuz 2018 tarihli 703 Sayılı KHK ile ilga edilmiş, bu maddeler yerine yayınlanan 9 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesindeki (CBK) düzenlemeler ise özü itibarıyla 244 sayılı Kanun’a paralel şekilde yeni hükümet sistemine uyumlu bir içerik ortaya koymuştur. Söz konusu CBK’nın 3. Maddesinin 1. Fıkrası andlaşmaların onaylanması ya da feshi usulüne ilişkindir:

“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, Cumhurbaşkanlığı kararı ile olur”.

Yani, 244 sayılı Kanunda andlaşmaların onaylanması usulüne ilişkin talep edilen Bakanlar Kurulu kararnamesi yerini “Cumhurbaşkanı Kararına” bırakmıştır. Bu cumhurbaşkanı kararı onaylamaya ilişkindir ve uluslararası hukuk bakımından Türkiye’nin bağlanma ya da bağlanmama iradesinin açıklanması usulüdür.

9 No’lu CBK’nın 3. Maddesinin 3. Fıkrası ise, 244 Sayılı Kanunun 3. Maddesinin 2. Fıkrasına paralel şekilde dizayn edilmiştir:

“Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği, bir milletlerarası

⁷⁷ Andlaşmadan çekilme kararı 3 Ekim 2016 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılmış ve 30 Ekim 2016’da resmi gazetede yayınlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161030-2.pdf>

⁷⁸ 6 Şubat 2017 tarihinde kabul edilen Bakanlar Kurulu kararı, 16 Mart 2017’de resmi gazetede yayınlanmış ve geriye dönük bir şekilde andlaşmadan çekilme tarihinin 12 Şubat 2017 olarak tespit edildiği bildirilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170321-2.pdf>

⁷⁹ 12 Kasım 2017’de Bakanlar Kurulu kararı ile feshedilmesi kararlaştırılan andlaşmanın sona erme tarihi, aynı kararda 1 Ocak 2007 olarak, geçmişe dönük bir şekilde tespit edilerek, 7 Aralık 2007’de resmi gazetede yayınlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071207-3.htm>).

andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; Cumhurbaşkanı kararı ile tespit olunarak Resmî Gazete’de yayımlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır”.

Yani, yeni hükümet sisteminde de, andlaşmaların yürürlüğe giriş tarihine ilişkin ayrı bir Cumhurbaşkanı kararına ihtiyaç olduğu, andlaşmaların ancak bu tespit edilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanacağı ifade edilmekte, sadece Bakanlar Kurulu kararnamesi yerine Cumhurbaşkanı kararını ikame etmektedir. İkinci bir Cumhurbaşkanı kararının 9 No’lu CBK’da da arandığına en büyük delil, 3. Maddenin 3. Fıkrası ile 2. Fıkrasının birlikte okumasından çıkarılabilmektedir. Zira 9 No’lu CBK’nın 3. Maddesinin 2 fıkrası, andlaşma metninin “onaylamaya ilişkin Cumhurbaşkanı kararına” ekli olarak yayınlanmasını öngörmektedir. Oysa 3. Fıkroda “yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında” ifadesi tercih edilmiştir. Bu durumda, iki Cumhurbaşkanı kararı resmi gazetede yayınlanacak, ilki onaylamaya ilişkin cumhurbaşkanı kararı olarak andlaşma metnini içerecek, ikincisi ise yürürlük tarihini tespit edecektir.

2018 sonrası değişen hükümet sistemi itibarıyla, Türkiye’nin düalist yaklaşımında bir değişiklik olmamış, yine iç hukuk bakımından aktarım gerekliliği korunmuş, ancak buna ilişkin usulde, hükümet sisteminin değişimi dolayısıyla doğal olarak bir farklılık ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, uygulamada, tıpkı 244 Sayılı Kanun’un geçerli olduğu dönemdeki uygulamada olduğu gibi, andlaşmaların kanun hükmünü kazandığı yürürlük tarihinin tespitine ilişkin müstakar bir şekilde ayrı bir Cumhurbaşkanı kararı yayımlanmamaktadır. Daha önce bir CK ile onaylanan bir uluslararası andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihini tespit eden ikinci bir CK’nın yayınlanması yalnızca yeni ve geliştirilmiş andlaşma ya da sözleşmelere taraf olunurken, öncekinin yürürlükten kalkma tarihinin yer aldığı kararda yenisinin yürürlük tarihinin tespit olunduğu örneklerle rastlanmaktadır.⁸⁰ Örneğin “Futbol Maçlarında ve Diğer Spor Müsabakalarında Bütüncül Bir Emniyet, Güvenlik ve Hizmet Yaklaşımı Üzerine Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin onay sürecidir. TBMM tarafından 12 Mart 2020’de kabul edilen 7225 sayılı “uygun bulma kanunu”, 20 Mart 2020’de Resmi gazetede yayınlanmıştır.⁸¹ Bu kanuna istinaden 29 Mart 2020 tarihli 2327 sayılı CK ile⁸² Sözleşmenin onaylanmasına karar verilmiştir. Bu Karar’da ayrıca “Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterileri ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi”nin feshine ilişkin karar yer almaktadır. 30 Ekim 2020 tarihli ve 3157 sayılı ikinci bir Cumhurbaşkanı Kararı

⁸⁰ Örneğin 2 Ağustos 2021 tarihli 1398 Sayılı CK, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/08/20190803-3.pdf>

⁸¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200320-16.htm>

⁸² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200330-7.pdf>

ile de⁸³ söz konusu Sözleşmenin yürürlük tarihi 1 Temmuz 2020 olarak, geriye dönük bir şekilde tespit edilmiş, feshedilen Sözleşmenin yürürlükten kaldırılma tarihi olarak 1 Aralık 2020 tarihi tespit edilmektedir. Birbiriyle bağlantılı bu iki Sözleşmeden birinin feshi, diğerinin ise onaylanması dolayısıyla böylesi bir yürürlük tarihi tespitine ilişkin ikinci bir Cumhurbaşkanlığı Kararının yayımlandığı değerlendirilmektedir. Oysaki uygulamada bahsettiğimiz örnekler dışında onaya ilişkin CK haricinde ikinci bir yürürlük tarihine ilişkin CK yayınlanmamaktadır. Bu ise, öncekinden çok daha fazla bir şekilde aktarım usulünü gizlemekte, dolayısıyla da Türkiye'nin monist bir yaklaşıma sahip olduğu izlenimine yol açmaktadır.

IV. TÜRK HUKUKUNA GÖRE ANDLAŞMALARIN FESHEDİLMESİNİN İÇ HUKUKA ETKİSİ

Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaları kanun hükmünde olduğu tespitini yapan bir hukuk sisteminde, andlaşmalar ayrıca bir ulusal hukuk normu olarak kabul edilmiş demektir. Bu durumda, andlaşmaların feshedilmesi ya da andlaşmalardan çekilme, aynı zamanda iç hukukta bir normun yürürlükten kaldırılması anlamı da taşır. Anayasanın 90. Maddesinin 5. Fıkrasında geçen “usulüne uygun yürürlüğe konulmuş andlaşmalar kanun hükmündedir” cümlesinin mefhum-u muhalifinden ulaşılabilecek anlam, bu durumda “usulüne uygun yürürlükten kaldırılmış uluslararası andlaşmalar kanun hükmü niteliğini kaybeder” olmalıdır. Bu cümleden hareketle, iç hukuk bakımından kanun hükmündeki bir uluslararası andlaşmanın usulüne uygun yürürlükten kaldırılması nasıl olabilir sorusuna cevap verilmesi gerekir.

244 Sayılı Kanunun mülga 3. Maddesinin 2. Fıkrasındaki “*bir milletlerarası andlaşma, yukardaki fıkrada söz konusu yürürlük tarihinin tesbitine dair kararnamede belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun kuvvetini kazanır*” hükmünün mefhum-u muhalifinden hareketle “bir andlaşma yürürlükten kaldırılma tarihinin tespitine dair kararnamede belirtilen yürürlükten kaldırılma tarihinde kanun kuvvetini kaybedecektir” sonucuna ulaşılabilecektir. Benzer şekilde, 9 No’lu CBK’nın 3. Maddesinin 3. Fıkrasında yer alan “*bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanlığı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde kanun hükmünü kazanır*” hükmünün mefhum-u muhalifinden, “bir andlaşma yürürlükten kaldırılma tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanlığı kararında belirtilen yürürlükten kaldırılma tarihinde kanun hükmünü kaybeder” şeklinde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, andlaşmaların feshedilmesi ya da andlaşmalardan çekilme sonucunun iç hukuka etkisi, ancak 2018 öncesi dönemde çıkarılacak ikinci bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile 2018 sonrasında ise yayınlanacak ikinci bir Cumhurbaşkanlığı Kararı ile mümkün olacaktır. İç hukuk bakımından söz konusu uluslararası andlaşma ancak resmi gazetede yayınlanacak yürürlük tarihi itiba-

⁸³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200330-7.pdf>



riyle kanun kuvvetini ya da kanun hükmünü kaybedecek ve yürürlükten kalkmış olacaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, gerek 2018 öncesi dönemde, gerekse 2018 sonrası dönemde, iç hukuk bakımından bir andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihine ilişkin resmi gazetede bir tarihin ilan olunması hususunda herhangi bir örnek mevcut değildir. Paralel şekilde, iç hukuk bakımından andlaşmaların yürürlükten kaldırılması hususunda da bir örneğe denk gelinememektedir. Buna ilişkin en önemli örnek İstanbul Sözleşmesinden çekilme sürecidir.

29 Nisan 2021 tarihli 3928 sayılı CK da tespit olunan sona erme tarihi, andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından sona erme tarihidir. Bu tarih, Türkiye Cumhuriyeti bakımından uluslararası hukuk düzleminde Sözleşmeden çekilme tarihi ile aynı tarihi işaret etmektedir. Zira 19 Mart 2021 tarihli 3718 Sayılı CK ile İstanbul Sözleşmesinden çekilme kararı verilmiş, bu durum 22 Mart 2021’de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirilmiş, Sözleşmenin 80. Maddesinin 2. Fıkrasındaki “Sözleşmenin feshi, konuya ilişkin bildirimin Genel Sekretere ulaştırıldığı tarihten itibaren üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir” hükmü kapsamında çekilmenin bildirilmesinden 3 ay sonrayı takip eden ayın ilk günü olan 1 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla Türkiye Sözleşmeden ayrılmıştır.⁸⁴ 3928 sayılı CK’da aynı gün itibarıyla Sözleşmeden Türkiye’nin çekildiğini ilan etmiştir. Bu CK’da önceki bir tarihin tespit edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Zira uluslararası hukuk bakımından 1 Temmuz 2021 tarihine kadar Türkiye, Sözleşme ile bağlı olmaya devam edecek ve bu Sözleşmenin ihlal edildiği iddiası, AİHM’ye yapılacak⁸⁵ başta AİHS’nin 8. Maddesi olmak üzere 3. ve 14. Maddeler kapsamındaki hakların ihlali iddialarında bir uluslararası hukuk kuralı olarak AİHM tarafından dikkate alınmaya ve Sözleşme kapsamında AİHS’nin yorumlanması imkânına devam edecekti.⁸⁶ Yoksa bu CK, ne iç hukuk bakımından sona erme tarihini tespit etmektedir, ne de uluslararası hukuk bakımından sona erme tarihini kararlaştırmaktadır.

⁸⁴ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210>

⁸⁵ Sadece AİHM’ye değil, aynı zamanda GREVIO’ya da başvuru imkanı mevcuttu. Bkz. Gizem Güney, “The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR: Complementary or Contradictory Tools?”, (EJILTALK, 31 Mart 2020), < <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/> > erişim tarihi 1 Mart 2023.

⁸⁶ Bu hususta doktrinde farklı görüşlerde mevcuttur. Örneğin Ebru Demir, AİHM tarafından İstanbul Sözleşmesinin AİHS’ye entegre edildiğini, taraf olmasa da Türkiye’ye karşı İstanbul Sözleşmesi hükümlerinin ileri sürülebileceği düşüncesindedir. Ebru Demir, “What Does Turkey’s Withdrawal from the Istanbul Convention Mean for the European Court of Human Rights?” (Oxford Human Rights Hub, 7 Ekim 2021) < <https://ohrh.law.ox.ac.uk/what-does-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention-mean-for-the-european-court-of-human-rights/> > erişim tarihi 1 Mart 2023. Buna ise Valiulienė v Litvanya davasını örnek olarak vermektedir. Bu yaklaşım hukuki değildir. Zira bahsi geçen dava 2013 yılına aittir ve o dönemde İstanbul Sözleşmesi yürürlükte bile değildir. AİHM sadece, 28 devlet tarafından imzalanan ancak 3 devlet tarafından onaylanan konu ile ilgili bir Sözleşmenin varlığından bahsetmektedir. Bu bahisten hareketle İstanbul Sözleşmesinin Türkiye’ye karşı ileri sürülebileceği iddiası geçersizdir.

Öte yandan, her ne kadar Türkiye’de iç hukuka aktarımın gerçekleştirildiği ve bir iç hukuk normu haline gelmiş herhangi bir uluslararası andlaşma bulunmuyor olsa da, bir iç hukuk normu haline gelerek kanun kuvveti kazanan uluslararası andlaşmalardan çekilme sonucu iç hukukta meydana gelecek değişime ilişkin usule dair bir tespitle bulunmak da iktiza etmektedir. Anayasanın 90. Maddesinde ifadesini bulan TBMM tarafından bir andlaşmanın onaylanmasının uygun bulunması, bir andlaşmanın Meclis tarafından bir kanun ile iç hukuk düzeninde “uygulanabilir” iç hukuk normu statüsüne kavuşturulmasıdır.⁸⁷ Andlaşmayı onaylama ya da andlaşmanın bir iç hukuk normu olarak uygulanmasına karar verme yetkisi anayasa tarafından Cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Aynı şekilde bir andlaşmadan çekilme ya da andlaşmanın iç hukukta uygulamasını sona erdirmeye yetkisi de yine cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Ancak, “*Türk kanunlarında değişiklik öngören*” andlaşmaların onaylanmasında aranan Meclisin bir kanunla uygun bulması koşulunun, feshedilen ya da çekilmenin gerçekleştirildiği andlaşmaların iç hukuk bakımından sona erdirilmesinde de benzer bir usulün aranması gerektiği, yani Meclis’in iç hukuk bakımından andlaşmanın sona erdirilmesi ve kanun hükmünü kaybetmesini bir kanunla uygun bulması gerektiği kanaatindeyiz.

2018 önceki döneme ilişkin, daha önce “Kanun Hükmünde Kararname” analojisi ile tanımlamaya çalıştığımız andlaşmaların iç hukuk normu haline dönüşümünde Yürütmenin sahip olduğu yetkinin, yine aynı benzetme kapsamında andlaşmaların feshedilmesi sonrasında iç hukuk normu olmaktan çıkarılması bakımından bir Meclis iradesi sonucu ancak kullanılabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira anayasanın mülga 91. Maddesine göre, yetki kanununda “çıkartılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağı” belirlenir. Eğer yetki kanunu birden fazla KHK çıkarılabileceğine ilişkin bir hüküm içermiyorsa, o yetki kanunu ile yalnızca tek bir KHK çıkarılabilir. Yetki kanununa istinaden çıkarılan KHK, yine Bakanlar Kurulu tarafından değiştirilebilir ya da yürürlükten kaldırılabilir. Ancak bunun için birden fazla KHK çıkarma yetkisinin yetki kanununda öngörülmüş olması gerekir.⁸⁸ TBMM tarafından kabul edilen uygun bulma kanunlarını bir yetki kanunu olarak değerlendirirsek, bu yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetki, söz konusu uluslararası andlaşmanın onaylanması ve kanun kuvvetini kazanması için verilen bir yetkidir. Bu yetki Bakanlar Kurulu tarafından andlaşmanın yürürlük tarihini tespit eden Bakanlar Kurulu kararı ile tüketilmiş olacaktır. İç hukuk bakımından kanun hükmündeki andlaşmanın Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükten kaldırılabilmesi için, Meclisten alınacak yeni bir yetkiye ihtiyaç duyulacaktır.

⁸⁷ Sait Güran (n 15) 46.

⁸⁸ Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi (Ekin Yayınları 2000) 135.



2018 sonrasında ise, hükümet sisteminin değişimi ve anayasada yapılan değişiklikler sonucu KHK analojisini kullanma imkânı tamamen ortadan kaldırılmış olup, yine de andlaşmaların iç hukuka aktarımı açısından yayınlanacak CK'nın kökeninde bir uygun bulma kanunun olması açısından tolere edilebilirse de, andlaşmaların feshi sonrasında, kanun hükmündeki bir normun salt CK ile ortadan kaldırılabilmesinin, önceki dönemdeki analogik yaklaşımdaki anayasaya aykırılıktan daha da ziyade bir aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Ancak, İstanbul Sözleşmesi, iç hukuk bakımından bu usul bağlamında hiçbir zaman kanun hükmüne kavuşmamış, kavuşturulmamıştır.⁸⁹ İstanbul Sözleşmesine atıf yapan AYM'nin tek bireysel başvuru kararında İstanbul Sözleşmesi, “uluslararası hukuk” normu olarak değerlendirilmiş⁹⁰ ve nihai kararda bir *obiter dictum* olarak dahi bahsedilmemiştir. İki kez de İstanbul Sözleşmesinden “ek gerekçe”⁹¹ ya da “karşı oy”⁹² yazısında bahsedilmiştir. Yani, İstanbul Sözleşmesi uygulayıcılar tarafından hiçbir zaman bir iç hukuk normu olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla, İstanbul Sözleşmesinden çekilme kararı, sadece uluslararası hukuk bakımından anlam ifade etmekte ve yalnızca GREVIO denetiminden çıkma ve AİHM tarafından dikkate alınmasını engelleme sonucunu doğurmaktadır.⁹³ Dolayısıyla, doktrinde yer alan tartışmaların tümü, monist bir anlayışa sahip bir Türk anayasası algısından hareketle ortaya konulan itirazlar çerçevesindedir ve hukuki olarak anlam ifade etmemektedir.

SONUÇ

11 Mayıs 2011’de İstanbul’da imzaya açılan İstanbul Sözleşmesi⁹⁴ Andorra tarafından 22 Nisan 2014’te onuncu devlet olarak onaylanmasının ardından, 1

⁸⁹ İstanbul Sözleşmesinden hareketle hazırlanan 8 Mart 2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun halen yürürlüktedir. Bu Kanun, Sözleşmede düzenlenen hükümlerin çoğunu içeren bir iç hukuk normudur. İstanbul Sözleşmesinin Kanunun 1. Maddesinin 2. Fıkrası ile Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında esas alınacak temel ilkeler arasında sayılması, İstanbul Sözleşmesine dolaylı olarak kanuni nitelik kazandırmıştır. Kanaatimizce, kanun metninde vurgusu yapılan “Türkiye’nin taraf olduğu” ibaresi, artık taraf olunmaması dolayısıyla Kanunun uygulanmasında Sözleşmeye atıf yapılmasına engel oluşturmuştur. Bu konuda farklı veçhelerden değerlendirmeler bulursa da, dikkate değer bir hukuki analize rastlanılmamıştır. Aynı bir bilimsel çalışma da değerlendirilmesi gereklidir.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi T.A. [GK], B. No: 2017/32972, 29/9/2021, § 89.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi Turgay Karaca, B. No: 2018/34343, 27/1/2021, Ek Gerekçe §5.

⁹² Anayasa Mahkemesi Z.A. [GK], B. No: 2013/2928, 18/10/2017, Karşı Oy Yazısı, § 12.

⁹³ Kanaatimizce, İstanbul Sözleşmesinden çekilen iradenin 6248 sayılı Kanuna ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunmaması ve yine çekilme kararının ulusal yargı ile AİHM ilişkisinin tartışıldığı bir dönemde gerçekleşmesi manidardır. Politik irade, zaten bir iç hukuk normu haline dönüştürülmemiş Avrupa Konseyine ait Sözleşmeden, içeriği itibarıyla değil de, Avrupa Konseyi ve AİHM ile ilişkisi bağlamında çekilme kararı aldığı kanaatindeyiz. Dönemsel tartışmalar için bkz. <https://www.haberturk.com/mehmet-ucum-milli-yargi-yetkisi-devredilemez-2940869>; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-55415833>.

⁹⁴ Bu Sözleşme, Amerikan Devletleri Örgütü nezdinde 9 Haziran 1994’te imzalanan “The Belem do Pará Convention” diye ifade edilen Sözleşmenin paralelinde Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanmıştır. Bahsi geçen Sözleşme metninin İngilizce versiyonu için bkz. <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/belemdopara-english.pdf>

Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹⁵ Türkiye, İstanbul Sözleşmesini 11 Mayıs 2011’de imzalamış, TBMM’nin 24 Kasım 2011’de uygun bulması üzerine, 10 Şubat 2012’de Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanmış ve 8 Mart 2012’de Cumhurbaşkanı’nın Resmi Gazete’de yayımlaması⁹⁶ ve onay belgesinin 14 Mart 2012’de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletilmesi ile taraf olmuştur.⁹⁷

20 Mart 2021’de, Resmi Gazete’de yayınlanan Cumhurbaşkanı Kararı ile İstanbul Sözleşmesi’nden Türkiye’nin çekildiğini açıklamıştır:

*“Türkiye Cumhuriyeti adına 11/5/2011 tarihinde imzalanan ve 10/2/2012 tarihli ve 2012/2816 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3’üncü maddesi gereğince karar verilmiştir.”*⁹⁸

Kamuoyunda çok ses getiren bu karara yönelik iptal istemi ile Danıştay’a başvurulmuştur: “19/03/2021 tarih ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması ile bu kararın dayanağı olan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi” istemiyle açılan dava Danıştay 10. Dairesi tarafından 19 Temmuz 2022’de reddedilmiş,⁹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “iptal isteminin reddi” kararını 2 Ocak 2023’te onamıştır.

Bu süreç devam ederken 29 Nisan 2021’de konu ile alakalı bir cumhurbaşkanı kararı daha resmi gazetede yayınlanmıştır:

*“19/3/2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilen “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından sona erme tarihinin 1/7/2021 olarak tespit edilmesine, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3 üncü maddesi gereğince karar verilmiştir.”*¹⁰⁰

⁹⁵ <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio>

⁹⁶ Karar Sayısı: 2012/2816: “11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzalanan ve 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 12/1/2012 tarihli ve HUM/7771842 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 10/2/2012 tarihinde kararlaştırılmıştır”. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120308M1-1.htm>

⁹⁷ <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/turkey>

⁹⁸ 19 Mart 2021 tarihli 3718 Sayılı CK, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf>

⁹⁹ Kararın tam metni için bkz. Kemal Gözler, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler”, (anayasa.gen.tr, 20 Mart 2021) <www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> erişim tarihi 1 Mart 2023.

¹⁰⁰ 29 Nisan 2021 tarihli, 3928 Sayılı CK, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210430-13.pdf>



Andlaşmaların onaylanması bakımından anayasanın 104. Maddesi açıkça “milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama” yetkisini cumhurbaşkanı- na vermiş, bu yetki kullanılırken, çoğu andlaşmalar bakımından, iç hukuka aktarım yapılabileceği ve Türk kanunlarda değişiklik getirebileceği öngörüsüyle TBMM’nin uygun bulması koşuluna bağlanmıştır. Andlaşmaların iç hukuk normu haline gelmesi bakımından ise, bir aktarım usulü benimsenmiş olup, bu aktarımın gerek andlaşmalara taraf olunduğunda, gerekse andlaşmalardan çekilmede özel bir usule tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu sonuca anayasanın 90. Maddesinin 5. Fıkrasının yorumu ile ulaşılmaktadır. Buna göre “usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş andlaşmalar kanun hükmündedir”. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olabilmesi için gerekli olan yürürlüğe konulma usulü ise 2018 öncesi için 244 Sayılı Kanun’da, 2018 sonrası için ise 9 No’lu CBK’da ifade edilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken asıl husus, Meclisin bir kanunla bir andlaşmanın onaylanmasını uygun bulmasının niteliğidir. Üzerinde ittifak olan husus, uygun bulma kanununun bir *autorisation de ratification* olduğu,¹⁰¹ yani onaylamaya Meclis tarafından izin verilmesidir. Bu izin, ne dış politikanın tespitinde Meclisin asli role sahip olduğu anlamına gelir, ne de dış politikanın Meclis tarafından denetlenmesi anlamına gelmektedir. Bu kanun, Türk Kanunlarında değişiklik öngören ya da devlet ve millet adına ciddi sorumluluk, yük ve sınırlama getirecek olan andlaşmalara Meclisin izni ve rızasının alınmasıdır. Yoksa dış politikanın tespiti ya da bu dış politikada devletin uyması gereken kuralların tespiti anlamlarına sahip değildir. Dış politikanın tespiti “yönetici ayrıcalığıdır” (*prérogative de l’exécutif*) ve bu ayrıcalık anayasaya göre yürütmeye yani cumhurbaşkanına aittir.¹⁰² Meclis’in yapabileceği, ilgili andlaşmanın onaylanmasını uygun görmemek ya da sınırlı uygun görmektir. Tekraren ifade edilmelidir ki, Meclis tarafından uygun görülmüş olsa da cumhurbaşkanı andlaşmayı onaylamaktan vazgeçebilir ya da onaylasa bile gerekli prosedürleri yerine getirmeyerek uluslararası hukuk bakımından yürürlüğe girmesini engelleyebilir. Kemal Gözler’in ifade ettiği üzere, Meclis’in “uygun bulma” iradesi, “devlet başkanının veya hükümetin onay iradesinin bir “gerekli şartı”dır; ama “yeterli şartı” değildir”.¹⁰³ Nitekim bu sonuca ulaştıracak en güzel örnek andlaşmalara çekince koyma usulüdür.

Uluslararası hukukta çekince “*bir anlaşmanın imzalanması, onaylanması veya anlaşmaya katılma yahut da eski bir anlaşma ile ilgili bir hükmün kabulü sırasında bir devletçe yapılan bir beyandır ki, bununla devlet kendi yönünden, anlaşmanın bazı hükümlerini veya anlaşmadan doğan bazı mükellefiyetleri hariç tuttuğuna*

¹⁰¹ Soysal (n 50) 175.

¹⁰² Mustafa Taha Durmuş, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Ayrılmasının Hukuki Analizi”(2021) 29 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1969, 1995.

¹⁰³ Ibid 93.

*dair iradesini beyan eder; veya anlaşmanın bütününe veya bazı hükümlerine nasıl bir anlam verdiğini belirtir”.*¹⁰⁴ Yani çekince, uluslararası andlaşmaların bazı hükümlerinin uluslararası hukuk düzleminde uygulanmasını engelleyen bir kayıttır.¹⁰⁵ Türk hukuk uygulamasında çekincelerin bazen TBMM tarafından uygun bulma kanununda öngörüldüğü, bazen ise andlaşmanın onay kararında Yürütme erki tarafından konulduğu görülmektedir. Meclisin öngörmediği bir ihtirazi kaydın, Cumhurbaşkanlığı tarafından konulmasında bir beis görülmemiştir. Zira Meclis tarafından beis görülmeyen bir andlaşma hükmünün uluslararası ilişkilerde uygulanmasında mahzur bulunduğu Cumhurbaşkanlığı tarafından düşünüldüğünde, o hükmün uluslararası hukuk bakımından uygulanmamasına karar verebilmektedir. Aynı makam, gerekli gördüğü zaman çekinceyi kaldırabilmekte ve bir uluslararası hukuk normu haline dönüştürebilmektedir. Dolayısıyla, uluslararası ilişkilerde Türkiye bakımından bir hükmün devlet ve millet adına ciddi sorumluluk, yük ve sınırlama getirecek olması durumunda Meclisin iradesine ihtiyaç duyulmakta, aksine Türkiye’nin uluslararası ilişkilerde uymakla mükellef olduğu kuralların uygulanmaması hususu Cumhurbaşkanlığına bırakılmaktadır. Bu örnekten hareketle, Meclisin uygun bulduğu uluslararası hukuk kurallarının sınırlandırılması ya da tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin, yeni bir Meclis iradesine ihtiyaç duyulmaması gerekmektedir.

Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek, daha önce bahsettiğimiz AIHS’ye EK 4 No’lu Protokol’dür. Meclisin uygun bulduğu bu Protokol’ün uluslararası ilişkilerde ileri sürülebilecek bir norm haline dönüşmesine, söz konusu Protokol’ün onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmemesi engel olmuştur. Bu durum 1994’den bugüne değişmemiştir. Dolayısıyla, bir andlaşmanın Türkiye bakımından bir uluslararası hukuk normuna dönüşümüne ilişkin nihai kararın, Meclis tarafından uygun bulunması halinde dahi Cumhurbaşkanlığına ait olduğu sonucuna ulaşmakta, bu ise, bir andlaşmanın feshedilmesi ya da andlaşmadan çekilme sonucu Türkiye bakımından bir uluslararası hukuk normunun ortadan kaldırılmasında da yetkinin Cumhurbaşkanlığına ait olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.

İstanbul Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine ilişkin CK’nın yayınlanmasından sonra gerek kamuoyunda gerekse de doktrinde yoğun bir tartışma başlamıştır.¹⁰⁶ Bu tartışmalar hukuki bakımından monist bir yaklaşımı baştan kabul edilen bir ortamda gerçekleşmektedir.

“Cumhurbaşkanı Kararı ile Kanun değiştirilmiştir” savı 9 No’lu CBK’nın 3. Maddesinin 3. Fıkrası bağlamında Cumhurbaşkanlığı kararı ile kanun hükmündeki bir normun ortadan kaldırılması sonucuna yöneltilen bir eleştiri olarak anlamlıdır. İç hukuk bakımından yürürlüğe konulmuş bir uluslararası andlaşmanın CK ile

¹⁰⁴ Aydoğan Özman, Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler (Sevinç Matbaası 1970) 12.

¹⁰⁵ Berat Lale Akkutay, “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar” (2011) 31 (1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1, 5.

¹⁰⁶ Şirin ve Orcan (71) 258 vd.



yürürlükten kaldırılmasının 9 No’lu CBK’ya uygun olduğu söylenebilirse de, bu durumun düalist anlayışa sahip anayasaya uygun olduğu söylenemez. Zira andlaşmaların kanun kuvvetini kaybetmesini sağlayan 2018 öncesi dönemdeki usul de andlaşmaların kanun hükmünü kaybetmesini sağlayan 2018 sonrası usul de kanaatimizce anayasaya aykırıdır. Burada analojik sonuca götüren yukarıda izah etmiş olduğumuz “çekince” usulü olmalıdır. Eğer çekince Meclis tarafından konulduysa, çekincenin kaldırılmasının yine Meclis tarafından yapıldığı,¹⁰⁷ eğer Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından öngörüldüyse, ya da yeni hükümet sistemimizde doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından karar verildiyse, yine aynı usulle kaldırıldığı gözlenmektedir. Meclis tarafından çekince konulan bir hükmün uluslararası ilişkilerde uygulanması için cumhurbaşkanı tarafından kaldırılması uygun bulunmamaktadır. Bu ise, bir andlaşmanın iç hukukta kanun hükmü kazanmasında aranan usulün, iç hukukta kanun hükmünü kaybetmesinde de aranması gerekliliğine bir işarettir.

Üzerinde tartışmaya değer, diğer itiraz ise yukarıdaki itirazı anlamlı hale getiren “yetkide ve usulde paralellik gözetilmemiştir” savıdır. Her ne kadar bu savı ileri sürenlerin esas vurgusu andlaşmaların onaylanması usulü ile andlaşmalardan çekilme usulüne ilişkin ise de, bu savın andlaşmaların bir iç hukuk normu haline gelmesini sağlayan aktarım usulünde bir paralellik itirazına yaslanması durumunda anlamlı hale gelebileceğini söyleyebiliriz. Zira kanaatimizce andlaşmaların onaylanması usulü ile andlaşmalardan çekilme usulünün paralel olmasına anayasanın ve uluslararası hukukun bakış açısı itibarıyla gerek yoktur. Nitekim AİHS’ye Ek 4 No’lu Protokole taraf olma sürecinin gösterdiği, uluslararası hukuk düzleminde andlaşmalara taraf olma iradesini ortaya koyacak olan “Yürütme”-dir. Meclis tarafından uygun bulunmuş olsa da bir andlaşmanın uluslararası hukuk düzleminde hüküm doğurup doğurmamasına ilişkin karar mercii Yürütmedir.¹⁰⁸ O halde, andlaşmanın uluslararası hukuk düzleminde artık Türkiye’yi bağlamaması iradesini ortaya koyacak olan da yine Yürütmedir ve bu irade açıklaması öncesinde taraf olabilmeye ilişkin aranan Meclisin uygun bulması koşulu doğal olarak geçerli olmayacaktır. İstanbul Sözleşmesinden çekilme sürecine ilişkin Danıştay’ın benimsediği yaklaşım da bu olmuştur.¹⁰⁹

Sonuç olarak, İstanbul Sözleşmesinden çekilme sürecinin hatırlattığı ve daha berrak şekilde ortaya koyduğu husus, Türkiye’nin uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasındaki ilişkide düalist yaklaşımı benimsediği tespittir.

¹⁰⁷ Aydoğan Özman buna ilişkin bir örnek de vermektedir: “15 Mart 1950 tarihinde kabul edilen «Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen «Birleşmiş Milletlerin ayrıcalık ve muafiyetlerine dair sözleşme»ye Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin katılması hakkında kanunun 2. maddesinde anlaşma ile ilgili olarak ileri sürülmüş çekincelerden bir kısmı 6 Mayıs 1957 tarihinde kabul edilen diğer bir kanun ile geri alınmıştır”, Özman (n 90) 100.

¹⁰⁸ Didem Yılmaz, “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme” (2015) (64) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 815, 834.

¹⁰⁹ Bkz. Dipnot no 98.

KAYNAKÇA

Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk, Temel Ders Kitabı İngilizce Özetli* (13. Bası Seçkin Yay. 2022).

Akıl A, “Uluslararası Andlaşmaların ve Teamül Kurallarının Türk Hukukunda Uygulanması ve Hiyerarşik Değeri”, (2003) VII (1-2) AÜHFD 239-261.

Akipek S, “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu” (1999) (48) AÜHFD 15-22.

Akkutay A İ, *Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuka Etkisi* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2007).

Akkutay A İ, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri” (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415-447.

Akkutay B L, “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Çekinceler ve İhtiyari İstisnalar” (2011) 31 (1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1-27.

Aktalay A, “Bakanlar Kurulunun Düzenleyici İşlemleri ve Karar Alma Usulu” (2016) 5 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-98.

Albayrak G, “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması” (2014) (133) TBBD 19-40.

Altundiş M, “Anayasanın 90.Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?” (2006) 1 (2) Yasama Dergisi 75-91.

Arıkoğlu E, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Pozitif Hukukundaki Yeri (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2003)

Arsava F, *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Bu Hukukun Millî Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar* (AÜ ATAUM Yayınları 1998)

Aybay R, “Taraf mıyız, Değil miyiz? Tuhaf Bir Durum: Türkiye ve AİHS’ye Ek 4. Protokol” (2003) (44) Açık Sayfa 16-17.

Aybay R, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, (2007) (70) TBBD 187-213.

Başkaracaoğlu E, *Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” Emredici Kurallar* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2011)

Başlar K, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine” (2004) 24 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan) 280-363.



Bayrak M E, “Uluslararası Hukukta Bağlayıcılık Meselesi: Mutabakat Muhtırası”, (2021) 29 (3) SÜHFD 1623-1657.

Bayraktar F, “Rusya’nın Avrupa Konseyi Üyeliğinden Çıkarılması ya da ‘Militan İnsan Hakları’ Üzerine Bir Değerlendirme” (2022) (68) Adalet Dergisi 133-151.

Bilgin A B, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri” (2017) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 81-130.

Bilir F, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri» (2005) 13 (1) SÜHFD 77-107.

Büyük M E, *Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2017)

Can H, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı” (2009) (12) Yasama Dergisi 5-65.

Çaptuğ M, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi” (2021) (17) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 133-160.

Çelik E F, “1961 Anayasasının Milletlerarası Anlaşmalarla İlgili Hükümleri” (1962) 28 (2) İÜHFM 335-348.

Çelik E F, “Andlaşma Yapma Yetkisi” (1965) 31 (1-4) İÜHFM 363-396.

Çetinkaya A, *Uluslararası Antlaşmaların Yapılışı ve Geçersizliği* (AYBÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018)

Çolaker M, *Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2009).

Demir E, “What Does Turkey’s Withdrawal from the Istanbul Convention Mean for the European Court of Human Rights?” (Oxford Human Rights Hub, 7 Ekim 2021) < <https://ohrh.law.ox.ac.uk/what-does-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention-mean-for-the-european-court-of-human-rights/> erişim tarihi 1 Mart 2023.

Durmuş M T, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Ayrılmasının Hukuki Analizi” (2021) 29 (3) SÜHFD 1969-2007.

Erdal S, “Uluslararası Andlaşmaların Hukuksal Geçerliliği”, (2015) 23 (1) SÜHFD 71-94.

Eren A, “1982 Anayasasının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi” (2004) 8 (3-4) Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 47-77.



Ergül O, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan (Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2014) 65-86.

Fendoğlu H T, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu” (2000) 17 Anayasa Yargısı Dergisi 363-384.

Gözler K, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi* (Ekin Yayınları 2000).

Gözler K, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu”, in Oya Çiftçi (ed), *Türkiye’de İnsan Hakları* (TODAİE Yayını 2000) 25-46.

Gözler K, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?” (2000) 55 (03) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 81-101.

Gözler K, “Uluslararası Antlaşmalar” < <http://www.anayasa.gen.tr/uluslararasi-andlasmalar.pdf>> erişim tarihi 1 Mart 2023.

Gözler K, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler”, (anayasa.gen.tr, 20 Mart 2021) <www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> erişim tarihi 1 Mart 2023.

Göztepe E, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4. Protokolle bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme” (2014) Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay Özel Sayısı 1121-1150.

Gülmez M, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması adlı paneldeki sunumu”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 38-83.

Güney G, “The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR: Complementary or Contradictory Tools?”, (EJILTalk, 31 Mart 2020), < <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/>> erişim tarihi 1 Mart 2023.

Güran S, “Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa’dadır”, (2000) 16 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 43-61.

İba Ş, “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kısmen veya tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi” (2003) 52 (3) AÜHFD 299-316.

Korkmaz F B, *Uluslararası Andlaşmaların Sona Erdirilmesi ve Yürürlüğünün Askıya Alınması veya Çekilme* (Adalet Yayınları 2020).



Özkan I, “Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri” (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2127-2175.

Özkan I, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk (2. Bası, Oniki Levha Yayınları 2021).

Özman A, *Milletlerarası Anlaşmalarda Çekinceler* (Sevinç Matbaası 1970).

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2010).

Pazarcı H, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması adlı paneldeki sunumu”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004) 156-164.

Poyraz M, *Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye*, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020).

Quoc Dinh N, Daillier P ve Pellet A, *Droit international public* (7. Bası, L.G.D.J. 2002).

Sağlam F, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar” (1984) (1) Anayasa Yargısı Dergisi 261-271.

Soysal M, “Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, (1997) (14) Anayasa Yargısı Dergisi 171-187.

Şirin T ve Orcan N U, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar”. (2022) (50) TAAD 241-278.

Taşdöğen S, *Türk Anayasa Hukukunda Karşı-İmza Kuralı* (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2015).

Tekin Apaydın D, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme” (2018) 9 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529-560.

Toluner S, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1973).

Tunç H, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi” (2000) 17 Anayasa Yargısı Dergisi 174-193.

Tütüncü A N, Arıkoğlu E, Akün V N ve Başkaracaoğlu E, *Toluner Milletlerarası Hukuk* (2. Bası, Beta Yayınları, 2019).

Ulutaş F, *Uluslararası Hukuk Açısından Hukukten Bağlayıcı Olmayan Anlaşmalar* (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022).

Yıldırım E ve Gülen S, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuka Yapılan Atıflar: Ampirik Bir Analiz” (2018) 67 (1) AÜHFD 105-144.

Yılmaz D, “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme” (2015) (64) AÜHFD 815-854.

Yılmaz S, ““İstisna Hali” Üzerinden Bir Egemenlik Kavramı Tartışması: Schmitt ve Agamben’in Teorileri Hakkında Bir Çalışma” (2017) (132) TBBD 383-410.

Yüzbaşıoğlu N, “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent Tanör Armağanı (Legal Yayıncılık 2004) 782-818.

SUÇLARIN İÇTİMAINDA TAMAMLAMA MUHAKEMESİ

Completion (Deduction) Trial in Terms of Accumulation of Crimes

Erdal YERDELEN*

BURAK BOZ**

Özet

Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 44/1’de zincirleme suç, m. 44/2’de ise aynı neviden fikrî içtima düzenlenmektedir. TCK m. 44. madde de farklı suçlara suç siyaseti gereği tek bir ceza verilmesidir. Kanunkoyucu, zincirleme suçlar, aynı neviden fikrî içtima veya farklı neviden fikrî içtima uygulamasına tabi olan suçların aynı iddianame kapsamında veya en azından davalar birleştirilerek aynı mahkemede görüleceği varsayımındadır. Mevzuatın düzenlemeleri incelendiğinde, kanun koyucu içtima hâlindeki suçların ayrı ayrı yargılanması ihtimalini öngörmediği açıktır. Yargıtay, tamamlama muhakemesi yoluyla mevzuatın bu eksikliğini düzeltmeye çalışmıştır. Bu içtihadı belirtildiği gibi, sonraki yargılamayı yapan mahkeme, evveleminde karara bağlanmamış suçların cezalarını belirleyecektir. Ardından, önceki mahkemenin kararını kendisininmiş gibi kabul ederek tüm suçlar için verilmesi gereken tek (ortak) cezayı belirleyecektir. Bu cezadan önceki mahkemenin verdiği cezayı mahsup ederek karar verecektir. Tamamlama muhakemesi, kanunî bir dayanağa sahip olmadığı gibi, çeşitli açılardan sorunlu hususlar içermektedir. Ancak bu muhakeme, *non bis in idem* prensibine aykırı olmanın yanında mahkemelerin birbirlerine karşı olan konumlarına aykırı düşmektedir. Nitekim bu muhakemenin işletilmesinde verilecek cezanın belirlenmesine ilişkin uygulamada problemler ile de karşılaşmaktadır. Ayrıca bu içtihat, adli sicil kayıtlarının tutulmasında yol açabileceği sorunların yanında hükmün bölünmesine sebep olması bakımından sakıncalıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun meseleyi yasal bir düzenleme yoluyla net bir şekilde çözmesinin uygun olacağı görüşündeyiz. Öncelikle fikrî içtima bakımından işlenen fiilin suç teşkil eden başka neticelerinin ortaya çıkmasının hükümlü veya sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına alınması yerinde olacaktır. Ardından iddianamenin iadesini de kapsayacak bir düzenleme yapılmalıdır. Yapılacak kanunî düzenlemeye kadar da zincirleme suç bakımından yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilmesi gerekmektedir. Fikrî içtima bakımından ise muhakemenin zamanında ve özenli olarak yapılmamış olmasının sonuçlarını hükümlüye yüklemek hukuk devletinin gereklerine aykırı olacağından, kanunî düzenleme yapılıncaya kadar, devlet önceki mahkûmiyet ile vermiş olduğu cezalarla yetinmeli ve meşru bir zemini bulunmayan tamamlama yargılamasıyla verilecek cezadan sarf-ı nazar etmelidir.

Anahtar Kelimeler: Suçların içtiması, Davaların birleştirilmesi, *Non bis in idem*, Yargılamanın yenilenmesi, İddianamenin reddi.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.04.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8796-2186>.

** Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, burak.boz@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8282-3523>.

Abstract

The Turkish Penal Code (TPC) outlines the regulation of successive offences in Article 44/1 and covers the conceptual aggregation of offences of the same type in Article 44/2. Additionally, Article 44 of the TPC discusses the conceptual aggregate of various crime types. These provisions share the common feature of imposing a shared penalty for various violations as dictated by criminal policy. The legislature assumes that the crimes encompassed by the collection of offences will be tried together, either in the same court or under the same indictment. However, upon analysing the legislation's regulations, it becomes evident that the legislature did not anticipate the possibility of separate trials for the aggregated offences in question. The Court of Cassation has endeavoured to rectify this legislative insufficiency through completion proceedings. This legal precedent states that the court tasked with the subsequent proceedings will determine the punishments for the offences that have not been tried yet as the first step. Then, it will establish a singular (shared) sentence to be enforced for all offences by recognising the prior judgement as its own. The sentence given by the previous court will be deducted from this sentence. However, the evaluation of comprehensiveness lacks a sound legal basis and raises various substantial issues on multiple levels. Additionally, this procedure contravenes the principle of *non bis in idem*, as well as conflicting with the court system's framework. In practice, difficulties emerge when determining the appropriate penalty to be enforced when executing this decision. Furthermore, the above-mentioned legal doctrine is susceptible to criticism because of its potential impact on the preservation of judicial records and the prospect of generating inconsistencies in judgments. Accordingly, we recommend that the legislative body address this issue conclusively by enacting suitable legal provisions. Firstly, it may be relevant to consider including the prospect of conceptual aggregation as a reason for renewing trials against convicted or accused individuals. Additionally, it is essential to establish a regulatory framework that outlines the procedure for rejecting an indictment. Until a legal provision is enacted, the institution responsible for trial renewal should operate with reference to subsequent offences. In the context of conceptual aggregation, it would be incompatible with the principles of the rule of law to impose the consequences of a judgement not being executed promptly and diligently on the individual who has been convicted. Until suitable legal regulations are established, it is advisable for the state to accept the penalties previously imposed and refrain from imposing any further penalties through the completion trial, as it lacks legitimate justification.

Keywords: Accumulation of crimes, Consolidation of Actions, *Non bis in idem*, Retrial, Rejection of the indictment.

GİRİŞ

Failin işlediği her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması kural olsa da kanun koyucu suç politikasına dair kimi gerekçelerle aynı fail tarafından işlenen birden fazla suça tek ceza verilmesini tercih edebilir.¹ Bu ise suçların toplanması yani içtimasına ilişkindir. Türk Ceza Kanunu² (TCK) m. 44/1 zincirleme suç, ikinci fıkrası ise aynı neviden fikrî içtimayı düzenlemekteyken 44. maddede farklı neviden fikrî içtimayı düzenlenmektedir.³ Bu üç hukukî kurumun ortak noktası, farklı suçlara suç

¹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. baskı, Adalet Yayınevi 2022) 569; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 516; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 666–670; İnanç Işten, *Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtiması* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2021) 22.

² Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG: 12.10.2004/25611.

³ Her ne kadar TCK m. 43'ün başlığı “Zincirleme suç” ve TCK m. 44'ün başlığı “Fikrî içtima” şeklindeyse de doktrinde ve Yargıtay içtihadında TCK m. 44/1'de yer alan kurum zincirleme suç olarak adlandırılmakta; fikrî içtimanın türlerinin, TCK m. 44/2'de (aynı neviden fikrî içtima)

siyaseti gereği tek bir ceza verilmesini gerektirmesidir.

Zincirleme suç, tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı suçun bir kişiye karşı birden fazla defa işlenmesidir. Suçun temel şekli ile daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de aynı suç sayılır. Aynı neviden fikrî içtimada tek bir fiil ile aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Zincirleme suçta ve aynı neviden fikrî içtimada gerçekleşmiş birden çok suç söz konusudur ancak kanun gereği tek cezaya hükmedilmektedir. Hükmolunacak ceza belirlenirken birden çok suçtan en ağır cezayı gerektiren esas alınır ve ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılarak verilir. Ancak kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu hükümler uygulanmaz. Farklı neviden fikrî içtimada ise bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması söz konusudur. Bu hâlde faile yalnızca bu suçlardan en ağır cezayı gerektireninden ceza verilir.

Kanun koyucu, zincirleme suç, aynı neviden fikrî içtima veya farklı neviden fikrî içtima uygulamasına tâbî suçların aynı iddianame kapsamında mahkeme veya en azından davalar birleştirilerek aynı mahkemenin önünde birlikte görüleceği varsayımında bulunmuştur.⁴ Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu⁵ (CMK) hükümlerinde bu suçların ayrı yargılamaların konusu yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uygulamada, özellikle zincirleme suç açısından, söz konusu suçlar farklı yargılamaların konusu olabilmekte hatta bu yargılamalar farklı mahkemeler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Zincirin parçası olan suçlardan birinin veya birkaçının soruşturması veya kovuşturması sürerken diğerleri bakımından kovuşturma tamamlanmış hatta verilen hüküm kesinleşmiş hatta infaz edilmiş dahi olabilmektedir. Zincir içerisindeki suçlardan birine dair derdest bir kovuşturma söz konusu ise bir diğeri için açılacak kamu davasında dosyaların birleştirilmesi gerektiğinde şüphe yoktur.⁶ Diğer taraftan zincirleme suç ya da fikrî içtima kapsamında değerlendirilmesi gereken suçların biri veya

ve TCK m. 44'te (farklı neviden fikrî içtima) düzenlendiği kabul edilmektedir. Bkz. Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2013) 178.

⁴ Yargıtay da eski tarihli bir kararında, zincirleme suçun halkaları niteliğinde olan diğer suçlara dair iddianame düzenlenmediğini tespit ettiğinde ilk derece mahkemesince verilen kararı, gerekçesinde "1- İddianamede sanığın tek ve tamamlanmış hırsızlık eyleminden dava açıldığı ve fakat birden çok ve son olarak da kalkışma aşamasında kalmış eylemlerinden dolayı dava açılmadığı halde yöntemince bütün eylemleri hakkında iddianamede düzenlenmeden;

a) 'Davasız yargılama olmaz' ilkesine ters düşecek ve işlediği tüm eylemlerini,

b) Bütün eylemlerinden dolayı dava açıldığı takdirde sanığın eylemlerinin TCK. nun 491/4, 80. maddelerine uyacağı gözetilmeden yalnızca kalkışma aşamasında kaldığı hırsızlık cürmünü kapsayacak biçimde hüküm kurulması," ifadelerine yer vermek suretiyle bozmuştur. Bkz. Yargıtay 6. CD, 1986/9477, 1986/11494, 18.12.1986.

⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG: 17.12.2004/25673.

⁶ Samet Can Olgaç, "Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükümün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükme Etkisi" (2020) 15 Terazi Hukuk Dergisi 1461, 1466.



bir kısmı hakkında daha önce kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı varsa, sonraki yargılamanın bir tamamlama (mahsup) muhakemesi olduğu Yargıtay tarafından kabul görmektedir. Mevzuatta karşılığı olmayan, içtihat ile oluşturulmuş olan böyle bir uygulamanın ismini belirlemek de kolay değildir. Sonraki yargılamayı yapan mahkemenin önceki ceza ile olması gereken ceza arasındaki farka hükmetmesi nedeniyle buna tamamlama muhakemesi denilebilir. Esasen yargılamanın bir başka yargılama ile tamamlanmasının mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Ancak bilinen bir ifade olması nedeniyle çalışma boyunca sonraki yargılama için **“tamamlama muhakemesi”** ifadesi kullanılacaktır.

Bu çalışmada öncelikle Yargıtay içtihadında tamamlama muhakemesinin ne şekilde benimsendiği incelenecek ardından bu uygulamanın hukuka uygunluğu tartışılacaktır. Sonrasında mer’i mevzuat içerisinde meselenin ne şekilde çözülebileceği ve *de lege ferenda* bağlamında mevzuatta yapılabilecek düzenlemelerin neler olduğu hususunda görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

I. YARGITAY İCTİHADINDA TAMAMLAMA MUHAKEMESİ

Mevzuattaki düzenlemeler incelendiğinde içtima hâlindeki suçların ayrı ayrı muhakeme edilmesi ihtimâlinin kanun koyucu tarafından öngörülmediği anlaşılmaktadır. Mevzuattaki bu eksiklik, Yargıtay tarafından geliştirilen tamamlama muhakemesi yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan tamamlama muhakemesi, içtihadın çocuğudur.

Tamamlama muhakemesine dair içtihadın izlerine mülga Türk Ceza Kanunu⁸ (mülga TCK) döneminde de rastlanmaktadır. Bu dönemde görülen bir davada ilk derece mahkemesi, dava konusu suç ile daha önce kesinleşmiş başka bir ceza mahkûmiyetine konu suç arasında zincirleme suçun koşullarının gerçekleşmediğine karar vermiş, bu kararı temyiz mercii olarak inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesi de *“Dosya içerisinde bulunan mahkemenin 1994/43 esas sayılı dava dosyası içeriğinden sanığın 20.6.1994 suç tarihinde 735.853.035 lirayı zimmetine geçirmesi nedeniyle 14.7.1994 günlü iddianameyle açılan kamu davası üzerine sonuç olarak 6 yıl 8 ay ağır hapis, 817.614.483 lira ağır para cezasına mahkûm edilerek bu hükmün dairesimizce onanmasına karar verilmek suretiyle kesinleştiği ve sanığın bu dava konusu eylemleri de mahkûmiyet dosyasındaki iddianamenin düzenlendiği 14.7.1994 tarihinden önce 1993 yılı Eylül ve Ekim ayları içerisinde gerçekleştirdiği anlaşılmış bulunmasına göre aleyhinde iki ayrı kamu davası açılmış olmasına rağmen hukuki bir kesinti söz konusu olmadığından eylemleri tümü itibarıyla müteselsil nitelikli zimmet vassında bulunduğu ve buna göre hakkında yeniden uygulama yapılarak önceki mahkûmiyeti ile tayin edilen cezasının mahsubuna karar*

⁷ Burada zikredilen uygulama sadece yargılamadan ibaret olmayıp Cumhuriyet Başsavcılığı’nın soruşturma ve iddianame düzenleme faaliyetini de içerdiğinden yargılama değil muhakeme ifadesi tercih edilmiştir.

⁸ (Mülga) Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 1.3.1926, RG: 13.3.1926/320.

verilmesi gerektiği halde hakkında aksine uygulama yapılması gerekir.”⁹ şeklinde hüküm kurmuştur. Bu karara karşı ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na taşınan dosyada Ceza Genel Kurulu, “*Bu itibarla, sanığın bu davaya konu eylemleri kesinleşmiş mahkûmiyetine ilişkin dosyadaki iddianamenin düzenlendiği tarihten önce işlediğinden ve arada hukuki bir kesinti de söz konusu bulunmadığından Özel Daire bozma kararında işaret edilen biçimde uygulama ve işlem yapılmak üzere...*”¹⁰ ifadelerine yer verdiği kararıyla ilk derece mahkemesince verilen kararın bozulmasına hükmetmiştir.

Yargıtay’ın tamamlama muhakemesine dair içtihadı yeni TCK döneminde de sürmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 2016 yılında verilen kararda, “*Sanığın aynı gün Van ve Erzincan şehirlerinde gerçekleştirdiği uyuşturucu madde ticareti suçlarında, bir suç işleme kararı altında her iki suç işleme ve mağdurun toplumu oluşturan herkesin olması nedeniyle suçların zincirleme suç kapsamında kaldığı konusunda uyuşmazlık bulunmayan olayda; Van’daki suçtan dolayı sanığın Van 1. Ağır 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 ... 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 ... 62. maddesi uygulamadan önce belirlenen cezayı indirmek suretiyle sanığın cezalandırılmasına karar vermesinde; ... 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 ... 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.*”¹¹ gerekçelerine yer verilmiştir. Bununla birlikte çoğunluk kararına katılmayan bir üye karşı oyunda ikinci yargılamayı yapan Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi’nin, ikinci yargılamada yeni bir ceza tayin ederek ilk yargılamaya göre daha ağır olan bu ceza üzerinden zincirleme suç hükümlerini uygulayıp daha sonra Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin vermiş olduğu cezayı mahsup etmesi neticesinde olması gerekenden daha ağır bir ceza verdiğini, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi’nin yapacağı yargılamanın Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği ceza üzerinden zincirleme suç hükümlerini uygulayarak bakiye cezayı tayin etmekten (on iki yıl hapis cezasına ¼ ile ¾ ara-

⁹ Yargıtay 5. CD, 1998/3406, 1998/4381, 18.11.1998.

¹⁰ Yargıtay CGK, 1999/5-61, 1999/74, 20.04.1999.

¹¹ Yargıtay CGK 2014/10-847, 2016/128, 15.03.2016.

sında bir oran ile artırılması ve ardından takdirî indirimin uygulanması ve çıkan sonuçtan da kesinleşmiş olan cezanın mahsubuna karar verilmesi) ibaret olduğunu belirtmiş, yedi üye daha benzer gerekçelerle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay, tamamlama muhakemesi içtihadına yalnızca zincirleme suçta değil, fikrî içtima uygulamasında da başvurmuştur. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, “*Hakaret suçundan sanık ... hakkında yapılan yargılama sonucunda; mahkumiyetine dair İstanbul 47. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 05/02/2015 gün ve 2014/50 esas, 2015/21 karar sayılı hükmün sanık tarafından temyizi üzerine, Dairemizin 23/11/2020 gün ve 2020/20378 esas ve 2020/17561 karar sayılı ilamı ile hükmün bozulması kararına karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 09/01/2021 gün ve 18-2015/191485 sayılı yazısı ile itiraz etmesi üzerine dosya Daireye gönderilmekle incelendi (...) İnceleme konusu somut olayda, sanığın polis merkezi önüne gelerek dönemin Cumhurbaşkanı olan ... ile Başbakanı olan ...’a yönelik olarak hakaret ettiği sabittir. Sanık hakkında aynı eylem nedeniyle İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin ... esas, ... karar sayılı ilamı ile Cumhurbaşkanı’na hakaret suçundan TCK’nın 299/1. maddesi uyarınca 11 ay 20 gün hapis cezası verildiği, bu cezanın TCK’nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine karar verilmiş ve karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. İş bu temyize konu dosyada ise Başbakana hakaret suçundan TCK’nın 125/3-a maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanığın eyleminin TCK’nın 229/1. maddesinde tanımlanan Cumhurbaşkanı’na hakaret ve aynı Kanunun 125/3-a maddesinde tanımlanan hakaret suçlarını oluşturduğu, TCK’nın 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması gerektiği bu nedenle TCK’nın 299/1. maddesi uyarınca verilen cezanın fikrî içtima ve mahsup kuralları gereği TCK’nın 125/3-a maddesi uyarınca verilecek cezada gözetilmesi gerektiği anlaşıldığından, Açıklanan nedenlerle; Dairemizin 23/11/2020 gün ve 2020/20378 esas, 2020/17561 karar sayılı bozma kararındaki gerekçeye göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinde görülmediğinden 6352 sayılı Yasanın 99/3. maddesiyle 5271 sayılı CMK’nın 308. maddesine eklenen 3. fıkra hükmüne göre dosyanın Ceza Genel Kurulu’na gönderilmesine, 17/05/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” ifadeleriyle farklı neviden fikrî içtima uygulanması gereken hâllerde de tamamlama muhakemesinin işletileceği kanaatini ortaya koymuştur.¹²*

II. TAMAMLAMA MUHAKEMESİ İCTİHADININ HUKUKA UYGUNLUĞU

Tamamlama muhakemesi, çeşitli açılardan sorunlu hususlar içermektedir. Hukuka uygun değerlendirmesi yapılırken bu meselelerin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

¹² Yargıtay 4. CD, 2021/489, 2021/13628, 17.05.2021; Karara dair açıklamalar ve kararın detaylı bir değerlendirmesi için bkz. İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları* (2. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 131–133.

A. KESİN HÜKÜM

Zincirleme suç çerçevesinde suçun birden çok fiil ile işlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla zincirleme suçun halkaları olan suçlar bakımından her bir fiile ilişkin ayrı yargılama söz konusudur. Örneğin bu fiillerden yalnızca birini konu alan iddianame ile açılmış davada zincirin diğer halkasını oluşturan fiiller ile işlenen suçlar bakımından da hüküm kurulması davasız yargılama olmaz prensibine aykırı olur.¹³ Dolayısıyla zincirin tamamını içermeyen ilk yargılamada verilen hüküm ancak iddianamede yer alan fiil veya fiiller bakımından kesin hüküm teşkil eder.¹⁴ Doktrinde zincirleme suç bakımından gerçekleştirilen tamamlama muhakemesinde ilk hükme dokunulmadığı, ilk hükümde verilen cezanın ikinci yargılamada hesaplanan cezadan mahsubuyla yetinildiği ve dolayısıyla ikinci kez cezalandırılma yasağın ihlâl etmediği savunulmaktadır.¹⁵ Doktrinde zincirleme suçta tamamlama muhakemesini isabetli bulan bir diğer görüşe göre ise tamamlama muhakemesinde sonraki hüküm önceki hükmün ikmal edilmesinden ibaret *olduğundan non bis in idem*¹⁶ prensibine aykırılık da bulunmaz.¹⁷ Kanaatimizce; tamamlama muhakemesinde gerçekleştirilen mahsup nedeniyle mükerrer cezalandırma söz konusu değildir. Ancak sonraki yargılamada *non bis in idem* prensibi ihlâl edilmektedir.

Tamamlama muhakemesinde iki yargılama söz konusudur ve ikinci yargılamanın ilk yargılamaya müdahalesi kaçınılmazdır. Örneğin, yukarıda zikredilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2016 tarihli kararına konu, sanığın Van ve Erzincan illerinde aynı gün uyuşturucu madde satması olayında, Erzincan'da yapılan satışın, Van'da yapılan satış ile zincirleme biçimde işlendiğinin tespiti için her iki fiilin de aynı suç işleme kararının ürünü olması gerekmektedir. O halde ikinci yargılamayı gerçekleştiren Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi, ilk yargılamada kesin hükme bağlanmış suça ilişkin suç işleme kararını da tespit etmelidir. Bu sayede her iki suçun da aynı suç işleme kararı kapsamında işlenip işlenmediğini değerlendirebilecektir. Buradaki temel sorun, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yargılaması tamamlanmış ve verilen kararın da kesinleşmiş olduğu bir dosya hakkında tespitte bulunma yetkisi bağlamındadır. Sorunu bir adım öteye taşıyacak olursak eğer Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi, her iki yargılamaya konu olan fiillerin aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlendiği

¹³ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. baskı, Adalet Yayınevi 2022) 81.; Krş. Yargıtay 6. CD, 1986/9477, 1986/11494, 18.12.1986.

¹⁴ Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç* (1. baskı, 1995) 148.

¹⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ 2020) 705.

¹⁶ Yargılamanın ancak bir kere yapılabilceğini öngören bu prensibe göre kesin hükümle sona eren bir ceza davası söz konusu ise bu kimse hakkında artık aynı konuda aynı fiil için ceza davası açılamaz. Bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 826.

¹⁷ Mustafa Kağan Öztürk, *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç* (1. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 129–133.



kanaatindeyse aynı kanaatin Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından da paylaşıldığı varsayımını sorgulamak gerekir. İkinci yargılamayı da aynı mahkeme ve hatta aynı hâkim gerçekleştiriyor olsaydı dahi daha önce verilen kesinleşmiş karara ne ölçüde müdahale edebileceği başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce, tüm bu sorunların temelinde ilk yargılama üzerine verilen kararın hâlâ geçerli olması yatmaktadır. Netice itibarıyla daha önce gerçekleştirilen ve tamamlanmış bir yargılama sonunda kesinleşmiş bir yargı kararı mevcut olduğu hâlde bu fiilden ikinci kez ceza verilmeyecek olsa dahi fiilin yeniden değerlendirilmesi, *non bis in idem* prensibi ile bağdaşmaz. Bu prensip yalnızca kişinin işlediği bir fiilden dolayı birden fazla ceza ile yüzleşmesinin önüne geçmez ayrıca ceza muhakemesinde usule dair bir tutarlılığı da korur. İkinci yargılamayı yapan mahkemenin ilk fiilin hangi suç işleme kararı çerçevesinde gerçekleştirildiğini inceleme yetkisi olduğunu kabul etmemiz hâlinde ilk fiilin hangi suçu oluşturduğu konusunda bir hukukî niteleme yapmasına da müsaade etmemek bir çelişki teşkil eder. İlk fiilin hangi suçu oluşturduğu sorunu da tıpkı aynı suç işleme kararı koşulu gibi zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında bir kriterdir. Bu şekilde bir uygulama ile ikinci yargılamayı gerçekleştiren mahkemenin, aynı fiilin hangi suç işleme kararıyla işlendiğini inceleyebileceği de kabul edilmektedir. O hâlde mahkeme suç işleme kararının ortak olup olmadığını araştırırken aynı fiille ilgili tanık dinleyip delil toplamak ve bunları değerlendirmek durumunda kalacaktır. Tamamlama muhakemesi içtihadı, mahkemeyi, daha önceki yargılamada verilen kararın doğruluğunu tartışmadan zincirleme suç hükümlerini uygulamak durumunda bırakmaktadır. Mahkemenin önceki yargılamaya konu fiilin aslında daha az cezayı gerektiren başka bir suç tanımını karşıladığı hatta herhangi bir suçun unsurlarının oluşmadığı kanaatinde olmasının önemi bulunmamaktadır. Böylece mahkeme, ikinci yargılamada hüküm kurarken, önündeki fiil ile aslında suç teşkil etmediğini düşündüğü ilk yargılamadaki mahkûmiyet hükmüne konu fiil arasında ‘suç işleme kararı’ bakımından bir ortaklık olup olmadığını incelemek zorunda kalmaktadır.

Bu durum fikrî içtima konusu olacak bir başka suçun sonradan ortaya çıkması hâlinde daha da karmaşık ve tutarsız bir hâl alacaktır. Aynı ve farklı neviden fikrî içtimada ‘aynı fiil’ bakımından yargılama gerçekleştirilmesi söz konusudur¹⁸. Dolayısıyla burada artık ikinci yargılamaya konu fiilin ilk yargılamanın konusu ile aynı olup olmadığı sorunu gündeme gelecek ve doğrudan doğruya fiil incelemesi yapılacaktır. Nitekim böyle bir uygulamanın bir fiilden iki defa yargılanmak anlamına geleceği doktrinde Özgenç tarafından isabetli bir şekilde ifade edilmiştir.¹⁹ Bu noktada ceza hukuku anlamında ‘fiil’ ile ceza muhakemesi hukuku anlamında ‘fiil’ kavramlarının örtüşüp örtüşmediği sorunu üzerinde durmak gerekir. Esasen ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku dalları her ne kadar birbirlerinden bes-

¹⁸ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 73.

¹⁹ Özgenç (n 12) 133.

lenmekteyseler de kendine özgü prensiplere sahiptir. Bu itibarla ceza muhakemesi anlamında fiile ilişkin yapılacak bir değerlendirmede ceza hukuku anlamında fiile ilişkin teorilerden yararlanılması gerekli olsa da ceza muhakemesi hukuku anlamında fiil, ceza hukuku anlamında fiilden kavramsal açıdan farklıdır. Ancak ceza hukuku anlamında aynı fiil ile birden fazla netice meydana getirilmişse bu neticelerin ceza muhakemesi hukuku açısından da aynı fiil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. Örneğin, failin bir kimsenin malına zarar verdiği fiilinden yapılan yargılamasında aynı fiil ile araç içerisindeki bir kimsenin de ölümüne yol açtığı anlaşılırsa burada ceza muhakemesi açısından fiilin genişletilmesi söz konusu olmayıp davanın iddianamede belirtilmeyen bir inceleme noktasının tamamlanması söz konusudur. Ancak zaman ve mekân bakımından aynı fiil olarak değerlendirilemeyecek suçlar bakımından bu yaklaşım benimsenemez.²⁰ Bu açıklamalar doğrultusunda bir fiilin kesin hükme bağlanması hâlinde fiilin bilinen ve bilinmeyen sonuçları bakımından *non bis in idem* prensibinin işlemeye başlayacağı, bu aşamadan sonra ancak kesin hükme karşı olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilebileceği kanaatindeyiz.

B. MAHKEMELERİN KARARLARINDA BAĞIMSIZLIĞI

Anayasa m. 9 hükmünde yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Anayasa m. 138/1 ile de hâkimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuk çerçevesinde vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Anayasa m. 138'in müteakip fıkralarında ise mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin teminatlar düzenlenmiş, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir, talimat ve hatta tavsiye veya telkinde bulunulması yasaklanmıştır.

Görüldüğü üzere kararını verirken Anayasa, kanun ve hukuk ile bağlı olup vicdanî kanaati çerçevesinde hareket etmek zorunda olan hâkim, kural olarak, ne başka bir mahkemenin kararı ne de kendisinin daha önce vermiş olduğu bir karar ile bağlıdır. Oysa tamamlama muhakemesi içtihadıyla ilk yargılamayı yapan mahkemenin işlenen mahkûmiyet kararı ikinci yargılamayı yapan mahkemeyi bağlar hâle getirilmektedir. İkinci yargılamayı yapan mahkeme ilk yargılamaya konu fiilin suç olmadığı, başka bir suç teşkil ettiği veya verilecek cezanın daha farklı biçimde tayini gibi hususlarda ilk yargılamayı yapan mahkemenin kararını doğru kabul etmeye zorlanmaktadır. Diğer taraftan ikinci yargılamayı yapan mahkeme de işlenen suçların aynı suç işleme kararı kapsamında olup olmadığı yahut aynı fiil ile işlenip işlenmediği noktasında ilk yargılamayı yapan mahkemenin yerine geçmekte, bir anlamda onun verdiği kararı değiştirmektedir. Bu sonuçlar, hukuk düzeninin ilk derece mahkemelerinin birbirleri karşısındaki konumu bakımından öngördüğü kuralları ihlâl etmektedir. Aksi görüşteki Yalçın Sancar ise ikinci yargılamayı yapan hâkimin, ilk yargılamadaki suçla teselsülün söz konusu olup olma-

²⁰ Ceza muhakemesi anlamında fiile dair açıklamalar için bkz. Tuba Kelep Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (1. baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019) 9 (18.dn.), 36ff., 96.



diğını belirlemede özgür olmasını hâkimin tamamen bağımsız kabul edilmesi için yeterli görmektedir.²¹

İkinci yargılamayı yapacak olan mahkemenin, ilk yargılamayı yapacak olan mahkeme olması hâlinde de sorunun ortadan kalkmadığı kanaatindeyiz. Mahkeme, önüne gelen yeni uyuşmazlıkta kendi kararı ile de bağılı değildir. Şu hâlde önceki içtihadından dönerek ilk yargılamada kurduğu hükmün hatalı olduğunu düşünen bir mahkemeyi dahi ikinci yargılamada TCK m. 43'ü uygulamaya zorlamak da hukuka uygun olmaz.

Aksi görüş, muhtemelen tekerrür gibi önceki mahkûmiyet kararının sonraki yargılamalarda esas alınması zorunluluğu bulunan hâlleri kanaatimizi eleştirmek üzere ileri sürebilir. Belirtilmelidir ki bu durumların, tamamlama muhakemesinden farklı olarak, TCK m. 58 hükmünde olduğu gibi kanunî bir dayanağı vardır. Ayrıca bu kurumlarda daha önce verilen kararların varlığı, yeni kurulacak hüküm bakımından başlı başına bir kriter olup ikinci yargılama önceki fiile ilişkin yeni bir inceleme veya değerlendirme yapılması söz konusu değildir.

C. MAHSUBUN DAYANAĞI

Tamamlama muhakemesinde ikinci yargılamada mahkûmiyet hükmü verilirken, her iki yargılama birlikte gerçekleştirilseydi içtima hükümleri çerçevesinde verilecek cezadan, ilk yargılamada verilen ceza mahsup edilerek bakiye cezaya hükmolunması söz konusudur.²² Mahkemenin bu şekilde bir tamamlama muhakemesi yapmasının kanunî dayanağının bulunmadığı bilinmektedir. Mahkemeler; Anayasa ve kanunların kendilerine tanıdığı yetkiyi kullanabilirler. Mahkemelere kıyas yönteminin kullanılması mümkün olsa da bunların ceza ve ceza muhakemesi hukukunda sınırları mevcuttur. Yukarıda zikredilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2016 tarihli kararında, Erzurum Ağır Ceza Mahkemesi'nin yapmış olduğu mahsubun kanunî dayanağı olarak TCK m. 63 hükmü gösterilmiştir.

Türk Ceza Kanunu m. 63'te "*Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.*" hükmü yer almakta olup söz konusu hüküm yalnızca hürriyetin sınırlandığı biçimde 'geçirilen' sürelerden bahsetmektedir²³. Oysa tamamlama muhakemesinde adeta 'geçirilecek süreler' mahsup edilmektedir. Her ne kadar ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı ve istisna niteliğinde olmayan hükümler bakımından kıyas mümkün²⁴

²¹ Yalçın Sancar (n 14) 149.

²² Ömrü Yılmaz, "Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama Suçu" (2020) 11 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 579, 613.

²³ Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı* (2. baskı, Adalet Yayınevi 2022) 200ff.

²⁴ Ahmet Gökçen ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. baskı, Adalet Yayınevi 2020) 59ff.; Mustafa Avcı, Mehmet Aykanat ve İbrahim Ülker, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2022) 304.

olsa da kanaatimizce TCK m. 63 bu bağlamda kıyasa elverişli değildir. Her şeyden önce kıyas yoluyla boşluk doldurmada benzerlik veya ortak özellikler içeren meselelere dair başka bir hükümden yararlanmak gerekir²⁵. Ceza muhakemesindeki tamamlama muhakemesi içtihadı ile ceza hukukuna ait bir kavram olan hükmün kesinleşmesinden önce hürriyetin sınırlandığı sürelerin verilecek cezadan mahsubu arasında kıyas yapılabilir mantıkî bir bağlantı noktası bulunmamaktadır.

D. İKİNCİ YARGILAMA KONUSU SUÇUN CEZASININ TESPİTİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda zikredilen 2016 tarihli kararında tamamlama muhakemesinde bakiye cezanın tespiti bakımından önemli sayıda üyenin karşı oy verdiği görülmektedir. Eğer tamamlama muhakemesi yapılacaksa bakiye cezanın nasıl hesaplanacağı ele alınması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre önceki yargılama, sonraki yargılama tarafından biçimsel olarak emilir, sonraki yargılama ile yapılan yalnızca ilk mahkûmiyet kararındaki cezanın değiştirilmesinden ibarettir. İkinci mahkûmiyete konu suç veya suçlar, ilk mahkûmiyete esas teşkil edenlerden daha ağır cezayı gerektirse dahi zincirleme suç çerçevesindeki ceza artırımı ilk mahkûmiyet kararındaki ceza üzerinden yapılır.²⁶ Eğer ilk mahkûmiyet kararında zincirleme suç hükümleri uygulanmış fakat daha sonraki yargılamada bu zincire bir halka daha eklenmiş ise bu durumda sonraki yargılamaya konu suçun zincire dâhil olduğu tespit edilerek ceza değiştirilmeden bırakılır.²⁷ Kanaatimizce; burada mülga TCK'dan farklı olarak yeni TCK'da gerek zincirleme suç gerekse fikrî içtima hâllerinde birden fazla suçun var olduğu ancak ceza siyaseti gereği tek cezaya hükmolunduğu üzerinde durmak gerekir. Dolayısıyla tamamlama muhakemesi yapılacaksa bu halde TCK m. 43 anlamında cezaya hükmedilirken öncelikle her bir suç açısından ceza ayrı ayrı belirlenmeli, zincirleme suç dolayısıyla TCK m. 43/1 çerçevesinde yapılacak artırım bunların en ağırı üzerinden uygulanmalıdır. Önceki yargılamada zincirleme suç teşkil eden en az iki fiilden yargılama yapılmışsa ve sonraki yargılamada zincire başka bir halka veya halkalar eklenmişse de aynı yöntem izlenmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta artırım oranına ilişkindir. Zincire dâhil olan suç sayısının artması, son yargılamayı yapan mahkeme tarafından belirlenecek artırım oranı bakımından dikkate alınmalıdır. Öte yandan, zincirdeki suç sayısının artmasına karşın önceki yargılamada tayin edilenden daha az bir artırım oranının belirlenmesi de mümkündür. Eğer netice ceza hükümdeki ceza daha ağır değilse ek ceza tayin edilmemelidir. Kanaatimizce, eğer tamamlama muhakemesi uygulanacaksa cezanın belirleme yöntemi bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013 tarihli kararı isabetlidir. Aksi kabulde, yani TCK m. 43/1 çerçevesinde

²⁵ Avcı, Aykanat ve Ülker (n 24) 303.

²⁶ Yalçın Sancar (n 14) 150 ff.

²⁷ age 151.

yapılacak artırımda otomatik olarak ilk yargılamada verilen cezanın esas alınması hâlinde, ikinci yargılamaya konu suça ilişkin incelemede TCK m. 61 hükümleri tamamen göz ardı edileceğinden söz konusu karardaki karşı oyda yer alan görüşe²⁸ katılmak mümkün değildir.

E. ADLÎ SİCİLDE İKİ FARKLI KAYIT OLMASI

Tamamlama muhakemesi neticesinde hükümlünün adlî sicilinde hem önceki yargılama hem de sonraki yargılamada verilen kararlar yer alacaktır. Doktrinde Özgenç bunun tekerrür bakımından hükümlü aleyhine olumsuz sonuçları olacağı kanaatindedir.²⁹ Kanaatimizce ise tamamlama muhakemesinde uygulamanın iki mahkeme kararını tek bir mahkûmiyet hükmü olarak görüp mahsuplaşma yaptığı hususuna dikkat edilmelidir. Faile birden fazla suçlardan verilecek ‘tek’ cezanın birden fazla hükümde verilmesi bir sorundur. Ancak uygulamanın yarattığı bu sorun yine uygulama tarafından çözüme kavuşturulabilir. Tamamlama muhakemesini icat ederek bir cezayı birden çok hükümde karara bağlayan uygulamanın bu birden çok hükmü tekerrür uygulamasında ayrı ayrı cezalar olarak değerlendirmesi bir tutarsızlık olur. Bu nedenle yek bir adlî sicil kaydının bulunması gerekmektedir. Ancak Adli Sicil Kanunu m.4/1’e göre; “*Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilir.*” Bu Kanun’da hangi bilgi ve kararların adli sicile kaydedileceği açıkça düzenlenmiştir. Tamamlama muhakemesi ile ilk hükmün birleştirilerek tek hüküm olarak adli sicile kaydını sağlayacak bir kural da bu Kanun’da yer almamaktadır. Uygulamada da her bir hüküm ayrı ayrı adli sicile gönderilmektedir. Kişinin adlî sicilinde iki ayrı muhakeme ürünü iki ayrı hüküm yer almaktadır. İkinci hüküm de fark cezaya hükmedilmesi nedeniyle bu cezaya mahkûm edilmiş ayrı bir hüküm olarak varlığını sürdürmektedir. Bunun adlî sicil kaydının silinmesi ve yasak hakların iadesi kurumları açısından da sakıncalı olduğunu belirtmemiz gerekir.

F. MAHSUBU GEREKTİREN BİRDEN FAZLA HÜKÜM OLMASI

Zincirleme suç oluşturan suçlardan ikisi hakkında ayrı ayrı ceza hükmü kesinleştikten sonra bir üçüncüsü için iddianame düzenlenmesi hâli olasıdır.³⁰ Bu durumda tamamlama muhakemesi benimsenirse üçüncü yargılamada verilecek cezada önceki hükümlerden hangisinin esas alınacağı sorunu doğacaktır. Eğer üç hüküm birden beraber yargılansaydı verilecek ceza üzerinden hesap yapılacak olursa üçüncü yargılamayı yapan mahkemenin mahsuptan sonra bakiye cezaya hükmetmek

²⁸ Yukarıda belirtilen karara ilişkin karşı oy şu şekildedir: “İkinci yargılamayı yapan Erzinçan Ağır Ceza Mahkemesi’nin, ikinci yargılamada yeni bir ceza tayin ederek ilk yargılamaya göre daha ağır olan bu ceza üzerinden zincirleme suç hükümlerini uygulayıp daha sonra Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin vermiş olduğu cezayı mahsup etmesi neticesinde olması gerekenden daha ağır bir ceza verilmiştir. Erzinçan Ağır Ceza Mahkemesi’nin yapacağı yargılama, Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin verdiği ceza üzerinden zincirleme suç hükümlerini uygulayarak bakiye cezayı tayin etmekten ibarettir.”

²⁹ Özgenç (n 12) 133.

³⁰ Örnek için bkz. Olgaç (n 6) 1467.

bir yana ilk iki yargılamada verilen toplam ceza nazara alındığında sanığa borçlu çıkması olasıdır. Doktrinde bu sorunun çözümü için ikinci yargılama bakımından kanun yararına bozma yoluna gidilmesi için ihbarda bulunulması ve buradan sonuç alındıktan sonra yargılamaya devam olunması önerilmektedir.³¹ Ancak ikinci yargılamada verilen hükmün kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşmesi ihtimâlinde bu yola başvurmak mümkün olmadığı gibi ikinci hükmün ortadan kaldırılmasını savunurken ilk hükmün varlığını korumak kanaatimizce tutarlı değildir.

G. HÜKMÜN BÖLÜNMESİ

Mahsup yargılaması, verilecek tek bir mahkûmiyete birden çok kararda hükmedilmesi suretiyle hükmün bölünmesine yol açar. Bu ise aynı veya benzer fiilin farklı hukukî değerlendirmelere tabi tutulmasına kapı aralayabilir. Örneğin, bir cümle ile birden fazla kişiyi tehdit eden kimsenin sarf ettiği sözler önceki yargılamada tehdit olarak nitelendirilirken diğer yargılamada hakaret olarak değerlendirilebilir. Hükmün bölünmesinin sakıncaları bununla da sınırlı olmayıp ceza miktarının önemli olduğu kimi kurumlar bakımından başka problemlere de yol açmaktadır.

1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Önceki yargılamaya konu suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse bu durumda ortada kesin hüküm niteliğinde bir karar bulunmadığından³² sonraki yargılamadan mahsup edilecek bir ceza da söz konusu olmaz. Doktrinde *Olgaç* bu sorunu zincirleme suç özelinde değerlendirmiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu cezanın sonraki yargılamadan mahsup edilip edilemeyeceği ile ilgili olarak Yargıtay daireleri arasında uyuşmazlık bulunduğunu tespit etmiştir. Yazar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun sonraki yargılamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu suçun tamamen göz ardı edilmesi ve zincirleme suçta dâhil edilmeden hüküm kurulması yani mahsup yapılmaması gerektiği yönündeki görüşünün³³ isabetli olduğu

³¹ age 1476.

³² Hüseyin Turan, *Ceza Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2012) 25; Rezan Epözdemir, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2016) 300.

³³ "UYAP sistemi üzerinden yapılan incelemeye göre, bozma sonrası Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesince 14.03.2013 gün ve 3 -134 sayı ile, sanığın TCK'nun 203/1, 43 ve 52. maddeleri gereğince 100 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ve 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve bu kararın itiraz edilmeden kesinleştiği,

Anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözülebilmesi için öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunundaki "davaların birleştirilmesi"ne ilişkin hükümler üzerinde durulmalıdır.

(...)

Zincirleme suçta dâhil olan bir suçtan bu durum gözetilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suçta konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de gözönüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulmalı, kesinleşen hükümdeki ceza sonuç cezadan indirilmeli, böylece yargılaması

kanaatini belirtmiştir³⁴.

Bu görüş, kanaatimizce, daha sonra denetim süresi içerisinde işlenen bir suç nedeniyle önceki yargılamada hükmün açıklanması durumunda mahsubun nasıl uygulanacağını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Açıklanması geri bırakılan hükümde verilen ceza, mahsup olmaksızın açıklanmak durumunda kalınacağından mahsubun eğer başvurulursa kanun yolu aşaması dışında gözetilmesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki bu görüşün fikrî ictima bakımından uygulanabilir olmadığı görülmektedir. Zira önceki yargılamada açıklanması geri bırakılan hükme konu fiil, sonraki yargılamadakinden farklı değildir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından karşılaşılabilecek bir diğer sorun, sonraki yargılamada hükmolunan cezanın miktar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına elverişli olması hâlidir. Önceki yargılamada da

devam eden suçla ilişkin ceza belirlenmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 15.03.2016 gün ve 847-128 sayılı ve 20.04.1999 gün ve 61-74 sayılı kararlarında da bu şekilde yapılan uygulamanın isabetli olduğu belirtilmiştir.

Bu noktada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna da değinmek gerekmektedir.

(...)

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayanağını oluşturan mahkûmiyet hükmü ise hükmün açıklanması, düşme kararının verilmesi veya yeni bir mahkûmiyet hükmünün tesisinden sonra hukuken varlık kazanacağından ancak bu halde temyiz incelemesine konu olabilecek, temyiz kanun yoluna başvurulmadan kesinleşmesi halinde ise koşulları bulunduğu takdirde kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolu ile denetlenebilecektir.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesinin 3-134 sayılı dosyasında, sanığın mühür bozma suçundan TCK'nun 203/1, 43/1 ve 52. maddeleri uyarınca 100 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ve bu hükmün 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesi uyarınca açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi, her ne kadar bu davaya konu eylemlerin Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 818-1274 sayılı davasına konu iddianame tarihinden önce gerçekleştirildiği iddia edilmiş ise de, bu eylemlere ilişkin yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sebebiyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmamış olması karşısında, anılan davanın Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesindeki 818-1274 sayılı dava ile bu aşamada birleştirilmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu cezanın Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesince hükmolunan sonuç cezadan indirilmesine imkan bulunmamaktadır. Ancak, açıklanması geri bırakılan hükmün ileride açıklanarak hukuken varlık kazanması halinde, her iki davaya konu eylemler arasında zincirleme suç hükümleri bakımından değerlendirme yapılabilmesi için, Ankara 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 818-1274 sayılı dosyasının onaylı örneğinin, Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesinin işbu dosyasına konulmak üzere gönderilmesi gerekmektedir." Yargıtay CGK 2013/438, 2017/16, 17.01.2017.

³⁴ Olgaç (n 6) 1468–1471.

hükmün açıklanması geri bırakılmışsa sonraki yargılamadaki suç bakımından da mümkünse hükmün açıklanmasını geri bırakmak hükmün bölünmezliğini sağlayabilirdi. Ancak bu CMK m. 231/8'e 6545 sayılı Kanun ile eklenen *"Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez."* cümlesi dikkate alındığında her zaman mümkün olmayacaktır. Zincirleme olarak işlenmekle birlikte ilk yargılamada hükmün açıklanması geri bırakılmışsa ve ikinci yargılama bu geri bırakmanın denetim süresi içerisinde hükme bağlanmışsa bu ikinci yargılamada koşullar sağlansa bile hükmün açıklanması geri bırakılamayacak ancak cezadan mahsup edilebilecek bir hüküm bulunmayacaktır. Denetim süresinde ise yeni bir suç işlenmesi hâlinde birinci yargılamadaki açıklanması geri bırakılan hüküm de açıklanacaktır. Böylece hem birinci hem de ikinci yargılamadaki hükümler, mahsup yapılamadan açıklanmış olacaktır.

Önceki yargılamada cezaya hükmolunmuş ise sonraki yargılamada mahsup neticesinde hesaplanan cezanın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu edilip edilemeyeceği ele alınması gereken bir sorundur. Kanaatimizce burada içtima kuralları çerçevesinde tespit edilecek toplam ceza hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına elverişli değilse sonraki yargılamada hükmolunan ceza bu toplam cezanın bakiyesi niteliğinde olduğundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olamaz. Öte yandan toplam ceza hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına elverişli ise bakiye cezanın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olması mümkün olmakla beraber bu hükmün bölünmesine yol açacaktır.

2. Hapis Cezasının Ertelenmesi

Cezanın ertelenmesi hâlinde kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü mevcut olduğundan önceki yargılamada cezanın ertelenmesine hükmedilmesi cezanın sonraki yargılamada mahsuba esas teşkil etmesine engel değildir³⁵. Ancak içtima uygulaması neticesinde verilecek tek ceza miktar yönünden cezanın ertelenmesine olanak tanımıyorsa bu durumda sonraki yargılamada hükmolunan bakiye cezanın kanaatimizce ertelenmesi mümkün değildir. Zira bakiye ceza toplam cezanın bir parçasıdır. Burada ertelenme kabiliyeti olmadığı hâlde ertelenen, toplam cezanın önceki mahkûmiyete konu kısmıdır. Toplam cezanın ertelemeye uygun olması hâlinde ise bakiye cezanın ertelenmesi mümkün olmakla beraber önceki yargılamada ertelemeye hükmedilmemişse bu durumda hüküm bölünmüş olacaktır.

3. Seçenek Yaptırımlar

Önceki yargılamaya konu mahkûmiyet hükmünün seçenek yaptırıma çevrilmesi durumunda, içtima uygulansaydı verilecek olan toplam ceza seçenek yaptırıma uygun değilse mahsubun nasıl gerçekleştirileceği sorun teşkil etmektedir. Burada mahsubun kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmeden önceki

³⁵ age 1471.



hâli esas alınarak yapılması kanaatimizce isabetli olacaktır. Ancak suçlar birlikte yargılanarak içtima hükümleri uygulansaydı verilecek toplam cezanın bir yıldan daha fazla olması durumunda bakiye cezanın seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği ve bu nedenle de hükmün bölünmüş olacağı kanaatindeyiz. Benzer şekilde toplam ceza kısa süreli hapis cezası niteliğinde ise önceki yargılamada hükmolunan kısım seçenek yaptırıma çevrilmemiş dahi olsa bakiye ceza seçenek yaptırıma çevrilebilir.

4. Seçimlik Cezalar

Kanun koyucu suç karşısında hapis cezası ve adlî para cezasını ayrı ayrı öngörebileceği gibi bunları birlikte veya birbirlerine seçimlik olarak düzenleyebilir. Bu durumda yargılamalardan birinde mahkemece adlî para cezası takdir edilmiş ancak diğerinde hapis cezasına hükmedilmiş ise mahsubun nasıl yapılacağı problem teşkil etmektedir. Kanaatimizce içtima neticesinde verilmesi gereken ceza hapis cezası üzerinden hesaplanıp adlî para cezasının gün olarak karşılığı mahsup edilmelidir. Ancak bu durumda da hüküm bölünerek cezanın bir kısmı adlî para cezası diğeri ise hapis cezası şeklinde hükmolunacaktır.

5. Cezaların İnfazı

İki ayrı hükümle verilen iki ayrı cezanın infazı açısından bir kısım konulara da açıklık getirilmesi gerekir. Burada sadece hapis cezasını ele alarak bir değerlendirme yapmak daha uygun olacaktır. Eğer önceki hükümde verilen ve kesinleşmiş mahkûmiyetin infazı tamamlanmadan evvel sonraki mahkûmiyet verilir ve kesinleşirse öncelikle önceki ve sonraki cezaların CGTİHK³⁶ m. 99 gereğince içtima yoluna gidilmesi gerekecektir³⁷. Tek bir hükümde tek bir ceza olarak infaz edilecek olan mahkûmiyet iki ayrı hüküm gibi infaz edilecektir. Bunda içtima yolunun uzunluğu ve kırtasiye üretmesi dışında herhangi bir sakınca görünmemektedir. İki ayrı cezanın infazında hesaplamaların ayrı ayrı yapılması halinde hapis cezalarında bir gün ve adlî para cezalarında bir Türk Lirası'nın küsuratının hesaba katılmaması nedeniyle hükümlü lehinde dahi sonuç çıkabilecektir (TCK m.61/6). Koşullu salıverme açısından hükümlü aleyhine herhangi bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Aynı durum hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılmasıyla ilgili olarak da söylenebilir. Çünkü açık ceza infaz kurumuna ayrılma hesabı, Açığa Ayrılma Yönetmeliği m. 6 gereğince içtima edilen ceza üzerinden yapılmaktadır. Denetimli serbestlikle cezanın infazı açısından da (içtima edilmiş) iki ayrı ceza olarak infazda herhangi bir sakınca söz konusu değildir.

Esas sorun ilk mahkûmiyetle verilmiş olan cezanın infaz edilmiş olması halinde söz konusu olacaktır. Artık ortada içtima ettirilecek herhangi bir infaz edilmesi gereken hüküm söz konusu olmadığından içtima mümkün değildir. Sonraki kesinleşen mahkûmiyetin ayrı bir ilam olarak infaz edilmesi gerekmektedir. Bu durum-

³⁶ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, RG: 29.12.2004/25685.

³⁷ İnfazda cezaların içtima için bkz. Yerdelen (n 23) 391.

da tekerrür dışında infaza ilişkin yukarıdaki kurumların uygulanmasında sorunlar söz konusu olabilecektir. Somut bir örnek vermek gerekirse on yıl olan ilk hükmün infazından sonra zincirleme suç sebebiyle iki yıl altı ay daha mahkûmiyet hükmü olabilir. Bu durumda bu iki yıl altı ay için ayrı infazı yoluna gidilmesi gerekecektir. Bu durumda ceza üç yıldan az olduğundan hükümlüye davetiye çıkarılması, cezanın doğrudan açık ceza infaz kurumunda çektirilmesi, hapis cezasının infazının ertelenmesi gibi kurumların işletilmesi mümkün olacaktır. Ancak esasen bu ceza on iki yıl altı ay verilmesi gereken ilk cezanın tamamlayıcısıdır.

H. KANUN DEĞİŞİKLİĞİ OLMASI

Önceki mahkûmiyet kararı ile sonraki tamamlama muhakemesi arasında kanun değişikliği olması durumunda bu kez bu kanun değişikliğine göre önce verilen hükmün de uyarlama yargılamasına tabi tutulması gerekecektir. Ancak sonraki yargılamayı yapan mahkeme, önceki hükme müdahale edemeyeceğinden, eğer önceki mahkûmiyet hükmünü veren mahkeme, henüz uyarlama yargılaması yapmamışken sonraki yargılamada mahsup yapılırsa neticede olması gerekenden fazla cezaya hükmolunmuş olacaktır. Sonraki hüküm de kesinleşmişse uyarlama yargılaması iki ayrı hüküm için söz konusu olacaktır. Bu defa da mahsup edilen ceza (önceki hükümde verilen ceza), bakiye cezadan (sonraki hükümde verilen ceza) önce uyarlamaya konu olmazsa bakiye cezanın uyarlanması neticesinde kurulacak hüküm hatalı olacaktır. Benzer durum önceki ceza uyarlamaya konu olması gerektiği hâlde bu uyarlama yapılmadan tamamlama yargılaması yapılarak bakiye cezanın belirlenmesinde söz konusudur. Nitekim, yukarıda verilen 2016 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olayda, suçun cezası 6545 sayılı Kanun³⁸'dan önce on yıldan az olmamak üzere hapis iken bu Kanunla yirmi yıldan az olmamak üzere hapis olarak belirlenmiştir. Bu nedenle önceki yargılama ile sonraki yargılamada hükmedilen cezalar arasında büyük fark bulunmaktadır.

Önceki hükmün infazından sonra hükümlü lehine bir değişiklik olmuşsa bu kez önceki hükmün (TCK m. 7/2 hükmüne göre lehe değerlendirme infazın tamamlanmasına kadar mümkün olduğu hâlde) de yeniden uyarlama yargılamasına konu edilmesi ve sonraki hükmün de buna göre tesis edilmesi gerekecektir. Bu da TCK'nın infazın tamamlanmasına kadar lehe kanun değerlendirmesi yapılacağı hükmüne aykırıdır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Uygulamada zincirleme suçun halkalarını oluşturan suçlar iki farklı yargılamaya konu edilmiş ve bu yargılamalardan biri kesin bir mahkûmiyet hükmüne bağlanmışsa ikinci yargılamanın iki yargılama beraber görülseydi zincirleme suç uygulandığında elde edilecek ceza ile ilk yargılamada hükmolunan ceza

³⁸ Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6545, Kabul Tarihi: 18.6.2014, RG: 28.06.2014/29044.



arasındaki farkın tespit edilerek bakiye cezaya hükmolunduğu görülmektedir. Aynı suç teşkil etmelerine rağmen birlikte yargılama konusu yapılarak tek ceza verilmesi gerektiği hâlde uygulamada içtima hâlindeki suçların çeşitli sebeplerle farklı iddianamelerde, farklı yargılamalara konu edildiği görülmektedir. Sorunun çözümü için uygulamada geliştirilen ve tamamlama (mahsup) muhakemesi olarak adlandırabileceğimiz bu usul, çözdüğünden daha çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Tamamlama muhakemesi, gerek ilk derece mahkemelerinin böyle bir muhakemeyi gerçekleştirme yetkisi gerekse neticede gerçekleştirilen mahsuplaşmanın yapılması bakımından kanunî dayanaktan yoksundur. Ayrıca söz konusu muhakeme Türk ceza mahkemelerinin teşkilatlanmasıyla bağdaşmadığı gibi ‘kesin hüküm’ kavramının muhtevasıyla çelişmektedir. Ortada kanunî dayanağı olmayan, yargılama kural ve ilkelerine aykırı olarak türetilmiş, kendine özgü bir ek mahkûmiyet kararı bulunmaktadır. Bu husustaki eksikliğin, zincirleme suç ve fıkri içtima arasında fiil sayısı bakımından farklılık bulunduğu da gözetilerek kanunî düzenlemeyle giderilmesi ve sorunun yargılamanın yenilenmesi çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce uygulamada rastlanan tamamlama muhakemesinden tamamen vazgeçilmesi isabetli olacaktır. Bu uygulama, pratik ihtiyaçlara görünüşte basit bir çözüm sağlamaktaysa da teorik kanuni dayanak anlamında daha çok ve göz ardı edilemeyecek nitelikte soruna sebep olmaktadır. Esasen kanunda bu pratik ihtiyaca cevap veren bir hukukî kurum olarak yargılamanın yenilenmesi kurumu yer almaktadır. Bu hususta kanaatimizce zincirleme suç ile fıkri içtima arasında bir ayrıma gidilmelidir:

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 311/1-e’de “*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 hükümlü lehine yenileneceği hüküm altına alınmıştır. Tamamlama muhakemesindeki ikinci yargılama esasen, bu hüküm çerçevesinde yeni bir olay niteliğindeki başka bir fiildir. Bu yargılamanın önceki yargılamadan bağımsız olarak gerçekleştirilmesi hâlinde fail iki ayrı suçtan ceza alacakken ilk yargılama neticesinde verilen kesinleşmiş hükmün de ortadan kalkarak TCK m. 43/1’in uygulama alanı bulmasının hükümlü lehine olduğuna şüphe bulunmamaktadır³⁹.

³⁹ Doktrinde Ersoy birden fazla suçun gerçek içtima oluşturduğu yönündeki karara sanık lehine kanun yoluna başvurulması ve kanun yolunda bunların zincirleme suç teşkil ettiğinin anlaşılması hâlinde zincirleme suç nedeniyle ağırlaştırmanın aleyhe bozma yasağına aykırı olacağı, bu durumda tek bir cezaya hükmedileceği ancak ağırlaştırma yapılamayacağı kanaatindedir. Ancak yazar bu görüşünü ortaya koyarken zincirleme şekilde gerçekleşmiş *tek suçtan* bahsetmektedir. Kanaatimizce ise zincirleme suçta birden çok suç söz konusudur ancak bunlara tek ve ağırlaştırılmış bir ceza verilir. Bu itibarla cezanın sanık ya da hükümlü lehine veya aleyhine olması incelenirken gerçek içtima hâlinde verilecek ceza ile ağırlaştırılmış tek ceza arasında karşılaştırma yapılmalıdır. İki ayrı ceza vermek yerine ağırlaştırılmış tek ceza vermek sanık lehine olacaktır. Anılan görüş

Kanaatimizce, ikinci yargılamada TCK m. 43/1 uygulaması söz konusu olacaksa ilk yargılamada verilen hüküm kesinleşmişse Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek yerine öncelikle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmalıdır. İlk hükme ilişkin yargılamanın yenilenmesinin kabulü üzerine yeniden yargılama yapılırken diğer suç veya suçlara ilişkin iddianame düzenleyerek devam eden yargılamada dosyaların birleştirilmesini talep etmelidir. Cumhuriyet savcısı, yargılamanın yenilenmesi yoluna girmek yerine iddianame düzenlerse mahkemenin izleyeceği yol ele alınması gereken bir sorundur. CMK'da iddianamenin reddi kurumuna yer verilmemiş olup CMK m. 174'te sayılan iddianamenin iadesi sebepleri arasında da düzenlenen bu iddianamenin iadesine dayanak teşkil edebilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Şu hâlde mahkemenin iddianameyi kabul etmekten başka seçeneği yoktur. TCK m. 43/1 çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından CMK m. 223/7 hükmünde düzenlenen davanın reddi kurumundan faydalanılamaz. Zira burada fiil tekliğinden değil, tek suç işleme kararı altında aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenen birden fazla suçun varlığından söz edilir. Şu hâlde mahkeme yargılamanın yenilenmesi için Cumhuriyet başsavcılığına ihbarda bulunmalı ve durma kararı vermelidir. Yargılama yenilediğinde dosyalar birleştirilmelidir. Belirtmek gerekir ki mahkemenin ne Cumhuriyet savcısını yargılamanın yenilenmesini talep etmeye ne de ilk yargılamayı yapan mahkemenin yargılamanın yenilenmesi başvurusunu kabul etmeye zorlama kudreti vardır.

Diğer taraftan mesele gerek aynı neviden fikrî içtima gerekse farklı neviden fikrî içtima oluşturan suçlar bakımından hususiyet arz etmektedir. Bu hâllerde fiile ilişkin ceza yargılaması kesin hükme bağlandıktan sonra aynı fiil dolayısıyla faile başka bir ceza yüklenilmesine dair ikinci bir yargılamanın gerçekleştirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla *non bis in idem* prensibi gereğince ikinci yargılama zaten yasaktır. Yeniden yargılanması yasak olan hükümlünün, önceki hüküm kaldırılarak aynı fiilden ve bu defa daha fazla suçtan yargılanması ve neticede en iyi ihtimalle aynı cezayı almasının hükümlü lehinde olmadığı açıktır. Burada ancak yargılamanın hükümlü aleyhine yenilenmesi inceleme konusu yapılabilir.⁴⁰ CMK m. 314 hükmünde düzenlenen hükümlü veya sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesinin koşulları arasında ise yeni bir olay veya olgunun ortaya çıkması bulunmamaktadır. Bu yolun işletilebilmesi, duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliğinin anlaşılması, hükme katılan hâkimlerden biri görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine ceza kovuşturmasını veya bir ceza mahkûmiyetini gerektirecek biçimde kusur işlediğinin ortaya çıkması veya beraat eden sanığın daha sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikteki ikrarı hâllerleriyle sınırlıdır. Dolayısıyla fikrî içtimaa konu bir diğer suçun daha sonra fark edilmesinin, tek başına, sanık aleyhi-

İçin bkz. Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasası* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2018) 306.

⁴⁰ Farklı neviden fikrî içtima uygulaması bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerektiği yönündeki görüş için krş. Özgenç (n 12) 133.



ne yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmesi mümkün değildir. Diğer taraftan şartlar mevcutsa CMK m. 308 hükmünde yer alan Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı (sanık aleyhine ise 1 aylık süre mevcuttur.) veya CMK m. 309 hükmünde düzenlenen kanun yararına bozma usulü işletilerek önceki mahkûmiyet hükmü hükümlü veya sanık aleyhine ortadan kaldırılabilir. Kesinleşmiş ilk mahkûmiyet hükmü varlığını korudukça hükümlünün fikrî içtima oluşturan diğer suçlardan yargılanması söz konusu olamaz.

Önceki mahkûmiyet hükmüne konu suçla fikri içtima ilişkisi bulunan bir suç bakımından iddianame düzenlenmesi hâlinde, mahkeme iddianameyi kabul ettikten sonra CMK m. 223/7 çerçevesinde davanın reddine karar vermelidir. Zira fikri içtima durumunda ilk ve ikinci yargılamaya konu suçların ‘aynı fiil’ ile işlenmiş olması söz konusudur ve CMK m. 223/7 hükmüne göre aynı fiil dolayısıyla aynı sanık hakkında daha önce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava söz konusu ise davanın reddine karar verilir.

Yukarıda açıklanan tüm sakıncaları nedeniyle tamamlama muhakemesinin hukuka aykırı bir yol olduğunu ve mevcut düzenlemeler bağlamında getirilen önerilerin uygulamada karşılaşılan sorunları tamamen gideremediğini kabul etmek gerekir. Bu nedenlerle kanun koyucunun meseleye kanunî bir düzenleme ile açık bir çözüm getirmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Öncelikle fikrî içtima bakımından işlenen fiilin suç teşkil eden başka neticelerinin ortaya çıkmasının hükümlü veya sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına alınması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu yapılırken halen hükümlü (ilk hüküm kesinleştiği için hükümlü sıfatı kullanılmalıdır) aleyhine ek cezaya hükmedilen bir tamamlama muhakemesi söz konusu olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. Ardından iddianamenin iadesini de kapsayacak bir düzenleme yapılmalıdır.

“(1) Kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararında hükme bağlanan suçla birlikte zincirleme suç veya fikri içtima hükümleri çerçevesinde tek ceza verilmesini gerektiren bir diğer suç bakımından daha sonra iddianame düzenlenmesi mümkündür. Bu halde sonraki fiille ilgili düzenlenecek iddianame neticesinde açılacak kamu davası, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünü veren mahkemede birleştirilir. Sonraki fiile ilişkin düzenlenen iddianamede kesinleşmiş önceki mahkûmiyet hükmü bakımından yargılamanın yenilenmesi de talep edilir.

(2) Önceki yargılamada hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi ve iddianame tarihinde denetim süresinin dolmamış olması hâlinde iddianamenin kabulünden sonra kamu davası hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını vermiş olan mahkemede ile birleştirilir. İlk fiille ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını vermiş olan mahkeme, bu kararı kaldırarak birleştirme kararı verir ve davaları birlikte yürütür.

(3) Suçun birinci fıkra kapsamında olduğu iddianamenin kabulünden sonra anlaşılırsa mahkemece davanın reddine karar verilerek iddianame birinci fıkra çerçevesinde işlem yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına gönderilir.”

şeklindeki bir düzenlemenin problemi çözüme kavuşturacağı inancındayız.

Cezanın ertelenmesi, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve adli para cezasının hapis cezasına seçenek olduğu durumlar bakımından aleyhe bozma yasağı gözetilerek hüküm kurulması gerektiğine dikkat edilmelidir.

Yapılacak kanunî düzenlemeye kadar da zincirleme suç bakımından yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilmesi yerinde olacaktır. Fikrî içtima bakımından ise muhakemenin zamanında ve özenli olarak yapılmamış olmasının faturasını *non bis in idem* prensibini ihlâl etmek suretiyle hükümlüye kesmek hukuk devletinin gereklerine aykırı olacağından, kanunî düzenleme yapılmıncaya kadar, devletin önceki mahkûmiyet ile vermiş olduğu cezalarla yetinmesi, meşru bir zemini bulunmayan tamamlama yargılamasıyla verilecek cezadan sarf-ı nazar etmesi gerekir.

KAYNAKLAR

Avcı M, Aykanat M ve Ülker İ, *Hukuk Başlangıcı ve Metodolojisi* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2022)

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ 2020)

Epözdemir R, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2016)

Ersoy U, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2018)

Gökçen A ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. baskı, Adalet Yayınevi 2020)

Göktürk N, *Fikri İçtima* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2013)

Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. baskı, Adalet Yayınevi 2022)

İşten İ, *Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2021)

Kelep Pekmez T, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (1. baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)

Olgaç SC, “Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükümün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükme Etkisi” (2020) 15 Terazi Hukuk Dergisi 1461

Özgenç İ, *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri Sınav Soru ve Cevapları* (2. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)

— —, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)

- Öztürk MK, *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç* (1. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Turan H, *Ceza Yargısında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması* (1. baskı, Adalet Yayınevi 2012)
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Yalçın Sancar T, *Müteselsil Suç* (1. baskı, 1995)
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yerdelen E, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı* (2. baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Yılmaz Ö, “Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama Suçu” (2020) 11 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 579
- Yargıtay 4. CD, 2021/489, 2021/13628, 17.05.2021.
- Yargıtay 5. CD, 1998/3406, 1998/4381, 18.11.1998.
- Yargıtay 6. CD, 1986/9477, 1986/11494, 18.12.1986.
- Yargıtay CGK, 1999/5-61, 1999/74, 20.04.1999.
- Yargıtay CGK 2014/10-847, 2016/128, 15.03.2016.
- Yargıtay CGK 2013/438, 2017/16, 17.01.2017.

SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ ve AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI: ÇATIŞAN MENFAATLER ve ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

*The Process of Deportation and the Right to Respect for Family Life:
Conflicting Interests and Considered Criteria*

Aslı BAYATA CANYAŞ*

Özet

Devletler, milli güvenlik, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi kamusal menfaatleri tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı edebilir. Ancak yabancının sınır dışı edileceği ülkede ailesinin olması durumunda aile hayatına saygı hakkı ve bu hak çerçevesinde bireysel nitelikli menfaatler de devreye girebilir. Bu durumda, sınır dışı etme yoluyla korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hakkına saygı hakkına dayalı bireysel menfaatler çatışabilir. Söz konusu menfaat çatışmasında, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında temel olarak adil bir dengenin yakalanmasından söz edildiği görülmekte; kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum gerekliliklerine uygunluk gibi ölçütler uyarınca değerlendirme yapılmaktadır. Bu çerçevede, çalışmada, aile kavramının içerik ve kapsamı, sınır dışı edilme işlemi göz önünde tutularak hangi andaki ailenin varlığının esas alınacağı, çatışan menfaatler ve menfaat dengelemesinde ne tür ölçütlerden hareket edileceği, sınır dışı edilecek ülkede karşılaşılabilecek olası güçlükler ve bunların etkisi gibi konular analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sınır dışı, aile yaşamı, kamusal menfaatler, çatışan menfaatler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi.

Abstract

States may deport a foreigner from their country who threatens their public interests such as the protection of national security, public health and public moral. However, if the foreigner has a family in a country which they have been deported, the right to respect for family life may also need to be protected. In this case, the public interests that are sought to be protected by deportation and the individual interests on the basis of respect for the right of the family may come into conflict. In the conflict of interest in question, it is understood that the decisions of the ECtHR and the Constitutional Court refer to achieving a fair balance and examination is made in accordance with some criteria such as legality, legitimate purpose and compliance with the requirements of a democratic society. In this context, the content and scope of the concept of family, the moment when the existence of the family will be taken into account by considering the deportation process, the conflicting interests and what kind of criteria will be used in balancing the interests, the possible difficulties that may be encountered in the country to be deported and their effects will be analyzed in this study.

Keywords: Deportation, family life, public interest, conflicting interests, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court.

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.04.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, aslicanyas@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8304-6095>.

GİRİŞ

Devletler, yabancıların ülkelerine girişini, ülkelerinde kalışını ve ikame-tini denetleme hakkına sahiptir¹. Söz konusu denetimin sonucunda devletle-rin, egemenlik haklarına dayalı olarak, kamusal menfaatlerine aykırı şekilde hareket eden yabancıları ülkelerinden sınır dışı edebilmeleri mümkündür². Kamusal menfaatler kapsamında özellikle kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıнын sınır dışı edilmesi sonucu ortaya çıkabilmektedir³.

Uluslararası boyut bakımından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİH-S)⁴ ek 4 ve 7 Nolu Protokoller kapsamında sınır dışı edilme konusuna ilişkin olarak aşağıda inceleneceği üzere kimi hükümler getirilmiştir. Ayrıca sınır dışı işleminin AİHS'ne aykırılık teşkil edebileceği, AİHS'e taraf devletlerin Sözleşme kaynaklı yükümlülükleri ile bağlantılı olabileceği ve kimi zaman da bu yükümlülüklerle aykırılık oluşturabileceği kabul edilmektedir⁵. Bu kapsamda öne çıkan hükümlerden ilki olabilecek AİHS'nin "kişi özgürlüğü ve güven-liğini" konu edinen 5. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde "herhangi bir kişinin sınır dışı edilmesi amacıyla tutuklanmasının, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine aykırılık oluşturmayacağı" belirtilmiştir. AİHS'nin 3. maddesinin de sınır dışı etmeyle ilgili olarak gündeme gelebileceği olasılıklar olabilir. Örneğin, sınır dışı etme işleminin uygulanması sonucunda yabancıнын gönderileceği ülkede işkenceyle karşılaşma riski söz konusu olabilir⁶. Ayrıca sınır dışı edilmesi düşünülen yabancıнын sınır dışı edileceği ülkede ailesinin olması durumunda AİHS m. 8 kapsamında aile yaşamına saygı hakkı ve bu hakkın ihlali de ortaya çıkabilir. Son olarak, AİHS (m. 13) kapsamında "etkili başvuru hakkı" çerçevesinde, sınır dışı etme kararına karşı, yabancıya tarafsız ve bağımsız ulusal bir merciiye başvurma olanağının da tanınması ve başvuru-sunun incelenip değerlendirilmesi gerekir⁷.

¹ Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku* (1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2005) 227.

² Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (26.B., Beta 2021) 127; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5. B., Savaş Yayınevi 2020) 110; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (1. B., Beta 2014) 104; Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller", (2008) 82(6) İstanbul Barosu Dergisi, 2806.

³ Esra Dardağan Kibar, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", 2012 11(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 57.

⁴ RG 19/03/1954-8662.

⁵ Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Yabancıların Sınır dışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu" (2009) 1-2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 120. Devletin kamu düzenini korumak amaçlı olarak yabancıyı sınır dışı edebilme hakkı, AİHM kararlarında da söz konusu edilmektedir: Örneğin, Vilvarajah ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 13163/87, 30/10/1991, § 102.

⁶ Aybay (n 1) 235.

⁷ Aybay (n 1) 236.

AİHS'ne ek 4 ve 7 Nolu Protokoller kapsamında ise şu düzenlemeler getirilmiştir: 4 Nolu Protokolün 4. maddesinde yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesinin yasaklandığı görülmektedir. 7 Nolu Protokolün 1. maddesinde de sınır dışı edilme usulü düzenlenmiş ve sınır dışı edilmesi düşünülen yabancıya sınır dışı edilme kararına itiraz kapsamında çeşitli güvenceler sağlanmıştır⁸: Kural, usuli güvencelerin yabancıya sağlanması olsa da istisnai olarak -ulusal güvenlik ya da kamu düzeni açısından gerekli olması halinde-, belirtilen güvenceler kendisine tanınmadan da bir yabancının sınır dışı edilebilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmelidir⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu Avrupa İkamet Sözleşmesinde de¹⁰ (m. 3/1) sınır dışı edilme için “milli güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlak” gibi gerekçelerden söz edildiği görülmektedir. Bu gerekçelerin yanı sıra, Avrupa İkamet Sözleşmesinde (m. 3/2) yabancının ülkeden doğrudan sınır dışı edilmesini önleyici birtakım güvencelere yer verilmektedir. Ek olarak Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹¹, Avrupa Sosyal Şartı¹², gibi metinlerde de konuyla bağlantılı hükümler yer almaktadır. Keza, Vatansızların Hukuki Statüsüne Dair Anlaşma'da da¹³ (m. 31) hükümler vardır.

Sınır dışı etme konusuna anayasal açıdan yaklaşıldığında ise sınır dışı etme kararının, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliğine bir istisna olarak görüldüğü söylenebilir¹⁴. Ayrıca, sınır dışı etmenin Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat özgürlüğünü ilgilendiren bir boyutu olduğundan da söz edilebilir¹⁵. Zira, seyahat özgürlüğü kapsamında bireyin istemediği yere gitmeme hakkının da olduğu düşünülünce, yabancının sınır dışı edilmesi halinde yerleşme ve seyahat hakkını ilgilendiren bir boyut ortaya çıkacaktır¹⁶. Sınır dışı edilmesi söz konusu olan yabancının

⁸ Güvenceler konusu ile bağlantılı olarak yabancıya hakkında sınır dışı kararı verilmesi halinde, belli bir süre tanınmasının gerekliliği ve önemi hakkında bkz. Esra Dardağan, Yabancılar Hukuku Açısından Sınır Dışı Etme 1993 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 117.

⁹ Rona Aybay, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme”, (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 167.

¹⁰ RG T. 17.9.1989, S. 20285.

¹¹ RG T. 5.9.1961, S. 10898.

¹² RG T. 4.7.1989, S. 20215.

¹³ RG T. 25.10.2014- 29156.

¹⁴ Aybay (n 1) 228; Doğan (n 2) 110-111; Bülent Çiçekli, Yabancılar ve Mülteci Hukuku (6. B., Seçkin 2016) 165; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 212.

¹⁵ Sedat Sirmen, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar” (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi, 30.

¹⁶ Aybay (n 1) 230-231.

Türkiye’de ailesi bulunması durumunda ise “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlıklı Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı perspektifinde de değerlendirme yapılmaktadır¹⁷.

Yasal düzeyde ise, YUKK’da¹⁸ bir yabancı hakkında hangi hallerde sınır dışı kararı alınabileceği belirtilmiştir. Bu noktada, sınır dışı edilmeye korunmak istenen menfaatin, kamusal nitelikli olduğuna dikkat çekilmelidir. Sınır dışı etme sebepleri YUKK’un 54. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Ayrıca YUKK’un 54. maddesinin ikinci fıkrasında uluslararası koruma statüsü sahibi olan yabancılar bakımından sınır dışı etme sebeplerinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir¹⁹. YUKK’un 54. maddesinin ilk ve ikinci fıkrası incelendiğinde, ilk fıkra da geçen “...sınır dışı kararı alınır.” şeklindeki kesinlik içeren ifadeden farklı olarak; uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri ile statü sahiplerinin “sınır dışı edilebileceği” belirtilmek yoluyla idareye takdir hakkının tanındığı görülmektedir²⁰. Türkiye’de geçici koruma altında olan yabancıların sınır dışı edilebilmesi konusunda mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır²¹. Anayasa Mahkemesinin 11.11.2015 tarihli kararı²² da göz önünde tutulduğunda, bu kişiler bakımından sınır dışı kararı alınamayacağı ileri sürülmektedir²³. Diğer yandan, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin geçici 1. maddesinde sınır dışına ilişkin bir hükmün yer almadığı; kararda ifade edilen “geri göndermeme ilkesi”nin geçici koruma kapsamında bulunan Suriyelilerin Suriye’ye gönderilmesini yasakladığı ve başka bir ülkeye sınır dışı edilmelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir²⁴. Ayrıca bu karardan hareketle geçici koruma kapsamındaki tüm yabancıların sınır dışı edilmeyeceğinin kabul etmenin isabetli olmayacağı da doktrinde ifade edilen görüşler arasında yer almaktadır²⁵.

¹⁷ Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin 15.03.2022 tarihli kararı, A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516; 22.2.2022 tarihli kararı, Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245.

¹⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 6458-4/4/2013, RG: 11/4/2013-28615.

¹⁹ YUKK’da ayrıca sınır dışı edilmek için gerekli şartları taşısa da hakkında sınır dışı kararı verilmesi mümkün olmayan kişiler de düzenlenmiştir: YUKK m. 55.

²⁰ Çelikel/ Gelgel (n 2) 130; Doğan (n 2) 116.

²¹ Ancak Geçici Koruma Yönetmeliği’nin (RG 22.10.2014-29153)12. maddesi uyarınca statüsü sona erenler bakımından Yönetmeliğin 14. maddesi gereği sınır dışı işlemi uygulanabileceği düşünülebilir.

²² Anayasa Mahkemesi, “Birleşmiş Milletler (BM) Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin, Türkiye Hükûmeti tarafından yürürlüğe konulan geçici koruma rejiminin bir parçası olarak uluslararası koruma arayan Suriyelilerin, Suriye’den gelen mültecilerin ve vatansız kişilerin Türkiye’ye kabul edildiğini ve istekleri dışında Suriye’ye geri gönderilmeyeceklerini kabul ettiklerine atıfta bulunmuş; ayrıca 6458 sayılı Kanun’a dayalı olarak çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği ile güvenceleri belirlenen geçici koruma statüsünün, başvuru hakkında uygulandığını ve bir sınır dışı etme kararından söz edilemeyeceğini” de vurgulamıştır: K.A. Başvurusu, 11.11.2015, B. No: 2014/13044.

²³ Çelikel/Gelgel (n 2) 132-133.

²⁴ Doğan (n 2) 118.

²⁵ Doğan (n 2) 118.

Sınır dışı edilme hakkındaki temel düzenlemelere bu genel bakışın ardından, çalışmanın asıl konusu olan sınır dışı edilme ve sınır dışı edilmek istenen yabancının Türkiye’de ailesinin olması durumu ele alınabilir: Bu çerçevede, temel sorun, yabancının sınır dışı edilmesi halinde, aile yaşamına saygı hakkının ihlali sonucunun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Sınır dışı edilme sonucunda aile bütünlüğünün bozulabilecek olmasının yanı sıra yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürmesi mümkün olmayabilir. Yabancının, ailesinden ayrılmama, onlarla birlikte hayatını sürdürme yönünde bireysel menfaatleri söz konusu olabilir; ayrıca aile bireylerinin de yabancı ile aile bütünlüğü içinde yaşama yönünde karşılıklı menfaatleri söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, sınır dışı edilme nedenine dayalı olarak korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile yaşamının korunması hakkı çerçevesinde bireysel menfaatler çatışma içine girebilir ve bu menfaatler arasında bir denge kurularak hangi yöndeki menfaatin daha çok öne çıktığına objektif olarak karar verme gereği doğabilir²⁶. Bu durumda, konuya ilişkin ayrı bir çalışma konusu olabilecek kamusal menfaatler konusu ayrı tutularak, söz konusu menfaat dengelemesi çerçevesinde, aile hayatı kapsamında hangi ölçütlerden hareket edileceği noktasının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

AİHM’in birçok kararında²⁷, sınır dışı edilmesine karar verilen yabancılarının, sınır dışı edilmek istendikleri ülkedeki aile hayatlarına yönelik menfaatlerini, AİHS Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca “özel ve aile hayatına saygı hakkı²⁸” kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda, AİHM, bir bireyin aile yakınlarının bulunduğu ülkeden ayrılmak zorunda kalması durumunda, aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunun ortaya çıkabileceği olasılığından hareket etmektedir²⁹. AİHS (m.8) kapsamında aile yaşamının ihlalinden söz edebilmek için, “sınır dışı edilecek kişinin sınır dışı edileceği ülkede ailesinin bulunmasının yanı sıra, sınır dışı edilmesi halinde aile yaşamının bozulması” gibi ölçütlerden hareket edilmektedir.

²⁶ Sınır dışı etme durumunda aile hayatına saygı ve milli güvenlik, kamusal güvenlik ve düzenin korunması gibi menfaatler arasındaki ilişkinin önemine ilişkin olarak Haluk Kabaalioğlu/Nuray Ekşi, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi” (2004) 24, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 507.

²⁷ Örneğin, Nasri/Fransa, B. No: 19465/92, 13/7/1995, § 34; Berrehab/Hollanda, B. No: 10730/84, 21/06/1988; § 23.

²⁸ AİHS m. 8: “Özel ve aile hayatına saygı hakkı”

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

²⁹ Örneğin, Boulitif/İsviçre, B. No: 54273/00, 2/8/2001, § 39.



Bu kapsamda, çalışmada aile kavramından ne anlaşılması gerektiği; sınır dışı etme kararı göz önünde bulundurularak hangi an'daki ailenin varlığının dikkate alınacağı; bireysel ve kamusal menfaatler arasında nasıl bir dengenin kurulabileceği ve ne gibi ölçütlerin dikkate alınacağı; sınır dışı edilecek olan ülkede aile hayatının devam ettirilip ettirilemeyeceği; yerel makamların denetimin boyutu gibi konular AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınarak karşılaştırmalı bir bakış açısıyla irdelenecektir.

I. AİLE KAVRAMI

Sınır dışı etmenin aile hayatına saygı hakkına etkisini değerlendirirken “aile” kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusu akla gelen ilk sorulardan biridir. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku boyutuyla ailenin açık bir tanımının olmadığı ve somut olayın nitelikleri göz önünde bulundurularak, esnek bir yorumla “kültürel farklılıklar, ekonomik ve duygusal bağılıklar” gibi etkenlerin ailenin varlığını ortaya koymada değerlendirildiği görülmektedir³⁰.

AİHM'in ise aile kavramını³¹ tanımlarken aile arasında “biyolojik, sosyal ve duygusal bağların varlığını” göz önünde bulundurduğu görülmektedir: Bu doğrultuda, AİHM, baba ile evlilik dışı doğmuş olan çocuğu veya fiilen henüz aile hayatı kurulmamış da olsa gerçek bir evliliğe dayalı ilişkiyi de aile kavramı kapsamında görmektedir³². Mahkeme, birlikte geçirilen zamanı, ilişkinin kalitesini ve ebeveynin çocuk karşısında oynadığı rolü göz önünde bulundurarak, koruyucu aile ile çocuk arasında da bir aile hayatının varlığını kabul edebilir³³. Bu olasılığın yanı sıra tarafların arasında resmi bir evlilik olmadan, aynı çatı altında oturmaları durumunda da yani *de facto* aile bağlarının söz konusu olması durumunda da gerçek ve mevcut bir aile yaşamının varlığı kabul edilmektedir³⁴. Bu çerçevede, AİHM, aile hayatının korunmasında resmi bir evlilik

³⁰ UNHCR, “Summary Conclusions: Family Unity, Expert Roundtable Organized by UNHCR and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”: Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, (Ed. Feller et al.), CUP, (2003), 606: <http://www.unhcr.org/419dbfaf4.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

³¹ AİHM'in aynı cinsten birliktelikleri önceleri “özel hayata saygı hakkı” çerçevesine gördüğü; ancak daha yeni kararlarında aile hayatına saygı hakkı içinde değerlendirdiği söylenebilir: Schalk ve Kopf/Avusturya, B. No: 30141/04-24.6.2010. Aile birleşimi ve aynı cinsten birliktelikler hak. ayrıca bkz. Pajic/ Hırvatistan, 68453/13- 23.02.2016 ve Taddeuci ve McGall/ İtalya, 51362/09-30.06.2016.

³² Paradiso ve Campanelli/ İtalya, B. No: 25358/12, 24/1/2017, § 140, 141.

³³ Moretti ve Benedetti / İtalya, B. No: 16318/07, 27.4.2010 §§ 48-52.

³⁴ Johnston ve Diğerleri/ İrlanda, B. No: 9697/82, 18.1.1986, § 56. Konu hakkında bkz. Cf Pieter van Dijk/ GJH van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (3. B., Kluwer 1998) 504–508; Daniel Thym, “Respect For Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?”, (2008) 57, International and Comparative Law Quarterly, 89-90. Frances Nicholson, “The Right to

bağının varlığını şart koşmamaktadır: Aile hayatının varlığının belirlenmesinde esas ölçüt, resmi bir evlilik bağı değil; yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığıdır³⁵. AİHM, devletlerin, yabancı ve vatandaş arasında gerçekleştirilen evliliğin salt ikamet izni almak amacıyla yapılmış olup olmadığını denetleme ve gerektiğinde bu tür evlilikleri engelleme yetkisinin mevcut olduğunu; bu yöndeki bir denetimin Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenmiş olan evlenme hakkını ihlal etmeyeceğini de kabul etmektedir³⁶.

AİHM'in aileyi bir bütün olarak ele aldığı ve her bir aile bireyini değerlendirek sonuca ulaştığı görülmektedir³⁷. AİHS'in 8. maddesi kapsamında aileye yönelik bireylerden yola çıkılarak, sonuç olarak tüm aile temelinde bir değerlendirme yapılmaktadır ve yaşadıkları ülkeden ayrılmak durumunda kalmaları halinde aile bireylerinin çekeceği zorluklar dikkate alınmaktadır.

Ailenin ebeveynler ve çocukları kapsayacak şekilde çekirdek aileyi mi yoksa daha geniş olacak yönde mi yorumlanacağı sorusu da cevaplanması gereken bir başka sorudur. AİHM kararlarında ailenin, genelde çekirdek aileyi kapsayacak şekilde ele alınmakta olduğu ve aile kavramını oldukça dar yorumlama yönünde bir eğilimin olduğu gözlemlenmektedir³⁸. Çekirdek aile kapsamında “eşler arasındaki ilişkiler” ile “ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişkiler” ele alınmaktadır. Diğer yandan büyükanne ve büyükbabanın da torunları üzerinde önemli bir etkisi ve sıkı bağları olabileceğinden hareketle bu ilişkiler de aile kavramı içinde yorumlanabilmektedir³⁹. Çekirdek aile dışındaki aile bireyleri ile örneğin, üçüncü derece ve sonrası aile üyeleri ile aile ilişkisinin varlığını kabul etmek için ise AİHM, genel olarak olağan duygusal bağların ötesinde bir ihtiyaç duyma, bağımlılık ilişkisinin olması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁰. Henüz müstakil bir aile kurmamış olan genç yetişkin çocuklar⁴¹ ile gerçek

Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied”, Legal And Protection Policy Research Series, UNHCR, Division of International Protection, (2008) 23: <https://www.unhcr.org/5a8c40ba1.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022)

³⁵ K. ve T./ Finlandiya [BD], B. No: 25702/94, 12/7/2001, § 150; Marckx/Belçika, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 31.

³⁶ O'donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 34848/07, 14/12/2010, § 87; Frasić/Polonya, B. No: 22933/02, 5/1/2010, § 89.

³⁷ Jeunesse v. Hollanda, B. No: 12738/10, 3.10.2014, § 117.

³⁸ Örneğin, *Slivenko/ Letonya* [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 94.

³⁹ Marckx/ Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, § 45.

⁴⁰ Senchishak/Finland, B. No: 5049/12, 18.11.2014. Ayrıca bkz. Mark Klaassen, “Between Facts and Norms: Testing Compliance with Article 8 ECHR in Immigration Cases” (2019) 37(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 160.

⁴¹ Örneğin, *Bouchelkia/ France*, B. No: 23078/93, 29/01/97, § 41. Yetişkin çocuklar bakımından ancak olağan duygusal bağların ötesine geçen bir bağımlılık ilişkisinin varlığı halinde ve somut olay nezdinde AİHS m. 8 kapsamında değerlendirme yapıldığına ilişkin tespit için bkz. Esra Dardağan Kibar/ Doğa Elçin/ Ogün Erşan Aydınlı, “Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova



bir evlat edinme ilişkisine dayalı çocuklar da aile kavramına dahil edilebilmektedir⁴². Çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişkileri değerlendirirken AİHM'in, örneğin "çocukla ebeveynler arasında biyolojik bağın yokluğuna, çocukla ilişkinin kısa bir süreye dayalı olmasına, çocukla ilişkinin hukuki açıdan tanımlanmamış olmasına, ebeveynsel bir planlamanın olmayışına ve nitelikli duygusal bağın var olmamasına" dayalı olarak fiili bir aile bağının varlığının kabul edilemeyeceğine hükmettiği görülmektedir⁴³. Bu çerçevede, çocukla ebeveyn arasında salt biyolojik bağ da yeterli değildir; sıkı ilişkinin varlığı esastır⁴⁴. Başvurucunun sınır dışı edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun yüksek yararı, esenliği ve özellikle çocukların, başvurucunun sınır dışı edileceği ülkede karşılaşacağı zorlukların ciddiyeti değerlendirilmekte; çocuğun yaşamakta olduğu ve gitmesinin söz konusu olacağı ülkedeki sosyal, kültürel bağlarının yanı sıra aile bağları da dikkate alınmaktadır⁴⁵. Diğer açıdan ise, başvurucunun sınır dışı edilmesi halinde, geride kalan çocuğun kaldığı ülkede karşılaşacağı zorluklar da değerlendirme konusu yapılmalı ve menfaat dengelemesinde bu nokta da hesaba katılmalıdır⁴⁶.

AİHM'in aile kavramı kapsamında genel olarak çekirdek aileyi öne çıkarması, aile hayatı yönünden önemli bir rol oynayabilecek nitelikteki akrabalık ilişkilerini göz ardı etme olasılığı doğurduğu için eleştirilmektedir⁴⁷. Ayrıca, sınır dışı etmenin aile hakkına saygı hakkını ihlal etmediği sonucuna varılsa dahi, "özel hayata saygı hakkını ihlal edip etmediğinin" de değerlendirme konusu yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁴⁸.

Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, (2020) 40(2) 1485.

⁴² Pini ve Diğerleri/ Romanya, B. No: 78028/01 ve 78030/01, 22.6.2004, § 148.

⁴³ Paradiso ve Campanelli/ İtalya, B. No: 25358/12, 24/1/2017, § 157.

⁴⁴ Guide, 77; L./ Hollanda, B. No: 45582/ 99, 01.06.2004, § 37.

⁴⁵ Üner / Hollanda, B. No: 46410/99, 18.10.2016, § 58; Udeh / İsviçre B. No: 12020/09, 16.4.2013 § 52.

⁴⁶ Gareth Davies, "The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents", European University Institute Working Papers, RSCAS, 04 (2012)/, 10: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20375/RSCAS_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 16.01.2023)

⁴⁷ Detaylı analiz için bkz. Alan Desmond, "The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants Under Article 8 of the ECHR", The European Journal of International Law (2018) 29 (1) 269. Aile hayatına ilişkin olarak somut olay nezdinde, daha esnek bir yaklaşımın benimsenebileceğine ilişkin doktrindeki görüşlerin analizi için bkz. Dardağan Kibar/Elçin/ Erşan Aydın (n 41)1486.

⁴⁸ Desmond (n 47) 278-279. Örneğin, Slivenko/ Letonya [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003 davasında aile hayatına saygı hakkı kapsamında değil; özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirme yapılarak karara varılmıştır.

Aile yaşamının halihazırda mevcut olması gerekir⁴⁹. Ayrıca, eşlerin ikamet edecekleri ülkenin vatandaşı olmadıkları durumlarda, ikamet ülkesine yerleşmelerini kabul etme yönündeki bir yükümlülüğün, devletlerin kamusal makamlarına aile hayatına saygı hakkı (AİHS m. 8) kapsamında yükletilemeyeceği de AİHM tarafından kabul edilmektedir⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin de “aile” kavramını ve sınırlarını açıklarken AİHM ile içerik ve kapsam açısından genel olarak paralel nitelikte bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 15.03.2022 tarihli kararında (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) aile hayatının, “gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olduğu aile birlikteliklerini” içermesi gerektiğine; sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğuna; sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili başvurularda aile kavramının çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınmasına vurgu yapmıştır. Somut olayda başvurucunun Suriye vatandaşı eşi ve küçük yaşta çocuğu ile yaklaşık beş yıldır Türkiye’de yasal ikamet iznine sahip olarak birlikte yaşamasına bağlı olarak *mevcut aile hayatı* bulunduğu açık olduğu belirtilmiştir.

Kanımızca anne-baba ve çocuktan oluşan çekirdek aile dışında aradaki bağıllık ilişkisi dikkate alınarak ilişkilerin kapsamını genişletecek şekilde aile kavramını ele alma ihtiyacı ortaya çıkabilir. YUKK uyarınca da “Tanımlar” başlıklı 3(1)a bendinde aile üyelerinin tanımlandığı ve “Aile üyeleri: Başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğunu” şeklinde bir tanıma yer verildiği görülmektedir. YUKK kapsamında her ne kadar aile açıkça tanımlanmamış da olsa aile üyeleri esas alınarak ebeveyn ve çocuk temelli, dar bir anlayış öne çıkmış gözükmektedir. Kanımızca, özellikle çocukların varlığı halinde, üstün yararları esas alınarak, anne ve baba dışındaki aile bireyleri de çocuk ile aralarındaki bakım, bağıllık ve duygusal ilişki göz önünde tutularak aile kavramı içinde değerlendirilebilmelidir ve gerekli hallerde daha esnek bir yorum yapılabilirdir.

Anayasa Mahkemesi, 22.2.2022 tarihli (Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245) kararında ise başvuru hakkında uygulanan yurda giriş yasağı sonucunda, aile hayatına saygı hakkına müdahale edilip edilmediğinin tespitinde, başvurucunun aile hayatı hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olunmasının kritik önemde olduğunun açık olduğunu vurgulamıştır. Bu çerçevede, başvurucunun, ülkeye giriş

⁴⁹ European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, 31.08.2022, s. 78: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.10.2022).

⁵⁰ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık [BD], B. No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/5/1985, § 68.



yaşağı nedeniyle ailesi ile bağlarının koparıldığını ileri sürmesi üzerine, Türkiye’de düzenli ve sürekli bir aile hayatına sahip olmadığı değerlendirilmiş olduğu için bu kişinin aile hayatına müdahalede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmedilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’de başvurucunun “düzenli ve sürekli bir aile hayatına” sahip olup olmadığının değerlendirilmiş olmasını bir ön koşul olarak aradığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 17.11.2021 tarihli kararında (N.O. Başvurusu, 2018/36798) ise başvurucunun, “aile fertlerinin Türk vatandaşı olması, küçük yaşta Türkiye’ye gelmesi nedeniyle menşei ülkeyle bir bağının mevcut olmaması, Türkiye’de vefat eden babasının mezarının İstanbul’da bulunması, annesinin kanser tedavisi gördüğü” yönündeki iddiaları gözetildiğinde, söz konusu iddialar nezdinde değerlendirilme yapılması gerektiğini belirttiği görülmektedir. Kararda, aile ilişkilerinin ve bağının sorgulanması; ailenin, sınır dışı edilmek istenen bireye muhtaçlığı ve bağımlılık durumunun tahlil edilmesi noktalarının önem kazandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 21.07.2020 tarihli kararında⁵¹ ise (Sherapat Yagmyrova, 2017/11905) başvuru kabul edilmez bulunmuştur: Başvurucu anne, 26 ve 27 yaşlarındaki iki kızının aile ilişkisine dayalı duygusal bağları aşacak şekilde desteğine ihtiyaç duyduklarını ve aralarında bir bağımlılık ilişkisi bulunduğunu ortaya koyacak bir kanıt sunmamıştır. Bu nedenle aile yaşamının bulunup bulunmadığına ilişkin olgular değerlendirilmemiştir.

II. HANGİ ANDAKİ AİLENİN ESAS ALINACAĞI

Bir yabancıнын ülkeden sınır dışı edilmesi yönünde karar alınmasının ardından fiilen ülkeden çıkarılmasına kadar belli bir süre geçebilecektir. Bu süre boyunca kişinin aile hayatında bazı değişiklikler söz konusu olabilir. Örneğin, evlenme, boşanma, bir çocuğun dünyaya gelmesi, evlat edinilmesi gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu doğrultuda, hangi andaki aile hayatının aile hayatına saygı çerçevesinde ele alınması gerektiği sorusu akla gelebilir: Aile hayatını tespit açısından sınır dışı edilme kararının verildiği an mı esas alınmalıdır, yoksa kesinleştiği ve uygulanabilir olduğu an dikkate alınarak bu anki aile hayatı mı göz önünde tutulmalıdır?

AİHM, bu soruya yanıt olarak aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin/yaşagın kesinleştiği tarihi esas alarak; bu tarih itibarıyla mevcut bir aile hayatının olup olmadığını dikkate almaktadır⁵². Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin- örneğin, sınır dışı kara-

⁵¹ Kararın aile hayatı ile ilişkili detaylı analizi için bkz. Dardağan Kibar/ Elçin/ Erşan Aydınli (n 41)1484-1487.

⁵² Maslov/Avusturya [BD], B. No: 1638/03, 23/6/2008, § 61; Yıldız/Avusturya, B. No: 37295/97, 31/10/2002, § 34.

rını kesinleşme tarihini esas alarak, bu an itibarıyla aile hayatının varlığını değerlendirmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.2022 tarihli bir kararına (Gulnura Toktomambetova Başvurusu, B. No: 2018/29906) konu olayda 1977'de Kırgızistan'da doğan başvuru, Kırgızistan Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. Başvurucunun 2006 yılında bir Türk vatandaşı ile gerçekleştirdiği evlilikten 2008 doğumlu bir çocuğu bulunmaktadır. Başvurucu, ailesiyle birlikte Türkiye'de yaşamaktadır. Başvurucunun çalışma izni olmadan çalıştığına tespit edilmesi nedeniyle hakkında sınır dışı etme ve terke davet kararı alınmıştır. Sınır dışı ve terke davet işleminin iptali için başvuru tarafından idare mahkemesinde dava açılmış ve dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru, çalışma izni olmadan belirtilen yerde çalıştığı gerekçesiyle hakkındaki sınır dışı kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Başvurucu, "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında Türkiye'de evli olduğunu, eşiyle birlikte yaşadığını ve ilkökula giden Türk vatandaşı bir çocuğu olduğunu dayanak göstererek ailevi durumunun dikkate alınmasını ve vatandaşlık için gerekli şartları taşıdığını, izinsiz çalışmaya dayalı sınır dışı kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Öncelikle, başvuru, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar veren Anayasa Mahkemesi, çözüme kavuşturulması gereken ilk konunun **sınır dışı işleminin kesin, nihai ve icra edilebilir hâle geldiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması olduğunu**, Peri Kırık (B. No: 2015/19795, 9/1/2019) kararına da atıfta bulunarak ele almıştır. Bu çerçevede, başvuru, bir Türk vatandaşı ile evli olduğu, bu evliliğinden bir çocuğunun bulunduğunu belirterek başvuru, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında yer alan bir aile hayatı olduğunun açık olduğundan hareketle eşi ve çocuğu ile birlikte yaşadığı Türkiye'den sınır dışı ve terke davet işlemine karar verilmesinin, aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 15.03.2022 tarihli kararında da (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) benzer şekilde aile hayatının gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olduğu aile birlikteliklerini içermesi gerektiğine ve **sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğuna** (Peri Kırık, B. No: 2015/19795, 9/1/2019, § 32) değinmiştir.

Yabancı hakkındaki sınır dışı edilme kararının kesinleştiği tarihte Türkiye'de bir ailesi olmayıp, kesinleşme tarihinden sonraki süreçte Türkiye'de örneğin bir Türk vatandaşı ile evlenmesi ya da Türk vatandaşı bir çocuğunun dünyaya gelmesi vb. halinde nasıl hareket edileceği de bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Zira görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca aile hayatının hangi anda var olduğuna ilişkin olarak "sınır dışı işleminin kesin,



nihai ve icra edilebilir” olduğu an esas alınmaktadır. Bu tür bir olasılıkta, yabancının idari makamlara yeniden başvurarak Türkiye’de aile hayatının ortaya çıktığını ortaya koyarak hakkındaki sınır dışı kararının aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmesi gerektiği kanısındayız. Bu talebinin idarece dikkate alınmaması üzerine sınır dışı edilmek istenen kişi, tekrar yargı yoluna başvurabilecektir.

III. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI VE KAMUSAL MENFAATLER ÇATIŞMASI

Ülkede ailesi bulunan yabancının bu ülkeden sınır dışı edilmesi olasılığında, genel kamu düzeninin, kamu sağlığının korunması, göç kontrolüne ilişkin kamusal menfaatler ile yabancının ülkedeki aile hayatına saygı hakkının korunması yönündeki bireysel menfaat çatışma içine girebilmektedir⁵³. Bu durumda, söz konusu menfaat çatışmasının çözülmesi ve dengelenmesi açısından nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, sınır dışı etme kararındaki meşru amaç ile aile hayatına saygı hakkı arasındaki “denge esas alınmalı; müdahalenin orantısız oluşu önlenmelidir⁵⁴. Demokratik toplum gerekliliklerine uygunluk ve bu doğrultuda orantılılık kapsamında daha az bir müdahale ile de amaca ulaşıp ulaşılamayacağı sorgulanmalıdır⁵⁵. Zira ailenin önemi ve ailenin bir arada bulunması hem evrensel düzeyde uluslararası insan-cıl hukuk kapsamında hem de bölgesel olarak kabul görmektedir⁵⁶.

Aile hayatına saygı hakkı ve sınır dışı edilmenin altında yatan kamusal menfaatler dengelemesinde AİHM, “kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum gerekliliklerine uygun olma ve orantılılık ilkelerini” göz önünde tutmaktadır⁵⁷. Müdahale, “milli güvenliğin korunması, kamusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı” amaçları gözetilerek “suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gerekliliğiyle ortaya çıkmış olmalıdır⁵⁸.

Bu çerçevede *Boultif* davasında sıralanan ve bu nedenle “*Boultif* ölçütleri” olarak adlandırılan ölçütler uyarınca öngörüyü ve orantılılığı sağlamak amacıyla, “başvurucunun sınır dışı edilmesine sebep olabilecek suçun niteliği ve ciddiyeti, başvurucunun ülkede kalış süresi, suçun işlenmesinden itibaren geç-

⁵³ Slivenko/Letonya [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 94.

⁵⁴ Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi 2012) 308. Örneğin, Berrehab/ Hollanda (3/1987/126/177; 10730/84, 28.05.1988) davasında korunmak istenen kamusal menfaatler ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesindeki bireysel menfaatler arasında orantısızlık olduğuna hükmedilmiştir.

⁵⁵ Klaassen (n 40) 160.

⁵⁶ UNHCR, Summary Conclusions 604.

⁵⁷ Örneğin, Slivenko/Letonya [BD], B. No: 48321/99, 9/10/2003, § 99-129.

⁵⁸ Konu hakkında bkz. Klaassen (n 40) 160.

miş olan süre ve bu süre boyunca başvurunun gösterdiği tutum, ilgili kişilerin uyrukluğu, başvurunun ailevi durumu, başvurunun eşinin ilişkiye başladıkları sırada suçtan haberinin olup olmadığı, çocukların yaşı ve gitmelerinin söz konusu olduğu ülkede eşin karşılaşabileceği zorlukların derecesi” dikkate alınabilmektedir⁵⁹. Üner/ Hollanda davasında⁶⁰ ise bu kriterlere ek olarak çocukların menfaati ve refahı ile gidecekleri devlette karşılaşacakları zorluklar ile ev sahibi ülke ve gidecekleri ülke ile sosyal, kültürel ve ailesel bağlarının sıklığı da göz önünde bulundurulmuştur⁶¹. Üner davasında da görüldüğü üzere çocuklara ilişkin olarak özellikle çocuğun yaşı, ailevi bağlarının yoğunluğu ve ev sahibi ve gitmesi olası ülkedeki bağları dikkate alınmaktadır⁶². Üner davasında eklenen ölçütlere öncelikle, ebeveynin işlediği suç nedeniyle sınır dışı edildiği durumlarda başvurulduğu görülmekle birlikte, daha sonraki süreçte cezai nitelikte olmayan örneğin, göç düzenlemelerinin ihlali sonucu sınır dışı edilme hallerinde de başvurulduğu görülmüştür⁶³.

Boultif kriterleri, başvurunun aile yaşamının varlığının sorgulanmasını esas almaktan ziyade, daha çok başvurunun ülkeye entegrasyonunu irdelemeye yönelik bir içeriğe sahip olduğu iddiasıyla eleştirilmektedir⁶⁴. Entegrasyonu sorgulamaya yönelik yapısıyla *Boultif* kriterlerinin, AİHS 8. madde kapsamında “aile yaşamına saygı” çerçevesinde değil de “özel yaşama saygı” hakkı kapsamında değerlendirme yapmaya daha uygun düştüğü ileri sürülmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda her ne kadar AİHS 8. madde uyarınca “aile yaşamı” da “özel yaşam” da eşit düzeyde koruma altında olsa da nitelendirmenin doğru

⁵⁹ Boultif/İsviçre, B. No:54273/00, 02.08.2001, § 48.

⁶⁰ Üner/Hollanda, B. No: 46410/99, 18/10/2006, § 57-58 Ayrıca, A.A./Birleşik Krallık B. No: 8000/08, 20.09.2011, § 63, 68 davasında AİHM, sınır dışı etmenin, suçu önleme amacıyla hizmet etmesinden söz etmiş; suçun işlendiği andan itibaren geçen süre ile failin daha sonraki tutumunun önemi üzerinde durmuştur. Bu çerçevede, failin yeni suçlar işlememesinin ve kendini rehabilite etme yönünde çaba göstererek topluma uyum sağlamaya çalışmasının da belirleyici olabileceğine dikkat çekmiştir. Failin tekrar suç işleme olasılığının düşük olduğu durumlarda idarenin sınır dışı etme kararlarını çok daha sağlam gerekçelerle desteklemeleri gerekliliğini vurgulamıştır.

⁶¹ Konu hakkında bkz. Klaassen (n 40) 160.

⁶² Mathieu Leloup, “The Principle of the Best Interests of the Child in the Expulsion Case Law of the European Court of Human Rights: Procedural Rationality as a Remedy for Inconsistency” (2019) 37(1) Netherlands Quarterly of Human Rights, 54.

⁶³ Leloup (n 61) 54.

⁶⁴ Georgios Milios, “The Immigrants’ and Refugees’ Right to ‘Family Life’ (2018) 25(3) International Journal on Minority and Group Rights, 427. *Boultif* kriterlerinin esas alındığı Onur/ Birleşik Krallık B. No: 27319/07- 17.02.2009 davasında “ailenin Türkiye’de yeni bir yaşam kurabilmesinin mümkün olması, başvurunun eşinin Türkiye’de yaşayabilecek oluşu, çocukların yeni bir yaşama uyum sağlayacak yaşta olmaları, vatandaşlığın mevcudiyetinden hareketle istedikleri zaman ülkedeki yakınlarını ziyaret edebilecek durumda olmaları” göz önünde bulundurularak kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde orantılılık değerlendirilmesi yapılmış ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

⁶⁵ Milios (n 63) 427.



yapılmasının önemine de değinilmektedir⁶⁶. Diğer yandan, aile yaşamının varlığını sorgulamada ülkede belli bir sürenin geçirilmiş olmasının önemi olmadığı; buna karşın özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde ülkeye belli bir süre boyunca entegre olmuş olmanın arandığı da belirtilmektedir⁶⁷. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki değerlendirmede ise “evliliğin süresi, çift arasında gerçek bir aile bağının var olup olmadığı, çocukların varlığı, yaşları, çocukların yüksek menfaatleri ile refahları” gibi ölçütlerin esas alınmasına yoğunlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸.

Palancı/ İsviçre⁶⁹ davasında ise “başvurucunun çocukluğunu Türkiye’de geçirmiş olması, dolayısıyla kültürel ve ailesel bağlarının mevcut oluşu, ailenin Türkiye’ye gidebilecek durumda oluşu, çocukların Türkiye’ye uyum sağlayacak yaşta olmaları ve Türkçe bilmeleri” gibi *Boultif* davasındaki ölçütlerin yanı sıra “başvurucunun artan borçları, bunları ödeyememesi ve ailesinin nafakasını aksatması” gibi mali nitelikli durumu da değerlendirme konusu yapılmıştır. Anılan karar, *Boultif* ölçütlerine ek olarak başvurucunun mali durumunun da inceleme konusu yapıp yapılamayacağı, bu durumda aile kavramına dayalı bir analizden daha da uzaklaşabileceği yönünde eleştirilmiştir⁷⁰.

Ndidi/ Birleşik Krallık davasında⁷¹ AİHM, başvurucunu uzun süre ve gidecek artan şekilde suç işlemeye devam ettiğini, 2006 tarihinde bakanlık tarafından yapılan uyarıya rağmen eylemlerini sürdürdüğünü, ergin olmasından sonra da eylemlerinden vazgeçmediğini göz önünde bulundurarak hakkında verilmiş olan sınır dışı kararının, AİHS’nin 8. maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Kararın karşı oyunda ise, başvurucunun, son suç işleme tarihinden itibaren 10 yıl gibi uzun bir süre boyunca herhangi bir suç işlememiş olmasının göz ardı edildiği belirtilmiştir. Bu sürede başvurucunun kendisini rehabilite etme konusunda ciddi çaba gösterdiği ve topluma tekrar uyum sağlamaya çalıştığı ifade edilerek; başvurucunun toplum için bir risk teşkil edip etmediğini değerlendirirken tüm bu etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. Bu ölçütlerden hareketle, kanımızca değerlendirmede geçmişte işlenmiş olan suçun niteliği, ağırlığı, üzerinden ne kadar sürenin geçmiş olduğu, failin kamusal makamlarca kendisine yapılan uyarılara riayeti, failin iyileşme isteği ile suçun işlenmesinden sonra gösterdiği tutumun yanı sıra geleceğe yönelik olarak da toplum bakımından teşkil ettiği riskin ağırlığı; tekrar benzer ve aynı suçları işleyip işlemeyeceği gibi noktaların göz önünde tutulabileceği söylenebilir. Bir başka deyişle, hem suçun işlenme zamanı ve sonrası göz önünde tutularak

⁶⁶ Milios (n 63)411.

⁶⁷ Milios (n 63) 411.

⁶⁸ Milios (n 63) 427.

⁶⁹ Palancı/ İsviçre, B. No: 2607/08- 25.03.2014.

⁷⁰ Milios (n 63) 428.

⁷¹ Ndidi/ Birleşik Krallık, B. No: 41215/14, 14.09.2017.

geçmişe; hem de olası tekrarı ve tekrarlanması halinde topluma vereceği zarar dikkate alınarak geleceğe yönelik etkisi değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bir eşin sınır dışı edilmesi üzerine diğer eşin de sınır dışı edilen ülkeye gitmesi durumunda gittiği ülkede çekebileceği olası güçlükler de AİHM tarafından dikkate alınabilmektedir⁷².

Anayasa Mahkemesi de AİHM ile benzer menfaatleri göz önünde tutmakta; bu çerçevede, sınır dışı edilmekle korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkının korunması arasındaki dengeden söz etmekte; yarışan menfaatler arasında denge kurmaya dikkat etmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi 22.2.2022 tarihli (Selçuk Karakaya Başvurusu B. No: 2018/29245) kararında, başvurucunun ülkeye girişinin yasaklanması bağlamında gözetilen kamusal menfaatler ile aile hayatının korunmasındaki bireysel menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanmasından söz etmektedir.

Ayrıca söz konusu dengenin varlığını sorgularken “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*” başlıklı Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında değerlendirme yapan Anayasa Mahkemesi örneğin, 15.3.2022 tarihli bir kararında (Gül-nura Toktomambetova Başvurusu, B. No: 2018/29906) “müdahalenin kanuni dayanağının ve meşru bir amacının olup olmadığı, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkelerine uygun olup olmadığı konularının” tartışılması gerektiğini belirterek aynı ölçütler dahilinde değerlendirme yapan AİHM ile paralel bir anlayış benimsemiştir. Kanunilik kapsamında başvurucunun sınır dışı edilmesine ilişkin uygulamanın, 6458 sayılı Kanun hükümlerine dayandığı görülmüştür. Bu kapsamda başvurucunun aile hayatına yönelik müdahalenin kanuni bir temelini olduğu ve 6458 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. Meşru amaç kapsamında, çalışma izni olmadan çalıştığı dikkate alınarak başvurucunun sınır dışı edilmesinde, *kamu düzenin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amaçlarının gözetildiğine ve başvuruya konu müdahalenin meşru bir amaç taşıdığına hükmedilmiştir. Demokratik toplum düzenin gerekleri kapsamında ise, *ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesi* gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa’nın 13. maddesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki olduğu ifade edilmiştir. Ölçülülük ilkesinin, *sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden gereklilik ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz*

⁷² Boultif/İsviçre, B. No:54273/00, 02.08.2001, § 48; Üner/Hollanda, B. No: 46410/99, 18/10/2006, § 62-66.



bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermesi gerektiği ele alınmıştır. Bu çerçevede, söz konusu ölçütler dikkate alınarak, “bireyden beklenen fedakârlık” ile “müdahalenin özünde yatan meşru amaç” arasında adil bir dengelemeye gidilmesi noktasının altı çizilmiştir.

Devletlerin, ülkelerindeki yabancıları sınır dışı etme konusunda geniş takdir yetkileri bulunmasına karşın, sınır dışı edilen yabancıların ülkede güçlü ailevi bağlara sahip olduğu durumlarda “aile hayatı” ile “sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat” arasında adil bir denge kurulması gerektiği hatırlatılmıştır.

Sonuç olarak, mahkeme kararında *kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarındaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olmasının yanı sıra somut olay özelinde çatışan menfaatler dikkate alındığında başvurunun sınır dışı edilmesinin “orantısız” olduğu sonucuna varılmıştır.* Bu gerekçelerle de Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 16.12.2020 tarihli (A. G. Başvurusu, 2018/6143) kararında da kamusal menfaatler ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasındaki adil dengeden söz edildiği görülmektedir: Karara konu olayda başvurunun eşi ile küçük yaşlardaki dört çocuğu 2014 yılında Türk vatandaşlığına geçmiştir. Buna rağmen İdare Mahkemesince kararında işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin yapılmamış olduğu; başvurunun belirtilen husustaki talep ve itirazlarının karşılanmadığı tespit edilmiştir. Başvurunun aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmemiş olmasından hareketle, yurda giriş yasağı ile ilgili idari ve yargısal süreçte kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı görülmüştür. Sonuç olarak da kamu düzeni ve güvenliğinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olduğu ve kararlarda yer verilen unsurların da bu dengelemeye imkân verecek ayrıntı ve açıklıkta olmadığına hükmedilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince, Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 09.01.2019 tarihli (Peri Kırık Başvurusu, B. No: 2015/19795) ve farklı yönde sonuca ulaşan bir kararında ise kamusal menfaatler ve bireysel menfaatler nezdinde değerlendirme yapılmasının ardından müdahalenin ölçülü olduğuna kanaat edilmiştir. Dolayısıyla menfaat dengelemesinin ardından müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu ve orantısızlık içermediği sonucuna varılmıştır. Söz konusu karara konu olayda başvurunun, yıllardır Türkiye’de yaşadığını ve Türkiye’de kurulu düzeninin bulunduğunu ileri sürdüğü görülmektedir. Başvurucu, ayrıca kızının boşanma sürecinde ol-

masından dolayı kendisiyle birlikte yaşadığını, kızının eşinden şiddet görmesi nedeniyle maddi ve manevi olarak desteğine ihtiyaç duyduğunu ve geçim masraflarını kendisinin karşıladığını iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesince, başvurunun kızıyla olan bağının, Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca *mevcut aile hayatı* kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır. Ancak, başvurunun Türkiye'ye yasal giriş hükümlerini ihlal etmesi, hakkında giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiğinin tespit edilmesi, dolayısıyla konuya ilişkin yasal düzenlemeleri ısrarlı şekilde ihlal etmesi sebebiyle sınır dışı edilmiş olması, hakkındaki isnadın ağırlığı ve önemi dikkate alınarak "kamu düzeninin korunması" amacının daha ağır bastığına hükmedilmiştir. Ayrıca, sınır dışı edilecek ülke olan Azerbaycan'da başvurunun ve ailesinin birlikte yaşamasının önünde çok ciddi engeller bulunduğunun kanıtlanamamış olması da dikkate alındığında gözetilen meşru amaç karşısında aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu, keyfilik içermediği, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bulunmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır. Peri Kırık davasında aile bireyleri arasındaki bağın, örneğin AİHM'in Senchishak/ Finland kararına kıyasla daha esnek bir şekilde ele alındığına işaret edilmektedir⁷³.

Sonuç olarak, hem AİHM hem Anayasa Mahkemesi'nin sınır dışı etme işleminin aile hayatına etkisi noktasında doğrudan kamusal menfaatlere üstünlük tanıyarak öncelik vermediğini, orantılılık gereğince bireysel menfaatleri de öne çıkarabildiği görülmektedir. Bu noktada, özellikle bir çocuğun varlığının ve sınır dışı edilecek yabancından ayrılmasının söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun üstün yararı ve bağlılık ile muhtaçlık durumu, hangi ülkede yaşamasının yararına olduğu vb. koşullar göz önünde bulundurularak, menfaat dengelemesine gidilmesi gerektiği kanısındayız. Çocuğun üstün yararı karşısındaki sınır dışı edilme kararının altında yatan kamusal menfaat, ancak vazgeçilemez ve ödün verilemez nitelikte, toplumun geneline yoğunlaşmış bir menfaat ise ağır basmalıdır. Örneğin, toplum açısından ciddi tehdit teşkil eden bir suçun işlenmesi, suçun tekrarlanması olasılığının yüksek oluşu gibi koşullar mevcut olmalıdır. Ancak bu tür ciddi bir tehdit karşısında, menfaat dengelemesinde kamusal menfaatler, çocuğun üstün yararına baskın gelmeli; aksi halde ise çocuğun yararı öne çıkarılmazdır, görüşünderiz.

IV. YETKİLİ MAKAMLARIN VE MAHKEMELERİN DETAYLI DENETİMİ

AİHM, devletlerin yetkili makamlarının, göç alanında devletin sahip olduğu takdir hakkı ve AİHS m. 8 kapsamında aile hayatına saygı hakkı arasında detaylı bir analiz yaparak, dengeyi kurmalarını gerektiğinin altını çizmek-

⁷³ Dardağan Kibar/ Elçin/Erşan Aydın (n 41) 1487.



tedir. AİHM, tatminkâr gerekçelerin mevcut olmadığı; sınır dışı etme kararı verilirken orantılılık ilkesinin, yerel makamlarca yüzeysel olarak değerlendirildiği durumlarda, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık durumunun ortaya çıkabildiğine hükmedebilmektedir⁷⁴.

Benzer yaklaşım ve sınır dışı edilme kararının uygulanması durumunda, başvurunun Türkiye'de aile hayatının varlığına bağlı olarak ileri sürdüğü gerekçelerin yeterince araştırılması ve mahkemelerce verilen kararların gerekçeye bağlaması zorunluluğu, Anayasa Mahkemesi nezdinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 16.03.2022 tarihli kararına (Aisulu Aldenova Başvurusu, B. No: 2018/10055) konu olay şöyle gelişmiştir: İstanbul'da bulunan bir restoranda yapılan denetimde başvurunun izinsiz çalıştığına yönelik tutanak tutulmuştur. İstanbul Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından başvurunun çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edildiğinden bahisle sınır dışı edilmesine ve otuz gün içinde Türkiye'yi terke davet edilerek kendisine çıkış izin belgesi düzenlenmesine karar verilmiştir. Karara karşı İstanbul İdare Mahkemesinde dava açılmış ve Mahkeme, başvurunun kollukta alınan ifadesinde yer alan restorana eğlenmeye gittiğine ilişkin beyanına itibar edilmediği vurgulanarak anılan işyerinin mesul müdürünün başvurunun çalışan olduğunu beyan etmesi ve çalışma belgelerini sunamaması nedeniyle başvurunun izinsiz çalıştığı hususunun sabit olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan, başvuru hakkında Kazakistan Cumhuriyeti Almatı Adliye Komitesi tarafından 16/6/2017 tarihli, apostil onaylı evlenme belgesi düzenlenmiştir. 13/3/2018 tarihinde ise başvurunun Türk vatandaşı E.Ü. ile olan evlilik dışı birlikteliğinden bir bebek dünyaya gelmiştir. Doğumun gerçekleştiği Özel G. Hastanesince düzenlenen aşı kartında bebeğin baba adı olarak Türk vatandaşı E.Ü.'nün ismi, irtibat numarası olarak da E.Ü.'nün taraf olduğu kira sözleşmesinde yer alan cep telefonu numarası yer almaktadır. Ayrıca, bebeğin, Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartında baba adı olarak E.Ü.'nün ismi bulunmaktadır.

Başvurucu, Türkiye'de yaşadığını, Türk vatandaşı E.Ü. ile nişanlı olduğunu ve bu birliktelikten bebeklerinin dünyaya geldiğini, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde ailesi ve toplum tarafından dışlanacağını belirterek aile hayatına saygı hakkının, kötü muamele yasağının ve yaşam hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, başvurunun sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olduğunu belirtmiştir. Ardından, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca "kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük" kapsamında değerlendirme yapmıştır.

13/3/2018 tarihinde doğan bebeğin, idari işlemin tesis edildiği ve bu işleme dair yargılamanın devam ettiği süreçte henüz dünyaya gelmemiş olduğunu; başvurunun sınır dışı edilmesi hâlinde nişanlısı olduğunu belirttiği E.Ü. ile olan

⁷⁴ Örneğin, I.M./İsviçre, B. No: 23887/16, 9/4/2019.

birlikteliğinin, evlenme niyetlerinin ve aile birliğinin ortadan kalkacağını vurgulamıştır. Nitekim Kazakistan Cumhuriyeti'nin ilgili makamınca başvuru hakkında düzenlenmiş 16/6/2017 tarihli evlenme ehliyet belgesinin de başvuru tarafından bireysel başvuru dosyasında sunulmuş olduğunu belirtmiştir.

İdare Mahkemesi kararında başvurunun sınır dışı edilme kararına yönelik olarak aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki iddiaları tartışılmaksızın başvurunun çalışma izni olmadan çalıştığı hususunun sabit olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesince, idari işlemin, başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin İdare Mahkemesi tarafından yapılmadığı; başvurunun sınır dışı edilmesi ile ilgili idari ve yargısal süreçte ortaya konulan kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, kamu düzeninin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmamış olduğu da belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin, 15.03.2022 tarihli kararında da (A.A.A. Başvurusu, B. No: 2018/36516) yabancı başvurunun sınır dışı edilmesi ve aile hayatına saygı hakkına etki kapsamında, somut olayda başvurunun Suriye vatandaşı eşi ve küçük yaştaki çocuğu ile yaklaşık beş yıldır Türkiye'de yasal ikamet iznine sahip olarak birlikte yaşamasına bağlı olarak *mevcut aile hayatı* bulunduğunun açık olduğu belirtilmiştir. Ancak derece mahkemelelerinin kararlarında başvurunun eşinin ve çocuğunun geçici koruma belgesi ile Türkiye'de olduğu belirtilmesine rağmen Dairenin kararında işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir incelemenin ve dengelemenin yapılmamış olduğu, başvurunun belirtilen husustaki talep ve itirazlarının karşılanmadığı, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediği anlaşıldığı belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁷⁵.

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin 19.10.2021 tarihli kararında (K.A. Başvurusu, B. No: 2017/38596) başvurunun, kardeşi, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaklaşık on dört yıldır Türkiye'de yaşaması; kız kardeşiyle ticaretle uğraşması; ülkesi-

⁷⁵ Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin 17.11.2021 tarihli kararında (N.O. Başvurusu, 2018/36798) idare mahkemesi tarafından idari işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından bir inceleme ve dengelemenin yapılmamış olduğu, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediğinin anlaşılmadından hareketle yurda giriş yasağı ile ilgili idari ve yargısal süreçte ortaya konulan kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi kararlarda yer verilen unsurların da bu dengelemeye imkân verecek ayrıntı ve açıklıkta olmadığı sonucuna varılmıştır. Tüm bu gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.



ne dönmesinin aile üyeleri ve kendisi yönünden “maddi ve manevi bütünlüklerine” ilişkin ciddi tehlikeler barındırması iddialarına karşın mahkemenin, idari işlemin başvurusunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler ile menşe ülkede var olduğu iddia edilen risklere ilişkin araştırma ve değerlendirme yapmadan karar vermiş olduğu ve yargılama bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde yargısal süreçteki kararların gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesince, Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararlarda görüldüğü üzere, başvurusunun sınır dışı edilmek istendiği ülkedeki aile hayatının varlığına yönelik itirazının detaylı bir şekilde sorgulanması ve sınır dışı etme kararının, başvurusunun aile hayatını nasıl etkileyeceğinin analiz edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

V. BAŞVURUCUNUN SINIR DIŞI EDİLECEĞİ ÜLKEYE AİLESİNİ GÖTÜREBİLMESİ OLASILIĞI

AİHM’in sınır dışı edilecek kişinin ailesi ile birlikte başka bir ülkeye gidecek orada yaşamını sürdürmesi mümkün ise aile yaşamının bozulduğundan söz edilemeyeceğini ele alan kararları mevcuttur⁷⁶.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin de sınır dışı edilme kararının aile hayatına etkisini değerlendirirken, yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürebilme ve bu ülkede ailesiyle birlikte yaşayabilmesine engel bir durumun olup olmadığını dikkate alabildiği görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin, başvurusunun ailesiyle sınır dışı edileceği ülkeye dönüp dönemeyeceği konusunu da irdelediği 31.03.2022 tarihli kararında (D.A. Başvurusu, B. No: 2019/5336) başvuru, sınır dışı edilme kararı nedeniyle kötü muamele yasağı ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği dayanak gösterilerek yapılmıştır. Başvurucu, diğer sebeplerin yanı sıra sınır dışı edilmesi halinde, Türkiye’de yaşayan ailesinden ayrılmak zorunda kalacağını ve bu nedenle aile bütünlüğünün bozulacağını belirterek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

Ancak Anayasa Mahkemesi başvurusunun, ailesinden neden ayrılmak zorunda kalacağını, Türkiye’deki aile fertlerinin ülkelerine neden geri dönemeyecekleri konusunu “inandırıcı bir izahla” ortaya koyamadığını belirtmiştir. Bu sonuca ulaşırken öncelikle başvurusunun çifte vatandaşlığı da dikkate alınarak Suriye’de güvenli bölgelerin oluşundan; Lübnan’da ise Hristiyanların güvenliğini tehdit edecek bir riskin bulunduğu dair bir tespitin olmayışından yola çıkmıştır. Ayrıca başvurusunun ailesinin uluslararası koruma başvurusunun reddi de göz önünde bulundurulduğunda, aile bütünlüğünün ne sebeple bozulacağı noktasının cevapsız kaldığına ve sonuç olarak aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁷⁶ Ekşi (n 2) 108-109.

Söz konusu karar bakımından Anayasa Mahkemesinin, sınır dışı edilmek istenen yabancının ailesinin “ülkelerine geri dönebilecek durumda olması” noktasını esas alarak hareket ettiği görülmektedir. Ailenin ülkeye dönebilmesinin mümkün olması karşısında aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine kanaat edilmiştir.

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi’nin 30.09.2020 tarihli bir başka (Majid Momtaz Başvurusu, 2017/24261) kararına konu olayda başvuru; başarılı bir iş yaşamı olduğunu, İran’da saygın bir aileye mensup olduğunu, uzun yıllardır Türkiye’de yaşadığını, Türk vatandaşıyla evli olup iki çocuğu bulunduğunu, çocuklarından birinin üniversitede, diğerinin ise lisede öğrenim gördüğünü, sınır dışı edilerek İran’a gönderilmesi hâlinde eşi ve çocuklarıyla bağının kopacağını, aile bütünlüğünün bozulacağını belirtmiştir. Başvurucu, bu nedenlerle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesince başvuru konusu müdahalenin kamu düzeninin korunması meşru amacına dayandığının açık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca devletin kamu düzenini korumak üzere yabancının ülkeye girişini ve ikamet etmesini denetleme ve ülkede hukuka uygun şekilde bulunmayan yabancılarla ilgili tedbirler alma konusundaki takdir yetkisinin daha geniş olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesince, bireysel başvuru formunda başvurunun, eşi hakkında hiçbir bilgi vermemiş olduğunu; İran’da saygın bir aileye mensup olduğunu belirttiğinin; ailesi ile İran’a veya başka ülkeye gitmelerinde ve aile hayatlarını orada sürdürmelerinde ciddi engeller bulunduğuna dair somut bilgi ve bulgulara dayalı hiçbir açıklama yapmamış olduğunun altı çizilmiştir. Sınır dışı edileceği ülkeye ailesinin de başvuruyla birlikte gitmeyi tercih etmesi durumunda bazı zorluklarla karşılaşılması mümkün olsa da bu olgunun tek başına sınır dışı edilme-ye engel oluşturmayaçağının açık olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda başvurunun eylemlerinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi nedeniyle -isnadın ağırlığı ve önemi, ayrıca sınır dışı edilecek ülke olan İran’da başvurunun ve ailesinin birlikte yaşamalarının önünde çok ciddi engeller bulunduğunun kanıtlanmadığı da dikkate alındığında- gözetilen meşru amaç karşısında aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu, keyfilik içermediği anlaşılmış; müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Anayasa Mahkemesince tüm bu gerekçelerle Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

İlgili kararları da göz önünde bulundurduğunda Anayasa Mahkemesi’nin yabancının sınır dışı edileceği ülkeye, Türkiye’de bulunan ailesini de götürebilme olasılığını değerlendirdiği görülmektedir. Ayrıca ailenin, sınır dışı edilecekleri ülkede belli bir ölçüde zorluk yaşamalarını da olağan karşılandığının altı çizilmelidir. Buna karşın, ailenin gidecekleri ülkede olağan dışı zorluklarla karşılaşabilecek durumda olmaları durumunda, özellikle AIHM kararları da dikkate alındığında çocukların varlığı halinde, çocuğun üstün menfaati de dikkate alınarak olağan dışı



uyumsuzluk sorunları yaşayabilmesi olasılığında bireysel menfaatlerin öne çıkacağı kanısındayız. Bu durumda menfaat dengelemesinde kamusal menfaatler karşısında bireysel menfaatler ağır basabilecek ve sınır dışı edilmenin, aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine hükmedilebilecektir.

SONUÇ

Devletlerin kamu güvenliğini, kamu düzenini, kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı edebilmeleri uluslararası hukukta genel olarak kabul görmektedir. Bununla birlikte, sınır dışı edilme halinde söz konusu kamusal menfaatler ile bireysel bazı menfaatler çatışma haline girebilir. Söz konusu bireysel menfaatlerin başında, yabancının sınır dışı edilmek istendiği ülkede ailesinin olmasına bağlı olarak, aile hayatına saygı hakkının korunması gelmektedir. Bu durumda, yabancının sınır dışı edilmesi yoluyla korunması amaçlanan kamusal menfaatler ile aile hakkına saygı göz önünde tutularak bireysel menfaatler arasında adil bir denge kurma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu dengeleme sonucunda hangi menfaatin üstün tutulması gerektiğine karar verilecektir.

Çalışmada, belirtilen menfaat dengelemesinde, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları temelinde şu genel sonuçlara ulaşılmıştır: AİHM, aileyi genel olarak ebeveyn ve çocuklardan oluşan çekirdek aileyi kapsayacak şekilde ele almaktadır. Bununla birlikte, aralarındaki sıkı ilişkiye bağlı olarak büyükanne-büyükbaba ile torun arasındaki ilişkiler ile olağan duygusal bağların ötesinde bir bağ mevcutsa üçüncü derece ve sonrası aile ilişkileri de kapsam dahilinde olabilmektedir. Kanımızca da çekirdek aile dışında aradaki bağlılık ilişkisi dikkate alınarak ilişkilerin kapsamını genişletecek şekilde aile kavramını ele alma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Henüz ayrı bir aile kurmamış olan genç yetişkin çocuklar ile gerçek bir evlat edinme ilişkisine dayalı çocuklar da aile kavramı içindedir. Çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişkileri değerlendirirken AİHM'in, "çocukla ebeveynler arasında biyolojik bağın yokluğuna, çocukla ilişkinin kısa bir süreye dayalı olmasına, çocukla ilişkinin hukuki açıdan tanımlanmamış olmasına, ebeveynsel bir planlamanın olmayışına ve nitelikli duygusal bağın var olmamasına" dayalı olarak fiili bir aile bağının varlığının kabul edilemeyeceğine hükmettiği görülmektedir. AİHM, ailenin varlığı için salt *de facto* aile bağlarını da yeterli görebilmekte ve resmi bir evliliğin varlığını şart koşturmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin de "aile" kavramını ve sınırlarını açıklarken AİHM ile içerik ve kapsam açısından genel olarak paralel nitelikte bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de ailenin varlığı için "gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağların kurulmuş olmasını" aramakta; sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığının ortaya konulması zorunluluğunu vurgulamaktadır. Sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili başvurularda aile kavramının, çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri

kapsayacak şekilde ele alınmasını öne çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesince de gerekli görülen hallerde ve aradaki bağıllık ve bakım gibi etkenlere bağlı olarak çekirdek aile dışı ilişkilerin de aile kavramı içinde dikkate alınabileceği kanısındayız. Özellikle, bir çocuğun varlığı durumunda, çocuğun üstün yararı esas alınarak anne-babanın dışındaki aile ilişkileri de kapsam dahiline alınabilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilme yapılamaması durumunda, ülkeye entegrasyonun boyutu göz önünde bulundurularak “özel hayata saygı” nezdinde de analiz yapılabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bu olasılıkta aile hayatının ve bağıllık ilişkisinin sorgulanmasından ziyade, ülkede geçirilmiş olan zaman, ülke ile bağ kurmuş olmak ve bağın bireyin yaşamına etkisi gibi noktalar-dan hareket edilebilir.

AİHM, aile hayatına müdahale oluşturan tedbirin/ yasağın kesinleştiği tarihi esas alarak; bu tarih itibarıyla mevcut bir aile hayatının olup olmadığını değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde, sınır dışı işleminin kesin, nihai ve icra edilebilir hâle geldiği tarihte yabancı kişinin bulunduğu ülkede özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığını araştırmaktadır. Bununla birlikte, sınır dışı edilme işleminin kesinleştiği tarihten sonra ve Anayasa Mahkemesine başvuru sürecinde evlilik, bir çocuğun dünyaya gelmesi, evlat edinme gibi bir aile bağı ortaya çıkmışsa bu durumu içeren yeni bir başvurunun idari makamlara yapılabileceği ve bu başvuru nezdinde yeni bir sürecin başlatılabileceği kanısındayız.

Aile hayatına saygı hakkı ve sınır dışı edilmenin altında yatan kamusal menfaatler dengelemesinde AİHM, “kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum gerekliliklerine uygun olma ve orantılılık ilkelerini” göz önünde tutmaktadır. Müdahale, “milli güvenliğin korunması, kamusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı” amaçları gözetilerek “suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gerekliliğiyle ortaya çıkmış olmalıdır. Bu çerçevede içtihat kapsamında ortaya çıkmış olan “sınır dışı edilmeye konu suçun niteliği ve ciddiyeti, sınır dışı edilmek istenen ülkede kalış süresi, suçun işlenmesinden itibaren geçmiş olan süre ve bu süre boyunca başvurucunun tutumu, sınır dışı edilmek istenen ülkede başvurucunun eşi ve çocuklarının bulunup bulunmadığı, çocuklarının yaşı, ikamet süresi, eşi varsa eşinin sınır dışı edilme nedeni hakkında önceden bilgi sahibi olup olmadığı, başka bir ülkede aile yaşamını sürdürmeye engel bir durumun olup olmadığı” gibi etkenler değerlendirilmektedir. Ayrıca çocukların menfaati ve refahı ile gidecekleri ülkede karşılaşacakları zorluklar da göz önünde bulundurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşım izlemekte, sınır dışı edilmekle korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkının korunması yönündeki bireysel menfaatler arasındaki dengeden söz etmekte; yarışan menfaatler arasında denge kurmaya dikkat etmektedir. Anayasa’nın 13. maddesinde “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunu



ifade etmektedir. Bu çerçevede, söz konusu ölçütler dikkate alınarak, “bireyden beklenen fedakârlık” ile “müdahalenin özünde yatan meşru amaç” arasında adil bir dengelemeye gidilmesi noktasının altı çizilmiştir. Dolayısıyla hem AİHM hem Anayasa Mahkemesi’nin sınır dışı etme işleminin aile hayatına etkisi noktasında doğrudan kamusal menfaatlere üstünlük tanıyarak öncelik vermediğini, orantılılık gereğince bireysel menfaatleri de öne çıkarabildiği görülmektedir. Bu noktada bir çocuğun ve ondan ayrılmanın söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun, sınır dışı edilmek istenene bağlılık ve muhtaçlık durumu ile çocuğun hangi ülkede yaşayabileceği gibi koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanımızca, bu koşullar göz önüne tutularak çocuğun üstün yararı ile sınır dışı edilme kararının altında yatan kamusal menfaat dengelenmeli ve kamusal menfaat, ancak vazgeçilemez ve ödün verilemez nitelikte, toplumun geneline yoğunlaşmış bir menfaat ise ağır basmalıdır.

AİHM, sınır dışı kararı verilirken yetkili makamlarca, orantılılık ilkesinin gözetilmesi ve tatminkâr gerekçelerin sunulması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, mahkemelerin sınır dışı edilme kararı sonucunda Türkiye’de aile hayatının varlığına bağlı olarak ileri sürdüğü gerekçeleri yeterince araştırması ve kararlarını bu yön itibarıyla de gerekçeye bağlamasından söz etmektedir. Dolayısıyla aile hayatının varlığının, yetkili mercii ve mahkemelerce yeterli düzeyde araştırılıp sorgulanmış olması, aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak, AİHM’in sınır dışı edilecek kişinin ailesi ile birlikte başka bir ülkeye giderek orada yaşamını sürdürmesi mümkün ise aile yaşamının bozulduğundan söz edilemeyeceğini ele alan kararları mevcuttur. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesinin de sınır dışı edilme kararının aile hayatına etkisini değerlendirirken, yabancının sınır dışı edileceği ülkeye ailesini götürebilme ve bu ülkede ailesiyle birlikte yaşayabilmesine engel bir durumun olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Ailenin gidecekleri ülkede olağan dışı zorluklarla karşılaşabilecek durumda olmalarına bağlı olarak, özellikle çocukların varlığı halinde, çocuğun üstün menfaati de dikkate alınarak olağan dışı uyumsuzluk sorunları yaşayabilmesi olasılığında bireysel menfaatlerin öne çıkacağı ve sınır dışı işleminin, aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılabileceği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Aybay R, *Yabancılar Hukuku* (1.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2005).
- Aybay R, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme” (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-172.
- Çelikel A ve Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (26.B., Beta 2021).
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. B., Seçkin 2016).

Dardağan Kibar E ve Elçin D ve Erşan Aydın O, “Anayasa Mahkemesi’nin Sherapat Yagmyrova Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, (2020) 40(2), 1477-1506.

Dardağan E, *Yabancılar Hukuku Açısından Sınır Dışı Etme* (Ankara 1993) (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Davies G, “The Family Rights of European Children: Expulsion of Non-European Parents”, European University Institute Working Papers, RSCAS, 2012/04, s. 1-31: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20375/RSCAS_2012_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 16.01.2023)

Desmond A, A “The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants Under Article 8 of the ECHR”, (2018) 29(1) The European Journal of International Law, 261-279.

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

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (1. B., Beta 2014).

Ekşi N, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin Yabancıların Sınır dışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu” (2009)1-2 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 119-139.

Ekşi N, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye’den Sınır Dışı Edilmelerini Engelleyen Haller” (2008) 82(6) İstanbul Barosu Dergisi 2803- 2837.

Ergül E, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı 2012).

European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence, 31.08.2022: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.10.2022).

Kabaalioğlu H ve Ekşi N, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, (2004) 24 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 503-523.

Kibar Dardağan E, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi” (2012) 11(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 53-74.

Klaassen M, “Between Facts and Norms: Testing Compliance with Article 8 ECHR in Immigration Cases” (2019) 37(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 157-177.



Leloup M, “The Principle of the Best Interests of the Child in the Expulsion Case Law of the European Court of Human Rights: Procedural Rationality as a Remedy for Inconsistency” (2019) 37(1) Netherlands Quarterly of Human Rights 50-68.

Milios G, “The Immigrants’ and Refugees’ Right to ‘Family Life’”, International Journal on Minority and Group Rights (2018) 25(3) 401-430.

Nicholson F, “The Right to Family Life and Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection and the Family Definition Applied”, Legal And Protection Policy Research Series, UNHCR, Division of International Protection, (2008) 1-46: <https://www.unhcr.org/5a8c40ba1.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

Özçelik Bayraktaroğlu G, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi” (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 108, 2013 211-258.

Sirmen S, “Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar” (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 29-45.

Thym D, “Respect For Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right To Regularize Illegal Stay?” (2008) 57 International and Comparative Law Quarterly 87–112.

UNHCR, “Summary Conclusions: Family Unity, Expert Roundtable Organized by UNHCR and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001”: Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection, (Ed. Feller et al.), CUP, (2003) 604-608: <http://www.unhcr.org/419dbfaf4.pdf> (Erişim tarihi 26.10.2022).

Van Dijk C P ve Van Hoof GJH, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (3. B., Kluwer 1998).

NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI ve NATO ANLAŞMASI

*The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and
the North Atlantic Treaty*

A. Füsün ARSAVA*

Özet

Makalede NATO tarafından Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına ve onun denetim rejimine ters düştüğüne ilişkin olarak ileri sürülen iddialar ele alınmaktadır. İki anlaşmanın bağdaşmazlığına ilişkin olarak ileri sürülen görüşler hukuki olmaktan çok siyasi olarak değerlendirilmektedir. Aynı bağlamda makalede bir devletin NATO üyeliği ile Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olmasının hukuken mümkün olup olmadığı ele alınmaktadır. NATO üyesi devletlerin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının gereği olarak hukuken nükleer destek yasağı ve NATO anlaşmasına istinat eden karşılıklı dayanışma mükellefiyeti arasında kurumsal ve teknik önlemler olarak bir denge kurma mükellefiyeti bulunmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının teamül hukuku teşkil etme potansiyeli makalede ele alınan konular arasında yer almaktadır.

Anahtar Sözcükler: Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması, Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması, NATO, Teamül Hukuku.

Abstract

In the article, the NATO arguments that the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) contradicts both the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NPT) and its inspection regime are discussed. It is considered that the views expressed relating to the incompatibility of the two treaties are not so much legal as political. In the same context, the article also discusses whether judicially it would be possible for a NATO member to become a party to the TPNW. NATO member states have an obligation to strike a balance between the legal nuclear support ban undertaken in accordance with the NPT and the mutual solidarity commitment as ascribed to the NATO Treaty by taking institutional and technical measures. The potential for the TPNW to constitute *lex non-scripta* (common law) is also discussed among the topics considered in the article.

Keywords: The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Nuclear Non-Proliferation Treaty, NATO, *lex non-scripta* (common law).

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.05.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2275-7664>.

GİRİŞ

NATO ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması arasında aşağı yukarı 70 yıllık bir zaman farkı bulunmaktadır.¹ 07.07.2017'de 122 devlet tarafından imzalanan ve 22.01.2021'de yürürlüğe giren Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması nükleer silahlanma tartışmasına siyasi olarak ve Uluslararası Hukuk muvacehesinde önemli katkı yapmıştır. Nükleer güç olan NATO üyesi devletler anlaşmaya ilişkin karşılıklarını iki anlaşmanın bağdaşmazlığı olarak açıklamıştır.² Temsil edilen bu görüşe göre nükleer silahları yasaklayan anlaşmadan doğan uluslararası hukuk yükümlülükleri nükleer caydırıcılığa ilişkin NATO stratejisine ve uluslararası silahlanma mimarisine ters düşmektedir.³

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması uluslararası teamül hukukunun ortaya çıkış koşullarını yerine getirmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının reddine ilişkin tutumun bu nedenle siyasi olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuka daha uygun gözükmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının mevcut nükleer silahlanma mimarisi ve geçerli anlaşmalarla bağdaşmazlığı bağlamında ortaya çıkan bu tablo hukuk politikası bakımından iki tarafı keskin bir bıçak görünümündedir. Nükleer politika tartışmasının objektif kriterlerden uzak olarak yürütülmesi iki anlaşmanın (Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve NATO Anlaşması) bağdaşmazlığı iddiasının bir araç olarak kullanılmasına yol açmış ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının onay sürecini etkilemiştir. Hukuk metodolojisi bakımından bağdaşmazlık iddiası tartışmalı gözükmemektedir. İki uluslararası hukuk anlaşması arasında uyumsuzluğun nerede olduğuna işaret edilmeksizin iki anlaşma arasında bağdaşmazlık bulunduğu iddiası yapılmaktadır. İki norm arasında uyumsuzluk geleneksel olarak aynı konuya ilişkin farklı kuralların öngörülmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda normun muhatabı bakımından farklı kaynaklardan doğan mükellefiyetlerin bir arada yerine getirilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.⁴ Diğer bir ifade ile bir anlaşmadan doğan yükümlülük diğer anlaşmadan doğan yükümlülük ihlâl edilmeksizin yerine getirilemediği takdirde bağdaşmazlık söz konusudur. Normlar çatışması buna karşılık bir anlaşmanın diğerine nazaran daha kapsamlı yükümlülükler öngörmesi, anlaşmalardan birinde her iki anlaşmada öngörülen bir yükümlülüğün tavzih edilmesi, anlaşmalardan birinde ele alınmayan bir konunun diğerinde düzenlenmesi halinde kabul edilmemektedir.

¹ TPNW, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 07.07.2017 tarihli anlaşma için bkz.: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf> Erişim Tarihi 24 Mart 2023

² Lina-Marieke Hilgert, Angela Kane ve Anastasia Malygina, The TPNW and the NPT, Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg (2021), s.1 vd.

³ NATO Press Release 2017-No.135, 20.09.2017, North Atlantic Council Statement on the Prohibition of Nuclear Weapons, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_146954.htm?selectedLocale=en> Erişim Tarihi 24 Mart 2023

⁴ Nele Matz-Lück, 'Treaties, Conflicts between' (2010), MPEPIL Bd.:IX, s.1096-1103, Rn. 5 vd.

Eşit hiyerarşiye sahip iki uluslararası hukuk anlaşması arasında normlar çatışmasının doğması uluslararası hukuk uygulamasına yabancı bir durum değildir.⁵ Kural olarak normlar çatışması çatışma ile ilgili düzenleme üzerinden (“conflict clauses”) çözülmektedir.⁶ 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bu konuda 30.maddesinde ve 59.maddesinde norm çatışmalarının çözümüne ve derogasyon kurallarına ilişkin prensiplere istinat eden düzenlemeler öngörmektedir. Bunun ötesinde devletlerin BM Anlaşmasının 103.maddesinde öngörülen öncelik kuralı, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesinin 311.madde, II ve III. fıkralarında veya NATO Anlaşmasının 8.maddesinde öngörülen özel düzenlemeler gibi kurallar kabul etmesi mümkündür. Anlaşma normları arasındaki çatışmanın normların Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.maddesinde yer alan kriterlere göre yorumu ile yahut yorum bildirimi esas alınarak çözümlenmesi mümkündür.⁷

Uluslararası mahkemeler uygulamada normlar çatışmasını uyumlu yorum yöntemi ile yumuşatmaya yahut aşmaya çalışmaktadır.⁸ Normlar çatışması durumlarında çatışmanın hukuki sonuçlarının (geçersizlik, bir anlaşmanın diğerine nazaran önceliği) genelde çatışma ile ilgili normda açık bırakıldığı görülmektedir. BM Anlaşmasının 103.maddesi BM Anlaşmasının önceliğini öngörmekle beraber BM Anlaşması ile çatışan anlaşmanın geçersizliğini öngörmemektedir;⁹ BM anlaşmasının 103.maddesi 1919 tarihli Milletler Cemiyeti Misakının 20.maddesinden farklı olarak “yürürlükten kaldırma” (abrogate) kavramı yerine “öncelik” (prevail) kavramını kullanarak çatışmaların çözümü için uyumlu yorum yöntemini benimsemiş görülmektedir. Makalede işaret edilen konuların yanı sıra Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasını birbirini tamamlaması ve nükleer silahların yasaklanmasının teamül hukuku karakteri tartışılmaktadır.

I. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI VE NATO ÜYELİĞİ

NATO’nun Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına karşı tutumu açık bir şekilde formüle edilmektedir.¹⁰ 14.06.2021 tarihli NATO zirvesinde kabul edilen bildiride “İttifak’ın nükleer caydırıcılık politikasıyla tutarlı olmayan, nükleer silah-

⁵ Nele Matz-Lück, Rn.27

⁶ Erich Vranes, ‘Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior - Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“ (2005) 65 ZaöRV, s. 391-405

⁷ Andreas Arnault, *Völkerrecht*. 4.Baskı, Müller Verlag 2019, Heidelberg, Rn.214

⁸ Erika de Wet ve Jure Vidmar, ‘Conflicts between international paradigms: Hierarchy versus systemic integration, Global Constitutionalism’ (2013) Vol.2, Issue 1, s.208 vd.

⁹ Andreas Paulus ve Johann Ruben Leiß, ‘Article 103’, bknz.: Simma/Khan/Nolte/Paulus (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Vol. II., 3. Baskı (2012), Oxford University Press, Rn.77

¹⁰ Steven Hill, ‘NATO and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons’ (2021) Chatham House Research Paper, s.12 vd.



ların yayılmasının önlenmesi ve silahsızlanmanın mevcut mimarisiyle çelişen, Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasını (NPT) baltalama riski taşıyan ve NPT'yi baltalayan Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması'na (TPNW) karşı olduğumuzu yineliyoruz. mevcut güvenlik ortamını hesaba katmak TPNW, nükleer silahlarla ilgili olarak ülkelerimizin yasal yükümlülüklerini değiştirmemektedir (...). Ortaklarımızı ve diğer tüm ülkeleri, NPT de dahil olmak üzere, yasaklama anlaşmasının uluslararası barış ve güvenlik üzerindeki etkisi üzerinde gerçekçi bir şekilde düşünmeye çağırıyoruz (...)" ifadesi yer almaktadır;¹¹ NATO'nun örgüt olarak kendi nükleer silahları bulunmadığı gibi nükleer güce sahip NATO üyesi devletlerin (ABD, İngiltere, Fransa) ülkelerinde de NATO'nun kullanımına tahsis edilmiş nükleer silahlar bulunmamaktadır.¹² NATO'nun nükleer angajmanı büyük ölçüde nükleer planlama grubunun yaptığı çok taraflı istişarelerle sınırlıdır. Bunun dışında NATO nükleer silahlardan arınmış bir dünya ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında öngörülen ölçüde nükleer silahlanmayı kabul etmektedir. Bu yaklaşım 2016 tarihli Varşova NATO zirvesinde "müttefikler Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Anlaşması'nın (NPT) tam olarak uygulanmasına yönelik güçlü kararlılıklarını vurguluyorlar. İttifak, herkes için daha güvenli bir Dünya arama ve nükleer silahların olmadığı bir dünya için gerekli koşulları, Madde VI da dahil olmak üzere NPT'nin tüm hükümlerine uygun olarak, adım adım ve doğrulanabilir bir şekilde, uluslararası kalkınmayı teşvik edecek şekilde yaratma konusundaki kararlılığını bir kez daha teyit eder" şeklinde dile getirilmiştir.¹³

1. Nükleer Caydırıcılık

NATO'nun görüşüne göre Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması NATO'nun nükleer caydırıcılık stratejisinin ve NATO'nun nükleer ittifak olarak siyasi karakterinin sorgulanmasına yol açmaktadır;¹⁴ Nükleer Silahların Yasaklanması

¹¹ "We reiterate our opposition to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) which is inconsistent with the Alliance's nuclear deterrence policy, is at odds with the existing non-proliferation and disarmament architecture, risks undermining the NPT, and does not take into account the current security environment. The TPNW does not change the legal obligations on our countries with respect to nuclear weapons (...). We call on our partners and all other countries to reflect realistically on the ban treaty's impact on international peace and security, including on the NPT (...)", Brussels Summit Communiqué, 14.06.2021, bknz.: <http://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm> Erişim Tarihi 24 Mart 2023.

¹² Steven Hill, s.8

¹³ "Allies emphasize their strong commitment to full implementation of the Nuclear Non-Proliferation Treaty (NPT). The Alliance reaffirms its resolve to seek a safer World for all and to create the conditions for a world without nuclear weapons in full accordance with all provisions of the NPT, including Article VI, in a step-by-step and verifiable way that promotes international Stability (...)", bknz.:Warsaw Summit Preview: Many Interests, with Deterrence at Core, July 2016 <https://tr.wikipedia.org/wiki/2016_NATO_Var%C5%9Fova_zirvesi#> (Erişim tarihi: 24 Mart 2023)

¹⁴ "Allies" goal is to bolster deterrence as a core element of our collective defence and to contribute to the indivisible security of the Alliance (...). As allies committed to advancing security through deterrence, defence, disarmament, non-proliferation and arms control, we, the Allied nations,



Anlaşmasının NATO'nun nükleer caydırıcılık stratejisi ile bağdaşmazlığı normatif olarak Anlaşmanın amaç ve hedefinden ve 1.maddesinde yer alan nükleer silahla tehdit yasağından istihraç edilmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.maddesi NATO devletlerinin nükleer bir şemsiye altında kooperasyonuna ve nükleer tehditlere karşı nükleer gücü olmayan devletlerin desteklemesine imkân vermemektedir.

2. Nükleer Ortaklık

Nükleer ortaklık (nuclear sharing arrangements) NATO'nun caydırıcılık politikası konsepti içinde değerlendirilmektedir. Buna göre kendi nükleer silahları olmayan NATO üyesi devletler nükleer silahların kullanılması ve planlanması programına dahil edilmektedir. Bu çerçevede kimi NATO üyesi devletler - Almanya, Hollanda, Belçika, İtalya ve Türkiye - gerekli güç ve lojistik destek tahsis etmektedir. Nükleer ortaklık içinde yük paylaşımı sağlanmaktadır. Nükleer ortaklık nükleer gücü olmayan NATO üyesi devletlerin kendi ulusal komutalarında nükleer silahların kullanılmasına izin vermemektedir.

Nükleer ortaklık içinde yer alan NATO devletleri Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına göre nükleer silahlara sahip olmayan devlet kategorisinde yer almaktadır. Nükleer ortaklık Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ile prensip olarak bağdaşmamaktadır. Federal Almanya için bu durum Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olmak bakımından hukuken önemli bir engel olarak görülmüştür. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.madde, g bendi anlaşma tarafı devletlerin hiçbir koşulla ülkelerinde nükleer silahların tesis edilmesine, kullanılmasına izin vermeme mükellefiyeti bulunmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması nükleer silahları olmayan devletleri nükleer silahları doğrudan veya dolaylı olarak kabul etmemekle yükümlü kılmaktadır.

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması anlaşmaya katılmak isteyen nükleer ortak devletlere yükümlülüklerini uyumlaştırmak için zaman tanımaktadır. Nükleer ortak devletlerin bu bağlamda derhal tüm nükleer silahları ülkesinden çıkarması gerekmeyip, anlaşmanın 14.maddesine göre mümkün olan en kısa sürede en geç anlaşma tarafı devletlerin denetleme konferansında oy çokluğu ile belirledikleri tarihe kadar nükleer silahları ülkelerinden uzaklaştırması gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 8.maddesi, II.fıkrasına göre BM Genel Sekreterinin anlaşmanın yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde denetleme konferansını toplaması öngörülmektedir. Daha sonraki konferanslar her iki senede bir toplanacaktır. Bu tablo Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer silahların çekilmesi bakımından kesin bir tarih öngörmediğini, tarihin belirlenmesinde yetkinin anlaşma tarafı devletlere bırakıldığını ortaya koymak-

cannot support this treaty" (NATO Press Release 2017, No.135, 2009.2017, North Atlantic Council Statement on the TPNW; <http://www.nato.int/cps/en/natohq/news_146954.htm?selectedLocale=en> (Erişim tarihi: 24 Mart 2023)

tadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması nükleer silahlara geçici olarak sahip olunmasını Uluslararası Hukuka aykırı olarak değerlendirmemiştir.¹⁵

3. NATO Üyesi Devletlerin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına Katılması

Almanya'da ve Hollanda'da NATO üyesi bir devletin nükleer ortaklıktan çekilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı da tartışılmaktadır. NATO üyeliğinin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılmayı engelleyip engellemediği sorusunun NATO üyeliğinin hukuken nükleer ortaklık ve nükleer caydırıcılık ile bağlı olup olmadığına yahut ne ölçüde bağlı olduğuna göre cevaplandırılması mümkündür. Şimdiye dek NATO üyesi bir devletin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olması ile ilgili bir örnek ortaya çıkmamıştır. Bir nükleer askeri ittifakın üyesi olarak Kazakistan 29.08.2019'da Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılmıştır.¹⁶ Kırgızistan, Kazakistan, Tacikistan örgüt üyesi olarak nükleer caydırıcılığa mesafelidir. Kurucu anlaşmada nükleer ortaklık statüsü yer almamaktadır.

Literatürde NATO üyesi devletlerin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılımı farklı değerlendirilmektedir. Literatürde İttifakın nükleer karakterini Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılım bakımından hukuki engel olarak görenler olduğu gibi, NATO üyesi devletlerin uygulamalarından hareket ederek bunu engel görmeyen yazarlar da bulunmaktadır.¹⁷ Uygulamada NATO üyesi devletler nükleer ortaklık istedikleri takdirde nükleer ortaklık statüsü kazanmaktadır. Nükleer ortaklık NATO üyesi devletler bakımından bir zorunluluk değildir.

II. NATO ANLAŞMASI

Nükleer silah, nükleer caydırıcılık, nükleer ortaklık kavramları 1949 tarihli NATO anlaşmasında yer almamaktadır.¹⁸ NATO Anlaşmasının 3.maddesi askeri kapasitenin artırılması için üyelerin genel bir dayanışma mükellefiyetini öngörmektedir. Bu mükellefiyet zorunlu olarak nükleer ortaklığı kapsamamaktadır.¹⁹ İttifaka sadakat prensibi tereddütsüz şekilde NATO üyelerinin birbirlerini siyasi anlamda dikkate alma mükellefiyeti doğurmaktadır. Bu mükellefiyet ancak ne nükleer ortaklık mükellefiyeti ne de Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşma-

¹⁵ Christopher Ford, 'Nuclear Ban Treaty by NSC', 22.8.2017 tarihli bilgilendirme toplantısı (*briefing*), Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC

¹⁶ Kazakistan Kollektif Güvenlik Örgütünün kurucu üyesidir. Nükleer askeri ittifak 1992'de Rusya'nın önderliğinde kurulmuştur. Bknz.: http://media.nti.org/documents/central_asia_canwfs_treaty_pdf (Erişim tarihi: 24 Mart 2023)

¹⁷ Bonnie Docherty, 'Nuclear Umbrella Arrangements and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons' 2018 June, International Human Rights Clinic (IHRC), Harvard Law School

¹⁸ Steven Hill, s.9

¹⁹ Matjaž Kačič, 'Commentary on Articles 2 and 3 of the Washington Treaty' (2019), Vol.34, Emory International Law Review 34, s.60 vd.

sına katılma yasağı doğurmaktadır. NATO Anlaşmasının 5.maddesinden aynı şekilde nükleer ortaklık mükellefiyeti yahut nükleer askeri dayanışma mükellefiyeti doğmamaktadır.²⁰

Nükleer ortaklık gibi nükleer caydırıcılık da NATO Anlaşmasında açık şekilde öngörülmemektedir. Nükleer caydırıcılık anlaşmanın bağlayıcı hükümlerine istinaden değil, siyasi mutabakat sonucu doğan bir gereklilik olarak kabul edilmektedir. İttifakın nükleer caydırıcılık politikası şekli bir anlaşma değişikliği olmaksızın entegrasyon programı çerçevesinde soft-law olarak gerçekleşmiştir. NATO üyeleri bakımından soft-law yaklaşımından hukuki bir mükellefiyet doğmamakla beraber bu yaklaşımın NATO Anlaşmasının nükleer caydırıcılık politikasının yorumunda dikkate alınması mümkündür.²¹

1. Çatışma Normu

NATO Anlaşmasının 8.maddesi NATO Anlaşmasının diğer uluslararası hukuk anlaşmaları ile çatışması durumunda uygulama bulacak “çatışma hükmü” (conflict clause) öngörmektedir. NATO Anlaşmasının 8.maddesi NATO üyesi devletlere NATO Anlaşması ile çatışmaya düşecek uluslararası taahhütler altına girmeme yükümlülüğü getirmektedir. NATO Anlaşmasının yorumuna ilişkin çalışmalarda anlaşmanın 8.maddesinin amacının anlaşma yükümlülükleri ile bağdaşmayan yükümlülükleri önlemek olmakla beraber bu yükümlülüğün NATO Anlaşması ile çatışan anlaşmaların hukuki geçerliliği ile ilgili olmadığı vurgulanmaktadır.²² NATO Anlaşmasının 8.maddesi NATO üyesi devletlere en geç yükümlülüklerini yerine getirecekleri tarihe kadar NATO Anlaşmasına ters düşen yükümlülüklerden kurtulma yükümlülüğü getirmektedir. NATO Anlaşmasının 8.maddesi NATO üyesi devletlerin anlaşma yapma özgürlüğüne fiiliyatta ağır bir sınırlama getirmiştir. Ne Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ne de NATO Anlaşması açık şekilde bir anlaşmaya katılma yasağı getirmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması katılıma açık bir anlaşmadır (md.14). Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması, nükleer silahlara sahip devletleri ve nükleer ortakları, anlaşmanın 4.maddesinden doğan silahsızlanma yükümlülüğünü ve anlaşmanın temel gerekliliklerini yerine getirmeleri kaydıyla anlaşmaya katılmaya davet etmektedir. NATO Anlaşması da NATO üyesi devletlere ne nükleer ortaklık ne de nükleer güç statüsünü koruma yükümlülüğü getirmektedir. İttifakın geri kalan prensipleri olarak ancak NATO Anlaşmasının 3.maddesinden doğan NATO üyesi devletlerin birbirlerini destekleme ve 5.maddesinden doğan dayanışma mükellefiyetinin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer destek yasağı öngören 1.madde, (e) bendi ile çatışmaya girme olasılığı muhtemel gözükmektedir.

²⁰ Andreas Arnauld, Rn.1079

²¹ Krş.t.: Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md.3, fik.3, bent b

²² Károly Végh, ‘The North Atlantic Treaty and It’s Relationship to Engagements of Its Parties – A Commentary on Article 8’ (2019) Vol. 34, Emory International Law Review, s.144 vd.

2. Destekleme Yasağı ve Destekleme Mükellefiyeti

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.madde, (e) bendi anlaşma tarafı devletleri anlaşma tarafı devletler bakımından yasak olan bir tasarrufu hiçbir koşul altında desteklememekle, teşvik etmemekle böyle bir tasarrufa yönlendirmekle mükellef kılmalıdır.²³ Ottawa Konvansiyonu'nun 1.madde, I.fıkra, (c) bendinden esinlenerek lâfzen aynen düzenlenen Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.maddesi anlaşmanın en çok tartışılan hükümleri arasında yer almaktadır. Problem mükellefiyetin unsurlarının belirsizliğinden ve yorum gereksiniminden doğmaktadır. Madde hükmü dar yorum tekniği ile okunduğu takdirde nükleer silahlara sahip devletlerin bu silahlara sahip olmayan NATO devletleri tarafından hiçbir şekilde doğrudan yahut dolaylı olarak desteklenmemesi ve onlarla işbirliği yapmaması gerekmektedir.²⁴ Nükleer silahlara özendirme yasağının NATO Konseyinin NATO üyesi devletlerin nükleer savunma stratejisini benimse- dikleri ortak bildirisine istinat ettirilmesi mümkündür.²⁵

Nükleer silahları destekleme yasağının geniş yorumlanması buna karşılık nükleer bir ittifak içinde anlaşmada öngörülen dayanışma mükellefiyeti nedeniyle problem yaratma potansiyeline sahiptir. Uygulamada nükleer ve nükleer olmayan destekleme şekilleri arasında kurumsal anlamda ayırım yapılması oldukça zor gözükmektedir. NATO üyesi bir devletin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması- nın 1.madde, (e) bendinde öngörülen nükleer destek yasağını ihlâl etmeksizin siya- si, askeri ve teknik olarak bağlı olduğu nükleer ittifaka destek vermesinin mümkün olması zor tasavvur edilmektedir. Bu çıkmaza literatürde de işaret edilmektedir.²⁶

NATO üyesi devletlerin kurumsal ve teknik önlemler olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının ters düşmeyecek şekilde ittifak üyesi devletlere des- tek mükellefiyetini garanti altına alması gerekmektedir. NATO anlaşması ve Nük- leer Silahların Yasaklanması Anlaşması arasındaki çatışmanın önlenmesi, çatışan normların uyumlaştırılması nükleer destekleme yasağı ve nükleer destekleme mükellefiyeti arasında hukuki bir denge sağlanması ile mümkün olabilecektir. Nükle- er Silahların Yasaklanması Anlaşmasını onaylamak isteyen NATO üyesi devletle-

²³ bkz.: Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti- Personnel Mines and on their Destruction v. 18.09.1997, UNTS, Vol. 2056, s.211; https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf (Erişim tarihi 24 Mart 2023)

²⁴ Stuart Casey-Maslen, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. A Commentary* (Oxford Univ. Press 2019), s.93

²⁵ Stuart Casey-Maslen, s.109 vd.

²⁶ “Article 1(e) further prohibits states to ‘assist, encourage or induce, in any way’ any other state to carry out the aforementioned activities. Many ban proponents interpret the core prohibitions in the treaty as including any form of military planning that includes nuclear weapons. [...] Therefore as long as nuclear weapons remain central to NATO’s mission and defense, membership of the Alliance will be incompatible with the principles set out in the nuclear ban treaty”, bkz.: Emil Dall, ‘A Balancing Act: NATO-States and the Nuclear Ban Treaty’, (2017), European Leadership Network, s.2 vd.

rin anlaşmayı onaylama aşamasında anlaşmanın 1.maddesi, (e) bendinden doğan mükellefiyetlere ilişkin olarak bir yorum bildirisi yaparak NATO anlaşmasının 5.maddesinden doğan dayanışma mükellefiyeti ile Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından doğan mükellefiyetini uyumlaştırması mümkündür.²⁷ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına ilişkin böyle bir yorum bildirisi Mayıs 2018’de Avusturya tarafından anlaşmanın onayı esnasında yapılmıştır. Bu bağlamda yorum bildirisi ile çekince arasında ayrım yapılması önem taşımaktadır.²⁸

Diğer silahsızlanma anlaşmaları bağlamında da yorum bildirileri yapıldığı görülmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.maddesi ile lâfzen aynı olan Ottawa Konvansiyonunun 1.madde, I.fıkra (c) bendine ilişkin olarak kimi NATO üyeleri Ottawa Konvansiyonuna katılım esnasında Ottawa Konvansiyonuna katılmayan diğer NATO devletleri ile askeri işbirliğini bağlamında yorum bildirileri yaparak her iki anlaşmadan doğan yükümlülüklerini uyumlaştırmışlardır. Nükleer destek yasağı ve NATO Anlaşmasının 5.maddesine istinat eden dayanışma mükellefiyetinin ittifakta siyasi bir sorun haline gelmesi mümkündür. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılan NATO üyesi bir devletin nükleer silahlara sahip bir NATO üyesi devletin nükleer silah taşıyan uçağına ülkesi üzerinden uçuş izni vermesi mümkün değildir; böyle bir durumda NATO Anlaşmasının 5.maddesine istinat eden dayanışma yükümlülüğünü yerine getirilmesi söz konusu olmamaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılan bir NATO üyesinin ülkesinin saldırıya uğraması halinde nükleer güce sahip NATO üyelerinin nükleer desteğini isteme olanağına sahip olmayacağı da açıktır. NATO Anlaşmasının 5.maddesine göre nükleer destek bir kenara geleneksel askeri bir pakt çerçevesinde dahi uluslararası hukuka göre böyle bir nükleer destek talebi yapılması mümkün değildir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılım için nükleer koruma şemsiyesini terk eden NATO üyesi devletin nükleer korumayı kayıtsız şartsız canlandırması siyasi olarak olası gözükmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 17.madde, II.fıkrası anlaşmanın nükleer silahlı çatışma durumlarında da geçerli olduğunu öngörmektedir. Nükleer Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından doğan mükellefiyetlerin savaş zamanında askıya alınması anlaşmada kabul edilmemiştir.

III. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI VE NÜKLEER SİLAHLARIN YAYILMASININ ÖNLENMESİ ANLAŞMASI

NATO’nun, Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına karşı olan yaklaşımı bu anlaşmanın Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına ra-

²⁷ Stuart Casey-Maslen, s.114

²⁸ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md.19). Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına çekince yapılması kabul edilmemektedir (bknz.: Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması, md.16).



kip yahut alternatif bir anlaşma rejimi yaratma kaygısından kaynaklanmaktadır.²⁹ Bu bağlamda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olan devletlerin Nükleer Silahların Yayılmasını Önleyen Anlaşmanın zorlu denetim sürecinden kendilerini kurtarma olanağına sahip olabileceği, devletlerin her iki anlaşmayı birbirine karşı kullanabileceği, Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına verilen desteğin Nükleer Silahların Yayılmasının Önlemesi Anlaşmasına verilen desteğin azalmasına yol açacağı gibi kaygı nedenleri sıralanmaktadır.³⁰ En kötü ihtimal devletlerin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılım için Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasından ayrılmasıdır.³¹ Bunun ötesinde vurgulanan en önemli kaygılardan biri de Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında öngörülen denetleme prosedürünün Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması tarafından ortadan kaldırılması yahut zayıflatılmasıdır. Bununla beraber her iki anlaşmanın farklı konulara ağırlık verdiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması parçalanabilir materyallere ilişkindir. Kısaca nükleer silah tekniğini önleme amacına matuftur. Anlaşma bu bağlamda geleneksel nükleer silaha sahip beş devlet ile (bu devletlere özel bir sorumluluk yüklenmiştir) nükleer silahlara sahip olmayan devletler arasında bir ayrım yapmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ise ilk sırada nükleer silahsızlanma anlaşmasıdır ve söz konusu asimetrik durumu uzun vadede sona erdirmeye hedefi gütmektedir. Her iki anlaşma ortak bir amaç olarak nükleer silah tanımı yapmaksızın nükleer silahlardan arınmış bir dünya yaratmak istemektedir. Bu bakış açısı ile iki anlaşma birbirleri ile çatışma durumunda değildir.³² Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ile çatışma yaratılmamasına özen gösterilmiştir.³³

1. Çatışma ve Öncelik

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması iki ayrı yerde (dibacesinde ve 18.maddesinde) Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına atıf yapmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının dibacesinde (8.paragraf) Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının tam ve etkin icrasının dünya barışının sağlanması ve uluslararası güvenlik için hayati önem taşıdığı vurgulanmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının dibacesi bu ifade ile Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının sadece nükleer silahların yayılmasının önlemesi bakımından taşıdığı öneme değil, her iki anlaşmanın birbirini tamamlama amaçlı olarak şekillendirildiğine işaret etmektedir.

²⁹ Steven Hill, s.16 vd.

³⁰ Kai Ambos, Matthias Lippold, 'Völkerrecht und nukleare Abrüstung - eine gespaltene internationale Gemeinschaft?' (2020) Juristenzeitung, Jahrgang 75, Heft 14, s. 920

³¹ Newell Highsmith, Mallory Stewart, 'The Nuclear Ban Treaty. A Legal Analysis' (2018) Vol.60, Iss.1, Survival - Global Politics and Strategy, s.141

³² Lina-Marieke Hilgert, Angela Kane ve Anastasia Malygina, s.3

³³ Tytti Erästö, 'The NPT and the TPNW: Compatible or conflicting nuclear weapons treaties?' (2019), SIPRI/Sweden; Thomas Hajnoczi, 'The Relationship between the NPT and the TPNW' (2020) Vol.3, Iss.1, Journal for Peace and Nuclear Disarmament, s.91

2. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18. maddesi - Çatışma Normu

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi anlaşmanın dibacesinde yer alan yaklaşıma aykırı olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının diğer uluslararası hukuk anlaşmaları ile ilişkisini bir çatışma normu olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının icrası anlaşma tarafı devletlerin mevcut uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini anlaşma tarafı devletlerin bu anlaşmadan doğan yükümlülükleri ile uyumlu olduğu nispette etkilemeyecektir.

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesinin yorumuna ilişkin bir belirsizlik hüküm sürmektedir. Madde hükmü Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından doğan yükümlülüklerle diğer anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin prensip olarak çatışmadığının kanıtı olarak görüldüğü gibi hiyerarşiyi belirleyen bir norm olarak Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına nazaran Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına hiyerarşik üstünlük sağlayan bir hüküm olarak da yorumlanmaktadır.

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına nazaran önceliğe sahip olduğu iddiasının ancak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesine istinat ettirilmesi mümkün değildir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 30.madde, II. fıkrasında aynı konuya ilişkin anlaşmalar bakımından hiyerarşiyi belirlemek üzere öngörülen hükmün Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması çatışması bağlamında uygulanarak takribi bir sonuca varılması uygun görülmemektedir.

BM Anlaşmasından doğan yükümlülüklerle diğer uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin çatışması durumundan hareket eden BM Anlaşmasının 103. maddesinde öngörülen çatışma normundan farklı olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından doğan yükümlülüklerle diğer anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin çatışmasından hareket etmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi diğer anlaşmadan doğan yükümlülüklerin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının icrasını etkilemesi koşuluna bağlı olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının önceliğini kabul etmektedir. Somut olarak ifade etmek gerekirse Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından doğan yükümlülüklerin diğer anlaşmadan doğan yükümlülülüklerle istinaden daraltılması söz konusu olmayacaktır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesinde yer alan öncelik kuralına anlaşmanın icrasının etkilenmesine bağlı bir anlam verilmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi bunun dışında anlaşma tarafı devletlere Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması gibi silahsızlanma anlaşmaları yapma yahut kapsamlı nükleer test yasağı anlaşması gibi anlaşmaları onaylama veya onları dikkate alma olanağını engellememektedir.³⁴

³⁴ Stuart Casey-Maslen, Art.18



BM Anlaşmasının 103.maddesinden farklı olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi devletlere ve anlaşmanın yorumunu yapan mahkemelere uyumsuzluğu çözmek için kapsamlı bir hareket alanı bırakmaktadır. Birbirleriyle çatışan yükümlülükler nedeniyle iki anlaşma arasında doğan çatışmanın zorunlu olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına öncelik verilerek çözülmesi mükellefiyeti bulunmamaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesinde kilit yaklaşım yükümlülüklerin bağdaştırılabilmesi iken, BM Anlaşmasının 103.maddesinde yükümlülüklerin birbirleriyle çatışması durumudur. Farklı anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin ne zaman birbirleriyle uyumlu yahut uyumsuz kabul edileceği konusunda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Bir yükümlülüğün diğer bir yükümlülükle uyumlu olması yükümlülüklerin aynı olması anlamını taşımamaktadır. İki yükümlülüğün farklı amaçlara ilişkin olması durumunda uyumsuz olduklarının söylenmesi mümkün müdür? Aynı konuya ilişkin bir yükümlülüğün diğerine nazaran dar formüle edilmesi yükümlülüklerin uyumsuz olarak nitelendirilmesine yol açabilir mi? Farklı yükümlülüklerin gerektiği takdirde olumlu yorum tekniği ile uyumlaştırılması mümkün müdür? Bu çerçevede somut durumun önem taşıdığı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesi yükümlülüklerin uyumlaştırılabilmesi için takdir alanı bırakmaktadır; otomatik bir öncelik düzenlemesi içermemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 18.maddesinde hipotetik bir konu olarak diğer uluslararası anlaşmada daha yüksek standartların öngörülmesi durumu düzenlenmemiştir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.madde, I.fıkrasına göre uluslararası anlaşmaların amaç ve hedefleri ışığında yorumlanması gerekmektedir. Anlaşmanın dibacesinde yer alan ifade ışığında Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının mümkün olan en geniş kapsamda nükleer silahsızlanma mükellefiyetini ve denetimini sağlama amacı bulunmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması mevcut denetim standardının ortadan kaldırılması veya onun zayıflatılması amacı taşımamaktadır. 18.madde nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin müktesebatını diğer nükleer silahsızlanma anlaşmalarına karşı hukuken teminat altına almak istemektedir. Tereddüt halinde anlaşmanın 18.maddesinin yüksek denetim standardı esas alınarak yorumlanması uygun görülmektedir.

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması hiçbir şekilde Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında yer alan derogasyon yahut anlaşmadan çekilme olanaklarını genişletmemektedir; Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 17.madde, III.fıkrasına göre anlaşmadan çekilmek için bir yıllık feshi-ihbar süresine riayet edilmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 10.maddesine göre feshi ihbar için 3 aylık bir süre öngörülmüştür. Son yıllarda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılan devletlerin hepsi aynı zamanda Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının tarafıdır. Bu tablo alternatif üyelik değil, kümülatif üyelik olarak nitelen-

dirilmektedir. Şimdiye kadar hiçbir Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılan devlet Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına üyelikten çekilmek durumunda kalmamıştır.

3. Rekabet veya Birbirini Tamamlama İlişkisi

Uluslararası hukuk literatüründe iki anlaşma ilişkisinde bir taraftan rekabet, diğer taraftan birbirini tamamlama özelliğine dikkat çekilmektedir.³⁵ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması aynı ölçüde küresel nükleer silahsızlanma mimarisinin temel taşları olarak görülmekte ve silahsızlanma uzmanlarının görüşüne göre mekanizmalarını birbiriyle uyumlaştırma ve birlikte temin etme mükellefiyetini benimsemektedir.³⁶

Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer denetleme rejimleri iki anlaşmanın izole olarak yan yana, birbirinden bağımsız olarak bulunduklarını değil, hukuken iç içe girdiklerini göstermektedir.³⁷ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması yeni bir denetleme rejimi yaratmamış, büyük ölçüde mevcut mekanizmaları, örneğin Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu (IAEO) ile yapılan güvenlik anlaşması mekanizmasını esas almıştır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının denetleme mekanizmasının birbirlerini ne ölçüde tamamlayacağı ve karşılıklı olarak bloke edeceği uygulamada görülecektir. İki anlaşma rejimi arasında hukuki ilişki bağlamında farklı potansiyel uyumsuzluk alanları tespit edilmiş ve ilgili anlaşma normları analiz edilmiştir.³⁸ Bu bağlamda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının kapsamlı düzenlemeler öngördüğü, buna karşılık Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının suskun kaldığı alanlar bulunmaktadır. Örneğin, nükleer silahların kullanılması, nükleer ortaklık konularını Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması açıkça düzenlerken Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ne açıkça yasaklamıştır, ne de bu alanlardaki tasarruflara izin vermiştir (bkzn.: Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması, md.1, bent (d) ve (9). Diğer alanlarda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına nazaran daha kapsamlı düzenlemeler öngörmektedir (krş.: Nükleer Silahların

³⁵ (Harald Müller, ‘Der Nukleare Nichtverbreitungsvertrag und der neue Kernwaffenverbotsvertrag - harmonisch, kompatibel, unverträglich?’ (2018) 36, Sicherheit und Frieden s.62 vd.; Michael J. Moffatt, ‘In search of the elusive conflict: The (in-)compatibility of the Treaties on the Non-Proliferation and Prohibition of Nuclear Weapons’ (2019) No.102, Vol.2019/1, Nuclear Law Bulletin, s.55 vd.; Alexander Kmentt, ‘Can the NPT and the TPNW co-exist?’, (2019), Mayıs, Beyond Nuclear International

³⁶ Tamara Patton, Sébastien Philippe ve Zia Mian, ‘Fit for Purpose: An Evolutionary Strategy for the Implementation and Verification of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons’ (2019) Vol.2, Iss.2, Journal for Peace and Nuclear Disarmament, s.389

³⁷ Zia Mian, Tamara Patton ve Alexander Glaser, ‘Addressing Verification in the Nuclear Ban Treaty’ (2017) Vol.47, No.5, Arms Control Today, s.14-22

³⁸ Michael J.Moffatt, s.44 vd.



Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması md.1 ve 2 ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması md.1, (b) ve (c) bendi). Moffatt'ın görüşüne göre Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasına göre caiz olan, ancak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının katı kuralları nedeniyle yasak olan nükleer silah veya patlayıcıların transferini tasavvur etmek oldukça güç gözükmektedir.³⁹

Bunun dışında kimi alanlarda Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının kurallarına el attığı ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması kurallarını uyguladığı görülmektedir. Böyle bir durum Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 7.maddesi bakımından söz konusudur. 7.maddeye göre bir grup devletin egemenlik alanlarını tamamen Nükleer Silahlardan arındırmak için bölgesel anlaşmalar yapması mümkündür. Bu hakkı Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması taraflarının kullanması mümkündür. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında (12.madde) nükleer silahlardan arındırılmış bölgeler yaratma amaçlı olarak bölgesel anlaşmalar yapılmasından söz edilmemesi Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması üzerinden tamamlanmasını engellemektedir.⁴⁰ Bölgesel olarak nükleer silahlardan arınmış alanlar oluşturan ve nükleer silah yasaklarını kodifiye eden eski anlaşmalarda hiçbir şekilde Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ile bir çatışmadan söz edilmemiştir.⁴¹

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer silah deney kurbanlarına finansal destek verilmesine ilişkin 6.maddesi uzun zamandır gündemde olan bir konuyu düzenlemektedir.⁴² Bu çerçevede de Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması arasında tamamlayıcı bir ilişki bulunmaktadır. Silahsızlanma hukuku açısından Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasındaki boşluk Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasındaki 6.madde üzerinden tamamlanmaktadır. Madde hükmü Uluslararası Adalet Divanı görüşünde teyit edildiği üzere klâsik bir silahsızlanma yükümlülüğü getirmeyip bir *pactum de contrahendo*, diğer bir ifade ile nükleer silahsızlanma için iyi niyetli müzakerelerin yürütülmesi ve bir sonuca ulaşılmasına ilişkin iki taraflı bir yükümlülük öngörmektedir.⁴³ Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 6.maddesi sadece nükleer silaha sahip devletleri değil tüm anlaşma tarafı devletleri muhatap almaktadır. Uluslararası hukuk literatüründe ve devletlerin uygulamasında Nükleer Silahların Yasaklanması için Nükleer

³⁹ Michael J. Moffatt, s.43 vd

⁴⁰ Michael J.Moffatt, ibid

⁴¹ Tariq Rauf, 'Does the TPNW Contradict or Undermine the NPT?' (2020), Toda Peace Institute, Chapter 4, s.3

⁴² Lina-Marieke Hilgert, Angela Kane ve Anastasia Malygina, s.5

⁴³ IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8.7.1996, I.C.J.Reports 1996, s.264

Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 6.maddesinin hukuken bağlayıcı olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında yer alması gerektiği yönünde bir uzlaşma bulunmaktadır. Bu bağlamda nükleer silahlanma yasağı normunun zamansal olarak önceliğe sahip olması gerekmektedir.⁴⁴ Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 6.maddesi Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının bir normunu teşkil etse de bu durum Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasından doğan bağımsız yükümlülüklerin devam etmesini etkilememektedir. Bu yaklaşım Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının dibacesinde yer almaktadır.⁴⁵

4. Standartların Devre Dışı Bırakılması

Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının 3.maddesinde ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 4.maddesinde öngörülen denetim rejimlerinin ne birbirleri ile rekabet ilişkisi içinde olduğunun iddia edilmesi mümkündür, ne de Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının denetim mekanizmasının hukuken Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının öngördüğü mekanizmanın gerisinde olduğunun iddia edilmesi mümkündür.⁴⁶ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 3.maddesi asgari denetim standardı olarak açıkça IAEÖ (Uluslararası Atom Enerji Kurulu) ile sadece klâsik güvenlik anlaşması [Comprehensive Safeguard Agreements, INFCIRC/153 (corrected)] yapılmasını öngörmektedir.

IAEÖ ile yapılan 1977 tarihli Ek Protokol daha kapsamlı denetim hükümleri öngörmekle beraber henüz uluslararası teamül hukuku muvacehesinde denetim standardı olarak kabul edilmemektedir.⁴⁷ IAEÖ için standart güvenlik anlaşmasını aşan şekilde ek protokol ile getirilen genişletilmiş denetim olanağı ne doğrudan Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması, ne de uluslararası teamül hukuku kaynaklıdır; Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması tarafı devletler gönüllü olarak ilave şekilde bu yükümlülüğü üstlenmiştir.⁴⁸ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması tarafı devletlere böyle bir yükümlülük üstlenmeme yükümlülüğü getirmemiştir. Tamamen tersine Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 3.maddesi hükmünde devletlere dolaylı olarak daha yüksek bir denetim standardı kararlaştır-

⁴⁴ Thomas Hajnoczi, s.90

⁴⁵ Manfred Mohr, 'Der Atomwaffenverbotsvertrag und seine völkerrechtliche Wirkung' (2018) Vol.1, No.1/2, Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, s.134

⁴⁶ John Carlson, Vladimir Kuchinov ve Thomas Shea, 'The IAEA's Safeguards System as the Non-Proliferation Treaty's Verifications Mechanism' (2020): Nuclear Threat Initiative (NTI), Wahington DC, s.1-44

⁴⁷ Jonas Schneider, 'Kernwaffenverbotsvertrag: Das Inkrafttreten ist kein Durchbruch' (2021), SWP-Aktuell, Berlin, s.4

⁴⁸ Tariq Rauf, s.2



maları ve IAEO-Ek Protokolünü imzalama çağrısı yapıldığı kabul edilmektedir.⁴⁹ Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması Ek Protokol ile kabul edilen denetim standardının gerisine düşmeye izin veren bir yaklaşım benimsememiştir. Bu nedenle Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının yüksek denetim standardının Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması tarafından ortadan kaldırılması söz konusu değildir.

IV. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI VE ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU

NATO'nun Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına karşı olan tutumunu 14.06.2021 tarihli Brüksel Bildirisinde uluslararası teamül hukukuna da atıf yaparak "Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması'nın uluslararası teamül hukukunun gelişimini yansıttığı veya herhangi bir katkıda bulunduğu iddiasını kabul etmiyoruz" şeklinde açıklaması şaşırtıcı görülmemektedir.⁵⁰ NATO bu şekilde Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olmayan nükleer silahı olan devletlerin günün birinde uluslararası teamül hukuku üzerinden bu anlaşma ile bağlanmaması için ön almış olmaktadır.

1. Anlaşmadan Teamül Hukukuna Geçiş

BM Anlaşmasının 102.maddesine göre BM nezdinde tescil ettirilen uluslararası anlaşmalardan farklı olarak hukuku BM Genel Sekreterliği tarafından ilân edilmemektedir. Şüphesiz ulusal yahut uluslararası mahkemeler uluslararası teamül hukukunun varlığını tespit edebilir. Uluslararası teamül hukukunun oluşumunda uluslararası örgütlerin rezolüsyonları da bu rezolüsyonlarda devletlerin davranışları tespit edildiği nispette teamül kuralları oluşumuna katkı yapmaktadır. Bunun dışında Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38.madde, I.fıkra, (d) bendinde yardımcı kaynak olarak sayılan uluslararası hukuk doktrini de uluslararası teamül hukukunun gelişimini sağlama ve yorumlama konusunda önemli rol oynamaktadır.⁵¹

Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının da dahil olduğu objektif hukuk oluşturan çok taraflı anlaşmaların (Law-making treaties) teamül hukuku üzerinden güçlendirilmesi doktrinde ve yargı kararlarında tartışmasız şekilde kabul görmektedir. Uluslararası Adalet Divanı North Sea Continental Shelf Cases'de (*Kuzey*

⁴⁹ Eirini Giorgou, 'Safeguards Provisions in the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons', Arms Control Law, 11.04.2018 tarihli blog, bknz.: <<https://armscontrol law.com/ 2018/04/11/safeguards-provisions-in-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons>> Erişim Tarihi 24 Mart 2023

⁵⁰ "We do not accept any argument that the TPNW reflects or no way contributes to the development of customary international law"

⁵¹ Alain Pellet, 'Kommentierung zu Artikel 38'. bknz: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (ed.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary. 2. Baskı (2012), Oxford: Univ. Press, Art.38, Rn.337 vd.

Denizi Kıta Sahanlığı Davaları) “There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed” (*Hiç şüphe yok ki bu yöntem son derece olasıdır ve zaman zaman gerçekleşmektedir: gerçekten de bu yöntem yeni uluslararası teamül hukuku kural-
larının oluşturulabileceği yöntemlerden biri olarak kabul görmektedir*) şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁵²

Doktrinde anlaşmaların teamül hukukunun oluşumu bakımından verimli toprak teşkil ettiği ve uluslararası teamül hukukunun öncülleri olduğu görüşü temsil edilmektedir.⁵³ Bu gelişme BM Genel Kurulu rezolüsyonu ile kabul edilen ve 111 devlet tarafından onaylanan 1967 tarihli Uzay Anlaşması için söz konusudur.⁵⁴ Uzay Anlaşması bugün uluslararası teamül hukuku olarak geçerlidir. Uluslararası Hukuk Derneği [The International Law Association (ILA)] anlaşmaları uluslararası teamül hukukunun varlığı ve gelişmesinde araç olarak değerlendirmektedir. Bu tür bir gelişme bir anlaşmanın henüz evrensel olarak kabul görmediği bir aşamada oldukça önemlidir.⁵⁵

2. Uluslararası Teamül Hukukunun Oluşum Koşulları

BM Anlaşmanın 92.maddesine göre BM Anlaşmasının ayrılmaz bir parçası olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38.madde, I.fıkra (b) bendi teamül hukukunu hukuk olarak tanınan genel uygulama olarak tanımlamaktadır. Bu tür bir devlet uygulamasının belli bir süre, mütecanis, yaygın (*objektif unsur*) ve hukuk normunun gereğinin yerine getirildiği inancı ile (*opinio iuris, sübjektif unsur*) gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının teamül hukuku teşkil etme potansiyeli çerçevesinde üç problem tartışılmaktadır. Bunlardan birincisi *opinio iuris* için söz konusudur. Bir uluslararası hukuk anlaşması için anlaşmaya bağlılık inancının onay işlemi dışında hukuken başka türlü ortaya konulması mümkün müdür? İkinci olarak uluslararası teamül hukukunun oluşumunda kimi devletlerin uluslararası camiayı temsil yetkisinin kabulü mümkün müdür? Diğer bir ifade ile teamül hukuku henüz oluşmadan teamül hukuku normundan spesifik olarak etkilenen devletler bakımından teamül hukukundan söz etmek mümkün müdür? Üçüncü tartışma konusu ise *persistent objector* 'un (ısrarlı itiraz) rolüne ilişkindir.

⁵² IGH, North Sea Continental Shelf Cases, 20.2.1969, I.C.J. Reports 1996, s.3(41), para 71

⁵³ Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory With Practical Applications*, Univ. Press 2010, Cambridge, s.30 vd.

⁵⁴ 10.10.1967 tarihli anlaşma için bkz.: UNTS Vol.610, s.205

⁵⁵ 1873'te kurulan ILA Uluslararası Hukuku geliştirilmesi için kurulan en eski sivil toplum örgütüdür. ILA Uluslararası Hukukun kodifikasyonu ve uygulanması bağlamında danışmanlık yapmaktadır

3. Hukuk Normunun Gereğini Yerine Getirme İnancı

Anlaşma tarafı devletler anlaşmadan doğan mükellefiyetlerini anlaşmanın onaylanmasından bağımsız olarak hukukten bağlayıcı gördükleri takdirde anlaşma hukuku kaynaklı olarak teamül hukukunun oluşması mümkündür.⁵⁶ Devletlerin bir uluslararası hukuk anlaşması akdetmeleri onların önceden söz konusu olmayan bir mükellefiyet yaratma iradelerini yansıtmaktadır. *Opinio iuris* bu nedenle onay sürecinin tamamlanması ile değil, anlaşmanın müzakeresi esnasında da anlaşma taraflarınca ortaya konulabilir. Buna karşılık anlaşmaya sonradan katılan devletlerin anlaşmayı ya geçerli uluslararası hukukun kodifikasyonu olarak gördüklerini açıkça ortaya koymaları ya da anlaşma hükümlerini 3.devletlerle ilişkilerinde uygulamaları gerekmektedir.⁵⁷ Her iki durum da henüz Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması bakımından söz konusu değildir. Anlaşmanın dibacesinde anlaşma tarafı devletler anlaşmayı geçerli Uluslararası Hukukun kodifikasyonu olarak değil, oluşum halinde olan bir süreç olarak gördüklerini ifade etmiştir. Literatürde Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Uluslararası Adalet Divanı'nın 1996 tarihli nükleer silahlara ilişkin görüşünde yer alan teamül hukuku yaklaşımını güçlendirdiği kabul edilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşünde nükleer silah tehdidine veya kullanımına açıkça izin veren veya yasaklayan bir uluslararası hukuk kaynağının bulunmadığına, ancak bu tür bir tehdidin veya kullanımın BM Şartı'na ve insancıl hukuk ilkelerine uygun olması gerektiğini bildirmiş ve ayrıca nükleer silahsızlanmanın sürdürülmesi yönünde genel bir yükümlülüğün olduğu sonucuna varmıştır.⁵⁸

Denetim konferansları gelecekte Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması-na taraf devletlere bu çerçevedeki hukuki kanaatlerini açıklama olanağı verecektir. Üçüncü devletlerle ilişkilerde anlaşmanın uygulanması öncelikle Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 1.madde, (e) ve (f) bendinde yer alan nükleer destek yasağı ve özendirme yasağı bağlamında ortaya çıkacaktır. BM Genel Kurulunun uzay hukuku örneğinde olduğu gibi Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması için de teamül hukuku yaklaşımına katkı yapması mümkündür.⁵⁹ Uluslararası Adalet Divanı belli bir zaman diliminde içerik olarak aynı konuya ilişkin benzer BM kararlarının (*rezolüsyon*) teamül hukuku için gerekli olan hukuki kanaati ortaya koyduğunu kabul etmektedir. BM Genel Kurulunun uluslararası camianın *opinio iuris*'ini dile getiren kararları katılımcı devletlerin sayısı itibarı ile bu bağlamda önem taşımaktadır.⁶⁰

⁵⁶ Andreas Arnauld, Rn.260

⁵⁷ Dieter Dörr, 'Rechtsquellen des Völkerrechts', bknz.: Ipsen, Knut (ed.), Völkerrecht 7. Baskı (2018), Beck Verlag, München, §19, Rn.36

⁵⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion of ICJ, 8 July 1996), ICJ Home Page

⁵⁹ Markus Schladebach, *Weltraumrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen 2020)

⁶⁰ Brian D. Lepard, s.222 vd.

4. Özel Olarak Etkilenen Devletler (*Specially affected States*)

Uluslararası teamül hukukunun oluşumunda 193 BM üyesi devletin genel kabulü gerekli değildir. Gerek Uluslararası Adalet Divanı, gerekse ILC (*Uluslararası Hukuk Komisyonu*) yaygın ve uluslararası camiada temsil gücü olan devletlerin uygulamasının altını çizmektedir. Bunun anlamı teamül hukuku teşkil edecek normun spesifik olarak etkilenen devletler dahil olmak üzere dünyanın farklı hukuk kültürlerinden devletler tarafından kabul görmesidir.⁶¹ Uluslararası Adalet Divanı şimdiye kadar ne zaman ve hangi koşullar altında bir devletin bir normdan veya bir anlaşmadan doğrudan etkilendiği konusunda bağlayıcı ve dogmatik olarak ikna edici kriterler geliştirmemiştir.⁶² Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması çerçevesinde nükleer gücü olan devletlerin ve nükleer ortak devletlerin anlaşmaya istinat eden uygulamaları teamül hukukunun kabulü için önem taşımaktadır.⁶³

Uluslararası Adalet Divanı yetkisizlik nedeni ile karar veremediği 2016 tarihli Marshall Islands davasında ülkesinde nükleer denemeler yapılan küçük ada devletin nükleer silahsızlanma mükellefiyeti muvacehesinde “specially affected” (*özel olarak etkilenme*) durumunu kabul etmiştir.⁶⁴ Özellikle etkilenen devletlerin itirazı bir normun teamül hukukuna dönüşümünü tereddütsüz şekilde etkilemektedir.⁶⁵ “Specially affected states” doktrin” şimdiye dek tartışmasız kabul görmektedir. Batılı devletler bu bağlamda “specially affected states” doktrinin (*özel olarak etkilenme doktrininin*) teamül hukuku oluşumunu engellemek için geniş yorumlandığını ve bu doktrinin araçsallaştırıldığını dile getirmektedir.⁶⁶ Uluslararası Adalet Divanı nükleer silahlara ilişkin görüşünde İngiltere tarafından istinat edilen “specially affected states” doktrinini esas almamıştır.⁶⁷

5. Israrlı İtiraz (Persistent Objector)

Genel görüşe göre bir devletin veya bir grup devletin teamül hukuku oluşumunu engellemek için ısrarlı itirazını (persistent objector) dile getirmesi gerekmektedir.

⁶¹ IGH, North Sea Continental Shelf Cases, 20.2.1969, I.C.J. Reports 1966, s.3

⁶² John K.Heller, ‘Specially-Affected States and the Formation of Custom’ (2018) Vol.112, Iss.2 American Journal of International Law, Cambridge Univ. Press, s.191-243

⁶³ Daniel Rietiker, ‘New Hope for Nuclear Disarmament or ‘Much Ado About Nothing?’: Legal Assessment of the New Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption’, (2017) Vol.59, Harvard International Law Journal 59(2017),s.26-32

⁶⁴ ICJ, Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), 5.10.2016, I.C.J. Reports 2016, s.833

⁶⁵ Gail Lythgoe, ‘Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons’ (2020) EJIL Talk Blog, bknz.:<<https://www.ejiltalk.org/nuclear-weapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons>> Erişim tarihi 24 Mart 2023

⁶⁶ Gennadii M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, (Nijhoff Publications London 1993), s.96

⁶⁷ Stuart Casey-Maslen, s.57

İtirazın tekrar edilen protestolarla teamül hukukunun oluşumunun başlangıcında ve devam eden oluşumu sürecinde yapılması gerekmektedir. Yeni oluşmakta olan teamül hukuku normuna karşı yapılan ısrarlı itiraz (persistent objector) potansiyel teamül hukuku kuralının itiraz yapan devlet bakımından bağlayıcılığını önler. Bununla beraber bir normun teamül hukukuna dönüşümünü *persistent objector* önleyemez. İtirazının ısrar edildiğini göstermek için sürekli olarak yenilenmesi gerekmektedir. NATO devletlerinin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına karşı homojen tutumlarını gelecekte sürdürüp sürdürmeyeceklerini zaman gösterecektir. Ortak görüş olarak *ius cogens* norma karşı itirazın caiz olmadığı kabul edilmektedir.

Uluslararası camia Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının teamül hukukuna dönüşmesi ihtimaline büyük ölçüde tereddüt göstermektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2018'de ABD nükleer silahlarının Federal Almanya'da konuşturulması nedeniyle açılan anayasa şikâyeti davasında konuyla iştigal etmiş⁶⁸ ve kararında özellikle nükleer güç sahibi devletlerin ve kimi NATO devletlerinin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının müzakerelerini ve anlaşma metni çalışmalarını boykot etmelerinin teamül hukukunun oluşumu bağlamında mütecanis uygulama eksikliği yarattığına, bunun da anlaşmanın uluslararası teamül hukukuna dönüşme ihtimalini zayıflattığına işaret etmiştir. Nükleer güç sahibi devletlerin özellikle etkilenen devletler olarak anlaşmanın nükleer silahların kullanılmasını ve yerleştirilmesini yasaklayan hükümlerine yaptıkları ısrarlı itirazları Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının teamül hukukuna dönüşmesi bakımından en büyük engeli oluşturmaktadır. Bununla beraber Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer gücü olan devletleri muhatap almayan kimi yükümlülüklerinin - nükleer faaliyetlerin mali olarak desteklenmesi yasağı gibi - teamül hukukuna dönüşmesi mümkündür.

V. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI'NIN VE NÜKLEER

A. SİLAHLARIN YAYILMASININ ÖNLENMESİ ANLAŞMASI'NIN BİRBİRİNİ TAMAMLAMASI

Nükleer güç sahibi devletlerin ve NATO'nun Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ile ilişkisinde onu yabancı bir obje ve rakip anlaşma olarak görerek itiraz etmelerinin hukuk dogmatığı bakımından bir açıklaması bulunmamaktadır. Bu tutum bir pür siyasi nedenlerden kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukukta temsil edilen ağırlıklı görüşe göre iki anlaşma arasında hukuki bir tenakuz bulunmamaktadır.⁶⁹ Küresel nükleer silahsızlanma mimarisinin parçaları olarak her iki anlaşma aynı amaç ve değerlere sahiptir. İki anlaşma arasında hemen hemen hiçbir uyumsuzluk konusu bulunma-

⁶⁸ BVerfG, Beschluss des 2.Senats v. 15.3.2018 - 2 BvR 1371/13, Rn.52

⁶⁹ Kai Ambos, Matthias Lippold, s.919

maktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması büyük ölçüde Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının yükümlülüklerine el atmış, onları geliştirmiş, somutlaştırmış, daha güçlendirmiştir. Ancak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında yer almayan yeni alanlara da el atmıştır. Bu nedenle iki anlaşma arasında bir rekabet ilişkisinin değil, tamamlayıcı ilişkisinin olduğunun söylenmesi gerekmektedir.

Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması aleyhine olarak Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında hiyerarşik bir düzenleme yapılmamıştır. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında yer alan yükümlülükler Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında ne ortadan kaldırılmıştır ne de sınırlandırılmıştır. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasında yer alan denetim ölçüsünün Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması tarafından yok edildiği iddiasının ne hukuken ne de uygulamada bir geçerliliği bulunmaktadır. Her iki anlaşma nükleer denetimin yoğunlaştırılması için hukuki olanaklar öngörmekte ve hareket alanı bırakmaktadır. Yüksek standartları devletlerin ilk sırada gönüllü kabul etmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması ile iç içe geçen Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının denetim rejiminin uygulamada doğal olarak kendisini kanıtlaması gerekmektedir. Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşmasının ise Uluslararası Atom Enerji Kurulu (IAEO) ile 50 yıllık bir işbirliği ilişkisi bulunduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

SONUÇ

Küresel niteliğe sahip uluslararası hukuk anlaşmalarının prensip olarak uluslararası teamül hukukuna dönüşme olasılığı bulunmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının nükleer gücü olan NATO devletlerinin muhalif yaklaşımları nedeniyle teamül hukukuna dönüşme potansiyeli zayıftır. Tartışılan konular arasında Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının en azından nükleer gücü olmayan devletleri muhatap alan normlarının uluslararası teamül hukukuna dönüşme olasılığı yer almaktadır. Böyle bir durumda dokuz nükleer güç sahibi devletin ve 5 nükleer ortak devletin yaklaşımının dikkate alınmasına gerek olmaksızın ilgili anlaşmadan doğan yükümlülüklerin uluslararası teamül hukukuna dönüşmesi söz konusu olacaktır. Ancak bunun için de nükleer güç sahibi olmayan diğer BM üyesi devletlerin küresel desteğinin gerekli olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının 2017’de imzalanmasından itibaren sadece 56 devlet onay veya katılım belgesi sunmuştur.

İnsani uluslararası hukukun kurallarının ve belli insan haklarının gelecekte Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması ışığında yorumlanması bir olasılık olarak anlaşma normlarının güçlenmesine ve onların teamül hukukuna dönüşmesine imkân sağlayacağı düşünülmektedir.⁷⁰ BM İnsan Hakları Komitesinin 2010 tarihli,

⁷⁰ Manfred Mohr, s.129



36 Nolu “General Comment”inde BM Medeni ve Sivil Haklar Sözleşmesinin 6.maddesinde yer alan yaşam hakkına bu yönde bir anlam verilmiştir. BM İnsan Hakları Komitesi nükleer silahların kullanılmasını yaşam hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. BM İnsan Hakları Komitesinin BM Medeni ve Sivil Haklar Sözleşmesinin 6.maddesi ile bağlantılı olarak formüle ettiği devlet yükümlülükleri dikkat çekici bir şekilde Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasındaki yükümlülüklerle benzetilmektedir.⁷¹ BM İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6.maddesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için taraf devletlerden gerekli önlemleri alma talebi yapmaktadır. Bu yaklaşım ışığında Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması tarafı devletlerin de yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli önlemleri alması gerekmektedir.

Prensip olarak NATO anlaşması ve Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması birbirine ters düşmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması her ne kadar NATO’nun nükleer caydırıcılık ve nükleer ortaklık stratejisinde açık olarak öngörülen nükleer silahların kullanılması ve yerleştirilmesi yasağına ters düşse de, NATO’nun nükleer stratejisinin NATO anlaşmasında değil, soft-law karakterli NATO anlaşmasına ek siyasi belgelerde yer aldığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Nükleer ortaklığın bir uluslararası yükümlülük olarak NATO anlaşmasından istihraç edilmesi mümkün değildir. NATO üyeliği ve nükleer ortaklık bu nedenle hukuken birbirinden ayrıdır. NATO üyesi bir devletin Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına taraf olmak için nükleer ortaklıktan çekilmesinin gerekli olup olmadığı Federal Almanya’da siyasi olarak tartışılmıştır. NATO anlaşmasının bir çatışma normu olan 8.maddesinde NATO üyesi devletler NATO anlaşmasına aykırı düşen uluslararası yükümlülükler altına girmeme taahhüdü yapmıştır. NATO üyesi devletler bakımından Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında bir nükleer ortaklık yasağı yer almadığı gibi, anlaşma tarafları için nükleer ortaklıktan ayrılma mükellefiyeti getirilmemiştir.

⁷¹ In General Comment No.26 (2018) Rn.66: “The threat of use of mass destruction, in particular nuclear weapons, which are indiscriminate in effect and are of a nature to cause destruction of human life on a catastrophic scale is incompatible with respect for right to life [...]. States parties must take all necessary measures to stop the proliferation of weapons of mass destruction, including measures to prevent their acquisition by non-state actors, to refrain from developing, producing, testing, acquiring, stockpiling, selling, transferring and using them, to destroy existing stockpiles, and to take adequate measures of protection against accidental use, all in accordance with their international obligations”- 26 (2018) nolu Genel Yorumun 66 nolu kenar numaralı açıklamasında şu ifade yer almaktadır: Kitlesel imha tehdidi, özellikle nükleer silahlar, ayrımcı gözetmeyen ve insan hayatını felaket ölçeğinde yok etmeye neden olacak niteliktedir; yaşam hakkına saygı ile bağdaşmaz [...]Taraflar Devletler; kitle imha silahlarının yayılmasını durdurmak için, bunların devlet dışı aktörler tarafından edinilmesini önlemek, bunları geliştirmekten, üretmekten, test etmekten, stoklamaktan, satmaktan, devretmekten ve kullanmaktan kaçınmak, mevcutları yok etmek dahil olmak üzere gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür; bu yükümlülüklerle depolamak ve kazara kullanıma karşı uluslararası yükümlülüklerle uygun olarak gerekli koruma önlemlerini almak da dahildir)

Hukuken problem teşkil eden durum Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasında nükleer destekleme yasağının içeriğinin geniş tutulması ve NATO anlaşmasının da işbirliği, dayanışma yükümlülüğü öngörmesidir. “Mükellefiyetler” açısından birbirleriyle çatışan normların hukuken harmonize edilmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılacak bir NATO üyesi devletin bu nedenle Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasından ve NATO Anlaşmasından doğan yükümlülüklerini aynı şekilde yerine getirmek için kapsamlı şekilde kurumsal ve hukuki önlemler alması gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasının onayı esnasında destekleme yasağına ilişkin olarak yapılması mümkün olan yorum bildirilerinin potansiyel çatışmaları asgariye indirme olasılığı bulunmaktadır. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına çekince yapılması anlaşmaya göre caiz görülmemektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşmasına katılacak NATO üyesi bir devletin anlaşmaya uygun olarak NATO anlaşmasından doğan destekleme yükümlülüklerini asgariye indirmesi gerekmektedir. Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması gerek siyasi, gerekse hukuki bakış açısı ile NATO bakımından üstesinden gelinmesi gereken önemli bir problem teşkil etmektedir. Bu durum nükleer güç sahibi devletlerin, nükleer ortakların ve eleştirisel bir yaklaşım içinde olan nükleer güç sahibi olmayan devletlerin çıkarlarının hukuka uygun bir şekilde dengelenmesini gerektirmektedir.

Kısaltmalar

- Art. : Artikel (madde)
 Aufl. : Auflage (bası)
 BVerfG : Bundesverfassungsgericht
 EJIL : European Journal of International Law
 Hrsg. : Editör
 IAEO : Internationale Atomenergie-Organisation
 IGH : Internationaler Gerichtshof (*Uluslararası Adalet Divanı*)
 INFCIRC: International atomic energy agency information circular
 (*uluslararası atom enerjisi ajansı bilgi genelgesi*)
 MPEPIL: Max Planck Encyclopedias of International Law
 NPT : Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons
 (*Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Anlaşması*)
 NSC : National Security Council
 NTI : Nuclear Threat Initiative
 Rn : Randnummer
 SIPRI : Stockholm International Peace Research Institute
 SWP : Stiftung Wissenschaft und Politik
 TPNW : Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons
 (*Nükleer Silahların Yasaklanması Anlaşması*)
 ZaöRV : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAYNAKÇA

Alain Pellet, 'Kommentierung zu Artikel 38'. bknz: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (ed.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. 2. Baskı (2012), Oxford: Univ. Press, Art.38, Rn.337 vd.

Alexander Kmentt, 'Can the NPT and the TPNW co-exist?', (2019), Mayıs, Beyond Nuclear International.

Andreas Arnault, *Völkerrecht* (4.Baskı), Müller Verlag 2019, Heidelberg.

Andreas Paulus ve Johann Ruben Leiß, 'Article 103', bknz.: Simma/Khan/Nolte/Paulus (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Vol. II., 3. Baskı (2012), Oxford University Press.

Bonnie Docherty, 'Nuclear Umbrella Arrangements and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons' 2018 June, International Human Rights Clinic (IHRC), Harvard Law School.

Brian D. Lepard, *Customary International Law. A New Theory With Practical Applications*, Univ. Press 2010, Cambridge.

Christopher Ford, 'Briefing on Nuclear Ban Treaty by NSC', 22.8.2017 tarihli bilgilendirme toplantısı, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC

Daniel Rietiker, 'New Hope for Nuclear Disarmament or 'Much Ado About Nothing?': Legal Assessment of the New Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption', (2017) Vol.59, Harvard International Law Journal.

Dieter Dörr, 'Rechtsquellen des Völkerrechts', bknz.: Ipsen, Knut (ed.): *Völkerrecht*. 7. Baskı (2018), Beck Verlag, München.

Eirini Giorgou, Safeguards Provisions in the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Arms Control Law, 11.4.2018 tarihli blog, bknz.: <https://armscontrol law.com/2018/04/11/safeguards-provisions-in-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons>.

Emil Dall, 'A Balancing Act: NATO-States and the Nuclear Ban Treaty', (2017), European Leadership Network.

Erich Vranes, 'Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior - Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln' (2005) 65 ZaöRV.

Erika de Wet ve Jure Vidmar, 'Conflicts between international paradigms: Hierarchy versus systemic integration' (2013) Vol 2, Issue 1, Global Constitutionalism.

Gennadii M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, (Nijhoff Publications London 1993).

Gail Lythgoe, 'Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons' (2020), EJIL Talk Blog, bkz.: <<https://www.ejiltalk.org/nuclear-weapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons>>.

Harald Müller, 'Der Nukleare Nichtverbreitungsvertrag und der neue Kernwaffenverbotsvertrag - harmonisch, kompatibel, unverträglich?' (2018) 36, Sicherheit und Frieden

John Carlson, Vladimir Kuchinov ve Thomas Shea, 'The IAEA's Safeguards System as the Non-Proliferation Treaty's Verifications Mechanism' (2020): Nuclear Threat Initiative (NTI), Washington DC.

Jonas Schneider, 'Kernwaffenverbotsvertrag: Das Inkrafttreten ist kein Durchbruch' (2021), SWP-Aktuell, Berlin.

Lina-Marieke Hilgert, Angela Kane ve Anastasia Malygina, 'The TPNW and the NPT' (2021), Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik an der Universität Hamburg.

John K.Heller, 'Specially-Affected States and the Formation of Custom' (2018) Vol.112, Iss.2 American Journal of International Law,Cambridge Univ. Press, s.191-243.

Kai Ambos, Matthias Lippold, 'Völkerrecht und nukleare Abrüstung - eine gesplittene internationale Gemeinschaft?' (2020) Juristenzeitung, Jahrgang 75, Heft 14

Károly Végh, 'The North Atlantic Treaty and It's Relationship to Engagements of Its Parties – A Commentary on Article 8' (2019) Vol. 34, Emory International Law Review.

Manfred Mohr, 'Der Atomwaffenverbotsvertrag und seine völkerrechtliche Wirkung' (2018) Vol.1, No.1/2, Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict.

Markus Schladebach, *Weltraumrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen 2020).

Matjaž Kačič, 'Commentary on Articles 2 and 3 of the Washington Treaty' (2019), Vol.34, Emory International Law Review 34.

Michael J. Moffatt, 'In search of the elusive conflict: The (in-)compatibility of the Treaties on the Non-Proliferation and Prohibition of Nuclear Weapons' (2019) No.102, Vol.2019/1, Nuclear Law Bulletin.

Nele Matz-Lück, 'Treaties, Conflicts between' (2010), MPEPIL Bd.:IX.

Newell Highsmith, Mallory Stewart, 'The Nuclear Ban Treaty. A Legal Analysis' (2018) Vol.60, Iss.1, Survival - Global Politics and Strategy.



Steven Hill, 'NATO and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons' (2021) Chatham House Research Paper.

Stuart Casey-Maslen, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. A Commentary* (Oxford Univ. Press 2019).

Tamara Patton, Sébastien Philippe ve Zia Mian, 'Fit for Purpose: An Evolutionary Strategy for the Implementation and Verification of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons' (2019) Vol.2, Iss.2, Journal for Peace and Nuclear Disarmament s.387-409.

Tariq Rauf, 'Does the TPNW Contradict or Undermine the NPT?' (2020), Toda Peace Institute, Chapter 4 .

Thomas Hajnoczi, 'The Relationship between the NPT and the TPNW' (2020) Vol.3, Iss.1, Journal for Peace and Nuclear Disarmament, s.87-91.

Tytti Erästö, 'The NPT and the TPNW: Compatible or conflicting nuclear weapons treaties?' (2019), SIPRI/Sweden.

Zia Mian, Tamara Patton ve Alexander Glaser, 'Addressing Verification in the Nuclear Ban Treaty' (2017) Vol.47, No.5, Arms Control Today, s.14-22.

VERGİ YARGILAMASINDA BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNCE VERİLEN GÖNDERME KARARLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME*

*An Evaluation of Sending Decisions Ruled by the Regional Administrative
Courts in Tax Disputes*

Neslihan KARATAŞ DURMUŞ**

Özet

Vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlık çözümlerinde yargı yoluna başvuru hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunun (İYUK) 45. maddesinde düzenlenmiş olan istinaf kanun yolunda bölge idare mahkemeleri, vergi mahkemelerince verilen kararları maddi ve hukuki yönden değerlendirerek çeşitli kararlar verebilmektedir. Genel kural, bölge idare mahkemelerinin işin esasına girerek karar vermesi iken İYUK m. 45/5'te sayılan istisnai durumlarda karar kaldırılarak vergi mahkemesine gönderilebilmektedir. Gönderme kararları kanunun belirlediği çerçevede verilebilir ve kesindir. Fakat uygulamada bölge idare mahkemeleri kanun kapsamı dışına çıkarak kendilerince belirledikleri gerekçelerle mahkeme kararını kaldırıp vergi mahkemesine gönderebilmektedir. Farklı bölge idare mahkemelerinin bu yönde verdiği çok sayıda karar uygulamada adil yargılanma hakkı, usul ekonomisi ve dava açma hakkının ihlaline sebebiyet verebilmektedir. Danıştay, Kanunun çizdiği sınırlar dışına çıkarak verilen kararlarda, genel olarak, bölge idare mahkemelerinin yaptığı işlemleri hukuka aykırı bulmaktadır. Buna karşılık benzer kararların verilmeye devam etmesi üzerinde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu yargılama hukuku açısından gerekli olduğuna inandığı belirli durumlarda da gönderme kararı verilebileceğine dair çeşitli kararlar vermiştir. Danıştay bu kararlarla bir anlamda kendisini yasa koyucunun yerine koyarak yeni kriterler belirlemiştir. Bu kararlarda hareket noktası usul ekonomisi ve adil yargılanma hakkı olmuştur. Çalışmamızda gönderme kararlarının hangi durumlarda verilebileceği ve İYUK m. 45/5 dışında kalan gönderme kararı gerekçeleri üzerinden değerlendirmeler yapılarak, Danıştay'ın konuya bakış açısı ve neler yapılabileceğiyle ilgili önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Sözcükler: İstinaf Kanun Yolu, Gönderme Kararları, Vergi Yargılaması, Bölge İdare Mahkemeleri.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.06.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Bu çalışma 4 Mayıs 2023 tarihinde gerçekleştirilen II. Ulusal Vergi Yargısı Sempozyumunda sunulan “Vergi Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu Uygulamasında Sorunlar” başlıklı tebliğde değinilen konulardan biri olan Bölge İdare Mahkemelerinin gönderme kararlarıyla ilgili kısmın geliştirilmiş halidir.

** Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, neslihankaratasdurmus@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2277-5881>.



Abstract

Constitution guarantees the recourse to judicial review against all disputes arising from taxation procedures. Under Article 45 of Procedure of Administrative Justice Act No. 2577 (İYUK) regarding the appeal procedure, Regional Administrative Courts have the authority to examine the judgments after considering the judgments completed by the tax courts in terms of material and legal considerations. While the general rule is that the Regional Administrative Courts decide on the merits of the case, the decision can be reversed and sent to the tax court in the exceptional circumstances listed in Article 45/5 of İYUK. The decisions of the Regional Administrative Courts, given under the above-mentioned paragraph of Article 45, shall be final. In practice, Regional Administrative Courts may deviate from the law's letter and annul a judgment and send it to the tax court for any reasons they deem appropriate. In practice, numerous rulings rendered in this matter by various Regional Administrative Courts may violate the right to a fair trial, the right to a court and the procedural economy. Council of State generally considers that the decisions rendered by the Regional Administrative Courts were against the law because they exceeded the boundaries set by the Law. On the other hand, as comparable decisions continue to be made, the Council of State's Plenary Session of the Tax Law Chambers has made a series of rulings that Regional Administrative Courts may send the cases to the first-instance courts in some circumstances that it assumes to be essential in terms of judicial law. With these decisions, the Council of State effectively replaced the legislative role and established new standards. The right to a fair trial and the procedural economy served as the foundation for these judgments. In this study, evaluations are made of the circumstances in which decisions on sending the case can be made, as well as the reasons for such decisions that are not covered by Article 45/5 of İYUK. Additionally, recommendations about the Council of State's perspective and resolutions are made.

Keywords: Appellate, Decisions on Sending the Case, Tax Jurisdiction, Regional Administrative Courts

GİRİŞ

Vergi idaresinin yapmış olduğu bireysel vergilendirme işlemleri sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin vermiş oldukları kararlardan tarafların her zaman memnun olmaları mümkün değildir. Taraflar genellikle kendi görüş ve menfaatlerine göre karar verilmesi niyetiyle yargıya başvurdıklarından, verilen kararların usulü, maddi veya hukuki açıdan hatalı ya da eksik olduğu iddiasında bulunabilmektedirler. İlk derece mahkemesinin kararını verdikten sonra kararı geri almak, değiştirmek veya yeni bir karar vermek gibi bir yetkisi olmadığından¹, mahkeme kararından memnun olmayanların üst derece mahkemesine başvurması gereklidir. Kanun yolu olarak nitelendirilen bu süreç, ilk derece mahkemelerince verilen kararların üst derece mahkemelerince incelemesi ve karar verilmesi olarak tanımlanabilir.

Anayasanın 36. maddesi gereğince hak arama hürriyetinin bir gereği olan kanun yolu başvurusu adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesi kanun yolunun tanımını yaparken de adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak “*Kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen ka-*

¹ Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku (5. Baskı Yetkin Yayınevi 2021) 348.

rarların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır. Kanun yoluna başvuru hakkı, adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde”² şeklinde ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) üst kanun yoluna (dereceli yargılama) başvurunun güvencesinin ne olduğu ve uygulama usulünde dikkat edilmesi gereken ilkelerle ilgili kararlarında yer verdiği hususlara bölge idare mahkemesi kararlarının gerekçelerinde de değinilmektedir: “...kanun yolu başvurusunda bulunma hakkı tanınması halinde, kanun yolu başvurusunu inceleyen mahkeme önünde uygulanan muhakeme usulünün, sözleşmenin 6. maddesinde yer verilen ilkelere uygun olması gerektiği, bir diğer deyişle, üst kanun yolu denetiminin de 6.maddenin garantisi kapsamında olduğuna ... yargılamanın çelişmeli şekilde ve eşit silahlarla yürütülmesinin sağlanması, hakkaniyete uygun yargılamanın temel unsuru olarak belirtilmiş, yargılama süresince sahip olunan haklar ve üstlenilen yükümlülükler bakımından, taraflar arasında eşitliğin sağlanarak, yargılama süresince bu denge- nin korunması olarak özetlenebilecek silahların eşitliği ilkesi uyarınca, taraflardan birinin diğerine göre, iddia ve savunmalarını makul bir şekilde dile getirerek mahkemeye sunma imkanından mahrum bırakılmasının, ya da, tarafların, iç hukuktaki, duruşmada bulunma hakkından yoksun bırakılmasının 6. maddenin ihlali sonucunu doğuracağı karara bağlanmıştır...”³. Dereceli yargılama hakkı Anayasa’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında görülebilir⁴.

Kanun yollarına başvurular davanın tarafları ya da hukuki yararı bulunanlar tarafından süresi içinde yapılmalıdır. Kanun yolları olağan ve olağanüstü olmak üzere ikili bir ayrımla incelenebilir. Mahkemelerin vermiş oldukları nihai kararlara karşı yapılan olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Bu başvurular kararların kesinleşmesine engel olacak niteliktedir. Buna karşılık, belirli şartların gerçekleşmesi halinde kesin hüküm niteliğindeki kararlar hakkında yapılan başvurular da olağanüstü kanun yolu olarak ifade edilmektedir. Olağan kanun yolları İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 45’te düzenlenen istinaf ile İYUK m. 46 ila 50’de düzenlenen temyiz kanun yoludur. Olağanüstü kanun yolları ise yargılamanın yenilenmesi (İYUK m.53) ile kanun yararına temyiz⁵ (İYUK m.51)’dir. Kanun yollarına başvuru hakkı hukuk devleti olmanın bir gereği olarak hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının da bir parçasını oluşturmaktadır⁶.

² Anayasa Mahkemesi, E.2014/164, K.2015/12, 14.1.2015.

³ İstanbul BİM 2. VDD E.2020/1122, K. 2020/1264, 16.09.2020.

⁴ Muhammet Özekes ve Nilüfer Boran Güneysu, Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünde İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6) (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2021) 35.

⁵ Detaylı bilgi için Fatma Ebru Gündüz, İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yararına Temyiz (1. Baskı Adalet Yayınevi 2022).

⁶ Ekin Sevinç ‘İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması’ (2020) 24 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 421, 442.



Kanun yolu uygulamasının hatalı mahkeme kararının ortadan kaldırılarak doğru karar verilmesini ve tarafları hukuki anlamda tatmin edilmesini sağlaması yanında uygulamada içtihat birliğini sağlayarak hukuki güven ve istikrarın gerçekleşmesine katkı vermesi gibi sonuçları⁷ bulunmaktadır.

Uyuşmazlıkların yargı aşamasında çözümünde görevli olan mahkemeler toplumların ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Her ne kadar ülkeler birbirlerinden etkilenmiş olsalar da uyuşmazlık çözümlerinde uyuşmazlığın konusu, niteliği, kuruluş ve çalışma biçimleri gibi çeşitli kriterlere göre mahkemeler sınıflandırılmaktadır⁸.

Vergi uyuşmazlıkları kapsamındaki bireysel vergilendirme işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemeler ülkelerdeki yargı sistemlerine göre adli yargı veya idari yargı kolunda da olabilmektedir⁹. Ülkemizde vergi yargısı¹⁰ şeklinde bir yargı kolu bulunmamakta olup, 20.01.1982 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile kurulmuş olan vergi mahkemeleri idari yargı kolu içerisinde yer almaktadır. Vergi mahkemelerinin oluşumu (m.4) ve görevleri (m.6) 2576 sayılı Kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte yargılamanın nasıl yapılacağına dair düzenlemeler de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almaktadır. İlk yürürlük tarihleri her ne kadar 1982 yılı olsa da zaman içinde uygulamadan ve ihtiyaçlardan kaynaklanan birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri de 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iki dereceli yargılamadan üç dereceli yargılamaya geçiştir.

Bölge idare mahkemelerinin (BİM) uygulamaya başladığı istinaf yargılamasına geçişle ilgili süreçte ve hali hazırdaki uygulama hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Vergi mahkemeleri ve idare mahkemelerinin usul kuralları her ne kadar aynı olsa da vergilendirme sürecinin uygulaması ve uyuşmazlık çözümleriyle ilgili kendi özgü bazı hususların olması sebebiyle çalışmamızda konu vergi mahkemeleri önüne gelen uyuşmazlıklar temelinde incelenecektir. Bu çerçevede öncelikle istinaf yargılamasının kapsamı, yargılama süreci, verilebilecek kararlar kısaca açıklandıktan sonra vergi uyuşmazlıkları özelinde bölge idare mahkemeleri-

⁷ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Açıklamalı – İçtihatla Türk İdari Yargılama Hukuku (8. Baskı Seçkin Yayınevi 2023) 813-814.

⁸ Mehmet Yüce, Vergi Yargılama Hukuku (5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2017) 4.

⁹ Fransa'da KDV adli yargıda çözülürken, genel vergi hukuku uyuşmazlıkları idari yargıda çözümlenmektedir. Fransa'da 2020 yılı verilerine göre 42 idare mahkemesi, 8 Bölge İdare Mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemelerde çözüme kavuşturulan dosya sayısı 2020 yılı için, 267809'dur. Detaylı bilgi için bkz. Ministère de la Justice <www.justice.gouv.fr> erişim tarihi 14.05.2023.

¹⁰ Osman Sarıaslan 'Vergi Yargısının Yapısal Sorunları ve İstinaf Süreciyle Birlikte Çözümlemesi Gereken Yeni Sorun Alanları' (2019) 10 (37) TAAD, 271, 274: "Vergi yargısı" tabiri, Türkiye'de, idarenin vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen idari yargı kolu içindeki özel görevli mahkemeler ile Danıştay'dan müteşkil yapıyı ifade etmek için kullanılmaktadır."

nin hangi durumlarda gönderme kararı verebilecekleriyle ilgili kurallar belirtilerek bunun uygulamada verilen kararlara nasıl yansıdığına değinilecek son olarak da konuya Danıştay'ın bakış açısının ne olduğu açıklanarak çalışma tamamlanacaktır.

I. İSTİNAF KANUN YOLU

Tarihsel geçmişine bakıldığında istinafin Osmanlı hukuk yargılamasında olduğunu da görmekteyiz. İstinaf kanun yolu Ahmet Cevdet Paşa tarafından 1868-1876 yıllarında hazırlanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de de bulunmaktadır. Mecelle'nin 1838. maddesinde hüküm altına alınmış olan istinaf uygulaması “*Usul-ü meşruası-na muvafık olmayan hükümlere karşı istinaf-ı dava talebi*” başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre davayı kaybeden taraf hükmün hukuka uygun olmadığı iddiası ile istinafa başvurursa, hüküm incelenerek hukuka uygunsa onaylanır, değilse bozulur¹¹.

Hâkimler her ne kadar bilgili ya da tecrübeli olsa da zaman zaman verilen kararların hatalı, eksik ya da yanlış olması mümkündür¹². İlk derece mahkemesi kararından memnun olmayan taraf, kararın hatalı ya da yanlış olduğu iddiasıyla üst derece mahkemesine başvurarak kararın yeniden incelenmesi talebinde bulunabilmektedir. Böylece hak kayıplarının da önüne geçilebilecek ve verilen kararın adil olarak nitelendirilmesindeki muhakeme sürecinin¹³ önemli bir rolü ortaya çıkmış olacaktır.

18.06.2014 tarihinde kabul edilen 6545 sayılı Kanunla idari yargılamada görev yapan bölge idare mahkemelerinin itiraz incelemesi değil istinaf incelemesi yapacağına dair değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda 2576 sayılı Kanunun 45. maddesinde yer alan itirazla ilgili madde başlığı ve kapsamı değiştirilerek aynı madde numarasında istinaf düzenlemesine yer verilmiştir. 20.07.2016 tarihiyle de tüm yurttan uygulanmaya başladı¹⁴. İstinaf kanun yolu olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: “...*ikinci bir hâkimin veya mahkemenin, birincisinin yerine geçerek, aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve birinci hâkim veya mahkemenin verdiği kararı onaması veya değiştirmesidir...*”¹⁵.

A. TANIMI VE KAPSAMI

Arapça kökenli bir kelime olan istinaf kelimesi tarihte ilk olarak Ahmet Vefik Paşa'nın Lügat-ı Osmani (1876) eserinde yer almış¹⁶ olup “hukukta bir davaya

¹¹ Ekrem Buğra EKİNCİ ‘Mecelle’de Kanun Yolları’ (www.ekrembugraekinci.com, Ocak-Aralık 2000) erişim tarihi 15.05.2023.

¹² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 6) 813.

¹³ Fevzi Rifat Ortaç ve Hilmi Ünsal, ‘Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar’ (2016) 3(1) İGÜSD, 1,2.

¹⁴ Bölge İdare Mahkemelerinin tüm yurttan 20.07.2016 itibarıyla uygulanmaya başlayacağına dair Adalet Bakanlığı kararı 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı Resmî Gazetede yayımlandı.

¹⁵ Danıştay İDDK, E. 2016/4343, K. 2016/3305, 07.12.2016, Danıştay Dergisi 2017, S.144, s. 80-89.

¹⁶ “İstinaf ne demek?” <https://turkcedenemek.com/kelime/istinaf/> erişim tarihi 16.05.2023.



yeniden bakma” “yeniden başlama”¹⁷ anlamında kullanılmakla¹⁸ birlikte Türk Dil Kurumu tarafından da “mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyip üst mahkemeye götürme” anlamındadır¹⁹. Hukuk sözlüğünde çeşitli şekillerde tanımlanabilmekle²⁰ birlikte yargılama hukuku açısından birinci derecede incelenerek hüküm verilmiş bir davanın fiili ve hukuki açılardan daha yüksek bir derece tarafından incelenmesine imkân tanımak için tesis edilmiş bir yoldur²¹.

6545 sayılı Kanunla hukuk sistemimize dahil edilmiş olan istinaf kanun yolu, ilk derece mahkemeleri ile temyiz incelemesi arasında yer alan ikinci derece bir denetim mekanizmasıdır²². İlk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş kararlarına karşı başvurulabilen bir yol olması sebebiyle olağan kanun yolları arasında yer almaktadır. Üst derece mahkemesi konumunda olan istinaf mahkemeleri²³ diğer bir ifadeyle bölge idare mahkemeleri uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak verilmiş olan kararı hem maddi hem de hukuki yönden inceleyebilmekte ve buna göre karar vermektedir.

Bu incelemelerin kapsamına göre de klasik (geniş) anlamda istinaf ve dar anlamda istinaf şeklinde ayırım yapılmaktadır²⁴. İlk derece mahkemesindeki yargılamadan tamamen bağımsız olarak, yeni deliller ve yeni değişiklikler dikkate alınarak yapılan yargılama süreci klasik anlamda istinafi²⁵ ifade ederken, dar anlamda istinafta ise ilk derece mahkemesinin yargılama sürecinde yaptığı her türlü işlem değil sadece eksik ve hatalı yaptığı düşünülen kısımlar incelenir²⁶, yeniden bağımsız bir yargılama yapılmadan sorun olduğu kanısına varılan maddi ve hukuki konular değerlendirilip incelenir ve karar verilir.

¹⁷ Melis Taşpolat Tuğsavul, ‘İstinaf İnceleme sonucunda Verilebilecek Kararlar’ (2018) (314) TBB Dergisi, 313, 316: “Her ne kadar yeniden başlama denilmiş olsa da yapılacak olan inceleme ve tahkikat ile derece mahkemesine kıyasen birçok yönü ile yeni ve bağımsız bir yargılama olmayacaktır.”

¹⁸ “İstinaf” <<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/istinaf>> erişim tarihi 16.05.2023.

¹⁹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 16.05.2023. Danıştay İDDK da istinafi aynı şekilde tanımlamaktadır. Danıştay İDDK, E. 2016/4343, K. 2016/3305, 07.12.2016, Danıştay Dergisi 2017, S.144, s. 80-89.

²⁰ Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/%C4%B0stinaf>> erişim tarihi 16.05.2023.

²¹ Naci Şensoy, ‘İstinaf’ (1946) 12 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1058, 1060.

²² Oğuz Sancaktar, ‘İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler’ (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2237, 2244.

²³ Doktrinde ve bazı yargı kararlarında bölge idare mahkemeleri “istinaf mahkemesi” şeklinde ifade edilmektedir. Engin Saygın, ‘İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz’ (2011) 69 (1-2) İÜHFM, 635-648. Ortaç ve Ünsal (n 12) 11. Adana BİM 2. VDD, E. 2020/992, K. 2020/602, 26.11.2020.

²⁴ Sancaktar (n 21) 2245; Ercevhair Mine, ‘İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?’ (2022) 26(1) EBYÜ-HFD 373.

²⁵ Züleyha Keskin, ‘İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu’ (2016) (126) TBB Dergisi, 235, 236; Sancaktar (n 21) 2244-2245; Saygın (n 22) 637.

²⁶ Akyılmaz/Kaya/Sezginer (n 6) 823.

İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasından önce ve sonra doktrinde olumlu ve olumsuz görüşler ileri sürülmüştür. İstinaf usulünün yargılama sürecini uzatacağı, içtihat farklılıklarına sebebiyet vereceği, adalet hizmetlerinin pahalılaşacağına ve bu sebeple de adalete erişimin engelleneceğine²⁷, ilk derece mahkemesi hâkimlerinin karar verirken daha özensiz davranacağına²⁸ yönelik olumsuz görüşler ileri sürülmüştür. Bunlara karşılık, istinaf sisteminin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olması sebebiyle adaletin gerçekleşmesine daha fazla katkı sağlayacağı, Danıştay'ın iş yükünü azaltarak²⁹ tam bir istinaf mahkemesi niteliğine kavuşacağı, ilk derece mahkemesi kararının yeniden görüşüleceğinden hakikati daha iyi ortaya çıkaracağı³⁰, istinaf yargılamasının daha güvenli bir yargılama sistemi getireceğinden daha etkin bir koruma sağlayacağı³¹, hâkimlerin daha donanımlı alanında uzmanlaşmış olmaları³² sebebiyle uyuşmazlıkların kısa sürede karara bağlanacağı ve yargılamanın çabuklaşacağı³³ yönünde de görüşler mevcuttur. Tüm bu görüşler ifade edilmiş olmasına karşılık uygulamada yedi yıldır uygulanmakta olan istinaf kanun yolunun getirilişinde amaçları tam olarak karşılayıp karşılamadığı ise hala tartışılmaktadır.

B. İSTİNAF İNCELEMESİ

İstinaf sürecinde uyuşmazlık konusu olayla ilgili dosya önüne gelen bölge idare mahkemeleri incelemelerini hem maddi hem de hukuki yönden gerçekleştirir. Mahkeme kararının hukuki ve maddi yönden denetlenebilmesi istinafi, temyiz kanun yolundan ayırmaktadır³⁴. Temyiz incelemesi sırasında Danıştay önüne gelen dosya ile ilgili olarak sadece hukukilik denetimi yapabilecekken, istinaf ilk derece mahkemesinin yapmış olduğu tüm inceleme ve değerlendirmeleri yapabilir. Diğer bir ifadeyle bölge idare mahkemeleri dosyanın esasına girerek uyuşmazlık konusu olayı maddi ve hukuki yönden inceleyip değerlendirerek karar verir.

Kanun koyucu istinaf ile ilgili olarak ayrı şekil ve usul kuralları belirlememiş olup “*temyiz in şekil ve usullerine tabidir*” diyerek temyizde geçerli olan kurallara uyulması gerektiğini belirtmiştir. İstinaf talebinde bulunulması durumunda uyuşmazlık konusu olan dosyayla ilgili olarak dilekçeyi alan mahkeme ilk olarak dilekçe üzerinde ön inceleme (İYUK m.48/2) yaparak karar verir. Dilekçenin usul

²⁷ Saygın (n 22) 641-647; Sancaktar (n 21) 2245-2247.

²⁸ Kadir Can Özel ‘İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme’ (2020) 11(44) TAAD 45, 62.

²⁹ Ortaç ve Ünsal (n 12) 17. Gül Üstün, ‘İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) 22(2) MÜHF-HAD, 13, 18.

³⁰ Saygın (n 22) 641-647.

³¹ Sancaktar (n 21) 2247-2248.

³² Ortaç ve Ünsal (n 12) 14.

³³ Keskin (n 24) 237.

³⁴ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (14. Baskı Yetkin Yayınevi 2022) 601.



kurallarına uygun olduğu kanaatine varan mahkeme dilekçeyi ilgili bölge idare mahkemesine gönderir.

İstinaf talebi önüne gelen bölge idare mahkemesi İYUK m. 45 hükmü çerçevesinde kararlar verebilecektir. Buna göre;

İstinaf incelemesi yapmaksızın başvurunun reddine karar verebilir: İYUK m. 45/1'e göre "konusu beş bin Türk lirasını (2023 yılı için bu tutar 20.000TL) geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında" verilen vergi mahkemesi kararı olduğunda bölge idare mahkemesi dosyayı incelemeksizin ret kararı verir. Bu karar kesindir ve kanun yolu kapalıdır.

İstinaf talebinin reddine karar verebilir: Vergi mahkemesince verilen kararın hukuka uygun olduğu kanaatinde olan bölge idare mahkemesi istinaf talebini reddine karar verir. Bölge idare mahkemesi bu kararı verirken yaptığı incelemeler esnasında uyumsuzluk konusu olan dava dosyasını hukuki ve maddi açısından değerlendirdiği gibi şekli ve usulü kurallara açısından da değerlendirmektedir. Dava konusu temyize tabiyse (İYUK m.46) bölge idare mahkemesinin vermiş olduğu bu kararlarla ilgili olarak 30 gün içinde Danıştay'a temyiz başvurusu yapılabilir. Şayet verilen karar temyize açık değilse bölge idare mahkemesinin verdiği kararlar kesindir (İYUK m. 45/6).

Düzelterek aynı kararı verebilir: Vergi mahkemesi kararında birtakım maddi yanlışlıkların varlığı bölge idare mahkemesinde tespit edildiğinde şayet bu hatalar düzeltilebilecek nitelikte ise bölge idare mahkemesi gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir (İYUK m. 45/3). Burada düzeltilebilecek olan maddi hatalar tarafların isimlerindeki, unvanlarındaki vb. nitelikteki davanın esasını etkilemeyecek türden hatalardır.

İstinaf talebinin kabulüne ve vergi mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verebilir: Bölge idare mahkemesi, vergi mahkemesinin kararının (kısmen veya tamamen) hukuka uygun olmadığı kanaatine varırsa kararın kaldırılmasına karar verip, dosyayı vergi mahkemesine göndermeksizin, kendisi dosyayı esastan inceler ve yeniden karar verir (İYUK m. 45/4). Bu süreçte bölge idare mahkemesi dava konusu olaydaki hukuki ve maddi yönden incelemeleri kendiliğinden yapar (İYUK m.20) ve konuyu değerlendirir. Bu aşamada bölge idare mahkemesi, Danıştay'ın aksine, vergi mahkemesinin yetkilerinin tamamına sahip olduğundan yeniden bilgi, belge ve delil isteyebilir. İhtiyaç halinde bilirkişi incelemesi³⁵ de yaptırarak elde etmiş olduğu

³⁵ Danıştay 6 D, E. 2021/7423, K.2022/7493, 28.06.2022. Danıştay bu kararında belediyenin yapmış olduğu idari işlemle ilgili olarak açılan davada bölge idare mahkemelerinin işin esasına girerek karar vereceğinde ilk derece mahkemelerin yaptırdığı bilirkişi veya keşif incelemelerini de yaptırabileceğini de açıkça belirterek "...istinaf merciince uyumsuzluğun esasına yönelik olarak tespit edilen hususların gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak araştırılması sonucunda esastan karara bağlanması gerekirken, uyumsuzluğun İdare Mahkemesince yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak mahallinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak veya mevcut bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle çözüme kavuşturulması gerektiği gerekçesiyle dosyanın Mahkemesine gönderilmesinde isabet görülmemiştir..." şeklinde karar vermiştir.

bilgiler ve istinaf konusu karardaki bilgiler birlikte değerlendirilir³⁶. Gereklili olursa kararı veren mahkeme veya başka bir yer vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme dosyayla ilgili işlemleri ivedilikle ve öncelikle yerine getirir (İYUK m. 45/4). Bölge idare mahkemesinin vergi mahkemesi kararını kaldırmasından sonra yaptığı inceleme ve değerlendirmeler sonrasında kendisi karar verirken ya ilgili idari işlemi iptal eder ya da davanın esastan reddine karar verir³⁷.

İstinaf talebinin kabulüne ve vergi mahkemesine gönderilmesine karar verebilir: Bölge idare mahkemesi, dava konusu olaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme³⁸ tarafından bakıldığını veya reddedilmiş ya da yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış ve karar verilmiş olduğunu tespit ettiğinde istinaf başvurusunu kabul eder. Ancak bu durumda işin esasını kendisi incelemeksizin kararı veren ilk derece mahkemesine gönderir. Bölge idare mahkemesinin vermiş olduğu kararlar kesindir (İYUK m. 45/5).

II. GÖNDERME KARARI VERİLEBİLECEK HALLER

Vergi mahkemesi kararının hukuka aykırı olması halinde bölge idare mahkemelerinin istinaf başvurusunu kabul edip, mahkeme kararını kaldırıp işin esasına girerek dava konusu olayı maddi ve hukuki açıdan inceleyip değerlendirmesi ve kendisinin yeniden karar vermesi genel kuraldır. Ancak bu kuralın her zaman uygulanmayacağı, bazı istisnai durumlarda ilk derece mahkemesi kararı kaldırıl-sa dahi işin esasına girilmeden gönderileceği de kanun koyucu tarafından İYUK m. 45/5'te açıkça belirtilmiştir. Buna göre ilk inceleme üzerine verilen kararlar, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından bakılmış olması veya reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından karar verilmiş olması durumlarında bölge idaresi mahkemesi istinaf talebini kabul eder, kararı kaldırır ve yeniden karar verilmesi için vergi mahkemesine gönderir. Burada özellikle dikkat çekilmesi gereken husus bölge idare mahkemesinin Danıştay'dan farklı olarak "bozma" kararı değil "kaldırma" kararı verdiğidir. Ancak uygulamada nadir de olsa bazı kararlarında "bozma" ifadesine yer verildiği de belirtilmektedir³⁹.

Uyuşmazlık konusu dosyayla ilgili karar vermek üzere gönderilecek olan yargı yerinin belirlenmesi önemli bir husustur. Şayet kararı görevsiz veya yetkisiz mahkeme vermiş ise dosya görevli veya yetkili yargı yerine; karar reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından verilmiş ise dosya ilgili hâkimin katılmadığı kurul veya başka bir hâkim tarafından karar verilmek üzere kararı veren mahkemeye; diğer hallerde ise (İYUK m.15 gereğince verilen kararlarda) dosya kararı kaldırılan ilk derece yargı yerine gönderilir⁴⁰.

³⁶ Karakoç (n 1) 317-318.

³⁷ Çağlayan (n 33) 817-818.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Yargılaması Hukukunda Görev ve Yetki (1. Baskı Siyasal Kitabevi, 2007).

³⁹ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (9. Baskı Yetkin Yayınları 2022) 1402.

⁴⁰ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (n 38) 1403.



A. İLK DERECE MAHKEMESİNİN İLK İNCELEME ÜZERİNE VERDİĞİ KARARLAR

Bireysel vergilendirme işlemleriyle ilgili olarak dava açıldığında mahkemelerin işin esasına girmeden önce incelemeleri gerekli olan hususlar İYUK m.14'te belirtilmiştir. İlk inceleme üzerine yapılacak olan işlemler dilekçenin verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde sonuçlandırılmalıdır⁴¹.

İlk inceleme sonunda verilebilecek kararlar⁴² İYUK m.15'te düzenlenmiştir. Ancak İYUK m.15'te belirtilen tüm kararların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği; görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlemin varlığı şeklindeki kararların kapsam dahilinde olduğu belirtilmektedir⁴³. Bu kararda ilk derece mahkemesi kendi düşüncesini ortaya koymamış olduğundan, dosyanın istinafa gelmesi durumunda istinafin esasa girerek karar vermesi halinde iki dereceli yargılamanın tam olarak gerçekleşmeyeceğinden kararın kaldırılarak ilgili mahkemeye gönderilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁴. Bu kararlarda herhangi bir şekilde hukuka aykırılık tespit edilirse, işbu kararlar kaldırılarak yeniden karar verilmesi için kararı veren vergi mahkemesine gönderilebilecektir.

Uygulamada konuyla ilgili olarak çok sayıda bölge idare mahkemesi kararı bulunmaktadır. Aşağıda konusuna göre incelenmiş olan kararlarda da görüleceği üzere bölge idare mahkemesi genel olarak vergi mahkemesince verilen kararın hukuka⁴⁵ ve usule⁴⁶ aykırı olduğu sonucuna varmaktadır.

Dava Ehliyeti Yönünden: Uyuşmazlık konusu olayda vergi mahkemesi davacının dava ehliyeti olmaması sebebiyle ret kararı vermesi üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi (VDD) kararı kaldırarak vergi mahkemesine göndermiştir. Mahkeme gerekçesinde "...*Dava dosyasının incelenmesinden, davacı şirketin... iflasına karar verilerek tasfiye haline girdiği ve ...iflas işlemleri adi tasfiye usulüyle yapılmasına karar verilmiş ancak henüz iflas idaresi oluşturulmadığından tasfiye işlemleri iflas dairesince yürütülmeye devam edilen davacı şirket adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatlara karşı şirket adına dava açıldığından dava dosyasının tekemmül ettirilerek işin esası incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir...*"⁴⁷ ifadesine yer vermiştir.

⁴¹ Çağlayan (n 33), 284 vd.

⁴² Yüce (n 7) 203-205.

⁴³ Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, 'Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Gönderme Meselesi' (2022) 30(2) SÜHFD, 571, 577-578. Çağlayan (n 33) 284 vd.

⁴⁴ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya (n 6) 828. Özeken ve Boran Güneysu (n 3) 35-45. Gaziantep BİM 1 VDD, E. 2022/598, K.2022/485, 07.04.2022.

⁴⁵ Gaziantep BİM 1 VDD, E. 2022/504, K.2022/1450, 13.12.2022.

⁴⁶ Gaziantep BİM 2 VDD, E.2022/1290, K.2022/1950, 22.12.2022.

⁴⁷ İstanbul BİM 1 VDD, E.2023/769, K.2023/730, 09.03.2023. Aynı yöndeki karar için bkz. Gaziantep BİM 2 VDD, E.2022/591, K.2022/891, 14.09.2022.

Süre Aşımı Yönünden: Uyuşmazlık konusu olayda mükellef hakkında düzenlenmiş olan vergi inceleme raporları ile yapılan cezalı tarhiyatlara karşı dava devam ederken 6736 sayılı Kanun kapsamında mükellef davasından vazgeçip ödeme yapmıştır. Mükellef aynı hukuki nedenle başka vergilendirme dönemleri için hakkında tarh edilen özel tüketim vergisiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru talebinde bulunmuş ve mahkeme mükellefin mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu sebeple de mükellef daha önceden ödemiş olduğu kurumlar vergisi, gelir vergisi ve katma değer vergisiyle ilgili vergi, ceza ve gecikme faizlerinin iadesini vergi idaresinden talep etmiştir. Talebinin reddedilmesi üzerine mahkemeye başvurmuş mahkeme de idari merci tecavüzü bulunduğunu, vergi dairesinin talebiyle ilgili olarak dava dilekçesi ve eklerinin idareye gönderilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine tüm dilekçelerin gönderilmesine rağmen herhangi bir işlem tesis edilmediği şikâyet başvurusunun zımnen reddedildiği sonucuna varılıyor. Zımni ret kararına karşı da mükellef tekrar dava açıyor ancak vergi mahkemesi davacının zımni ret işleminden sonra 30 gün içinde dava açması gerekirken bu süreyi geçirdikten sonra dava açtığı için davanın süre aşımı sebebiyle reddi kararı vermiştir. Kararla ilgili istinafa başvurulması üzerine de Ankara Bölge İdare Mahkemesi “... *Bu durumda, dava konusu zımnen ret işleminde, başvurulacak yargı mercii veya idari makam ile başvuru süresinin gösterilmesine fiili olanak bulunmamakla birlikte, Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede belirtildiği gibi son derece karışık olan mevzuat karşısında bireylerin yargı yeri ve idari makamlar önünde haklarını sonuna kadar arayabilmelerini olanaklı kılmak amacıyla öngörülen zorunluluğa aykırı ve dolayısıyla, Anayasanın 36. maddesinde öngörülen hak arama hürriyetini sınırlayıcı sonuç doğuran işleme karşı, ortada dava açma süresini başlatan yazılı bildirim bulunmadığı dikkate alındığında, davanın yasal süresinde açılmadığından söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.*” diyerek kararı kaldırıp vergi mahkemesine göndermiştir⁴⁸. İlgili kararda Mahkeme gerekçesini belirtirken Anayasanın hak arama hürriyeti ile ilgili maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 23805/94 numara ve 04.12.1994 tarihli “Case of Bellet of France” Kararına da atıfta bulunmuştur.

Kesin ve Yürütülmesi Gereken İşlem Olmadığı Yönünden: Uyuşmazlık konusu olayda mükellefin üzerine kayıtlı aracın satmasından uzun bir zaman sonra borç sorgulama ekranı üzerinden yaptığı araştırma sonucu elde ettiği bilgilendirici mahiyetteki borç döküm listesindeki vergi ve cezaların iptali sebebiyle açtığı davada, vergi mahkemesi sorgu ekranı üzerinden alınan belgenin kesin ve icrai nitelikte işlem olmadığından dolayı davayı reddetmiştir. Bunun üzerine bölge idare mahkemesi ise “...*mükelleflerin vergi idaresine olan borçlarını gösterir bilgilendirici mahiyette olan borç sorgulama ekranından öğrenilen borç döküm listelerinin idari davaya konu olabilecek kesin ve icrai nitelikte işlem olmadıkları açık olmakla*

⁴⁸ Ankara BİM 4 VDD, E.2022/3241, K.2023/592, 04.04.2023. Benzer konudaki karar için bkz. Gaziantep BİM 1 VDD, E.2022/2277, K.2023/69, 13.01.2023.



birlikte, davacı tarafından borç döküm listesi ile öğrenilmiş olan vergiler ve bunlara bağlı olarak hesaplanan fer'iler dava konusu edilmiştir. Dava dilekçesinde borç döküm listesinin iptali istenilmemiştir” şeklinde verdiği kararında iptal konusu olan hususun sorgu ekranından alınan listenin değil, bu listedeki vergi ve cezaların olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin ret kararını kaldırarak dava dosyasının tekemmülü sağlandıktan sonra yeniden karar verilmesi için göndermiştir⁴⁹.

İdari Mercî Tecavüzü Yönünden: İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin idari mercî tecavüzü sebebiyle dava dilekçesi ve eklerinin Ticaret Bakanlığına gönderilmesi yönünde karar vermesi üzerine bölge idare mahkemesi kararı kaldırmış ve davanın esasının incelenmesi için vergi mahkemesine göndermiştir. İlgili olayda Mahkeme şu şekilde karar vermiştir: “... gümrük giriş beyannameleri belirtilerek dava konusu edilen gümrük vergileri dikkate alındığında, davacı tarafından gümrük müdürlüğüne yapılan başvurunun reddi üzerine bölge müdürlüğüne yapılan başvurunun zımnen reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davanın esas incelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesi ve eklerinin Ticaret Bakanlığı’na gönderilmesine dair verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, istinaf başvurusunun kabulü ile Mahkeme kararının kaldırılmasına, uyuşmazlığın esas hakkında karar verilmek üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45/5. maddesi uyarınca dava dosyasının Mahkemesine gönderilmesine...”⁵⁰.

Başka bir uyuşmazlıkta İstanbul Bölge İdare Mahkemesi şikâyet başvurusu yapılmadan dava açılabilceğinden dolayı, ilk derece mahkemesinin idari mercî tecavüzü sebebiyle dava dilekçesi ve eklerini Gelir İdaresi Başkanlığına göndermesine yönelik kararı hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle kaldırıp ilk derece mahkemesine göndermiştir⁵¹.

Yukarıdaki örnek kararlarla ilgili olarak doktrinde idari mercî tecavüzü ve süre aşımı sebebiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak, dosyayı kararı veren mahkemeye göndermek yerine idari mercî tecavüzünde dosyanın ilgili idareye gönderilmesine, süre aşımında da kararın kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi gerektiği, bu durumun usul ekonomisine uygun olduğu düşüncesi⁵² de dile getirilmektedir. Tüm bunlar yanında, uygulamada bölge idare mahkemelerinin ilk inceleme üzerine verilen kararı İYUK m. 45/5 gereğince kaldırıp vergi mahkemesine göndermesi gerekirken, göndermeyip kendinin karar vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda Danıştay, bölge idare mahkemesinin yaptığı işlemin yargılama usulüne uygun düşmediği gerekçesi ile bozmuştur⁵³.

⁴⁹ İstanbul BİM 5 VDD, E.2023/21, K.2023/1416, 17.03.2023.

⁵⁰ İstanbul BİM 5 VDD, E.2022/7907, K.2023/1740, 31.03.2023. Benzer konudaki karar için Gaziantep BİM 2 VDD, E.2022/382, K.2022/1531, 29.12.2022.

⁵¹ İstanbul BİM 3 VDD, E. 2020/994, K.2020/1292, 22.09.2020.

⁵² Çınarlı ve Azak (n 42) 579.

⁵³ Danıştay 3 D E.2022/1678, K.2022/2449, 25.05.2022 “...Uyuşmazlığa konu olayda, vergi mahkemesi kararının, ilk inceleme üzerine verildiği dikkate alındığında, Vergi Dava Dairesince,

B. DAVAYA GÖREVSİZ VEYA YETKİSİZ MAHKEME TARAFINDAN BAKILMASI

İdari yargılama usulünde mahkemelerin yetki ve görev kurallarına uygun hareket etmeleri kamu düzeninin bir gereğidir. Bununla birlikte İYUK m.14 ve 15 gereğince yapılacak ilk incelemede de dikkat edilmesi gerekli olan en önemli husus görev ve yetki kurallarıdır. Buna uyulmadan verilmiş olan kararlar hakkında İYUK m.49/2 gereğince bozma kararı verilmektedir⁵⁴.

Bölge idare mahkemeleri görevle ilgili olarak önüne gelen dosyayı incelerken adli ve idari yargı kolu arasında değerlendirme yapması gerektiği gibi vergi mahkemeleri ile idari mahkemeler arasında da görevle ilgili değerlendirme yaparak karar verilmelidir. Davaya bakan mahkemenin görevsiz olması durumunda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak ilgili mahkemeye gönderilmesi gerekiyor olsa da doktrinde adli yargı görev alanındayken idari yargının esastan karar vermesi halinde kaldırma kararı verildikten sonra bölge idare mahkemesi karar vermeli görüşünün olduğu da belirtilmektedir⁵⁵.

Adli ve idari yargı kolu arasındaki görev uyumsuzluğu ile ilgili olarak, Gaziantep Bölge İdaresi Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlık konusu olayda Kahramanmaraş Büyükşehir Belediye Başkanlığının mal alımı sebebiyle imzalamış olduğu sözleşmedeki hükümlerin yerine getirilmemesi sebebiyle kesilen gecikme cezasıyla ilgili davada, davacıya gönderilen ödeme emrinin altında “...bu ödeme emrini tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde Kahramanmaraş Vergi Mahkemesinde dava konusu yapma hakkınız bulunduğu...” ibaresine yer verilmiş olmasından dolayı dava vergi mahkemesinde açılmıştır. Ancak vergi mahkemesi uyuşmazlık konusu olayın özel hukuk hükümlerine tabi olması sebebiyle davanın adli yargıda görülmesi gerektiğinden görevsizlik sebebiyle davayı reddetmiştir. Kahramanmaraş Büyükşehir Belediyesinin başvurusu üzerinde davaya bakan Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi konunun vergi mahkemesinin değil idare mahkemesinin görevine girdiğine, dosyanın idare mahkemesine gönderilmesi gerekirken adli yargının görevli olduğu gerekçeyle reddedilmesinde şeklinde verilen kararda isabet görmemiştir⁵⁶.

Danıştay Üçüncü Dairesinin bozma kararına uyulması üzerine 2577 sayılı Kanun'un yukarıda hükmüne yer verilen 45. maddesinin 5. fıkrası gereğince, davacının istinaf istemi kabul ederek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekirken vergi mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra işin esası incelenmek suretiyle hüküm kurulması yargılama usulüne uygun düşmemiştir...”

⁵⁴ Çağlayan (n 33) 820.

⁵⁵ Çınarlı ve Azak (n 42) 580-581.

⁵⁶ Gaziantep BİM 1 VDD, E.2023/61, K.2023/254, 07.04.2023 “... özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeye ilişkin gecikme cezasının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, uyuşmazlığın, genel görevli idare mahkemelerinin görev alanına giriyor olması nedeniyle davanın idare mahkemesinin görevli olduğu gerekçeyle görev yönünden reddi ile dosyanın görevli idare mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken, adli yargının görevli olduğu gerekçeyle reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir...”



İdari yargı kolu içerisinde vergi mahkemesi ile idare mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığı konusunda Adana Bölge İdaresi Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta özel görevli olan vergi mahkemelerinin sadece kanunla kendisine verilen uyuşmazlıkları çözmede görevli olduğu, bunlar dışındaki uyuşmazlıklarda idare mahkemesinin görevli olduğuna, Belediye meclisleri kararıyla veya karar alınmadan tahsis edilen ücret ve sair giderlerin Anayasanın 73. maddesindeki vergi resim ve harç olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığına vurgu yaparak “... belediyelerce alınacak ücretin, vergi mahkemelerinin görev alanına giren vergi, resim ve harç ile benzeri mali bir yükümlülük olmadığı, bu sebeple de genel görevli yargı merci olan idare mahkemesinin görev alanına girdiği sonucuna ulaşıldığından, davanın görev yönünden reddi gerekirken, işin esası incelenmek suretiyle verilen Vergi Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir...” gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir⁵⁷. Mahkeme, Danıştayın içtihat değişikliğine gitmiş⁵⁸ olması sebebiyle bu şekilde karar verdiğini belirtmiştir.

C. DAVAYA REDDEDİLMİŞ VEYA YASAKLANMIŞ HÂKİM TARAFINDAN BAKILMASI

Vergi uyuşmazlıklarının yargı aşamasında çözümünde İYUK hükümleri uygulanması esas olarak kabul edilmiştir. Ancak İYUK'ta hüküm bulunmayan bazı konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uygulanacağı belirtilmiştir (İYUK m.31). “Hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi” hususu da bu kapsamdadır⁵⁹. HMK m.34'te hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve HMK m.36'da da hâkimin reddi konuları düzenlenmiştir. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı veya reddi kendiliğinden sonuç doğuran bir durum olmayıp İYUK m.56 (Danıştayda çekinme ve ret) ve m.57 (Mahkemelerde çekinme ve ret) gereğince yargı makamlarınca karar verilmesi gereklidir.

Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı veya reddi adil yargılanma hakkının bir gereğidir⁶⁰. Herhangi bir şekilde davaya bakması yasak olmasına veya hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunmasına rağmen davaya bakmaya devam edip karar veren hâkimlerin verdikleri kararlarla ilgili olarak istinaf başvurusu yapıldığında bölge idare mahkemesi durumu tespit ederse ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak kararı veren mahkemeye gönderir. Kararın tek hâkimle veya heyet halinde verilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bu durumda kararın tarafsız hâkimlerce⁶¹ verilmesi gerekir.

⁵⁷ Adana BİM 2 VDD, E. 2023/263, K.2023/252, 13.03.2023.

⁵⁸ Danıştay 9 D E.2018/6798, K.2021/6029, 02.12.2021.

⁵⁹ Çağlayan (n 33) 254-258.

⁶⁰ Recep Akcan ve Cemil Kaya, ‘Medeni ve İdari Yargıda Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi’ (2010) 68(1-2) İÜHFM, 171, 195.

⁶¹ Çağlayan (n 33) 821.

III. UYGULAMADAKİ GÖNDERME KARARLARI VE DANIŞTAY'IN GÖNDERME KARARLARIYLA İLGİLİ GÖRÜŞÜ

İstinaf yolunun getiriliş nedenlerinden de olan ilk derece mahkemesindeki eksiklik veya hatanın bölge idare mahkemelerinde giderilmesi için işin esasına girilerek yeniden karar verilmesi usulü esas kural olarak kabul edilmiştir. Bölge idare mahkemesi istinaf talebini kabul ettiğinde uyuşmazlık konusu olayla ilgili verilen vergi mahkemesi kararını maddi ve hukuki yönden inceleyerek yeni bir karar vermektedir. İstisnai olarak da kendisi işin esası hakkında karar vermeyip kararı kaldırarak ilk derece mahkemesine gönderebilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İYUK m. 45/5'te bölge idare mahkemelerinin hangi durumlarda ilk derece mahkemesi kararını kaldıracağı ve yeniden karar verilmek üzere göndereceği tahdidi olarak sayılmış. Her ne kadar kanun koyucu gönderme kararının istisnai olarak belirli konularla sınırlamış olsa da uygulamada bölge idare mahkemelerinin çok farklı gerekçelerle kararları kaldırarak vergi mahkemesine gönderdikleri bilinmektedir.

Aşağıda örnek olarak açıklanan bazı bölge idare mahkemesi kararları, İYUK m. 45/5'in kapsamı dışına çıkmış olması sebebiyle eleştirilmiş olmakla birlikte, tüm bölge idaresi mahkemelerinin de aynı şekilde davrandığı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Çalışmamızda uygulamada yaşanan aksaklıklara dikkat çekmek, adil yargılanma hakkı, usul ekonomi ve dava açma hakkına⁶² yönelik olası ihlalleri engellemeye dikkat çekmek amaçlanmıştır.

A. GÖNDERME KARARLARININ GEREKÇELERİ

Bölge idare mahkemesinin gönderme kararı verebileceği konular dışına çıkarak çeşitli gerekçelerle gönderdiği kararlara farklı bölge idare mahkemelerinin kararlarında da rastlayabilmekteyiz. Bazı konularda benzer gerekçeler ileri sürüldüğü görülse de gönderme kararı veren değişik yargı bölgesinde bulunan mahkemelelerinin kanuni düzenlemenin dışına çıktığını görebilmekteyiz. Bazı kararlarda ise bölge idare mahkemesi kendisi işin esasına girmesi gerekirken gönderme kararı vermesi durumunda, tarafların hak kaybı yaşamaması için ilk derece mahkemesine neler yapması gerektiğini detaylıca açıklamaktadır⁶³. Bölge idare mahkemelerinin kendilerinin işin esasına girerek karar vermeyip ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi usul ekonomisi ilkesi⁶⁴ açısından da sorunlu olup, yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olmaktadır⁶⁵. Bu da makul sürede yargılanma hak-

⁶² Gaziantep BİM 1 VDD, E.2022/2256, K.2023/150, 25.01.2023. İşbu kararda ilk derece mahkemesi uzlaşma tutanağı tutulmadan dava açtığı için davanın incelenme olanağı olmadığından reddetmiş olmasına karşılık BİM, verilen kararın mükellefin dava açma hakkını elinden alma sonucunu doğuracağından dolayı kararı kaldırarak ilk derece mahkemesine göndermiştir.

⁶³ Gaziantep BİM 1 VDD, E.2022/732, K.2023/186, 27.01.2023.

⁶⁴ Yüce (n 7) 52-53.

⁶⁵ Yunus Eraslan, 'İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme' (2020) 6(1) AndHD, 77, 128.



kının ihlali durumuna sebebiyet verebilir⁶⁶. Buna göre gönderme kararlarının gerekçelerini şu şekilde sıralamak mümkündür.

- **Kanuni hâkim gerekçesiyle yapılan gönderme kararı:** Ankara Bölge İdare Mahkemesinin verdiği kararda⁶⁷ uyuşmazlık konusu olayda ilk derece mahkemesinin uyuşmazlık konusu faturaların gerçek bir mal veya hizmet teslimine yönelik olup olmadığına yönelik incelemeyi yapıp karar verecek olan mahkemenin kendisi değil kanuni hâkim ilkesi gereğince ilk derece mahkemesi olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu durumu gerekçede şu şekilde ifade etmiştir: “... yukarıda yazılı gerekçeyle davanın kabulü yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiş olup, istinaf merciince esastan bir karar verilmeyip, mahkeme kararı kaldırılarak ilk derece yargı yerince, yani davanın kanuni hâkimi (doğal yargıcı) tarafından uyuşmazlığın esasi incelenerek hüküm verilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmesi, Anayasanın 37. maddesi hükmünde korumaya alınan kanuni hâkim güvencesinin ve kanun koyucu tarafından İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülmüş bulunan dereceli yargılama sisteminin gereğidir...”.
- **Uyuşmazlığın niteliğinin değişebileceği yönündeki karar:** Bu kapsamda Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi kararına konu olayda, davacı defter ve belgelerini incelenmek üzere istenmesi halinde ibraz edebileceğini belirtmiş, bölge idare mahkemesi de kararında defter ve belgelerin resen araştırma ilkesi gereğince mahkemece istenmesi gerektiğini ve defter ve belgelerin incelenilerek vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespit edilmesi, söz konusu belgelerin gerçeği yansıtmadığının araştırılmasından sonra oluşacak yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda “... defter ve belgelerin incelenmek üzere vergi dairesine gönderilmesi halinde yapılacak inceleme sonucunda ortaya çıkacak duruma göre uyuşmazlığın niteliği değişebileceğinden ve bu yeni hukuki durumun ilk derece mahkemesince değerlendirilmesi ve karara bağlanması gerektiğinden...” şeklindeki gerekçe ile kararı kaldırarak, dosyanın vergi mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir⁶⁸. Konusu aynı olan başka bir kararda aynı Mahkeme defter ve belgelerin incelenilmesi halinde uyuşmazlığın niteliğinin değişebileceğine ilişkin gerekçeye ilaveten, “...böylesine bir durum-

⁶⁶ Üstün (n 29) 22.

⁶⁷ Ankara BİM 2 VDD, E.2020/856, K.2020/665, 07.10.2020. Birebir aynı gerekçe ile bir başka karar: Ankara BİM 2 VDD, E.2020/829, K.2020/656, 07.10.2020 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 25.04.2023. İşbu kararda ve benzer gerekçeli kararında Mahkeme yapılan işlemlerin mülkiyet hakkına müdahale niteliğine de vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesinin 27.02.2019 tarih ve B. No 2015/15100 sayılı kararına atıfta bulunularak yargılanma esnasındaki usulü kurallara uyulmamış olmasının da mülkiyet hakkına ölçsüz şekilde müdahale olacağını da belirtmiştir.

⁶⁸ Gaziantep BİM 2 VDD, E.2017/1154, K.2017/1787, 29.12.2017 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 26.04.2023.

da ilk derece mahkemesince uyuşmazlık konusu işlem hakkında herhangi bir karar verilmemiş olacağından...” şeklinde bir ifade de kullanarak ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin bir görüş belirtilmemiş olacağını belirterek ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyanın yeniden bir karar vermek üzere mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir⁶⁹.

- Başka bir uyuşmazlıkta, Ankara Bölge İdare Mahkemesi ilk derece mahkemesinin davacıya yapılan ödemenin istisna kapsamında olup olmadığıyla ilgili olarak yeterli incelemenin yapılmamış olması sebebiyle kararın kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Kararda Mahkeme ihtilafa konu ek ödeme tutarlarının yapılan kesinti işlemini, 7103 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrasına ait mevzuat hükümleri uyarınca hukuka uygun olup olmadığı yönünden karar verilmesi gerektiğine değinerek kararı kaldırma gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: “...*Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinde çalışmakta iken iş akdi 27/01/2021 tarihli ikale sözleşmesiyle sona erdirilen davacıya bu tarihten sonra yapılan ödemelerin vergilendirilmesinde, 7103 sayılı Kanunun 27/03/2018 yürürlüğe giren yukarıda belirtilen hükümlerinin esas alınması gerekmekte olup, Vergi Mahkemesi kararında, 193 sayılı Kanunun 7103 sayılı Kanunla değiştirilen hükümlerine yer verilmekle birlikte, ikale sözleşmesi kapsamında, hizmet karşılığı olmaksızın işverence yapılan ve 193 sayılı Kanunun 61. maddesinin üçüncü fıkrasına, 7103 sayılı Kanunun 7. maddesi ile eklenen 7. bendi uyarınca ücret sayılan ek ödeme tutarının gelir vergisinden istisna olup olmadığının tespitinde, 193 sayılı Kanunun 25. maddesinin birinci fıkrasının 7. bendinde 7103 sayılı Kanunla yapılan düzenlemede ve 303 seri no’lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde öngörülen yöntemin uygulanıp uygulanmadığı yönünden bir değerlendirilme yapılmadığı görülmüştür...*”⁷⁰. Mahkeme bu gerekçe ile ilk derece mahkemesinin kararının hangi yönden eksik olduğunu açıkça belirterek bir anlamda yol göstermiş fakat kararı kendisi vermeyip yeniden karar verilmesi için göndermiştir.

- **Uyuşmazlığın veya dava konusunun eksik belirlenmiş olması ve dolasıyla eksik hüküm kurulmuş olması:** İzmir Bölge İdare Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta takdir komisyonu kararına göre geçmiş yıl zararlarıyla ilgili değerlendirmeler yapılmış olmakla birlikte, davacı şirketin amortisman giderlerinden kaynaklanan ve matrahı etkileyen giderin hangi yıllara bağlantılı olduğuna dair değerlendirmenin yapılmadığından hareketle “...*dava konusu vergi ziyayı cezalı kurumlar vergisi tarhiyatını etkileyen matrah kalemi irdelenmeksizin eksik hüküm kurulduğu görüldüğünden,*

⁶⁹ Gaziantep BİM 2 VDD, E.2017/1351, K.2017/1765, 28.12.2017. Aynı gerekçe, Gaziantep BİM 2 VDD, E.2017/1354, K. 2017/1766, 28.12.2017; Gaziantep BİM 2 VDD, E.2017/1407, K.2017/1794, 28.12.2017 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 26.04.2023.

⁷⁰ Ankara BİM 1 VDD, E.2022/1748, K.2023/295, 01.03.2023.



istinafa konu kararda usul kurallarına uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenle.... Balıkesir Vergi Mahkemesi'nin sayılı kararının kaldırılmasına, esas hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine..."⁷¹ karar verilmiştir.

- Aynı şekilde İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin önüne gelen sahte fatura düzenleme ile ilgili uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesinin verdiği kararda davacı adına daha önce verilmiş olan üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarhiyatına karşı açılan davanın dikkate alınması, davaya ilişkin yedi firmadan sadece beşi yönünden inceleme yapılması ve vergi ziyai cezasıyla ilgili tekerrür nedeniyle artırılan kısımlarıyla ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamış olmasını eksik hüküm kapsamında değerlendirerek "...yeterli incelemeye dayanmayan ve eksik hüküm ihtiva eden istinafa konu kararda hukuki isabet bulunmadığı, Mahkemesince anılan hususlar göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır..."⁷² şeklinde karar verilmiştir.
- Geçmiş yıl zararlarının indirimiyle ilgili olarak Konya Bölge İdare Mahkemesinin incelediği bir dosyada, Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp kendisi karar vermek yerine ilgili mahkemeye göndermiştir. Gönderme kararı gerekçesi olarak da tarhiyatın doğumuna neden olan iki farklı sebebin bulunmasına karşılık ilk derece mahkemesinin bunlardan sadece biri hakkında inceleme ve değerlendirme yaparak karar vermiş olmasını, bunun yanında davanın konusunun gelir vergisi tarhiyatı olmasına rağmen gerekçeli kararda bunun kurumlar vergisi olarak nitelendirilmiş olmasını usul kurallarına aykırılık olarak görmüştür. Bu sebeple de "...yukarıda değinilen hususların göz önünde bulundurulup, usulüne uygun olarak yeniden karar verilmesini teminen dosyanın mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir..."⁷³ şeklinde belirtmiştir. İşbu karar oy birliği değil oy çokluğu ile alınmış olup karşı oy kullanan hâkim gönderme kararına katılmayarak "...Mahkemesince her ne kadar eksik gerekçe ile hüküm kurulmuş ise de; bu eksikliğin Dairemizce giderilerek karar verilmesi gerektiği görüşü ile iade yönündeki çoğunluğun kararına katılmıyorum..." şeklinde görüşünü belirtmiştir.
- **Duruşma istenilmiş olmasına rağmen duruşma yapılmaksızın karar verilmesi:** İYUK m. 17'de duruşma⁷⁴ ile ilgili düzenleme yer almaktadır.

⁷¹ İzmir BİM 1 VDD, E.2017/2299, K.2017/2544, 21.12.2017. Aynı gerekçe ile verilen diğer karar için bkz. İzmir BİM 1 VDD, E.2017/2300, K.2017/2549, 21.12.2017 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 25.04.2023.

⁷² İstanbul BİM 1 VDD, E.2019/3308, K.2020/603, 05.06.2020, <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 29.04.2023.

⁷³ Konya BİM 1 VDD, E.2018/1718, K.2019/97, 11.01.2019., <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 29.04.2023.

⁷⁴ Vergi yargılamasında duruşma yapılmasıyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Gamze

Buna göre ilk derece yargılamasında belirli miktarın aşılması halinde duruşma talep edilebilir. Vergi mahkemeleri açısından duruşma talebinde bulunulması halinde duruşma yapılmak zorundadır. Fakat istinaf ve temyiz aşamasında sadece talep yeterli olmayıp, mahkemenin de bu yönde karar vermesi gerekir.

- İstanbul Bölge İdare Mahkemesi önüne gelen olayda vergi mahkemesinin tarafların duruşma istemini göz ardı ederek karar vermesini hakkaniyete uygun yargılama yürütülmemesi sebebiyle adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle kaldırmış ve konuyla ilgili yeniden karar verilmesi için vergi mahkemesine göndermiştir⁷⁵. Mahkeme burada gönderme kararı verirken vergi mahkemesinin duruşma talebini dikkate almaması durumunda bunun istinaf/temyiz aşamasında yapılamayacağını da şu şekilde ifade etmiştir: “...ilk derece mahkemesince dikkate alınmayan duruşma isteminin, zorunlu olarak, üst kanun yolu denetiminde istinaf/temyiz merciince karşılanması ve duruşma yapılmamak suretiyle yol açılan hak ihlalinin istinaf/temyiz merciince giderilmesi gerektiğinin kabulü de mümkün bulunmadığı gibi, bu yaklaşımın, dereceli yargılamanın sağladığı hukuki güvenceyi ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkını ihlal eden bir sonuç doğuracağı kanaatine varılmıştır...”.
- Bu konuda verilen gönderme kararlarının bazısında⁷⁶ yukarıdaki gibi detaylı şekilde neden gönderildiği açıklanmış olmakla birlikte, bazı mahkeme kararlarında⁷⁷ sadece İYUK m.17’ye uygun hareket edilmediği belirtilmekle yetinilmiştir.
- **Dereceli yargılama yapılması zorunluluğu kararı**: Bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarının gerekçelerinde birden fazla dereceli yargılanmanın gerekli olduğu da bulunmaktadır. Mahkemeler bu hususa dikkat çekerken dosyanın usule uygun şekilde tekemmül ettirilmeden karar verilmesi, dava konusu hakkında eksik hüküm kurulması (uyuşmazlığın tamamının nihai olarak çözüme kavuşturulmaması), dava konusunun hatalı bir biçimde belirlenerek yargılama yapılması ve hüküm kurulması gibi bazı durumlara da vurgu yapmıştır. Yargılamanın çekişmeli şekilde ve eşit silahlarla yürütülmemesi ve hakkaniyete uygun yargılama yapılmadan karar verilmesi halinde, istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi yerine

Gümüşkaya, ‘Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Duruşma’ (2008) 66(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 15-47.

⁷⁵ İstanbul BİM 2 VDD, E.2020/1122, K.2020/1264, 16.09.2020., <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 01.05.2023.

⁷⁶ Adana BİM 2 VDD, E.2020/724, K.2020/95, 05.10.2020., <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 24.05.2023.

⁷⁷ İzmir BİM 3 VDD, E.2017/1068, K.2017/1547, 26.10.2017, <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 24.05.2023.



geçerek karar vermesi halinde birden fazla dereceli yargılamanın gereğinin yapılmamış olacağını, bunun kanun koyucunun iradesine uygun olmayacağı sonucunu doğuracağını, bu sebeple de adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini, belirterek İYUK m. 45/5'te belirtilen kısıtlamalara bağlı kalınmadan dosyanın tekrar görüşülmek üzere vergi mahkemesine gönderilebileceği sonucuna varmıştır⁷⁸. Bu ve benzer kararların birçoğunun gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM)'in adil yargılanma hakkına ilişkin içtihatlarındaki görüşlerine de değinilerek İYUK m. 45/5 hükmüne neden uymadıklarını detaylı şekilde açıklanmaktadır.

- **Tek hâkimle karar verilmesi gerekirken heyet olarak karar verilmiş** olması birçok bölge idare mahkemesinin gönderme kararı gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi "...*uyuşmazlığın tutarının tek hâkim görev sınırı içinde kalması nedeniyle tek hâkim tarafından karara bağlanması gerekirken heyet halinde karar verilmesinde ... usul kurallarına uygunluk bulunmadığından, Dairemizce isin esasına girilmesi mümkün görülmemiş, kararın bu yönüyle kaldırılması ve 2577 sayılı Yasanın 45/5. maddesi gereği yeniden bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*"⁷⁹ gerekçesiyle kararı kaldırarak vergi mahkemesine göndermiştir.
- **Tebliğatların usulüne uygun yapılmamış olması ve dosyanın usule aykırı şekilde tekemmül ettirilmesi:** Bölge idare mahkemesi usule uygun şekilde tekemmül ettirilmeden karar verilmesi halini de gönderme gerekçesi olarak görmüştür. Uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak mahkeme "... uyarınca yapılan tebliğatların usule uygun olmadığı sonucuna varılmakla,

⁷⁸ Adana BİM 2 VDD, E.2020/992, K.2020/602, 26.11.2020 "..., ilk derece yargılamasında adil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün ihlali sonucunu doğuran yargılamaların, istinaf mahkemesince, ilk derece mahkemesinin yerine geçilerek eksiklikler tamamlanmak ve işin esası hakkında karar vermek suretiyle sonuçlandırılması halinde, birden fazla dereceli yargılamanın taraflara sağladığı hukuki güvence ve faydanın ortadan kalkacağı, bu suretle, yargılamanın, kanun koyucunun iradesine de uygun olmayan şekilde, tek derecede gerçekleşmesi sonucunun doğabileceği, anılan madde hükmünde açıkça sayılmayan bu gibi bazı hukuka aykırılık hallerinde de, kaldırma kararları sonrasında, dosyaların ilk derece mahkemelerine gönderilmesine karar verilmesinin, adil yargılanma hakkının gereği olduğu ve Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, bu gibi durumlarda, uluslararası sözleşme hükmünün, 2577 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi hükmüne nazaran öncelikli olarak, madde hükmünün uygulamasına esas alınarak, maddede açıkça gönderme sebebi olarak belirtilmeyen bu hukuka ve usule aykırılık hallerinde de, dosyanın, dereceli yargılama esasına uygun şekilde eksiklikler giderilerek yeniden bir karar vermek üzere Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir..." ; Gaziantep BİM 2 VDD, E.2020/461, K.2020/979, 07.10.2020; İstanbul BİM 2 VDD, E.2017/4628, K.2018/2358, 27.06.2018; İstanbul BİM 2 VDD, E.2017/5138, K.2017/4722, 06.12.2017 <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 25.05.2023.

⁷⁹ Gaziantep BİM 3 İDD, E.2017/2433, K.2017/1955, 21.12.2017. İstanbul BİM 2 VDD, E.2017/1972, K.2017/4714, 05.12.2017. İzmir BİM 1 VDD, E.2020/1054, K.2020/1212, 25.12.2020, <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 24.05.2023.

usule aykırı şekilde tekemmül ettirilerek karar verilen ve Dairemize gönderilen dosyada, istinaf istemine konu kararın kaldırılarak, dosyanın, usule uygun şekilde tekemmül ettirildikten sonra yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir.” şeklinde karar vermiştir⁸⁰. Benzer bir olayda Konya Bölge İdare Mahkemesi de uyuşmazlık konusu olayda harç ve posta ücretini yatırmayan davacının adresine yapılan tebligatın usulüne uygun olmaması sebebiyle verilen, davacının harç ve posta pulu yatırmaması sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına yönelik kararı kaldırmış ve vergi mahkemesine göndermiştir⁸¹. Aynı şekilde tebliğ edildiği belirtilen ödeme emrinden davacının sonradan haberdar olması üzerine açtığı davada vergi mahkemesi davayı süre aşımı sebebiyle reddetmiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi ise yapılan tebligatın usulüne uygun olmadığını, dosyanın süre aşımı sebebiyle reddedilemeyeceğini belirterek vergi mahkemesinin kararını kaldırmış ve yeniden karar verilmesi gerektiği yönünde kararını vermiştir⁸².

- **Ceza kesilmesi gerekli kılan ön koşulun yanlış nitelendirilmesi:** Ankara Bölge İdare Mahkemesi vergi mahkemesi kararını cezanın kesilmesi için gerekli olan ön koşulun yanlış nitelendirilmiş olması sebebiyle kaldırarak göndermiştir. Burada İYUK m. 45/5’te sıralanan istisnai durumlarla hiç alakası olmadığı açık ve net olarak ortada olmasına karşılık bölge idare mahkemesi gönderme kararı almıştır. Kararda bu durumu da şu şekilde ifade etmiştir “...Davaya konu vergi ziyat cezalarının, ... “ikrazatçılık fiili”-ne iştirak ettiğinden bahisle kesilmesine karşın, vergi mahkemesince, dava konusu cezanın kesilmesine neden olan, unvanı geçen şirket tarafından işlendiği ve vergi kaybına yol açtığı ileri sürülen eylemin “sahte belge düzenleme” olduğunun kabulüyle, davacı adına ceza kesilmesini gerekli kılan ön

⁸⁰ İstanbul BİM 2 VDD, E.2017/4628, K.2018/2358, 27.06.2018, <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 24.04.2023. Tebliğin usulüne uygun yapılamadığıyla ilgili benzer karar için bkz. Gaziantep BİM 1 VDD, E.2022/2210, K.2023/97, 11.01.2023.

⁸¹ Konya BİM 2 VDD, E.2019/827, K.2020/33, 14.01.2020, <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 26.04.2023: “...şirketin resmi kayıtlarda yer alan adresinde bu madde hükmü uyarınca tebligat yapılması gerekirken, anılan hükmün göz ardı edilerek, dava dilekçesinde gösterilen adreste 7201 sayılı Kanunun 21. maddesine göre yapılan tebliğ üzerine Mahkemece verilen davanın açılmamış sayılmasına dair kararda hukuki isabet görülmemiştir...”.

⁸² İzmir BİM 3 VDD, E.2022/2562, K.2023/355, 03.03.2023 “...tebliğ yapılacak kişinin adresinde bulunamaması durumunda, durumun, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edileceği, tebliğ evrakının gönderildiği idareye iade edileceği, bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğe çıkarılacağı, ikinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeplerle tebliğ edilemezse, tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapıya yapılandırılacağı hususunun düzenlendiği görülmüş olup, mazbatalar üzerinde yer alan şerhler incelendiğinde, tebliğ edilememesi durumunun aynı sebepten kaynaklanmadığı anlaşılmıştır. Bu haliyle, usulüne uygun bir tebligattan söz edilemeyeceğinden, davanın süresinde açılmadığından bahisle süreçteki nedeniyle davayı reddeden mahkeme kararının kaldırılması gerektiği sonucuna varılmıştır...”.



koşulun yanlış nitelendirilmesi sonucu davacının iştirak eylemi, sahte fatura düzenleme fiili yönünden incelenerek karar verilmiştir. ..., vergi mahkemesince, dava konusu cezanın ikrazatçılık fiiline iştirak edildiği görüşüyle kesildiği gözetilerek karara bağlanması gerekmektedir... ”⁸³.

Yukarıda belirtilen gerekçeler dışında İYUK m. 45/5 hükmü dışına çıkarak verilen kararlara uygulamada rastlanmakla birlikte, zaman zaman kararlardaki karşı oy gerekçelerinde İYUK m. 45’e uygun hareket edilmesi gerektiğine de vurgu yapılmaktadır. Örneğin, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin sahte fatura düzenlenmesiyle ilgili bir olayda muhasebeci ve mali müşavirin olay kapsamında iştiraki olup olmadığının değerlendirilmesi için gönderme kararı⁸⁴ vermesi karşısında karşı oy gerekçesinde gönderme gerekçesinin hukuka uygun olmadığı “... *dairemizin istinaf başvurusuna konu mahkeme kararını kaldırma gerekçesi kanunda sayılı hallere dayanmadığından, Dairemizce işin esası hakkında karar verilmesi gerektiği görüşüyle, dosyanın mahkemesine gönderilmesi yolunda verilen karara katılmıyorum.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı şekilde İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili dosyada, “... *Vergi Mahkemesince verilen karar içeriğinde, dava konusu ödeme emri hakkında açıkça ve tereddütte mahal bırakmayacak şekilde amme alacaklarının nevileri ve dönemleri belirtilerek iptal ya da ret yolunda hüküm kurulması gerekirken... ödeme emrinin hangi kısımlarının iptaline, hangi kısımlarının reddine karar verildiği anlaşılamadığından, verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.*” şeklindeki gerekçe ile dosyanın yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine iadesine karar verilmiştir⁸⁵. Benzer şekilde vergi mahkemesinin dava konusunu yanlış değerlendirmesi⁸⁶ sebebiyle verdiği karar da bölge idaresi mahkemesince kaldırılarak ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

İYUK m. 45/5’in dışına çıkılarak verilmiş olan karar örnekleri arasında vergi mahkemesince yargılama sırasında talep edilerek getirtilen vergi tekniği raporlarından davacının bilgilendirilmesi ve süre verilerek buna karşı yorum yapma hakkının tanınması gerektiği belirtilmiş ve davacının bilgisi bulunmayan dava malzemesi esas alınarak verilen kararın hukuka aykırı olduğu belirtilerek yeniden karar verilmek üzere vergi mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir⁸⁷. İlgili kararda

⁸³ Ankara BİM 1 VDD E.2022/1676, K.2023/331, 07.04.2023.

⁸⁴ Ankara BİM 1 VDD, E.2019/1511, K.2020/382, 17.06.2020 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 25.04.2023: “...*davacının muhasebecisi ve mali müşaviri olduğu V... ve Ticaret Limited Şirketi’nin sahte fatura düzenleyerek komisyon geliri elde ettiğine karar verilmiş olması nedeniyle, davacının eylemlerinin bu karar dikkate alınarak, iştirak kapsamında olup olmadığı yönünden değerlendirilmesi ve isin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir...*”.

⁸⁵ İstanbul BİM 6 VDD, E.2019/3009, K.2020/925, 19.06.2020., <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 26.04.2023.

⁸⁶ Gaziantep BİM 1 VDD, E.2022/218, K.2022/1261, 27.10.2022.

⁸⁷ İzmir BİM 2 VDD, E.2017/2762, K.2017/3011, 27.12.2017 <<https://legalbank.net/>> erişim tarihi 15.12.2022.

“... vergi tekniği raporlarından davacının haberdar edilmesi ve kendisine süre verilerek karara dayanak alınacak bu dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınması, dolayısıyla tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasının sağlanması gerekmekte olup, bu hususa riayet edilmeden, davacının bilgisi dahilinde olmayan dava malzemesi esas alınarak verilen kararda usule ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

B. DANIŞTAY’IN KONUYA BAKIŞI

Danıştay, bölge idare mahkemelerinin vermiş olduğu gönderme kararları hakkında genel olarak İYUK m. 45/5’in bağlayıcı olduğundan hareket etmiştir. Kanunda sayılan haller dışında başka bir gerekçe ile kararın kaldırılıp gönderilmesi durumunda bölge idare mahkemesinin verdiği kararın hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir⁸⁸. Ancak bu şekilde vermiş olduğu birçok kararına rağmen bazı bölge idare mahkemelerinin Danıştay’ın kararlarına ve İYUK m. 45’e uygun karar vermediklerini görebilmekteyiz. Bu durumun artık uygulamada soruna sebebiyet veriyor olmasından olsa gerek Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (VDDK) konuyla ilgili farklı kararlar vermiştir. Danıştay VDDK, 2022 yılı sonunda verdiği kararıyla, bölge idare mahkemelerinin gönderme kararı uygulamaları ile İYUK m. 45/5 arasında bir çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle Danıştay’ın genel bakış açısı ortaya koyulacak ardından da VDDK’nın kendince bulmuş olduğu çözümün detayları açıklanacaktır. Açıklamalar yapılırken yukarıda detaylıca açıklanmış olan bölge idare mahkemeleri gerekçelerine de değinilerek Danıştay’ın bakış açısı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Danıştay genel olarak İYUK m. 45/5’e göre kararların ilk derece mahkemesine gönderilmesiyle ilgili gerekçelerin sınırlı olduğunu, bunlar dışındaki sebeplere dayanılarak gönderme kararı verilemeyeceğini söylemiştir: “...mezkur kanun hükmünde ancak tahdidi olarak sayılan hususlarda verilen kararlar hakkında dosya Vergi Mahkemesine gönderilebileceğinden temyize konu Vergi Dava Dairesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁸⁹. Benzer bir kararda Danıştay aynı şekilde “...İstinaf aşamasında tespit edilen maddi veya hukuki eksikliğin, 2577 sayılı Kanunun 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, Vergi Dava Dairesince tamamlanarak istinaf başvurularının ve/veya davanın sonuçlandırılması gerektiğinden, Dava Dairesince

⁸⁸ Danıştay 4 D, E.2022/4583, K.2022/4571, 05.07.2022: “Uyumsuzluk konusu olayda da, ilk derece Mahkemesi tarafından ilk inceleme üzerine verilmiş bir karar olmadığından veya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış bir dava bulunmadığından, bölge idare mahkemesince cezalı tarhiyatın hukuka uygunluğu yönünden bir inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki Vergi Dava Dairesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Benzer nitelikteki gerekçelerle gönderilen kararlar için bkz. Danıştay 4 D, E.2019/146, K.2022/5389, 06.10.2022.

⁸⁹ Danıştay 4 D, E.2021/482, K.2021/1079, 18.2.2021, <www.lexpera.com> erişim tarihi 27.4.2023. Aynı yöndeki karar için bkz. Danıştay 4 D, E.2021/697, K.2021/3167, 15.6.2021, <www.lexpera.com> erişim tarihi 27.4.2023. Danıştay 4 D, E.2019/146, K.2022/5289, 10.06.2022. Danıştay 4 D, E.2019/146, K.2022/5389, 06.10.2022. Danıştay 4 D, E.2022/2842, K.2022/5671, 17.10.2022.



... 45. maddesinin 5. fıkrasında yer alan gönderme kararı gibi kabul edilerek kesin olduğuna hükmedilmesi uygun görülmemiştir.”⁹⁰ şeklinde karar vererek m. 45/5’e riayet edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu kararları yanında bölge idare mahkemelerinin İYUK m. 45/5’in dışına çıkarak vermiş olduğu gönderme kararı gerekçelerinden bazılarıyla ilgili olarak da kararlar vermiştir. Bu kapsamdaki kararları aşağıdaki şekilde açıklanabilir.

Kanuni hâkim güvencesi, birden fazla derecede kararın verilmemesi, hükmün denetlenemeyecek olması ve adil yargılanma hakkı gibi gerekçelerle bölge idare mahkemesince karar verilmeyip gönderilen kararlarla ilgili olarak Danıştay VDDK, detaylı bir cevap vererek bölge idare mahkemelerinin nasıl hareket etmeleri gerektiğine yönelik yol gösterici nitelikte karar vermiştir. Uyuşmazlık konusu olayda “...idari yargıda istinaf incelemesini yapan merciin, temyiz incelemesinden farklı olarak istinaf incelemesinin mahiyeti gereği uyuşmazlığa konu maddi olayın tespiti ve değerlendirilmesi yanında uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi ve yorumlanmasında ilk derece mahkemeleriyle aynı yetkiye sahip olduğu açıktır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesince değerlendirilmeyen bir hususun istinaf mercii tarafından dikkate alınarak bu konuda hüküm kurulmasını engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kanuni hâkim güvencesi, yargılamanın, olayın vukuu anında yürürlükte bulunan kanunla belirlenen mahkeme tarafından yürütülmesine dayanak oluşturmakta ve olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellemektedir...”⁹¹ diyerek kararı bozmuştur. Bu kararda aşağıda değinilen eksik inceleme konusuna da değinmiştir.

Eksik inceleme sebebiyle⁹² vergi mahkemesine gönderilen kararın yargılama usulü kurallarına aykırı olduğunu, Danıştay “...istinaf incelemesi yapan merciin temyiz incelemesinden farklı olarak istinaf incelemesinin mahiyeti gereği uyuşmazlığa konu maddi olayın tespiti ve değerlendirilmesi yanında uygulanacak hukuk

⁹⁰ Danıştay 3 D, E. 2020/4836, K. 2021/1934, 12.04.2021.

⁹¹ Danıştay VDDK, E.2022/180, K.2022/573, 18.05.2022. “...Eksik incelemenin varlığı halinde, bu eksikliğin incelemenin uyuşmazlığın esasını maddi ve hukuki yönden değerlendirmede tam yetkili bulunan istinaf merciince giderilmesinde hak arama hürriyetinin kullanılmasını engelleyen bir yön olduğu da düşünülemez... istinaf incelemesi neticesinde giderilebilecek bir eksikliğin, yargılamanın makul bir süre içinde tamamlanması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına aykırı olarak (yukarıda anılan karar; § 30) muhakkak öncelikle ilk derece mahkemesince giderilmesi gerektiği de söylenemez. Ayrıca, dava konusu uyuşmazlıkta söz konusu eksikliğin istinaf incelemesi sonucunda giderilmesi halinde verilecek kararın temyiz incelemesine de tabi olduğu gözetildiğinde eksikliğin bölge idare mahkemesince giderilmesinin ve yargılamanın bu kısım yönünden iki derecede sonuçlandırılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu da söylenemez...”.

⁹² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Turgut Candan, Eksik İncelemeyle Verilen Kararlar Üzerine İstinaf İncelemesi (2019) <www.turgutcandan.com> erişim tarihi 08.06.2023. Eksik inceleme sebebiyle verilen gönderme kararlarıyla ilgili doktrindeki görüşler hakkında bkz. Enis Kuşçu ve Aişe Sena Doğan, ‘Bölge İdare Mahkemelerinin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine İadesi ve Bunun Yargılama İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi’ (2022) 4 (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1312, 1331.

kuralının belirlenmesi ve yorumlanmasında ilk derece mahkemeleriyle aynı yetkiye sahip olduğu...” belirterek “...Eksik incelemenin varlığı halinde, bu eksikliğin incelenin uyumsuzluğun esasını maddi ve hukuki yönden değerlendirmede tam yetkili bulunan istinaf merciince giderilmesinde hak arama hürriyetinin kullanılmasını engelleyen bir yön olduğu da düşünülemez.” şeklindeki gerekçeyle bozmuştur⁹³.

Tüm bu kararlar yanında bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarıyla ilgili olarak Danıştay’ın yeni kriterler belirlediği VDDK tarafından 2022 yılı sonunda vermiş olduğu kararın⁹⁴ detaylarının incelenmesi önemlidir. Uyuşmazlık konusu olayda Kurul, bölge idare mahkemesinin kararı kaldırdıktan sonra esasını inceleyip karar vermek yerine vergi mahkemesine gönderme kararı vermesinin sınırının İYUK m. 45/5’teki düzenlemede yazılı olduğunu belirtip buna uyulmaması halini yargılama usulü kurallarına aykırılık olarak nitelendirmektedir.

İşbu karar gerekçesinde Kurul “...2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (5) numaralı fıkrasında sayılan haller (ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması) ile Kurul tarafından yargılama hukuku bakımından gerekli olduğu sonucuna varılan hallerde (İlk derece mahkemesince duruşma yapılmaksızın karar verilmiş olması VDDK, 13/04/2022, E:2022/58, K:2022/379; ilk derece mahkemesince eksik hükümle karar verilmiş olması VDDK, 10/02/2021, E:2021/93, K:2021/106; ilk derece mahkemesi kararı ile bu karara ilişkin görüşme tutanağının aynı heyet tarafından imzalanmamış olması VDDK, 08/06/2022, E:2022/578, K:2022/641) istinaf başvurusunu kabul ederek ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra yeniden karar vermeksizin dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebilecektir...” söylenmiştir. Burada kullanılan ifadelerden Kurulun kendince belirlemiş olduğu ilave üç kriterden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde de bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra karar vermeksizin kararı veren mahkemeye gönderebilecektir.

Danıştay VDDK’nın verdiği bu kararlar ilgili yorum yapmadan önce “yargılama hukuku açısından gerekli olan haller” olarak kararında belirtmiş olduğu hususlarla ilgili dayanak gösterdiği kararlarını incelemek gerekecektir. Bu kararlarda Kurul’un bölge idare mahkemelerinin kendilerince oluşturdukları gönderme gerekçelerine göre bir değerlendirme yaptığı görülmektedir.

⁹³ Danıştay VDDK, E.2022/479, K.2022/573, 29.06.2022. Danıştay VDDK, E.2021/1507, K.2022/1412, 16.11.2022: “...dava konusu uyuşmazlıkta söz konusu eksikliğin istinaf incelemesi sonucunda giderilmesi halinde verilecek kararın temyiz incelemesine de tabi olduğu gözetildiğinde eksikliğin bölge idare mahkemesince giderilmesinin ve yargılamanın bu kısım yönünden iki derecede sonuçlandırılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturduğu da söylenemez...”.

⁹⁴ Danıştay VDDDK, E.2022/1480, K.2022/1707, 28.12.2022.



İlk derece mahkemesince duruşma yapılmaksızın karar verilmiş olması⁹⁵:

Takdir komisyonu kararı beklenmeksizin resen tarh yapılarak hazırlanan vergi tekniği raporuyla ilgili uyuşmazlıkta zaman aşımı iddiasında bulunan davacının duruşma talebinin değerlendirilmeksizin karar verilmiş olmasıyla ilgili olarak VDDK ısrar kararındaki gerekçeyi haklı bularak temyiz isteminin reddine karar vermiştir. İsrar kararı gerekçesi olarak da “...Olayda uyuşmazlık konusu tutar, 2577 sayılı Kanun’un 17. maddesine göre taraflardan birinin talebi halinde duruşma yapılması zorunlu olan tutarın üzerinde olmasına ve davacının savunmaya cevap dilekçesinde duruşma talebinde bulunmasına karşın, Mahkeme heyetince bu husus dikkate alınmadan dava karara bağlanarak sonuçlandırılmıştır. Bu durum yargılama usulüne aykırı olduğundan Vergi Mahkemesince, öncelikle taraflara gerekli tebligatlar yapılarak duruşma yapılması suretiyle dosyanın tekemmülüünden sonra davacı adına yapılan cezalı tarhiyatların hukuka uygun olup olmadığı yönünden yapılacak inceleme ve değerlendirmenin sonucuna göre yeniden karar verilmesi gerekmektedir...” şeklinde belirtmiştir. Böylece VDDK vergi mahkemesince duruşma yapılmadan karar verilmesi halinde bölge idare mahkemesinin kararı kaldırarak vergi mahkemesine gönderebileceği sonucuna varmıştır.

İlk derece mahkemesince eksik hükümle karar verilmiş olması⁹⁶: İkale sözleşmesi sebebiyle gerçekleştirilen ödeme üzerinden yapılan stopajın faiziyle birlikte iadesiyle talep edilmesi üzerine, stopajın hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmış fakat faizinin ödenmesi hakkında herhangi bir karar verilmemiş olması sebebiyle ilgili olarak Danıştay VDDK “... “...İlk derece mahkemesince dava konusu istemlerin bir kısmı hakkında hüküm kurulmaması hali 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 5. Fıkrasında sayılan istisnalar kapsamında bulunmamaktadır. Bununla birlikte bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra yeniden bir karar verebilmesi için ön şart olarak ilk derece mahkemesince verilmiş bir kararın bulunması gerekmektedir. İlk derece mahkemesince eksik hüküm kurulmak suretiyle karar verilmesi halinde, hüküm kurulmayan dava konusu istem bakımından istinaf incelemesinin yapılabilmesine olanak sağlayan bir kararın varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda, bölge idare mahkemesince, hüküm kurulmayan dava konusu istem hakkında karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiğinden temyize konu kararda sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiştir...” şeklinde karar vererek eksik hükümle karar verilmiş olması durumunda bölge idare mahkemesinin kararı vergi mahkemesine gönderebileceği sonucuna varmış. İlgili uyuşmazlıkta bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesince karar verilmesi gerektiğiyle ilgili olarak Anayasa m.37’deki kanuni hâkim güvencesi ve Anayasa Mahkemesinin

⁹⁵ Danıştay VDDK, E.2022/58, K.2022/379, 13.04.2022.

⁹⁶ Danıştay VDDK E.2021/93, K.2021/106, 10.02.2021.

kanuni hâkimle ilgili vermiş olduğu kararlara da atıfta bulunmuştur.

İlk derece mahkemesi kararı ile bu karara ilişkin görüşme tutanağının aynı heyet tarafından imzalanmamış olması⁹⁷: Uyuşmazlık konusu olayda, kararı veren mahkeme hâkimleri ile dava sürecinde tutanakları imzalayan hâkim heyetinin aynı olmamasından dolayı bölge idare mahkemesi kararının bozulması sonucuna varılmıştır. Karar gerekçesi olarak “...İstinaf kanun yoluna tabi bir karardan bahsedilebilmesi için yargılama hukukuna uygun verilmiş bir mahkeme kararının hukuk aleminde mevcut olması gerektiğinden dava konusu vergi ve cezanın hukuka uygunluğu hakkında Vergi Mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir...” diyerek istinaf kanun yoluna tabi bir karardan bahsedilebilmesi için usulüne uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararının mevcut olması gerektiği; ilgili olayda heyetler arasındaki uyumsuzluk sebebiyle usul hatası olduğundan vergi mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukuka uygun olmadığı, bu sebeple de dosyanın vergi mahkemesine gönderilmesinin uygun olduğu, vergi mahkemesi kararı verdikten sonra bölge idare mahkemesinin bunu değerlendirebileceği sonucuna varmışlardır.

Kurulun kararlarından uyuşmazlık konusu dosyalarda İYUK m. 45/5’e ilave olarak yukarıda açıklanan nedenlerle gönderme kararı verilmesi durumunda yapılan işlemin Danıştayca bozulmayacağı sonucuna varılabilir. Buna karşılık, bu gerekçeler dışında başka bir nedenle dosya üzerinde karar verilmeden vergi mahkemesine gönderilirse bu durumda Danıştay, bölge idare mahkemesinin yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğuna şeklinde karar verebilecektir.

Danıştay VDDK’nın kendince kriter belirlediği 28.12.2022 tarihli karardaki gerekçeler İYUK m. 45/5’in açık hükmüne aykırıdır. Kanundaki açık ifadeye rağmen Kurul gönderme kararlarıyla ilgili olarak genişletici yorum yaparak adeta kendini kanun koyucunun yerine de koyar gibi karar vermektedir. Ancak uyuşmazlık konusu olayda bozma kararı vermemesiyle ilgili kullandığı ifadeler çok önemlidir. “... Kurul kararında belirtilen araştırmanın yapılmış olması ve yargılamanın geldiği safahat dikkate alınarak adil yargılama hakkı bağlamında makul sürede yargılanma hakkı da gözetildiğinde...” şeklindeki kullanımla Kurulun usul ekonomisini ön planda tutarak karar verdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Kurul bir anlamda, tabiri yerindeyse “normal şartlarda bu karar bozulurdu ama bozulması halinde yargılama süreci uzayacak ve taraflar mağdur olacaktır, usul ekonomisi gereğince karar bozulmamıştır” şeklinde karar vermiştir.

⁹⁷ Danıştay VDDK, E.2022/578, K.2022/641, 08.06.2022. “...Dosyanın ve UYAP kayıtlarının incelenmesinden, istinaf incelemesine konu mahkeme kararındaki mahkeme kurulu ile karara ait görüşme tutanağında gösterilen kurulun farklı olduğu ve mahkeme kararında görüşme tutanağında adi bulunmayan bir başka üyenin adına yer verildiği; diğer yandan, kararda adi yer almayan fakat görüşme tutanağında adına yer verilen üyenin tutanakta ıslak veya güvenli elektronik imzasının bulunmadığı anlaşıldığından ...usulüne uygun oluşmuş bir mahkeme kararından söz edilemeyeceği açıktır...”.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İlk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların bir üst mahkeme tarafından maddi ve hukuki açıdan denetlenmesi aşamasını ifade eden istinaf, 2016 yılından itibaren ülkemizde uygulanmaya başlamıştır. İlk derece mahkemelerince yapılan hatalı ya da eksik uygulamaların giderilerek adil yargılanma hakkının korunması ve Danıştay'ın iş yükünü azaltarak içtihat mahkemesi olmasının sağlanması gibi gerekçeler istinaf kanun yoluna geçişte ön plana çıkmıştır. Yedi yıldır uygulanmakta olan istinaf kanun yoluyla ilgili kararlar incelendiğinde, eleştiriler yapılabilmekle birlikte, adil yargılanma hakkıyla ilgili gelişmeler olduğunu söylemek mümkündür. Danıştay'ın iş yükünde azalmanın meydana geldiğini de Danıştay'daki dosya sayılarının analizinden görebilmekteyiz. Danıştay dairelerindeki karar türüne göre dosya sayısı 2016 yılında 179595 iken 2022'de 50635 olmuştur; aynı şekilde Danıştay'a gelen dosya sayısı da 2019'dan 2022'e doğru azalmıştır⁹⁸. Bu gelişmeler de istinaf kanun yoluyla ilgili beklentilerin bir kısmının gerçekleştiğini göstermektedir.

Bölge idare mahkemeleri kendilerine yapılan başvurularla ilgili olarak çeşitli kararlar verebilmektedirler. İstinaf talebini incelemeksizin başvurunun reddine (İYUK m. 45/1), istinaf talebinin reddine karar verebildiği gibi ilk derece mahkemesi kararını düzelterek yeniden aynı kararı da verebilmektedir (İYUK m. 45/3). Bunların yanında bölge idare mahkemeleri ilk derece mahkemesi kararlarını kaldırabilmektedir. Bu durumda mahkeme kaldırdığı kararla ilgili olarak işin esasına girerek kendisi karar verebilir (İYUK m. 45/4) ya da yeniden karar verilmesi için ilk derece mahkemesine gönderebilir (İYUK m. 45/5). Burada şu hususa dikkat etmek gerekir. İstinaf yargılamasında kararın kaldırılması durumunda işin esasına girerek bölge idare mahkemesince yeni bir karar verilmesi genel kuraldır denilebilir. Ancak kanun koyucu belirli şartların gerçekleşmesi halinde kararın kaldırılmasından sonra ilgili uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerektiğini kanunda açıkça belirtmiştir. Açık ve net olarak şartlar belirtilmiş olmasına karşılık uygulamada bölge idare mahkemeleri kanun hükmünün dışına çıkarak kararı kaldırıp farklı gerekçelerle ilk derece mahkemesine göndermektedir. Gönderme kararlarının derceli yargılama hakkını sağlama amacıyla yapıldığı söylenebilir⁹⁹ veya gerekçelerin bazıları makul olarak kabul edilebilir ancak bu durum kararların İYUK m. 45/5'in ihlali niteliğinde olması sonucunu ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte bölge idare mahkemeleri arasında farklı kararların olduğunu¹⁰⁰ da göz önüne

⁹⁸ Mustafa Erkan Üyümez, 'İdari Vergi Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıkların Sona Erdirilmesinde Kanun Yolundan Vazgeçmenin Rolünü Bir Vergi Planlaması Aracı Olarak Okumak', Tebliğ, II. Vergi Yargısı Sempozyumu, 04.05.2023, İstanbul.

⁹⁹ Çınarlı ve Azak (n 42) 598.

¹⁰⁰ Hüseyin Bilgin, 'Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu' (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

aldığımızda mükellefler açısından kanun önünde eşitlik ilkesinin dışına çıkıldığı sonucuna varılabilir. Bu sebeple Danıştay birçok kararında kanun hükmü dışındaki gerekçelerle verilen gönderme kararlarının hukuka aykırı olduğunu ve bölge idare mahkemelerinin kendilerinin işin esası hakkında karar verebilecekken gönderme kararı verdiğini belirtmiştir.

Buna rağmen, farklı bölge idare mahkemeleri, m. 45/5'in kapsamı dışına çıkarak karar vermeye devam etmişlerdir. Bu durumun uygulamada vergi mahkemeleri nezdinde sıkıntıya sebebiyet verdiğ¹⁰¹ de göz önüne alınarak olsa gerek Danıştay tarafından verilen kararlarla çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

Danıştay VDDK, yargılama hukukuyla ilgili üç kararını referans göstererek verdiği 28.12.2022 tarihli kararında usul ekonomisine vurgu yaparak kanun hükmü dışında olmasına rağmen yargılama hukuku açısından gerekli olduğu kanaatiyle, gönderme kararı verilebileceğini belirtmiştir. Kararda Danıştay, esasında bölge idare mahkemesi tarafından gönderme kararı verilmemesi gerekirken gönderildiğini ve kendisinin de kararı bu sebeple bozabilecekken bozmadığını şu ifadelerle belirtmiştir. Bir anlamda Danıştay "...yargılamanın geldiği safahat dikkate alınarak adil yargılama hakkı bağlamında makul sürede yargılanma hakkı da gözetildiğinde..." usul ekonomisini dikkate alarak bozulmadığını belirtmiştir.

Mükelleflerin haklarının korunması ve usul ekonomisi açısından uygulamanın olumlu olduğu düşünülmeyle birlikte Danıştay'ın kendisini kanun koyucunun yerine koyarak kural belirlemiş olması da uygulamada farklı sonuçlara sebebiyet verebilir. İstinafin temyizcinin usul ve esaslarına göre yapılmasının ve bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarının kesin nitelikte¹⁰² olmasının da etkisiyle birtakım bölge idare mahkemelerinin kendilerini Danıştay gibi diğer bir ifadeyle temyiz mercii gibi görerek¹⁰³ karar verdiğini de görebilmekteyiz. Bölge idare mahkemelerinin kanun hükmü açık olmasına rağmen aksine kararlar verdiklerini de göz önüne aldığımızda, bölge idare mahkemelerinin de Danıştay'ın belirlediği kriterlerin de dışına çıkarak kendisinin belirlemiş olduğu bazı kriterlere göre gönderme kararı verebiliriz diyebilir.

Her ne kadar Danıştay VDDK'nın kararının kanuna aykırı olduğunu belirtsek de verilen kararın hakkaniyet ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi durumunda haklı yanları bulunmaktadır. Fakat bu haklılık, verilen kararın kanuna aykırı olması sonucunu değiştirmemektedir. Bu durumda ya yargı kararlarının kanuna ya da kanunun yargı kararlarına uygun olması gerektiği gibi bir

Dergisi, 637-686.

¹⁰¹ II. Ulusal Yargı Sempozyumunda uygulamada yaşanan sıkıntılar sempozyuma katılan hâkimler tarafından dile getirilmiştir.

¹⁰² Bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarını İYUK m. 45/5'e dayandırsa dahi konusu itibariyle temyiz yolu açık olanlar açısından kararların kesin olmaması yönündeki görüş için bkz. Eraslan (n 64) 124.

¹⁰³ Candan (n 38) 1401.



sonuç ortaya çıkmaktadır. Danıştay'ın verdiği kararın haklı yönlerini de göz önüne aldığımızda hem bu aykırılığı ortadan kaldırmak hem de uygulamada yaşanan sorunlara çözüm üretebilmek için, İYUK m. 45'te değişikliğe gidilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Bu değişiklik yapılana kadar da bölge idare mahkemelerinin gönderme kararı verirken kanunun gönderme konusunu usule ilişkin bazı konularla sınırlı tuttuğunu¹⁰⁴ göz önünde bulundurarak hareket etmesinin önemli olduğu düşünülmektedir.

Bununla birlikte Danıştay VDDK'nın kararının içtihadı birleştirme kararı olmaması açısından da uygulamada farklı kararlarla karşılaşma ihtimalinin olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Danıştay'ın VDDK kararının varlığı bölge idare mahkemeleri için önemli bir yol göstericidir. Fakat uygulamada da zaman zaman görüldüğü üzere; VDDK kararlarının kural olarak sadece kendi taraflarını bağlayıcı oluyor olması, içtihadı birleştirme kararları gibi bağlayıcı gücünün olmaması sebebiyle bölge idare mahkemelerinin bu kararlara uymaması gibi haller de karşımıza çıkabilmektedir. Böyle bir durumda bölge idare mahkemelerinin şu hususu göz ardı etmemesi gerekir. Verilmesi muhtemel gönderme kararları neticesinde yargılama süreci uzayacak ve mağdur konuma düşecek olan mükellefler diğer bir ifadeyle davanın tarafları olacaktır. Bunun yanında bölge idare mahkemesi kararının temyiz aşamasında “gönderme kararı vermemesi gerekir” gerekçesiyle bozulması halinde¹⁰⁵ de aynı şekilde yargılama süreci daha da uzayacak ve bundan mağdur olan da aynı şekilde taraflar olacaktır.

Bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarının kesin olması diğer bir ifadeyle temyiz yolu kapalı olmasından dolayı uygulamadaki soruna çözüm üretebilmek adına İYUK m.46'da düzenleme yapılarak bu kararlarla ilgili de temyize başvurulabilmesi gerektiğine yönelik görüş¹⁰⁶ de bulunmaktadır. Bu görüşe ilave olarak, mevzuat değişikliğinin sadece İYUK m.46'da değil istinaf yargılama süreciyle ilgili geniş bir düzenlemenin yapılması uygun olabilir. Çünkü 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle İYUK m. 45'te yer alan “İtiraz” ile ilgili düzenlemenin madde başlığı istinaf olarak değiştirilmiş ve içerik olarak, yargılamada çok önemli bir rolü olan istinaf uygulaması tek bir maddeye sıkıştırılmıştır. Özellikle usul ve esaslarla ilgili olarak İYUK m. 45/2'de “*istinaf temyizinin usul ve esaslarına tabidir*” şeklinde bir düzenleme ile usul kuralları dahi belirlenmemiştir. Halbuki bölge idare mahkemeleri temyiz mahkemelerinin aksine vakıa mahkemesi yetkisine sahip olup diğer

¹⁰⁴ Çağlayan (n 33). 822.

¹⁰⁵ Danıştay VDDK, E.2020/1640, K.2021/123, 10.02.2021: “... ilk derece mahkemesince, dava konusu vergi ziyai cezasının hukuka uygun olup olmadığı incelenmek suretiyle vergi ziyai cezasının kaldırılması yolunda karar verilmiştir. Uyuşmazlıkta, 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 5. fıkrasında istisnai olarak sayılmış olan hallerden herhangi birinin bulunmaması karşısında, ilk derece mahkemesi kararında tespit edilen maddi ve/veya hukuki eksikliğin anılan Kanun'un 45.maddesinin 4. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesince tamamlanarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir...”

¹⁰⁶ Candan (n 38). 1402.

bir ifadeyle ilk derece mahkemesi gibi uyuşmazlık konusu olayla ilgili maddi açıdan her türlü inceleme ve araştırma yapmaya yetkilidir¹⁰⁷. Ancak uygulamada yaşanan sorunlu alanlardan da görüleceği üzere, istinaf yargılamasının ilk incelemesinden son kararın tebliğine kadarki süreçte kendine özgü yapısına göre düzenlemelerin yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. İYUK m. 45/2 gibi bir düzenlemenin varlığının etkisiyle de olabilir, bölge idare mahkemelerinin gönderme kararlarıyla ilgili olarak kanunda sınırlı şekilde sayılan hususların dışına çıkmaması gerekirken, bir anlamda kendini Danıştay yerine koyarak, kendince belirlediği gerekçelerle kararları göndermektedirler. Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) istinafin 341. madde ile 360. maddeler arasında detaylıca düzenlenmiş olduğunu da göz önüne aldığımızda, İYUK'ta da istinaf ile ilgili düzenlemelerin detaylandırılabilceği düşünülmektedir. Ancak gönderme kararlarıyla ilgili olarak İYUK ve HMK arasında karşılaştırma yapılması durumunda her iki kanunun düzenlemesinin farklı olduğu bilinmektedir. İstinaf yargılaması esnasında kararın kaldırılmasından sonra gönderilecek mahkemenin hangisi olacağı, reddedilen hâkim tarafından davaya bakılması ve İYUK'ta öngörülemeyen gönderme sebeplerinin HMK'da olduğuna bu çerçevede de HMK'daki düzenlemeler üzerine de tartışmaların olduğu¹⁰⁸ da dikkate alınarak bir değişikliğin yapılması düşünülebilir.

KAYNAKÇA

Akcan R ve Kaya C, 'Medeni ve İdari Yargıda Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi' (2010) 68(1-2) İÜHFM 171-196.

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Açıklamalı – İçtihatla Türk İdari Yargılama Hukuku (8. Baskı Seçkin Yayınevi 2023).

Bilgin H, 'Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu' (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637-686.

Candan T, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu (9. Baskı Yetkin Yayınları 2022).

Candan T, Eksik İncelemeyle Verilen Kararlar Üzerine İstinaf İncelemesi (2019) <www.turgutcandan.com> erişim tarihi. 08.06.2023.

Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku (14. Baskı Yetkin Yayınevi 2022).

Çınarlı S ve Azak K, 'Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Gönderme Meselesi' (2022) 30(2) SÜHFD 571-603.

Ekinci E B, Mecelle'de Kanun Yolları, s.2 <www.ekremlugraekinci.com> erişim tarihi 15.05.2023.

¹⁰⁷ Kuşçu ve Doğan (n 92) 1317.

¹⁰⁸ Çınarlı ve Azak (n 42) 595-596.



Eraslan Y, 'İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme' (2020) 6(1) AndHD 77-132.

Ercevahir M, 'İstinaf Yeni Bir Temyiz Mahkemesi Midir?' (2022) 26(1) EB-YÜ-HFD 367-412.

Gümüşkaya G, 'Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Duruşma' (2008) 66(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15-47.

Gündüz F E, 'İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yararına Temyiz (1. Baskı Adalet Yayınevi 2022).

Karakoç Y, 'Vergi Yargılaması Hukuku (5. Baskı Yetkin Yayınevi 2021).

Keskin Z, 'İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu' (2016) (126) TBB Dergisi 235-262.

Kuşçu E ve Doğan A S, 'Bölge İdare Mahkemelerinin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine İadesi ve Bunun Yargılama İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi' (2022) 4 (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 1312-1356.

Ortaç F R ve Ünsal H, 'Türk Vergi Yargısında İstinaf Sistemi ve Muhtemel Sorunlar' (2016) 3(1) İGÜSBD 1-22.

Özekes M ve Güneysu N B, 'Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünde İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6) (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2021).

Özel K C, 'İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 11(44) TAAD 45-81.

Sancaktar O, 'İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2237-2326.

Sariaslan O, 'Vergi Yargısının Yapısal Sorunları ve İstinaf Süreciyle Birlikte Çözümlemesi Gereken Yeni Sorun Alanları' (2019) 10(37) TAAD 271-302.

Saygın E, 'İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz' (2011) 69(1-2) İÜHFM, 635-648.

Sevinç E, 'İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-445

Şensoy N, 'İstinaf' (1946) 12(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1058-1072.

Taşkan Y Z, 'Vergi Yargılaması Hukukunda Görev ve Yetki (1. Baskı Siyasal Kitabevi 2007).

Taşpolat Tuğsavul M, 'İstinaf İnceleme sonucunda Verilebilecek Kararlar' (2018) (134) TBB Dergisi 313-354.

Üstün G, ‘İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) 22(2) MÜHF -HAD 13-38.

Üyümez ME, ‘İdari Vergi Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıkların Sona Erdirilmesinde Kanun Yolundan Vazgeçmenin Rolünü Bir Vergi Planlaması Aracı Olarak Okumak’ (2023) II. Vergi Yargısı Sempozyumu, 04.05.2023, İstanbul.

Yüce M, Vergi Yargılama Hukuku (5. Baskı Ekin Yayınevi 2017).

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/%C4%B0stinaf>> erişim tarihi 16.05.2023.

“İstinaf ne demek?” <<https://turkcenedemek.com/kelime/istinaf/>> erişim tarihi 16.05.2023.

“İstinaf” <<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/istinaf>> erişim tarihi 16.05.2023.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 16.05.2023.

www.aym.gov.tr

www.danistay.gov.tr

www.justice.gouv.fr

www.legalbank.net

www.lexpera.com.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.uyap.gov.tr

15.07.2023 TARİHİNDEN ÖNCE KURUM AKTİFİNE KAYDEDİLEN TAŞINMAZLARIN SATIŞINDAN ELDE EDİLECEK KAZANÇLAR BAKIMINDAN TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI

Exemption for Gains From the Sale of Immovable Properties Recorded in the Assets of the Corporation Before 15.07.2023

Kader Melis TOPÇU*

Özet

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5/1-e maddesinde kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlarının satışından doğan kazançlarının %50'lik kısmının, kurumlar vergisinden müstesna olduğu belirtilmişti. Özellikle kurumlar açısından oldukça önem arz eden bu istisna, 7456 sayılı Kanun¹ ile kaldırılmıştır. Ancak 7456 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 16. maddede, 15 Temmuz 2023'ten önce kurumların aktifinde yer alan taşınmazlar bakımından, taşınmaz satış kazancı istisnasının %25 olarak uygulanmasına devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz satış kazancı istisnasının 15.07.2023 tarihinden önce kurum aktifine kaydedilen taşınmazlar bakımından uygulanabilecek olması, yüksek enflasyon nedeniyle ortaya çıkan fiktif kârlara maruz kalmak istemeyen kurumlar bakımından istisnanın öneminin korunmasına sebep olmuştur. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle taşınmaz satış kazancı istisnası hakkında bilgi verilecek ve anılan istisnaya ilişkin vergi idaresinin uygulaması vergi idaresinin özelgeleri göz önünde tutularak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kurumlar vergisi, istisna, taşınmaz, trampa, hasılat paylaşımli inşaat sözleşmesi.

Abstract

Article 5/1-e of the Corporate Tax Law No. 5520 stipulated that 50% of the gains arising from the sale of immovable properties held in assets for at least two full years are exempt from corporate tax. This exception, which is particularly important for corporations, was abolished by Law No. 7456. However, in the Provisional Article 16 added to the Corporate Tax Law by Article 22 of Law No. 7456, it is stipulated that in the sale of immovable properties included in the assets of the corporations before July 15, 2023, the immovable gain exemption will continue to be applied as 25%. The fact that the immovable property sales gain exemption can be applied for immovable properties recorded in the assets of the corporation before 15.07.2023 has caused the exemption to maintain its importance for corporations that do not want to be exposed to fictitious profits arising from high inflation. For this reason, in this study, firstly, information will be given about the immovable property sales gain exemption and the practice of the tax administration

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.06.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, kadermelistopcu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6912-5301>.

¹ Resmî Gazete tarih ve sayı: 28.07.2023- 32262



regarding the aforementioned exemption will be examined by taking into consideration of the tax administration's special instructions.

Keywords: Corporate tax, exemption, immovable property, barter, revenue sharing construction contract.

GİRİŞ

“*Kamusal gereksinmelerin karşılanması amacıyla özel kesimden kamu kesimine hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal bir aktarım*”² olarak tanımlanabilecek verginin asli ve öncelikli amacı, kamu harcamalarını finanse etmektir. Ancak müdahaleci devlet anlayışıyla birlikte makroekonomik istikrarın sağlanması, gelir dağılımındaki eşitsizliğin önüne geçilmesi ve büyüme ve kalkınmanın sağlanması gibi hedefler de vergilemenin ve vergi politikasının öncelikleri arasına girmiştir.³ Bu kapsamda günümüzde birçok ülke, özel kesim yatırımlarını teşvik ederek kalkınma ve büyümeyi sağlamak ve aynı zamanda bölgesel ve sektörel gelişmişlik farklılıklarını minimize etmek için vergileri bir araç olarak kullanmaktadır.⁴

Özellikle iktisadi etkinlik ve verimlilik bakımından özel kesimin kamu kesimine göre çok daha etkin olduğu gerçeğinin farkında olan ülkeler, vergileri özel kesim yatırımlarının özendirilmesinde bir araç olarak kullanmış ve bu durum da teşvik edici vergi politikalarının önemini ve vergisel teşvik araçlarının kullanımını artırmıştır. Genellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından kalkınma için önemli bir dış finansman kaynağını temsil eden yabancı yatırımları ülkeye çekmek için de kullanılan vergi teşvikleri,⁵ vergi tatili, yatırım indirimi, amortisman rejimi şeklinde olabileceği gibi vergi harcamalarının önemli bir bölümünü oluşturan muafiyet ve istisna şeklinde de olabilmektedir. Nitekim 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “*Mükellefiyet*” kısmının ve “*Muafiyet ve İstisnalar*” başlıklı ikinci bölümünde kurumlar vergisi mükellefleri için oldukça önem arz eden muafiyet ve istisnalara yer verilerek birçok kurum ve kurum kazancı, Kanun’da belirlenmiş koşul ve sınırlarla kurumlar vergisi kapsamına dahil edilmemiştir.⁶

Kurumlar vergisi kapsamında istisna edilen kazançlar, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu istisnalardan biri de anılan Kanun’un 5/1-e maddesinde yer alan ve kurumların en az iki yıl süre ile aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançlarının %50’lik kısmını⁷ kurumlar vergisinden istisna eden taşınmaz satış kazancı istisnasıydı. Söz

² Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, (1. Bası, Özdem Kardeşler, 1986/1987) 4.

³ Hüseyin Şen ve İsa Sağbaşı, *Vergi Teorisi ve Politikası* (4. Bası, Barış Arıkan 2020) 393.

⁴ ibid 405.

⁵ OECD, *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax*, (1. Bası, OECD 2022) 11.

⁶ Kurumlar vergisi mükelleflerine yönelik muafiyet ve istisnalara, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu dışında diğer birçok kanunda da yer verilmiştir.

⁷ 05.12.2017 yılından önce yapılan taşınmaz satışlarının %75’lik kısmı kurumlar vergisinden istisna edilmiştir.

konusu bu istisna, 7456 sayılı 6/2/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kaldırılmıştır. Ancak 7456 sayılı 6/2/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 22. maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 16. maddede, 15.07.2023 tarihinden önce kurumların aktifinde yer alan taşınmazların satışı durumunda söz konusu taşınmaz satış kazancı istisnasının %25 olarak devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda 15.07.2023 tarihinden önce kurumların aktifine kaydedilen taşınmazlar bakımından taşınmaz satış kazancı istisnası uygulanmaya devam edecek ancak istisna oranı % 25 olarak uygulanacaktır.⁸

I. TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASININ AMACI

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun gerekçesinde taşınmaz satış kazancı istisnasının amacı, *"kurumların bağlı değerlerinin ekonomik faaliyetlerde daha etkin bir şekilde kullanılmasına olanak sağlanması ve kurumların mali bünyelerinin güçlendirilmesi"* şeklinde belirtilmiştir. Mezkûr istisnaya yer veren 5/1-e maddesinde ise taşınmaz satış kazancı istisnasının uygulanması kapsamında böyle bir amacın gerçekleşmesi bir koşul olarak öngörülmüştür. Ancak 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Tebliği'nin 5.6.2.4.1. bölümünde, gerekçede yer alan açıklama esas alınarak istisnadan yararlanılabilmesi için satış işleminden bir kazanç elde edilerek satışı yapan kurumun mali yapısında bir iyileşmenin olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle vergi idaresi, aktifte kayıtlı taşınmazların para karşılığı olmaksızın devir ve temlik ile trampa gibi işlemlerin istisna kapsamında olmadığını belirtmektedir.

*"...Özelge talep formunuz ekinde yer alan faturaların incelenmesinden, şirketinizce satın alınan otobüslerin 06.02.2018 tarihli ve 23.02.2018 tarihli faturalarla şirketinize fatura edildiği; tarla vasıflı taşınmazların da 30.03.2018 tarihinde şirketinizce ...'ye fatura edildiği anlaşılmıştır. Buna göre, esas faaliyeti taşımacılık olan şirketinizin tarla vasıflı taşınmazları otobüs niteliğindeki taşıtlarla trampa etmesinden doğan kazancın anılan Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan istisnaya konu edilmesi mümkün değildir."*⁹

Söz konusu bu yaklaşımın haksız olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki; Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen vergilerin yasallığı ilkesi, temel hak

⁸ Çalışmanın bundan sonraki kısmında, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5/1-e maddesine yapılan atıflar, anılan düzenlemenin 7456 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki şekline yapılacaktır.

⁹ Antalya Vergi Dairesi Başkanlığının 12.08.2020 tarih ve 49327596-125.05[KVK.2019.ÖZ.36]-E.124405 sayılı özeliği.

ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi ve mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin bir kanuna dayanmasını zorunluluk olarak öngören Anayasa'nın 35. maddesi, kanun dışında herhangi bir düzenleyici işlem ile getirilen sınırlamaları, kamu yararı bulunsu bile Anayasa'ya aykırı kılmaktadır.

Ayrıca, yürütmenin klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin özel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰ Bu bağlamda idarenin, mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale niteliği taşıyan vergisel alanda tebliğ ile düzenleme yapma yetkisi, ancak temel esaslar, ilkeler ve genel çerçeve kanunla belirlendikten ve kanunla yetkilendirme yapıldıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konuların belirlenmesi ile sınırlı¹¹ olup; bu yetki, ilgili kanun maddesinin uygulanmasıyla ilgili usul ve yöntemlerin belirlenmesine ve özellikle vergi kayıp ve kaçagını engellemeye yöneliktir. Bu nedenle söz konusu bu yetki, idareye vergi yasalarını salma, gerçekleştirme, muafiyet, istisna, indirim ve oranlara ilişkin hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapma yetkisini vermemektedir.¹²

İlgili kanun maddesinin gerekçesinde anılan açıklamanın bulunması da yürütmenin söz konusu düzenlemesinin Anayasa'ya aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Zira bir kanun maddesi yorumlanırken yasa koyucunun yasanın iradesinin yapıldığı andaki iradesinin ve amacının araştırılması bir tarihi yorum yöntemi olup, bu yoruma kanun maddesinin lafzından bir anlam çıkartılamayan veya çıkartılan anlamın kuşkuyla ve duraksamaya yol açtığı durumlarda başvurulabilmektedir.¹³ Bu bağlamda yasanın gerekçesini esas alarak bir kanun maddesinin kapsamını daraltmak mümkün değildir.

Önemle belirtelim ki yürütmenin söz konusu bu düzenlemesi, devir ve tranpanın satış hükmünde olduğunu düzenleyen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 328. maddesiyle ve “elden çıkarma” deyiminin trampayı da kapsadığını belirten 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun “Değer Artışı Kazancı” başlıklı mükerrer 80. maddesiyle de çelişmektedir.¹⁴

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 1991/37, 15.10.1991.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 2014/13518, 26.10.2017.

¹² Anayasa Mahkemesi, 1990/29, 15.10.1991.

¹³ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (29. Bası, Turhan 2020) 27.

¹⁴ Elden çıkarma kapsamında gayrimenkullerin trampa yoluyla devri de yer aldığından, idare, trampa yoluyla yapılan satışlarda Gelir Vergisi Kanunu'nun değer artış kazancına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 19.08.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK mük.80-1351 sayılı özeldesı.

A. KAT KARŞILIĞI ARSA DEVRİ SÖZLEŞMESİ İLE YAPILAN SATIŞLARDA TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASININ UYGULANABİLİRLİĞİ

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 5.6.2.4.1 bölümünde kat karşılığı arsa devri, trampa işlemine örnek olarak gösterilmiş ve bu gibi durumlarda taşınmaz satış kazancı istisnasının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme doğrultusunda vergi idaresi de kat karşılığı arsa devri sözleşmeleri kapsamında yapılan işlemleri, hatalı bir yaklaşımla bir trampa işlemi olarak nitelendirmekte ve bu nedenle istisnanın uygulanmayacağını belirtmektedir.

“... kat karşılığı yapmış olduğunuz arsa devri bir mal veya hakkın başka bir mal veya hak ile değiştirilmesini ifade eden trampa işlemi sayıldığından söz konusu istisna hükmünden yararlanılması mümkün bulunmamaktadır.”¹⁵

“... Yukarıdaki hüküm ve açıklamalara göre, kooperatifinizin aktifinde kayıtlı arsanın “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”ne istinaden bir inşaat firmasına devri, trampa (bir malın başka bir mal-la değişimi) mahiyetinde olduğundan, bu işlemin Kurumlar Vergisi Kanununun 5/1-e maddesinde yer alan kurumlar vergisi istisnası kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bahse konu taşınmaz devri sonucu oluşan kazancın kooperatifinizin kurum kazancının tespitinde dikkate alınması gerekmektedir.”¹⁶

Oysaki; mal değişim(trampa) sözleşmelerinde, bir mal başka bir mal ile değiştirilirken taraflar arasında malların mübadelesi gerekli ve yeterli olup değişime konu malların niteliğinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır; kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise arsa sahibinin arsası üzerindeki mülkiyeti kişisel olmaktan çıkmakta ve müşterek mülkiyet hükümlerine göre arsa payı oranında diğer kat malikleri ile paydaş durumuna gelmektedir.¹⁷ Bu bağlamda “bir kişinin kat edinme karşılığında arsasını müteahhide vermesi, hukuki açıdan birçok işlemi içeren ve arsanın değerlendirilmesi amacına yönelik Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin de uygulanmasını gerektiren tamamen kendine özgü(sui generis) bir hukuki muamele olarak nitelendirilebilir.”¹⁸

Söz konusu bu açıklamalardan da anlaşılabacağı üzere idarenin kat karşılığı arsa devri sözleşmelerinin bir trampa sözleşmesi olduğu gerekçesine dayanarak elde edilen kazancı istisna kapsamında görmeyen yaklaşımının hatalı olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

¹⁵ Gaziantep Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 04.10.2013 tarih ve 16700543-125-57 sayılı özelgesi.

¹⁶ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 09.05.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.19.02-019.01-1578 sayılı özelgesi.

¹⁷ Danıştay 4 D, 2017/ 3387, 27.02.2020.

¹⁸ Danıştay 4 D, 2017/3387, 27.02.2020.



B. TAŞINMAZIN BORÇ KARŞILIĞI VEYA KAMULAŞTIRMA YOLU İLE DEVREDİLDİĞİ DURUMLARDA TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASININ UYGULANABİLİRLİĞİ

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Tebliği’nin 5.6.2.4.1. bölümünde, istisnaya konu olabilecek değerlerin borç karşılığı olarak rızaen veya icra yoluyla devredilmesi durumunda ve taşınmazların kamulaştırılması yoluyla devrinde, mezkûr istisnanın uygulanabileceği belirtilmiştir.

“...Bu hüküm ve açıklamalar çerçevesinde, iki tam yıldan fazla süreyle şirketiniz aktifinde kayıtlı olan, tapu senedinde üç ahır bir samanlığı olan bahçeli kargir ev olarak nitelendirilen ve hayvan yetiştirme faaliyetine tahsis edilen yerin 15.122,15 m²’lik kısmının 26.01.2015 tarihinde kamulaştırılması nedeniyle elde edilen kazancın %75’lik kısmının, Kurumlar Vergisi Kanununun 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan diğer şartları da sağlamanız kaydıyla, kurumlar vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmaktadır.”¹⁹

II. İSTİSNADAN YARARLANACAK OLANLAR

Kurumlar vergisi taşınmaz satış kazancı istisnasından yararlanma bakımından tam veya dar mükellefler arasında herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Bu nedenle hem tam mükellefler hem de dar mükellefler söz konusu istisnadan yararlanabilir. Ancak 1 Seri No’lu Kurumlar Vergi Genel Tebliği’nin 5.6.2.3.4 bölümünde yer alan düzenleme gereğince taşınmaz ticareti ve kiralanmasıyla uğraşan kurumların bu amaçla ellerinde bulundurdıkları istisna kapsamındaki değerlerin satışından elde ettikleri kazançlar istisna kapsamı dışındadır.

III. İSTİSNA UYGULANMASINA KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR

Taşınmaz satış kazancı istisnasına ilişkin düzenlemede, sadece “kurumların en az iki tam yıl süre ile aktiflerinde yer alan” ifadesi kullanılmış olup; taşınmazı tanımı ve kapsamı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir.²⁰ Ancak 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin “5.6.2.2.1 “Taşınmazlar” başlıklı bölümünde, istisnaya konu olan taşınmazların Türk Medeni Kanunu’nda taşınmaz olarak tanımlanan ve esas niteliği bakımından bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan dolayısıyla yerinde sabit olan mallar olduğu açıklamasına yer verildikten sonra bu niteliği haiz taşınmazların Türk Medeni

¹⁹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 08.09.2017 tarih ve 62030549-125[5-2015/237]-279599 sayılı özelgesi.

²⁰ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Gereğesi’nde “İstisnaya konu olan taşınmazlar; Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “Taşınmaz” olarak tanımlanan, esas niteliği bakımından bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan, dolayısıyla yerinde sabit olan mallardır. Bunlar Türk Medeni Kanununun 704 üncü maddesinde, arazi, tapu siciline ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, olarak sayılmıştır. Taşınmazların bu istisnaya konu edilebilmesi için Medeni Kanunun 705 İnci maddesi gereğince kurum adına tapuya tescil edilmiş olmaları gerekmektedir.” şeklinde bir açıklama yer almıştır.

Kanunu'nda arazi, tapu siciline ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olduğu belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme gereğince Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaza ilişkin hükümlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

A. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE GÖRE TAŞINMAZIN TANIMI

Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde taşınmaza ilişkin bir tanıma yer verilmemiş ancak taşınmaz mülkiyetinin konusu şöyle belirlenmiştir: Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler.²¹

Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere nelerin taşınmaz mülkiyetine konu olabileceği birer birer sayılarak sınırlama yapılmıştır. Bu nedenle özel yasalarda ekonomik nitelikteki bazı gereksinimler nedeniyle bazı taşınmazların taşınmaz olarak sayılması,²² anılan taşınmazların Medeni Kanun ve dolaşısıyla taşınmaz satış kazancı istisnası bakımından da taşınmaz olarak kabul edilmesini gerektirmemektedir. Yine Medeni Kanun'a göre taşınmaz sayılan bir eşyanın diğer Kanunlar bakımından taşınmaz mülkiyeti hükümlerine bağlı tutulmamış olması²³ durumunda da taşınmaz satış kazancı istisnası kapsamında esas alınması gereken Medeni Kanun hükümleridir.²⁴ Bu bağlamda Vergi Usul Kanunu'nun 269. maddesi uyarınca gayrimenkul gibi değerlendirilen ancak Medeni Kanun uyarınca taşınmaz olarak tanımlanmayan iktisadi kıymetlerin istisnaya konu edilmesi mümkün değildir.

²¹ 743 sayılı mülga Medeni Kanun'dan farklı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda madenler, taşınmaz mülkiyetinin konusu dışında bırakılmıştır.

²² Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku 1. Cilt* (1.Bası, Beta 2002) 468.

²³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 684 ve 685. maddeleri uyarınca bir toprak üzerindeki ürünler o toprağa bağlı olduğundan ayrıca haczedilememesi gerekirken 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 84. maddesiyle yetmiş ürünlerin haczi için taşınmaz haczinden ayrı kurallar öngörülmüştür.

²⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 936. maddesinde, sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemilerin Ticaret Kanunu ve diğer Kanunlar kapsamında taşınır eşya hükmünde olduğu belirtilerek gemilerin taşınır olduğu ayrıca hükme bağlanmıştır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 937/1'de "Bu Kanunda, İcra ve İflas Kanununun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında 936'ncı madde hükmü uygulanmaz" düzenlemesi yer almıştır. Söz konusu bu düzenleme, gemilerin hukuki niteliğinin taşınmaz olduğu şeklinde bir anlaşılmaya elverişli görülmekle birlikte 2004 sayılı İcra İflas Kanunu veya diğer bazı Kanunlarda taşınmazlara ilişkin hükümlerin uygulama kapsamına gemilerin alınması, gemilerin hukuki niteliğini değiştirmemekte ve böylece geminin taşınır niteliği devam etmektedir. Bkz. Yasin Yavşan, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Dışı Yollarla Kazanılması*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2021)15-16.

Gemiler taşınmaz mülkiyetine konu olmadığı için gemilerin satışından elde edilen kazancın, satış kazancı istisnası kapsamında kalmayacağı izahtan varestedir. Ancak 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı gemilerin ve yatların işletilmesinden ve devrinden elde edilen kazançlar, gelir ve kurumlar vergileriyle fonlardan istisnadır.

B. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE GÖRE TAŞINMAZIN KAPSAMI

Türk Medeni Kanun'un mülkiyet hakkının kapsamı kenar başlığı altında, bütünüleyici parçalara, doğal ürünlere ve eklentilere yer verilmiştir.

1. Bütünüleyici Parça

Medeni Kanun'un 684. maddesinde, bir şeye malik olan kimsenin, o şeyin bütünüleyici parçalarına da malik olacağı düzenleme altına alındıktan sonra bütünüleyici parçanın tanımı yapılmıştır: *“Bütünüleyici parça yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”* Söz konusu bu tanım uyarınca bir şeyin diğer bir şeyin bütünüleyici parçası haline gelmesi, iki şarttan birinin gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; sıkı bağlantı dolayısıyla temel unsur haline gelme ve yerel adetlere göre temel unsur sayılmasıdır.²⁵

Medeni Kanun uyarınca bazı şeyler, bu şartlar aranmadan da bütünüleyici parça addedilmiştir. Şöyle ki Medeni Kanun'un 718/2. maddesinde mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla yapıların, bitkilerin ve kaynakların da gireceği belirtilmiş ve yine anılan Kanun'un 685. maddesinde de bir şeyin malikinin onun ürünlerinin de maliki olacağı belirtilerek doğal ürünler asıl şeyden ayrılınca kadar asıl şeyin bütünüleyici parçası addedilmiştir. Bu nedenle arazi üzerindeki bina ve ağaçlar sıkı bağlantı dolayısıyla temel unsur haline gelme ve yerel adetlere göre temel unsur sayılma şartları aranmadan arazinin bütünüleyici parçası sayılmaktadır.²⁶ Ancak vergi idaresinin söz konusu kanun maddesini dikkate almadan arazi üzerindeki ağaçları, bütünüleyici parça olarak kabul etmeyen ve bu nedenle ağaçlara isabet eden satış bedelinin istisna kapsamında olmadığı yönünde öznelgesi bulunmaktadır.

*“... Arazi üzerinde bulunan ağaçlar, taşınmazın bütünüleyici parçası olmadığından, söz konusu kamulaştırma bedelinin ağaçlara isabet eden kısmının Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.”*²⁷

Sıkı bağlantı dolayısıyla bütünüleyici parça haline gelme durumunda asıl şeye bağlanan şeyin ayrılması asıl şeye zarar vermektedir. Asıl şey ile bağlanan şey arasındaki maddi bağlantının bu denli sıkı olduğu bir durumda bağlanan eşya, temel unsur haline gelmiş ve bütünüleyici parça vasfını kazanmış ve eşya bir bütün olarak ekonomik bir hizmet ifa eder hale gelmiştir.²⁸

²⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Özdemir Oktay, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Filiz 2004) 230-231.

²⁶ İbid 232.

²⁷ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 09.03.2015 tarih ve 62030549-125[5-2013/222]-397 sayılı öznelgesi.

²⁸ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir Oktay (n 25) 230.

Sıkı bağlantı dolayısıyla bütünleyici parçanın söz konusu olduğu bir durumda, taşınmaz satış kazancı istisnasının bütünleyici parçayı da kapsamaması söz konusudur. Nitekim 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde de taşınmaz tanımına bütünleyici parçaların da gireceği belirtildikten sonra, *“İstisna uygulaması sabit üretim vasıtası niteliğindeki makineler açısından değerlendirildiğinde, makinelerin sökülmesi gerektiği zaman bina tahrip olacak veya zarar görecektir ise bu makineler binanın bütünleyici parçası olarak kabul edilecektir.”* açıklamasına yer verilerek temelde sıkı bağlantı dolayısıyla bir şeyin bütünleyici parçası haline gelen şeyin de mezkûr istisnadan yararlanacağı belirtilmiştir.

Yerel adetlere göre bütünleyici parça haline gelmenin söz konusu olduğu bir durumda ise asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki bağlantı çok sıkı olmasa bile asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki ekonomik bir bağıllık söz konusudur. Diğer bir deyişle asıl şey ile bütünleyici parça, tahsis edildikleri ekonomik amacı gerçekleştirecek bir ekonomik birliği teşkil etmekte olup bütünleyici parçanın asıl şeyden ayrılması asıl şeyin ekonomik bakımdan tahsis amacını sağlayamayacak duruma gelmesine neden olmaktadır.²⁹ Böyle bir durumda da taşınmaz satış kazancı istisnası kapsamına bütünleyici parçanın da gireceği muhakkaktır. 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Tebliği'nde de bu durum, *“Aynı şekilde, bina ile birlikte bir bütün oluşturan ve birbirinden ayrılmaları halinde istenilen faydayı sağlamayacak durumda olan makineler de binanın bütünleyici parçasıdır. Bunlara örnek olarak transformatörler, kazanlar, zemine raptedilen türbinler sayılabilir.”* açıklamasına yer verilerek kabul edilmiştir.

Anılan Tebliğ'in devam eden bölümünde *“Ancak, taşınmazın zeminine veya duvara sabitlenmiş olmakla birlikte münferiden veya toplu olarak sökülüp satılması mümkün olan ve bu takdirde işletmenin sınai olma vasfını değiştirmeyen ve üretimi de aksatmayan makine ve benzeri aletler bütünleyici parça niteliğinde değerlendirilemeyeceğinden bunların satışından doğan kazanç, istisnadan yararlanamayacaktır.”* şeklinde bir açıklamaya da yer verilmiştir. Bizce bu şekilde genel bir kural koymak yerinde değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere burada sadece önemli olan asıl şeye bağlanan şeyin münferiden satılmasının mümkün olup olmadığı değildir. Yerel adetlere göre bütünleyici parça sayılmanın söz konusu olduğu bir durumda, yerel adetlere göre durumun tespit edilmesi hatta bazı durumlarda bağlantıyı belirlemek için bağlanan şeyi birleştirenin iradesinin belirlenmesi bile gerekli olabilecektir. Bu bakımdan bağlanan eşyanın bütünleyici parça olup olmadığının belirlenmesi-

²⁹ İbid 230. *“Bilirkişilerden alınan rapor ve ek raporda, haczedilen halinde fabrikanın imalat yapamayacağı anlamına geldiği, bu sebeple fabrika içindeki makineler ile binanın beraber bütünleyici parçası olarak ifade edilmesi gerektiği...”*. Bkz. Yargıtay 12 HD, 2014/8348, 15.04.2014.

ne ilişkin tespitin, alanında uzman kişilerce yapılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da aynı doğrultuda kararlar vermektedir.³⁰

2. Eklenti

Medeni Kanun'un 686. maddesinde eklenti "*asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlama için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Bir taşınır malın diğer bir şeyin eklentisi sayılabilmesi için taşınır malın, asıl şeyin işletilmesi veya korunması veya ondan yarar sağlanması için sürekli bir tarzda özgülünmesi ve sözü geçen özgülünmenin iki şey arasındaki maddi bağlantı ile dışa karşı belirli hale gelmesi ve böylece eklentinin asıl şeye tabi kılınması gerekmektedir.³¹

Bütünleyici parçaların ekonomik ve hukuksal yönden bağımsız eşya niteliği bulunmamasına karşın,³² eklentinin hukuken asıl şeyden ayrı bir varlığı bulunmaktadır. Ancak eklenti, asıl şeyin ekonomik amacına hizmet ettiğinden³³ Medeni Kanun'un 686. maddesinde, bir şeye ilişkin tasarrufların aksi belirtilmedikçe onun eklentilerini de kapsayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle asıl şey başkasına devredildiğinde veya asıl şey üzerinde sınırlı ayni hak kurulduğunda, istisna edilmemiş eklenti de devredilmiş veya sınırlı ayni hakka tabi kılınmış olacaktır. Aksi bir sonucun arzulanması durumunda eklentinin hariç tutulmuş olması gerekmektedir.

Medeni Kanun uyarınca asıl şeye ait tasarruf işleminin aksi kararlaştırılmış olmadıkça eklentiyi de kapsama almış olmasına karşın 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 5.6.2.2.1 bölümünde "*Taşınmaz tanımına, taşınmazın eklentisi niteliğinde olan unsurlar girmeyecektir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek Medeni Kanun'un anılan hükümlerine koşut olmayan bir yorumla, eklentinin taşınmazın tanımı kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir.

"...Buna göre, Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan koşulların sağlanması ve 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin Taşınmazlar Başlıklı 5.6.2.2.1. kısmında yapılan açıklamalara uygun olması halinde, kurumunuzun aktifinde kayıtlı olan gayrimenkul ile bu gayrimenkulün mütemmim cüzü niteliğinde olan sabit üretim sayılı

³⁰ "...mahkemece yapılacak iş; şikayete konu mahcuzların gerçekte TMK.nun 684 ve 686. maddelerinde açıklandığı gibi, mütemmim cüz ve teferruat niteliğinde olup olmadıkları, gerektiğinde konusunda uzman bilirkişiden alınacak rapor ile tesbit edildikten sonra...". Bkz. Yargıtay 12 HD, 2011/9250, 07.12.2010.

³¹ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir Oktay (n 25) 236, 237.

³² Karahasan (n 22) 80.

³³ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir Oktay (n 25) 237.

vasıtalarının satışından doğacak kazanç için maddede belirtilen istisnadan yararlanmanız mümkün olup, eklenti olarak kabul edilen kıymetlerin satışından elde edilen kazancın ise istisna hükmünden yararlanması mümkün değildir.”³⁴

Bizce yapılan satış sözleşmesinde ayrıca istisna tutulmamışsa eklenti taşınmaz kapsamında kabul edilmeli ve bu nedenle taşınmaz satış kazancı istisnası, eklentiyi de kapsar şekilde uygulanmalıdır. Bu nedenle idarenin eklentinin taşınmaz tanımına eklentinin girmeyeceği yönündeki yaklaşımının hatalı olduğunu belirtmek isteriz.

IV. TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASININ UYGULANMASINA İLİŞKİN ŞARTLAR

Taşınmaz satış kazancı istisnasından elde edilen kazancın kurumlar vergisinden müstesna olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların bir bölümü Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde öngörülmüşken, bir bölümü 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile getirilmiştir. Söz konusu bu şartlar aşağıdaki şekildedir.

A. TAŞINMAZLARIN İSTİSNAYA KONU OLABİLMESİ İÇİN TAPUYA TESCİL EDİLMESİ ŞARTI

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 5.6.2.2.1. bölümünde, taşınmaz satış kazancı istisnasının söz konusu olabilmesi için satışa konu olan taşınmazın, Türk Medeni Kanunu’nun 705. maddesi gereğince kurum adına tapuya tescil edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Medeni Kanun’un 705. maddesi ise “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur.*” hükmünü amirdir. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tescil temel kuraldır. Bu kapsamda tapuya tescil işlemi yapılmayan taşınmaz satışlarında, taşınmaz satış kazancı istisnasının uygulanması mümkün değildir.

“... Konu ile ilgili olarak bağlı bulunduğunuz Vergi Dairesi Müdürlüğü ile yapılan yazışma sonucu alınan yazı ve eklerinin tetkikinden; şirketinizin 31.10.1996 tarihinde kurulduğu 27.12.1996 tarih ve sayılı Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanan ana sözleşmenizde şirketin amaçları arasında gayrimenkul ticareti yaptığınıza ilişkin bir husus bulunmadığı ve kuruluş sözleşmesinde belirtildiği üzere şirketiniz sermayesinin 10.000,00 TL olduğu, bunun 5.737,21 TL kısmı için Köyü mevkiinde bulunan ve tapuda 1 ve 2 parselde kayıtlı taşınmazın aynı sermaye olarak konulduğu, Milas Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas No:..... ve 30.07.1996 tarihli bilirkişi raporu ile belirtilen taşınmazın değerinin 5.737,21 TL olarak tespit edildiği, belirtilen hususların ticaret sicilinde de ilan edildiği, Yönetim Kurulu Başkanı adına kayıtlı arsanın 1996 yılından bugüne kadar aktifinizde atıl olarak kaldığı anlaşılmıştır.

³⁴ Kahramanmaraş Vergi Dairesi Başkanlığının 23.05.2014 tarih ve 47285862-125[5-2014/01]-10 sayılı özeliği.



Yukarıda yer alan hüküm ve açıklamalara göre; şirketiniz aktifinde iki yıldan fazla süredir kayıtlı olsa dahi şirket adına tapuda tescil işlemi yapılmayan söz konusu arsanın satılması halinde, satışından doğan kazancın 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 5/1-e maddesinde bulunan istisnadan yararlanması mümkün bulunmamaktadır.”³⁵

Ayrıca taşınmaz mülkiyeti kazanılmasında tescil temel kural olduğundan, taşınmazın satış bedelinin tamamının veya bir kısmının tescil yapılmadan tahsil edilmiş olması durumunda da tescil yapılmıncaya kadar istisnadan yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

“...Taşınmazlarda mülkiyetin devri tapuya tescil ile gerçekleşeceğinden sahip olunan taşınmazın satış bedelinin bir kısmı veya tamamı satış tarihinden önce avans olarak tahsil edilmiş olsa dahi satış işlemi gerçekleşmeden yani taşınmaz alıcı adına tapuya tescil edilmeden bu istisnadan yararlanılması mümkün olmayacaktır.”³⁶

Taşınmaz satış kazancı istisnasında tescil temel kural olmakla birlikte burada önem arz eden husus, taşınmazın satışı sırasında tapuda kurum adına tescilinin bulunmasıdır.³⁷ Bu nedenle taşınmazın aktifte en az iki yıllık kayıtlı bulunması şartının sağlanması koşuluyla satıştan hemen önce yapılan tesciller de istisnanın uygulanması bakımından bir engel oluşturmayacaktır.

1. Taşınmazların İstisnaya Konu Olabilmesi İçin Yurt İçinde Bulunma Şartı

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde, istisnaya konu olabilecek taşınmazın yurt içinde bulunması hususunda bir kayıtlama yer almamıştır. Ancak 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde taşınmaz istisnasına konu olabilecek taşınmazlar bakımından Türk Medeni Kanunu uyarınca tapu kütüğüne tescil şartı öngörülmüştür. Tebliğ’de yer alan söz konusu bu ifadeden, kurumların sadece Türkiye’de bulunan taşınmazlarının istisna uygulamasına konu olabileceği anlaşılmaktadır. Zira kurumların yurt dışında bulunan taşınmazlarının Türk Medeni Kanunu uyarınca tapuya tescil edilmeleri mümkün değildir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde taşınmazların yurt içinde veya yurt dışında bulunması hususunda herhangi bir sınırlama bulunmazken ikincil bir düzenleme ile mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden böyle bir sınırlama getirilmesi, mülkiyet hakkını zedeler niteliktedir. Ayrıca taşınmaz satış kazancı

³⁵ İzmir Vergi Dairesi Başkanlığının 23.08.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.35.16.01-176300-408 sayılı özeliği. Aynı yönde verilmiş bir diğer özelge için bkz. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 27.05.2014 tarih ve 64597866-125[5/1-e-2014]-78 sayılı özeliği.

³⁶ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 26.02.2016 tarih ve 11395140(ÖZG-13-38)-92 sayılı özeliği. Özeliğin aktarıldığı eser için bkz. Cenk Karataş, ‘Kamulaştırma Özelinde Taşınmaz Satış Kazancı İstisnası ve Kamulaştırma Bedelinin İki Yıl İçinde Tahsil Şartı Sorunu’ (2019) (369) Vergi Sorunları Dergisi. Aynı yönde verilmiş bir diğer özelge için bkz. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 06.06.2018 tarih ve 62030549-125(5-2018/16)-E.532106 sayılı özeliği.

³⁷ Bülent Sezin, *Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları* (2. Bası, Adalet 2018) 215.

istisnasıyla, taşınmaz satışından bir kazanç elde edilerek satışı yapan kurumun mali yapısında bir iyileşmenin olması amaçlandığına göre yurt dışında bulunan bir taşınmazın satışından elde edilen kazancın da kurumun mali yapısında bir iyileşme sağlayacağı izahtan varestedir. Böyle bir durumda ise istisnanın uygulanmayacağı yönünde bir yaklaşım sergilemek, idarenin taşınmaz satış kazancı istisnasının amacına önem veren yaklaşımıyla da çelişecektir.

B. TAŞINMAZ TİCARETİ İLE UĞRAŞILMAMASINA İLİŞKİN ŞART

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 5.6.2.3.4 bölümünde, taşınmaz ticareti ve kiralınmasıyla uğraşan kurumların bu amaçla ellerinde bulundukları taşınmazların satışından elde ettikleri kazançların istisna kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir.

“...Bu hüküm ve açıklamalara göre, ... ve ... tarihlerinde satın alınan, bugüne kadar şirket faaliyetlerinin yürütülmesine tahsis edilmemiş olan, lojman olarak kullanılmasına ilişkin olarak ...tarihinde ... Kararı alınan ve ... tarihinde satışa çıkarılacağı belirtilen taşınmazların satışından elde edilecek kazancın, Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında kurumlar vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmamaktadır.”³⁸

Kurumun taşınmaz ticaretini fiili olarak yapmadığı durumlarda da idare, esas sözleşmede işletme konusu olarak taşınmaz ticareti ibaresinin bulunmasını, istisnanın uygulanmaması kapsamında yeterli bir neden olarak görmektedir.

“...Şirketiniz her ne kadar taşınmaz ticaretini fiilen yapmasa da şirketin ana sözleşmesinde iştiğal konuları arasında taşınmaz ticareti bulunması dolayısıyla, bilançoda duran varlıklar arasında kayıtlı olan taşınmazın satışından elde edilen kazancın KVK’nın 5/1-e maddesinde yer alan istisnadan faydalanılması mümkün değildir.”³⁹

Şirket esas sözleşmesinde işletme konusu olarak taşınmaz alım satımı ve kiralama faaliyetine yer verilmediği durumlarda ise idare, kurumların yapmış olduğu satış veya kiralama işlemlerini taşınmaz satışı veya kiralamasıyla uğraşıldığı hususunda bir karine olarak kabul etmekte ve böyle durumlarda taşınmazın satışından elde edilen kazancın istisna kapsamında olmadığını belirtmektedir.

“...Bu hüküm ve açıklamalara göre, şirket aktifinde iki tam yıldan fazla süre ile yer alan ancak şirketiniz bu faaliyetini durdurmuş olduğundan 01/01/2003 tarihinden itibaren kiraya verilen fabrika binası ve arsasının, bugüne kadar geçen süre zarfında kiralama suretiyle değerlendirilmesi taşınmaz kiralınmasıyla uğraşıldığına karine teşkil edeceğinden, söz konusu taşınmazın satışından elde edilen ka-

³⁸ Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 01.06.2020 tarih ve 93767041-125[4140072370]-E.44701 sayılı özeldesi.

³⁹ Kayseri Vergi Dairesi Başkanlığının 05.09.2011 tarih ve B.07.1.GİB.4.38.15.01-KV-20-185-102 sayılı özeldesi, Aktaran: Sezgin (n 37) 226.



zancın Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca kurumlar vergisi istisnasına konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır.”⁴⁰

İdarenin söz konusu bu yaklaşımının hatalı olduğunu düşünmekteyiz Şöyle ki; şirket konusu ile eş anlamlı olarak kullanılan bir şirketin işletme konusu, şirket sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup ticaret siciline tescil ve ilan edilen bir unsurdur.⁴¹ İşletme konusu olarak tek bir alanın gösterilmesi zorunlu değildir. Özellikle uygulamada şirketin konusuyla birlikte şirketin amaç ve konusuna ulaşabilmek için yapabileceği iş ve işlemler olarak tanımlanabilecek yardımcı faaliyetlerin de şirket esas sözleşmesinde yer aldığı görülmektedir. Bu durumun en büyük nedeni, ticaret şirketlerinin hak ehliyetini şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlayan Mülga Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesidir.⁴² Söz konusu bu sınırlamayı aşmak isteyen ticaret şirketleri, ana sözleşmeye, işletme konusunun yanında şirketin yapabileceği birçok iş ve işlemi de eklemiştir.⁴³

Bu nedenle bir kurumun sırf ana sözleşmesinde taşınmaz alım-satımı yapılabileceğine dair hüküm bulunması veya kurum aktifine kayıtlı bazı taşınmazların satılması tek başına kurumların taşınmaz ticareti ile uğraştığı hususunda bir ölçüt olarak kabul edilemez. Zira bu tür satışların, taşınmaz ticareti ile uğraşılmasına yetecek derece yoğun olması ve bu hususun somut verilerle ortaya konması gerekmektedir. Aksi bir yaklaşım 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan ve vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas alınması gerektiğini düzenleyen kanun maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle özellikle kurumların esas sözleşmelerinde faaliyet konusu ile ilgili her türlü taşınmaz mal edinmek, almak ve satmak, kiralamak gibi işlemlerde bulunulabileceğine ilişkin hükümlerin yer alması veya fiilen devamlılık arz eden gayrimenkul satışlarının bulunması dolayısıyla gayrimenkul ticaretiyle uğraşıldığının iddia edildiği durumlarda idarece somut tespitlerin ortaya konması oldukça önem arz etmektedir.

Danıştay da sırf esas sözleşmede taşınmaz ticareti ile ilgili hüküm bulunmasını veya kurumun bazı taşınmazları satmasını taşınmaz ticareti ile uğraşılması hususunda yeterli bir ölçüt olarak kabul etmemekte ve bu konuda idarece yapılmış bir tespit bulunmasını gerekli görmektedir.⁴⁴

⁴⁰ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 28.05.2014 tarih ve 62030549-125[5-2013/405]-1474 sayılı özeldes.

⁴¹ Sevilay Uzunallı, *Anonim Şirkette İşletme Konusu*, (1. Bası, Adalet 2013) 6. Aktaran: Gökhan Gürçan, *Anonim Şirkette İşletme Konusu ve Temsil* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2014) 15.

⁴² “Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”

⁴³ Gürçan (n 41) 16.

⁴⁴ Danıştay 4 D, 2018/4170, 17.03.2022.

1. Şirket Aktifinde Kayıtlı Bulunan Arsaların Hasılat Paylaşımıyla Müteahhitlere Teslimi Halinde İstisnanın Uygulanabilirliği

Vergi idaresinin, esas sözleşmede taşınmaz ticareti ile ilgili hüküm bulunmasını veya yükümlü kurumun bazı taşınmazları satmasını gayrimenkul ticareti olarak kabul eden yaklaşımı neticesinde esas faaliyeti taşınmaz ticareti olmayan kurumların aktifine kayıtlı arsaların hasılat paylaşımı yöntemi ile müteahhitlere teslimi de taşınmaz ticareti olarak nitelendirilmekte ve bu nedenle satıştan doğan kazancın, istisna kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

“...Buna göre, arsa satışında uygulayacağınız hasılat paylaşımı modeliyle, taşınmaz ticareti yapmış olacağınızdan, bu satış nedeniyle oluşacak kazanç, Kurumlar Vergisi Kanununun 5’incimaddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan istisnanın uygulanması mümkün değildir.”⁴⁵

İdarenin söz konusu bu yaklaşımının da haksız olduğunu belirtmek isteriz. Zira; hasılat paylaşımı inşaat sözleşmesi, *“Yüklenicinin bağımsız bölümler meydana getirme ve bunların satışını sağlama borcuna karşılık, arsa sahibinin bu bağımsız bölümlerin satımına ilişkin yükleniciye temsil yetkisi verme ve bu satıştan elde edilecek geliri yükleniciyle paylaşma borcu altına girdiği sözleşme”*dir.⁴⁶ Söz konusu bu sözleşme türü, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği’nin 4/ç maddesinde *“Gelirin, şartnamede tanımlanması kaydıyla, İdarenin maliki bulunduğu arazi ve/veya arsada, İdarenin uygun göreceği proje uyarınca, müteahhidin proje maliyetinin tamamını karşılayacağı inşaat veya inşaatların bölümlerinin satışından sağlanacak gelirin, sözleşmede belirlenen esaslara göre İdare ve müteahhit arasında paylaşılması”* şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu tanımlardan da anlaşılabacağı üzere hasılat paylaşımı yöntemiyle yapılan satışlarda bir trampa işlemi söz konusu olmayıp satıştan sağlanacak gelir, arsa sahibi ile yüklenici arasında paylaşılmaktadır. Ayrıca her ne kadar 60 sıra No’lu Katma Değer Vergisi Sirküleri’nin 1.8.2 bölümünde, hasılat paylaşımı türündeki sözleşmelerin arsa karşılığı inşaat sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmişse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin bağımsız bölümlerin satışını sağlamak üzere tanıtma ve pazarlama faaliyetinde bulunma borcu bulunmazken, hasılat paylaşımı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin böyle bir borcu bulunmaktadır. Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, bağımsız bölümlerin sözleşmede belirlenen kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girerken, hasılat payla-

⁴⁵ Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığının 18.04.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-KVK-5/1-e-102 sayılı özeliği.

⁴⁶ Yargıtay 3 HD, 2014/10780, 15.07.2014. Aktaran: Salih Çelen, *Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği Anabilim Dalı Doktora Tezi 2020) 8.



şımlı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, bağımsız bölümlerin satışından elde edilecek hasılatı paylaşma borcu altına girmektedir.⁴⁷

Danıştay da en az iki tam yıl süreyle şirket aktifinde yer alan taşınmazın hasılat paylaşımı usulüyle müteahhide verilmesinin, hasılat payı karşılığı arsa satışı olduğunu, bu satışta trampaının bulunmadığını, arsa sahibinin arsa karşılığında bağımsız bölüm almasının da söz konusu olmadığını, arsa sahibinin sadece satmış olduğu arsanın parasını tahsil ettiğini belirterek işgal konuları arasında taşınmaz ticareti olmayan şirketlerin hasılat paylaşımı modeliyle yapmış olduğu satışların, Kurumlar Vergisi Kanununun 5/1-e maddesinde yer alan istisnadan faydalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁸

C. TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASINA KONU OLACAK TAŞINMAZIN EN AZ İKİ YIL SÜREYLE AKTİFTE BULUNDURULMA ŞARTI

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5/1-e maddesinde, en az iki yıl tam süre ile aktifte bulundurulan taşınmazın istisna uygulamasına konu olabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan taşınmazların aktifte bulundurulma süreleri ve bu sürelerin hesaplanması oldukça önem arz etmektedir.

Vergi Usul Kanunu'nun “Sürelerin hesaplanması” başlıklı 18. maddesinde, sürenin yıl olarak belirlenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Kanunu Tebliği'nin 5.6.2.3.1 bölümünde “en az iki tam yıl” ifadesi “730” gün ile eşdeğer kullanılmıştır. Bu nedenle istisnanın uygulanabilmesi için taşınmazın şirket aktifinde 730 gün ile kayıtlı bulunması gerekmektedir.

“Yukarıda yer alan hüküm ve açıklamalar kapsamında; şirketinizce 04.08.1997 tarihinde ... Organize Sanayi Bölge Müdürlüğünden gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile alınan arsa üzerine inşa edilerek tapu senedinin alındığı 2010 yılında aktife kaydedilen ve aynı yıl içinde satılan taşınmaz, satış tarihi itibarıyla iki tam yıl süreyle şirket aktifinde yer almadığından, bu taşınmazın satışından elde edilen kazanç dolayısıyla Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e)bendinde düzenlenen istisnadan yararlanabilmeniz mümkün bulunmamaktadır.”⁴⁹

Vergi idaresi, aktife kayıtlı olma şartını, istisnanın uygulanması bakımından asli bir şart olarak nitelendirmekte ve bu nedenle fiilen kullanılsa bile şirket aktifine alınmamış taşınmazlar bakımından istisnanın uygulanmayacağını belirtmektedir.

“...açıklamalarına yer verilmiş olup yine bu Tebliğin “İki tam yıl süre ile aktifte bulundurulma” başlıklı (5.6.2.3.1) bölümünde, istisna uygulamasına konu ola-

⁴⁷ Çelen (n 46) 45.

⁴⁸ Danıştay 4 D, 2019/7218, 24.02.2022. Aynı yönde verilmiş diğer kararlar için bkz. Danıştay 4 D, 2021/5086, 24.02.2022; Danıştay 4 D, 2021/5078, 24.02.2022.

⁴⁹ Ordu Defterdarlığının 23.02.2012 tarih ve B.07.4.DEF.0.52.10.00-003-5 sayılı özelgesi.

cak taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının en az iki tam yıl (730 gün) süreyle kurumun aktifinde yer alması, diğer bir ifade ile bu değerlere iki tam yıl süre ile bilfiil sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Fiilen kullanılmakta olursa bile aktife alınmamış gayrimenkullerin satışından doğan kazancın, kurumlar vergisinden müstesna tutulması mümkün değildir.

Aktife alınma, Kanun maddesinin uygulamasında şekli bir şart olmayıp, asli bir şart olarak aranılmaktadır. Diğer taraftan, satışa konu edilen gayrimenkulun aktife alındığı tarihten itibaren şirket aktifinde iki tam yıl süreyle yer alması gerekmektedir.

Yukarıdaki hüküm ve açıklamalara göre, her ne kadar tapu siciline kaydedilmiş olsa da 01.01.2012 tarihinde şirket aktifine alınan gayrimenkullerin satışından elde edilen kazanç, iki tam yıl süreyle aktifte bulundurma şartı sağlanamadığından, anılan istisnaya konu edilemeyecektir.⁵⁰

Sürenin hesaplanması bakımından taşınmazın kurum aktifine kayıt tarihi dikkate alınmakla birlikte taşınmazın tapuya tescil tarihinin de anılan istisnadan yararlanması bakımından bir şart olarak öngörülmüş olması nedeniyle taşınmazın tapuya tescilinin aktife kayıt tarihinden sonra olması durumunda taşınmaz kazancı istisnasının uygulanması çetrefil bir durum oluşturabilir. Mülkiyetin kanun gereği tescilden önce geçtiği durumlar da bunlardan biridir. Zira taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tescil temel kural olmakla birlikte Medeni Kanun'un 705/2. maddesinde "Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda görülen diğer hallerde mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı da düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda her ne kadar taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması temel prensip olmakla birlikte tescilden önce de taşınmaz mülkiyetinin kazanılması söz konusu olabilmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanıldığı durumlarda tescil, kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahip olmaktadır. Bu nedenle mülkiyetin tescilden önce kazanılmasının söz konusu olduğu bu gibi durumlarda taşınmazın şirket aktifine kaydedildiği tarih önem taşımaktadır. Zira tescilden önce taşınmaz mülkiyetinin kazanıldığı ve kazanmayla birlikte taşınmazın şirket aktifine kaydedildiği bir durumda taşınmazın işletme aktifinde iki yıl süreyle kayıtlı bulunup bulunmadığının tespitinde tescil tarihinin değil şirket aktifine kayıt yapılan tarihin dikkate alması gerekmektedir.

1. İfraz ve Tevhit İşlemlerinin Söz Konusu Olduğu Durumlarda İki Yıllık Sürenin Tespiti

İfraz, "ilgisinin istemiyle bir parselin birden fazla idari parçaya ayrılıp, yetkili idari merci tarafından onaylanarak oluşan her bir parselin farklı bir numara ile

⁵⁰ Tekirdağ Vergi Dairesi Başkanlığının 01.10.2013 tarih ve 75497510-125[5-2013-18]-62 sayılı özeldes. Aynı yönde verilmiş bir diğer özelve için bkz. Düzce Defterdarlığının 28.03.2014 tarih ve 13334133-KVK-02-6 sayılı özeldes.



ayrı tapu kütüğü sayfa larına tescil edilmesi” şeklinde⁵¹ tanımlanmaktadır.⁵²

İfraz işlemi sonucunda oluşacak her bir parselin, diğer koşulların da gerçekleşmiş olması kaydıyla taşınmaz satışı kazancı istisnasından yararlanması gerekmektedir.

“...Buna göre, 1954 yılında kurulmuş olan çimento fabrikasına ait arazinin bulunduğu bölgenin sanayi imarının, Şirketinizin talebi olmaksızın, re’sen Belediye Meclisi tarafından konut ve ticari imara dönüştürülerek ifraza tabi tutulmuş olması halinde, çimento fabrikasının üzerinde kurulu olduğu taşınmazın ifraz işlemine tabi tutulması sonucu ortaya çıkan yeni parsellerin satışı, taşınmaz ticaretiyle uğraşan kurumların bu amaçla ellerinde bulunan değerlerin satışı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, taşınmaz ticaretiyle uğraştığınızı gösterecek başka faaliyetlerinizin olmaması ve diğer şartları da sağlamanız kaydıyla bu satıştan kaynaklanan kazancınız için Kurumlar Vergisi Kanununun 5/1-e maddesindeki istisnadan yararlanmanız mümkün bulunmaktadır.”⁵³

İfraz işlemi sonucunda ortaya çıkan yeni parselin satışında iki yıllık sürenin hesaplanmasında ise ifraz işlemi uygulanan taşınmazın ilk iktisap tarihinin dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁴

Tevhit “birbirine komşu olan birden fazla parselin, birleştirilip tek parsel haline getirilerek, yetkili idari merci kararı neticesinde farklı bir parsel numarası bölümünde altında, ayrı bir tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi işlemi olarak” tanımlanmaktadır. Tevhit işlemi sonucunda birleştirilen taşınmazın satışında istisnanın uygulanması gerekir. Ancak tevhit işlemi sonucunda tek tapuda birleştirilmiş taşınmazın satılması durumunda mezkûr istisnanın uygulanmasında tevhit edilen taşınmazların tevhit öncesi iktisap tarihlerinin iki yıllık sürenin tespiti bakımından her bir bölüm için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

“... Bu hüküm ve açıklamalara göre, iki yıldan uzun süredir şirketiniz aktifinde kayıtlı olan 105.320 m²’lik taşınmazın, alıcı firmanın 135 dönüm tek parsel arazi talebinin karşılanması amacıyla 40.860 m²’lik taşınmaz ile birleştirilerek satılması halinde, satış kazancının 105.320 m²’lik bu taşınmaza

⁵¹ Hüseyin Koçak, *Tapu-Fen İşlemleri* (3.Bası, Koçak, 2020) 31; Kemal Çelik, *İmar Kanunu Uygulaması Arsa ve Arazi Düzenlemesi* (1.Bası, Devran 2006) 144. Aktaran: Ahmet Talha Tetik, ‘İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri’ (2022) (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 129.

⁵² İfraz, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 4. maddesinde “bir parselin bölünerek ayrılması” şeklinde Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2019/13 sayılı genelgesinde de benzer bir şekilde “parselin iki ya da daha fazla parçaya bölünmesi işlemi” olarak tanımlanmıştır.

⁵³ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 15.10.2017 tarih ve 62030549-125[5-2016/417]-335325 sayılı öz elgesi.

⁵⁴ Ancak 25.03.2011 tarihli 76 sayılı Gelir Vergisi Sirkülerinde aksi yönde görüş bulunmaktadır. Söz konusu sirkü lere göre “Arazi v asfında iktisap edilen gayrimenkulün belediyelerce ifraz ve taksim işlemine tabi tutularak satılması halinde iktisap tarihi olarak arazinin iktisap edildiği tarih değil, belediyenin ifraz işlemi sonucu arsa v asfını kazanarak, cins tashihi yapıldığı tarihin esas alınması gerekir.”

tekabül eden kısmıyla sınırlı olmak üzere taşınmaz satış kazancı istisnasından yararlanmanız mümkün bulunmaktadır. Ancak, şirketiniz tarafından alıcı firmaya devredilmek üzere satın alınan 40.860 m²'lik taşınmazın satışından elde edilen kazancın bu istisnaya konu edilemeyeceği tabiidir.”⁵⁵

2. İnşa Halindeki Binalarda İki Yıllık Sürenin Tespiti

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 5.6.2.3.1.3 bölümünde, arsa üzerinde inşa edilen ve aktife kaydedilen binanın, kurum adına tapuya tescil edilerek satılması halinde, iki yıllık aktifte bulundurulma süresinin başlangıcı olarak inşaatın tamamlandığı ve bina olarak kullanılmaya başlandığı tarihin esas alınacağı belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme uyarınca tapuda arsa olarak kayıtlı bulunan bir taşınmazın üzerine bina inşa edilip satılması durumunda arsanın iktisap tarihinin değil, bina inşaatın tamamlandığı ve taşınmazın bina olarak kullanılmaya başlandığı tarihin esas alınması gerekmektedir.

“..... Vergi Dairesi Müdürlüğünce düzenlenen 30.07.2010 tarihli tutanakla; söz konusu binanın 31.03.2008 tarihinden itibaren şirketinizce fiilen fabrika binası olarak kullanılmaya başlanıldığının tutanak eki Yapı Kullanma İzin Belgesinden anlaşıldığı, ancak tutanak tanzim tarihi itibarıyla cins tashihiyin yaptırılmadığı tespit edilmiştir.

Buna göre, söz konusu binanın tapuda kurum adına tescil edildikten sonra satılması halinde, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yazılı istisnadan yararlanılabilmesi için maddede yazılı “iki tam yıl süre ile aktifte bulundurma” şartının uygulanmasında, iki yıllık sürenin başlangıcı olarak fabrika binasının fiilen kullanıldığının tespit edildiği 31.03.2008 tarihinin esas alınması gerekmektedir.”⁵⁶

Binalar konusunda belirtilmesi gerekli bir diğer husus da henüz tamamlanmayan ve fiilen kullanma imkânı bulunmayan veya yapımı tamamlanmasına karşın tapuya bina olarak tescil edilmeyen taşınmazların satılması durumunda, taşınmaz satış kazancı istisnasının sadece arsaya isabet eden kısım bakımından uygulanacağıdır.

“... Öte yandan, tapuya bina olarak tescil edilmeden satılması halinde ise söz konusu istisna, sadece arsaya isabet eden kazancın %75’lik kısmına uygulanacaktır.”⁵⁷

“... Buna göre, şirketinize tahsis edilmiş arazi üzerine inşa edilip aktifleştirilen fakat şirketiniz adına tapu kaydı bulunmayan binanın devir işleminden doğacak

⁵⁵ Afyonkarahisar Defterdarlığının 22.08.2013 tarih ve 63611781-KVK.ÖZLG.207-31 sayılı özelgesi.

⁵⁶ Amasya Defterdarlığının 15.08.2012 tarih ve B.07.4.DEF.0.05.10.00-2011/KVK-5/-38 sayılı özelgesi.

⁵⁷ İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 30.07.2013 tarih ve 84098128-125-454 sayılı özelgesi.



kazancın Kurumlar Vergisi Kanununun 5/1-(e) maddesi kapsamında istisna edilmesi mümkün bulunmamaktadır.”⁵⁸

3. Bölünme ve Devir Durumunda İki Yıllık Sürenin Tespiti

İki yıllık sürenin tespiti bakımından önem arz eden bir husus da şirketlerin devredilmesi veya bölünmesi durumunda iki yıllık sürenin başlangıç tarihidir. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde, söz konusu bu hususa açıklık getirilerek devir veya bölünme yoluyla devralınan taşınmazlarda devir alınan veya bölünen kurumdaki iktisap tarihinin esas alınacağı belirtilmiştir.

4. Sat-Kirala-Geri Al İşlemine veya Kiralama Sertifikası İhracına Konu Taşınmazların Üçüncü Kişilere Satışında Sürenin Tespiti

6728 sayılı Kanunla değişik Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinin beşinci paragrafı hükmü gereğince,⁵⁹ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında geri kiralama amacıyla ve sözleşme sonunda geri alınması şartıyla, kurumlar tarafından finansal kiralama şirketlerine, katılım bankalarına, kalkınma ve yatırım bankalarına devredilen veya SPK kapsamında kira sertifikası ihracı amacıyla varlık kiralama şirketlerine devredilen taşınmazların kiracı yada kaynak kuruluş tarafından üçüncü kişilere satışında, aktifte bulundurma sürelerinin hesabında, bu taşınmazların finansal kiralama şirketi, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile varlık kiralama şirketinin aktifinde bulunduğu süreler de dikkate alınır.

D. TAŞINMAZ SATIŞ BEDELİNİN BELLİ BİR SÜREDE TAHSİL EDİLMESİ ŞARTI

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde, taşınmaz satış bedelinin, satışın yapıldığı yılı takip eden ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesi istisnadan yararlanma bakımından bir şart olarak öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme uyarınca aksi bir durumda satış bedeline isabet eden istisna nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler ziyaa uğramış sayılacaktır. Ancak bu durum satış bedelinin nakit dışında nakde dönüştürülebilir bir değerle tahsilatının yapılmasına engel değildir.

Ayrıca taşınmaz satış işleminin peşin veya vadeli olmasının istisna uygulamasında bir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan husus, satış bedelinin Kanun’da belirlenen sürede tahsil edilmesidir.

⁵⁸ Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığının 27.05.2014 tarih ve 64597866-125[5/1-e-2014]-78 sayılı özelgesi.

⁵⁹ Söz konusu değişiklik öncesinde 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında geri kiralama amacıyla ve sözleşme sonunda geri alınması şartıyla taşınmazların finansal kiralama şirketlerine satışı ve finansal kiralama şirketlerince taşınmazın devralındığı kuruma satışından doğan kazançların % 100’ünün, taşınmazı en az iki tam yıl süreyle aktifte bulundurma şartı aranmaksızın, kurumlar vergisinden istisna edilmesi hüküm altına alınmıştır.

“... Bu hüküm ve açıklamalara göre, şirketinizin iki tam yıl süreyle aktifinde yer alan taşınmazın satışından doğan kazancın % 75’lik kısmının, maddede sayılan şartların taşınması ve satış bedeli olarak alınan avallı poliçe bedelinin satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar tahsil edilmesi şartıyla kurumlar vergisinden istisna edilmesi mümkündür.”⁶⁰

E. SATIŞ KAZANCININ FON HESABINDA TUTULMASI ŞARTI

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5/1-e maddesinde yer alan düzenleme gereğince, taşınmazların satışından doğan kazancın istisnadan yararlanan kısmının, satışın yapıldığı yılı takip eden beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutulması gerekmektedir.

“... Yukarıdaki hüküm ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde ise şirketinizin iflas erteleme sürecinde bulunması nedeniyle, söz konusu satış kazancından arsaya isabet eden kazancın beş yıl süreyle fon da tutulma imkanı bulunmadığından anılan istisnadan faydalanması mümkün değildir.”⁶¹

Yine söz konusu maddede “İstisna edilen kazançtan beş yıl içinde sermayeye ilave dışında herhangi bir şekilde başka bir hesaba nakledilen veya işletmeden çekilen ya da dar mükellef kurumlarca ana merkeze aktarılan kısım için uygulanan istisna dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler ziyaa uğramış sayılır.” düzenlemesine yer verildiği için fon hesabına alınan kazanç tutarının sermayeye ilavesi, istisnanın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar tasfiyeye girilmiş olması durumunda istisnanın uygulanması mümkün değildir.

“.. Bu hüküm ve açıklamalara göre, şirketinizin tasfiyeye girmesi nedeniyle geleceğe yönelik ekonomik faaliyette bulunma gayesi ortadan kalkmış olmaktadır. Kurumların sermaye yapılarının güçlendirilmesi, finansman sıkıntılarının giderilmesi ve bağlı değerlerinin ekonomik faaliyetlerinde daha etkin bir şekilde kullanılmasına imkân sağlamak ve işletmelerin finansal bünyelerini güçlendirmek amacı tasfiye sürecinin başlamasıyla birlikte son bulduğundan şirketinizin aktifine kayıtlı taşınmazın satışından elde edilecek kazancın kurumlar vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmamaktadır.”⁶²

1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 5.6.2.3.2 bölümünde, Kanun’da yer alan şartlara ilaveten “fon hesabına alınma işleminin, satışın yapıldığı yılı izleyen hesap döneminin başından itibaren kazancın beyan edildiği döneme ait kurumlar vergisi beyannamesinin verildiği tarihe kadar yapılması” gerektiği

⁶⁰ Kayseri Vergi Dairesi Başkanlığının 30.07.2013 tarih ve 50426076-125[5-2012/20-208]-79 sayılı özeldgesi.

⁶¹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 06.08.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.19.02-019.01-2444 sayılı özeldgesi.

⁶² Antalya Vergi Dairesi Başkanlığının 01.03.2013 tarih ve 49327596-125[KVK.2012.ÖZ.43]-50 sayılı özeldgesi.



belirtilmiştir. Bizce ilgili madde metninde böyle bir kayıtlama öngörülmemişken Tebliğ ile ilgili Kanun maddesinin kapsamının bu şekilde daraltılması kanunilik ilkesine ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim Danıştay da” taşınmaz satış istisnasından yararlanmak için gerekli olduğu iddia edilen zaman şartının, 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile getirildiği ancak, bu tebliğin dayanağı ve taşınmaz satış kazancı istisnasının düzenlendiği 5520 sayılı Kanun’un 5/1-e maddesinde söz konusu istisnadan yararlanmak için bu şartın aranmadığı, bu şekilde yasal düzenlemenin kapsamının tebliğ hükmü ile daraltıldığı, kanun hükmünün düzenleme kapsamının genel tebliğ ile daraltılmasının kanunilik ilkesi ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu” gerekçesiyle istinaf başvurusunu reddeden Bölge İdare Mahkemesi kararını onamıştır.⁶³

F. İSTİSNA UYGULAMASINDA TASDİK ZORUNLULUĞU ŞARTI

5 sıra No’lu Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği ile 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında kurum kazancından indirilen kazanç ve iratlar tutarları toplamı belirlenmiş haddi aşan kurumlar vergisi mükelleflerinin, iştirak hisselerinin ve gayrimenkullerin satışından doğan kazançlara ilişkin istisnadan yararlanabilmeleri için vergi dışı tutulan işlemlerin, ilgili mevzuat hükümlerine uygun olduğunun yeminli mali müşavirler tarafından düzenlenen “Kurumlar Vergisi İstisna ve İndirim Tasdik Raporları” ile belgelenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca 37 Seri No’lu SM, SMMM VE YMM Kanunu Genel Tebliği’ ile mali müşavir tasdik raporu düzenlenmesi işlemleriyle ilgili hadler yeniden belirlenmiş ve Bakanlıkça özel bir belirleme yapılmadığı takdirde Tebliğ’de yer alan parasal hadlerin her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 30.12.2022 tarihli 2. Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan 46 Sıra No’lu Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca taşınmazlar ve iştirak hisselerinin satışından doğan kazançlara ait istisna ile ilgili işlemlere ilişkin had 663.000-TL olarak belirlenmiştir. Ayrıca söz konusu Tebliğ uyarınca Bakanlıkça özel bir belirleme yapılmadığı takdirde Tebliğ’de yer alan işlemlere ilişkin parasal hadler, 2023 yılı ve takip eden yıllarda herhangi bir artış olmaksızın uygulanacaktır. Bu bakımdan kurum kazançlarından indirilen kazanç ve iratların belirlenmiş parasal haddi aşması durumunda istisnadan yararlanılabilmesi için yeminli mali müşavir tasdik raporu sunulması zorunluluk teşkil etmektedir.

“...Buna göre, Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında kurum kazancından indirilen kazanç ve iratlar toplamının 2013 yılı için 204.000 TL’yi aşması halinde, taşınmaz satışından doğan kazançlara ilişkin istisnadan yararlanılabilmesi için yeminli mali müşavir raporu düzenlenmesi gerekmektedir.”⁶⁴

⁶³ Danıştay 4 D, 2018/4403, 21.03.2022.

⁶⁴ Sivas Defterdarlığının 09.04.2014 tarih ve 67630374-125[2013-3]-3 sayılı özelgesi.

SONUÇ

Her geçen gün önemi giderek daha da artan vergi teşvikleri, vergi tatili, yatırım indirimi, amortisman rejimi şeklinde olabileceği gibi muafiyet ve istisna şeklinde de olabilir. Nitekim ülkemizde de geliri vergilendiren kanunlardan biri olan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yükümlüler için oldukça önem arz eden vergi muafiyet ve istisnalarına yer verilmiştir.

Söz konusu bu istisnalardan biri de 15.07.2023 tarihinden önce kurum aktifine kaydedilen taşınmazların satışından doğan kazançların %25'lik kısmını, kurumlar vergisinden istisna eden taşınmaz satış kazancı istisnasıdır. Mezkûr istisnanın uygulanabilmesi için anılan maddede birtakım şartlar bulunmaktadır. Ayrıca Kanun maddesindeki şartlara ilaveten 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ile de bazı şartlar öngörülmüş ve böylece kanun maddesinde yer almayan birçok kayıtlama bir tebliğ ile getirilerek yürütmenin klasik düzenleme yetkisi aşılmıştır.

Vergi idaresi de temelde yetki aşımına örnek teşkil eden ilgili Tebliğ hükümlerini özeltmeler vasıtasıyla yorumlarken de yükümlüler aleyhine hatalı bazı yaklaşımlarla yine istisnanın kapsamını daraltmakta ve vergi yükümlülerinin mağduriyetine sebep olmaktadır. Bu nedenle bu gibi durumlarda taşınmaz satış kazancı istisnasından yararlanmak isteyen mükelleflerin ihtirazi kayıtla beyanname vermeleri ve daha sonra dava yoluyla haklarını aramaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Çelik K, *İmar Kanunu Uygulaması Arsa ve Arazi Düzenlemesi* (1. Bası, Devran 2006).

Gürçan G, *Anonim Şirkette İşletme Konusu ve Temsil* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi) 2014.

Kaneti S, *Vergi Hukuku*, (1. Bası Özdem Kardeşler 1986/1987).

Karahasan RM, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, 1. Cilt (1. Bası, Beta 2002).

Karataş, C, 'Kamulaştırma Özelinde Taşınmaz Satış Kazancı İstisnası ve Kamulaştırma Bedelinin İki Yıl İçinde Tahsil Şartı Sorunu' (2019) (369) Vergi Sorunları Dergisi 87 92.

Koçak H, *Tapu-Fen İşlemleri* (3. Bası, Koçak 2020).

OECD, *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax* (1. Bası OECD 2022).

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Özdemir Oktay S, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Filiz 2004).

Öncel M, Kumrulu A, Çağan N ve Göker C, *Vergi Hukuku* (29. Bası, Turhan 2020).

Sezgin B, *Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları* (2. Bası, Adalet 2018).



Şen H ve Sağbaş İ, *Vergi Teorisi ve Politikası* (4. Bası, Barış 2020).

Tetik AT, 'İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri' (2022) (158) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 125-190.

Uzunallı S, *Anonim Şirkette İşletme Konusu* (1. Bası, Adalet 2013).

Yavşan Y, *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Dışı Yollarla Kazanılması* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2021).

ÇOCUKLARIN SUÇA İTİLMESİ VE COVID-19 PANDEMİSİ ÜZERİNE BİR İNCELEME: SİLİVRİ ÖRNEĞİ

*An Analysis of Juveniles Pushed into Crime
and the COVID-19 Pandemic: The Silivri Instance*

Aylin YALÇIN SARİBEY*

Ayşe DEĞİRMENCİ**

Özet

Çocukların suça itilmesi, yetişkin suçluluğundan ayrı olarak ele alınması gereken, öncül risklerinin ve meydana getirdiği zararların tespit edilerek önlenmesi gereken bir kavramdır. Bir çocuğun suçlu olarak doğmasından veya özgür irade ve isteği ile suçlu olmasından söz etmek mümkün görünmemektedir. Suça itilme çocuğun kişilik özelliklerinin ve sosyo-kültürel kazanımlarının olduğu toplumsallaşma süreci ile doğrudan ilişkili bir kavramdır. Toplumsallaşma sürecinde karşılaşılan risk faktörleri ve koruyucu faktörler çocuğun suç ile olan ilişkisini belirlemektedir. Suça itilme çocuğun bireysel özelliklerinin yanı sıra toplumsallaşma süreçlerinden ve toplumsal olaylardan etkilenen bir süreci ifade etmektedir. Önemli toplumsal olaylar olan savaşlar, ekonomik krizler, salgın hastalıklar kişilerin ve toplumların suç ile olan ilişkisine olumlu veya olumsuz anlamda etki etmektedir. Son zamanlarda görülen en önemli küresel olaylardan biri olan Covid-19 pandemisi ile ilgili yapılan araştırmalar insanların bu süreçten fizyolojik, psikolojik, ekonomik, sosyo-kültürel anlamda etkilendiğini ortaya koymaktadır. Pandeminin toplumsallaşma süreçleri içerisinde ne gibi bir rol oynadığı ve suça itilmeyi etkileyip etkilemediği de ayrıca merak edilen konulardandır. Bu çalışmada Silivri Cumhuriyet Başsavcılığı Çocuk Suçları Soruşturma Bürosunda, pandemi öncesi ve pandemi dönemi olarak belirlenen tarih aralıklarında açılan soruşturma dosyaları incelenerek Covid-19 pandemisi ile suça itilme arasındaki ilişki incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, suç, suça itilme, pandemi, Covid-19.

Abstract

Juvenile delinquency constitutes a concept that should be dealt with separately from adult delinquency and that should be prevented by identifying the antecedent risks and the damages it causes. It does not seem possible to talk about a child being born as a criminal or being a criminal with free will and will. Delinquency is a concept that is directly related to the socialization process in which the personality traits and socio-cultural achievements of the child are formed. Risk factors and protective factors encountered in the socialization process determine the relationship of the child with crime. Being pushed into crime refers to a process that is affected by socialization processes and social events as well as the individual characteristics of the child. Wars, economic crises, epidemics, which are important social events, have a positive or negative effect on the relationship between individuals and societies and crime. Research on the Covid-19

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 04.07.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Doç. Dr., Üsküdar Üniversitesi, Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü, aylin.yalcinsaribey@uskudar.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-0975-8630>.

** Cumhuriyet Savcısı, Silivri Adliyesi, ayse.degirmenci@st.uskudar.edu.tr, <https://orcid.org/0009-0009-1234-4752>.

pandemic, which is one of the most important global events seen recently, reveals that people are affected by this process in physiological, psychological, economic and socio-cultural terms. What kind of a role the pandemic plays in the socialization processes and whether it affects being pushed into crime is also a matter of curiosity. In our study, it is aimed to reveal the relationship between the Covid-19 pandemic and being pushed into crime. The investigation files opened at the Silivri Chief Public Prosecutor's Office of Juvenile Crimes Investigation Bureau between the dates determined as pre-pandemic and pandemic periods are examined and the findings obtained are compared with other researches in this field.

Keywords: Child, crime, juvenile delinquency, pandemic, Covid-19.

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin başlangıcından beri var olan suç olgusu, değişen toplumsal koşullara göre şekillenmekte ve her geçen gün sayıca artmaktadır. Birbirinden farklı inanç, duygu ve düşüncelere sahip insanların toplum halinde yaşamlarını sürdürdükleri noktadan bazı eylemlerin suç sayılması ve bu suç eylemlerinin meydana gelmesi olağan görülmektedir. Durkheim suçu her toplumda var olan ve var olması kaçınılmaz olan bir olgu olarak nitelendirmektedir. Zira toplum insanların çıkar çatışmalarını barındıran bir organizasyon niteliğindedir.¹ Suç oranlarının artması ve suçluluğun kontrol edilemez bir hale gelmesi toplumsal düzenin sürdürülmesi ile yakından ilişkilidir. Özellikle çocukların suç ile olan ilişkileri toplumun hem bugünkü hem gelecekteki durumunun bir göstergesi olarak ele alınmaktadır. Çocukların suça itilmesinin nedenleri hukuk, kriminoloji, sosyoloji ve diğer birçok bilim dalında araştırmalara konu olmaktadır. Araştırmalar göstermektedir ki, çocuğun suç ile tanışması ve suç davranışını benimsemesi içinde bulunduğu toplumun etkisi ile olmaktadır. Aile, okul ve sosyal çevrede çocuğa sunulan değerler ölçüsünde, çocuk topluma yararlı bir birey haline gelmektedir. Bunun aksine, ailedeki istismar, suça ilişkili çevre, düşük akademik başarı gibi risk faktörleri çocuğun suça itilmesine yol açmaktadır. Çalışmamızda bireysel ve toplumsal faktörler incelenerek suça itilmenin nedenlerinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Son yıllarda görülen en büyük küresel krizlerden biri olan Covid-19 pandemisinin insandan insana bulaşan, solunum yolları belirtileri gösteren viral bir hastalık salgını olarak tanımlamak mümkün ise de bu tanımlama oldukça sınırlayıcı olacaktır. Covid-19 pandemisi tüm dünyada milyarlarca insanı hem sağlık alanında hem de ekonomik, kültürel, psikososyal alanda etkileyen bir süreç olmuştur. Hastalığın görülme sıklığı azalmasına rağmen toplumdaki etkileri salgın sonrasında da görülmeye devam etmektedir.² Covid-19 pandemisi suç sayıları ve işlenme şekilleri üzerinde de etkiler göstermektedir. Bazı araştırmalar Covid-19 pandemisinde suç sayılarının azaldığını ortaya koymaktadır. Çocuk suçluluğu özelinde yapılan bazı araştırmalar da çocuk suçluluğunun pandemiden etkilendiğini ortaya koymaktadır. Bu çalışmamızda Silivri örneğini ele alarak Covid-19 pandemisinin çocukların suça itilmesini ne yönde etkilediğini analiz etmekteyiz.

¹ Hüseyin Bal, *Hukuk Sosyolojisi* (Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınları, Isparta, 2008) 126.

² Sait Yıldırım, 'Salgınların Sosyal-Psikolojik Görünümü: Covid-19 (Koronavirüs) Pandemisi Örneği' (2020) 15(4). Electronic Turkish Studies, 1331 vd.

I. ÇOCUK KAVRAMI

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğünde çocuk kelimesi, küçük yaştaki erkek veya kız, bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız şeklinde tanımlanmaktadır.³

Çocuk kavramının mevzuatta çeşitli tanımları yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 6/1-b maddesinde “çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır” denilerek çocuk kavramı tanımlanmaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu 3/1-a maddesinde ise çocuk kavramı “daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi” şeklinde tanımlanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda çocuk kavramının açık bir tanımı yer almasa da, Madde 11’de “erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar” denilerek çocukluğun onsekiz yaşın altındaki süreci ifade ettiği kabul edilmektedir.

Çocuk henüz kendi isteklerini ve gereksinimlerini karşılayamamakta, davranışlarını yönlendirememektedir. Kendi geleceğini tayin edecek kararlar alamayan çocuk bir başkasının destek ve yönlendirmesine ihtiyaç duymaktadır. Çocukluk çağında insan karakterinin, bilgi ve becerilerinin temelleri atılmaktadır. Çocukluk çağında insan bir keşif ve gözlem yolculuğundadır. Bu yolculukta öncelikle kendisini, istek, düşünce ve becerilerini keşfetmektedir. Ardından çevresindeki olayları gözlemleyerek diğer insanlarla nasıl bir ilişki kurması gerektiğini öğrenmektedir.

Tarihin eski zamanlarında ayrı bir yaşam süreci olarak ele alınmayan çocukluk, sanayi devrimi ve aydınlanma ile birlikte anlam kazanmış bulunmaktadır. John Locke ve J.J. Rousseau gibi düşünürlerin çocuğun kendine özgü ihtiyaçları olduğunu, çocukların eğitime ve yönlendirilmeye hazır birer zihne sahip olduğunu vurgulayan düşünceleri, bugünkü çocukluk anlayışının temelini oluşturmaktadır. Ortaçağ ve öncesinde küçük yetişkinler olarak görülen, yetişkinlerle aynı sorumluluklar yüklenen çocuklar, aydınlanma sonrasında yetişkinlerden ayrı olarak değerlendirilmektedir. Ailenin yararı anlayışı yerini çocuğun üstün yararı anlayışına bırakmaktadır.

Çocukluk çağı ve çocuk hakları kavramlarının uluslararası hukukta anlam kazanması adına atılan ilk önemli adımlardan biri 26 Eylül 1924 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Evrensel Bildirgesi ile olmuştur. Bildirgede taraf devletlerin çocuklara en iyiyi sunmak yükümlülüğü vurgulanmaktadır.

Çocuk haklarına ilişkin bir diğer önemli uluslararası belge, ülkemizin 1990 yılında taraf olduğu 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’dir. Bu sözleşmede çocuğun yaşam hakkı, kimlik hakkı, görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, din ve vicdan hürriyeti, vücut dokunulmazlıkları gibi temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaktadır. Sözleşmenin amacı, çocuğun fiziksel ve ruhsal olarak her türlü tehlikeden korunmasını ve bunun bir toplumsal bilince dö-

³ <https://sozluk.gov.tr/> , erişim tarihi 17/03/2023.

nüşmesini sağlamaktır.⁴ Sözleşmede, kanunlara göre daha erken reşit olma durumu hariç tutularak on sekiz yaşın altındaki herkes çocuk olarak kabul edilmektedir.

Çocuk haklarına ilişkin bir diğer uluslararası belge, ülkemizin 1999 yılında taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi'dir.⁵ Sözleşmede, çocuk haklarının ve çocuğun üstün yararının korunması ve geliştirilmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Çocuğun bu hakların kullanılması hususunda söz hakkına sahip olması, aileler ve gerektiğinde devletin çocuk haklarını korumak ve geliştirmekle yükümlü oldukları ifade edilmektedir.

Çocuk haklarına ilişkin uluslararası belgelerde, çocuk haklarının teminat altına alınması ve bu haklarının kullanılmasının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. Adli merciler önünde getirilen çocuklar için yetişkinlerden ayrı bir sistem kurulması gerektiği vurgulanarak çocuk ceza adaletinin önemine değinilmektedir. Günümüzde çocuğun gelişim dönemlerine ve özel ihtiyaçlarına uygun ceza adalet sistemleri kurulmaktadır. Ülkemizde de çocuklara özgü ceza adalet sistemi uygulanmaktadır. Çocuk ceza adaletinde temel amaç çocuğun yararının korunması, çocuğun iyileştirilmesidir. Cezalandırma amacı burada geri planda tutulmalıdır.

II. ÇOCUKLARIN SUÇA İTİLMESİ

Suç işleyen bir çocuğun durumunu ifade etmek için suça sürüklenen çocuk, kanunla ihtilafa düşen çocuk, suça itilen çocuk gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda “suça sürüklenen çocuk” kavramı kullanılmakta ve bu kavram “Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk” şeklinde tanımlanmaktadır.

Çocuğun suç işlemesi yalnızca kendi iradesine bağlı olarak meydana gelen bir sonuç olmadığından çocuğun suça itildiğinden bahsetmek daha doğru bir ifade şeklindedir. Günümüzde “suç işleyen çocuk yoktur, suça itilmiş çocuk vardır” anlayışı hâkimdir.

A. SUÇA İTİLMENİN NEDENLERİ

Bir çocuğun suça itilmesi, anne ve babasının ekonomik düzeyi, eğitim, arkadaş çevresi, psikolojik problemler, kültürel yapı gibi pek çok faktöre bağlı olarak gelişmektedir. Çocuk doğumundan başlayarak bir toplumsallaşma süreci içerisine girmektedir. Aile, okul ve akran çevresi gibi kurumlara dâhil olarak yaşadığı toplumun özelliklerini, kendisinden beklentisini gözlemlemektedir. Bu kurumlarda hangi davranışların tasvip edildiğini, hangi davranışların men edildiğini öğrenmektedir. Toplumsallaşma süreci ile çocuğun karakter özellikleri, sosyal ve kültürel kazanımları ile becerileri belirlenmektedir. Sağlıklı bir toplumsallaşma süreci geçirmeyen çocuğun bazı davranış bozuklukları göstermesi ihtimali bulunmaktadır.

⁴ Ercüment Erbay, *Çocuk Hakları* (Yeni İnsan Yayınevi, 1. Basım İstanbul 2009) s. 7-8.

⁵ İsmail Metin, ‘Ceza Muhakemesinde Suça Sürüklenen Çocuk’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya 2019).

1. Aile Risk Faktörleri

Çocuğun toplumsallaşma sürecinde dâhil olduğu ilk kurum ailedir. Aile üyelerinin benimsediği davranış kuralları çocuk için ilk öğrenme kaynağı olmaktadır. Çocuk ebeveynlerinin uygun gördüğü davranışları doğru, men ettiği davranışları ise yanlış olarak kodlamaktadır. Aile kurumunun çocuğun toplumsallaşmasına olumlu anlamda katkı sağlayabilmesi için aile bireyleri arasında sağlıklı iletişim kurulması, ailenin sosyoekonomik anlamda yeterli düzeyde olması gerekmektedir. Aile içi iletişimdeki çatışmalar ve ev içi şiddet çocuğun suça itilmesi bakımından risk doğurmaktadır. Parçalanmış aile yapısı çocuğun aile kurumundan ilgi, sevgi ve bakım görmesini güçleştirmektedir. Yapılan araştırmalar parçalanmış ailede büyüyen çocukların suça itilme oranlarının yüksek olduğunu ortaya koymaktadır.⁶

Aileler arasında ekonomik gelir farklılıkları arttıkça toplumsal ayrışma meydana gelmektedir. Yoksul kesim belirli ihtiyaçlarını karşılamakta yeterli imkânı bulamamaktadır. Bu durumda yoksul ailenin yaşam standartları kötüleşmektedir. Böyle bir ailede yetişen çocuğun bakım, beslenme, barınma, eğitim gibi temel ihtiyaçları tam anlamıyla karşılanamamaktadır. Bazı durumlarda yoksul kesime mensup bireyler istek ve ihtiyaçlarına ulaşmak için yasal olmayan yöntemlere başvurabilmektedir. Bu durumda da çocuk suçlu bir aile çevresinde yetişmiş olmaktadır. Aile bireyleri arasında alkol ve uyuşturucu maddelerin kullanımı da çocuğa olumsuz anlamda etki edebilmektedir. Çocuğun ailesinden gözlemleyerek bu maddeleri kullanmaya başlaması zamanla bağımlılık düzeyine varması, saldırgan ve suçlu davranışlar göstermesi sonucu doğurabilmektedir.

Anne ve babanın eğitim düzeyleri de çocuğa sunacakları bakım ve gözetimin kalitesini doğrudan etkilemektedir. Eğitimsiz anne ve babanın çocuğa yönelik olumsuz tutumlar gösterme ihtimali bulunmaktadır. Çocuğa yönelik hatalı disiplin uygulamaları ve şiddet içeren davranışlar çocuğun suça yönelmesine neden olabilmektedir. Yapılan araştırmalar suç işlemiş çocukların anne babalarından gördükleri olumsuz tutum ve davranışların, suç işlemeyen çocuklara göre daha fazla olduğunu göstermektedir.⁷

Ailenin çocuğa iyi bir toplumsallaşma süreci sunabilmesi için ebeveynlerin çocuk bakımı konusunda belirli bir bilgi düzeyine sahip olmaları gerekmektedir. Bu hususta oluşan eksiklikler aile temelli müdahale programları ile giderilmelidir. Her çocuğun yaşam, barınma, beslenme, eğitim benzeri temel haklarının sağlanabilmesi için ailelerin belirli ekonomik düzeylerde olması gerekmektedir. Bunun için de gerektiğinde ekonomik destek programları uygulanmalıdır.

⁶ Müjdat Avcı, 'Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri' (2010) 11 (1), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 49-73.

⁷ Seda Gökçe Turan, *Suç ve Çocuk* in Yarman B. S. Gökbay İ.Z. Özdemir Ş. (Ed.) Hayata Bir Çocuk Bir Çocuğa Hayat, Suça Karışmanın Erken Yaşta Önlenmesi, Nobel Yayıncılık 2016, 35-51.

2. Okul ve Akran Çevresi Risk Faktörleri

Okul çocuğun eğitim ihtiyacının karşılandığı bir kurum olmasının yanı sıra çocuğun akranları ile sosyalleştiği, bazı kurallar çerçevesinde hareket etmesi gereken, bazı ödev ve sorumlulukların yüklendiği bir ortam oluşturmaktadır. Çocuk okul ortamında bir disipline uygun hareket etmeyi öğrenmektedir. Okulun çocuğa ruhsal ve kültürel anlamda da katkılar sunması beklenmektedir. Tüm bu yararlarının yanında okul çocuğun suça itilmesi bakımından pek çok risk faktörünü de barındırmaktadır.

Akran çevresi ise çocuğun ebeveyn ve öğretmen gözetiminden bağımsız olarak kendi akranları ile iletişim halinde olduğu bir ortam sağlamaktadır. Feldhusen çocuğun suça itilmesinde sırasıyla aile, akran çevresi ve okul ortamlarının belirleyici olduğunu ileri sürmektedir.⁸ Çocuk içerisinde bulunduğu akran grubunun davranış kalıplarını benimsemektedir. Akran grubu içerisinde kendisini kabul edilir ve saygın hissettiren davranışlar göstermektedir. Bazı akran gruplarında bu kabul edilirlik ve saygınlık suç teşkil eden davranışlarla elde edilmektedir. Bunun gibi akran çevreleri çocuğun suça itilmesinde ciddi birer risk doğurmaktadır. Araştırmalara göre çocukluk çağında işlenen suçlar daha çok grup halinde işlenmektedir.⁹

Okuldaki otoritelerin çocuğa yönelik hatalı tutum ve disiplin uygulamaları çocuğun okula karşı ilgisizleşmesine yol açmaktadır. Aynı şekilde okul öğrencileri arasında çeteleşme ve akran zorbalığı da çocuğu okuldan uzaklaştırabilmektedir. Yapılan araştırmalar okul başarısızlığı ve okula karşı ilgisizliğin zamanla okul terkine ve suçlu davranışlara yol açabildiğini ortaya koymaktadır.¹⁰ Suç işlemiş çocukların okul başarısızlıkları suç işlemeyen çocuklara göre daha yüksek bulunmaktadır.¹¹ Okula karşı ilgisizleşen çocuk sosyalleşme ihtiyacını farklı ortamlarda giderme arayışında olmaktadır. Bu arayış çocuğu kimi zaman olumsuz akran çevrelerine yönlendirmektedir.

Öğrenciler arasında çeteleşme, madde kullanımı, okul devamsızlığı, evden kaçma gibi davranışlar birbiri arasında örnek alınan davranış kalıplarını oluşturmaktadır. Çocuk dâhil olduğu okul ve akran ortamında bu tip davranışların yaygın olduğunu gözlemleyerek kendisi de bu ve benzeri davranışları gerçekleştirme ve hatta suç işleme motivasyonu bulmaktadır.¹²

Çocuğu suça iten risk faktörlerinin önlenmesi için, çocuğun akademik başarı ve ilgisinin korunmasını ve olumlu toplumsallaşmasını sağlayacak eğitim

⁸ John F. Feldhusen, John R. Thurston ve James J. Benning, ‘Suçluluk ve çocuk davranışlarının diğer yönleri üzerine boylamsal bir çalışma’ (1973) Uluslararası Kriminoloji ve Penoloji Dergisi, 1 (4), 341–351.

⁹ Öner Solak, ‘Suça Sürüklenen Çocuk Olmak –Yeni Neslin Suç Deneyimleri’ (1.Baskı, Nobel Yayıncılık Ankara 2021).

¹⁰ Travis Hirschi, *Causes of delinquency* (Transaction publishers 2002).

¹¹ Ahmet Özalp, *Çocuk Suçluluğu: Örgütlü Eylem Olarak Çetecilik* in Birey, Örgüt ve Toplum, Müjdat Avcı - Ergün Kara, (Ed.) (Eğitim Yayınevi 2023) s. 27.

¹² Solak (n 9).

metotlarının belirlenmesi gerekmektedir. Çocukların okul haricindeki zamanlarını geçirebilecekleri rekreasyon programları uygulanmalıdır. Çocukların kendi ilgi ve becerilerini keşfetmesi ve bunlara uygun uğraş edinmeleri sağlanmalıdır.

3. Kitle İletişim Araçları Risk Faktörleri

Kitle iletişim araçları insanların bilgiye erişimini kolaylaştıran materyallerdir. Aynı zamanda dijital alanda yer alan sanatsal, kültürel ve sosyal içerikler insanların boş zamanlarını değerlendirdikleri araçlar olmaktadır. Günümüzde insanlar arası iletişimin büyük bir kısmı teknolojik araçlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Televizyon, internet, cep telefonu, film ve diziler gibi kitle iletişim araçları günlük yaşamda sıklıkla tüketilmektedir.

Çocuklar arasında da kitle iletişim araçlarının kullanımı oldukça yaygındır. Gün geçtikte insanların teknolojiye erişim yaşı düşmektedir. Araştırmalar küçük yaştaki çocukların artık kendi tablet ve telefonlarının olduğunu, internette geniş zamanlar geçirdiklerini ortaya koymaktadır.¹³ Çocukların kitle iletişim araçları ile olan teması bazı riskleri de beraberinde getirmektedir. Pornografik içerikler, sanal taciz ve zorbalık, şiddet içerikli medya, teknoloji bağımlılığı gibi riskler bunlardan bazılarıdır.

Benzer şekilde dizi, film ve şarkı gibi medya araçlarında şiddeti, madde kullanımını özendiren görsel ve söylemlere yer verilmesi çocuklar yönünden olumsuzluklara neden olabilmektedir. Bu tarz medya araçlarına sıklıkla maruz kalınması şiddetin normalleştirilmesi ve şiddete karşı duyarsızlaşma sonucu doğurabilmektedir. Yapılan araştırmalar suç davranışının kazanılması ile medyada yer alan şiddet içerikleri arasında anlamlı bir ilişki ortaya koymaktadır.¹⁴

Kitle iletişim araçlarının günlük yaşama sundukları katkı ve kolaylık yadsınmaz niteliktedir. Bununla birlikte çocuklar söz konusu olduğunda ebeveyn kontrolü ile olası risk faktörlerinin denetlenmesi gerekmektedir. Çocukların teknolojik araçları olumlu şekilde kullanma ve karşılaştıkları riskler karşısında doğru tepkileri verebilme konusunda eğitilmeleri gerekmektedir.

III. COVID-19 PANDEMİSİ

2019 yılının son aylarında Çin'in Wuhan şehrinde görülmeye başlayan ve Sar-Cov-2 virüsünden kaynaklanan hastalık Dünya Sağlık Örgütü tarafından Covid-19 şeklinde isimlendirilmektedir. Hastalık DSÖ tarafından 11 Mart 2020 itibarıyla pandemi olarak ilan edilmiş bulunmaktadır. Covid-19 solunum yolları belirtileri gösteren bulaşıcı bir hastalık olarak tarif edilmektedir.¹⁵ Hastalığın seyri her hastada

¹³ Hasan Güler Yunis Şahinkaya, ve Hamide Şahinkaya 'İnternet ve mobil teknolojilerin yaygınlaşması: Fırsatlar ve sınırlılıklar' (2017) 7(14), Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 186-207.

¹⁴ Clemens Bartollas ve Frank Schmallegger, *Çocuk Suçluluğu* (9. Basım, Yücel D. & Gönültaş B. (Çev.) Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2017).

¹⁵ <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html> erişim tarihi 08/06/2023.



farklılık göstermekle birlikte bazı kişilerde ölüme kadar varabilen riskler barındırmaktadır. Hızlı bir bulaşıcılık özelliği göstermektedir. Hastalığın kısa sürede tüm dünyada yayılması ve medyada yer alan birtakım haberler toplumlarda büyük bir korku doğurmuş bulunmaktadır. 28 Mayıs 2023 tarihi itibarıyla, tüm dünyada 767 milyondan fazla Covid-19 vakası ve 6,9 milyondan fazla ölüm bildirilmektedir.¹⁶

11/03/2020 tarihinde ülkemizde ilk Covid-19 vakasına rastlanmış ve devam eden süreçte ülke genelinde hastalık yayılmış bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığınca açıklanan son verilere göre 2023 yılı Mart ayı itibarıyla toplam vaka sayısı 17.232.066, toplam vefat sayısı 102.174'tür.

Dünya devletleri Covid-19 hastalığı ile mücadele edebilmek amacıyla bir takım önlemler uygulamıştır. Hastalığın yayılımı önlemek ve hastalığa bağlı ölümleri azaltabilmek amacıyla sosyal mesafe kuralları belirlenmiştir. Toplumsal temasın ve hareketliliğin sınırlandırılması için bazı uygulamalara başvurulmuştur. Örneğin okullarda yüz yüze eğitime ara verilerek uzaktan eğitim modeli uygulanmaya başlanmıştır. İş hayatında da evden çalışma modelleri uygulanmıştır. İnsanlar zamanlarının büyük çoğunluğunu ev içerisinde geçirmeye başlamıştır.

Ülkemizde Covid-19 hastalığı ile mücadele sürecinde “hayat eve sığar” sloganı ile toplumsal bilinç oluşturulması amaçlanmıştır. 16 Mart 2020 tarihinde ilk, orta ve yükseköğretim düzeyinde eğitime 3 haftalık ara verilmiştir. 23 Mart 2020 tarihi itibarıyla eğitime uzaktan eğitim modeli ile devam edilmesine karar verilmiştir. Pandemi sürecinde konser, tiyatro, sinema, spor müsabakaları, toplantı, kongre, düğün, nişan gibi kültürel, sanatsal ve bilimsel faaliyetlerin uygulanmasına ara verilmiştir. Lokanta, kafeterya, kiraathane gibi insanların toplu olarak bulundukları alanların faaliyetleri durdurulmuştur. Belirli tarihlerde sokağa çıkma kısıtlamaları ve şehirlerarası ulaşım yasakları uygulanmıştır. 4 Mayıs 2020 tarihi itibarıyla kontrollü normalleşme süreci başlatılmıştır. 13 Ocak 2021 tarihinde ülke genelinde aşılama süreci başlamıştır. Okullarda yüz yüze eğitime 6 Eylül 2021 tarihinde başlamıştır.

A. PANDEMİNİN ETKİLERİ

Covid-19 pandemisi insanların ruhsal, fiziksel, ekonomik, sosyal anlamda etkilediği etkileri geniş bir süreç olmuştur.

Hastalıkla mücadele kapsamında pek çok iş yerinin faaliyetleri durma noktasına gelmiş ve bu durum ekonomide durağanlık, işsizlik ve yoksulluk gibi problemleri doğurmuştur. Tarım, akaryakıt, üretim sektörleri başta olmak üzere eğitim, finans, sağlık, turizm, havacılık, emlak ve konut, spor, bilgi teknolojisi, medya ve araştırma geliştirme ve gıda sektörlerinin pandemi sürecinden olumsuz etkilendiği belirtilmektedir.¹⁷ Devletler faaliyetleri durdurulan sektörlerin ekonomik anlamda

¹⁶ <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---1-june-2023> erişim tarihi:08/06/2023.

¹⁷ Erdal Eroğlu, ‘Covid-19’un ekonomik etkisinin ve pandemiyle mücadele sürecinde alınan ekonomik tedbirlerin değerlendirilmesi’ (2020) 5(2), International Journal of Public Finance, 211-236.

olumsuz etkilenmelerini ve işten çıkarmaları önlemek amacıyla bir takım destek programları belirlemektedir. Buna rağmen pandeminin ekonomik etkilerinin uzun vadede devam edebileceği tahmin edilmektedir.

Covid-19 pandemisinin bireyler arasında sosyal damgalanmaya neden olduğu belirtilmektedir. Hastalığa yakalanan kişilerin ve hastalığın ilk ortaya çıktığı Asya ülkelerinin vatandaşlarının toplum içerisinde kısıtlamaların ve salgının nedeni olarak muamele gördükleri ifade edilmektedir.¹⁸ Sosyal damgalanma ve dışlanmaya maruz kalan bireylerde ruhsal problemlerin görülmesi ihtimali bulunmaktadır.

Covid-19 aşısının geliştirilmesi ve uygulanmaya başlaması ile pandemi kısıtlamaları sonlandırılarak normal toplumsal yaşama dönmeye adımları atılmıştır. Ancak pandeminin fiziksel alan dışındaki etkilerinin pandemi sonrasında da devam ettiği belirtilmektedir.

1. Pandeminin Aile Üzerindeki Etkileri

Covid-19 pandemisi, aile bireylerinin iş ve okul ortamından uzaklaşarak eve kapandıkları bir dönemi ifade etmektedir. Eve kapanma aile üyelerinin uzun vakitler hareketsiz kalmaları, artan boş zamanlarını ekran başında harcamaları, uyku bozuklukları yaşamaları sonucunu doğurmaktadır.¹⁹ Bu dönemde aile üyelerinin birbirleri ile olan iletişimleri artmaktadır. İnsanların sosyal çevrede birbirleri ile yüz yüze iletişim kurma imkânları ise kısıtlanmış bulunmaktadır. Hastalığa yakalanma ve sevdiklerini kaybetme korkusu yaşayan bireyler artan stres ve kaygıları ile başa çıkabilecekleri imkânları bulamamaktadır. Yapılan araştırmalar pandemi sürecini deneyimleyen insanlarda bir takım ruhsal problemler görüldüğünü, öfke, stres, kaygı düzeylerinin arttığını ortaya koymaktadır.²⁰ Bu durumun ev içerisindeki iletişimde çatışmalara yol açtığı belirtilmektedir.²¹

Covid-19 pandemisinin cinsiyet eşitsizliğinin kadınlar aleyhinde belirginleşmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir. Eve kapanma ile ailedeki kadının sorumluluklarının arttığı, ekstra hijyen sağlama, çocuğun bakımı ve eğitimine katkı sağlama gibi yeni görevlerin eklendiği belirtilmektedir.²²

Eve kapanma sürecinde artan stres düzeyleri ve iletişim çatışmalarına bağlı olarak ev içi şiddet vakalarında da artış görüldüğü ortaya konulmaktadır. DSÖ

¹⁸ Zeliha Koçak ve Hatice Harmancı, 'Covid-19 Pandemi Sürecinde Ailede Ruh Sağlığı' (2020) (5), Karatay Sosyal Araştırmalar Dergisi, 183-207.

¹⁹ Koçak, Harmancı (n 18).

²⁰ Şeymanur Çelik ve Edanur Çak, 'Covid-19 Pandemi Sürecinin Aile Üzerine Etkisi' (2021) 6(11). Gevher Nesibe Journal of Medical & Health Sciences, 43-49.

²¹ Tuba Yüceer Kardeş ve Burcu Özdemir Ocaklı, 'Pandemide Çocuk Hakları Bağlamında Aile İçi İletişim ve Çocuk Yetiştirme Tarzları' in Aslıhan Aykara (Ed.), Krizlerde Çocuğun İyilik Halinin Korunması, (1. Basım, Nobel Yayıncılık, 2022, Ankara) s.1- 30.

²² Ayşe Seymen Çakar, 'Covid-19 pandemisinin kadına yönelik şiddet üzerindeki etkileri' in Zerrin Toprak Karaman ve Yakup Özkaya (Ed.) Covid-19 Pandemisinin Disiplinlerarası Çok Yönlü Analizi, (1.Basım, Nobel Yayıncılık Ankara 2021) s.109-127.

“Covid-19 ve Kadına Yönelik Şiddet” raporunda pandemi dönemlerinin kadına yönelik şiddetin artması bakımından risk faktörü oluşturduğunu ifade etmektedir. Normal toplumsal yaşamın sekteye uğraması ve eve kapanılması şiddete maruz kalan bireylerin yardım alma ihtimalini de azaltmaktadır.²³

Salvador Munichin geliştirmiş olduğu yapısal terapi kuramında, ailenin bir yapı olduğunu ve bu yapının sağlıklı işleyişi aile üyelerinin sağlığının da korunacağını ifade etmektedir.²⁴ Yapılan çalışmalarda pandemi sürecinde aile yapısından beklenen bu işlevin tam anlamıyla sağlanamadığı, eşler arasında stresin, alkol ve madde kullanımı gibi davranışların arttığı belirtilmektedir.²⁵

2. Pandeminin Çocuk Üzerindeki Etkileri

Pandemi döneminde uygulanan kısıtlamalar, çocuğun okuldaki sosyal ortamından mahrum kalması ve eve kapanması sonucunu doğurmaktadır. Toplumun savunmasız ve özel gereksinimleri olan bireyleri olan çocuklar pandemiden en fazla etkilenen gruplardan olmuştur. Her çocuğun kendine özgü bakım, barınma, beslenme, ilgi, eğitim, sosyalleşme gibi istek ve ihtiyaçları bulunmaktadır. Pandemi koşulları bu ihtiyaçların karşılanabilmesini zorlaştırmakta, bazen imkânsız kılmaktadır.

Pandemi sürecinin çocuklar üzerindeki en belirgin etkisi okulların kapanması ile görülmektedir. Her ne kadar uzaktan eğitim modeli ile çocuğun eğitim ihtiyacı karşılanmaya çalışılsa da bu model yüz yüze eğitim ile sağlanan katkıları tam anlamıyla yerine getirememektedir. Uzaktan eğitime katılmak için gerekli olan bilgisayar, internet gibi imkânların her çocuk bakımından yeterli düzeyde olmadığı belirtilmektedir. Bu durum bazı çocukların eğitim haklarının yeterince karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Okulun sağladığı sosyal ortamdan mahrum kalan çocuk boş zamanını ev ortamında geçirmek durumunda kalmaktadır. Oysa her gün düzenli bir şekilde okula gitmenin çocukta ruhsal, fiziksel ve sosyal anlamda iyilik hali sağladığı ifade edilmektedir.²⁶ Pandemi döneminde çocuklar sosyalleşme ihtiyaçlarını çoğunlukla internet ortamında giderme arayışına girmektedir. İnternetin ve diğer teknolojik araçların kontrolsüz kullanımı çocukta teknoloji bağımlılığı sonucunu doğurabilir.

²³ Akça Toprak Ergönen, Emin Biçen ve Gökhan Ersoy ‘COVID-19 Salgınında Ev İçi Şiddet’ (2020) 2020;25 The Bulletin of Legal Medicine, 48-57.

²⁴ Muhammed Yıldız, ‘Yapısal aile terapisi’nin temel kavramlarıyla gelin filminin incelenmesi’ (2017) 7(12), OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 157-176.

²⁵ Akgül Gök, F. *Pandemi Sürecinde Çocukların Ruh Sağlığını Etkileyen Etmenler ve Koruyucu – Önleyici Tedbirler*’ Doç. Dr. Aslıhan Aykara (Editör), Krizlerde Çocuğun İyilik Halinin Korunması, (Nobel Yayıncılık Ankara, 2021) s.221.

²⁶ Keith Brazendale / Michael W. Beets / R. Glenn Weaver / R. Russell Pate / Gabrielle M Turner-McGrievy / Aandrew T. Kaczynski / Jessica L. Chandler / Amy Bohnert ve Paul T. Von Hippel ‘Understanding differences between summer vs. school obesogenic behaviors of children: the structured days hypothesis’(2017) International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity, 14(1), 100. Doi: 10.1186/s12966- 017-0555-2.

mektedir. Bununla birlikte internet ortamının da çocuğa yönelik bazı risk faktörleri barındırdığından söz edilmektedir.²⁷ Çocuk internet ortamında pornografi, siber zorbalık, sanal taciz, suçu özendiren içerikler gibi bazı risklerle karşı karşıya gelebilmektedir. Pandemi sürecinde internet ortamında daha fazla vakit geçiren çocuğun bu risklere maruz kalma ihtimali de artmaktadır.

Yapılan araştırmalarda, pandemi döneminde uygulanan kısıtlamaların, çocuklarda korku kaygı düzeylerinde artmaya, aile üyeleri ile çatışmalara, huzursuzluk ve saldırgan davranışlara, uyku problemi ile odaklanma güçlüğüne neden olduğu belirtilmektedir.²⁸ Ebeveynlerde oluşan stres ve çatışma hali çocukları da doğrudan etkilemektedir. Sosyal izolasyonun ve karantina uygulamalarının çocuk ve gençlerde yalnızlaşmaya ve ruh sağlığında olumsuzluklara neden olduğu belirtilmektedir.²⁹

Pandemi süreci çocukların aile içi istismara uğrama riskini de artırmaktadır. Şiddet uygulayan ebeveyn ile daha fazla zaman geçirilmesi ve bu ebeveynin de kaygı düzeyinin artması çocuğa yönelik istismar sonucunu doğurabilmektedir. UNICEF 2014 – 2016 yıllarında Batı Afrika’da görülen Ebola virüsü salgınında çocuk işçiliği, çocuk ihmal ve istismarı, çocuk hamileliği gibi vakaların artış gösterdiğini belirtmekte, Covid-19 pandemisinin de aynı riski barındırdığını vurgulamaktadır.³⁰ İstismara uğrayan çocuk okula gidemediği ve çoğunlukla evden çıkmadığı için yardım alma fırsatı bulamamaktadır. Nitekim İstanbul Barosu Çocuk Hakları Merkezi, pandeminin başlangıcı ile çocuk hakkı ihlalleri konusunda yapılan avukat görevlendirmelerinde önemli bir azalma görüldüğünü açıklamaktadır.³¹

3. Pandeminin Suç Üzerindeki Etkileri

İnsanların günlük yaşam rutinlerindeki olağan dışı değişimler suç işleme olasılığını doğrudan etkilemektedir. Bu durum suçu açıklayan rutin aktiviteler teorisinde karşılığını bulmaktadır. Teoriye göre, suç işlemeye kararlı bir fail, suçun hedefi olan bir mağdur ve mağdur ile fail arasında engelleyici bir mekanizma olmaması sonucunda suç meydana gelmektedir.³²

²⁷ Yavuz Akbulut ‘Çocuk ve ergenlerde bilgisayar ve internet kullanımının gelişimsel sonuçları’ (2013) 3(2). Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 53-68.

²⁸ Gözde Akoğlu ve Bedriye Tuğba Karaaslan ‘COVID-19 ve İzolasyon Sürecinin Çocuklar Üzerindeki Olası Psikososyal Etkileri’ (2020) 5(2) İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, 99-103.

²⁹ Akgül Gök (n 25) -.

³⁰ <https://www.unicef.org/turkiye/bas%C4%B1n-b%C3%BCltlenleri/covid-19-getirilen-k%C4%B1s%C4%B1tlamalar-giderek-artarken-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-istismar-ihmal-eri%C5%9Fim-tarihi:19.05.2023>.

³¹ <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15704&Desc> erişim tarihi: 19.05.2023

³² Osman Dolu, ‘Bir Fırsat Olarak Suç: Suçun Durumsal Belirleyicileri, Suç Fırsatları Ve Rutin Faaliyetler Teorisi’ (2009) 11(2) Polis Bilimleri Dergisi, 1-30.

Pandemi süreci toplumsal yaşam rutinlerini tamamen değiştiren bir süreç olmuştur. Bu değişimlerin suç davranışları üzerinde ne gibi etkiler doğurduğu araştırmalara konu edilmektedir. Bazı araştırmalar Covid-19 pandemisinin suç oranlarında azalmaya neden olduğunu ortaya koymaktadır. Nivet vd. 2021 yılında yaptıkları çalışmada 27 şehirde, karantinaların başlamasından sonraki polis kayıtları incelenerek tüm şehirlerdeki suç seviyelerinde genel olarak %37 azalma olduğunu ifade edilmektedir.

Revital ve Haviv 2021 yılında yaptıkları çalışmada İsrail polisinin çocuk suçluluğuna ilişkin kayıtlarını inceleyerek pandemiye çocukların işlediği saldırı ve uyuşturucu suçlarında düşüş olduğunu tespit etmektedir.³³

Suç oranları haricinde, işlenen suç türleri de pandemi sürecinden etkilenmektedir. Yapılan araştırmalar olası suç mağdurlarının evde geçirdiği sürenin artmasına bağlı olarak evden hırsızlık sayılarında azalma görüldüğünü ortaya koymaktadır.³⁴ Evden hırsızlık fırsatlarının azalması ile otodan hırsızlık, açıktan hırsızlık gibi suç türlerinin artabileceği ifade edilmektedir.³⁵ Benzer şekilde uyuşturucu madde suçları da pandemi sürecinden etkilenen suç türlerinden olmuştur. Ayas 2020 yılında yapmış olduğu çalışmasında İngiltere’de 2020 yılı Mart, Nisan ve Mayıs aylarında uyuşturucu suçlarının arttığını, bu artışın kişilerde pandemiye bağlı olarak oluşan korku ve bunalımlı ruh halinin olabileceğini, pandemi kısıtlamalarının esnetilmesi ile uyuşturucu suçlarının da azaldığını ifade etmektedir.³⁶

Aile içi şiddet vakaları da pandemi sürecinden doğrudan etkilenen suç türlerindendir. Mohler vd. Los Angeles ve Indianapolis’te polis kayıtlarını inceledikleri çalışmalarında, pandemi döneminde aile içi şiddet ihbarlarının arttığını ortaya koymaktadır. Çin’de yapılan bir araştırmada da pandeminin görüldüğü yılda aile içi şiddet vakalarında bir önceki yıla göre üç kat artma görüldüğü belirtilmektedir.³⁷ Diğer ülkelerde de aile içi şiddet ihbarları artma göstermiş, bu durum Birleşmiş Milletler raporları ile de kayıt altına alınmış bulunmaktadır.³⁸

Pandemi koşullarının siber suçların artmasına yol açtığı ifade edilmektedir.³⁹ İnsanların teknoloji ile olan temaslarının artması bu alanda işlenen suçlar yönün-

³³ Sela-Shayovits Revital ve Noam Haviv, ‘Juvenile delinquency and COVID-19: the effect of social distancing restrictions on juvenile crime rates in Israel’ (2022) 1-24. Journal of experimental criminology, 785- 808 <https://doi.org/10.1007/s11292-022-09509-x>.

³⁴ Özge Ayas, ‘Pandemi ile geçen bir yılın hırsızlık suçu bağlamında analizi: Türkiye ve İngiltere örneği’ (2021) Kriminoloji ve Toplum Bilimleri Dergisi.

³⁵ Ergönen, Biçen, Ersoy (n 23).

³⁶ Özge Ayas ‘Karşılaştırmalı Suç Araştırması Hukuki Ve Toplumsal Yönüyle Türkiye Ve İngiltere’de Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Suçları’ (2020) Sayı: 3, Suç Ve Ceza Dergisi, 829-848

³⁷ Aysun Bay Karabulut, ‘Pandemi sürecinde kadın: Bir bilanço’ya dair düşünceler’ (2021) 2(1) Meyad Akademi, 69-83.

³⁸ Ergönen, Biçen, Ersoy (n 23).

³⁹ Jullianne Regalado, Anastasiia Timmer ve Ali Jawaid ‘Crime and deviance during the COVID-19 pandemic’ (2022) 16(4) Sociology compass, e12974.

den fırsat doğurmaktadır. Suçlular siber dünyada iletişim kurabilecekleri mağdurlara yönelmektedir. Sanal alışveriş alışkanlıklarının artması da siber dolandırıcılık suçlarının artmasını etkileyen faktörlerden olmaktadır.

IV. GEREÇ VE YÖNTEM

Hâkimler Ve Savcılar Kurulu'nun 16/12/2022 tarihli yazısı ile verilen izin üzerine yürütmüş olduğumuz bu çalışmada, Silivri Cumhuriyet Başsavcılığı Çocuk Suçları Soruşturma Bürosunda görülen soruşturma dosyaları analiz edilmiştir. Bu kapsamda pandemi öncesi olarak 01/01/2019 – 10/03/2020 tarihleri arasındaki 14 aylık döneme ait dosyalar ele alınmıştır. Ülkemizde ilk Covid-19 vakasının görüldüğü 11/03/2020 tarihinden sonraki 14 aylık dönem pandemi dönemi olarak ele alınmıştır.

İncelenen toplam dosya sayısı 237, dosyalar kapsamında yer alan toplam çocuk sayısı 351'dir. Dosyalar kapsamında yer alan karar evrakları, ifade tutanakları, sosyal inceleme raporları gibi belgeler incelenerek veriler elde edilmiştir.

A. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Çalışmamızın teori kısmında çocukların suça itilmesinin nedenleri açıklanmaya çalışılmaktadır. Ardından uygulanan gereç ve yöntem ile Silivri ilçesi örneğindeki çocuk suçluğu demografisi ortaya konulmaktadır. Araştırmamızda öncelikle çocukların hangi nedenlerle suça itildiklerinin ve pandemi döneminde suça itilmenin ne şekilde etkilendiğinin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Pandemi ve suça itilme konularında yapılan araştırmalara henüz sıklıkla rastlanmamaktadır. Araştırmamızın bu alanda bir öncü olması ve yapılacak daha geniş kapsamlı araştırmaları teşvik etmesi hedeflenmektedir.

B. ARAŞTIRMANIN SINIRLILIKLARI

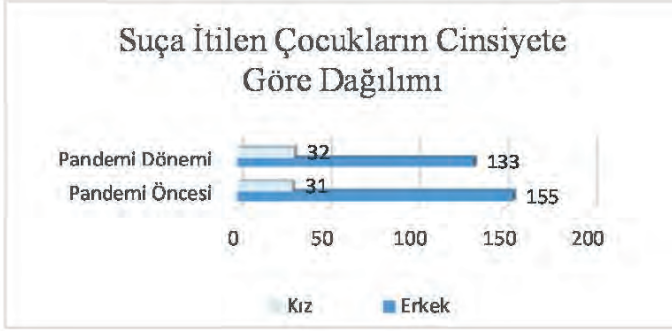
Araştırmamız Silivri ilçesinde 01/01/2019 ve 22/05/2021 tarihleri arasındaki soruşturma dosyalarının incelenmesi ile sınırlıdır. Toplanan veriler yalnızca dosya içeriklerinden elde edilmiştir. Dosyalarda yer alan bilgiler çoğunluklar çocuğun kendi beyanına göre oluşturulan kayıtlardır. Veri elde edilebilen belgeler oldukça sınırlı olmuştur. Bunun nedeni çoğu dosya kapsamında sosyal inceleme raporlarının yer almamasıdır.

V. BULGULAR

A. SUÇA İTİLEN ÇOCUKLARIN CİNSİYETE GÖRE DAĞILIMI

Şekil-6'da suça itilen çocukların cinsiyetlere göre dağılımı gösterilmektedir. Pandemi öncesi döneme ilişkin erişilen dosyalar kapsamındaki toplam 186 çocuktan 155'i erkek 31'i kızdır. Pandemi dönemine ilişkin erişilen dosyalar kapsamındaki toplam 165 çocuktan 133'ü erkek 32'si kızdır.

Şekil-6 Suça İtilen Çocukların Cinsiyete Göre Dağılımı



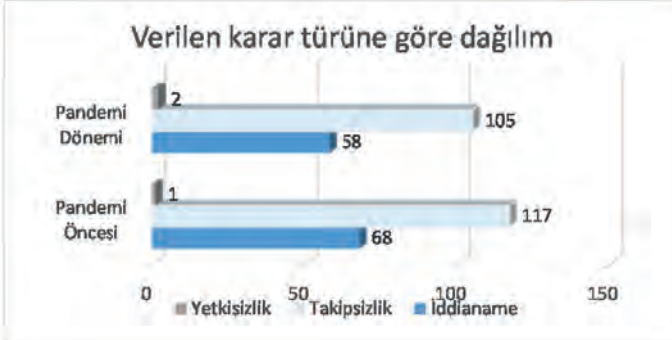
B. VERİLEN KARAR TÜRÜNE GÖRE DAĞILIM

Şekil-7’de incelenen dosyalar kapsamında verilen karar türlerinin dağılımı yer almaktadır. İnceleme sonucuna göre;

Pandemi dönemine ilişkin toplam 165 dosyanın 105’inde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik) verilmiş, 58’inde iddianame düzenlenmiştir. 2 adet dosyada ise yetkisizlik kararı verilmiştir.

Pandemi öncesine ilişkin toplam 186 dosyanın 117’sinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik) verilmiş, 68’inde iddianame düzenlenmiştir. 1 adet dosyada ise yetkisizlik kararı verilmiştir.

Şekil-7 Verilen Karar Türüne Göre Dağılım



C. SUÇA İTİLEN ÇOCUKLARIN YAŞ DAĞILIMLARI

Şekil-8’de incelenen dosyalarda suça itilen çocukların yaş dağılımları yer almaktadır.

Pandemi döneminde, incelenen dosyalar kapsamındaki 123 çocuk 15-18 yaş aralığında, 30 çocuk 12-15 yaş aralığında, 12 çocuk ise 0-12 yaş aralığındadır.

Pandemi öncesi dönemde, incelenen dosyalar kapsamındaki 133 çocuk 15-18 yaş aralığında, 43 çocuk 12-15 yaş aralığında, 10 çocuk ise 0-12 yaş aralığındadır.

Her iki dönemde de suça itilen çocuklar ağırlıklı olarak 15-18 yaş aralığındadır.

Şekil-8 Suça İtilen Çocukların Yaş Gruplarına Göre Dağılımı



D. ÇOCUKLARIN EĞİTİM DURUMLARINA GÖRE DAĞILIMI

Şekil-9'da pandemi dönemi ve öncesinde suça itilen çocukların eğitime devam edip etmeme durumları gösterilmektedir.

Pandemi öncesinde suça itilen 186 çocuktan 65'i okulu bırakmış, 81'i okula devam etmektedir. 40 çocuğun eğitim durumları dosyalarda yer alan belgelerden tespit edilememiştir.

Pandemi döneminde suça itilen 165 çocuktan 68'i okulu bırakmış 77'si okula devam etmektedir. 20 çocuğun eğitim durumları dosyalarda yer alan belgelerden tespit edilememiştir.

Şekil-9 Çocukların eğitim durumlarına göre dağılımı



E. SUÇA İTİLEN ÇOCUKLARIN ADLİ SİCİL KAYITLARI

Şekil-10'da erişilen dosyalar kapsamında suça itilen çocukların adli sicil kayıtları gösterilmektedir. Adli sicil kişilerin kesinleşmiş hapis – adli para cezası ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyetine ilişkin bilgilerin kaydedildiği sistemi ifade etmektedir.

Pandemi döneminde suça itilen çocuklardan 124'ünün hiç suç kaydı bulunmazken, 27'sinin 1 suç kaydı, 7 tanesinin 2 ve 3 suç kaydı, 2'sinin 4 ve 5 suç kaydı, 5'inin ise 5'ten fazla suç kaydı bulunmaktadır.

Pandemi öncesi dönemde suça itilen çocuklardan ise, 137'sinin hiç suç kaydı bulunmazken, 22'sinin 1 suç kaydı, 17 tanesinin 2 ve 3 suç kaydı, 4'ünün 4 ve 5 suç kaydı, 6'sının ise 5'ten fazla suç kaydı bulunmaktadır.

Şekil-10 Suça İtilen Çocukların Adli Sicil Kayıtları



F. SUÇA İTİLEN ÇOCUKLARIN İŞTİRAK DURUMLARI

Tablo-10'da araştırma kapsamında ki suça itilen çocukların suçta iştirak durumları gösterilmektedir. İştirak bir suçun birden fazla kişinin aralarında anlaşarak ve ortak hareket ederek işlenmesi durumudur.⁴⁰ Covid-19 pandemisinde suça itilen çocukların tek başına suç işleme oranlarında %15,7 oranında azalma olduğu görülmektedir.

Pandemi öncesinde suça itilen 186 çocuktan 95'i tek başına suç işlerken, 25'i bir akranı ile, 13'ü bir yetişkin ile, 13'ü hem bir yetişkin hem bir akranı ile, 39'u 2 ve daha fazla akranı ile 2'si ise 2 ve daha fazla yetişkin ile birlikte suç işlemiştir.

Pandemi dönemimde suça itilen 165 çocuktan 80'i tek başına suç işlerken, 44'ü bir akranı ile, 7'si bir yetişkin ile, 2'si' hem bir yetişkin hem bir akranı ile, 22'si 2 ve daha fazla akranı ile 10'u ise 2 ve daha fazla yetişkin ile birlikte suç işlemiştir.

Tablo-10 Suça İtilen Çocukların İştirak Durumları

	Pandemi Öncesi	Pandemi Dönemi
Tek başına	95	80
1 akran ile	25	44
1 yetişkin ile	13	7
Hem yetişkin hem akran ile	13	2
2 ve daha fazla akran ile	39	22
2 ve daha fazla yetişkin ile	1	10

G. MAĞDURUN YAŞINA GÖRE DAĞILIM

Şekil-11'de suça itilen çocukların işlediği iddia edilen suçların mağdurları yönünden bir sınıflandırma yer almaktadır.

Pandemi öncesinde suça itilen çocuklar, %51 oranında yetişkin mağdurlara yönelik suçlar, %43 oranında çocuk mağdurlara yönelik, %6 oranında ise kamu düzenine yönelik suçlar işlemiştir.

⁴⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya 'Ceza Hukuku Genel Hükümler' (6. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2012) s.618.

Pandemi döneminde ise, %72 oranında yetişkin mağdurlara yönelik suçlar, %21 oranında çocuk mağdurlara yönelik, %7 oranında ise kamu düzenine yönelik suçlar işlemiştir.

Şekil-11 Mağdurun yaşına göre dağılım



H. İŞLEM YAPILAN SUÇ TÜRÜNE GÖRE DAĞILIM

Tablo-11'de pandemi dönemi ve öncesinde suça itilen çocuklar hakkında uygulanan kanun maddelerinin dağılımı gösterilmektedir. İncelenen verilere göre, suça itilen çocuklar en fazla yaralama ve hırsızlık suçlarını işlemektedir

Tablo-11 İşlem yapılan suç türüne göre dağılım

	Pandemi Öncesi	Pandemi Dönemi	Toplam
Yaralama	73	51	124
Tehdit	20	9	29
Hakaret	26	19	45
Hırsızlık	67	60	127
Mala Zarar Verme	26	23	49
Konut Dokunulmazlığını İhlal	22	11	33
Malvarlığına karşı diğer suçlar	6	9	15
Cinsel suçlar	11	3	14
Uyuşturucu suçları	4	3	7
6136 sayılı Kanuna muhalefet	5	-	5
Bilişim suçları	-	4	4
Diğer	15	26	41

VI. TARTIŞMA

A. CİNSİYETE İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cinsiyet kişilerin suç ile olan ilişkilerinde belirleyici olan etkenlerden bir tanesidir. Araştırmalar erkeklerin kadınlara oranla daha fazla suç işlediğini ortaya koymaktadır. Bunun sebebini fizyolojik farklılıklara bağlayanlar olduğu gibi sosyo-kültürel özelliklere bağlayanlar da mevcuttur. Suçu insanın biyolojik özelliklerinin bir sonucu olarak tanımlayan Lombroso, kadınların bedeni kuvvetlerinin erkeklerle-

re göre daha az olduğunu, bu nedenle de daha az suç işlediklerini ileri sürmektedir. Suçun yalnızca biyolojik özellikler ile açıklanamayacağını belirten yazarlar ise kadınlar üzerinde sosyal gözetim ve disiplinin daha yoğun olduğunu, kadınların sosyal yaşama daha az dâhil olduklarını ve bu nedenle daha az suç işlediklerini ifade etmektedirler.

Suça itilme ve cinsiyet konularında ülkemizde daha önce yapılan araştırmalarda elde edilen sonuçlar, erkeklerin daha fazla oranda suç işlediğini doğrulamaktadır. Örneğin;

- Erdoğan'ın 2010 yılında yapmış olduğu araştırmasında, Bakırköy Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2008 – 2009 yıllarında karar bağlanan dosyalar kapsamındaki çocukların 49'u erkek 1'i kızdır.⁴¹
- Hanbay'ın 2019 yılında yapmış olduğu araştırmasına dâhil edilen hırsızlık suçu işlemiş 50 çocuğun 49'u erkek 1'i kızdır.⁴²
- Şengül'ün 2012 tarihli araştırmasında, Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde 01/01/2007 – 31/12/2010 tarihleri arasında karara bağlanan 351 dosyadaki çocuklardan 349'u erkek 1'i kızdır.⁴³

Araştırmamızda elde edilen cinsiyet dağılımına ilişkin veriler daha önce yapılmış olan araştırma verileri ile örtüşmektedir. Hem pandemi öncesi dönemde hem pandemi döneminde erkek çocukların daha yüksek oranda suça itilmesi söz konusudur. Suça itilmenin cinsiyete göre dağılımında pandemi koşullarına bağlı herhangi bir değişiklik olmadığı görülmektedir.

B. YAŞ GRUPLARINA İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kişinin içerisinde bulunduğu yaş davranışlarının şekillenmesinde ve suç davranışlarını tercih etmesinde önemli bir belirleyici olmaktadır. Araştırmalar insanların daha çok onlu yaşların sonunda suç davranışı sergilediğini, gençlik ve ergenlik dönemlerinde suçluluk oranının en yüksek seviyeye ulaştığını ortaya koymaktadır.⁴⁴ Hirschi yaş ile suçlu davranış arasında mutlak bir ilişki olduğunu vurgulayarak, yaş ilerledikçe kişinin suçlu davranış sergileme sıklığının azaldığını ileri sürmektedir.⁴⁵

Suça itilme ve yaş arasındaki bağlantıyı konu edinen araştırmaların ortak sonucuna göre, çocuklar daha çok 15-18 yaş aralığında iken suç işlemektedirler.

⁴¹ Filiz Erdoğan, 'Kanunla ihtilafa düşmüş çocuklar ve çocuk suçluluğuna etki eden sosyoekonomik faktörler' (Yüksek Lisans Tezi, Adli Tıp Enstitüsü 2010).

⁴² Esra Hanbay 'Hırsızlık suçu işleyen çocuklar üzerine sosyolojik bir çalışma: (Bitlis İli Örneği)' (Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, Elazığ, 2019).

⁴³ Hasan Atakan Şengül, 'Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen dava dosyalarının incelenmesi ve çocuk suçluluğunun değerlendirilmesi' (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Disiplinlerarası Adli Bilimler Anabilim Dalı, 2012).

⁴⁴ Solak, (n 9).

⁴⁵ Aykut Çalışkan, 'Türkiye'de Suçlu Davranış Ve Yaş İlişkisi: Suç Türleri Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz'(2021) 24(3), Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 237-267.

Örneğin;

- Baksi'nin 2018 tarihli araştırmasında, Tekirdağ Çocuk Mahkemesinde görülmekte olan dava dosyaları incelenmektedir. Araştırmaya dâhil edilen toplam 75 çocuğun 53'ü 15-18 yaş aralığındadır.⁴⁶
- Yıldırım'ın 2019 tarihli çalışmasında, Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan dava dosyaları incelenmektedir. Araştırmaya dâhil edilen toplam 250 çocuğun 190'ı 15-18 yaş aralığındadır.⁴⁷

Araştırmamızda elde edilen yaş gruplarına göre dağılıma ilişkin veriler daha önce yapılmış olan araştırma verileri ile örtüşmektedir. Hem pandemi öncesi dönemde hem pandemi döneminde 15-18 yaş aralığındaki çocukların daha yüksek oradan suça itilmesi söz konusudur. Suça itilmenin yaşa göre dağılımında pandemi koşullarına bağlı herhangi bir değişiklik olmadığı görülmektedir.

C. EĞİTİM DURUMLARINA İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Her çocuğun sahip olduğu temel haklardan en önemlilerinden biri eğitim hakkıdır. Eğitim çocuk için bir hak olmasının yanı sıra toplum içerisinde etkili bir kurum elde edebilmesi bakımından zorunluluktur. Eğitim hayatına devam etmeyen bir çocuk okulun iyileştirici ve sosyalleştirici işlevinden mahrum kalmaktadır.

Suçta itilen çocuklar hakkında yapılan araştırmalarda bu çocuklarının çoğunlukla okula devam etmedikleri ortaya konulmaktadır. Örneğin;

- Öter 2018 yılında yapmış olduğu araştırmasında, Antalya ili örneğini esas alarak suça itilme nedenlerine ilişkin bir analiz yapmaktadır. Araştırma kapsamında görüşülen çocuklardan %54'ünün okulu terk etmiş oldukları belirtilmektedir.⁴⁸
- Kazak Ekinci'nin 2016 yılında yapmış olduğu araştırmasında, Siirt ili örnek olarak belirlenerek suça itilen çocukların annelerinin algıları incelenmektedir. Araştırmaya dâhil edilen çocukların büyük kısmının ilköğretim düzeyine okulu terk ettikleri, birçoğunun okuma yazma bilmediği belirtilmektedir.⁴⁹

Araştırmamız verilerine bakıldığında, pandemi öncesi dönemde suça itilen çocukların %34'ü okula devam etmemektedir. Pandemi döneminde suça itilen çocukların ise %41'i okula devam etmemektedir.

⁴⁶ Yasemin Baksi, 'Suça Sürüklenen Çocuklarda Bağlanma, Davranış Problemleri Ve Çocukluk Çağı Travmatik Yaşantılarının Sosyal Hizmet Disiplini Çerçevesinde Değerlendirilmesi (Tekirdağ Çocuk Mahkemesi Örneği)' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2018).

⁴⁷ Dilek Demir Yıldırım, 'Diyarbakır'da Suça Sürüklenen Çocuklar Üzerine Sosyolojik Bir İnceleme: Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Diyarbakır 2019).

⁴⁸ Adem Öter, 'Çocuk Suçluluğunun Toplumsal Nedenlerine Sosyolojik Bir Bakış (Antalya Örneği)' (2018) 7(21) 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 739-769.

⁴⁹ Neriman Kazak Ekinci, 'Suça sürüklenmiş çocukların annelerinin çocuklarına ilişkin algısı: Siirt örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2016).



D. ADLİ SİCİL KAYITLARINA İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kişinin birden fazla kez suç işlemesi durumu mükerrerlik olarak nitelendirilmektedir. Suç kayıtları kişinin adli sicil kayıtlarında tutulmakta ve mükerrer suçluluk durumunda özel uygulamalar gündeme gelmektedir.

Araştırmalar göstermektedir ki; mükerrer suçlular genellikle çocuk yaşlarda ilk suçlarını işlemektedir.⁵⁰ Çocukluk döneminde gösterilen davranış bozukluklarının ve ruhsal problemlerin ilerleyen yaşlarda suçluluğun meydana gelmesine neden olduğu ileri sürülmektedir.⁵¹ Suça itilen çocuk hakkında gerekli koruyucu tedbirlerin alınmaması çocuğun mükerrer olarak suç işlemesi sonucunu doğurabilmektedir. Suça itilen çocuklar, ekonomik düzeylerinin düşük olması, suçtan kaynaklanan gelir, suçu alışkanlık edinen aile veya arkadaş çevresi, çocukların ceza sorumluluğuna sahip olmadığı yanılığısı, gibi nedenlerle mükerrer olarak suç işleyebilmektedir.⁵²

Yapılan araştırmalar çocukların mükerrer suç işleme oranlarının yüksek olduğunu göstermektedir. Örneğin;

- Karataş vd. 2020 yılında yaptıkları araştırmada Ankara ilinde suça itilen 165 çocuk üzerinde inceleme yapmışlardır. Araştırma kapsamındaki çocukların %92,7'sinin daha önceden de suç işledikleri ortaya konulmaktadır.⁵³
- Cömert 2018 yılında yaptığı ve mükerrer çocuk suçluluğunu konu edinen araştırmasında, ekonomik yetersizlikler, zararlı madde alışkanlıkları, suçlu çevre gibi faktörlerin çocukların mükerrer olarak suça itilmesi riskini artırdığını vurgulamaktadır. Araştırma kapsamındaki 61 mükerrer olarak suça itilmiş çocuktan 20'sinin 2 kez, 11'inin 3 kez, 10'unun 4 kez, 20'sinin 5 ve daha fazla kez suç işlediği sonucunda varılmaktadır.⁵⁴

Çalışmamız kapsamındaki toplam 351 çocuğun %74'ünün hiç suç kaydı olmadığı ortaya konulmaktadır. %26'sının ise 1 ya da daha fazla suç kaydı bulunmaktadır. Pandemi öncesi dönemde suça itilen çocukların %26'sı, pandemi döneminde suça itilen çocukların ise %24'ü mükerrer olarak suç işlemiş bulunmaktadır. Pandemi koşullarının mükerrer olarak suça itilme oranlarında anlamlı bir farklılık yaratmadığı görülmektedir.

⁵⁰ Solak (n 9).

⁵¹ Beril Yavuz ve Müjdat Avcı 'Mükerrer Suçluluk, Davranım Bozukluğu ve Antisosyal Kişilik Bozukluğu'nun Ortak Değişkenleri Üzerine Bir Derleme' (2020) 15(24) OPUS International Journal of Society Researches, 2912-2936.

⁵² Hanbay (n 42).

⁵³ Kasım Karataş, Gamze Erükcü Akbaş ve Mehtap Gülhan Orhan, 'Ankara'da Çocuk Suçluluğu: Emniyet Çocuk Şubeye Gelen Olgular Üzerinden Bir Değerlendirme' (2020) 24(1), Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, 137-156.

⁵⁴ Özge Cömert, 'Mükerrer çocuk suçluluğu: "Bitlis ili örneği"' (2018) Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, Elazığ.

E. İŞTİRAK DURUMLARINA İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İştirak bir suçun birden fazla kişi tarafından yardımlaşarak veya ortak hareket ederek işlenmesi durumudur. Suçu açıklayan sosyal süreç teorileri, çocuğun içerisinde bulunduğu gruptan öğrendiğini vurgulamaktadır.⁵⁵ Çocuk bulunduğu aile, okul ve akran ortamında suç davranışlarını gözlemleyerek bu suç davranışlarına katılım göstermektedir. Saltık'ın 2011 tarihli ve hükümlü çocukların akran ilişkilerini konu edinen çalışmasında, araştırmaya dâhil edilen hükümlü çocukların büyük çoğunluğunun arkadaşları arasında daha önceden suç işleyen, cezaevine giren ya da tutuklanan kişiler olduğu ortaya konulmaktadır.

Araştırmalar çocukların genellikle grup halinde suç işlediklerini göstermektedir.⁵⁶ Örneğin;

- Bayındır vd. 2007 tarihli çalışmalarında çocukların özellikle mala yönelik suçları arkadaşları ile birlikte işlediğini, okuma yazma bilmeyen çocukların suç gruplarına dâhil olma olasılığının arttığını vurgulamaktadır. Çalışmada 2006 – 2007 yıllarında Kütahya ilinde mala yönelik suçlar işleyen çocuklar hakkında bir inceleme yapılmaktadır. Çocukların %65'inin grup halinde suç işlediği ortaya konulmaktadır.⁵⁷
- Börekçi 2012 tarihli çalışmasında, mükerrer suç işleyen çocukların aile ve akran etkilerini analiz etmektedir. Çalışma sonucunda çocukların %86'lık bir bölümünün arkadaşları ile birlikte suç işledikleri tespit edilmektedir.⁵⁸

Araştırmamız verilerine göre pandemi öncesinde çocukların bir suç ortağı ile birlikte suç işleme oranı %48 iken, bu oran pandemi döneminde %51'dir. Elde edilen veriler bu alanda yapılan önceki çalışmalar ile örtüşmektedir.

Buchanan ve arkadaşları tarafından çocuk suçu kavramı “aynı düşüncedeki kişilerin meydana getirdiği küçük grupların işlediği suçlar” şeklinde ifade edilmektedir. Yine aynı yazarlar, Covid-19 pandemisinde uygulanan kısıtlamalar ile bu grup üyelerinin birbiri ile temas etme ve birlikte suç işleme olanaklarının da kısıtlandığını belirtmektedir.⁵⁹ Buna göre pandemi döneminde suça itilen çocukların, iştirak halinde suç işleme oranlarının azalacağı tahmin edilmektedir. Araştırmamız verileri bu tahmin ile uyumlu görünmemektedir. Her iki dönemde de çocukların iştirak halinde suç işleme oranları yüksek olmakla birlikte, pandemi döneminde

⁵⁵ Füsün Sokullu Akıncı, 'Kriminoloji' (15. Bası, Beta Basım, İstanbul 2020) s.210.

⁵⁶ Solak (n 9).

⁵⁷ Nida Bayındır, Ali Özel ve Emrah Köksal 'Çocuk suçluluğu demografisi: Kütahya şehri örneği' (2007) Cilt:9 (1-4) Polis Bilimleri Dergisi, 95-108.

⁵⁸ Emrah Börekçi, 'Suça Sürüklenen Çocuklarda Suç Geçmişi İle Aile Ve Akran Etkisinin Mükerrer Suçluluğa Etkisi: Ankara İli Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Ana Bilim Dalı 2012).

⁵⁹ Buchanan, Erin D. Castro, Mackenzie Kushner ve Marvin D. Krohn 'It's F** ing Chaos: COVID19's impact on juvenile delinquency and juvenile justice' (2020) 45, American Journal of Criminal Justice, 578-600.



iştirak oranlarının arttığı görülmektedir. Covid-19 pandemisi koşullarının çocukların birlikte suç işleme oranlarını azaltan bir etki göstermediği anlaşılmaktadır.

F. MAĞDUR YAŞINA İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Lise öğrencileri arasındaki çatışma durumunu konu edinen bir araştırmada, okulun birbirinden farklı karakter, kültür ve bilişsel özellikleri taşıyan öğrencileri bir araya getiren bir kurum olduğu, bu ortamda uyuşmazlık ve çatışmaların kaçınılmaz olduğu vurgulanmaktadır.⁶⁰ Öğrenciler arasındaki uyuşmazlık ve çatışmalar kimi zaman şiddet suçlarına evrilebilmektedir.

Araştırmamız verilerine göre, pandemi döneminde çocukların yetişkinlere yönelik işlediği suçlar %21 oranında artış göstermektedir. Çocuk mağdurlara yönelik suçlar ise pandemi döneminde %58 azalma göstermektedir. Pandemi koşullarında okullarda yüz yüze eğitime ara verilmesi ile çocukların okul ortamındaki çatışmaları ortadan kalkmaktadır. Buna bağlı olarak çocukların yine kendileri gibi çocuk mağdurlara yönelik işledikleri suçların azalması beklenmektedir. Araştırmamız verileri de bu varsayım ile uyumlu görünmektedir.

G. SUÇ TÜRLERİNE İLİŞKİN VERİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kasten Yaralama Suçu

Silivri ilçesinde suça itilen çocuklar pandemi öncesinde 73 kez kasten yaralama suçu işlemiş iken, bu sayı pandemi döneminde 51'dir.

Pandemi öncesinde işlenen kasten yaralama suçlarının 57'si çocuk mağdurlara, 16'sı yetişkin mağdurlara yöneliktir.

Pandemi döneminde işlenen kasten yaralama suçlarının 23'ü çocuk mağdurlara, 28'i yetişkin mağdurlara yöneliktir.

Çocuk mağdurlara yönelen kasten yaralama olaylarının pandemi koşullarında %59 oranında azalma gösterdiği, yetişkin mağdurlara yönelen kasten yaralama olaylarının ise pandemide %75 oranında arttığı görülmektedir. Çocuk mağdurlara yönelen kasten yaralamaların azalması ile okul ortamından uzaklaşmanın doğrudan ilişkili olduğu tahmin edilmektedir.

2. Bilişim Suçları

Silivri ilçesinde suça itilen çocuklar pandemi öncesinde hiç bilişim suçu işlememiştir. Pandemi döneminde ise 4 kez bilişim suçu işlendiği görülmektedir. Elde edilen veriler, pandemi döneminde bilişim alanında işlenen suçların arttığı yönündeki varsayımı⁶¹ doğrulamaktadır.

Pandemi koşullarında çocukların evde uzun vakitler geçirmesi onların teknoloji ile temaslarını arttırmaktadır. Eve kapanmalar insanların birbiri ile temasını ve malvarlığına yönelik suçların işlenmesi ihtimalini azaltmaktadır. Bu nedenle pan-

⁶⁰ Abbas Tümnüklü 'Liselerde öğrenci çatışmaları, nedenleri, çözüm stratejileri ve taktikleri' (2007) 49(49) Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 129-166.

⁶¹ Revital,Haviv (n 33).

demî koşulları mal varlığına yönelik suçların sanal dünyaya kaymasına yol açmaktadır. Aynı şekilde insanlar arası iletişim, haberleşme ve sosyalleşme sanal olarak sürdürüldüğü için kişilere yönelik suçlar da daha çok sanal olarak işlenmektedir.

3. Cinsel Suçlar

Silivri ilçesinde suça itilen çocukların işlediği cinsel suçlar pandemi koşullarında %72 oranında azalma göstermektedir. Bunun olası suç mağdurları ile yüz yüze görüşme imkânlarının kısıtlanmasından kaynaklandığı düşünülmektedir.

4. Malvarlığına Yönelik Suçlar

Silivri ilçesinde suça itilen çocukların işlemiş olduğu hırsızlık suçlarının oranı hem pandemi öncesinde hem pandemi döneminde oldukça yüksektir. Pandemi koşullarının hırsızlık suçlarının sayısında anlamlı bir değişikliğe yol açmadığı görülmektedir. Yapılan araştırmalar bunun aksine pandemi döneminde hırsızlık olaylarının azalmasını ön görmektedir.⁶² Çalışmamızda elde edilen veriler bu tahmin ile örtüşmemektedir.

Hırsızlık suçundan elde edilen gelirin bu suçu işleyenler bakımından tek gelir kaynağı olması, bu suça yönelenlerin genellikle eğitimsiz ve istihdamsız kişiler olması, alternatif geçim kaynaklarının olmaması hırsızlık suçunun onlar için vazgeçilmez oluşu anlamına gelmektedir. Pandemi koşullarında hırsızlık suçu oranlarının azalmamasının bu kişilerin suçu meslek edinmelerinden kaynaklandığı tahmin edilmektedir.

Silivri ilçesinde suça itilen çocukların işlemiş olduğu konuttan hırsızlık suçlarının pandemi koşullarında %50 oranında azaldığı görülmektedir. Elde edilen veriler bu alanda daha önce yapılan ve pandemide konuttan hırsızlığın azaldığını ortaya koyan araştırma verilerini desteklemektedir.⁶³

5. Uyuşturucu madde suçları

Silivri ilçesinde suça itilen çocukların işlemiş olduğu uyuşturucu madde suçlarının pandemi koşullarında anlamlı bir azalma – artma göstermediği anlaşılmaktadır. Pandemi döneminde kişilerin stres ve korku düzeylerinin artması nedeniyle uyuşturucu madde kullanımının arttığını ifade eden araştırmalar⁶⁴ bulunsa da araştırmamızda elde edilen veriler bu varsayımı desteklememektedir.

6. Tehdit ve hakaret suçları

Silivri ilçesinde suça itilen çocukların işlemiş olduğu tehdit ve hakaret suçlarında pandemi döneminde yaklaşık %60 oranında azaldığı görülmektedir. Bu azalmanın pandemi koşullarında kişiler arası iletişim ve temasın azalmasına bağlı olduğu tahmin edilmektedir.

⁶² Ayas (n 34).

⁶³ Ergöner, Biçen, Ersoy (n 23).

⁶⁴ Ayas (n 36) .

SONUÇ

Çocukların suça itilmesi sorunu toplumlar için gelecek endişesi olarak varlığını sürdürmektedir. Toplumlar her çocuğa mümkün olanın en iyisini sunmakla ve çocuğu her türlü risk etkeninden korumakla yükümlüdür. Bir çocuk içerisinde bulunduğu toplumdan olumlu kazanımlar elde edemezse kendisini suça yönelten ortamlarda bulabilmektedir. Alfieri bir ifadesinde “suçu toplumun hazırladığını, kişinin işlediğini” belirtmektedir.⁶⁵ Çocuğu suça iten toplumsal koşullardır ve yine çocuğu topluma kazandıracak olan da bu koşullardır.

Savaş, doğal afet, ekonomik kriz, salgın hastalıklar gibi süreçlerde çocukların suça itilmesine yol açan risk faktörleri artış göstermektedir. Çocuğun bu gibi süreçlerden fiziksel, ruhsal, bilişsel ve sosyal olarak olumsuz etkilenme ihtimali bulunmaktadır.

Covid-19 pandemisi son zamanlarda yaşanan en büyük küresel afet olarak karşımıza çıkmaktadır. Pandeminin devletler, toplumlar ve bireyler üzerine yarattığı etkiler halen devam etmektedir.

Araştırmamızda covid-19 pandemisinin çocuklar üzerinde doğurduğu etkiler ortaya konulmaktadır. Eğitim, sağlık, sosyalleşme gibi ihtiyaçları karşılanamayan çocuklar pandemiden en fazla etkilenen kesim olmuştur.

Çocukların pandemi gibi süreçlerin olumsuz etkilerden korunabilmesi için özel müdahale planlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu süreçlerin çocuklar açısından suça itilme riskini artıran bir rol oynaması önlenmelidir. Bu süreçlerle mücadele etmekte ve çocuğun iyilik halinin korunmasında ebeveynlere bilgilendirmeler yapılmalıdır. Çocuğun eğitiminin ve rekreatif faaliyetlerinin devamı sağlanmalıdır. Çocuğu suça iten ekonomik yetersizliklerle ilgili gerekli destek ve önlem programları uygulanmalıdır. Covid-19 ve suç konularında yapılacak kapsamlı araştırmalar ile pandemi ve benzeri süreçlerin ne gibi etkiler doğurduğu ve bunlarla nasıl mücadele edilebileceği ortaya konulmalıdır.

KAYNAKÇA

AKBULUT Y, ‘Çocuk ve ergenlerde bilgisayar ve internet kullanımının gelişimsel sonuçları’ (2013) 3(2). Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 53-68

AKGÜL GÖK F, Pandemi Sürecinde Çocukların Ruh Sağlığını Etkileyen Etmenler ve Korumacı – Önleyici Tedbirler in Doç. Dr. Aslıhan Aykara (Editör), Krizlerde Çocuğun İyilik Halinin Korunması, Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Basım, 2022, s.221

⁶⁵ Mustafa Saldırım, “Suça İtilmiş Çocukların Yeniden Sosyalizasyonu Projesi”, Bildiriler, I.Ulusal Çocuk ve Suç: Nedenler ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu, 29-30 Mart 2001 AÜ ATAUM, UNICEF, 2002, s.279.

AKOĞLU G, KARAASLAN BT, ‘COVID-19 ve İzolasyon Sürecinin Çocuklar Üzerindeki Olası Psikososyal Etkileri’ (2020) 5(2) İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, 99-103

ARTUK ME, GÖKCEN A, YENİDÜNYA AC, ‘Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (6. Basım, Adalet Yayınevi, 2012)

AVCI M, ‘Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri’ (2010) 11 (1), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 49-73.

AYAS Ö, ‘Karşılaştırmalı Suç Araştırması Hukuki Ve Toplumsal Yönüyle Türkiye Ve İngiltere’de Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Suçları’ (2020) Sayı: 3, Suç Ve Ceza Dergisi, 829-848

AYAS Ö, ‘Pandemi ile geçen bir yılın hırsızlık suçu bağlamında analizi: Türkiye ve İngiltere örneği’ (2021) Kriminoloji ve Toplum Bilimleri Dergisi

BAKSİ Y, ‘Suça Sürüklenen Çocuklarda Bağlanma, Davranış Problemleri Ve Çocukluk Çağı Travmatik Yaşantılarının Sosyal Hizmet Disiplini Çerçevesinde Değerlendirilmesi (Tekirdağ Çocuk Mahkemesi Örneği)’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018)

BAL H, ‘Hukuk Sosyolojisi’ (1. Basım Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınları, 2008)

BARTOLLASS C, SCHMALLEGER F, ‘Çocuk Suçluluğu’ (9. Basım, Yücel D. & Gönültaş B. (Çev.) Nobel Akademik Yayıncılık, 2017)

BAY KARABULUT A, ‘Pandemi sürecinde kadın: Bir bilançoya dair düşünceler’ (2021) 2(1)Meyad Akademi, 69-83.

BAYINDIR N, ÖZEL A, KÖKSAL E, ‘Çocuk suçluluğu demografisi: Kütahya şehri örneği’ (2007) Cilt:9 (1-4) Polis Bilimleri Dergisi, 95-108

BÖREKÇİ E, ‘Suça Sürüklenen Çocuklarda Suç Geçmişi İle Aile Ve Akran Etkisinin Mükerrer Suçluluğa Etkisi: Ankara İli Örneği’ (Yüksek Lisans Tezi, Kara Harp Okulu 2012)

BRAZENDALE K, BEETS MW, WEAVER RG, PATE RR, TURNER-MCGRIEVEY GM, KACZYNSKI AT, CHANDLER JL, BOHNERT A AND VON HIPPEL PT, ‘Understanding differences between summer vs. school obesogenic behaviors of children: the structured days hypothesis’(2017) International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity, 14(1), 100. Doi: 10.1186/s12966- 017-0555-2

BUCHANAN M, CASTRO ED, KUSHNER M, KROHN MD, ‘It’s F** ing Chaos: COVID19’s impact on juvenile delinquency and juvenile justice’ (2020) 45, American Journal of Criminal Justice, 578-600

- ÇÖMERT Ö, ‘Mükerrer çocuk suçluluğu: “Bitlis ili örneği”’ (Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, 2018)
- ÇALIŞKAN A, ‘Türkiye’de Suçlu Davranış Ve Yaş İlişkisi: Suç Türleri Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz’(2021) 24(3), Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 237-267.
- ÇELİK Ş, ÇAK E, ‘Covid-19 Pandemi Sürecinin Aile Üzerine Etkisi’ (2021) 6(11). Gevher Nesibe Journal of Medical & Health Sciences, 43-49
- DEMİR YILDIRIM D, ‘Diyarbakır’da Suça Sürüklenen Çocuklar Üzerine Sosyolojik Bir İnceleme: Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi Örneği’ (Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 2019)
- DOLU O, ‘Bir Fırsat Olarak Suç: Suçun Durumsal Belirleyicileri, Suç Fırsatları Ve Rutin Faaliyetler Teorisi’ (2009) 11(2) Polis Bilimleri Dergisi, 1-30
- EKİNCİ NK, ‘Suça sürüklenmiş çocukların annelerinin çocuklarına ilişkin algısı: Siirt örneği’(Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2016)
- ERBAY E, ‘Çocuk Hakları’ (1. Basım, Yeni İnsan Yayınevi, 2009)
- ERDOĞAN F, ‘Kanunla ihtilafa düşmüş çocuklar ve çocuk suçluluğuna etki eden sosyoekonomik faktörler’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2010)
- EROĞLU E, ‘Covid-19’un ekonomik etkisinin ve pandemiyle mücadele sürecinde alınan ekonomik tedbirlerin değerlendirilmesi’ (2020) 5(2), International Journal of Public Finance, 211-236.
- FELDHUSEN FJ, THURSTON JR, BENNING JJ, ‘Suçluluk ve çocuk davranışlarının diğer yönleri üzerine boylamsal bir çalışma’ (1973) Uluslararası Kriminoloji ve Penoloji Dergisi, 1 (4), 341–351.
- GÜLER H, ŞAHİNKAYASI Y, ŞAHİNKAYASI H, ‘İnternet ve mobil teknolojilerin yaygınlaşması: Fırsatlar ve sınırlılıklar’ (2017) 7(14), Kilis 7 Aralık Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 186-207.
- HANBAY E, ‘Hırsızlık suçu işleyen çocuklar üzerine sosyolojik bir çalışma: (Bitlis İli Örneği)’ (Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, 2019)
- HIRSCHI T, ‘Causes of delinquency’ (Transaction publishers. 2002)
- KARATAŞ K, ERÜKÇÜ AKBAŞ G, ORHAN MG, ‘Ankara’da Çocuk Suçluluğu: Emniyet Çocuk Şubeye Gelen Olgular Üzerinden Bir Değerlendirme’ (2020) 24(1), Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, 137-156
- KARDEŞ TY, ÖZDEMİR OCAKLI B, ‘Pandemide Çocuk Hakları Bağlamında Aile İçi İletişim ve Çocuk Yetiştirme Tarzları’ in Aslıhan Aykara (Ed.) Krizlerde Çocuğun İyilik Halinin Korunması, 1. Basım, Nobel Yayıncılık, 2022, s.1- 30
- KOÇAK Z, HARMANCI H, ‘Covid-19 Pandemi Sürecinde Ailede Ruh Sağlığı’ (2020) (5), Karatay Sosyal Araştırmalar Dergisi, 183-207

METİN İ, ‘Ceza Muhakemesinde Suça Sürüklenen Çocuk’ (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2019)

ÖTER A, ‘Çocuk Suçluluğunun Toplumsal Nedenlerine Sosyolojik Bir Bakış (Antalya Örneği)’ (2018) 7(21) 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 739-769.

ÖZALP A, ‘Çocuk Suçluluğu: Örgütlü Eylem Olarak Çetecilik’ in Müjdat Avcı - Ergün Kara, (Ed.) Birey, Örgüt ve Toplum, Eğitim Yayınevi 1. Baskı, 2023

REGALADO J, TIMMER A, JAWAID A, ‘Crime and deviance during the COVID-19 pandemic’ (2022) 16(4) Sociology compass, e12974.

REVITAL SS, HAVIV N, ‘Juvenile delinquency and COVID-19: the effect of social distancing restrictions on juvenile crime rates in Israel’ (2022) 1-24. Journal of experimental criminology, 785- 808

SALDIRIM M, “Suça İtilmiş Çocukların Yeniden Sosyalizasyonu Projesi”, Bildiriler, I.Ulusal Çocuk ve Suç: Nedenler ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu, 29-30 Mart 2001 AÜ ATAUM, UNICEF, 2002, s.279

SEYMEYEN ÇAKAR A, ‘Covid-19 pandemisinin kadına yönelik şiddet üzerindeki etkileri’ in Zerrin Toprak Karaman ve Yakup Özkaya (Ed.) Covid-19 Pandemisinin Disiplinlerarası Çok Yönlü Analizi, Nobel Akademik Yayıncılık, 1.Basım, 2021, s.109-127

SOKULLU AKINCI F, ‘Kriminoloji’ (15. Bası, Beta Basım 2020)

SOLAK Ö, ‘Suça Sürüklenen Çocuk Olmak –Yeni Neslin Suç Deneyimleri’ (1.Baskı, Nobel Yayıncılık 2021)

ŞENGÜL HA, ‘Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülen dava dosyalarının incelenmesi ve çocuk suçluluğunun değerlendirilmesi’ (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi 2012)

TOPRAK ERGÖNEN A, BİÇEN E, ERSOY G, ‘COVID-19 Salgınında Ev İçi Şiddet’ (2020) 2020;25 The Bulletin of Legal Medicine, 48-57.

TURAN SG, ‘Suç ve Çocuk’ in Yarman B. S., Gökbay İ.Z., Özdemir Ş. (Ed.) Hayata Bir Çocuk Bir Çocuğa Hayat, Suça Karışmanın Erken Yaşta Önlenmesi, Nobel Akademik Yayıncılık, 1. Baskı, 40-53

TÜRNÜKLÜ A, ‘Liselerde öğrenci çatışmaları, nedenleri, çözüm stratejileri ve taktikleri’ (2007) 49(49) Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 129-166

YAVUZ B, AVCI M, ‘Mükerrer Suçluluk, Davranım Bozukluğu ve Antisosyal Kişilik Bozukluğu’nun Ortak Değişkenleri Üzerine Bir Derleme’ (2020) 15(24) OPUS International Journal of Society Researches, 2912-2936.



YILDIRIM S, ‘Salgınların Sosyal-Psikolojik Görünümü: Covid-19 (Koronavirüs) Pandemi Örneği’ (2020) 15(4). Electronic Turkish Studies 1331 vd.

YILDIZ M, ‘Yapısal aile terapisi’nin temel kavramlarıyla gelin filminin incelenmesi’ (2017) 7(12), OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 157-176.

İnternet Kaynakları

<https://sozluk.gov.tr/> , erişim tarihi 17/03/2023

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15704&Desc> erişim tarihi: 19.05.2023

<https://www.unicef.org/turkiye/bas%C4%B1n-b%C3%BClenleri/covid-19-getirilen-k%C4%B1s%C4%B1tlamalar-giderek-artarken-%C3%A7ocuklara-y%C3%B6nelik-istismar-ihmal> erişim tarihi: 19.05.2023

<https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---1-june-2023> erişim tarihi:08/06/2023

BAĞLANTILI CEZA DAVALARINDA İSTİNAFTA KISMI KESİNLEŞME VE TEMYİZ İNCELEMESİNİN KESİNLEŞEN HÜKME ETKİSİ

Partial Final Decree of Linked Criminal Case in Appeal and the Effects of Cassation on Partial Final Decree

Fatih BİRTEK*

Özet

Ceza davalarının ayrı ayrı görülmesi esas olsa da maddi gerçeğe ulaşılabilmesi bakımından bazı durumlarda aynı sanığın birden fazla suça ilişkin yargılaması veya birden fazla sanığın aynı veya farklı suçlara ilişkin yargılaması tek dava kapsamında görülebilir. Tek dava kapsamında görülse dahi bağlantılı ceza davalarında yargılamaya konu suç ve/veya sanık sayısı kadar bağımsız hüküm bulunmaktadır.

Bağlantılı ceza davaları bakımından, bir hükmün istinaf aşamasında kesinleşip, diğer hükmün ise temyiz yolunun açık olması nedeniyle temyiz incelemesine konu edilebilmesi mümkündür. Kesinleşen ve temyiz incelemesine devam eden fiillerin bütünlük taşıdığı (aynı olay kapsamında işlendiği) hallerde ve içtima hallerinde, temyiz incelemesi sonucunda verilecek bozma kararı, kesinleşen hüküm üzerine etki edebilir. Bu tür durumlarda, kesinleşen hükmün infazı başlamış olacağından, sanık açısından hak kaybı söz konusu olabilecektir. Bu hak kaybının önlenmesi için, yargılama konusu fiillerin bütünlük arz ettiği hallerde, temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar, kısmen kesinleşen hükmün infazının ertelenmesine imkân tanıyan yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bağlantılı ceza davası, istinaf, kısmi kesinleşme, temyiz, infazın ertelenmesi.

Abstract

It is basic rule that criminal cases be considered seperately. However, in some circumstances, a defendant's more than one crimes or a group of defendant's one or many crimes can be tried in a single case in order to elicit the truth. Even if linked criminal cases are tried within the single case, there are independent case and independent decisions which are numbered defendants or cases.

In terms of linked criminal cases, it is possible to the partial final decree. Because, one of decision can be final end of the appeal level but the other decision can be subject to cassation remedy. If both of them committed same circumstances or related each others in terms of aggregation of crimes the cassation decision can be effect (defendant's benefit) to the partial final decree. In such cases, since the execution of partial final decree the defendant's rights may be violated. The stay of execution of partial final decree until the end of the cassation remedy should be

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.08.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Prof. Dr., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fatihbirtek@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7019-0653>.

Çalışmanın dil bilgisi ve yazım denetimi konusundaki katkısı için Arş. Gör. Cavidan YEMEZ'e teşekkür ederim.



enact for the preventing of mentioned situation, specifically to linked criminal cases which are complement each other.

Keywords: Linked criminal case, appeal, partial final decree, cassation, stay of execution.

GİRİŞ

Türk ceza muhakemesinde istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte bölge adliye mahkemesinin pek çok kararına karşı temyiz yolu kapatılmıştır. CMK m. 286/2’de yer verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapatılması bu kararların iki dereceli bir kanun yolu sistemi içerisinde -temyize nazaran- çok daha kısa sürede kesinleşmesine neden olmaktadır. Hiç şüphesiz bu sonuç, Anayasa m. 141/4 uyarınca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması bakımından olumlu olsa da temyiz kanun yolu kapalı olan kararların belirlenmesinde esas alınan ceza üst sınırı¹ ve bağlantılı ceza davalarında hükmün kısmen kesinleşmesi konusunda bir kısım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Bir sanık hakkında birden fazla eylem nedeniyle verilen kararlar ile birden fazla sanığın bağlantı nedeniyle aynı dosya kapsamında yargılandığı davalarda verilen kararların bir kısmının istinaf kanun yolunda kesinleşmesi diğer kısmının ise temyiz incelemesine tabi olması (henüz kesinleşmemesi) “*dikey kısmi kesinleşme*” olarak tanımlanmaktadır². Tek bir sanık hakkında tek bir suç bakımından kurulan hükmün, belli bir kısmının (veya birden fazla yaptırımdan herhangi birisinin) kanun yoluna götürülmesi halinde, kanun yoluna konu edilmeyen kısmın kesinleşmesi ise “*yatay kısmi kesinleşme*” olarak tanımlanmaktadır³.

Dikey kısmi kesinleşme halinde, aynı sanık veya farklı sanıklar hakkında verilen kararlardan bir kısmı kesinleştiğinde, henüz kesinleşmeyen ve temyiz incelemesi devam eden kararların kesinleşen kararlara etkisi CGTİHK m. 17/A’da düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede CMK m. 380/3 ve 306 hükümleri kapsamında bozmanın (veya istinafın) sırayetinin (yayılmasının) söz konusu olduğu bağlan-

¹ CMK m. 286/2 kapsamında beş yıl veya daha az hapis cezalarına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarına karşı temyiz yolu kapalı olmasının Türk yargısını temelden sarsacak bir sorun haline gelebileceği eleştirisi için bkz. Mehmet Handan Surlu, İstinaf Usulünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar in *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı* (Adalet Bakanlığı Yayını 2007) 44-45; Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İstinaf (1. Bası, Adalet Yayınevi 2018) 335-336. Yine Yenisey/ Nuhoğlu tarafından, istinaf kanun yolunda içtihat birliğini sağlayacak mekanizmaların yetersiz olması, hukuk (içtihat) birliğinin sağlanması bakımından olumsuzluk olarak değerlendirilmektedir. Bu uygulama nedeniyle, pek çok suç açısından Yargıtay’ın içtihat oluşturma yolu kapatılmış olmaktadır. Değerlendirme için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 847, 894.

² Friedrich- Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Çev. Salih Oktar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 225, 242; Feridun Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları* (İkinci Baskı, Beta 1990) 173; Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2010) 84.

³ Schroeder ve Verrel (n 2) 242.

tılı ceza davaları (objektif bağlantı halleri) bakımından, hükmü veren ilk derece mahkemesine infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu düzenleme, birden fazla sanık hakkında verilen ve bir kısmı kesinleşip diğer kısmı kesinleşmeyen kararlara veya diğer bir deyişle sübjektif bağlantının söz konusu olduğu duruma özgüdür. Zira maddede “*birlikte işlenmiş olup da*” denilmek suretiyle, birden fazla sanık hakkında kurulan hükümler bakımından infazın ertelenebileceği veya durdurulabileceği düzenlenmiştir. Aynı sanık hakkında verilen kararlardan birisinin kesinleşip diğerinin kesinleşmediği hallerde, ne şekilde uygulama yapılacağı ise açıklığa kavuşturulmamıştır.

Bu çalışmada tek sanığın birden fazla suç nedeniyle yargılandığı ve hakkında birden fazla karar verildiği hallerde, bu kararlardan bir kısmının istinaf aşamasında kesinleştiği diğer kısmının ise temyiz incelemesine tabi olduğu durumlarda, temyiz incelemesi devam eden kararların, kesinleşen kararların infazına etki edip etmeyeceği ve sırf bu sebeple kesinleşen kararların infazının ertelenmesinin/ durdurulmasının mümkün olup olamayacağı tartışılacaktır. Zira failin birden fazla suç işlediği durumlarda, bu suçlar tek bir eylemle işlenmiş olabileceği gibi (örneğin fikri içtima halinde), birden fazla eylemle işlenen suçlarda maddi vakıanın bütünlük arz etmesi söz konusu olabilir.

Örneğin; belgede sahtecilik suretiyle işlenen dolandırıcılık suçu bakımından, TCK m. 212 kapsamında gerçek içtima hükümleri uygulanarak birden fazla hüküm kurulmakla birlikte, belgede sahtecilik eylemi ile dolandırıcılık suçunun “hileli davranış” unsurunun, gerek suçun fiil unsuru gerekse ispat hukuku açısından “bütünleşmesi” söz konusu olabilecektir. Bu durumda, belgede sahtecilik suçuna ilişkin olarak verilen kararın (hükmolunan ceza üst sınırı nedeniyle çoğu kez) istinaf aşamasında kesinleşmesi söz konusu olurken, dolandırıcılık (özellikle nitelikli dolandırıcılık) suçuna ilişkin kararın ise temyizi mümkün olabilecektir. Bu tür durumlarda, bütünlük arz eden olaya ilişkin suçlardan birisi hakkında kesinleşme ve infaz aşamasına geçme söz konusu iken, diğeri hakkında temyiz incelemesi devam edebilecektir. Temyiz incelemesi devam eden kararın bozulması halinde ise bu “bozma” kararının, istinaf aşamasında kesinleşen hüküm bakımından -sanık lehine- sonuçları olabilecektir. Bu sebeple, sübjektif bağlantının söz konusu olduğu hallerde, sanık hakkında kurulan birden fazla hüküm bakımından “*kısmi kesinleşme*”⁴ nedeniyle ortaya çıkan bu durumun tartışılması gerekmektedir.

I. BAĞLANTILI CEZA DAVALARI

Ceza muhakemesinde, yargılama konusu olay başka bir ceza davasına konu olay ile (tek çeşit bağlantı) veya başka bir yargı kolundaki dava ile (karışık bağlantı) ilişkili olabilir⁵. CMK’de (m. 8-11) tek çeşit bağlantıya ilişkin hükümlere

⁴ Kısmi kesinleşme konusunda detaylı açıklama ve tartışmalar için bkz. Fatih Birttek, ‘Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme’ MÜHFHAD (2020) 26 (2) 571, 571 vd.

⁵ Yenisey/ Nuhoğlu (n 1) 139; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yirminci



yer verilmiş olmakla birlikte, karışık bağlantı CMK m. 218 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur⁶.

Ceza muhakemesinde temel kural, her suçun (veya failin) ayrı ayrı yargılanmasıdır⁷. Birleştirme ve ayırma ihtiyaridir⁸. Zira bir yargılamada birden fazla fail ve birden fazla fiil söz konusu olduğundan, maddi gerçeğe ulaşmak zorlaşabilir. Yine özellikle fail sayısının fazla olması halinde, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi zorlaşabilir ve hatta imkansızlaşabilir.

Örneğin; 20 veya 30 failin birden fazla suç nedeniyle yargılandığı bir ceza

Bası, Beta 2021) 717.

- ⁶ CMK'de karışık bağlantıdan sadece m. 218 hükmüyle dolaylı olarak söz edildiği hususunda bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 260. Benzer düşünce için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022) 532. Yargıtay'a göre "Bağlantının varlığı halinde yargılamanın birleştirilmesi, bekletici sorun veya nisbi yargılama kavramları ortaya çıkar". Yargıtay 6 CD, 30946/ 43338, 28.09.2015 (Çalışmada atıf yapılan kararlardan farklı bir kaynak gösterilmeyenler- www.yargitay.gov.tr ve www.kazanci.com adreslerinden alınmıştır). Bağlantı nedeniyle ortaya çıkan muhtemel durumlar için bkz. Ömer Buğra Süren, 'Ceza Muhakemesinde Nispi Muhakeme ve Bekletici Sorun', *EconJURA*, (2022) 1 (2) 171, 171 vd. Bağlantının soruşturma aşamasına da hitap ettiği ve bağlantı hallerinin soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Şahin ve Göktürk (n 6) 262; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021) 170.
- ⁷ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018) 217; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 533. Yargıtay'a göre de "Ceza yargılamasında genel kaide, açılan her dava üzerine ayrı bir yargılama yapılması olup uyumsuzluklar arasında bağlantı olduğunda, bağlantının mahiyeti icabı, istisnai hükümler doğrultusunda ana kuraldan ayrılarak farklı hareket edilebilir". Yargıtay CGK, 389/420, 09.10.2018.
- ⁸ Bahri Öztürk (Ed.), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018) 204-205; Şahin/ Göktürk (n 6) 262. Ünver ve Hakeri'ye göre ceza davalarının birleştirilebilmesi için "fayda, gereklilik ve olanak bulunması" ve "birleştirmeye engel bir yasal düzenleme bulunmaması" gerekmektedir. Açıklama için bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022) 171-172; aynı yönde bkz. Centel/ Zafer (n 5) 720; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 142-143. Yargıtay'a göre de "...davaların birleştirilerek birlikte görülmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri cihetine gidilmesi mutlak bir zorunluluk olmayıp, aksine davaların takdire bağlı olarak birleştirilmesi sanık hakkında yürütülen yargılamanın gereksiz uzamasına, usul işlemlerinin tekrar edilmesi nedeniyle toplumdaki adalet duygusunun zedelenmesine de yol açacaktır". Yargıtay CGK., 5-52/354, 11.07.2014. www.kazanci.com. erişim tarihi: 24.07.2023; "ceza yargılamasında genel kural, açılan her dava üzerine ayrı bir yargılamanın yapılmasıdır. Ancak, uyumsuzluklar arasında bağlantı olduğu zaman, bağlantının özelliği yüzünden bu kuraldan ayrılabilenmektedir. Ana kuraldan ayrılmayı gerektiren ayrık hallerden biri olan yargılamaların birleştirilmesi, birleştirmede fayda düşüncesine dayandığından, fayda varsa birleştirilmeli, fayda yoksa birleştirilmemelidir. Yasamız da, bu yolu tutmuş, fayda bulunup bulunmadığının her olayda araştırılmasını kural olarak hakime bırakmış, istisnaen de, yargılamaların birleştirilip birleştirilmeyeceğini kendisi tayin etmiştir. Ceza Yargılaması sistemimiz incelendiğinde, birleştirme için üç temel ilkenin benimsendiği, bunlardan birleştirmenin ihtiyarılığı ilkesinin ana, birleştirme zorunluluğu ve birleştirme yasağının ise ana ilkenin istisnalarını oluşturduğu görülmektedir. Birleştirme ihtiyari olmakla birlikte, birleştirmenin zorunlu olduğu haller de öngörülmüştür" Yargıtay CGK, 162/179, 28.09.2010.

davası bakımından, hâkimin/ mahkemenin hem yargılama konusu fiillerin sübut araçları olan delilleri (ve faillerin beyan ve savunmalarını) hatırlayabilmesi hem de cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında kişi olarak failleri hatırlanmasında tutabilmesi pek mümkün değildir. Özellikle, failin yargılama sırasında tavır ve davranışlarının önem arz ettiği (TCK m. 62/2) durumlar ile failin fiili pişmanlığının duruşmada bizzat gözlemlenmesini gerektiren durumlar (etkin pişmanlık halleri) failin “kişi” olarak hatırdan tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

Her fiilin/ failin ayrı yargılanması kural olmakla birlikte, maddi gerçeğe ulaşmak bakımından zorunluluk arz eden haller ile makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi gereğince bir faile ilişkin birden fazla fiilin (suçun) veya birden fazla faile ilişkin tek veya birden fazla suçun birlikte (aynı dava kapsamında) yargılanması bir gereklilik ve hatta hukuken olmasa da fiilen zorunluluk halini alabilmektedir⁹. Delillerin birlikte değerlendirilmesi için birleştirme¹⁰ gerekli olabileceği gibi iki davanın sonucunun birbirini etkileyebilecek nitelikte olması halinde (kararlar arasındaki çelişkiyi önleyebilmek için) de birlikte işlenen suçlara ilişkin

⁹ Yasal bir zorunluluk bulunmasa da Yargıtay’ın, bazı olaylarda ceza davalarının birleştirilerek görülmesinin zorunlu kabul ettiği görülmektedir. Yargıtay’a göre “*Davaların birleştirilebilmesi için uyumsuzluklar arasında bağlantı, birleştirmede fayda ve birleştirme olanağının bulunması gerekir. Davalar arasında bağlantı bulunması birleştirmeyi zorunlu kılmamaktadır. Birleştirmede mecburiyet ilkesi geçerli olmamasına rağmen somut duruma göre ihtiyarilik zorunluluğa dönüşebilecektir. Yargılamaların birleştirilmesi, tüm delillerin birlikte tartışılmasını, maddi gerçeğe daha çabuk ulaşılmasını sağlayacak, çelişkili kararlar verilmesini engelleyecektir. Yargılama daha ucuz yapılacak, kararlar arasında çelişki doğmayacaktır. Ağır Ceza Mahkemesinin ve diğer Ağır Ceza Mahkemesinin dosyalarında sanıkların üzerlerine atılı suç tarihinin aynı olup mağdurların gözaltına alındıklarında işkenceye maruz kaldıklarının iddia edilmiş bulunması ve her iki dava arasında objektif ve sübjektif bağlantı bulunması, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için her iki dosyadaki mevcut delillerin birlikte değerlendirilmesi ve iştirak halinde işlendiği iddia edilen suç nedeniyle davaların birbirlerini etkileyici nitelikte olduğu, dava dosyalarının birinde yer alan bilgiden diğer davada da yararlanılabilmesi, çelişkili kararlara neden olunmaması için davaların birleştirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekir*”, Yargıtay 8. CD, 2523/11479, 11.04.2013. Yine ceza yargılamasında gerek yargılamanın makul sürede ve ekonomik bir şekilde yürütülebilmesi gerekse ispata ilişkin çelişkili sonuçların ortaya çıkmasını engelleyebilmek amacıyla CMK m. 280/1-f bendinde “*davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması*” özel bir bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. Maddede yer verilen “zorunlu olma” hali, yasal bir zorunluluk olmayıp maddi gerçeğe ulaşma bakımından aranan bir zorunlu olma halidir.

¹⁰ Birleştirme ancak ilk derece mahkemelerindeki davalar bakımından mümkündür. Soruşturma aşamasındaki bir uyumsuzlukla kovuşturma aşamasındaki bir uyumsuzluk birleştirilemeyeceği gibi istinaf aşamasındaki bir uyumsuzlukla ilk derece mahkemesindeki bir uyumsuzluk birleştirilemez. CMK m. 280/1-f bendinde “*davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâlinde hükmün bozulmasına...karar verir*” denildiğinden, istinaf aşamasında, aynı daire önünde olsa ve her iki dava bakımından duruşma açılmasına karar verilmiş olsa dahi istinaf incelemesinin davalar birleştirilerek yapılabilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bağlantı, istinaf aşamasında ancak bir “bozma” nedeni teşkil edebilir. Birleştirme için, birleştirilecek uyumsuzlukların aynı evrede bulunması gerektiği yönündeki düşünce için bkz. Öztürk (n 8) 205; Şahin ve Göktürk (n 6) 262; Özen (n 6) 171.



ceza davaları birleştirilebilir¹¹.

AİHM'e göre de birden fazla ceza davasının birlikte görülmek istenmesi anlaşılabilir bir yaklaşım olsa da bu uygulama birlikte görülen davalardan herhangi birisindeki “önemli” gecikmeyi haklı göstermez¹².

Bir sanık hakkındaki birden fazla davanın veya birden fazla sanık hakkındaki aynı suça ilişkin davaların birlikte görülmesinden maddi gerçeğe ulaşma, makul sürede yargılanma ve usul ekonomisi ilkelerinden kaynaklanan gereklilik/ ihtiyaç nedeniyle¹³, CMK'de ayrı yargılama kuralının istisnası olarak “*bağlantı*” kavramına yer verilmiştir.

Kanun koyucunun, farklı ceza uyumsuzlukları arasındaki ortak noktayı (bağlantıyı) tanımladığı haller *dar bağlantı*; ortak noktayı (bağlantı) tanımlamadığı haller ise *geniş bağlantı* olarak ifade edilmektedir¹⁴.

CMK 8-11 hükümlerinde hem dar hem de geniş bağlantı düzenlenmiş olup, dar bağlantı öğretide “*objektif*” ve “*sübjektif*” bağlantı olmak üzere iki başlık altında

¹¹ Ersan Şen, ‘Birleştirme Uyuşmazlığı’ (hukukihaber, 07.12.2016) <https://www.hukukihaber.net/birlestirme-uyusmazligi>, s. 4. erişim tarihi: 23.07.2023. Yazara göre davaların birleştirilmesi veya ayrılması bugüne kadar usul ekonomisi ve yargılamanın süratlendirilmesi amaçlarına hizmet etmemiştir. Bu tür tasarrufların genellikle yargılama sürecini uzattığı ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Şen, s. 8. Sadece bir delili değerlendirmek veya bir tanığı dinlemek için davaların birleştirilemeyeceği hususunda bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 183.

¹² AİHM, Hentrich/ Fransa Kararı, Başvuru No. 13616/88, 22 Eylül 1994 tarihli karar, par. 61. Karara HUDOC veri tabanından erişilmiştir. Erişim Tarihi: 28.07.2023. AİHM, hukuk davasının, ceza davasının sonucunun beklenmesi amacıyla ertelenmesi ve bir bütün olarak yargılamanın 8 yıldan fazla sürmesi, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. AİHM, Rezette/ Lüksemburg Kararı, Başvuru No. 73983/01, 13.10.2004 (Final) tarihli karar, par. 32. Karara HUDOC veri tabanından erişilmiş ve Fransızca metni üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Yargıtay'a göre de “*Davanın takdire bağlı olarak birleştirilmesi sanık hakkında yürütülen yargılamanın gereksiz yere uzamasına yol açacak ise birlikte yargılanma gerekli değildir.... Hukuk yargılamasından farklı olarak taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olmadığı ceza muhakemesinde, yargılama makamlarının davayı gerekli hızla bakıp yürütmeye yükümlülüğünün bulunduğu, verilen birleştirme kararlarının; hak ve adaletin tesisi için gerekli olduğu düşünülse dahi, bu tür kararların sanık sayısı, olayın karmaşıklığı, sanıklar ve eylemleri arasındaki bağlantı ve iştirak ilişkisinin birleştirmeyi zorunlu kılıp kılmadığı, birleştirmede yasal zorunluluk olup olmadığı, yargılamayı uzatıp uzatmayacağı gibi hususlar nazara alınarak verilmesi gerektiği, eğer davaların birleştirilmesi sanıkların makul sürede yargılanma haklarını ihlal edecekse bu yönetime başvurulmaması gerek[ir]*”. Yargıtay CGK, 363/636, 14.12.2021. Yargıtay'ın bir kararında, gerekli olmadığı halde yapılan birleştirme “*savunma hakkının kısıtlanması*” olarak kabul edilmiştir. Yargıtay 7. CD., 10773/2839, 18.12.2014. Karar için bkz. Şen (n 11) 6.

¹³ “*Birleştirme yapabilmenin temel amacının usul ekonomisinde aranması gerekir. Bu da zaman ve esâ açısından birleştirmede fayda bulunması hâlinde gündeme gelebilir. Yargılamanın birleştirilmesi fayda düşüncesine dayandığından, fayda varsa birleştirilmeli fayda yoksa birleştirilmemelidir. Birleştirmede fayda olup olmadığı olayların özelliğine göre hâkim tarafından belirlenir*”, Yargıtay CGK, 118/293, 21.04.2022.

¹⁴ Centel ve Zafer (n 5) 717-718.

ele alınmaktadır¹⁵.

Objektif bağlantı, yargılama konusu fiilin temel alındığı ve bu fiil nedeniyle birden fazla sanığın bulunduğu bağlantı türüdür¹⁶. Bu tür bağlantıda sanıkları birbirine bağlayan ortak “nokta”, yargılama konusu “*fiil veya fiillerdir*”¹⁷. Bu bağlantı türü “*fiili bağlantı*” olarak da tanımlanabilir. Örneğin; çok failli suçlarda (örgüt kurma, yönetme, üye olma veya rüşvet) ya da iştirak halinde işlenen suçlarda, sanıklar arasındaki bağlantı noktası, yargılama konusu fiil veya fiillerdir. Bu bağlantı türü bakımından, fiilin niteliği ve faillerin bu fiile katkısı önem taşımaktadır¹⁸.

Objektif bağlantı öğretide, “*dar bağlantı*” ve “*geniş bağlantı*” olmak üzere iki alt başlığa ayrılmakta ve dar bağlantı da kendi içerisinde; “*objektif bağlantı*”

¹⁵ Bağlantı, bağlantı türleri, bağlantı nedeniyle ortaya çıkan fayda ve riskler konusunda detaylı açıklama için bkz. Miraç Beyza Elmalı, *Ceza Muhakemesinde Bağlantılı Uyuşmazlıkların Birleştirilmesi* Hacettepe Üniversitesi SBE Kamu Hukuk Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023) 4 vd.

¹⁶ Bu tür bağlantıda sanıklar arasında iştirak ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Açıklama için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 139. Objektif bağlantı, iştirak ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi yan yana faillikten veya karşılaşma suçlarından da kaynaklanabilir. Nitekim Yargıtay’a göre de “...çift taraflı bir karşılaşma suçu olan rüşvette, alanın ve verenin hukuki konumları birbirinden farklıdır. Rüşvet alanın mutlaka kamu görevlisi olması gerekmekte olup bu haliyle rüşvet alma suçu özgü suç niteliğindedir. Rüşvet verenin ise kamu görevlisi olması şart olmayıp, herkes bu suçun faili olabilecektir. Dolayısıyla kural olarak hukuki konumları farklı olan kişilerin aynı olayın tarafları olması durumunda yargılamalarının irtibat nedeniyle birleştirilerek birlikte görülmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, usul ekonomisi ve hukuki güvenlik açısından önem arz etmektedir”. Yargıtay CGK., 5-52/354, 11.07.2014. Kararı nakleden, A. Caner Yenidünya, ‘Ceza Muhakemesinde Bağlantılı Uyuşmazlıklar ve Sonuçlar’ (caneryenidunya, 2019), <https://caneryenidunya.com/ceza-muhakemesinde-baglantili-uyusmazliklar-ve-sonuclari/>, 8, erişim tarihi: 28.07.2023. Ceza davalarının birlikte görülmesi bakımından, iştirak ilişkisinin zorunlu kabul edildiği yasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 86. Maddesine göre hakim ve savcıların suçlarına “*iştirak edenler*”, aynı soruşturma ve kovuşturma mercilerine tabi tutulmuştur. Çok failli suçların, objektif bağlantının bir türü olduğu, CMK’de yer verilen “*her ne sıfatla olursa olsun*” ifadesinin de bu durumları kapsadığı hususunda bkz. Öztürk (n 8) 202.

¹⁷ Centel/ Zafer (n 5) 717. Yargıtay’a göre de objektif bağlantı bakımından, “*suçun niteliği, iddianamelerde olayın anlatılış biçimi*” gözetilerek, sanıklar ve işledikleri iddia olunan suçlar arasında “*fiili irtibat*” bulunup bulunulmadığı tartışılarak davaların birleştirilmesi cihetine gidilmelidir. Yargıtay 5. CD, 394/756, 21.01.2016.

¹⁸ “*örgüt kapsamında işlenen suçlar nedeniyle birden çok sanık hakkında yürütülmekte olan davaların birleştirilmesinde, bağlantı ve iştirak kavramlarının dar yorumlanması ve uygulanması gerektiği gözetilmelidir*”, Yargıtay CGK, 363/636, 14.12.2021. Öğretideki -bizim de katıldığımız- düşüncüyü göre bir suçun örgüt kapsamında işlenmiş olması veya örgüt üyeliği suçunun işlenmiş olması, her durumda üyelik iddiasıyla yargılanan kişilerin aynı dava kapsamında yargılanmasını haklı kılmaz. Bu tür davalar bakımından “*davaların ayrı ayrı görülmesi halinde pek çok suç kısırlı bir zaman zarfında aydınlığa kavuşturmak v ehükme bağlamak mümkün iken, suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği ön kabulünden hareketle gereksiz yere davaların birleştirildiği, birbirleriyle ilgili olmayan pek çok suçun aynı davanın konusunu oluşturduğu ve birbirlerini tanımayan pek çok sanığın da aynı dava kapsamında yargılanabilir hâle getirildiği, bu uygulamanın mahkemelerin hüküm vermesini oldukça güçleştireceği gibi, vereceği kararları da toplumu oluşturan bireyleri tatmin etme bakımından kuşkulu kılabilir*”. İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri* (10. Baskı, Seçkin Yayınları 2017) 53.

(CMK m. 8/1), “sübjektif bağlantı” (CMK m. 8/1) ve “varsayımsal bağlantı” (CMK m. 8/2) olarak üç alt başlığa ayrılmaktadır¹⁹.

CMK 8’de yer verilen düzenlemeye göre objektif bağlantıda, bağlantı noktası “fiil/suç” iken; sübjektif bağlantıda ise “fail”dir²⁰.

CMK m. 8/2’de düzenlenen ve “varsayımsal bağlantı”²¹ olarak tanımlanan bağlantı türü suçun işlenmesinden sonra suçlunun kayırılması, suç delillerinin yok edilmesi, gizlenmesi veya değiştirilmesi eylemleri ile yargılama konusu eylem arasındaki bağlantıyı ifade etmektedir. Objektif dar bağlantıyı varsayımsal olarak kabul eden ve bu eylemlerle asıl dava konusu eylem arasındaki bağlantıyı kuran, bizatihi kanundur. Bu sebeple bu bağlantı türü “hukuki bağlantı” olarak tanımlanabilir.

Geniş bağlantı ise mahkemeler tarafından, görülmekte olan bir dava ile aynı veya başka mahkemelerde görülen bir başka dava arasında (yargılama konusu eylemler itibariyle) bağlantı kurulmasıdır (CMK m. 11). Objektif geniş bağlantıda bağlantıyı sağlayan “ortak nokta/ bağlantı noktası”, davalar arasındaki ilişki (neden sonuç ilişkisi olabileceği gibi aynı amaçlarla işlenen suçlar bakımından amaçsal ilişki de olabilir) olmakla birlikte, bağlantıyı kuran süje ise hâkim veya mahkemedir.

Sübjektif bağlantı, bir kişinin birden fazla suçtan dolayı “sanık” olmasıdır. Bu tür bağlantıda, davalar arasındaki bağlantıyı sağlayan ortak nokta, bizatihi “sanık”tır. Diğer bir deyişle, bağlantı sanık tarafından kurulmaktadır. Bu nedenle bu bağlantı türü “şahsi bağlantı” olarak tanımlanabilir. Sübjektif bağlantı bakımından, sanık tarafından işlenen suçlar aynı zamanda işlenmiş olabileceği gibi farklı zamanlarda da işlenebilir. Yine sanık tarafından işlenen bu suçlar tek veya birden fazla fiil ile işlenebilen aynı suç olabileceği gibi (örneğin zincirleme suç), farklı suçlar da olabilecektir. Sübjektif bağlantının mutlaka suçların içtimai şeklinde ortaya çıkması ise gerekmez²².

Sübjektif bağlantı bakımından, suç türünün veya sayısının bağlantının kurulması açısından önemi yoktur. Bu bağlantı türünde, usul ekonomisi gereği

¹⁹ Ünver ve Hakeri (n 8) 169. Yenisey ve Nuhoglu, CMK m. 8/2’de yer verilen hali, geniş bağlantı içerisinde değerlendirmektedir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 140. Bağlantı türleri ve CMK’de yer verilmeyen “ispat bağlantısı” ile “asıl sorunlar arası bağlantı- asıl sorun ve ön sorun arası bağlantı” çeşitleri hakkında bkz. Öztürk (n 8) 203.

²⁰ Centel ve Zafer (n 5) 719 vd.; Yenidünya (n 16) 2. Objektif bağlantıda “birden fazla suç”, sübjektif bağlantıda ise “birden fazla sanığın” bağlantı noktası oluşturduğu hususundaki farklı görüş için bkz. Ünver ve Hakeri (n 8) 169. Biz çoğunluk görüşüne iştirak eden, yargılama konusu fiil nedeniyle birden fazla sanığın aynı davada yargılanmasını (bağlantının fiil üzerinden kurulmasını) objektif bağlantı ve tek bir sanığın birden fazla fiil nedeniyle yargılanmasını (bağlantının fail/sanık üzerinden kurulmasını) ise sübjektif bağlantı olarak kabul ettiğimizden, çalışmamızda bu ayrımı esas alarak değerlendirmede bulunulacaktır.

²¹ Ünver ve Hakeri (n 8) 169.

²² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 531.

(aynı sanık bakımından aynı işlemlerin gereksiz yere tekrar edilmesini engelleyerek davayı en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırma amacıyla) aynı dava dosyasında yargılama yapılmakla birlikte, istisnaen olay bütünlüğünün sağlanarak maddi gerçeğe daha iyi ulaşılması ve çelişkili kararların verilmesinin engellenmesi²³ (örneğin zincirleme suç halinde birden fazla suçun aynı dosya kapsamında yargılanması) gibi amaçlar da söz konusu olabilecektir²⁴. Buna mukabil, bağlantı nedeniyle birleştirilen davalar bakımından yargılamanın uzaması tehlikesi de her zaman mevcuttur²⁵.

Objektif bağlantı halinde birden fazla sanık hakkında, sübjektif bağlantı halinde ise bir sanık hakkında birden fazla olay nedeniyle hüküm kurulmakta ve bu hükümler mahiyetleri itibariyle birbirinden ayrılan hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶. Bağlantılı ceza davalarında, bağlanan (birleşen) dava sayısı kadar hüküm/ karar bulunmaktadır²⁷. Karar/ hüküm sayısını, objektif bağlantı bakımından “yargılama konusu suç ve sanık sayısı”; sübjektif bağlantı bakımından ise “*id-dianame*” belirlemektedir²⁸. Bu sebeple bağlantılı ceza davaları bakımından, karar veya hükümlerden bir kısmının kesinleşmesi diğer kısmının ise kesinleşmemesi biçiminde ortaya çıkan kısmi kesinleşme durumu söz konusu olabilecektir²⁹.

Objektif bağlantı bakımından, bir kısım sanık/lar hakkındaki hükmün istinaf kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi halinde istinaf sonucunun kesinleşen hükme etkisi CMK m. 280/3’te; bir kısım hükümlerin istinaf incelemesi sonucunda -temyiz kanun yolunun kapalı olması veya temyiz edilmemesi- nedeniyle

²³ Birtek, ‘Kısmi Kesinleşme’ (n 4) 596. Yargıtay’a göre “*davaların birleştirilmesi maddi gerçeğin ortaya çıkmasını, kısmi kesinlikten bahsedilmemesini ve çelişkilerin ortadan kalkmasını sağlayan fayda içerdiğinde, olanaklı ise bağlantılı davaların birleştirilip birlikte görülmesinde fayda vardır. Bu bağlamda davaların birleştirilmesi buyünlüyle adil yargılama ve savunma hakkının bir gereğidir*”. Yargıtay 6. CD, 1260/895, 26.02.2020; Yargıtay 6. CD, 1542/4976, 23.10.2019.

²⁴ Zincirleme suç bakımından, zencire dahil olan suçların aynı ceza davası kapsamında görülmesi gerektiği hususunda bkz. Yargıtay 9. CD., 02.06.2020 tarih, E. 2020/1500, K. 2020/191. Kararı nakleden Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 6) 531, dn. 642.

²⁵ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayi, 1986) 279; Centel ve Zafer (n 5) 661; Öztürk (n 8) 203-204.

²⁶ “*Ceza ve ceza muhakemesi hukukuna hakim olan “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ve “cezaların bireyselleştirilmesi” ilkeleri çerçevesinde, ceza muhakemesi süreci, kural olarak her sanık yönünden ayrı ayrı yürütülen bir süreçtir. İster bağlantı sebebiyle ister iştirak halinde işlenen suçlar sebebiyle birlikte görülen çok sanıklı bir ceza davasında, her sanığın ifadesinin ayrı ayrı alınması, her sanığın suç oluşturan eyleminin ve her sanık hakkında toplanan delillerin ayrı ayrı değerlendirilmesi, her sanığın neden beraat ettiğinin gerekçesinin ayrı ayrı yazılması ve koşulları varsa her sanık için ayrı ayrı beraat hükmü kurulması gerekecektir*”, Yargıtay 19. CD., 33104/13267, 22.10.2019.

²⁷ Kunter (n 25) 279, 939; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 11) 183. Aksi düşünceye göre davaların birleştirilmesi halinde yargılama tektir ve verilen karar da birdir. Açıklama için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018) 228.

²⁸ Birtek, ‘Kısmi Kesinleşme’ (n 4) 592.

²⁹ Birtek, ‘Kısmi Kesinleşme’ (n 4) 598-599.



kesinleşmesi halinde temyiz sonucunun istinaf aşamasında kesinleşen hükme etkisi CMK m. 306'da ve infazın bu sebeple ertelenmesi ya da durdurulması da 5275 sayılı Kanun'un 17/A hükmünde düzenlenmiştir.

Sübjektif bağlantı bakımından ise tek bir sanık hakkında iddianamede unsurları gösterilen birden fazla suç nedeniyle birden fazla hüküm verilebilecektir. Bu tür bağlantıda, zaman, mekân, fiil, konu veya mağdur yönünden bütünlük gösteren birden fazla fiil ve bu fiiller nedeniyle birden fazla hüküm söz konusu olabileceği gibi birbiriyle ilgisiz ve bütünlük arz etmeyen (bağımsız) fiiller nedeniyle de birden fazla hüküm tesis edilebilir. Bütünlük arz etmeyen fiiller mahiyetleri itibariyle bağımsız olduklarından, bu fiiller nedeniyle tesis olunan hükümler de bağımsız niteliktedir. Bu fiiller nedeniyle tek dosya kapsamında hüküm kurulmuş olsa dahi esasında bu fiiller bağımsız davaların konusunu oluşturur. Bu sebeple, birbirinden bağımsız oldukları halde, sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen bu fiiller nedeniyle kurulan hükümlerden birisinin istinaf kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi halinde istinaf sonucunun kesinleşen hükme etkisi veya bir hükmün istinaf incelemesi sonucunda, temyiz kanun yolunun kapalı olması veya temyiz edilmemesi üzerine kesinleşmesi halinde temyiz sonucunun istinaf aşamasında kesinleşen diğer hükme etkisi konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Zira bu fiiller ve dolayısıyla hükümler -tek dosya kapsamında yargılama yapılsa da- bağımsızdır ve kesinleşen bu hükümler bakımından 5275 sayılı Kanun'un 98. maddesi kapsamında kesinleşen cezalar/ hükümler toplanarak infaz edilir.

Sübjektif bağlantı bakımından tartışma konusu olan ve bu çalışmanın da konusunu oluşturan husus; zaman, mekân, fiil, konu veya mağdur yönünden bütünlük gösteren ancak kanun gereği (TCK m. 102/4, 103/5, 106/3, 109/6, 119/2, 142/4, 149/2, 212, 220/4, 223/4-5, 224/2-3, 235/3-a ve 4, 236/3, 255/6, 265/5, 267/4, 272/5, 292/4, 294/7, 296/2, 298/3, 302/2, 303/3, 309/2, 311/2, 312/2, 313/4, 314/3 [220/4]), gerçek içtima kapsamında ayrı ayrı cezalandırılan fiillere ilişkin hükümlerdir. Bu hallerde, birden fazla fiil/ suç³⁰ arasında fail/ sanık bağlantı noktasını oluşturduğundan, aynı dava kapsamında yargılama yapılmakta ancak birden fazla hüküm tesis edilmektedir. Bu hükümler suç teorisi bakımından ve kanun gereğince ayrı ayrı cezalandırılmış olsa da maddi vakıa itibariyle birbirinden bağımsız nitelik taşımamaktadır. Örneğin; belgede sahtecilik yoluyla işlenen dolandırıcılık (veya nitelikli dolandırıcılık) suçu bakımından, belgede sahtecilik eylemi, dolan-

³⁰ İddianamede tanımlanan ve bütünlük arz eden fiilin "tek" olması halinde (hukuken tek fiil olması halinde), ceza davası neticesinde kurulacak hüküm de -eylemin bölünmezliği ilkesi uyarınca- "tek" olacaktır. Bu tür bir dava kapsamında, fiil hakkında iki şekilde (birincisi iddianamedeki vasıflandırma, ikincisi ise mahkemenin vasıflandırması) olacak şekilde hem beraat hem mahkûmiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda CMK m. 226 kapsamında ek savunma hakkı tanınmak suretiyle "değişen suç vasfına göre" tek bir hüküm kurulması gerekmektedir. Yargıtay'a göre de tek fiilin söz konusu olduğu davada, eylemin bölünmezliği ilkesi ihlal edilerek farklı hükümler kurulması hukuka aykırıdır. Yargıtay 6. CD., 7563/5310, 07.11.2019; aynı yönde bkz. Yargıtay 14. CD., 3174/12931, 19.11.2014. Kararlar ve detaylı açıklama için bkz. Birtok, 'Kısmi Kesinleşme' (n 4) 594.

dırıcılık suçunun hileli davranış eylemi ile bütünleşebilecektir. Yine örgüt üyeliği ile suçlanan bir kimsenin, örgütün faaliyeti kapsamında suç işlediğinin iddia olunması halinde, örgüt üyeliği ile bu kapsamda işlendiği iddia olunan suçlar bütünlük taşımaktadır. Bu tür durumlarda, bütünlük arz eden fiillerin/ suçların sübutu birbirini doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bu sebeple, bütünlük arz eden, sübut ve hukuki sonuçları yönünden birbiriyle yakın ilişki içerisinde bulunan fiiller/ suçlar bakımından kurulan hükümlerden birisinin istinaf edilmeksizin³¹ veya istinaf edilerek kesinleşmesi, diğerinin ise temyiz edilebilir bir hüküm olması nedeniyle temyiz incelemesinin devam etmesi halinde, devam eden temyiz incelemesinin kesinleşen hükmün infazına etkisinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

II. BAĞLANTILI CEZA DAVALARI BAKIMINDAN İSTİNAF KANUN YOLU SONRASINDA ORTAYA ÇIKAN KISMİ KESİNLEŞME

Bağlantılı ceza davaları bakımından, yargılama konusu olay/lar ve yargılanan sanık/lar hakkında tesis olunan son hükümlerin kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği tartışmalıdır. Zira bu davaların kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususunda CMK’de (veya CGTİHK’de) açık bir düzenleme bulunmadığından, genel ilkeler ve yargılamaya ilişkin genel kurallar kapsamında bir değerlendirme yapılarak konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Alman hukukunda kısmi kesinleşme kabul edilmekte, dikey ve yatay kısmi kesinleşme olmak üzere iki alt başlıkta ele alınmaktadır³². Türk hukukunda ise kısmi kesinleşmenin mevcut olup olmadığı tartışmalıdır.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu’na göre Türk hukukunda “*son kararın bütünlüğü*” ilkesi geçerlidir ve ceza uyuşmazlığını sona erdiren hüküm bütünlük arz eder ve tek bir hükmün alt unsurlara ayrılarak kısmen kesinleştiği kabul edilemez³³. Bu düşünceye göre bağlantı nedeniyle birleştirilen davalarda verilen kararlar özünde farklı/bağımsız kararlar olup bu kararlardan bir kısmının kesinleşip diğer bir kısmının

³¹ Bir hükmün CMK m. 272 kapsamında verildiği anda kesin olması da muhtemeldir. Ancak bu husus istisnai bir durum olduğundan, çalışmamızda bu istisnai durum kapsamında ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Zira istinaf edilmeyerek veya kanun gereği istinaf edilemeyerek kesinleşen hükümler ile kanun yolu incelemesi devam eden hükümler bakımından, bu çalışmada ortaya konulan tespitler ve ulaşılan çözüm önerileri aynen geçerlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; ilk derece mahkemesince aynı ceza davasının sonuçlanmasından sonra ilgililerin (özellikle sanığın veya müdafinin) tek bir dilekçe ile ve sebep gösterme zarureti olmaksızın (genel bir ifadeyle) istinaf kanun yoluna başvurusu mümkün olduğundan, bu tür bir dilekçe ile birden fazla hüküm bakımından da istinaf kanun yoluna başvurulmuş olmaktadır. Bu sebeple, bu tür bir uygulamada, hükümlerden birisi için istinaf yoluna başvurulması, diğeri veya diğerleri için istinaf yoluna başvurulmamış olması da pek olası bir durum değildir. Ayrıca, istinaf edilmeden kesinleşen (veya mahiyeti itibarıyla kesin olan) hükümler bakımından, hukuka aykırılık iddiası CMK m. 309 kapsamında kanun yararına bozma yoluyla da çözümlenebilir.

³² Schroeder ve Verrel (n 2) 242.

³³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi* (Onsekizinci Bası, Beta Basım, 2010) 1661, dn. 62. Aynı yönde bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 898.



kesinleşmemesi halinde ise gerçek anlamda bir “kısmi” kesinleşmeden söz edilemez³⁴. Yine tek bir sanık hakkında tek bir olay nedeniyle kurulan hüküm bir bütünlük teşkil eder ve bu hüküm ister ceza yönünden isterse harç veya müsadereye tabi eşya yönünden kanun yoluna götürülmüş olsun, kısmi kesinleşme söz konusu olmaz. Bu düşüncüyü savunan yazarlara göre Türk hukukunda kısmi kesinleşmeye dair bir yasal dayanak bulunmadığından, kısmi kesinleşme kabul edilemez³⁵.

Aksi görüşe göre ise “*son kararın bütünlüğü*” ilkesi teorik olarak geçerli kabul edilse de bir sanığın birden fazla suç işlediği veya birden fazla sanığın bir veya birden fazla suç işlediği durumlarda (objektif ve sübjektif bağlantı nedeniyle aynı dava kapsamında yapılan yargılamada), nihai/ son karar her bir suç ve/veya sanık bakımından ayrı ayrı verileceğinden, bu suçlar veya sanıklar hakkında kurulan hükümlerden bir kısmının kesinleşip diğer bir kısmının kesinleşmemesi mümkündür³⁶.

Benimsediğimiz düşünceye göre tek bir sanık hakkında tek bir eylem/ suç nedeniyle yapılan yargılamada ispatı gereken maddi vakıa/lar bütünlük teşkil ettiğinden, bu vakıa/lar hakkında tesis olunan karar/ hüküm bölünmez ve bu tür bir hükmün kısmen kesinleşebileceği de söylenemez. Zira ispatı zorunlu maddi vakıanın bir kısmının sübutunun kesinleşip diğer kısmının sübutunun kesinleşmemesi düşünülemeyeceğinden tek sanık bakımından tek bir eylem/ suç nedeniyle kurulan son karar bakımından “*son kararın bütünlüğü/ bölünmezliği*” ilkesi geçerli kabul edilebilir. “Bütünlük” veya “bölünmezlik” yargılama konusu olan maddi vakıa esas alınarak yapılması gereken bir nitelendirmedir. Ancak objektif veya sübjektif bağlantı halinde, yargılama sonunda kurulan hükümler suç ve/veya sanık sayısı itibarıyla birbirinden bağımsız (bütünlük taşımayan) hükümler olduğundan (bu halde ispatı zorunlu maddi vakıa sayısı birden fazla olduğundan ve ispatı zorunlu olan maddi vakıalar birbirinden bağımsız olduğundan), bu tür hükümler bakımından “kısmi kesinleşme” mümkündür³⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, sübjektif bağlantı nedeniyle aynı ceza davası kapsamında birlikte görülen ve birden fazla hüküm kurulması ile sonuçlanan bağlantılı davalar bakımından, istinaf incelemesi neticesinde, bir hüküm bakımından istinaf aşamasında kesinleşme söz konusu olabilirken, diğer hüküm bakımından temyiz incelemesi devam edebilecek ve kısmi kesinleşme durumu ortaya çıkabilecektir.

³⁴ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 898.

³⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 33) 1661, dn. 62.

³⁶ Eralp Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi* (AÜHF Yayınları, 1968) 41-42; Yenidünya (n 16) 4; Ahu Karakurt, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi* (Seçkin Yayıncılık, 2009) 49-51; Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016) 29.

³⁷ Açıklama ve kısmi kesinleşmeye ilişkin tasnif hakkında bkz. Birtek ‘Kısmi Kesinleşme’ (n 4) 591 vd.

Sübjektif bağlantı halinde, bağlantılı davalardaki ispatı zorunlu maddi vakialardan birisinin ispatı diğerinin ispatını etkileyebileceği gibi sanığa isnat olunan suçların fiil unsurunun bütünlük arz etmesi de söz konusu olabilecektir³⁸.

Örneğin; resmî belgede sahtecilik yapmak suretiyle işlenen nitelikli dolandırıcılık suçu bakımından sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte yapılan ilk derece yargılaması sonucunda, resmi belgede sahtecilik suçundan 3 yıl, nitelikli dolandırıcılık suçundan ise 6 yıl ceza verildiğini varsaydığımızda, bu hükümlere ilişkin istinaf incelemesi sonucunda, resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddi halinde, CMK m. 286/2-b uyarınca bu hüküm kesinleşecek, ancak nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin hüküm bakımından istinaf başvurusunun esastan reddedilmesi halinde, aynı hüküm gereğince (ilk derece mahkemesince hükmolunan ceza üst sınırının beş yıldan fazla olması veya istinaf kanun yolunda cezanın artırılması halinde) temyiz kanun yolu açık olacaktır.

Bir başka örneğe göre de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suretiyle yağma suçunun işlenmesi bakımından da söz konusudur³⁹. Bu tür bir olayda da kasten yaralama suçuna ilişkin hüküm istinaf aşamasında kesinleşirken, yağma suçuna ilişkin hükme karşı (ilk derece mahkemesince hükmolunan cezanın beş yıldan fazla olması veya istinaf kanun yolunda duruşma açılarak cezanın artırılması halinde) temyiz kanun yolu açık olabilecektir.

Sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ve istinaf aşamasının sonunda “kısmi kesinleşme” nedeniyle birbirinden ayrılan davalar/ hükümler bakımından, devam eden temyiz incelemesi neticesinde bozma kararı verilmesi, kesinleşen hüküm bakımından sanık/ hükümlü lehine sonuçlar doğurabilecektir. Ancak bu ihtimal CMK’de açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Yukarıda da zikrolunduğu üzere CMK m. 280/4 ve 306’da yer alan düzenlemeler objektif bağlantı ihtimalini kapsamakta olup, mahiyetleri itibarıyla de kıyasa elverişli olmayan “istisnai” nitelik taşımaktadır. Bu sebeple CMK m. 280/4 ve 306 hükümlerinin kıyas yoluyla sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ve kısmen kesinleşen olaylar bakımından uygulanabilmesi mümkün değildir.

³⁸ Birtok ve Akpınar’a göre dolandırıcılık gayesi ile işlenen sahte belge kullanma bakımından, sahte belge kullanma dışında mağduru aldatmaya yönelik başkaca bir hileli davranış gerçekleştirilmemiş ise sahte belge kullanma suçu ile dolandırıcılık suçu fiil unsuru yönünden bütünlüştür/ örtüşür. Her iki suçun sübutu da tek bir maddi vakianın (belgenin aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının) ispatına bağlıdır. Açıklama için bkz. Fatih Birtok ve Eren Akpınar, ‘Belge Kullanılarak İşlenen Dolandırıcılık Suçunda Belgenin Aldatma Yeteneğinin Hileli Davranış Üzerine Etkisi’, ERÜHFD, (2023) XVII (2) 365, 393 vd.

³⁹ Bu tür bir olayda da neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu oluşturan eylem -yağma suçunun bileşik suç olması nedeniyle- hem TCK m. 87’de düzenlenen suçun hem de TCK m. 148’de düzenlenen suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. TCK m. 149/2’de düzenlenen gerçek içtima kuralı uyarınca her iki eylemin ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olsa da her iki suç tipinin sübutu da esasında aynı maddi vakianın sübutuna bağlıdır. Bu tür bileşik suç ilişkisinin olduğu durumlarda, ispatı zorunlu maddi vakianın/ların bütünlüştüğü/ örtüştüğü tartışmasıdır.



CMK m. 98'deki düzenlemenin sübjektif bağlantı nedeniyle ortaya çıkan kısmi kesinleşmeye ilişkin zikrettiğimiz sorunu çözebilmesi de mümkün değildir. Zira CMK m. 98 “*infazda tereddüt*” olarak tanımlanan⁴⁰ ve mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksamayı düzenlemektedir. Bu yönüyle “sınırlayıcı” bir düzenlemedir ve kıyasa elverişli de değildir.

Mahiyetleri itibarıyla bütünlük arz eden ve sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ancak istinaf aşaması neticesinde kısmi kesinleşme nedeniyle ayrılan hüküm bakımından, infaz aşamasına geçilmesi zorunludur. Zira 5275 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre istinaf aşamasında kesinleşen hüküm bakımından Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin m. 8/8-j uyarınca kesinleşme şerhi düzenlenerek⁴¹ ilk derece mahkemesine gönderilir ve ilk derece mahkemesince de infaza başlanması ve infazın izlenmesi ve denetlenmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına (infaz savcılığına) gönderilmesi gerekmektedir⁴².

Sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ancak istinaf aşamasında kısmi kesinleşme nedeniyle ayrılan ceza davaları bakımından, kesinleşen ve temyiz incelemesi devam eden suçların maddi unsurunun bütünlük arz ettiği/ örtüştüğü olaylar bakımından, temyiz edilen suça ilişkin hüküm bakımından bozma kararı verilmesi halinde bu karar, kesinleşen suç yönünden tereddüt ortaya çıkarabilecek ve kesinleşen hükmün yeniden incelenmesini gerektirebilecektir.

Örneğin; yukarıda yer verilen örnekte sahte belge kullanmak suretiyle işlenen nitelikli dolandırıcılık suçu bakımından, sahte belge kullanma suçunun istinaf aşamasında kesinleşmesi sonrasında, nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak temyiz kanun yolunda “hileli davranışın bulunmadığı” (suçun maddi unsurunun oluşmadığı) gerekçesiyle bozma kararı verilmesi halinde, bu tür bir karar kesin-

⁴⁰ İnfazda tereddüt kavramı ve tereddüt halinin infazın ertelenmesini veya durdurulmasını gerektirmeyeceği hususunda bkz. Kemal Mecit, *İnfaz Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017) 305.

⁴¹ Kesinleşmeyi takiben, kesinleşme şerhinin düzenleneceği mevzuatta düzenlenmekle birlikte, bu şerhin hangi sürede düzenleneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kesinleşme şerhi düzenlenmeksizin, hükmün infaza gönderilmesi mümkün olmadığından, kesinleşme şerhinin en kısa sürede düzenlenmesi gerekmektedir. Kesinleşme şerhinin düzenlendiği sürenin makul (en kısa) süre olup olmadığı, mahkemenin iş yoğunluğu ve dosya durumu gözetilerek belirlenecektir.

⁴² Mahkemeler tarafından, kesinleşme şerhinin düzenlenmesinden sonra, kesinleşen kararın infazını temin için hangi sürede Cumhuriyet başsavcılığına (İnfaz Savcılığına) gönderileceği hususunda 5275 sayılı CGTİHK m. 5’te açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kesinleşen hükümlerin derhal infazı temel bir ilke olduğundan, kesinleşen hükümlerin gecikmeksizin Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi gerekmektedir. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün “İnfaz İşlemlerinin Takibi ve Yerine Getirilmesinde Dikkat Edilecek Hususlar” konulu 01.01.2006 tarih ve 9 numaralı Genelgesinde, “*hakim veya mahkemelerden verilir kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşen ilamların en geç bir hafta içinde, Yargıtay tarafından onanmak suretiyle kesinleşen ilamların da dosyasının Yargıtay’dan iadesinden itibaren en geç bir hafta içinde*” infaz edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Genelge metni ve açıklama için bkz. Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021) 344, dn. 1328.

leşen hükmün yeniden ele alınmasını gerektirebilecektir. Yine neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama fiiliyle işlenen yağma suçu bakımından, yağma suçu yönünden temyiz kanun yolunda “failin yağma suçunu işlediğinin sübut bulmaması” nedeniyle bozma kararı verilmesi halinde, kesinleşen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunun da yeniden ele alınması gerekecektir. Zira yağma suçunu işlediği sübut bulmayan sanığın, aynı anda ve aynı yerde gerçekleşen yaralama suçunu işlediğinin sabit görülmesi kendi içerisinde çelişkili olacaktır.

III. KESİNLEŞMEYEN HÜKÜMLER YÖNÜNDEN VERİLEN YARGITAY KARARININ KESİNLEŞEN HÜKÜMLERE ETKİSİ

Sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen, maddi unsurları bütünleşen/örtüşen ancak istinaf aşamasında kısmi kesinleşme nedeniyle ayrılan ceza davaları (kararlar) bakımından, temyiz yolu açık olan kararın bozulmasına dair Yargıtay kararının (bozma kararının) kesinleşen hükme etkisinin olup olamayacağı birkaç farklı açıdan ele alınmalıdır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki; CMK m. 286/2’de yer verilen açık düzenlemeye göre sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülüp karara bağlanmış olsa dahi aynı sanığa ait farklı suçlara veya birden fazla sanığa ait tek bir suça ilişkin son kararlar birbirinden bağımsız olduğundan, bu kararların temyiz edilebilirliğinin kendi içerisinde -diğer kararların temyiz edilip edilemeyeceğinden bağımsız bir şekilde- değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira sübjektif bağlantıda esasında bağımsız ceza davaları bulunmaktadır ve yargılama sonucunda tesis olunan hükümler de birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla birbirinden bağımsız hükümlerin, temyiz edilip edilemeyeceği sanık veya sanığın diğer hükmüne göre değil her hükmün niteliğine göre belirlenmek durumundadır.

Halihazırdaki düzenlemeye göre (CMK m. 286’ya göre), maddi unsurları itibarıyla bütünlük arz etse dahi aynı sanık hakkında aynı dava kapsamında kurulan bir kısım hükme karşı temyiz kanun yolunun açık olması, diğer hüküm yönünden de kendiliğinden temyiz kanun yolunun açılacağı anlamına gelmez. Temyizi mümkün olmayan hüküm, istinaf aşamasında kesinleşir ve bu hükmün infazına başlanır. Bu hüküm bakımından, diğer hükmün temyize tabi olduğu veya temyiz incelemesinin devam ettiğinden bahisle infazının ertelenmesine veya durdurulmasına dair açık bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır.

Yargıtay tarafından “*tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluştuğu durumlarda, en ağır cezayı gerektiren suçtan değil de her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulduğu durumlarda, suçlardan birisi için kurulan hükümdeki sonuç ceza kesinlik sınırı içerisinde kalsa dahi, adaletli ve doğru sonuca ulaşılabilmesi için her iki suçtan kurulan hükümlerin de temyizinin mümkün olduğu*” kabul edilmiştir⁴³. Yine

⁴³ “Ceza Genel Kurulunun 21.12.2010 gün ve 230–264 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında açıkça vurgulandığı gibi, kesin nitelikteki hükümler; ancak kesinlik sınırı



“hükümün ferisi niteliğindeki hususlara ilişkin kararın temyize açık olarak verilmiş olması halinde kesin nitelikte verilen hükme temyiz edilebilirlik vasfı kazandırdığı” kabul edilmiştir⁴⁴.

Yargıtay’ın bu uygulaması, yargılama konusu eylemin/lerin bütünlük oluşturduğu durumlarda, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için birlikte değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki düşüncemizi doğrulamaktadır. Ancak Yargıtay’ın bu iki uygulamasının, bağlantılı bütün ceza davaları bakımından geçerli olduğu söylenemeyeceği gibi açık yasal düzenlemedeki (CMK m. 286) sınırlı sayma karşısında, içtihat yoluyla bu konudaki sorunun bütünüyle çözümlenebilmesi de mümkün değildir.

Hali hazırdaki uygulama bakımından, istinaf aşamasında kesinleşen hüküm bakımından henüz kesinleşme şerhi düzenlenmeden önce, kesinleşen hükümün temyize konu fiil ile bütünlük arz ettiğinden bahisle temyiz isteminde bulunulduğunda,

asacak nitelikte bir yaptırım içermek şartıyla, suç vasfına yönelik ya da suç niteliği doğru belirlenmesine rağmen hatalı uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan cezaların verildiği hükümlere karşı yapılan aleyhe başvuru üzerine temyiz denetimine konu olabilecektir. Bununla birlikte, tek bir fiille birden fazla farklı suçun oluştuğu durumlarda, en ağır cezayı gerektiren suçtan değil de her iki suçtan ayrı ayrı hüküm kurulduğu durumlarda, suçlardan birisi için kurulan hükümdeki sonuç ceza kesinlik sınırı içerisinde kalsa dahi, adaletli ve doğru sonuca ulaşılabilmesi için her iki suçtan kurulan hükümlerin de temyizinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay CGK., 213/522, 25.11.2014.

⁴⁴ “...gerek bir mahkûmiyete ek olarak gerekse bağımsız olarak verilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin karar, diğer yönleri itibarıyla kesin olan hükme her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırmaktadır. Hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulması esas, hükmün kesin olması ise istisnayı oluşturmaktadır. CYUY’nın 305. maddesinin 1. fıkrasındaki kesinlik sınırını, maddede belirtilen kesinlik sınırları içinde kalmak koşuluyla, başkaca hiçbir hak kısıtlaması sonucunu doğurmayan, para cezasına ilişkin veya para cezası öngörülmiş hükümlerle sınırlı olarak yorumlamak yasanın ruhuna ve uluslararası sözleşmelerle getirilen ilkelere daha uygun bir çözüm olacaktır.

5271 sayılı CYY’nın 223 ve 1412 sayılı CYUY’nın 305. maddeleri, yargısal kararlarda varılan ilkeler de dikkate alınmak suretiyle değerlendirildiğinde uyumsuzluğa ilişkin olarak varılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür: 1- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.03.2009 gün ve 43-56, 14.04.2009 gün ve 238-94 ile 29.09.2009 gün ve 173-209 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere; mahkemelerce daha ağır bir cezayı gerektirecek ve doğru uygulama yapıldığında temyiz incelemesine konu olabilecek bir eylemde, suç niteliği doğru belirlenmesine karşın, yanlışlığı bir uygulama ile kesinlik sınırı içinde kalan bir cezanın verilmesi halinde, bu gibi hükümlerin aleyhe başvuru üzerine, temyiz denetimine konu olabileceği,

2- 5237 sayılı Yasanın 50 veya 52. maddeleri uygulanmak suretiyle hükmolunan ve başkaca herhangi bir hak kısıtlaması doğurmayan 2000 Liraya kadar (2000 Lira dahil) adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin kesin olacağı,

3- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.12.2005 gün ve 121-171, 29.11.2005 gün ve 123-151 sayılı kararlarında da açıklandığı gibi; kesin nitelikteki hükümlerin ancak kesinlik sınırını aşar nitelikte yaptırım içermesi koşuluyla suç vasfına yönelik temyiz üzerine, bu hususla sınırlı biçimde temyiz incelemesine konu olabilecekleri,

4- Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11.2005 gün ve 140-143 sayılı kararı uyarınca, gerek bir mahkûmiyete ek, gerekse bağımsız olarak hükmedilen güvenlik tedbirlerinin, kesin nitelikteki hükümlere de her yönüyle temyiz edilebilirlik niteliği kazandıracağı,

Anlaşılmaktadır.” Yargıtay CGK, 10-230/264, 21.12.2010.

bu istemin reddine itiraz halinde (CMK m. 296/2), itirazın incelemesini yapmaya yetkili Yargıtay ceza dairesi tarafından incelenerek bir karar verileceği ve bu sebeple de fiili bir durum oluşturularak kesinleşen hükmün infazının engellenebileceği düşünülebilir. Ancak m. 296/2’de yer alan düzenlemeye, temyiz isteminin reddine ilişkin itirazın kesinleşen hükmün infazını engellemeyeceği açıkça ifade olduğundan, bu tür bir talep söz konusu olsa dahi kesinleşme şerhinin (kısmi kesinleşme şerhinin) düzenlenmesi gerekir ve bu tür bir fiili durumla kesinleşen hükmün infazı engellenemez.

İkinci olarak, istinaf aşamasında kısmi kesinleşme nedeniyle ayrılan (ancak maddi unsurları itibariyle bütünlük arz eden) hükümler bakımından, temyiz incelemesi neticesinde bozma kararı verildiğinde, bu kararın istinaf aşamasında kesinleşen hükme doğrudan etki edeceğine dair bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. CMK m. 306 (ve CGTİHK m. 17/A) objektif bağlantıya ilişkin olup bozma kararının hükmü kesinleşen “diğer sanıklara” uygulanmasını düzenlemektedir. Her ne kadar bu hükmün yorumunda, diğer sanıklar için uygulanması mümkün olan bozma kararının evleviyetle aynı sanık hakkındaki diğer hükümler bakımından da uygulanabileceği söylenebilir ise de böyle bir uygulama kıyas anlamına gelir. Yukarıda da açıklandığı üzere CMK m. 306 istisnai bir hüküm olup kıyas yoluyla bu hükmün genişletilebilmesi de mümkün değildir.

Üçüncü olarak, Yargıtay tarafından verilen bozma kararı sonrasında, kesinleşen (ve infazına başlanan) hüküm bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilip gidilemeyeceğinin de tartışılması gerekir.

Sanık yararına yargılamanın yenilenmesi nedenlerini düzenleyen CMK m. 311 incelendiğinde “*yeni olayın veya delilin*” ortaya çıkması yeniden yargılama nedeni olarak kabul edilmekle birlikte, Yargıtay’ın bağlantılı ceza davasında tesis ettiği bozma kararı “*yeni olay veya delil*” olarak kabul edilemez⁴⁵. Mahkeme kararına dayalı yeniden yargılama nedenleri CMK m. 311/1-d ve f bentlerinde ayrıca gös-

⁴⁵ Aynı eylem için birbiriyle uyummayacak biçimde birden fazla kişinin ayrı ayrı mahkûm edilmesinin, aynı olayla ilgili bir hükmün kesinleşmesinden sonra başka bir hükmün kurulup kesinleşmesinin “*yeni olay*” olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. Faruk Erem, ‘Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler’ AÜHFD (1962) 19 (1) 3, 16; Akyürek (n 36) 109. Biz de aynı olaya ilişkin birbiriyle çelişen “kesinleşmiş” yargı kararlarının yargılamanın yenilenmesi bakımından “*yeni olay*” kapsamında kabul edilmesi gerektiğini düşünmekle birlikte, öğretilerdeki bu düşüncelerin üzerinde tartıştığımız konuyu tam olarak kapsamadığını düşünmekteyiz. Zira öğretilerdeki “*çelişen hükümleri*” yeni olay (ve bir yeniden yargılama nedeni) olarak kabul eden düşünceler, aynı olayla ilgili olarak birbirine zıt ve “*kesinleşmiş*” iki farklı kararın bulunmasını temel almaktadır. Bizim tartıştığımız konu ise birisi kesinleşmiş, diğeri temyizde “*bozulmuş*” (yani kesinleşmemiş) iki farklı kararın bulunduğu sübjektif bağlantı halidir. Bu sebeple temyiz incelemesi neticesinde kurulan “*bozma*” kararının kesinleşen ilk hüküm bakımından yeniden yargılama nedeni olabilmesi mümkün değildir. Zira bozmada karardan sonra kovuşturma kaldığı yerden devam edecektir. Bu sebeple, tartıştığımız konudaki sorun yargılamanın yenilenmesi yoluyla değil, bozma kararı sonrasında kesinleşen hükmün yeniden ele alınması (veya maddi olayların bütünlük arz ettiği bağlantılı ceza davaları bakımından temyiz kanun yolunun açılması biçiminde) özel bir düzenlemeyle çözümlenmelidir.



terilmiş olup aynı dava kapsamındaki bir suç bakımından verilecek bozma kararı bu istisnai hükümler kapsamında değerlendirilemez.

Bu açıklamalar ve yürürlükteki düzenlemeler itibariyle, sübjektif bağlantı halinde, her iki hükmün de temyiz edilip edilemeyeceği veya hükümlerden birisi yönünden temyiz yoluna başvurulması halinde diğer hükmün infazının durdurulabileceği/ ertelenebileceği ya da aynı sanık hakkında fakat başka bir suç nedeniyle Yargıtay tarafından verilen bozma kararının, istinaf aşamasında kesinleşen diğer suça (veya bu suçun infazına) etki edip etmeyeceğinin çözümlenebilmesi mümkün değildir. Tarafımızdan yapılan incelemede de bu sorunların tartışıldığı bir Yargıtay kararına da rastlanmamıştır.

Sözü edilen sorun çözümlenmediği takdirde, esasında aynı sanık hakkında hükümlenen ve maddi unsurları itibariyle bütünlük taşıyan ancak istinaf aşamasında kesinleştiği için infazına başlanan hüküm bakımından, muhtemeldir ki; diğer hükmün temyiz incelemesi tamamlanıncaya kadar infazının tamamlanması söz konusu olacak ve bu aşamadan sonra Yargıtay tarafından verilebilecek bir bozma kararı, kesinleşen ve infaz edilen hüküm bakımından neredeyse hiçbir hukuki değer ifade etmeyecektir. Bu sebeple sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ceza davaları bakımından sorun iki farklı şekilde çözümlenebilecektir.

İlk usulde, sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ve maddi unsurları itibariyle örtüşen suçlara ilişkin hükümler bakımından, hükümlerden birisinin temyiz incelemesine tabi olması halinde diğer hükmün de temyiz edilebileceğinin kabul edilmesidir ki; CMK m. 286'da açık bir düzenleme yapılmaksızın bu usulün hayata geçirilebilmesi mümkün değildir. Zira CMK m 286 "temyiz edilemeyecek" hükümleri sınırlı sayma yoluyla belirtmiştir. Maddi vakianın bütünlük arz ettiği bağlantılı olabilecek ve davaları birlikte görülebilecek suç tipleri (TCK m. 102/4, 103/5, 106/3, 109/6, 119/2, 149/2, 212, 220/4, 223/4-5, 224/2-3, 235/3-a ve 4, 236/3, 255/6, 265/5, 267/4, 272/5, 292/4, 294/7, 296/2, 298/3, 302/2, 303/3, 309/2, 311/2, 312/2, 313/4, 314/3 [220/4]) incelendiğinde, bu suç tipleri bakımından temyiz kanun yolunun açık olduğunu kabul etmek CMK m. 286/2 hükmünü kıyas yoluyla genişletmek anlamına gelir ve bu tür bir yorum/ uygulama hukuka aykırı olur.

İlk usulde, kanun değişikliği yoluyla bağlantılı olan ve temyize tabi olan davayla/ olayla bütünlük arz eden hüküm bakımından da -kanun değişikliği ile- temyiz kanun yolunun açılması mümkündür. Bu usul benimsendiğinde, CMK m. 286/3-e bendinden sonra şu şekilde bir hüküm eklenerek sorunun çözümü sağlanabilir: "d) Aynı sanık hakkında bağlantı nedeniyle birlikte karara bağlanan ve temyiz yolu açık olan suç ile doğrudan bağlantı içerisinde bulunan ve temyiz sonucundan doğrudan etkilenmesi mümkün olan suçlar".

Kanaatimizce, bu tür bir değişikliğin hem olumlu hem de olumsuz sonuçları olabilecektir. Bu tür bir değişiklik, temyiz incelemesine tabi hükümlerin sayısının öngörülemez bir şekilde genişlemesi ve CMK m. 286/2 hükmünün anlam-

sızlaşması olumsuz sonuç olarak; sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ve birisi kesinleşen diğeri ise temyiz aşamasında bozulan hükümler arasında çelişki ortaya çıkmasının engellenmesi ise olumlu sonuç olarak karşımıza çıkacaktır. Yine bu tür bir değişiklikle, ilk düzenlendiği anda hukuk mantığı tersten işletilerek “*temyiz edilemeyen hükümleri sayarak*” kaleme alınan⁴⁶, 7188 sayılı Kanun’un 29. maddesiyle eklenen 3. fıkrada ise “temyiz edilebilen” ek suçlar sayılan CMK m. 286’nın anlaşılması ve uygulanabilmesi daha da zorlaşacaktır.

İkinci usulde ise sadece objektif bağlantı içeren ceza davaları bakımından uygulanacak şekilde kaleme alınan CMK 306 (ve aynı zamanda 280/3) hükmünde değişiklik yapılarak, sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ceza davalarının da kapsama alınması gerekmektedir. Buna göre:

CMK 280/3 hükmünün “*Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara ve aynı sanık hakkında bağlantı nedeniyle birlikte görülen davalara uygulanma olanağı varsa bozma kararı bunlar hakkında da uygulanır*” biçiminde (madde başlığının da metinle uyumlu bir şekilde değiştirilerek);

CMK 306/1 hükmünün “*Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara ve aynı sanık hakkında bağlantı nedeniyle birlikte görülen davalara uygulanma olanağı varsa, bozma kararı bunlar hakkında da uygulanır*” biçiminde (madde başlığının da metinle uyumlu bir şekilde) düzenlenmesi/ değiştirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu iki hükümde değişiklik yapıldığında, doğrudan bu hükümlere atıf yapan CGTİHK m. 17/A hükmü kendiliğinden sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte görülen ve infaz aşamasına geçilen kesin hüküm bakımından sonuç doğuracaktır. Bu sebeple CGTİHK m. 17/A’da ayrıca bir düzenleme/ değişiklik yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak infazın ertelenmesi veya durdurulması konusunda, kanun yolu incelemesini yapan merciye (Bölge adliye mahkemesi ceza dairesine veya Yargıtay’ın ilgili ceza dairesine) de yetki tanınması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşünceden hareketle CGTİHK m. 17/A’nın “*Birlikte işlenmiş olup da 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 280 inci*

⁴⁶ CMK m. 286 hükmü sistematik açıdan incelendiğinde, ilk fıkrada bozma dışındaki kararlar bakımından esas olan ilkenin “temyiz edilebilirlik” olduğu; ikinci fıkrada ise “temyiz edilemeyecek” kararların -sınırlı sayma biçiminde- belirlendiği; bu yazım tekniği itibarıyla, istinaf kanun yolunda verilen kararlar bakımından asıl olan “temyiz edilebilirlik”, istisna olan ise “temyiz edilemezlik” olduğu hususunda bkz. Birtrek, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (n 1) 333. Bu düzenleme biçiminin kanun yazım tekniği açısından isabetli olmadığı hususunda bkz. Osman Şirin ‘İstinaf Usulünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar’, *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı* (Adalet Bakanlığı Yayını, 2007) 34; Surlu (n 1) 43-44; Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (1. Baskı Seçkin Yayınevi 2017) s. 260; Ali Tanju Sarıgül, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (Türkiye Barolar Birliği Yayını (Yayın No. 332), 2017) 174; Birtrek, *İstinaf* (n 1) 333.



maddesinin üçüncü fıkrası ve 306 ncı maddesinin uygulanma olanağının bulunduğu hâllerde, hükmü veren ilk derece mahkemesinden veya kanun yolu incelemesini yapan merciden infazın ertelenmesine veya durdurulmasına ilişkin karar verilmesi istenebilir. Karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmesi istenebilir. Karar, duruşma açılmaksızın verilir ve bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilir. Erteleme veya durdurma talebinin kabulü, güvence gösterilmesine veya diğer bir şarta bağlanabilir. İlk derece mahkemesi veya kanun yolu incelemesini yapan merci de bozma kararı ile birlikte resen infazın durdurulmasına karar verebilir.” biçiminde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Bu tür bir “ekleme” ile kanun yolu incelemesinin neticesinin ilk derece mahkemesine gönderilmesine/ ulaşmasına kadar geçen süreçte, infaza devam olunarak sanığın mağduriyetinin artması engellenebilecektir.

Kanaatimizce CMK’nin sistematığıne en uygun çözüm, ikinci usul benimsenerek sübjektif bağlantı nedeniyle birlikte karara bağlanan ancak kısmi kesinleşme nedeniyle infaz aşamasına geçen hükmün infazının ertelenmesi veya durdurulmasına imkân tanımak için CMK 280, 306 ve CGTİHK m. 17/A’da yapılacak kanun değişikliğidir.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde kural her failin/suçun bağımsız/ ayrı bir yargılamaya konu edilmesidir. Ayrı yargılama maddi gerçeğe ulaşmak bakımından ciddi bir avantaj sağladığı gibi savunma hakkının kullanılması bakımından da tercih edilmesi gereken bir yargılama usulüdür. Ancak yargılamaya konu fiil veya yargılanacak sanıklar arasında fiili, şahsi veya hukuki bağlantı bulunması halinde, yargılamanın birlikte yapılmasında da yarar bulunmaktadır.

Bağlantılı ceza davaları bakımından, istinaf incelemesi sonucunda bir sanık hakkında kurulan hükümlerden birisine karşı temyiz yolunun kapalı olup, diğerine karşı temyiz yolunun açık olması halinde kısmi kesinleşme söz konusu olabilmektedir. Temyizi mümkün olmayan (kısmen kesinleşen) hükmün infazına başlanması gerektiğinden, diğer hükmün temyize tabi olduğu veya temyiz incelemesinin devam ettiğinden bahisle infazın ertelenmesi veya durdurulması mümkün değildir. Bu hususta açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Sübjektif bağlantının bulunduğu hallerde, kısmen kesinleşen ve temyiz incelemesi devam eden fiiller arasında, ispatı zorunlu maddi vakıalar açısından bağılılık bulunması (temyiz incelemesi devam eden olayın, kesinleşen olayı doğrudan etkileyebilecek olması), her iki fiilin bütünlük arz etmesi (aynı olay döngüsü içerisinde gerçekleşmiş olması) veya içtima (fikri içtima veya zincirleme suç) ilişkisi içerisinde olması halinde, temyiz neticesinde verilebilecek bir bozma kararı, kesinleşen ve infazına başlanan (ve belki de infazı tamamlanan) hükümle çelişkinin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bütünlük arz eden ve temyiz incelemesine tabi olan hüküm bakımından verilecek bozma kararı, kesinleşen hükmün hukuka aykırılığını ortaya koyabilecek mahiyette olduğunda, bu durum sanık bakımından

adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. CMK m. 311’de düzenlenen yargılamanın yenilenmesi ve objektif dava birleşmesiyle sınırlı uygulama alanı olan CMK 280/3 ve 306/1 hükümleri bu olumsuzluğu giderebilecek mahiyette değildir.

Bütünlük arz eden eylemler (sübjektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu haller) bakımından, kişi hürriyetinin korunabilmesi (sanığın/ hükümlünün yersiz/ hukuka aykırı bir ceza infazı ile karşı karşıya kalmaması) için, CMK 280/3, 306/1 ve CGTİHK 17/A hükümlerinde değişiklik yapılarak bu tür durumlarda infazın -temyiz incelemesi sonuçlanıncaya kadar- ertelenebilmesi (ve infaza başlanmış ise infazın durdurulması) imkânı tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyürek G, *Yargılamanın Yenilenmesi*, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Birtek F ve Akpınar E, ‘Belge Kullanılarak İşlenen Dolandırıcılık Suçunda Belgenin Aldatma Yeteneğinin Hileli Davranış Üzerine Etkisi’, ERÜHFD, (2023) XVII (2).
- Birtek F, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (1. Bası, Adalet Yayınevi 2018).
- Birtek, F, ‘Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme’ MÜHFHAD (2020) 26 (2).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yirminci Bası, Beta 2021).
- Elmalı MB, *Ceza Muhakemesinde Bağlantılı Uyuşmazlıkların Birleştirilmesi*, Hacettepe Üniversitesi SBE Kamu Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2023).
- Erdem MR, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2010).
- Erem F, ‘Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler’ AÜHFD (1962) 19 (1).
- Friedrich CH ve Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Çev. Salih Oktar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).
- Karakurt A, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi* (Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Kaymaz S, *Ceza Muhakemesinde İstinaf* (1. Baskı Seçkin Yayınevi 2017).
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayi, 1986).
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi* (Onsekizinci Bası, Beta Basım, 2010).



- Mecit K, *İnfaz Hukuku*, (4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Özen M, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021).
- Özgen E, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi* (AÜHF Yayınları, 1968).
- Özgenç İ, *Suç Örgütleri* (10. Baskı, Seçkin Yayınları 2017).
- Öztürk B (Ed.), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018).
- Sarıgül AT, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf*, (Türkiye Barolar Birliği Yayını (Yayın No. 332), 2017).
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018).
- Surlu MH, İstinaf Usulünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar in *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı* (Adalet Bakanlığı Yayını 2007).
- Süren ÖB, ‘Ceza Muhakemesinde Nispi Muhakeme ve Bekletici Sorun’, EconJU-RA, (2022) 1 (2).
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Şen E, ‘Birleştirme Uyuşmazlığı’ (hukukihaber, 07.12.2016) <https://www.hukuki-haber.net/birlestirme-uyusmazligi>, erişim tarihi: 23.07.2023.
- Şirin O, ‘İstinaf Usulünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması Beklentiler ve Muhtemel Sorunlar’, *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı* (Adalet Bakanlığı Yayını, 2007).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022).
- Yenidünya, AC, ‘Ceza Muhakemesinde Bağlantılı Uyuşmazlıklar ve Sonuçlar’ (caneryenidunya, 2019), <https://caneryenidunya.com/ceza-muhakemesinde-baglantili-uyusmazliklar-ve-sonuclari/>, erişim tarihi: 28.07.2023.
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018).
- Yenisey F, *Duruşma ve Kanun Yolları* (İkinci Baskı, Beta 1990).

CEZA MUHALEMESİNDE HÜKÜM VERME SÜRECİNE METODOLOJİK BİR BAKIŞ

A Methodological Perspective to the Process of Judgement-Making in Criminal Procedure

İsmail ÇINAR*

Özet

Ceza muhakemesinde hüküm, hükmü veren makam açısından yapılacak her şeyin yapıldığını gösteren nihai karardır. Hükümün beraat ve mahkûmiyet başta olmak üzere bazı türleri bulunmaktadır. Hüküm iki farklı şeyin karşılaştırılarak bir sonuca varılmasını ifade eder. Ceza muhakemesinde hüküm verme sürecini hâkimin hukuku olaya uyguladığı süreç olarak tanımlamak mümkündür. Bu süreçte hâkim, bir ya da daha fazla soyut kanuni normu somut olaya uygulamak suretiyle bir hukuki sonuç elde etmeyi hedefler. Hüküm verme süreci, metodolojik olarak mantıki kıyas formatında yapılan üç kıyasın yapılması şeklinde ilerler. Bu üç kıyasın tamamlanması ile hüküm verme süreci de nihayete ermektedir. Bu kıyaslardan ilki tasımlama, ikincisi altlama ve sonuncusu da hukuki kıyas adını alır. Tasımlamanın sonuç önermesi altlamanın küçük önermesini, altlamanın sonuç önermesi ise hukuki kıyasın küçük önermesini oluşturmaktadır. Tasımlamada maddi gerçek bulunurken altlamada hukuki gerçek de bulunur ve maddi gerçeğe uygulanır. Hukuki kıyasın büyük önermesinin oluşturulması ile geriye sadece uygulanacak hukuki sonucun ne olacağının belirlenmesi kalır. Bu ise hükümden başkası değildir.

Anahtar Kelimeler: Hüküm, Hukuki Kıyas, Delil, Altlama, Yorum.

Abstract

In criminal proceedings, the judgement is the final decision that shows that everything to be done has been done. There are some types of judgement, especially acquittal and conviction. Judgement refers to the comparison of two different things and reaching a conclusion. It is possible to define the process of judgement-making in criminal procedure as the process by which the judge applies the law to the case. In this process, the judge aims to obtain a legal result by applying abstract legal norms to the concrete case. The sentencing process proceeds methodologically in the form of three syllogisms. With the completion of these three syllogisms, the process of judgement is finalised. The first of these syllogisms is called syllogism, the second one is called subsumption, and the last one is called legal syllogism. With the establishment of the major proposition of the legal syllogism, only the determination of the legal result to be applied remains. This is none other than the judgement.

Keywords: Judgement, Legal Syllogism, Evidence, Subsumption, Interpretation.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.08.2020

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ismail.cinar@tau.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5086-5219>.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır¹. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sadece maddi sorunun çözümüdür. Ancak hükmün verilebilmesi için hukuki sorunun da çözülmesi gerekir². Maddi gerçeğin hukuki gerçek kapsamına alınması şeklinde gerçekleşen bir akıl yürütme faaliyeti ile suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenir. Bu belirlemeden sonra geriye sadece gerçekleştiği tespit edilen suç olayına ilgili hukuki sonucu bağlamak, dolayısıyla hükmü vermek kalır. Hüküm ise geleneksel görüşe göre hukuki kıyas adı verilen bir akıl yürütme yolu ile verilir.

Hüküm, ceza muhakemesinin sonunda verilen, hükmü veren makam açısından yapılacak her şeyin yapıldığını ve görülen işten el çekilmesi gerektiğini gösteren nihai karardır. Usulün esasa mukaddem olması anlayışı ile hükmün kurulmasını metodolojik olarak ele almak, ceza muhakemesinde verilen kararların isabetliliğine ve gerekçeli olmasına, ayrıca doğru hükme varmanın objektif standartlara oturtulmasına hizmet eder düşüncesindeyiz³. Zira hüküm bir mantık faaliyetidir⁴. Bu sebeple makalede hükmün kurulmasının metodolojik aşamalarını göstermek amaçlanmıştır. Bu itibarla önce genel olarak hüküm üzerinde durulacak, akabinde hüküm verme süreci metodolojik açıdan ele alınacaktır. Bu bağlamda her biri müstakil çalışmalara konu olabilecek boyutta detaylı izahlar gerektiren metodolojik aşamalar detaya girmeden gösterilecek ve böylece aralarındaki mantıki ilişki ortaya konacaktır.

I. GENEL OLARAK HÜKÜM

A. ANLAMI

Hüküm, Arapça kökenli bir sözcük olup⁵ dilimize geçen ve hukukta da sıkça kullanılan hâkim (hüküm veren kişi), mahkeme (hüküm verilen yer), muhakeme (en az iki tarafın katıldığı hüküm arayış süreci), mahkûm (aleyhine hükmedilen kişi-hükümlü) gibi sözcüklerle aynı kökten (*hukm*) gelir⁶. Genel dilde hüküm sözcüğünün birkaç anlamı vardır. Egemenlik, aynı veya benzer nitelikte olma ve önem, bu an-

¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey and Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18th edn, Beta Basım Yayın 2010) 23, 26; Ali Kemal Yıldız, 'Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002) 87; Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat* (İslık Yayınları 2015) 110; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti* (Savaş Yayınları 2016) 14, 15.

² Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 71; Feyzioğlu (n 1) 108.

³ Kastımız salt mantıki yaklaşımların hükmün gerekçelendirilmesi için yeterli olması değil, bilakis mantıki yaklaşımın gerekçelendirmeye katkıda bulunmasıdır. Krş.. Robert Alexy, *Theorie Der Juristischen Argumentation* (Suhrkamp 1983) 17 vd.

⁴ Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (5th edn, Sevinç Matbaası 1978) 528; Hüküm esasen bir mantık faaliyeti olsa da hislerin, iradenin ve sezgilerin de hükümde rolü olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 62.

⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/arama/hukum>; ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. Günel Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin Yayıncılık 2016) 32 vd.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. <https://www.etimolojiturkce.com>.

lamlardandır. Hüküm denince ilk anlaşılan anlamları, yargı veya karar anlamlarıdır. Bu bağlamda hüküm, bir konu hakkında varılan yargı veya verilen karar demektir⁷. Hüküm vermek ise iyice düşünerek bir karara varmak anlamına gelmektedir⁸.

Ceza muhakemesinde farklı karar türleri vardır. Duruşma aşamasının başlamasından bitimine kadar verilebilen muhtelif kararlara ara karar, bu suretle varılan nihai karara da son karar denmektedir⁹. Sözcük anlamı dikkate alındığında her karara hüküm denebilir. Ancak ceza muhakemesinin bir terimi olarak her karara değil, sadece son karara hüküm denir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde hüküm, yargılama makamının duruşmanın sonunda önündeki uyuşmazlık hakkında verdiği, uyuşmazlıktan el çekmesi ile neticelenen son karar şeklinde tanımlanabilir¹⁰. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223'te¹¹ de hüküm, duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra verilen karar olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla son karar anlamında kullanılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 294/1'de yapılan tanımında sadece davanın esasını çözen son kararlara hüküm denmiştir¹². Hâlbuki ceza muhakemesinde uyuşmazlığın esasına taalluk etmeyen düşme gibi bazı kararlar da m. 223 gereği hüküm olarak nitelendirilmiştir¹³. Dolayısıyla ceza muhakemesinin bir kavramı olarak dikkate alındığında her hüküm aynı zamanda bir karardır. Hâlbuki her karar bir hüküm değildir.

Hükümün son karar olması kararı veren yargılama makamı açısından değildir. O makamın hükme konu uyuşmazlıktan el çekmesine yol açar. Verilen hükme karşı kanun yollarının açık olması, hükümün kesinleşmesine engeldir. Bu sebeple hükümün verilmesi ile ceza muhakemesinde kovuşturma aşaması sona ermemektedir (m. 2/1-f). Hüküm, kanun yollarına belirlenen süre içerisinde başvurulmaması ya da kanun yollarına başvurulmuşsa gerekli sürecin tamamlanmasından sonra kesinleşir¹⁴. Kesinleşme, hükmü hüküm yapan unsur değil, hükmün hukuk dünyasında etki doğurmasını sağlayan bir koşuldur¹⁵.

⁷ Türk Hukuk Kurumu, 'Türk Hukuk Lûgatı' 136; Abdullah Demir, *Hukukî Terimler Sözlüğü* (Astana Yayınları 2017) 482.

⁸ Cengiz Yelbaşı, *Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü* (Sim Matbaacılık 2014) 255.

⁹ Mustafa Artuç, *Hüküm Kurma Sanatı* (11th edn, Adalet Yayınevi 2020) 32, 37.

¹⁰ Yener Ünver and Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19th edn, Adalet Yayınevi 2022) 666; Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th edn, Beta Basım Yayım 2019) 824; Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 700; Koray Doğan, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm' [2008] *Ceza Hukuku Dergisi* 171, 172.

¹¹ Kanun ismi yer almadan m. şeklindeki gösterimlerde Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) ait hükümler anlaşılacaktır.

¹² Eyüp Sabri Erman, 'Hüküm Nedir, Nasıl İttihaz ve Tefhim Olunmalıdır?' (1974) 65 *Adalet Dergisi* 1, 1.

¹³ Bu tarz kararlara literatürde şekli anlamda hüküm de denmektedir. Bkz. Doğan (n 10) 190 vd.

¹⁴ Karakehya (n 1) 68.

¹⁵ Mert Asker Yüksektepe, *Ceza Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe* (Platon Plus Yayıncılık 2021) 20, 21.

B. ÇEŞİTLERİ

Ceza muhakemesinde farklı hüküm çeşitleri bulunmaktadır. Bunlar m. 223/1’de “*Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı*” olarak sayılmıştır. Bunlara m. 223/10’da sayılan *görevsizlik kararının* da eklenmesi gerekir¹⁶. M. 223/8’de sayılan *durma kararı* ise bir son karar olmadığından hüküm sayılamaz¹⁷. Hükümün çeşitleri kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Dolayısıyla adli yargı içindeki görevsizlik kararı ve yetkisizlik kararı gibi kararlarda olduğu gibi mahkemenin işten el çekmesi ile neticelenen her karar, hüküm değildir. Hüküm çeşitlerini sayan bu düzenleme, verilen karara karşı başvurulabilecek kanun yolları açısından bir tasnif yapmış, temyiz ve istinaf kanun yoluna tabi olan son kararları hüküm saymıştır¹⁸.

Hükümün çeşitleri arasında usule ve esasa ilişkin hüküm şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Uyuşmazlığın esasını çözen hükümlere esasa ilişkin, uyuşmazlığın esasını çözmeyen hükümlere de usule ilişkin hüküm denmektedir¹⁹. Sanık hakkında verilen beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararları esasa ilişkin; aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm ya da açılmış bir davanın bulunması hâlinde verilen davanın reddi, TCK’daki düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması üzerine verilen davanın düşmesi ve adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları ise usule ilişkin hükümlerdir.

İfade edelim ki tüm bu son kararlar kanunen hüküm olduklarından hüküm verme süreci hepsi için işleyecek ve takip edilmesi gereken metodolojik yöntem takip edilecektir. Hüküm olduklarından bu kararlardan birinin verilmesi demek, yargılama makamının bir kanaate varmış olması demektir. Hepsinde de takip edilmesi gereken metodolojik yöntem, aşağıda detaylıca ele alınacağı üzere aynıdır.

C. UNSURLARI

Tüm hüküm çeşitlerinde yer alması gereken bazı unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurlar CMK’da (m. 225, 230, 232) sayılmıştır. Bu unsurlar hükümün konusu, gerekçesi ve sonucudur²⁰.

Hükümün ilk unsurunu konusu oluşturmaktadır. Hükümün konusunu, m. 225’te yer aldığı üzere, iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve bu fiilin faili

¹⁶ Hüküm çeşitlerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver and Hakeri (n 10) 666 vd.

¹⁷ Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1500; Ünver and Hakeri (n 10) 674; Kurşun (n 5) 166; literatürde ‘durma’ kararını da hüküm olarak kabul edenler bulunmaktadır. Örn. bkz. Murat Balcı, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Türk Ceza Kanununda Kabul Edilen Suç Teorisi (CMK M. 223)’ (2012) 7 Terazi Hukuk Dergisi 14, 17; Doğan (n 10) 178.

¹⁸ Artuç (n 9) 38; Yüksektepe (n 15) 65.

¹⁹ Yüksektepe (n 15) 18, 64; Doğan (n 10) 178; Elif Bekar, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri’ (2017) 75 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15, 20.

²⁰ Krş. Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 71.

oluşturmaktadır. Bu fiilin suç teşkil edip etmediği, suçun tüm unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır. Bu sebeple suç olayı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Ancak suç olayı, fiil merkezli olarak ele alınmalı, farklı fiillerin bulunması hâlinde farklı suç olaylarının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu ayrım içtima konusunda önem arz etmektedir. Dolayısıyla iddianamede gösterilen fiil ya da fiillerin ilgili olduğu suç ya da suçların işlenip işlenmediği konusunda önem arz eden tüm olguların suç olayının parçaları olarak nitelendirilmesi ve dikkate alınması gerekir. Bu sebeple hükmün konusunu belirli bir fiile ilişkin olan suç olayının tamamı ve bu fiilin faili olarak kabul etmek yerinde olacaktır²¹. Bu fiilin iddianamede ya da savunma makamınca nasıl nitelendirildiği ise hâkimi bağlamamaktadır (m. 225/2). Fiilin suç teşkil etmesi ya da etmemesi açısından gerekli olan somut olaya ilişkin tüm detaylara hükümde yer verilmelidir²². Her fiil değil, sadece iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil hükme konu olabilir²³. Bu husus, “*davasız yargılama olmaz*” ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca iddianame ile kim hakkında dava açılmış ise sadece onun hakkında karar verilebilir²⁴. Hükmün konusu ile ilgili çözümlenmesi gereken iki sorun vardır: maddi ve hukuki sorun. Olaya ilişkin sorunlara maddi, olaya uygulanacak normlara ilişkin sorunlara da hukuki sorun denir²⁵.

Hükmün ikinci unsuru gerekçedir. Hükmün gerekçesi neden ve nasıl hüküm verildiğinin cevabını teşkil eder. Anayasa (m. 141) ve CMK’ye (m. 34) göre verilen tüm kararların ve karşı oyların gerekçeli olması şarttır. Genel anlamda gerekçe, belirli bir önermeyi ispatlama veya çürütme noktasında başvurulanan bir akıl yürütme faaliyetidir²⁶. Ceza muhakemesinde ise gerekçe, verilen kararın dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklanmasıdır²⁷. Dolayısıyla gerekçe hükmün sonuç kısmının mantıksal dayanağıdır²⁸. Bu sebeple gerekçeye mantıki delil de denir²⁹. Öyleyse gerekçe, hükümden hareketle belirlenmemeli; aksine hüküm gerekçeden hareketle belirlenmelidir. Dolayısıyla hüküm gerekçenin bir sonucudur; sebebi değildir. Hüküm meşru yolun takibi ve geçerli öncüllerin kıyaslanması ile elde edilen bir sonuçtur. Verildikten sonra gerekçesini oluşturmak, hükmün mantığına aykırıdır. Ancak bu, zamansal olarak gerekçenin hükmün açıklanmasından sonraya bırakılmaması olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim gerekçenin tutanağa geçirilmesi hükmün açıklanmasından sonraya bırakılabilmektedir (m.232/2). Ge-

²¹ Feridun Yenisey and Ayşe Nuhoglu, ‘Ceza Muhakemesi Hukuku’ (Seçkin Yayıncılık 2020) 511; Yüksektepe (n 15) 245.

²² Doğan (n 10) 174.

²³ Yarg. CGK. 17.06.2014, 658/330.

²⁴ Artuç (n 9) 43; Yüksektepe (n 15) 20; Kurşun (n 5) 42.

²⁵ Kunter, Yenisey and Nuhoglu (n 1) 71; Feyzioğlu (n 1) 108; Kurşun (n 5) 69.

²⁶ Erdal Yerdelen, *Hükmün Gerekçesi* (Adalet Yayınevi 2015) 55.

²⁷ Yarg. CGK. 21.05.2002, 95/252; Yarg. 23. CD. 14.10.2015, 14294/5159.

²⁸ Yarg. CGK. 07.02.2012, 273/19.

²⁹ Kunter, Yenisey and Nuhoglu (n 1) 73.

rekçenin sonra açıklanması, hükmün sonucuna uygun bir gerekçenin bulunması anlamına gelmemelidir. Verilen hükmün hukuka uygun olarak verilip verilmediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Gerekçesiz hüküm, adil yargılanma hakkını ihlal eder. Gerekçesiz hükümler kanun yollarında hukuka kesin aykırılık hâllerindendir (m. 289/1-g). Gerekçe soyut değil, somut olmalı; gerekçede hükme nasıl varıldığı, hangi delillerin neden ve nasıl değerlendirildiği, akla uygun olarak gösterilmelidir.

Hükmün son unsuru ise sonuçtur. Verilen hükmün ne olduğu sorusu, sonuç kısmında cevabını bulur³⁰. Hüküm fıkrasında m. 223'e göre verilen kararın ne olduğu, uygulanan kanun maddeleri, verilen cezanın miktarı, kanun yollarına başvuru ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığı, başvuru olanağı varsa süresi ve mercii, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilir.

D. SÜRECİ

Tüm hüküm verme faaliyetlerinde zihinsel bir süreç söz konusudur. Zira hüküm iki farklı şeyin karşılaştırılarak bir sonuca varılmasını ifade eder³¹. Yeşil ışıktaki geçmek üzere hazırlanan sürücü zihninde aracı sürmek eylemine yol açan bir karar verir. Bu kararı verirken sürücü ışığın yeşil olmasını, yeşil ışıktaki geçilebileceği bilgisi ile karşılaştırır ve geçilebileceği sonucuna varır. İşte bu sonuç bir hükümdür. Tüm hükümlerde bu kadar yalın olmasa da benzer bir süreç söz konusudur. Bu süreç esasen bir akıl yürütme faaliyeti şeklinde cereyan eder. Bu akıl yürütmede daima iki öncül ve bir sonuç bulunur. Öncüllere büyük ve küçük önerme, sonuca da sonuç önerme demek mümkündür³². Mantıkta bu akıl yürütmenin adı kıyastır (*Syllogismus*). Mantıki kıyasta amaç, öncüllerden hareketle mantıki sonuca varmaktır³³. Buradaki kıyası, hakkında hüküm bulunmayan bir olaya, benzer olaylar için verilen hükmün uygulanmasını sağlamak için başvurulanan *analoji* anlamındaki kıyas ile karıştırmamak gerekir³⁴.

Hüküm verme süreci dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılabilir. Ceza muhakemesinde duruşmanın bitmesinden sonra başlayan (m. 223/1), bir müzakere sürecini de ihtiva eden (m. 227-229) ve karar safhası olarak da nitelenen³⁵ sürece dar anlamda, buna ilaveten duruşmayı da ihtiva eden sürece geniş anlamda hüküm verme süreci denebilir. Ceza muhakemesinde hüküm verme süre-

³⁰ Kurşun (n 5) 71.

³¹ Feridun Yenisey, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları* (2nd edn, Beta Basım Yayın 1990) 146; Balcı (n 17) 14; Yerdelen (n 26) 26.

³² Krş. Yenisey (n 31) 146.

³³ Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi* (Astana Yayınları 2016) 95.

³⁴ Ceza kanununun yorumunda yasak olan bu anlamdaki kıyas için bkz. Fuat Altuntaş, *Hukukta Akıl Yürütme Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 5 vd.; Demir (n 33) 186 vd.

³⁵ Ünver and Hakeri (n 10) 662.

cini hâkimin hukuku olaya uyguladığı süreç olarak tanımlamak mümkündür³⁶. Hâkimin hukuku olaya uygulaması karar safhasında şekillense de bu safhada başlayıp sona eren bir süreç değildir. Bu sebeple hüküm verme sürecini makalemizde hâkimin hukuku olaya uyguladığı sürecin tamamını ifade etmek için kullanacağız. Hukuk metodolojisi de esasen bu süreç ile ilgilenmektedir. Bu süreçte hâkim, bir ya da daha fazla soyut kanuni normu somut olaya uygulamak suretiyle bir hukuki sonuç elde etmeyi hedefler. Hukukun olaya uygulanmasında bir hukuki sonuç, mantıki kıyasta da mantıki sonuç hedeflendiğinden, hukukun olaya uygulanması sürecinde geleneksel olarak mantıki kıyas (*Syllogismus*) baz alınmıştır³⁷. Kıyas genel hükümlerden özel durumlarla ilgili hükümler çıkarma sanatıdır ve iki öncül ile bir sonuçtan oluşur. Buna mantıki kıyas denmesinin sebebi, salt bir akıl yürütme metodu olması sebebiyledir. Hukukun uygulanmasında başvurulması durumunda ise bu kıyasa *hukuki kıyas* denmektedir (*juristischer Syllogismus* veya *Justizsyllogismus*)³⁸. Hukuki sonucun belirlenmesine kadar devam eden hukukun olaya uygulanması sürecinin daha iyi anlaşılabilmesi için süreç, biri kasten yaralama diğeri hırsızlık olmak üzere iki örnekle somutlaştırılacaktır.

Örnek 1: B kişisi, kendisine ait arkılığı olan dört ayaklı bir oturma eşyasının A kişisi tarafından rızası olmadan alınıp götürdüğünü görmüştür.

Örnek 2: B kişisi, A kişinin parmaklarını sıkıca kapatmış olarak elini sert bir şekilde yüzüne vurduğunu görmüştür.

Bu iki örnek özelinde hukuki kıyasta büyük, küçük ve sonuç önermeler şunlardır:

Büyük Önerme: Suç tipi (T) herhangi bir olayda (O) gerçekleşmişse, bu olay (O) hakkında hukuki sonuç (S) uygulanır.

Örnek 1 için: Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK m. 141/1).

Örnek 2 için: Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 86/1).

Küçük Önerme: Suç tipi (T) bir olay (O) tarafından gerçekleştirilmiştir; yani O, T'nin kapsamına girer.

Örnek 1 için: A, B'ye ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almıştır.

Örnek 2 için: A, B'nin vücuduna acı vermiştir.

³⁶ Karl Engisch, *Logische Studien Zur Gesetzesanwendung* (3rd edn, Carl Winter 1963) 3 vd.

³⁷ Thomas Heidingsfelder, *Der Umgekehrte Subsumtionsirrtum* (Duncker & Humblot 1991) 19 vd.; Engisch (n 36) 6 vd.; Karl Larenz, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991) 271 vd.

³⁸ Larenz (n 37) 271, 272; Engisch (n 36) 6 vd.; Heidingsfelder (n 37) 19, 20.

Sonuç Önerme: Suç olayı (O) için hukuki sonuç (S) uygulanır.

Örnek 1 için: A, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (hükümde bu aralıkta bir ceza takdir edilmelidir).

Örnek 2 için: A, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (hükümde bu aralıkta bir ceza takdir edilmelidir).

Hukuki kıyasta sonuç önermenin oluşturulması, bir başka deyişle hükmün verilmesi için önce küçük önermenin oluşturulması, sonra da büyük önermenin oluşturulması gerekir. Akabinde oluşturulan bu iki önermeden sonuç önermenin çıkarılması aşamasına gelinir.

Aşağıda detaylıca ele alınacağı üzere hâkimin esas işi hukuki kıyasta küçük önermenin oluşturulmasıdır. Küçük önermenin oluşturulması ile esasen hüküm verilmiş sayılır. Zira küçük önerme oluşturulduktan sonra hükmün verilmesi kolaylaşmakta, yapılması gereken faaliyet maddi bir araştırmadan ziyade şekli olmaktadır³⁹. Küçük önermenin kendisi, başka bir mantıki kıyasın sonuç önermesini oluşturmaktadır. Bu mantıki kıyasa terminolojik açıdan hukuki kıyas denmez, altlama (*subsumtion*) denir. Altalama da esasen bir kıyas olduğundan küçük, büyük ve sonuç önermeden oluşur. Altalamanın küçük önermesi ise bir tasımlamanın sonucudur. Aşağıda detaylıca bu yöntemler açıklanacak ve izah edilecektir. Konunun anlaşılır kılınmasını temin etmek amacıyla, hükmün verilmesi sürecinde sırasıyla yapılan *tasımlama*, *altlama* ve *hukuki kıyas* olarak adlandırılan bu üç mantıki kıyas, yukarıda verdiğimiz örnekler üzerinden aşağıdaki tabloda gösterilecek, akabinde hukuki kıyasın önermeleri açıklanacaktır.

	Tasımlama (1. Kıyas)	Altlama (2. Kıyas)	Hukuki Kıyas (3. Kıyas)
Büyük Önerme	1. Örn. Gündelik kavram olarak “ <i>sandalyenin alınması</i> ” (Günlük ya da teknik dilin kavramlarının yorumu ve hâkimin tümevarım ile ulaştığı tecrübe kuralı ile elde edilir)	Hukuk kavramı olarak “ <i>mal</i> ” kavramının tanımı (Hukuki kavramların yorumu ile elde edilir=hukuki sorunun çözümü)	Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK m. 141/1). (Hukuki kavramların yorumu ile elde edilir= uygulanacak hukuk kuralının bulunması)
	2. Örn. Gündelik kavram olarak “ <i>yumruk atmak</i> ” (Günlük ya da teknik dilin kavramlarının yorumu ve hâkimin tümevarım ile ulaştığı tecrübe kuralı ile elde edilir)	Hukuk kavramı olarak “ <i>vücuda acı vermek</i> ” ifadesinin anlamı (Hukuki kavramların yorumu ile elde edilir=hukuki sorunun çözümü)	Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 86/1). (Hukuki kavramların yorumu ile elde edilir= uygulanacak hukuk kuralının bulunması)

³⁹ Bu sebeple hukukun uygulanması sadece bu şekli kıyas faaliyetleri ile yapılmaz, uygulayıcının ciddi bir değerlendirme de yapması gerekir. Bkz. Alexy (n 3) 23.

		Tasımlama (1. Kıyas)	Altılama (2. Kıyas)	Hukuki Kıyas (3. Kıyas)
Küçük Önerme	1. Örn.	B kişisine ait arkalıği olan dört ayaklı bir oturma eşyasının A tarafından alınması (Yaşanmış olayın bir kısmı olarak deliller aracılığıyla ispat edilmek suretiyle elde edilir)	Alınmış sandalye (Delillerin değerlendirilmesi-tasımlama ile elde edilir=maddi sorunun çözümü)	A, B'ye ait taşınır bir mal bulunduğı yerden almıştır. (Hukuki yorum ve bir mantıki kıyas olan altılama ile elde edilir)
	2. Örn.	Parmaklarını sıkıca kapatmış olarak A kişinin elini sert bir şekilde B'nin yüzüne vurması (Yaşanmış olayın bir kısmı olarak deliller aracılığıyla ispat edilmek suretiyle elde edilir)	Yüze vurulmuş yumruk (Delillerin değerlendirilmesi-tasımlama ile elde edilir=maddi sorunun çözümü)	A, B'nin vücuduna acı vermiştir. (Hukuki yorum ve bir mantıki kıyas olan altılama ile elde edilir)
Sonuç Önerme	1. Örn.	B kişisine ait arkalıği olan dört ayaklı oturma eşyası, bir sandalyedir. (Bir mantıki kıyas olan tasımlama ile elde edilir)	Çalınmış sandalye bir maldır. (Bir mantıki kıyas olan altılama ile elde edilir)	A, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (hükümde bu aralıkta bir ceza takdir edilmelidir.) (Bir mantıki kıyas olan hukuki kıyas ile elde edilir)
	2. Örn.	A kişinin elinin, parmakları sıkıca sıkılmış hâlde B'nin yüzüne sert bir şekilde indirilmesi, yumruk atmadır. (Bir mantıki kıyas olan tasımlama ile elde edilir)	Yüze vurulmuş yumruk, vücuda acı vermedir. (Bir mantıki kıyas olan altılama ile elde edilir)	A, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (hükümde bu aralıkta bir ceza takdir edilmelidir.) (Bir mantıki kıyas olan hukuki kıyas ile elde edilir)

Görüldüğü gibi hüküm verme süreci, metodolojik olarak mantıki kıyas formatında yapılan üç kıyasın yapılması şeklinde ilerler. Bu üç kıyasın tamamlanmasıyla hüküm verme süreci de sona erer.

Detaylarını ele alacağımız bu kıyaslardan ilki tasımlama, ikincisi altılama ve sonuncusu da hukuki kıyas adını alır. Tasımlamanın sonuç önermesi, altılamanın küçük önermesini, altılamanın sonuç önermesi ise hukuki kıyasın küçük önermesini oluşturmaktadır.

İfade edelim ki literatürde kimi yazarlar ilk kıyas için altılama (*Subsumtion-subsumieren*), ikinci kıyas için ise altakoyma (*Subordination-subordinieren*) kavramını kullanmaktadırlar⁴⁰. Hatta hukuki kıyas olarak nitelendirilen son kıyasa altılama diyenler de bulunmaktadır⁴¹. Ancak son derece baskın görüş altılama kav-

⁴⁰ Rolf Gröschner, *Subsumtion- Technik Oder Theorie?* (2014) 68; Winfried Hassemer, *Tatbestand Und Typus, Untersuchungen Zur Strafrechtlichen Hermeneutik* (1968) 12.

⁴¹ Guy Beaucamp and Jakob Beaucamp, *Methodik Und Technik Der Rechtsanwendung* (4th edn, C F Müller 2019) 31.

ramını, ikinci kıyas için kullanmaktadır⁴². Üçüncü kıyasın hukuki kıyas olarak nitelendirilmesi ise genel kabul görmüştür. Biz de çalışmamızda bu genel kabulden hareket ediyoruz.

Hüküm verme sürecinde asıl olan hukuki kıyas olduğundan çalışmamızda hüküm verme sürecinin metodolojik yapısı, hukuki kıyasta küçük önermenin oluşturulması (II), büyük önermenin oluşturulması (III) ve sonuç önermenin oluşturulması (IV) tasnifi baz alınarak ele alınacaktır.

II. HUKUKİ KIIYASTA KÜÇÜK ÖNERMENİN OLUŞTURULMASI

Hüküm verme sürecinde en önemli safha, hukuki kıyasın (3. kıyasın) küçük önermesinin oluşturulmasıdır. Hukuki kıyasta küçük önerme, esasen altlama faaliyetinin (2. kıyasın) sonucudur. Bu sebeple hukuki kıyasta küçük önermenin oluşturulmasını ele almak demek, bütünüyle altlama faaliyetini ele almak demektir.

Altlama faaliyeti ise üç aşamada gerçekleştirilir. İlk aşamada altlamanın alt öncülü oluşturulur. Bu aşamaya değerlendirme aşaması denebilir (A). Zira bu aşamada öne çıkan faaliyet delillerin değerlendirilmesidir. Deliller değerlendirilirken tasımlama faaliyetinde (1. kıyas) bulunulur.

İkinci aşamada ise altlamanın üst öncülü oluşturulur; ilk aşamada tespit edilen somut olay hukuki kavramlarla ifade edilir. Altlama faaliyetinin bu aşamasına yorumlama denebilir (B). Zira burada öne çıkan faaliyet kanuni kavramların yorumlanarak hangi suç tipinin gerçekleştiğinin belirlenmesidir.

Üçüncü aşama ise altlama olarak nitelendirilebilecek aşamadır (C). Altlama faaliyetinin oluşturulmuş olan küçük önermesi, büyük önermesinin kapsamına alınarak sonuca varılır. Bu sonuç hukuki dille ifade edilmiş maddi gerçektir. Bu maddi gerçek, hüküm verme sürecinin sonunda yapılan hukuki kıyasın küçük önermesi olacaktır. Şimdi sırasıyla bu üç aşama üzerinde durulacaktır.

A. DEĞERLENDİRME (MADDİ SORUNUN ÇÖZÜMÜ)

Altlama faaliyetinin ilk aşaması olan ve altlama faaliyetinin küçük önermesinin oluşturulması ile neticelenen değerlendirme, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan faaliyetlerden oluşmaktadır. Bu aşamada delillerin ortaya konulup değerlendirilmesi söz konusudur. Delilin günlük ve mesleki hayat tecrübelerine göre ne ifade ettiği, hukuki nitelemesine girilmeden tespit edilmeye çalışılır. Bunun sebebi, olay hakkında herhangi bir önyargının oluşmasını ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin ihlal edilmesini engellemektir. Deliller ortaya konulduktan sonra serbestçe değerlendirilir ve vicdani kanaat oluşturulur. Vicdani kanaatin oluşmasında başvurulun metod ise bir mantıki kıyas olan tasımlamadır.

Tasımlama (tasmin), kıyas sözcüğünün eş anlamı olarak kullanılsa da *bir konuyu, nesneyi zihinde biçimlendirmek, bir işin tasarısını hazırlamak*⁴³ anlamına da

⁴² Larenz (n 37) 271.

⁴³ <https://tr.wiktionary.org/wiki/tasimlama>; <https://sozluk.gov.tr>.

gelmektedir. Delillerin ortaya konularak değerlendirilmesi ve konu hakkında vicdani bir kanaatin oluşturulması faaliyetlerini ifade etmeye daha uygun olduğundan terim olarak kullanmayı tercih ettiğimiz tasımlama, delillerin ortaya konulması ve değerlendirilmesi ile sonuçlanır.

Değerlendirmenin üç safhası vardır:

1. Hâkim önce somut olayı deliller vasıtasıyla tespit eder (tasımlamanın küçük önermesi-delillerin ortaya konulması ve tartışılması).

2. Hâkim tespit edilmiş olan bu olayın “ne ifade ettiğini”, hukuki nitelemesine girmeden, vicdani kanaatine göre değerlendirir. Burada hâkim genel tecrübelerinden hareket ederek somut olayı, hayatın olağan akışı içerisinde tümevarım yöntemini kullanarak tüm detayları ile belirler (tasımlamanın büyük önermesi-delillerin değerlendirilmesi).

3. Hâkim ilk iki tespitin sonucunu ortaya koyar (tasımlamanın sonuç önermesi-maddi gerçeğin belirlenmesi).

Şimdi bu üç safha üzerinde durulacaktır.

1. Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması

CMK m. 206 gereği sanık sorguya çekildikten sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Ortaya konulacak deliller iddianamede gösterilen deliller olup duruşmada yeni delillerin araştırılması ve ortaya konulması talebinde de bulunulabilir⁴⁴.

Delillerin ortaya konulması demek, dinlenecek olanların dinlenmesi, belgelerin okunması, eşyanın incelenmesi demektir⁴⁵. Tüm deliller ortaya konulduktan sonra taraflarca değerlendirilir. Bu değerlendirme ise, *delillerin tartışılması* olarak adlandırılır⁴⁶. Delillerin tartışılmasında söz sırasıyla, katılana veya vekiline, C. Savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanuni temsilcisine verilir (m. 216/1). Taraflar tartışmada sözlerini belirli bir hükmün (beraat, mahkûmiyet vs.) verilmesini talep ile bitirirler. Son söz sanığa verilir (m. 216/3). Sanığın son sözünden sonra duruşma sona erer (m. 223/1).

a. Deliller Hakkında Genel Bilgiler

Değerlendiren süje olarak hâkim, değerlendirilen obje olarak somut suç olayını gerçeğe uygun olarak ispat ederken delillerden yararlanmalıdır. Dolayısıyla ceza muhakemesinin şüphe ile başlayıp vicdani kanaate varılmasıyla nihayete erdiği düşünüldüğünde deliller, şüphenin yenilmesini sağlayan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan değerlendirmenin yegane ölçütleridir⁴⁷. Zira hâkimin önündeki iddianameye konu maddi olay (fiil), geçmişte yaşanmış bir olaydır ve bu

⁴⁴ Centel and Zafer (n 10) 777.

⁴⁵ Cumhur Şahin and Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku -II-* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 127.

⁴⁶ Ünver and Hakeri (n 10) 610; Şahin and Göktürk (n 45) 159.

⁴⁷ Fatih Birtok, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Adalet Yayınevi 2016) 11.

olayın geleceğe bıraktığı izler, delillerdir⁴⁸. Bu izlerin takip edilerek maddi olayın tespiti bu sebeple ancak deliller vasıtasıyla olur. Bu sebeple delillere ispat vasıtası da denmektedir⁴⁹. Dolayısıyla ceza muhakemesinde deliller, muhakeme konusu maddi olayın ispatı amacıyla başvurulacak araçlardır⁵⁰.

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Bir ispat aracının bir olayı hukuken ispat edebilmesi için hem mantıken hem de kanunen sahip olması gereken bazı özellikler bulunmaktadır. Delil serbestisi, bu özelliklere sahip herhangi bir delille olayın ispat edilebilmesi demektir⁵¹. Bir delilin beş duyu organı ile algılanabilir olması, ispat konusu olay ile arasında bir bağın mevcut olması ve elde edilmesinin mümkün olması, sağlam ve güvenilir, akla uygun ve bilimsel olması, elde ediliş şekli, muhafaza ve değerlendirme açısından hukuka uygun olması, yargılama, iddia ve savunma makamlarının bilgisine sunulmuş olması delilin sahip olması gereken özelliklerdendir⁵². Deliller ancak bu özelliklere sahip olurlarsa ispat aracı olarak kullanılırlar. Üç tür delil vardır: beyan, belge ve belirtir⁵³.

b. Türlerine Göre Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması

Deliller türlere ayrıldığından ortaya konulmaları da farklı şekillerde olmaktadır. Beyan delilleri somut olayı ispata yarayan açıklamalardır. Sanık ve tanık beyanları, mağdur veya mağdur dışındaki üçüncü kişilere ait açıklamalar beyan niteliğini taşırlar. Doğrudan doğruyalık ilkesi gereği olaya ilişkin açıklamaların beyan delili olarak nitelendirilebilmesi için kovuşturma evresinde mahkeme önünde yapılması gerekir⁵⁴.

“Dar anlamda delil” açısından sorgu, bir beyan delili değildir. Zira m. 206’da “*Sanığın sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır*” denilmektedir. Ancak hâkim yapacağı değerlendirmede sorgudaki açıklamaları delil olarak takdir edebilecektir. Bu sebeple sorgu “geniş anlamda bir beyan delili” sayılır⁵⁵. Sanık m. 147 ve 148’deki düzenlemelere uygun olarak sorguya çekilir. Sanığın özgür iradesine etki edecek işkence gibi yollara başvurmak yasaktır ve bu şartlar altında yapılan sorgu delil olarak değerlendirilemez (m. 148).

⁴⁸ Yenisey (n 31) 119; Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Seçkin Yayıncılık 2022) 631.

⁴⁹ Kunter, Yenisey and Nuhoglu (n 1) 1325; Mahmut Koca, ‘Ceza Muhakemesinde Hukuka Deliller’ (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 207, 207; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 10) 603.

⁵⁰ Ünver and Hakeri (n 10) 581; Karakehya (n 1) 78.

⁵¹ Doğan Gedik, ‘Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)’ (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 913, 917.

⁵² Yıldız (n 1) 160 vd.; Koca (n 49) 213; Yenisey and Nuhoglu (n 21) 513 vd.; Şahin and Göktürk (n 45) 23 vd.

⁵³ Kunter, Yenisey and Nuhoglu (n 1) 1345; Koca (n 49) 214.

⁵⁴ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)* (Yetkin Yayınları 2001) 152.

⁵⁵ Ünver and Hakeri (n 10) 585; Birtok (n 47) 91 vd.

Tanığın olayla ilgili açıklamalarına tanık beyanı denir. Tanık olayı beş duyu organı ile algılamış (doğrudan tanık) ya da başkalarından duymuş biri (dolaylı tanık) olabilir. Tanık sadece somut olayı aktarmalıdır, şahsi değerlendirmelerini aktaramaz. Asıl olan tanığın sözlü beyanda bulunmasıdır. Yazılılık istisnai ve zorunlu hâllerde mümkündür. Tanık beyanı delilinde değerlendirmeye alınacak husus sadece beyanın içeriği değildir, aynı zamanda tanığın dış görünümü de değerlendirilir. Olayın tek tanığı varsa ve hüküm onun beyanlarına göre kurulacaksa mahkemeye getirilmelidir. Kimlerin tanık olabileceği ya da olamayacağı ile ilgili kanunda birçok düzenleme bulunmaktadır (örneğin m. 22/1-h; m. 46/1-a,2; m. 62- 68; m. 236). Tanıkların dinlenmesi ve tanığa soru sorulması farklı şeylerdir. Tanık sadece mahkeme başkanı tarafından dinlenir (m. 59). Mahkeme tarafından dinlenen tanığa soru sorma işi taraflara bırakılabilir. Tanık naklen yayın yoluyla da dinlenebilir (m. 180/5).

Belge delillerinin ortaya konulması, beyan delilinden farklıdır. Okunabilecek her şey belgedir. Ancak sadece okunacak şeylerin belge olması gerektiği hususu tartışılabilir. Kanun belgenin okunmasından söz etmekteyse de (m. 215) görülmek veya dinlenmek suretiyle içeriğine ilişkin bilgi edinilen teknik aletlerin belge sayılıp sayılmayacağı tartışılmaktadır⁵⁶. Belgelerin ortaya konulması duruşmada anlatılmak suretiyle olur (m. 209). Bilirkişi raporlarının ortaya konulması özel bir usule tabi kılınmıştır (m. 67/5). Duruşma sırasında duruşma salonu dışında yapılan işlemlere ait tutanaklar da okunur (m. 209/1.) Ayrıca soruşturma evresinde tutulan tutanaklar da okunurlar. Böylece belge delilleri duruşmada ortaya konulmuş olurlar.

Belirti delillerinin ortaya konulması üzerinde de durulmalıdır. Örneğin tabanca üzerindeki izler, tükürük gibi doğal belirtiler ile bıçak gibi yapay belirtiler, birer belirti delilidir. Bunlar kural olarak diğer delillerin değerlendirilmesinde kullanılırlar; tek başlarına esas uyumsuzluğu ispatlamada yeterli olmazlar. Belirtiler bilimsel yöntemlerle bilirkişi raporu formatında değerlendirilirler. Belirtilerin elde edilmesi için olay yeri incelemesi son derece önem arz eder. Belirti delillerinin konuşturulması, keşif veya bilirkişi incelemesini gerektirir. Duruşmada bilirkişilik, bilirkişinin çağrılarak tanık gibi dinlenmesi şeklinde olur. Duruşma öncesi bilirkişilik yapılmışsa duruşmada raporu anlatılır. Keşif ise nesne, belge, kişi, olgu ve deneyler hakkında söz konusu olabilir. Duruşmada keşif, keşif faaliyetine konu olan eşyanın duruşmada, mahkeme önüne getirilmesi veya bu objenin bulunduğu yere gidilmesi suretiyle yapılabilir. Duruşma öncesi mahkeme dışında yapılan keşiflerde ise buna ilişkin tutanaklar duruşmada anlatılır.

Sanığın çağrılmaması, delilin kanuna aykırı elde edilmesi, delille ispat edilmek istenen olayın karara etkisinin olmaması, delil isteminin sadece davayı uzatma maksadı taşıması hâllerinde delil ortaya konulmamalıdır (m. 206/2). Savcı ile

⁵⁶ Bu delillerin belirti delili olduğunu ifade edenler için bkz. Kunter, Yenisey and Nuhuğlu (n 1) 1392; ses ve görüntülerin bir tutanağa aktarılması hâlinde belge delili olacağı edenler için bkz. Birtok (n 47) 184.

sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir (m. 206/3).

Her delilin bu şekilde ortaya konulmasından sonra tartışılması gerekir⁵⁷. CMK m. 216/1 gereği tartışmada söz sırasıyla katılan veya vekiline, savcıya, sanığa ve müdafii veya kanuni temsilcisine verilir. Taraflar birbirlerinin açıklamalarına cevap verebilir (m. 216/2). Daha sonra savcı esas hakkındaki mütalaasını açıklar. Hükümden önce son söz sanığa verilir. Sanık son celseye gelmez ise bu hak kullandırılmaz. Böylece duruşmaya son verilir.

2. Delillerin Değerlendirilmesi

Deliller ortaya konulduktan ve tartışıldıktan sonra değerlendirme aşamasına geçilir. Değerlendirme, hâkimin bu delillere dayalı olarak bir oluş ve sonuç çıkarmak için yaptığı zihinsel faaliyet⁵⁸. Hâkim bu değerlendirmesinin sonunda vicdani kanaatini oluşturur.

a. Değerlendiren Süje: Hâkim

Ceza muhakemesinde olayı değerlendiren ve vicdani kanaat oluşturması gereken süje olarak hâkim⁵⁹, hukuk eğitimi ile donatılmış gerçek kişidir. Ancak hâkimin vardığı bu kanaatin oluşmasında yargılamaya katılan diğer süjelerin de etkisi ve katkısı bulunmaktadır. Nitekim deliller çelişmeli muhakeme ilkesi gereği iddia, savunma ve yargılama makamları arasında tartışılmakta ve hâkim kolektif olan bu süreç sonunda bir kanaate varmaktadır⁶⁰. Ancak delilleri tüm bu süreçlerden sonra değerlendirmek ve vicdani kanaati ile hükmü vermek zorunda olan kişi hâkimdir⁶¹. Hükme götüren sürecin kolektif yapısı hükmün kolektif verildiğini göstermez⁶².

Hâkimin metodolojik olarak yapması gereken en önemli görev, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Hâkim delilleri bu amaçla değerlendirmelidir. Değerlendirme görevini ifa ederken hâkim değerlendirme konusu olayı tam olarak aydınlatmak için çaba göstermelidir. Bu konuda hâkim re'sen değerlendirme yapmalı⁶³, değerlendirmesini sadece huzuruna getiril-

⁵⁷ Doğan Gedik and Mahir Topaloğlu, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2015) 227; detaylı bilgi için bkz. Metin Köse, *Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi* (Seçkin Yayıncılık 2017) 136 vd.

⁵⁸ Doğan Gedik, *Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanı İlkesi (In Dubio Pro Reo)* (Adalet Yayınevi 2016) 23; Bahri Öztürk and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 389.

⁵⁹ Feyzioğlu (n 1) 182; Karakehya (n 1) 74.

⁶⁰ Karakehya (n 1) 99.

⁶¹ Şahin (n 54) 52; Ünver and Hakeri (n 10) 613; Yerdelen (n 26) 18; aksi görüş için bkz. Kurşun (n 5) 77.

⁶² Aksi yönde bkz. Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 63.

⁶³ Yenisey (n 31) 121; Yıldız (n 1) 166.

miş ve tartışılmış deliller üzerinden serbestçe yapmalıdır⁶⁴. Olayı tam aydınlatmadan hüküm vermek, hüküm netice itibarıyla isabetli olsa bile gerçeğe değil, zanna dayalı olacaktır. Bu sebeple eksik araştırma nedeniyle bu tarz bir hükmün bozulması gerekir⁶⁵. Hâkim değerlendirme yapabilmek için uzman yardımına ihtiyaç duyduğunda bilirkişi görevlendirilebilir⁶⁶.

b. Değerlendirilen Objeler: Somut Olayı İspat Eden Deliller

Hâkim değerlendirme yaparken aslında maddi sorun ile uğraşmaktadır. Dolayısıyla değerlendirmenin konusu maddi olay, bu olayı ispata yarayan delillerdir. Maddi olayın doğru analiz edilebilmesi için ikili bir ayırım yapmak yerinde olacaktır: gerçekte ve hâkimin önünde olay.

Hâkim tarafından değerlendirilen olay gerçekte yaşanmış (olduğu iddia edilen) bir hadisedir. Gerçekte olay, yaşanmış; zamansal olarak mazide kalmış bir olaydır⁶⁷. Bu olayın aynen tekrarı mümkün değildir. Bu sebeple mutlak gerçeğe ulaşmak imkânsızdır. Dolayısıyla kararlar mutlak gerçek üzerinden değil, maddi gerçek üzerinden verilir⁶⁸.

Hâkim önüne gelen olayı duruşmada canlandırmak ve geçmişe yönelik olarak nasıl gerçekleşti ise o şekilde ortaya çıkarmak görevini ifa eder⁶⁹. Dolayısıyla hâkimin önünde olay, yaşandığı iddia edilen ve örgüsü aslına uygun yapılması gereken bir hikayedir⁷⁰. Deliller, değerlendirme aşamasından önce zaten ortaya konulup tartışıldığından hâkimin bu aşamada yapması gereken şey, delillerin bir bütün olarak olay örgüsünde ne anlam ifade ettiğini, hukuki nitelemesine girmeden tespit etmektir. Bu aşamada hâkimin yaptığı iş, teknik olarak bir konuyu, nesneyi zihinde biçimlendirmek; tasımlamaktır. Bir başka deyişle hâkim her türlü delili konuşturarak hikayeyi gerçeğe uygun şekilde onlara yazdırmaktadır.

c. Değerlendirmede Ölçüt: Uygunluk

Duruşmaya getirilen bir delilin vicdani kanaatin oluşmasında dikkate alınabilmesi için akla, gerçeğe, diğer delillere ve hukuka uygunluk açısından değerlendirilmesi gerekir.

Deliller öncelikle akla uygunluk açısından değerlendirilmelidir. Somut olay ile arasında bir bağ bulunmayan, beş duyu organı ile algılanamayan, elde edilmesi

⁶⁴ Birtok (n 47) 469 vd.; Mehmet Yayla, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphe* (Seçkin Yayıncılık 2016) 61 vd.

⁶⁵ Örnek kararlar için bkz. Yarg. 3. CD. 11.10.2022, 29808/5936; Yarg. 3. CD. 02.11.2022, 27762/7345.

⁶⁶ Şahin and Göktürk (n 45) 65; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 10) 639.

⁶⁷ Gedik (n 51) 917; Karakehya (n 1) 6; Köse (n 57) 262.

⁶⁸ Yıldız (n 1) 213; Köse (n 57) 263.

⁶⁹ Larenz (n 37) 305.

⁷⁰ Feyzioğlu (n 1) 115; Larenz (n 37) 304 vd.



mümkün olmayan bir delil, akla uygun değildir⁷¹. Söz gelimi dolandırıcılıktan yargılanan sanığın kendisinin alacaklı olduğunu gösteren bir senedin bulunduğunu, ancak bu senedin yandığını ileri sürmesi, ilgili senedin varlığını ispat eden başkaca delilin bulunmaması hâlinde senet, elde edilmesi mümkün olmayan bir delil olarak değerlendirilmeli ve akla uygunluk kriterine uymadığından vicdani kanaatin oluşturulmasında dikkate alınmamalıdır.

Deliller tek tek gerçeğe uygunluk açısından da değerlendirilmelidir. Delilin somut olayın bütününe ya da bir kısmını temsil edip etmediği, o delilin gerçeğe uygunluğu ile ilgilidir⁷². Her delil önce tek tek gerçeğe uygunluk açısından değerlendirilir. Söz gelimi beyan delilinin yalan söylenmesi gibi sebeplerle gerçeğe uygun olmaması ihtimali üzerinde durulmalı ve bu konuda gerekli araştırmalar yapılmalıdır. Aynı şekilde belge delilinin değerlendirilmesinde belgenin gerçek olup olmadığı, belgede herhangi bir sahteliğin olup olmadığı araştırılarak değerlendirilmelidir.

Tek tek akla ve gerçeğe uygun oldukları belirlenen deliller ayrıca diğer delillere uygunluk açısından değerlendirilmelidir. Tüm deliller somut olayın ispatında kullanılabilir olup olmadıkları noktasında değerlendirildikten sonra her bir delilin, somut olayın ispatında kullanılacak olan diğer delillere de uygunluk açısından değerlendirilmesi gerekir⁷³. Bunun sebebi tek başına gerçeğe uygun gibi gözüken bir delilin, diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde aslında gerçeğe uygun olmadığını tespit edilebilmesidir. Deliller değerlendirilirken tüketilmeli, değerlendirmede tüm delillere yer verilmelidir⁷⁴.

Akla, gerçeğe ve diğer delillere uygun oldukları belirlenen deliller suç olayının tam olarak aydınlatılmasını sağlamayabilir. Bu durumda suç olayının aydınlatılamayan boşlukları, bir başka deyişle hikayenin eksik yanları akıl yürütme ve tecrübe kurallarından yararlanarak tamamlanır. Bu aşamada delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi söz konusudur. Hâkim boşlukları doldururken somut olayı, hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirir. Bunun için uzman yardımından da yararlanılabilir⁷⁵. Böylece yaşanmış olan olay hâkimin önünde gerçeğe uygun şekilde ve hayatın olağan akışına uygun olarak detaylarıyla canlandırılmış olur⁷⁶. Somut olayda tecrübe kuralı ile dahi aydınlatılamayan hususlar var ve bu durum bir kanaate varmaya engel teşkil ediyorsa şüpheden sanık yararlandırılmalıdır⁷⁷.

Bir delilin ispat aracı olarak kullanılabilmesi için son olarak hukuka uygunluk açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda delilin elde ediliş şekli, muha-

⁷¹ Ünver and Hakeri (n 10) 582; Gedik (n 58) 29.

⁷² Feyzioğlu (n 1) 233, 234; Birtok (n 47) 482 vd.; Gedik (n 58) 29; Köse (n 57) 168.

⁷³ Feyzioğlu (n 1) 234; Birtok (n 47) 486 vd.; Gedik (n 58) 29, 30; Köse (n 57) 220.

⁷⁴ Yıldız (n 1) 146.

⁷⁵ Feyzioğlu (n 1) 250; Gedik (n 58) 30.

⁷⁶ Feyzioğlu (n 1) 245.

⁷⁷ Yıldız (n 1) 224; Gedik (n 58) 154.

faza ve değerlendirme açısından hukuka uygun olması, yargılama, iddia ve savunma makamlarının bilgisine sunulmuş olması gerekir. Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmemesi, hükme esas teşkil etmemesi gerekir. Anayasanın 38/6 hükmü ile CMK m. 148 ve 217/2 hükümleri, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini yasaklamaktadır. Hukuka aykırı delilin yardımıyla ulaşılan diğer delillerin değerlendirmede kullanılıp kullanılamayacağı (hukuka aykırı delilin uzak etkisi-zehirli ağacın meyvesi) konusu ise tartışmalıdır⁷⁸. Örneğin işkence ile ifadesi alınan sanığın suçunu itiraf ederek silahın yerini göstermesi durumunda, bu ikrar hukuka aykırı olarak elde edildiğinden değerlendirilmeyecektir. Yeri gösterildiği için bulunan silahın delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusu tartışmalı olsa da kanaatimizce de isabetli olan baskın görüşe göre bu delili de hukuka aykırı kabul etmek gerekir⁷⁹.

d. Değerlendirmede Sonuç: Vicdani Kanaatin Oluşturulması

Vicdani kanaat, ceza uyuşmazlığında maddi sorunun çözülmesinde başvuru- lan, maddi uyuşmazlığı çözen makam olarak hâkim tarafından kendi açısından duyulan şüphenin bertaraf edilmesi anlamına gelen kanaattir⁸⁰. Vicdani kanaatin oluşturulmasında deliller serbestçe takdir edilse de (m. 217/2) değerlendirmenin ölçütü olarak yukarıda ifade ettiğimiz sınırlara riayet edilmesi gerekir.

Hâkim vicdani kanaatini oluştururken hukuka uygun yollarla temin edilmiş, duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delilleri dikkate alabilir (m. 217/1). Hukuka aykırı yollarla temin edilen veya duruşmaya getirilmeyen ve huzurunda tartışılmayan bir delil, suç olayının ispatında kullanılamaz. Hâkimin kendi şahsi bilgisini ya da inancını esas almaması gerekir⁸¹. Dolayısıyla vicdani kanaatini oluştururken hâkim, tüm delillerin ortaya konulması ve tartışılması ile bağlıdır. Bu konuda bir eksiklik varsa önce bu tamamlanmalı, değerlendirme sonraya bırakılmalıdır.

Hâkim vicdani kanaatini oluştururken mantık ve tecrübe kurallarına riayet etmelidir. Burada akıl yürütme yöntemlerine, özellikle tümevarım yöntemine başvurmalı, tecrübesine dayanmalıdır. Olaylar arasındaki ilişkiyi görebilmeli, sebep sonuç ilişkisini doğru saptamalıdır.

⁷⁸ Tartışma için bkz. Kunter, Yenisey and Nuhoglu (n 1) 1477; Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Seçkin Yayıncılık 2014) 106 vd.; Meltem Dündar, *İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 519 vd.

⁷⁹ Yarg. 7. CD. 15.03.2007, 16027/1694; Öztürk and others (n 58) 424; Yıldız (n 1) 194; Mahmut Koca, 'Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası' (2000) 4 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 136; aksi görüş için bkz. Cem Şenol, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasası* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 373.

⁸⁰ Feyzioğlu (n 1) 172 ; Karakehya (n 1) 71.

⁸¹ Erem (n 4) 374; Şahin and Göktürk (n 45) 167; Gedik (n 51) 935, 936; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th edn, Yetkin Yayınları 2020) 431; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 10) 682.



Vicdani kanaatin oluşmasına engel olan husus şüphedir. Bu durumda maddi sorun çözülmemiş sayılır ve sanık hakkında beraat kararı verilir⁸². Takdir ettiği deliller şüphesini yenmeye yetmiyor ve başkaca bir delil ile şüphenin giderilmesi imkânı bulunmuyorsa tasımlamanın büyük önermesini “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi oluşturmaldır. Dolayısıyla vicdani kanaatin oluşumu mutlaka somut olayın gerçekleştiği yönünde tecelli edecekmiş gibi bir ön yargıyla hareket edilmemeli, masumiyet karinesinin uygulanmasının da bir vicdani kanaat oluşumu olduğu gerçeği ile hareket edilmelidir.

3. Vicdani Kanaate Göre Tespit Edilmiş Maddi Gerçeğin Belirlenmesi: Tasımlama

Deliller ortaya konulduktan ve tartışıldıktan sonra delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve vicdani kanaatin oluşturulması gerekir. Bu aşamada akıl yürütme yöntemlerinden ve tecrübe kuralından yararlanır⁸³. Özellikle başvuru metodu tasımlama olduğunu yukarıda ifade etmiştik. *Tasımlama (tasmim), bir konuyu, nesneyi zihinde biçimlendirmek, bir işin tasarısını hazırlamak* demektir⁸⁴.

Tasımlama mantıki kıyas formatında gerçekleşen bir akıl yürütme türüdür. Bu akıl yürütmeye somut olanın soyut olana transferi söz konusudur. Dolayısıyla hâkimin geçmişte yaşanmış bir olayı deliller vasıtasıyla zihninde biçimlendirmesi, böylece bir işin (ceza muhakemesinde hükmün) tasarısını hazırlaması bir tasımlama değildir. Tasımlamada esasen bir isimlendirme, nitelendirme, semantik üçgen açısından düşünüldüğünde kaplam ve içlem arasındaki ilişkinin kurulması söz konusudur⁸⁵. Söz gelimi sayısız somut “kitap” nesnelerinden (sayısız suç olayından) birinin (muhakemeye konu suç olayının) tarif edildiği bir ortamda (delilleriyle tartışıldığı duruşmada), tarifi değerlendirerek ortada bir kitabın olduğunu söylemek (delilleri değerlendirerek mevzu bahis suç olayını tespit etmek), bir tasımlama olup, mantıki kıyas formatında gerçekleştirilen bir akıl yürütmedir. Bu kıyasta küçük önermeyi somut olan, büyük önermeyi de soyut olan oluşturur. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması ile somut olay belirlenmiş, tasımlamanın küçük önermesi oluşturulmuş olur.

Bu aşamadan sonra hâkim bu delilleri değerlendirmek suretiyle tasımlamanın büyük önermesini oluşturur. Büyük önermenin oluşturulmasında hâkimin tecrübesi önemlidir. Hâkim tecrübe ettiği münferit olaylardan hareket ederek değerlendirme konusu olay hakkında da bir yargıya varır⁸⁶. Burada tümevarım yönteminin kullanıldığını söylemek gerekir. Hâkim ilgili delillerin ne ifade ettiğini bu şekilde belirledikten sonra tasımlamanın büyük önermesini oluşturmuş olur⁸⁷. Böyle-

⁸² Yıldız (n 1) 212; Feyzioğlu (n 1) 112; Gedik (n 58) 155.

⁸³ Yıldız (n 1) 149; Gedik and Topaloğlu (n 57) 244 vd.

⁸⁴ <https://tr.wiktionary.org/wiki/tasimlama>; <https://sozluk.gov.tr>.

⁸⁵ Aydın Başbuğ, *Hukukta Yöntem* (Beta Basım Yayın 2020) 40.

⁸⁶ Yıldız (n 1) 149.

⁸⁷ Krş. Feyzioğlu (n 1) 237, 238.

ce bir sonuç çıkarma, maddi olay hakkındaki vicdani kanaatin somutlaştırılması aşamasına gelinmiş olur. Burada öncelikle vurgulanması gereken husus, mutlak gerçeğin aranmadığıdır. Zira geçmişte yaşanmış bir olay hakkında değerlendirme yapacak olan, olayın şahidi olmayan üçüncü bir kişi olarak hâkim açısından mutlak gerçeği takdir etmek olanaksızdır. Bu sebeple maddi gerçeği ortaya çıkarma amacıyla hareket etmelidir⁸⁸.

Hâkim yeterli delil olmadan kanaat oluşturmuşsa eksik soruşturma sebebiyle hükmü bozulabilir; vicdani kanaati denetlenebilir. Kanaat bireysel bir husus olduğundan, kanaate dayanan ispat da nispi olmaktadır⁸⁹. Bu sebeple mahkeme, kanaati etkileyecek unsurlardan uzak tutulmalıdır.

Tasımlama sonucu bulunan maddi gerçek, ikinci kıyas olan altlamanın da küçük önermesidir. Bu sebeple maddi gerçeğin yanlış tespiti, altlamanın ve dolayısıyla hükmün de yanlış olmasına yol açacaktır. Bu sebeple ispat hukuki sorunun çözümünden daha öncelikli ve önemlidir. Zira maddi sorunun çözümü, hukuki sorunun çözümünden daha karmaşıktır⁹⁰.

Hükümde gösterilen tüm olguların vicdani kanaat ile ispatlanmış olması gerekir. Kanıtlanması gereken olgular, ilgili suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda önem arz eden olgulardır. Her bir olgunun hangi delille ve nasıl ispatlandığının belirlenmesi gerekir. İspat, tüm kuşkuların bertaraf olması hâlinde kabul edilebilir. Hâkim olayın fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda mevcut deliller ile bir sonuca ulaşamazsa bu durumdan, yani şüpheden sanık yararlanır⁹¹.

B. YORUMLAMA (HUKUKİ SORUNUN ÇÖZÜMÜ)

Hukuki kıyasta küçük önermenin oluşturulmasının ilk aşaması olan değerlendirme aşamasından sonra ikinci aşamasına geçilir. Bu aşamada ise ilk aşamanın sonucundaki tespitlerin hukuki nitelemesi yapılır. Hukuki kavramların devreye girdiği, tanımlandığı, yorumlandığı alan bu aşamadır. Burada yapılan faaliyet ise yorumlamadır. Yorumlama normun tespiti ve bu normdan çıkarım yapma süreçlerini ihtiva eden, yorum yöntemleri ile yapılan bir faaliyettir⁹². Yorumlamanın sonucu altlamanın büyük önermesini oluşturur.

Yorumlama faaliyeti ile hukuki sorun çözülmüş olur. Hukuki sorundan kastımız, ortaya çıkarılan maddi olayın suç teşkil edip etmediğinin araştırılmasıdır⁹³.

⁸⁸ Yıldız (n 1) 213; Feyzioğlu (n 1) 115; Karakehya (n 1) 72; Yayla (n 64) 59.

⁸⁹ Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1334; Birtek (n 47) 401.

⁹⁰ Feyzioğlu (n 1) 109.

⁹¹ Yıldız (n 1) 224; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 10) 604; Gedik (n 58) 155.

⁹² Başbuğ (n 85) 100, 101; Beaucamp and Beaucamp (n 41) 42; Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim, Yorum Yöntemleri, Hukuk Oluşturma Yöntemleri (Yargıç Hukuku)* (7th edn, Beta Basım Yayın 2020) 40.

⁹³ Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1498; Yayla (n 64) 209.

1. Yorumlayan Süje: Hâkim

Maddi sorunu yaptığı değerlendirme ile çözen hâkim, hukuki sorunu da yapacağı yorum ile çözmek zorunda olan süjedir. Yorumlama bir metnin hangi anlama geleceğini tayin etme faaliyeti olduğundan ve hâkimin yorumunda bu metin bir kanun olduğundan, hâkimin hem kanunu iyi bilmesi hem de yorum yöntemlerine vakıf olması gereklidir. Yanlış yorumlama sonucu hükmün verilmesi, suç vasfında yanlış olarak da nitelendirilen, hükmün bozulmasını gerektiren bir sebeptir⁹⁴.

Cumhuriyet savcıları da iddianamelerinde bir yorumlama faaliyetinde bulunarak iddia konusu olayın hangi suç kapsamına girdiği konusundaki kanaatlerini belirtirler. Ancak hâkimlerin iddianamedeki bu nitelemelerin etkisinde kalmaması, hukuki sorunun çözülmesine odaklanması gerekir. Nitekim m. 225/2’de iddianamedeki suç nitelemesi ile hâkimlerin bağlı olmadığı vurgulanmak suretiyle yorumlama faaliyetinin ihmal edilmemesi gerektiğine işaret edilmektedir.

2. Yorumlanan Obje: Normlar

Ceza muhakemesinde hukuki sorunun çözümü amacıyla yapılan yorumlama faaliyetinde obje, normlardır. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu ile suç tanımlarının yer aldığı yan ceza kanunlarının dikkate alınması gerekir. Zira buradaki yorumlama faaliyeti ile somut olayın suç teşkil edip etmediği araştırılmakta, bir başka deyişle hukuki sorun çözüme kavuşturulmak istenmektedir.

Bir suçun işlenip işlenmediği veya hangi suçun işlendiği gibi sorunlar, özellikle ceza hukuku özel hükümlerin bilinmesini gerektirir. Dolayısıyla münferit suç tiplerinde yer verilen kavramların yorumlanabilmesi, suç olayında bu kavrama teka-bül eden olgunun takdir edilmesinde önem arz eder. Söz gelimi hırsızlık suçundaki mal kavramının bilinmesi, somut olaydaki sandalyenin mal olarak nitelendirilmesini sağlar. Somut olaydaki bir nesnenin “mal” olup olmadığı, mal kavramının yorumlanmasını gerektirdiğinden hâkim, yorum yöntemlerine başvurarak yorum yapmalı ve delillerle ispat edilmiş olgunun hukuki nitelemesini yapmalıdır.

Suç tiplerini ele alan kanun hükümleri esasen iki kısımdan oluşurlar: suçun tanımlandığı ve yaptırımın yer aldığı kısım. Hukuki sorunun çözümünde esasen ilk kısım dikkate alınır. İlk kısımdaki sorunun çözümü altlama faaliyeti ile olur. İkinci kısım ile alakalı cezai sorumluluğun belirlenmesi, yaptırım ve muhakemeye ilişkin sorunlar hüküm verme sürecinin son kıyası olan hukuki kıyasın büyük önermesinin oluşturulmasında önem arz eder. Burada yoruma konu normlar, bir suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda dikkate alınması gereken normlardır.

3. Yorumlamada Ölçüt: Yorum Yöntemleri

Ceza hukukunda yorumlama, kıyas yasağı gibi sıkı kurallara tabi bir faaliyettir⁹⁵. Yorumların keyfi olmaması, ölçüt olarak yorum yöntemlerine başvurulması gerekir.

⁹⁴ “... madde metnine yanlış anlam verilerek suç vasfında yanlışlığa düşülmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi, ...” (Yarg. 9. CD. 29.09.2009, 18301/9401).

⁹⁵ Yüksektepe (n 15) 260.

Geleneksel yorum yöntemleri dört tanedir: lafzi, sistematik, amaçsal ve tarihsel yorum yöntemleri⁹⁶. Lafzi yorumda kanunun dilbilgisi ve sözcük anlamları üzerinden anlamlandırılması⁹⁷; sistematik yorumda kanunun yoruma konu kuralın kanun içerisindeki yerinin de dikkate alınarak anlamlandırılması⁹⁸; amaçsal yorumda kanun koyucunun ilgili kuralı vazederken güttüğü amacın belirlenerek bu kuralın anlamlandırılması⁹⁹; tarihsel yorumda ise ilgili kanuni kuralın konduğu tarihsel zeminin dikkate alınarak anlamlandırılması¹⁰⁰ söz konusudur.

Hükme varmak için bu yorum yöntemlerine gerektiğinde aynı normun yorumunda birlikte başvurulabileceği gibi sadece bir kısmına da başvurulabilir. Önemli olan yoruma konu kanuni hükmün ne ifade ettiğinin tespit edilmesidir. Hâkim ispat ettiği somut olaya hukuku uygularken hangi yorum yöntemini seçeceğini de kendisi belirlemelidir¹⁰¹. Ancak lafızdan tamamen kopuk bir yorumda da bulunulamaz. Zira lafzi yorum, yorum yöntemlerinin başında gelmektedir¹⁰².

Hâkimin kanun yorumu konusunda metot bilgisine de sahip olması gerektiği düşüncesinden hareketle burada yorum yöntemlerinin metodolojik yönünden bahsetmek yerinde olacaktır. Bilindiği gibi lafzi yorum yöntemi diğer yorum yöntemleri açısından kriterdir; bir başka deyişle lafızdan tamamen kopuk söz gelimi amaçsal bir yorum yapılamaz¹⁰³. Bu sebeple lafızların anlamlandırılması açısından semantik mantık metodunun ele alınmasını faydalı görüyoruz.

Semantik mantıkta kanunda yer alan lafızlar birer gösterge olarak kabul edilir. Bu göstergelerin işaret ettikleri kapsamı (*extension*) ve sahip oldukları işlemi (*intension*) vardır¹⁰⁴. Gösterge-işlem-kaplam üçgenine bu sebeple semantik üçgen

⁹⁶ Bu ayrım bu şekilde ilk olarak Savigny'nin eserinde görülmektedir. Bkz. Friedrich Carl v. Savigny, *System Des Heutigen Römischen Rechts III* (Veit 1840) 212 vd.; Franz Bydliniski and Peter Bydliniski, *Grundzüge Der Juristischen Methodenlehre* (2nd edn, facultas.wuv 2012) 26 vd.; Beaucamp and Beaucamp (n 41) 45 vd.; bu yorum yöntemlerinin dışında anayasaya uygunluk, sezgisel, niteliksiz, kavramcı ve menfaatler içtihadı yorum yöntemlerinden de bahsedilmektedir. Yorum yöntemlerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer (n 92) 40 vd.; Gökhan Antalya, 'Hukuk Bilimine Katkı Olarak' *Hukuk Metodolojisi*, vol 2 (Seçkin Yayıncılık 2021) 585 vd.

⁹⁷ Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre Für Juristen, Theorie Der Norm Und Des Gesetzes* (3rd edn, C F Müller Verlag 1999) 172; Sözer (n 92) 41; Yasemin Işıktaç and Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2021) 194.

⁹⁸ Beaucamp and Beaucamp (n 41) 47; Demir (n 33) 176; Işıktaç and Metin (n 97) 198.

⁹⁹ Ahmet M Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (3rd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 113 vd.; Demir (n 33) 177.

¹⁰⁰ Güneş (n 99) 108; Abdullah Demir and Yahya Deryal, *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi, Metodolojik Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2013) 343.

¹⁰¹ Feyzioğlu (n 1) 191.

¹⁰² Larenz (n 37) 320; Beaucamp and Beaucamp (n 41) 57.

¹⁰³ Beaucamp and Beaucamp (n 41) 57.

¹⁰⁴ Rudolf Carnap, *Bedeutung Und Notwendigkeit. Eine Studie Zur Semantik Und Modalen Logik* (1972) 1 vd.; Işıktaç and Metin (n 97) 97; Başbuğ (n 85) 40; Gökhan Antalya, 'Hukuk Bilimine Katkı Olarak' *Hukuk Teorisi*, vol 1 (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 523.

denir¹⁰⁵. Gösterge kanuni lafızları temsil ederken işlem, bu lafızların sahip oldukları anlamı ifade eder. Kaplam ise lafzın (göstergenin) anlamı (işlemi) üzerinden yapılacak belirleme ile lafzın kapsamına giren soyut ya da somut olgu anlamına gelir¹⁰⁶. Hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesinde esasen kaplam belirlenmektedir. Bu kaplamanın hangi lafzın işlemine tekabül ettiğinin belirlenmesi, lafzın işlemini bilmeyi, yani yorumunu gerektirir.

Bir lafzın yorumlanması faaliyeti, ispat edilen olgunun hukuki nitelemesinin bulunması amacıyla yapılır. Lafızlar birer anlam taşıyıcısıdır¹⁰⁷. Bu anlam semantik açıdan lafzın işlemini teşkil eder. Öyleyse hâkimin yapması gereken, işlem bilgisine sahip olmaktır. Bu sebeple kanuni ifadelerin anlamlarının belirlenmesi, semantik-anlambilim (*Bedeutungslehre*) adı verilen bilim dalından yararlanılarak gerçekleştirilebilir¹⁰⁸.

Anlambilimin bu konudaki çıkarımlarına bakıldığında bir lafzın anlamının üç kriterle belirlenebileceği görülmektedir. Bu kriterler sırasıyla uygulandıklarında kanaatimizce yorumlama faaliyeti de sağlıklı ve isabetli olarak yapılmış olur.

Bu kriterlerden ilki, ilk kavramlaştırma kriteridir. Bu kriter gereği bir lafzın anlamı, o lafzı bir kavrama ad olarak koyan iradenin o lafza yüklediği ilk anlamdır¹⁰⁹. Bu açıdan bakıldığında söz gelimi TCK'nın kimi suç tiplerinde yer alan “gece” lafzını, bu lafzı o suç tipinde kullanan kanun koyucunun yüklediği anlam ile anlamak gerekir. TCK m. 6'da gece kavramının tanımlandığını ve dolayısıyla kanunda geçtiği yerlerde bu kavramdan neyin anlaşılması gerektiğinin kanun tarafından belirlendiğini görüyoruz. Herhangi bir suç tipinde yer alan bir kavramın anlamının yine o kanundan hareketle belirlenmesi, ilk kavramlaştırma kriteri uyarıncadır. Ancak kanundaki kavramların yine kanun tarafından tanımlanması nadir görülür.

Diğer kriter uzlaş kriteridir. Bu kriter gereği bir lafzın anlamı belirlenirken belirli bir anlamın o lafzın kavramsal anlamı olması gerektiği konusunda o lafzı kullananlar (hukukçular) arasında bir uzlaşının olup olmadığına bakılır; uzlaş

¹⁰⁵ Hans-Joachim Koch and Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme Der Rechtswissenschaft* (1982) 127 vd.; Rolf Wank, *Die Juristische Begriffsbildung* (Beck 1985) 10 vd.

¹⁰⁶ Adam Schaff, ‘Die Bedeutung Der „Bedeutung“’ (1960) 9 Deutsche Zeitschrift für Philosophie 610, 613 vd.

¹⁰⁷ Thomas Wolter, *Die Juristische Subsumtion Als Institutioneller Zeichenprozeß. Eine Interdisziplinäre Untersuchung Der Richterlichen Rechtsanwendung Und Der Forensischen Kommunikation* (Lang 1994) 90.

¹⁰⁸ İsmail Çınar, *Der Subsumtionsirrtum Und Seine Stellung in Der Strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag Zur Irrtumslehre Durch Eine Dogmatisch-Begriffliche Untersuchung Des Subsumtionsirrtums Und Seine Rechtliche Qualifikation Innerhalb Der Strafrechtlichen Irrtumslehre* (Logos Verlag Berlin 2019) 46.

¹⁰⁹ Eike v. Savigny, *Die Philosophie Der Normalen Sprache* (1st edn, Suhrkamp 1974) 275.

varsa uzlaşılan anlam, lafzın kavramsal anlamı olur¹¹⁰. Söz gelimi belge kavramı konusunda ceza hukukçuları arasında bir uzlaşma söz konusu ise kanundaki belge kavramını da bu anlam ile anlamak gerekir.

Son kriter ise lafzi anlam kriteridir. İlk iki kritere göre bir lafzın anlamı belirlenemiyorsa o lafzın dildeki anlamı dikkate alınır. Zira lafızlar taşıdığı anlamın nominal tanımındırlar¹¹¹. Dilde ilgili lafzın birden fazla anlamı varsa diğer yorum yöntemlerine başvurulur hangisinin dikkate alınacağı belirlenir.

Anlambilimden yararlanılarak işlemi belirlenen kanuni ifade yorumlanmış olur. Bu yorum objektif kriterlere dayandığından keyfi değildir. Bu yorum ile belirlenen işlem, kapsam ile karşılaştırılır. Tam bir uygunluğun bulunması hâlinde ilgili kanuni ifadenin somut olayda gerçekleştiği kanaatine varılmış olur. Aksi durumda herhangi bir suçun ya da ilgili suçun unsurunun gerçekleşmediği ifade edilerek beraat hükmü verilir.

4. Yorumlamada Sonuç: Hukuki Gerçek

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından sonra bu maddi gerçeğin kanun karşısındaki durumunun izah edilmesi, bizatihi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yorumlama faaliyeti, işte bu hukuki sorunu çözmek ile sonuçlanmaktadır. Hukuki sorunun çözümü ile de hukuki gerçek ortaya çıkmış olur.

Bu bağlamda hukuki gerçek, hâkim tarafından kanunların semantik mantık metodundan yararlanarak yorum yöntemlerine başvurup ulaşılan, maddi gereğin hukuk karşısındaki durumunun doğru tespiti demektir.

Verdiğimiz örneklerde sandalyenin “mal” olma ihtimali sebebiyle “mal” kavramının, yumruk atmanın da “vücuda acı verme” olma ihtimali sebebiyle de “vücuda acı verme” ifadesinin yorumlanması, hukuki sorunun çözülmesi içindir. Bu durumda yapılması gereken son şey sandalyenin bir mal, yumruk atmanın da vücuda acı vermek olduğu konusunda karar vermektir. Bu ise yapılacak bir altlama faaliyeti ile gerçekleştirilir.

C. ALTLAMA (HUKUKİ GERÇEĞİN MADDİ GERÇEĞE UYGULANMASI)

Hukuki kıyasın küçük önermesinin oluşturulmasında son ve üçüncü aşamada, ilk iki aşamanın (değerlendirme ve yorumlama) sonuçları karşılaştırılır ve bir sonuç çıkarılır. Metodolojik olarak bu aşamada takip edilmesi gereken metot ise bir mantıki kıyas olan altlama faaliyetidir¹¹².

¹¹⁰ Koch and Rüßmann (n 105) 258 vd.; v. Savigny (n 109) 275; Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (4th edn, Nora Kitap 2020) 100.

¹¹¹ Koch and Rüßmann (n 105) 280; Wank (n 105) 55 vd.

¹¹² Bydlinski and Bydlinski (n 96) 28.

İdraç ve altakoyma (*Unterordnung*) kavramları ile eşanlamli olan altlama (*Subsumtion*), sözcük anlamı itibarıyla zihin dünyasında bir şeyi başka bir şeyin kapsamında görme durumunu ifade eden özel zihni bir faaliyettir¹¹³. Bu faaliyette bir şey aralarındaki benzerlik sebebiyle başka bir şeyin altında tasavvur edilir; bu iki şey düşünsel olarak birbiri ile karşılaştırılır ve bir sonuca varılır¹¹⁴.

Hukuk metodolojisinde altlama kavramının terim anlamı üzerinde uzlaş yoktur. Bu kavramı hukuk metodolojisinde ilk kullanan kişi *G. W. Leibniz*'dir¹¹⁵. Yazar ile bugün hâkim olan görüş, altlama kavramını *hukuki kıyasta küçük önermeyi oluşturmak* şeklinde anlamaktadır. Bu durumda altlama, hâkimin önüne gelen somut olayın hukuku ihlal edip etmediğini belirlemesidir. Bu belirlemede önce somut olay tespit edilir. Sonra bu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilerek ispat edilir (tasımlama). Akabinde günlük dilde ifadesini bulan somut olay, kanuni tipe altlanır (altlama)¹¹⁶; onun kapsamına alınır; ona derç edilir (idraç)¹¹⁷. Dolayısıyla “A hırsızdır” sonuç önermesinin kurulabilmesi için hem A’nın bu eylemde bulunduğu tespit edilmiş hem de bu eylemin hukuken hırsızlık olduğunun belirlenmiş olması gerekir¹¹⁸. Öyleyse maddi gerçek altlama faaliyetinde küçük önermeyi, hukuki gerçek ise büyük önermeyi oluşturur. Maddi gerçek, hukuki gerçeğin kapsamına alınarak sonuç önerme bulunur¹¹⁹. Sonuç önerme daha sonra yapılacak hukuki kıyasın küçük önermesini oluşturacaktır.

Hukuk metodolojisinde altlama olarak adlandırılan faaliyet aslında tıptaki teşhise benzemektedir. Teşhiste tıbbi anlamda hastalık vakası, altlamada ise hukuki anlamda hukuki vaka teknik bir kavram ile ifade edilir. Altalamanın sonucunun isabetli olabilmesi, öncüllerin isabetli olmasına bağlıdır. Bu sebeple altlamada ölçüt, öncüllerin doğruluğudur.

Delillerle doğrudan doğruya temasa geçerek yaptığı değerlendirme sonucu maddi gerçeği ortaya çıkaran hâkim, olaya uygulanacak hukuk kuralını da aynı şekilde yorum yöntemlerini kullanarak kanundan çıkarır. Altlama mantıki bir kıyas olduğundan hâkimin hukuk metodolojisini bilmesi, büyük ve küçük önermeler

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar (n 108) 60 vd.

¹¹⁴ Wolter (n 107) 16.

¹¹⁵ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae II* (Zunnerus 1667) §11; Eserin Al-manca çevirisi için bkz. Hubertus Busche, *Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften Zum Naturrecht, Lateinisch-Deutsch* (Felix Meiner Verlag 2003) 27 vd.

¹¹⁶ Karl Engisch, *Einführung in Das Juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1997) 63; Engisch (n 36) 19.

¹¹⁷ Beaucamp and Beaucamp (n 41) 31; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem-Mantık* (Vedat Kitapçılık 2017) 88; Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Metodolojisi Dersleri* (3rd edn, Fakülteler Matbaası 1962) 121; Rona Serozan, ‘Hukukta Yöntem’ (2013) 8 Journal of Yaşar University 2423, 2426.

¹¹⁸ Engisch (n 116) 56.

¹¹⁹ Feyzioğlu (n 1) 174; Bydlinski and Bydlinski (n 96) 28.

arasındaki ilişkiyi takdir edebilme yeteneğine sahip olması gerekir¹²⁰. Yargılama boyunca hâkimin gözü adeta büyük ve küçük önerme arasında bir aşağı bir yukarı gidip gelmelidir¹²¹.

Hâkimin altlama hatası, bozmayı gerektirir. Bunun sebebi, olayı doğru değerlendirememesi ya da kanunu doğru yorumlayamaması olabilir. Yargıtay kararlarında suç vasfında yanlışlığa düşmek şeklinde ifade edilen kararların çoğunda sebep, yorumlayamamadır. Bazen somut olayı iyi değerlendirememek, yanlış suça altlamaya sebebiyet vermektedir. Bu ise eksik araştırma sebebiyle bozmayı gerektirir.

Değerlendirme ve yorumlamanın isabetli yapılması ile aslında altlama kendiliğinden yapılmış sayılır. Zira altlama yapmak, zaten belirlenmiş olan öncüllerden sonucu çıkarmaktır ki bu, salt mantıki bir faaliyet olup öncülleri oluşturmak aşamaları ile mukayese edildiğinde son derece basittir. Ancak metodolojik bir farkındalık oluşturmak amacıyla bu aşamanın son derece önemli olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca altlama, öncülleri birbirine bağladığı ve sonucu dile getirdiği için olmazsa olmazdır.

III. HUKUKİ KIYASTABÜYÜK ÖNERMENİN OLUŞTURULMASI

Hukuki kıyasın küçük önermesinin oluşturulmasından sonra somut olaya uygulanacak hukuki sonucun belirlenmesiyle büyük önerme oluşturulur. Büyük önerme oluşturulduktan sonra sonuç önerme, yani hüküm kurulur. Hükmün kurulması ise metodolojik olarak hukuki kıyas ile olur.

Hukuki kıyasta büyük önerme, sadece işlenen suçun hangi suç olduğunun belirlenmesi ile oluşturulmaz. Ayrıca bir suçun işlendiğinin tespit edilmesi hâlinde sanığın cezai sorumluluğunun belirlenmesi de gerekir. Bunun yanında sanık hakkında uygulanacak yaptırımın ne olacağı sorunu ile hükmü etkileyecek muhakemeye ilişkin hususların mevcut olup olmadığı sorunu da hukuki kıyasta büyük önermenin oluşturulması sırasında çözülmesi gereken sorunlardır¹²².

A. HUKUKİ SORUNUN ÇÖZÜMÜ

Hukuki sorun kavramı herhangi bir suçun işlenip işlenmediği, işlendi ise hangi suçun işlendiği şeklindeki, altlama faaliyetinin sonunda maddi sorunla beraber çözülen sorundur. Bu sorun altlama faaliyeti sırasında büyük ölçüde çözülmüştür. Burada ise suç tipi bir bütün olarak ele alınır ve somut suç olayının bu suç tipini gerçekleştirip gerçekleştirmediği noktasında yorum yapılarak net bir belirleme yapılır. Burada yapılacak yorumlamada da yorum yöntemlerinden yararlanılır. Ancak burada sadece bir suç tipinin münferit kavramı değil, olası tüm suç tipleri ile hukuka uygunluk nedenleri ve failin kast ve taksirine ilişkin de yorumlar yapılır. Bu sebeple yapılacak yorumda ceza hukukun genel hükümlerinin ciddi bir etkisi olacaktır.

¹²⁰ Serozan (n 117) 87.

¹²¹ Engisch (n 36) 23, 24: 'Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt'.

¹²² Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1497 vd.; Kurşun (n 5) 95 vd.



Yorumlama neticesinde varılacak sonuç, verilecek hükmü de belirlemektedir. İspat edilen maddi olayın aslında herhangi bir suç tipinin kapsamına girmediğinin belirlenmesi durumunda beraat kararı verilir (m. 223/2)¹²³. İşlendiği ispat edilen suçun sanık tarafından işlenmediğinin belirlenmiş olması, sanığın kast ya da taksirinin bulunmaması, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması ve nihayet suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (m. 223/2) hâllerinde de beraat kararı verilecektir.

Ancak yapılan yorum neticesinde suç tipinin yargılanan sanık tarafından kesin olarak işlendiği belirlenmişse verilecek hüküm mahkûmiyet olacaktır (m. 223/5). Bu durumda hâkim belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine de hükmedebilir. Kararın verilme nedeni gerekçesinde gösterilir.

B. CEZALANDIRILABİLİRLİK SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ

Somut olayda işlendiği ispat olunan suç tipi net olarak belirlense de bu, sanığın ceza alacağı anlamına gelmez. Bu sebeple çözülmesi gereken bir sorun daha vardır. Bu sorun sanığın alacağı cezanın belirlenmesi sorunudur¹²⁴. Sanığa bazı sebeplerden dolayı ceza verilmemesi yönünde hüküm kurulması gerektiği hâllerde verilecek karar, ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. Bu yönde yapılacak belirleme esnasında da yorumlama faaliyetinde bulunulur. Bu yorumlamada özellikle ceza hukukunun genel hükümleri rol oynamaktadır.

Bu kararın verilmesi gerektiği ilk sebep sanığın kusurunun bulunmamasıdır (m. 223/3). Failde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hâli ya da geçici nedenlerin bulunması, suçun hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hâli ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmiş olması, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, kusurun bulunmaması, kusurluluğu etkileyen hataya düşülmesi durumlarında sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

Bu kararın verilmesi gerektiği diğer sebepler ise etkin pişmanlık, kişisel cezasızlık nedeninin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı sebepleridir (m. 223/4). Bu durumlarda da kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

Uygulanacak hükümler bulunurken maddi olayın ispat edilmiş olguları da elbette dikkate alınır. Zira esasen bu olgulara tekabül eden, somut olaya uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğunu bulma faaliyeti (*Rechtsfindung*) icra edilmektedir. Söz gelimi sanığın çocuk olduğu olgusu maddi olayın bir parçası iken çocuklara ilişkin hükümlerin uygulanması, işlenen suçun tespiti ve dolayısıyla hukuki sorunun çözümü ile ilgili değil; çocuğun cezalandırılabilirlik durumunun belirlenmesi sorunu ile ilgilidir.

¹²³ Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1498.

¹²⁴ Kurşun (n 5) 96; Kunter, Yenisey and Nuhoğlu (n 1) 1498.

C. MUHAKEME SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ

Büyük önermenin oluşturulmasında muhakeme kuralları da rol oynayabilir. Bu durumda herhangi bir muhakeme sorununun olup olmadığının araştırılması ve varsa çözülmesi gerekir.

Bu bağlamda uyuşmazlığın hangi adli yargı içerisinde kalan bir uyuşmazlık olduğunun araştırılması gerekir. Mahkeme uyuşmazlığın söz gelimi idari ya da askeri yargı içerisinde kaldığını tespit ederse adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı verir. Bu karar uyuşmazlığın esasını çözme de kendisine karşı başvurulmuş kanun yolu açısından hüküm sayılmıştır (m. 223/10). Bu hükmün verilmesi gerektiği durumlarda büyük önermeyi, dava konusu olayın adli yargı dışında kalması oluşturur.

Aynı sanık hakkında daha önce aynı fiil nedeniyle verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava olması durumunda da yargılama yapılamaz. Bu hâlde verilecek karar, davanın reddi kararıdır (m. 223/7). Bu durumda büyük önermede ilgili fiil nedeniyle açılmış bir davanın ya da verilmiş bir hükmün bulunduğu yazılır. Zira davanın reddi kararı da bir hükmüdür.

Somut olayda TCK'da yer alan (m. 64 vd.) düşme sebeplerinin bulunması hâlinde (sanığın ölümü, af, dava zamanaşımı, şikayetten vazgeçme, ön ödeme ve CMK'da düzenlenen uzlaşma) ya da soruşturma veya kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa davanın düşmesi kararı verilir (m. 223/8). Söz gelimi takibi şikayete bağlı bir suç sebebiyle açılan davada şikayetten vazgeçilmesi hâlinde düşme kararı verilecektir.

D. YAPTIRIM SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ

Büyük önerme hukuki, cezalandırılabilirlik ve muhakeme sorunlarının çözülmesi ile büyük oranda oluşturulmuş olur. Ancak mahkûmiyet kararlarında yaptırımın tam olarak belirlenmesi sorununun da çözülmesi gerekir¹²⁵.

Bu bağlamda CMK m. 230/1-c, d hükümlerinin göndermesiyle TCK 50, 51, 52, 53, 61 ve 62. maddelerinde düzenlenen cezanın ertelenmesi, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesi veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanması, hükmedilecek güvenlik tedbirinin ne olduğunun belirlenmesi, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirlenmesi, cezada artırım ya da indirim yapılması gerekiyorsa bunun belirlenmesi, takdiri indirim nedenlerinin bulunup bulunmadığı, seçenek yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağı gibi konularda uygulanacak normun bulunması gerekir.

IV. HUKUKİ KIYASTA SONUÇ ÖNERMENİN OLUŞTURULMASI: HÜKÜM

Hukuki kıyasta cevabı aranan soru, dava konusu olaya nihai olarak hangi hukuki sonucun bağlanacağı; bir başka deyişle hükmün ne olacağı sorusudur. Bu

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuç (n 9) 73 vd.

sorunun cevabını verecek olan hâkimdir. Çoklu mahkemelerde üyelerin müzakere etme ve oylaması ile hüküm belirlenir. Tek hâkimli mahkemelerde müzakere ve oy verme olmadığından, gereği düşünüldü denilerek karar verilir¹²⁶.

Duruşmada ortaya konulmayan ve tartışılmayan hiçbir delil hükme esas alınmaz¹²⁷. Delillerle doğrudan doğruya temasa geçerek yaptığı değerlendirme sonucu maddi gerçeği ortaya çıkaran hâkim, olaya uygulanacak hukuk kuralını da aynı şekilde yorum yöntemlerini kullanarak kanundan çıkarmış olur. Altılama faaliyeti ile hukuki kıyasın küçük önermesini; hukuki sorun, cezalandırılabilirlik sorunu, muhakeme ve yaptırım sorunlarını somut olay özelinde çözmek suretiyle de hukuki kıyasın büyük önermesini oluşturan hâkimin yapması gereken son bir görev kalmaktadır. Bu görev hukuki kıyasın küçük önermesi ile büyük önermesini kıyas yapmak suretiyle hükme varmaktır.

Kıyas doğal bir akli sonuç çıkarma yöntemi olduğundan esasen küçük ve büyük önermelerin oluşması ile kendiliğinden sonuç önerme çıkarılır. Hukuki kıyas meşhur örnekteki mantıki kıyas formatında gerçekleşir:

Büyük önerme: Bütün insanlar ölümlüdür.

Küçük önerme: Sokrates insandır.

Sonuç önerme: O hâlde Sokrates ölümlüdür.

Bu kıyasta ölüm büyük terimi, insan orta terimi ve Sokrates küçük terimi temsil eder. Sonuç önermede orta terim yer almamalıdır¹²⁸.

Yukarıda hüküm verme sürecinde sırasıyla yapılan sonuç çıkarma yöntemlerinden tasımlama, altılama ve hukuki kıyas kıyasları için verdiğimiz A'nın B'ye ait sandalyeyi çalması örneğini tekrar etmek istiyoruz.

İspat edilmiş ve hâkim tarafından hukuken değerlendirilmesi yapılmış olay: A, B'ye ait sandalyeyi gizlice bulunduğu yerden almıştır. Bu olay sebebiyle iddianame hazırlanarak dava açılmıştır. A hakkında bu fiil sebebiyle daha önceden herhangi bir dava açılmamış veya hüküm tesis edilmemiştir. İşlenen suç hırsızlıktır. Takdir edilen ceza bir yıl üç ay olup, seçenek yaptırıma çevirme imkânı bulunmamaktadır. Takdiri indirim uygulanmayacaktır.

Bu olayın hukuki kıyastaki gösterimi şu şekildedir.

Büyük önerme: *Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK m. 141/1).*

Küçük önerme: *A, B'ye ait taşınır bir malı kendisine yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almıştır.*

¹²⁶ Detaylı bilgi için bkz. Kurşun (n 5) 98 vd.

¹²⁷ Şahin (n 54) 178.

¹²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Engisch (n 36) 8 vd.; Beaucamp and Beaucamp (n 41) 32 vd.; Antalya (n 104) 584.

Sonuç önerme: O hâlde *A*, bir yıl üç ay hapis cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü üzere hukuki kıyasta iki öncül vardır. Sonuç önermenin doğruluğu, bu iki öncülün doğruluğuna bağlıdır¹²⁹. Büyük önermeyi kanundan çıkarılmış olan hukuk kuralı, küçük önermeyi ise somut olayın kanuni tipi gerçekleştirip gerçekleştirmediği noktasında yapılan değerlendirmenin sonucu oluşturur. Küçük önerme hukuki nitelendirilmesi yapılmış olan somut olayı, büyük önerme kanun hükümlerini ve sonuç önerme de hükmü temsil eder.

Dolayısıyla hukuki kıyasın sonucu hükümdür. Hüküm isabetli olabilir. İsaetli hüküm, küçük önermenin oluşturulmasında yapılan değerlendirme ve yorumlamanın sonuçlarının doğru, olaya uygulanacak hukuk kuralının bulunmasının da isabetli ve nihayet kıyas faaliyetinin da başarılı olması hâlinde söz konusu olabilir. Değerlendirmede yapılacak bir eksiklik ya da yanlışlık, küçük önermenin yanlışlığına yol açar. Bu da sonuç önerme olarak hükmün yanlış olmasına sebep olur. Hakeza yorumlamada yapılacak bir eksiklik ya da yanlışlık da küçük önermenin yanlışlığına ve dolayısıyla hükmün isabetsiz oluşuna sebebiyet verir. Ayrıca hukuki kıyasta büyük önermede yazılacak olan hukuk kuralının eksik ya da yanlış tespiti de hükmü isabetsiz yapacaktır.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Ceza muhakemesinde bu amacın yerine getirilebilmesi için bir sürece girilir. Bu sürecin en önemli ve tüm sorunların nihai olarak çözüldüğü aşaması, hükmün verildiği aşamadır.

Hüküm ceza muhakemesinin sonunda yargılama makamının o işten el çekmesine yol açan son karardır. Bu son karara varıncaya kadar bir hüküm verme süreci söz konusudur. Bu sürecin metodolojik olarak aşamalara bölünmesi mümkündür. Sürecin metodolojik aşamalar hâlinde ele alınması, verilen hükmün isabetli olmasına hizmet eder. Bu aşamalardan her birinde bir kıyas yapılır. Bu kıyaslar, bir akıl yürütme yöntemi olan tümdengelim şeklinde ortaya çıkar. Terminolojik olarak her bir kıyasın farklı adlandırılması söz konusudur.

İlk kıyasa tasımlama denir. Tasımlamada delillerin ortaya konulup tartışılması neticesinde yapılan tespitler küçük önermeyi, bu tespitlerin hâkim tarafından değerlendirilmesi neticesinde varılan sonuçlar büyük önermeyi oluşturur. Değerlendirmenin sonucu ise tasımlamanın sonuç önermesini teşkil eder. Böylece maddi gerçek ortaya çıkarılmış olur.

İkinci kıyasa altlama denir. Altlamada ilk kıyasın sonuç önermesi olan maddi gerçek, küçük önermeyi oluşturur. Maddi gerçeğin hukuki olarak nitelendirilmesi için yapılan yorumlama faaliyeti neticesinde büyük önerme oluşturulur. Büyük önerme hukuki sorunun çözümüdür. Yapılan altlama faaliyeti ile ispat edilmiş olan

¹²⁹ Jochen Bung, *Subsumtion Und Interpretation* (Nomos 2004) 24.



maddi gerçek ilgili norma altlanır. Böylece hangi suç tipinin gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği tespit edilmiş olur. Altlama faaliyeti, bir hukukçunun yapacağı en önemli faaliyettir. Zira küçük önermesinin oluşturulması ile maddi sorun, büyük önermesinin oluşturulması ile de hukuki sorun çözüme kavuşturulmaktadır.

Üçüncü ve son kıyasa ise hukuki kıyas denir. Altlama faaliyetinin sonuç önermesi, hukuki kıyasın küçük önermesini oluşturur. Daha sonra hukuki sonucun ne olacağı belirlenecektir. Bu sebeple suç tiplerinde yer alan yaptırımın ne olacağı, sanığın cezalandırılabilir olup olmadığı gibi sorunlar burada çözülür. Böylece büyük önerme oluşturulur. Büyük önermenin oluşturulması ile geriye sadece uygulanacak hukuki sonucun ne olacağının belirlenmesi kalır. Bu ise hükümden başkası değildir.

Görüldüğü üzere hüküm verme süreci kendi içerisinde birbirini izleyen üç akıl yürütme aşaması ile sona ermektedir. Her akıl yürütmeye öncüllerin doğru oluşturulması, nihai karar olarak hükmün isabetli oluşuna etki edecektir.

KAYNAKÇA

Alexy R, *Theorie Der Juristischen Argumentation* (Suhrkamp 1983)

Altuntaş F, *Hukukta Akıl Yürütme Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)* (On İki Levha Yayıncılık 2021)

Antalya G, *'Hukuk Bilimine Katkı Olarak' Hukuk Teorisi*, vol 1 (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

— —, *'Hukuk Bilimine Katkı Olarak' Hukuk Metodolojisi*, vol 2 (Seçkin Yayıncılık 2021)

Artuç M, *Hüküm Kurma Sanatı* (11th edn, Adalet Yayınevi 2020)

Balcı M, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Türk Ceza Kanununda Kabul Edilen Suç Teorisi (CMK M. 223)' (2012) 7 Terazi Hukuk Dergisi 14

Başbuğ A, *Hukukta Yöntem* (Beta Basım Yayım 2020)

Beaucamp G and Beaucamp J, *Methodik Und Technik Der Rechtsanwendung* (4th edn, C F Müller 2019)

Bekar E, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri' (2017) 75 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15

Birtek F, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Adalet Yayınevi 2016)

Bung J, *Subsumtion Und Interpretation* (Nomos 2004)

Busche H, *Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften Zum Naturrecht, Lateinisch-Deutsch* (Felix Meiner Verlag 2003)

Bydlinski F and Bydlinski P, *Grundzüge Der Juristischen Methodenlehre* (2nd edn, facultas.wuv 2012)

- Çağıl OM, *Hukuk Metodolojisi Dersleri* (3rd edn, Fakülteler Matbaası 1962)
- Carnap R, *Bedeutung Und Notwendigkeit. Eine Studie Zur Semantik Und Modalen Logik* (1972)
- Centel N and Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th edn, Beta Basım Yayım 2019)
- Çınar İ, *Der Subsumtionsirrtum Und Seine Stellung in Der Strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag Zur Irrtumslehre Durch Eine Dogmatisch-Begriffliche Untersuchung Des Subsumtionsirrtums Und Seine Rechtliche Qualifikation Innerhalb Der Strafrechtlichen Irrtumslehre* (Logos Verlag Berlin 2019)
- Demir A, *Hukuk Metodolojisi* (Astana Yayınları 2016)
- —, *Hukukî Terimler Sözlüğü* (Astana Yayınları 2017)
- Demir A and Deryal Y, *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi, Metodolojik Hukuka Giriş* (Adalet Yayınevi 2013)
- Doğan K, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm’ [2008] *Ceza Hukuku Dergisi* 171
- Dülger MV, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Seçkin Yayıncılık 2014)
- Dündar M, *İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller* (On İki Levha Yayıncılık 2018)
- Engisch K, *Logische Studien Zur Gesetzesanwendung* (3rd edn, Carl Winter 1963)
- —, *Einführung in Das Juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1997)
- Erem F, *Ceza Usulü Hukuku* (5th edn, Sevinç Matbaası 1978)
- Erman ES, ‘Hüküm Nedir, Nasıl İttihaz ve Tefhim Olunmalıdır?’ (1974) 65 *Adalet Dergisi* 1
- Eryılmaz MB, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Seçkin Yayıncılık 2022)
- Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat* (Islık Yayınları 2015)
- Gedik D, *Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)* (Adalet Yayınevi 2016)
- —, ‘Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)’ (2019) 21 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 913
- Gedik D and Topaloğlu M, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2015)
- Gröschner R, *Subsumtion- Technik Oder Theorie?* (2014)



- Güneş AM, *Hukuk Metodolojisi* (3rd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020)
- Hassemer W, *Tatbestand Und Typus, Untersuchungen Zur Strafrechtlichen Hermeneutik* (1968)
- Heidingsfelder T, *Der Umgekehrte Subsumtionsirrtum* (Duncker & Humblot 1991)
- Işıқтаç Y and Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2021)
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti* (Savaş Yayınları 2016)
- Koca M, ‘Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı’ (2000) 4 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 105
- —, ‘Ceza Muhakemesinde Hukuka Deliller’ (2006) 1 Ceza Hukuku Dergisi 207
- Koch H-J and Rüßmann H, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme Der Rechtswissenschaft* (1982)
- Köse M, *Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi* (Seçkin Yayıncılık 2017)
- Kunter N, Yenisey F and Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18th edn, Beta Basım Yayın 2010)
- Kurşun G, *Ceza Muhakemesinde Hüküm* (Seçkin Yayıncılık 2016)
- Larenz K, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991)
- Leibniz GW, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae II* (Zun-nerus 1667)
- Özbek VÖ, Doğan K and Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Öztürk B and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Pawlowski H-M, *Methodenlehre Für Juristen, Theorie Der Norm Und Des Gesetzes* (3rd edn, C F Müller Verlag 1999)
- Şahin C, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)* (Yetkin Yayınları 2001)
- Şahin C and Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku -II-* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Schaff A, ‘Die Bedeutung Der „Bedeutung“’ (1960) 9 Deutsche Zeitschrift für Philosophie 610

Şenol C, *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2015)

Serozan R, 'Hukukta Yöntem' (2013) 8 Journal of Yaşar University 2423

— —, *Hukukta Yöntem-Mantık* (Vedat Kitapçılık 2017)

Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th edn, Yetkin Yayınları 2020)

Sözer AN, *Hukukta Yöntembilim, Yorum Yöntemleri, Hukuk Oluşturma Yöntemleri (Yargıç Hukuku)* (7th edn, Beta Basım Yayım 2020)

Türk Hukuk Kurumu, 'Türk Hukuk Lûgatı'

Ünver Y and Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19th edn, Adalet Yayınevi 2022)

Uzun E, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (4th edn, Nora Kitap 2020)

v. Savigny E, *Die Philosophie Der Normalen Sprache* (1st edn, Suhrkamp 1974)

v. Savigny FC, *System Des Heutigen Römischen Rechts III* (Veit 1840)

Wank R, *Die Juristische Begriffsbildung* (Beck 1985)

Wolter T, *Die Juristische Subsumtion Als Institutioneller Zeichenprozeß. Eine Interdisziplinäre Untersuchung Der Richterlichen Rechtsanwendung Und Der Forensischen Kommunikation* (Lang 1994)

Yayla M, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphe* (Seçkin Yayıncılık 2016)

Yelbaşı C, *Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü* (Sim Matbaacılık 2014)

Yenisey F, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları* (2nd edn, Beta Basım Yayım 1990)

Yenisey F and Nuhoğlu A, 'Ceza Muhakemesi Hukuku' (Seçkin Yayıncılık 2020)

Yerdelen E, *Hükmün Gerekçesi* (Adalet Yayınevi 2015)

Yıldız AK, 'Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002)

Yüksektepe MA, *Ceza Yargılamasında Hükmün ve Gerekçe* (Platon Plus Yayıncılık 2021)

GENEL KAMU HUKUKU DİSİPLİNİNİN KRİTİĞİ*

A Critique of the Discipline of General Public Law

Emir KAYA**

Furkan AYDIN***

Özet

Genel kamu hukukunun yüz elli yıla yaklaşan tarihi boyunca kayda değer bir gelişme gösterdiği söylenemez. Çok eski ders kitaplarındaki konuların ve yaklaşımların bugünkülerle neredeyse aynı olduğu göze çarpmaktadır. Dahası, devlete odaklanma iddiasındaki genel kamu hukuku disiplininde devletin ele alınışı fazlasıyla soyuttur. Reel, güncel ve somut devletleri odağına almayan genel kamu hukuku kürsüleri ve dersleri gerek akademik gerekse pedagojik açıdan zayıf kalmaktadır. Bunun kök sebebi, devletlerin ve hukukun kaynağı olan siyaset olgusunun göz ardı edilmesi teamülüdür. Genel kamu hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden rahatlıkla ayırt edilmesine yarayan, tamamen kendisine has bir konusunun, amacının ve yönteminin olmaması da önemli bir problemdir. Esasında genel kamu hukukunun mehoz ülkesi olduğu düşünülen Fransa'da bu adda bir bilim dalı mevcut bile değildir. Türkiye'ye özgü bir icat olan genel kamu hukuku disiplininin gerçekten bilimsel hüviyet kazanması isteniyorsa derinlemesine kritik edilmesi gerekmektedir. Genel kamu hukukunun layığıyla eleştirilip geliştirilememesi halinde, hukuku siyaset bilimi perspektifiyle okumaya dayalı Hukuk Politikası disiplininin ihdas edilmesi yararlı olacak, hukukun sosyal bilimsel yönünün güçlenmesi yolunda hayati bir ihtiyaca karşılık gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Genel kamu hukuku, hukuk bilimi, eleştirel hukuk çalışmaları, siyaset, hukuk politikası.

Abstract

The discipline of general public law has not advanced significantly in its history of about one and a half centuries. The very old textbooks are almost identical with the current ones. Furthermore, general public law, supposedly focused on the state, addresses the state in an excessively abstract manner. The departments and courses of general public law are deficient in academic as well as pedagogical aspects when it comes to tackling with the actual, current and concrete states. The root cause of this deficiency is the fact that political theory is not taken into consideration. Another important problem is that general public law does not seem to have an original theme, purpose or methodology that makes it distinct from other legal disciplines. As a matter of fact,

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.06.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Bu makale Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından HF-2023-209 kodlu proje kapsamında desteklenmiştir. Fransa'da gerçekleştirilen saha araştırması sürecinde yardımcı olan Panthéon Assas Üniversitesi (Sorbonne Üniversitesi Hukuk Fakültesi) doktora adayı Gökhan Avcı'ya teşekkür ederiz.

** Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, emir.kaya@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7382-3575>.

*** Ar. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, furkan.aydin@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2799-7480>.



France, the birthplace of the idea of general public law, does not have an academic discipline called 'general public law'. It is a fabrication peculiar to Turkey—one that needs profound criticism if it is to have a truly scientific character. In case the discipline of general public law is inapt for reformation, creating a discipline of 'Legal Policy' may be useful, as it could help meet the serious need for incorporating political scientific, as well as policy-oriented, awareness into legal studies.

Keywords: General public law, jurisprudence, critical legal studies, politics, legal policy.

GİRİŞ

Genel kamu hukukunun temelinde kamu hukuku kavramı, onun da kökeninde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bulunmaktadır. Söz konusu ayrım da dahil olmak üzere esaslarını Fransız hukuk doktrinine borçlu olan Türk hukuk doktrininde -Fransa'ya has sebeplerle son derece önemli olan- kamu hukuku – özel hukuk ayrımı evrensel geçerliliğe sahip bir ilke gibi kabul edilmiş, bu kabul bağlamında eski adıyla 'Umumi Amme Hukuku', yeni adıyla 'Genel Kamu Hukuku' başlıklı bir akademik saha teşekkül etmiştir.

Umumi Amme Hukuku tabirindeki 'umum' ve 'amme' Arapça aynı kökten (*ayn-mim*) gelen, neredeyse eşanlamlı iki kelimedir. Bu nedenle disipline kelime tekrarı yapmaksızın doğrudan Amme Hukuku diyenler de olmuştur ki bu kullanıma göre Genel Kamu Hukuku ile Kamu Hukuku aynı şeydir¹. Haliyle bu kullanıma göre kamu hukukunun altında münhasıran genel kamu hukuku disiplininin bulunması gereksizdir. Nitekim mehz ulke olan Fransa'da Genel Kamu Hukuku adında bir bilim dalı mevcut değildir². Türkiye'de bu adda bir kürsünün varlığı, dahası genel kamu hukukunun müstakil bir bilim dalı zannedilmesi tarihsel bir yanlışlıktan ibarettir.

Genel kamu hukukunun adı öteden beri eleştiri konusudur. Akbay, bu kürsünün ana dersinin isminin 'Amme Hukuku' değil 'Umumi Amme Hukuku' ya da 'Umumi Devlet Teorisi' olması gerektiğini savunmuştur³. Akbay, dersin isminin 'Siyasi Hukuk' tabiriyle anılabileceğini de ifade etmiştir⁴. Aybay da 'Genel Kamu Hukuku' adından vazgeçilmesini, dersin adının 'Devlet Kuramları' ya da 'Devlet Hukuku' olmasını önermektedir⁵. Gözler ise genel kamu hukuku dersinin ana konusunun insan hakları, siyasi düşünceler tarihi ve politika bilimi olmadığını, dersin ana konusunun münhasıran devlet olduğunu öne sürerek eserini 'Devletin Genel

¹ 'Umumi' ve 'Genel' kelimelerine başvurmaksızın Amme Hukuku ve Kamu Hukuku kullanımını benimseyen yazarlara örnek olarak Nihat Erim, *Amme Hukuku Dersleri* (Bilinmeyen Yayınevi 1942); Yavuz Abadan, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri* (Güne Matbaacılık ve Gazetecilik 1952) ve İlhan Akın, *Kamu Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1979) zikredilebilir.

² Fransa'da *Droit Public Général* yürürlükteki kamu hukukunun genel ilkeleri ve temel bilgileri anlamında kullanılmaktadır. Bu husus makalenin son bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

³ Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri* (Ajans Türk Matbaası 1961) 1.

⁴ Akbay (n 3) 17.

⁵ Rona Aybay, *Genel Kamu Hukuku: 18-20. Yüzyıllarda Devlet – Kuramlar ve Uygulamalar* (Der Yayınları 2020) 8.

Teorisi' olarak isimlendirmiştir⁶. Karl Doehring'in '*Allgemeine Staatslehre*' başlıklı eserini Türkçeye 'Genel Devlet Kuramı' ismiyle kazandıran Mumcu da eserin giriş kısmında 'Genel Kamu Hukuku' teriminin yanıltıcı bir izlenim bıraktığını ifade etmektedir⁷. Göze ise genel eğilimden farklı olarak isimlendirme tartışmalarına girmeden eserini 'Siyasal Düşünceler ve Yönetimler' şeklinde adlandırmıştır⁸.

Bahsettiğimiz eleştirilerin etkili olduğu ve esaslı bir revizyona yol açtığı söylenemez. Muhtemelen bunun nedeni eleştirilerin geleneksel muhtevaya yönelik olmaması, adlandırma boyutunda kalmasıdır. Gözler örneğinde olduğu gibi, muhtevanın revize edilmesine doğrudan direnç gösterenler de olmuştur. Bizim bu makaledeki eleştirilerimiz ise kürsünün adının ve muhtevasının da ötesine geçerek bir hukuk nosyonu kritiği ortaya koymaktadır.

Hukuk -geniş anlamda- bir siyaset olgusu olduğu halde Türkiye'deki hukuk fakültelerinde hukuk ile siyaset/politika ilişkisini açıkça ve sistematik olarak ortaya koyan hiçbir kürsü ve ders yoktur. Hukuk ile siyaset adeta iki ayrı evrenmiş gibi yapay bir algı dünyası oluşturulmakta, çok dar bir hukuk ve çok dar bir siyaset nosyonu ile hukukçuların zihninde iki disiplin de çarpıtılmaktadır. Genel Kamu Hukuku kürsüleri ve dersleri de hukuk-siyaset ilişkisi şöyle dursun, (meri) hukuk ile (somut) devlet arasındaki ilişkiye bile cılız bir şekilde temas etmekte, meselenin hakkını vermekten uzak kalmaktadır. Bu kürsünün/dersin asıl sorunu budur. Genel Kamu Hukuku'nun adı sorunlu, muhtevası eksik, yöntemi ise namevcuttur. Bunun nedeni, genel hukuk öğretisinin doktriner katılığı ve bilimsel açıdan elverişsizliğidir. Hukuk öğretisinin politik-realist olmaması genel kamu hukukunun da realist olmasına engel olmakta, genel kamu hukuku kürsülerinin ana konusu olarak takdim edilen devlet olgusunun bile bilimsel mizaçla incelenip ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır.

Türkiye'de nedense müstakil bir akademik disipline dönüştürülmek istenmiş ve bu çabanın verimli sayılamayacak bir sonucu olan Genel Kamu Hukuku kürsülerinin sahidan bilimsel hüviyete kavuşturulması gereklidir fakat bunun mümkün olduğu şüphelidir. Her halükarda, hukuk ile siyaset ilişkisini daha net ve kapsamlı bir temelde ele alan bir disipline, kürsüye ve derslere ihtiyaç bulunmaktadır. Genel Kamu Hukuku kürsülerinin bunu sağlayabilecek potansiyeli varsa potansiyelin açığa çıkartılabilmesi için alanın problemleri irdelenmeli ve çözüm yolları aranmalıdır.

Bu makalede Türkiye'de müstakil bir akademik disiplin olarak görülen Genel Kamu Hukuku'nun kapsamı, içeriği ve yaklaşımları mercek altına alınmakta, disiplinin konusu, amacı ve yöntemi, kısacası kimliği belirgin bir bilim alanı olmadığı ortaya konulmakta, başlıca ilgi alanı olan devlete ve devletin özü olan siyaset olgusuna bile layıkıyla eğilmediği açıklanmaktadır. Hukuk nosyonunun daha realist, derinlikli ve bilimsel bir hüviyet kazanması için 'Hukuk Politikası' bilim dalının ihdas edilmesi önerilmektedir.

⁶ Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* (Ekin Yayınevi 2017).

⁷ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı* (Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınevi 2019).

⁸ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (Beta Yayınları 2020).

I. GENEL KAMU HUKUKUNUN GÜNCEL DURUMU

Genel kamu hukuku, Türkiye’de lisans eğitimi veren hukuk fakültelerinde Kamu Hukuku bölümüne bağlı bir anabilim dalıdır. Lisansüstü eğitim veren sosyal bilimler enstitülerinde Kamu Hukuku anabilim dalına bağlı bir bilim dalı olarak yer almaktadır. Üniversitelerarası Kurul Başkanlığının doçentlik başvuru şartları kapsamında Hukuk temel alanının altındaki bilim alanlarından biridir⁹. Kısacası, genel kamu hukuku, öncelikle kamu hukuku bilimi, sonra hukuk bilimi, eğer hukuk bir sosyal bilimse¹⁰ nihai olarak da sosyal bilimler bünyesinde yer alan bir bilim dalı/alanı olarak kabul edilmektedir.

Bilimin tanımı, hukukun bir bilim olup olmadığı tartışmaları son derece önemli olsa da bu makalenin doğrudan konusu değildir. Bununla birlikte, hukukun bilimselliğine yönelik şüpheler hukukta çalışma alanlarının sınıflandırılmasına da uzanmaktadır. Bilimin evrenselliği açısından bakılacak olursa, hukuk biliminin kamu hukuku – özel hukuk şeklinde iki ana kategoriye ayrılmasının evrensel bir ilke olmadığını, Kara Avrupası hukuk sistemine ait bir teamül, üstelik sakıncalı bir teamül, olduğunu itiraf etmek gerekir. Öyleyse genel kamu hukukunun bilimsel statüsünden evvel sorgulanması gereken husus, genel kamu hukuku kavramını doğuran kamu hukuku – özel hukuk ayrımıdır. Geleneksel olarak da problemler içeren bu ayrım, değişen yaşam ve hukuk olguları karşısında büsbütün demode olmuş, hukuk teorisini ve uzmanlığını kısıtlayan bir ayak bağına dönüşmüştür.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hatalı¹¹ olduğu gibi bu ayrımın neticesi olan genel kamu hukuku kavramı da hatalıdır. ‘Genel özel hukuk’ veya ‘özel kamu hukuku’ gibi muhalif mefhumların mevcut olmaması bunun delillerinden biridir. Hür bakılırsa görülecektir ki ‘genel kamu hukuku’ ibaresi tuhaftır; olguya da muvafık değildir. Zira genel kamu hukuku, kamu hukukunun genelini konu edinmemektedir. Devlet teorisi ve insan hakları şeklinde iki ana konuya odaklanmaktadır. Dahası, genel kamu hukukunun odağındaki devlet, günümüzde özel hukuk alanının da vazedicisidir. Şu halde genel kamu hukukunun özel hukukla ilgisiz görülmesi yanlıştır.

Genel kamu hukuku, günümüz hukuk nosyonundaki arıza noktalarından biridir ve nosyondaki genel bozukluğu kamufle etmenin enstrümanlarından birine dönüşmüştür. Yapay bir algı dünyasının yapaylığını perçinlemeye yaramaktadır.

⁹ Doçentlik başvurularında Hukuk temel alanına bağlı bilim alanı sayısı zamanla değişkenlik göstermektedir. Halen geçerli olan 2023 Ekim döneminde bu sayı yirmi iki iken 2016 Aralık döneminde on dört idi. 2016 Nisan döneminde ve öncesinde bilim alanları ayrı ayrı listelenmeyecek sadece Hukuk temel alanına yer verilmekte, adayların çalışma alanlarını anahtar kelimeler yoluyla belirtmesi istenmekteydi.

¹⁰ Hukukun bilimselliği sorununu etraflıca inceleyen Balı, Gulbenkian Komisyonu raporundan hukukla ilgili şu tespiti aktarmaktadır: “hiçbir zaman tam anlamıyla bir sosyal bilim olamayan ... alan”. Ali Şafak Balı, Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları (Çizgi Kitabevi 2005) 26.

¹¹ Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının eleştirilerinin bir hülasesi için Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı (Siyasal Kitabevi 2011) 108 ve Kemal Gözler, Hukuka Giriş (Ekin Kitabevi 2020) 91-92’e bakılabilir.

Halbuki hukukun verimli olması için gerçeklik temelinde inşa edilmesi gerekir. Makalede bu savımızı derinleştirmeyi hedeflemekteyiz.

A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE GENEL KAMU HUKUKUNUN KAPSAMI

Günümüzde bazı hukuk fakültelerinde müfredattan kaldırılma derecesinde gereksiz görülen genel kamu hukuku derslerinde ne yapılmaya çalışılmaktadır ki bu adda bir kürsü ve ders var olmuştur?

Genel kamu hukuku denildiğinde ilk başta bu alanın anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, vergi hukuku, uluslararası hukuk gibi diğer kamu hukuku dallarının bir sentezi olduğu zannedilebilir. Zira bu saydıklarımız kamu hukukunun spesifik alanları ise genel kamu hukuku da bu spesifik¹² alanların genel bilgisi olsa gerektir. Halbuki hakikat böyle değildir. Genel kamu hukuku, bu saydığımız alanların geneline şamil bir üst alan değildir. Bu alanların kesişim kümesinde yer alan devlet olgusuna, daha doğrusu devlet fikrine yoğunlaşan bir dar alandır.

Genel kamu hukukuyla ilişkilendirilebilecek derslerin hukuk fakültelerinde yüzyılı aşkın bir mazisi vardır. Erim'in aktardığına göre Paris Hukuk Fakültesinde ilk defa 1890 yılında seçmeli ders olarak müfredata giren kamu hukuku dersi 1905 yılında üçüncü sınıf dersi olarak zorunlu ders haline getirilmiştir¹³. Osmanlı'da kamu hukukuna ilişkin ilk derslere Darülfünun'da Hukuk-ı Siyasiye ve Hukuk-ı Amme isimleriyle yer verildiği görülmektedir¹⁴. 1870 yılında Maarif Nizamnamesi'nde bahsedilen hukuk şubesinde Usul-ü Siyasiye isimli bir ders programda kendisine yer bulmuş, Darülfünun-u Sultani'de 1876 yılında Hukuk-u Amme dersi dördüncü sınıf dersi olarak belirlenmiştir¹⁵. Mekteb-i Sultani'de (Galatasaray Lisesi) ise 1878 yılında Hukuk-ı Umumiye ve Hukuk-ı Mülkiye dersi, 1881 yılında ise Hukuk-ı Siyasiye¹⁶ dersi¹⁷ M. Chevalier tarafından verilmiştir¹⁸.

¹² 'Özel hukuk' kavramıyla karışmaması için 'özel' yerine 'spesifik' kelimesini tercih ettik.

¹³ Erim (n 1) 13.

¹⁴ Rukiye Akkaya Kia, 'Darülfünun'dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden Hukuk-ı Amme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar- I' Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan (Der Yayınları 2012) 82.

¹⁵ Akkaya Kia (n 14) 84.

¹⁶ Terkiplerin yazımında kaynak eserlere sadık kalınmıştır.

¹⁷ Osmanlı döneminde verilen Hukuk-ı Siyasiye dersleri ile günümüz Genel Kamu Hukuku derslerinin konuları arasında önemli benzerlikler bulunsu da Osmanlı dönemindeki dersler idari teşkilat ve anayasa gibi teknik konuları da ihtiva etmiştir. Hukuk-ı Siyasiye dersinin geniş anlamda siyaseti konu edinme, hukuk politikaları üretme veya mevcut politikaları kritik etme gibi bir misyonu olmamıştır. Bu açıdan, isim benzerliğine rağmen, bu makalede dile getirdiğimiz hukuk fakültelerinde Hukuk Politikası kürsüsünün/dersinin açılması önerimizin Osmanlı döneminde verilen Hukuk-ı Siyasiye dersiyle örtüştüğü söylenemez. Şu notu düşmek de yararlı olabilir: İdare hukuku ve anayasa hukuku gibi pozitif hukuk konularını ihtiva eden Hukuk-ı Siyasiye derslerinin içeriği Fransa'daki *Droit Public Général* isimli kitapların içeriği ile benzer mahiyettedir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere söz konusu kitaplar anayasa hukuku, idare hukuku ve mali hukuk gibi konuları içermekte olup kamu hukukunun geneline ilişkindir.

¹⁸ Akkaya Kia (n 14) 85.



1880 yılında açılan ve bugünkü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kökenini oluşturan Mekteb-i Hukuk'ta genel kamu hukuku kapsamında değerkendirilebilecek ilk ders Kemal Paşazade Said Bey tarafından verilen Hukuk-ı Siyâsiyye-i Osmâniyye dersidir¹⁹. Aynı ders kapsamında Said Bey tarafından kaleme alınan ders notları ise genel kamu hukuku alanında Türkçe yazılmış ilk eser olma özelliğini taşıır²⁰. Said Bey eserin hemen başında dersin isminin tartışmasını yapmaktadır: “Dersimiz Hukuk-ı Siyasi'dir. Buna Fransızcadâ *Droit Public* derler. Binaenaleyh bunun tercemeten manası Hukuk-ı Umumiye demektir. Lakin hukuk-ı umumiye davası ile hukuk-ı şahsiye davası adliyece başka manada kullanıldığından, iltibastan ictinaben Hukuk-ı Umumiye denilmemesi münasib görüldü. Bu cihetle Hukuk-ı Siyâsiye denilir”²¹.

Görüldüğü üzere genel kamu hukuku dersinin ismi üzerindeki tartışmalar Türk literatüründe genel kamu hukukunun kendisi kadar eskidir. Said Bey *mot à mot* bir çeviri yerine Hukuk-ı Siyasiye kavramını tercih etmiştir. Said Bey, dersin kapsamını milletlerarası hukuk hariç kamu hukukunun tamamı olarak belirlemiş; temel hak ve özgürlükler, Osmanlı idaresinin temel özellikleri ve 1876 Anayasası gibi konulara derste yer vermiştir²². Dersin adındaki ‘siyaset’ kelimesinin nötr bir algıyla ‘yönetim’ anlamına geldiğı, müstakil ve eleştirel bir disiplin olan siyaset biliminin perspektifini içermediğı söylenebilir.

Mekteb-i Hukuk'un ders programında 1908 yılında Ulum-u Siyasiye dersi, 1916 yılında Hukuk-ı Amme ve Hukuk-ı Esasiye dersi, 1921 yılında ise Muammer Raşid Bey tarafından verilen Hukuk-ı Amme dersi yer almaktadır²³. Muammer Raşid Bey tarafından okutulan derste devlet mefhumuna odaklanıldığını söylemek mümkündür²⁴. 1923'te ise hukuk fakültesi üst sınıflarda adli kısım ile siyasi ve iktisadi kısım şeklinde ikiye ayrılmakta, siyasi ve iktisadi kısmı seçen öğrencilere Muammer Raşid Bey tarafından Devlet Nazariyeleri dersi verilmektedir²⁵. 1926 yılında gelindiğinde Hukuk-ı Amme dersi Fransız hukukçu Jean Charles Crozat tarafından vermeye başlanmıştır²⁶. Crozat ile amme hukuku dersleri daha sistematik bir şekilde ele alınmaya başlanmış ve dersin tarihi yönü de genişlemiştir²⁷. Crozat sayesinde sistemleşen ve kapsamı genişleyen amme hukuku dersi Recai

¹⁹ ibid 85.

²⁰ ibid 87.

²¹ Kemal Paşazade Said, Hukuk-ı Siyasiye-i Osmâniye (Garam Matbaası 1329) 1 aktaran ibid 87.

²² ibid 89.

²³ ibid 91.

²⁴ ibid 91.

²⁵ ibid 92.

²⁶ ibid 93.

²⁷ Yavuz Abadan, ‘Amme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu’ (1965) 20(2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi 399, 399.

Galip Okandan'ın 'Amme Hukukumuzun Anahatları' isimli eseriyle²⁸ kendi hukuki kurumlarımıza yönelmiş ve daha da genişlemiştir. Belirtmek gerekir ki Okandan'ın amme hukukuna getirdiği bu kapsam açılımı sahiplenilmemiştir. Yine o dönemlerde yazılan eserlere örnek olarak Erim²⁹, Abadan³⁰ ve Akbay'ın³¹ amme hukuku ders kitapları gösterilebilir. Söz konusu kitaplar da artık sistemleşen devlet nazariyeleri kapsamında yazılmış, büyük yeniliklere imza atmamıştır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki genel kamu hukuku geleneğinde ana konu olarak kabul edilen devlet bile bütün boyutlarıyla ilgi alanında görülmemiştir. Devletin bazı boyutları konu edilmiştir. Kamu hukukunun ceza, idare ve vergi hukuku gibi uygulamaya dönük alt dallarından soyutlanmış bir genel kamu hukukunun somut devlet organizmasıyla pek işi kalmamış ve genel kamu hukuku soyut devlet fikrine, diğer bir ifadeyle devlet teorisine sıkışmak durumunda kalmıştır. Devletin objektif kritiği, hele somut devlet ve hukuk kritikleri asla yapılmamıştır. Şu halde, geleneksel muhteva çizgisi takip edilecek olursa genel kamu hukuku adından vazgeçerek söz konusu dersi 'Devlet Teorisi' olarak adlandırmak yerinde olacaktır. Büyük oranda felsefi tartışma alanı olan devlet teorisinin müstakil bir kürsü olup olamayacağı ise şüphelidir. Kanaatimizce, devlet teorisine indirgenmiş bir genel kamu hukuku bilim dalı lüzumsuzdur. Devletin kökenlerinin, unsurlarının, meşruiyetinin, geleceğinin, kısacası teorisinin tartışılması için Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi kürsüleri pekala yeterlidir ve uygundur. Somut devlete dair konularsa Anayasa Hukuku'nun kapsamındadır.

Bu arka plan üzerinde yaşanan kritik bir gelişme, devlet fikrini başkalaştırırken genel kamu hukuku alanını da doğal olarak genişletmiştir. Bu gelişme, devlet merkezli pozitivist hukuk anlayışının sorgulanması, devletin karşısında insanın ve haklarının öne çıkmaya başlamasıdır. Devletin merkezde, insanın uydu olduğu hukuk anlayışından insanın merkezde, devletinse insana karşı sorumlu olduğu hukuk anlayışına doğru yol alınması sürecinde genel kamu hukuku şu ikilemle karşı karşıya kalmıştır: Birinci seçenek, geleneksel sınırlar içinde kalıp sadece ve doğrudan devletin teorisine ilgileneğidir. İkinci seçenek ise insan haklarını da içine alacak şekilde alanı genişleterek devleti hem daha geniş planda hem de daha somut olarak irdelemek, devlet olgusuna yönelik pratik ve teorik sorgulamaları arttırmaktır. Bu, alan için önemli bir yol ayrımı olmuştur.

İlk eğilime örnek olarak Gözler tarafından kaleme alınan 'Devletin Genel Teorisi' kitabı gösterilebilir³². Kitapta insan hakları ve siyasi düşünceler tarihi gibi konular dışlanarak doğrudan devlet mefhumuna odaklanılmıştır. Benzer biçimde

²⁸ Recai Galip Okandan, Amme Hukukumuzun Anahatları (Fakülteler Matbaası 1968).

²⁹ Erim (n 1).

³⁰ Abadan (n 1).

³¹ Akbay (n 3).

³² Gözler (n 6).



Alman hukukçu Karl Doehring tarafından kaleme alınıp Ahmet Mumcu tarafından çevrilen ‘Genel Devlet Kuramı’ isimli eserde de insan haklarına yer verilmeden devlet konu edilmiştir³³.

İkinci eğilimin ilk örnekliklerinden birisi olarak Akın tarafından kaleme alınan ‘Kamu Hukuku’ isimli eser gösterilebilir³⁴. Eser ‘Devlet Doktrinleri’ ve ‘Temel Hak ve Özgürlükler’ olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Söz konusu eğilimin takipçisi bir diğer eser ise Akad, Vural Dinçkol ve Bulut’un ortak çalışması olan ‘Genel Kamu Hukuku’ kitabıdır³⁵. Alanın en çok başvurulan ders kitaplarından biri olma özelliğine sahip olan bu eser ‘Devlet Kuramı’ ve ‘Hak ve Özgürlükler’ olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Benzer şekilde Uygun tarafından kaleme alınan ‘Devlet Teorisi’ isimli eserde de hem devlet kuramına hem de insan haklarına yer verilmiştir³⁶. Yine Ergül tarafından yazılan ‘İlk Çağ’dan Günümüze Karşılaştırmalı Devlet Teorisi’ isimli eserde de hem devlet teorisi hem de insan hakları bölümleri kendisine yer bulmuştur³⁷.

İlk eğilim çerçevesinde genel kamu hukukunun devlet teorisinden ibaret olduğunu söylemiştik. İkinci eğilim ise ‘insan hakları aynasında devlet’ takviyesiyle genel kamu hukukunun alanını bir nebze genişletmiş ve derinleştirmiştir. Fakat bu durumda da genel kamu hukukunun odağında ‘devlet’ vardır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu açılım yeni bir hukuk alanının ihdas edilmesi derecesinde değildir. Teorisiyle ve pratiğiyle insan hakları konusunun anayasa hukukunun kapsamında olduğu düşünülürse özgün bir bilim alanı yine oluşmamış demektir.

B. GENEL KAMU HUKUKUNUN DİĞER BİLİM DALLARIYLA İLİŞKİSİ

Bir sosyal bilim alt dalı olarak genel kamu hukukunun hukuk dışındaki sosyal bilimlerle ilişkisini mercek altına almak yararlı olurdu. Fakat bir bütün olarak hukukun bile diğer sosyal bilimlerle ilişkisinin çok kısır olarak incelendiği, disiplinler tutuculuğun had safhada olduğu bir atmosferde genel kamu hukukunun diğer hukuk disiplinleriyle ilişkisinin sorgulanması çalışmamız açısından yeterince aydınlatıcı olacaktır. Bu bağlamda akla ilk gelen disiplin anayasa hukukudur.

Genel kamu hukukuyla ilgili olarak ortaya koyduğumuz, devletten insana doğru eksen kayması neticesinde alanın dönüşüm geçirmesi olgusu anayasa hukukunda da aynen vakidir. Anayasa hukuku da geleneksel olarak devletle ilgili bir alanken pozitivism karşıtlığının ve hukuka etik yaklaşımların rağbet kazanması sonrasında insan haklarını içine, hatta merkezine almak durumunda kalmıştır. Anayasanın ve anayasa hukukunun ne kadar devlet ve sistem ağırlıklı, ne kadar insan ve değer ağırlıklı olması gerektiği konusu halen tartışmalıdır.

³³ Doehring (n 7).

³⁴ Akın (n 1).

³⁵ Mehmet Akad vd., Genel Kamu Hukuku (Der Yayınları 2021).

³⁶ Oktay Uygun, Devlet Teorisi (On İki Levha Yayıncılık 2020).

³⁷ Ergin Ergül, İlk Çağ’dan Günümüze Karşılaştırmalı Devlet Teorisi (Adalet Yayınevi 2021).

Genel kamu hukuku ile anayasa hukuku arasındaki bu serencam benzerliğinde şaşılacak bir şey yoktur. Zira bu iki alan tematik açıdan ortaklardır. Yaklaşım noktasında ayrılmaktadırlar. Her ikisinde de ana konu devlettir. Genel kamu hukukunda soyut (teorik, tarihi vs.) devlet yani devlet düşüncesi odakta iken anayasa hukukunda somut devlet odaktır³⁸. Haliyle, genel kamu hukuku daha mesafeli bir yaklaşımla nazari devleti konu edinirken anayasa hukuku daha yakın ve doktriner bir yaklaşımla reel devleti konu edinmektedir. Yaklaşım farklılığının nedeni, genel kamu hukukçuları açısından soyut devleti tartışmanın rahatlığı, anayasa hukukçuları açısından ise somut devletin dayanaklarını eleştirmenin anayasa hukukçularından beklenen teknik uzmanlığa ters düşmesidir. Genel kamu hukuku meri sistem dışına çıkmaya biraz daha müsaittir. Anayasa hukuku ise sistemi eleştirirken bile sistemin içinde kalınması esasına dayalı olarak gelişmiştir.

İnsan haklarının her iki alana eşzamanlı olarak eklenmesi neticesinde iki alan arasında yoğun bir yakınlaşma gerçekleşmiştir. Bugün gerek genel kamu hukukunda gerekse anayasa hukukunda insan haklarının hem teorik hem de yargısal yönü işlenmektedir. Devlet konusunda kök salan yaklaşım farklılığı bu alanda da kendisini göstermekte, genel kamu hukuku açısından eleştirelilik biraz daha masum görülürken anayasa hukukunun sınırları içinde doktrinerlik beklentisi öne çıkmaktadır.

Özetlemek gerekirse, genel kamu hukukuna ‘anayasa hukukunun görece esnek, soyut ve eleştirel bir şubesi’ demek yanlış olmayacaktır³⁹. Bu tablo, genel kamu hukukunun özgün bir alan olmamasından başka konvansiyonel anayasa hukukunun dogmatik bir disiplin olduğu çıkarımına da izin vermektedir. Pozitivist açıdan bakılacak olursa tersi bir iddia da dile getirilebilir: Her an için sistemin dışına çıkma, sisteme dışarıdan bakma ihtimali bulunan genel kamu hukuku, bir hukuk disiplini olarak kabul edilemez. Genel kamu hukuku hukuk değil, meta-hukuktur.

Burada Gözler’in anayasa hukuku ile genel kamu hukukunu mukayesesini aktarmakta fayda vardır⁴⁰:

Kanımızca genel kamu hukuku ile anayasa hukuku arasındaki ayrım sorunu sahte bir sorundur. Zira ‘genel kamu hukuku’ diye sunulan ders ve ‘anabilimdalı’, bir ‘hukuk’ dalı olarak bağımsız bir varlığa sahip değildir... Kanımızca genel kamu hukuku gibi melez bir bilim dalının olması imkansızdır. Her bilim dalı varlığını ve bağımsızlığını ya kendisine has bir konusunun ya da kendine has bir metodunun olması ile sağlar... Tüm bunlar göstermektedir ki genel kamu

³⁸ Türkiye’de genel kamu hukuku konusu olan devlet teorisini Fransa’daki gibi anayasa hukuku kapsamında gören ve ele alan Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (Seçkin Yayıncılık 2019) isimli eser önemli bir istisna olarak dikkat çekmektedir.

³⁹ Anayasanın buradaki anlamı, devletin kuruluşu ve özellikleridir.

⁴⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Ekin Yayınevi 2020) 66-67.

hukukunun bağımsız bir varlığı yoktur... O halde dürüst davranıp ders programlarından başka yerde bulunmayan ‘genel kamu hukuku’nu kaldırıp yerine ‘siyasal düşünceler tarihi’ dersini koymak gerekir⁴¹.

Genel kamu hukuku ile anayasa hukukunun iki ana konusu olan devlet ve insan hakları, uluslararası hukukun da iki ana konusudur. Tek farkla ki uluslararası hukukta bu iki tema uluslararası düzlemde ele alınır. Devletin ne olduğuna, özerkliğine, etkinliğine ve sınırlarına, egemenliğe ve egemenlik karşısında diğer hukuk sükülerinin pozisyonuna ilişkin tartışmalar hem genel kamu hukukunda hem de uluslararası hukukta mevcuttur. İnsan haklarının ulusaldan ziyade uluslararası bir hukuk alanı olarak gelişmesi, bilahare ulusal düzlemde devletlerin uygulamalarının izlenmesi, genel kamu hukukunun insan hakları şubesini uluslararası hukukun bir uzantısı kılmaktadır.

Daha önce dile getirildiği gibi, devlet düşüncesini konu alan teorik değerlendirmelerin hukuk felsefesinin kapsamında görülmesi pekala mümkündür. Bu boyutta da genel kamu hukuku özgün bir alan olamamaktadır. Devletin kökenine ve gelişimine ilişkin kuramlar hukuk tarihinin, devletin toplumla etkileşimine yönelik kuramlarsa hukuk sosyolojisinin alanında görülebilir. Bu açılardan da genel kamu hukuku özgün bir alan sayılamaz.

Netice olarak; genel kamu hukukunun kamu hukukunun genel bir incelemesi anlamına gelmediğini, gelenekçi bakılırsa devlet olgusunun teorik incelemesinden ibaret olduğunu, açılımcı bakılırsa devlete ilaveten insan haklarını da konu edindiğini, hangi boyutta bakılırsa bakılsın diğer muhkem hukuk disiplinlerinin gölgesinde kaldığını, bir disiplinden ayrıştığı noktada diğeriyle benzeştiğini, kısacası kendine has bir sahaya ve yönteme sahip olmadığını, mevcut haliyle özgün ve elzem bir hukuk disiplini olmadığını söyleyebiliriz.

Bu demek değildir ki genel kamu hukuku kürsüsü kapsamında verilen devlet teorisi ve insan hakları dersleri kaldırılsın. Tam tersine, bu dersler son derece önemlidir. Fakat bu derslerin önemi, kürsünün öneminden kaynaklanmamaktadır.

⁴¹ Gözler’in genel kamu hukuku dersine yönelik eleştiri ve önerileriyle makalemizde ileri sürülen eleştiri ve öneriler ilk bakışta benzer görünse de aslında birbirinin zıttı niteliğindedir. Gözler genel kamu hukukunun felsefi ve siyasi yönü nedeniyle hukuktan dışlanması gerektiğini ileri sürmekteyken biz genel kamu hukuku dersinin hukuk-siyaset ilişkisini hakkıyla yansıtamadığını, hukuk fakültelerinde siyaset bilimi perspektifinin neredeyse hiç olmadığını, sonuç olarak hukuk öğretisinin hayatın gerçekliğinden ve bilimden uzak düştüğünü ileri sürüyoruz. Gözler’e göre genel kamu hukuku hukuktan dışlandığında hukuk daha bilimsel olacaktır. Biz bu bilim algısını temelden reddediyor, hukuk nosyonunu gerileten pozitivist ideolojinin klişesi olarak değerlendiriyoruz. Bize göre, sadece genel kamu hukuku değil, hukukun tüm alanları daha kapsamlı ve derinlikli bir siyaset perspektifine kavuşturulmadıkça hukuk gerçekçi ve bilimsel olmayacaktır. Gözler hukuk ile siyasetin kurgusal ayrılığını derinleştirecek bir Siyasal Düşünceler Tarihi dersi konulmasını önermekteyken biz hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılmasının reel dünyada mümkün olmadığı noktasından hareketle hukuk-siyaset etkileşimlerini tüm yönleriyle ortaya koymaya odaklanmış Hukuk Politikası kürsüsünün ve derslerinin ihdas edilmesini öneriyoruz.

Söz konusu derslerin önemi, teknik hukuk derslerine nazaran öğrencilere devlete ve hukuka eleştirel bakabilme yetisini kazandırma potansiyeline sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Genel kamu hukuku kürsüleri mevcut olmasa bile gerek devlet teorisi gerekse insan hakları dersleri maksimum eleştirelilikle verilmelidir. Esasında tüm alanlarda pozitivizmin ateşi kısılmalı, teknisyen yetiştirme eğilimi terk edilmeli, eleştirelilik egemen kılınmalıdır. Eğer böyle bir pedagojik devrim gerçekleştirilebilirse genel kamu hukuku kürsüsüne ihtiyaç kalmayabilir.

Bizce burada asıl önemli olan husus, genel kamu hukuku kürsüsünün varlığının bize ne söylediğidir. Genel kamu hukukunun varlığı, bize hukukun teorisi ile pratiği arasında, devletle toplum arasında, pozitif hukukla hukuk felsefesi arasında, kısacası hukukun maddi unsurlarıyla manası yani manevi unsurları arasında bir irtibat bulunması gerektiğini söylemektedir. Vaki, genel kamu hukuku bu misyonun yerine getirilmesinde yetersizdir. Fakat bu misyonun gündemde tutulması açısından da yararlı olmaktadır. Öyleyse genel kamu hukukunun ortadan kaldırması değil, salt isminin değiştirilmesi de değil, daha olgun bir alternatifle değiştirilmesi gerekmektedir.

II. GENEL KAMU HUKUKUNDAN HUKUK POLİTİKASINA

Bu başlıkta genel kamu hukuku kürsülerinin var olmasındaki gayeye, bu gayeye nasıl ve niçin erişilemediğine, aynı gayeye erişilebilmesi için yapılması gerekenlere yer verilmektedir.

A. GENEL KAMU HUKUKUNUN HİKMET-İ VÜCUDU

Günümüzde baskın hukuk algısı formalist, pozitivist hukuk algısıdır. Bunun anlamı, sadece devlet normlarının hukuk sayılması, devletlerce vazedilmemiş veya tanınmamış normların hukuk sayılmamasıdır. Örneğin İslam'a göre alkolün yasak olması Türkiye'de hukuk sayılmaz. Çünkü devletin normu değildir. İran'da alkol yasağı ise Türk hukukçular tarafından bile hukuki bir varlık olarak görülür çünkü devlet o kuralı tanımıştır. Günümüzün baskın hukuk algısında "hukuk eşittir devlet"tir.

Bu algının teorik pek çok kusuru olmasından öte toplumsal zeminde de karşılığı sorunludur. Zira insanlar devlet normlarına ayarlı, salt vatandaş kimliğine indirgenebilecek varlıklar değildir. İnsanlar devlet normlarını da din, ahlak ve toplum gibi diğer norm kaynaklarını da içine alan karmaşık bir normativite olgusu içinde düşünür, davranırlar. Hakikat budur. Türkiye'de alkol serbestine rağmen alkol içmeyenler olduğu gibi İran'da da alkol yasağına rağmen alkol içenler vardır. Sadece devletin normlarını norm saymak, hakikatin bir kısmına gözü kapatmaya ve çarpık algıyla hukuk icra etmeye yol açar.

Toplam hakikatin göz ardı edilmesi pozitivist hukuk algısının kusurlarından sadece biridir. Bir diğer kusur ise, aynı izole hukuk algısı doğrultusunda, hukukun sadece diğer norm türlerinden değil, diğer akademik disiplinlerden de soyutlanmasıdır. Değerler dünyasından soyutlanabileceği düşünülen hukukun psikoloji, sosyoloji, felsefe, tarih, siyaset bilimi gibi disiplinlerden ve bu disiplinlerin incele-



diği olgulardan da soyutlanabileceği varsayılır. Böylece hukuk algısında çarpıklık zirveye çıkar. Tüm bunlar, hukukun güya saf ve katışıksız olması içindir. Elbette bu bir entelektüel ütopyadır. Bu ütöpik ve romantik yaklaşım temelinde kurgulanan hukuk disiplininin tepeden tırnağa çelişkili ve verimsiz olması kaçınılmazdır.

Genel kamu hukuku kürsüleri ve dersleri işte böyle, çelişiklere gebe bir temelde ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, hukuku devletle özdeşleştirdikten sonra ister istemez “Devlet nedir?” sorusu gündeme gelir. Bu soruyu cevaplamak hukuku cevaplamak, karanlıkta bırakmaksa hukuku karanlıkta bırakmak olacaktır. Devletin mahiyeti, kaynağı, geçerliliği, sınırları gibi meseleler hukukun da temel problemidir. Bu problemler çözülmedikçe hukuk dayanaksızdır.

Peki baskın hukuk algısının merkezinde duran hukuki pozitivism bağlamında bu sorulara cevap bulunabilir mi? Hayır. Çünkü hukukun kaynağı olan devletin kaynağının ne olduğu hukuki bir problem olarak görülmez. Pozitivist anlayışta, pozitif hukuk ile somut devlet güya eşzamanlı doğmuştur. Adeta devlet ile hukukun ikisi de yokken ikisi de birbirini doğurmuştur. Oysa böyle bir şey mümkün değildir. Arka planda başka unsurların bulunması zorunludur.

Genel kamu hukuku bir zımni itiraf disiplini: Somut devletten geriye gitmek, bu suretle kadim veya soyut devleti incelemek, bugünkü devleti anlamlandırma çabasını içerir. Fakat böyle bir çaba pozitif hukukun sahasından çıkılmasını, hukuka -pozitivist anlamda- hukuki olmayan bir altyapı bulunmasını gerektirecektir. Bunda kuramsal olarak hiçbir sakınca yoktur. Hatta fayda vardır. Fakat pozitivist pedagoji hukuk öncesi katmanlarla ilgilenmemeyi savunduğu için devleti=hukuku ilk başta var eden olguları tartışmak, pozitivist kurguya aykırı düşecektir. Nitekim Kelsen’e göre bütün bir hukuk sistemini var eden temel norm (*Grundnorm*), “hukuki verilerin her türden pozitivist anlaşılışının zorunlu önvarsayımı olmaktan ibarettir. Temel norm -hukuki süreç içerisinde yaratılmadığı, çıkarılmadığı, koyulmadığı için- pozitif bir hukuk normu olarak değil, hukuk yapımına dair her şeyin, esasında, pozitif hukuka ait her sürecin varsayılmış koşulu olarak geçerlidir”⁴².

Şu halde, hukuki pozitivism göre hukukun temeli o kadar da muhkem değildir; varsayımdan ibarettir. Hukukun temelindeki görüşün doğruluğunu varsaymak gerekir. Bu öneriye katılmak kolay değildir. Zira herkes dilediği varsayıma dayanarak dilediği hukuk anlayışını savunabilir. Varsayımının sorgulanmamasını hukuk sisteminin gereği olarak gösterebilir. Bu durumda dünyadaki bütün hukuk sistemlerinin aynı derecede varsayımsal olabileceğini, haliyle kuruluş felsefesi açısından aynı derecede meşru olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bu formülasyonda bir tutarlılık, bir de çelişki bulunuyor: Tutarlılık şudur ki hukuki pozitivism, ahlaki hukukun dışında görmekle hukukun ahlaki meşruiyetini

⁴² Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap 2016) 71.

gündem dışına atmıştır. Hukuki pozitivizm açısından bir hukuk sisteminin ahlaki meşruluğu zaten söz konusu değildir.

Ortaya çıkan ve genel kamu hukuku tartışmamız açısından önemli olan çelişki ise şöyledir: Pozitivist gözle bakıldığında, bir yandan (hukukun biricik kaynağı olan) devleti anlamlandırmak gerekir; diğer yandan da (saf hukuki bir konu olmayan) devlet idesini aydınlatma çabasından uzak durmak gerekir. Öyle bir disiplin, öyle bir ders olmalıdır ki devlet olgusunu ele alsın, devleti anlamlandırıyor görünsün, fakat somut devlete dokunacak kadar esaslı ve eleştirel de olmasın. Genel olsun, afaki olsun, yüzeysel olsun. Güncel olmasın; meri hukuk öğretisi hakkında, o öğretinin siyasi ikizi olan somut devlet hakkında şüphe oluşturmamasın. İşte genel kamu hukuku kürsülerine ve derslerine biçilen misyon budur. Devleti konuşmak ama çok da sahici konuşmamak... Hukuku devletin normlarına indirgeme ideolojisini doğallaştırmak... Somut devletler özelinde hukuk-siyaset etkileşimlerini sorgulatacak kadar derinlere gitmemek... Böyle bir misyon siyasi açıdan mazur görülebilir. Fakat bilimsel açıdan mazur görülemez ve hukuku bilim dışı kılar. Zira realiteden imtina ederek yapılan işler bilim değildir. Devletle ilgili realitelerin her boyutuna ilgi duymayan bir genel kamu hukuku disiplini bilim olarak görülemez.

Acaba ülkemizde genel kamu hukuku kitaplarında Türkiye Cumhuriyeti'ne ne ölçüde yer verilmiştir? Soyut devlet tartışmaları somut devlete bağlanmış mıdır? Somut devletin ideal devlet teorilerine uyumu kritik edilmiş midir? Yoksa yürürlükteki hukukun kaynağı olan reel devlet, genel kamu hukukunun dışında mı görülmüştür? Realiteye sırtını dönmüş bir alan mı yaratılmış, realiteye sırtını dönme işine bilim mi denilmiştir?

1933 reformundan önceki süreçte, Abadan'ın da ifade ettiği gibi, Türk amme hukuku bahsi amme hukuku dersi kapsamında yeterince ele alınmamıştır⁴³. Reformdan sonra Prof. Charles Crozat umumi amme hukuku dersinin kapsamını daha sistemli hale getirip genişletmiş olsa da eserlerinde Türkiye bahsine yer vermemiştir⁴⁴. Umumi amme hukuku dersi kapsamında Türkiye bahsini bir cilt genişliğinde inceleyen ilk eser Okandan tarafından kaleme alınan 'Amme Hukukumuzun Anahatları' isimli kitaptır⁴⁵. Kitap bu haliyle genel kamu hukukunda ilk ve son olma özelliğini haizdir. Kitapta Osmanlı Devleti amme hukuku kuruluşundan yıkılışına kadar genel olarak incelenmiştir. Fakat bu kıymetli eser alanında tek kalmış, sonrasında kaleme alınan amme hukuku kitaplarında Türkiye bahsine yeterince yer verilmemiştir. Üstelik Okandan da Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kamu hukukunu teknik bir mesele olarak ele alınmıştır⁴⁶. Devlete dair diğer tartışmalarda (devletin kökeni, meşruiyet vb.) görülen çok seslilik bu alanda sergilenmemiştir.

⁴³ Abadan (n 27) 399.

⁴⁴ Charles Crozat, Amme Hukuku Dersleri (Çev. Orhan Arsal, İstanbul Cumhuriyet Matbaası 1938).

⁴⁵ Okandan (n 28).

⁴⁶ ibid.



Erim tarafından kaleme alınan ‘Amme Hukuku Dersleri’ adlı eserde⁴⁷, Akbay tarafından kaleme alınan ‘Umumi Amme Hukuku Dersleri’ adlı eserde⁴⁸, Abadan tarafından kaleme alınan ‘Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri’ isimli eserde⁴⁹ ve Zabunoğlu tarafından yazılan ‘Devlet Kuramına Giriş’ adlı eserde⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne dair herhangi bir bölüm yer almamaktadır. Akın tarafından kaleme alınan ‘Kamu Hukuku’ isimli eserde ise Osmanlı’da insan haklarının gelişimine sadece yedi sayfa ayrılmıştır⁵¹.

Son dönemde yazılan genel kamu hukuku kitaplarına bakıldığında söz konusu tavrın nispeten değiştiğini fakat değişimin yeterli olmadığını ifade etmek mümkündür. Örneğin Akad, Vural Dinçkol ve Bulut tarafından yazılan ‘Genel Kamu Hukuku’ isimli eserde Türkiye bağlamına ‘Hak ve Özgürlükler’ bölümünde değinilmiş fakat ‘Devlet Kuramı’ bölümünde Türkiye’ye yer verilmemiştir⁵². Uygun ise ‘Devlet Teorisi’ isimli eserinde Türkiye ve demokrasi ilişkisini incelemiş, ayrıca insan hakları bölümünde de Türkiye’ye yer vermiştir⁵³. On yazarlı bir kitap olan ‘Genel Kamu Hukuku: Kuramsal Yaklaşım’ isimli eserde ise ‘Türkiye’de Başkanlık Rejimi’ ve ‘Üniter Devletlerde İdare: Türkiye Örneği’ gibi kısa da olsa iki bölüme yer verilmiştir⁵⁴ ki bu özelliği ile kitap diğerlerinden ayrılmaktadır. Bu girişim takdire şayan olsa da somut devleti göz ardı etme teamülü karşısında yeterince güçlü sayılamaz. Gözler tarafından kalem alınan ‘Devletin Genel Teorisi’ isimli eserde ise Türkiye Cumhuriyeti anayasaları ve egemenlik konusuna genel hatlarıyla değinilmiş, Türkiye Cumhuriyeti’nin doğuşu, yapısı ve tarihi devlet teorisi bakımından değerlendirilmemiştir⁵⁵. Son olarak Ergül tarafından kaleme alınan ‘İlk Çağ’dan Günümüze Karşılaştırmalı Devlet Teorisi’ isimli eser özgün bir metotla yazılmış olsa da söz konusu eserde⁵⁶ Türkiye Cumhuriyeti yeterli ölçüde incelenmemiştir.

Sonuç olarak Türkçe genel kamu hukuku literatürü tarandığında karşımızdaki en somut devlet olgusuna, Türkiye Cumhuriyeti’ne teorik ya da pratik pek fazla yer verilmediği, somut devletin inceleme -potansiyel olarak eleştiri- konusu yapılmadığı görülmektedir. Somut devlet merceklerden uzak tutularak neredeyse hep soyut devlet konuşulmuştur. Genel kamu hukukunun en önemli amaçlarından birinin devlet mefhumunu anlamlandırmak olduğu düşünülürse genel kamu hu-

⁴⁷ Erim (n 1).

⁴⁸ Akbay (n 3).

⁴⁹ Abadan (n 1).

⁵⁰ Yahya Kazım Zabunoğlu, Devlet Kuramına Giriş (İmaj Kitabevi 2015).

⁵¹ Akın (n 1).

⁵² Akad vd. (n 35).

⁵³ Uygun (n 36).

⁵⁴ Ali Murat Özdemir vd., Genel Kamu Hukuku: Kuramsal Yaklaşım (İmge Kitabevi 2019).

⁵⁵ Gözler (n 6).

⁵⁶ Ergül (n 37).

kukçularının gözleri önündeki, somut, mücessem, her gün temas edilen, vatandaşlı olunan devleti bir örneklik oluşturmak için dahi anlamak ve anlatmak adına gayret sarf etmemeleri enteresandır.

Genel kamu hukuku kitaplarına içerik açısından yöneltilebilecek bir diğer eleştirisi, pek çok kitapta seküler, Batılı, modern ulus-devlet modelini sorgusuz-sualsiz nihai devlet tipi olarak yansıtırma eğilimidir ki bu eğilimin de bilim dışı olduğuna şüphe yoktur. Batıcı tarih okumasının güdümünde olan pek çok kitapta Doğulu devlet felsefelerine hiç atıf yoktur. Sanki on binlerce yıldır Doğu’da hiç devlet düzeni kurulmamış, hiçbir hukuk düşüncesi gelişmemiştir. Sanki Batı lineer bir seyir içinde ideal devlete yürümüştür, yürümektedir ve devlet felsefesinin tek doğrusu da ancak o çizgi üzerinde bulunabilir.

Abadan⁵⁷, Akın⁵⁸, Zabunoğlu⁵⁹, Özdemir vd.⁶⁰ ve Uygun⁶¹ tarafından yazılan eserlerde Doğulu devlet anlayışına ilişkin hemen hemen hiçbir öğreti sunulmamaktadır. İstisnai olarak bazı yazarların eserlerinde Doğu’da devlet konusunu işledikleri görülmektedir. Örneğin Erim tarafından kaleme alınan ‘Amme Hukuku Dersleri’ isimli kitapta Çin ve Hint devlet nazariyeleri genel hatlarıyla işlenmektedir⁶². Doğulu ve Batılı düşünürlerin fikirlerini mukayeseli olarak ele alan Ergül’ün ‘Devlet Teorisi’ isimli kitabı, Doğu’da devlet fikrine en çok yer veren eser⁶³ olarak takdiri hak etmektedir.

Türklerde pek güçlü ve kadim olan devlet fikriyatını inceleyen bir genel kamu hukuku eseri ise henüz yazılmamıştır. Türkiye’deki genel kamu hukuku kitaplarını okuyan biri, Türklerin devleti yüz yıl önce Avrupalı devlet teorileriyle keşfettiğini zannedebilir. Oysa gerçek tam tersidir: Devleti yeni keşfeden Avrupalı uluslardır. Genel kamu hukukunun menşei olarak kabul edilen Fransız ve Alman uluslarının egemen devlet kurma tarihleri iki asrı geçmemektedir. Ne var ki teoriyi onlar geliştirince Türkler devleti onlardan öğrenir duruma gelmişlerdir. Köklü tarihlerinden ve müktesebatlarından devlet teorisi üretmeyi akıl edememişlerdir.

Avrupa merkezci tarih okuması doğrultusunda, genel kamu hukuku dersi bağlamında görüşleri aktarılan düşünürlerin büyük çoğunluğunun Batılı olmasına şaşkınlık gerekmez. Genellikle anlatı antik Yunan düşünürleri Platon ve Aristoteles’ten başlatılmakta, Akıncı Thomas ve Makavelli’ye değinilip Hobbes, Locke ve Rousseau ile tamamlanmaktadır. Doğulu düşünürlerle ise bazı kitaplarda hemen hemen hiç yer verilmemekte⁶⁴, bazılarında ise yüzeysel bir biçimde yer verilmek-

⁵⁷ Abadan (n 1).

⁵⁸ Akın (n 1).

⁵⁹ Zabunoğlu (n 50).

⁶⁰ Özdemir vd. (n 54).

⁶¹ Uygun (n 36).

⁶² Erim (n 1).

⁶³ Ergül (n 37).

⁶⁴ Söz konusu kitaplara örnek olarak, Akın (n 1) ve Gözler (n 6) tarafından kaleme alınan eserler gösterilebilir.



tedir⁶⁵. İbn-i Haldun'u, Artaşastra yazarı Çanakya'yı bir kenara bırakalım, Çin gibi azim bir medeniyetin iki bin yılına damgasını vurmuş Konfüçyüs'ten bile hiç bahsetmeden devlet teorisi anlatma iddiasında olan kitaplar vardır.

Tüm bunların anlamı, genel kamu hukuku kürsülerinin, dar bir uygarlık ideolojisi doğrultusunda yapay bir ulusal kimlik yaratmaya azmetmiş bir siyasi iradenin emrinde olduğu, otosansürü kanıksadığı, mahdud zihinle oluşturulmuş bir ilgi alanını, bilimsel olması gereken bir disiplinin güya doğal sınırları haline getirdiğidir. Denilebilir ki genel kamu hukuku kürsülerinin sadece somut devleti incelemekten sakınma problemi değil, soyut devlet düşüncesini bile evrensel ve objektif bir vizyonla işleyememe problemi vardır.

Genel kamu hukuku literatürüne yöneltilebilecek daha somut bir eleştiri ise kürsünün pozitif hukuktan ve yargı pratiklerinden uzak düşmesidir. Genel kamu hukuku salt teori dersi gibi görülmektedir. Halbuki teoriyi beslemek için bile olsa pratikten yararlanılması gerekmektedir. Devleti anlamlandırma iddiasındaki genel kamu hukuku kürsülerinin devletin gündelik işleyişini ve kamu gücünün yoğun olarak gözlemlendiği yerlerden biri olan yargıyı göz ardı etmesi önemli bir eksikliktir. İnsan hakları yargısının alana kazandırılmasıyla birlikte bu eksiklik bir nebze giderilmiş olsa da devlet pratiğinin ve zihniyetinin insan haklarından daha geniş bir alana taalluk ettiği malumdur. Kaldı ki pek çok genel kamu hukukçusu insan haklarını yargısal değil tarihi ve teorik bir konu olarak işlemektedir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki genel kamu hukuku kürsüleri ve ders kitapları reel devletle ilgilenmemektedir. Hayali devleti konu edinmektedir. Üstelik onu da Batı merkezci bir okumayla yapmaktadır. Genel kamu hukuku kürsüleri cesur ve realist bir profil çizmemekte, yeterince bilimsel olamamaktadır. Bu nedenle de genel kamu hukuku kürsüleri vazgeçilmez ve etkili statüye erişememektedir. Pozitivist öğretinin meşrulaştırıcısı rolünü oynamaktadır. En hayati konu olan hukuk-siyaset ilişkisine odaklanması gereken bu kürsü, söz konusu ilişkinin derinlemesine araştırılmasının önünde adeta bir set olmaktadır. Genel kamu hukuku, devlete yaklaşım konusunda ürkek bir vizyonun mahsulüdür ve ürkekliği kemikleştirmiştir⁶⁶.

Tavsiyemiz, hukuk-siyaset ilişkisinin daha fazla göz ardı edilmemesidir. Bilim dürüstlüktür, gerçekçiliktir. Hukuk ile siyaset arasındaki çok boyutlu etkileşimlerin dürüstçe ve bilimsel olarak aydınlatılması gerekir. Genel kamu hukuku kürsülerinin misyonu bu olmalıdır.

⁶⁵ Örneğin Erim (n 1); Akbay (n 3).

⁶⁶ Buraya kadar yapılan eleştirilere şu şerhi düşmek gerekir: Makalemiz genel kamu hukuku kürsüsünde çalışan akademisyenlerden ziyade kürsünün ders kitaplarına ve müfredatına eleştirel bir gözle yaklaşma girişimidir. Genel kamu hukuku kürsüsünde çalışan akademisyenlerin bazıları interdisipliner çalışmalar yapmakta ve eserler vermektedirler. Sorun, bu eserlerin kürsünün ders kitaplarını, müfredatını ve tabii algılanan sınırlarını şekillendirememiş olmasıdır. Bizce yapılması gereken, makalemizde de iddia ettiğimiz üzere, daha geniş bir kapsama sahip Hukuk Politikası kürsüsünün kurulmasıdır. Böylece akademisyenler daha kapsamlı ve yöntemli bir bilimsel disipline dahil olacak, daha özgür düşünüp çalışabilecek ve eserler verebilecektir.

B. HUKUK POLİTİKASI PERSPEKTİFİNİN ZORUNLU OLUŞU

Meşhur pozitivist Kelsen, hukuku normlara indirgeyen, normun uygulanması-
nın öncesine ve sonrasına ait hususları hukuk saymayan saf hukuk kuramını (*Rei-
ne Rechtslehre*) geliştirmeye çalışırken gayesinin ‘hukuk bilimi’ (*Rechtswissens-
chaft*) olduğunu iddia etmiş ve bu gayeyi ‘hukuk politikası’nın (*Rechtspolitik*) zıttı
olarak konumlandırmıştır⁶⁷. Halbuki asıl bilim dışılık, hukuku pozitif normlara
indirgemektir. Daha önce belirttiğimiz üzere, gerçeğin bir kısmını göz ardı ederek
yapılan iş bilim olamaz. Hukukta normun kendisi ve meriyeti tek gerçek değildir.
O normun hangi saiklerle ve nasıl norm yapıldığı gerçeğin önemli bir kısmıdır. O
normu doğuran sistemin hangi saiklerle kurulduğu ve işletildiği gerçeğin en önem-
li kısmıdır. Hukukla ilgili ve hukukta etkili tüm gerçeklere ilgi duymayan bir uğraş
bilim olabilir mi? Böylesine dar ve teknik bir uğraşın bilim olarak adlandırılması,
böylece hukuk biliminin -başta siyaset olmak üzere- hayati gerçeklere ilgisiz hale
getirilmesi bile özünde ‘politik’ bir tutum değil midir?

Hukukun devletin normlarına indirgenmesini bir an için doğru kabul edelim
ve önyargısız, özgür bir zihinle soralım: Devlet ne tür bir varlıktır? Devleti de
içine alan daha geniş bir olgu var mıdır? Cevap, evettir: Devleti de kuşatan olgu
‘iktidar’dır. Devlet bir iktidar olgusudur. Peki iktidarı da içine alan, daha geniş bir
kavram var mıdır? Evet, vardır: Siyaset ya da politika kavramı. İktidar, bir siya-
set olgusudur. Demek ki hukukun kaynağı devletse bile devlet kendi kendini var
etmiş değildir. Devlet bir iktidar olgusu olarak ortaya çıkmıştır. İktidar da siyaset
bağlamında ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak devletin hammaddesi siyasettir. Pozitif
hukukun hammaddesi siyasettir.

Ekmek üzerine yazılmış bir kitap düşünün ki undan hiç bahsetmesin. “Bizim
işimiz unun türü, mahiyeti, kalitesi, kıvamı vs. değildir. Ekmektir” desin. Böyle bir
iddia akılcı ve bilimsel olabilir mi? Bu iddia temelinde yapılan ekmeğin kalitesine
güvenilebilir mi? İşte kütüphaneler dolusu hukuk kitapları böyle bir absürtlüğün
pençesindedir. Hammaddesi siyaset olan hukuk konusunda hammaddeden hiç
bahsetmezler. Bir mahsul olan hukukun hammaddeden bağımsız olarak geçerli,
etkili, faydalı, bilimsel, doğru olduğunu savunurlar.

Bu kronik şuursuzluğu aşmak için siyaset ile hukuk arasında köprü olan devlet
hakkındaki çalışmalar birer fırsattır. Daha doğrusu fırsat olabilirdi. Devlet teorisiyle
iştigal eden genel kamu hukuku kitapları siyaset olgusuna dair ciddi analizler içere-
bilir; siyaset hammaddesinin devlet fabrikasında hukuk mahsullerine nasıl dönüştü-
ğünü izah edebilirdi. Halbuki genel kamu hukukunun başlıca kitapları olarak görülen
ve yukarıda da isimleri zikredilen eserlerde siyaset kavramına hemen hiç yer veril-
memiştir. Siyaset kavramına yer veren eserler ise genellikle bunu giriş kısımlarında
ve yüzeysel olarak yapmış, siyasetin hukuktaki etkisini izhar etmeyi başaramamıştır.

⁶⁷ Kelsen (n 42) 1.



Örnek olarak Zabunoğlu'nun 'Devlet Kuramına Giriş' isimli eseri gösterilebilir⁶⁸. Eserde girişte siyaset, siyasal iktidar gibi kavramlar incelenmiş; siyasal iktidar ile otorite arasındaki ilişki ve siyasal bilimin kapsamı değerlendirilmiş, siyasal bilimin ana konusunun devlet olduğu tespiti yapılmıştır. Fakat bu istisnai girişe ve siyasal bilime uygun olan yöntemi benimsediğini belirtmesine rağmen yazar, çalışmanın sınırlarını açıkladıktan sonra eserin geri kalanında söz konusu yaklaşımı terk ettiğini belirtmiş ve geleneksel kalıplara rücu etmiştir.

Diğer bir örnek ise Okandan tarafından yazılan 'Amme Hukukumuzun Ana-hatları' isimli eserdir. Yukarıda da işaret edildiği üzere, Okandan alana önemli bir açılım getirmiş fakat getirdiği açılım maalesef ardılları tarafından devam ettirilmemiştir. Okandan'ın eseri birçok meziyete sahiptir ki bunlardan biri de siyaset ile umumi amme hukuku arasındaki ilişkiyi isabetli bir şekilde tespit etmiş olmasıdır:

Kanaatimize göre, dar manada 'amme hukuku', esas itibarıyla, tetkik olunacak mevzu bakımından birbirine çok yakından bağlı 'siyaset ilmi' ve 'hukuk ilmi'nin mezcinden husule gelen bir sentezdir ve amme hukukunun bu dar manadaki dalına da Devleti 'siyasi' ve 'hukuki' cephelerden inceleme vazifesi yönelmektedir. Zira, Devletin mahiyetini izah edebilmek ve bu hususta umumi prensiplere varabilmek, ancak, yekdiğerini tamamlayıcı rolleri bulunan hukukla Devlete müteallik bilgilerin heyeti mecmuasını kendi etrafında toplayan siyaseti mezcetmekle, Devletin siyasi ve hukuki cephelerini müşterek nazara almakla mümkün olabilecektir⁶⁹.

Muvaffak Akbay'ın 'Umumî Âmm Hukuku Dersleri' başlıklı kitabının 1948 baskısının tahlilinde yine Okandan siyaset ve amme hukuku ilişkisini şöyle ifade eder: "Umumi Amme Hukukunun hudutları dahilinde, esas itibarıyla hukuk ve siyaset birbiriyle mezcedilmiş bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, hukuk ve siyasetin imtizacı Umumi Amme Hukukunu vücuda getirmektedir"⁷⁰.

Mezkur eserin başlangıç kısmında Akbay, devletin sadece hukuk veya sadece siyaset açısından ele alınması gerekliliğini ileri süren tek yöncü ekolleri eleştirmekte ve metodunu şu şekilde hülasa etmektedir: "Devlet bilgisi -eğer iktisadi, ahlaki ve içtimai unsurları geniş manasında siyaset kelimesiyle ifade edecek olursak-, siyaset ve hukukun birleşmesinden vücuda gelir, nasıl iki ırmak birleşerek bir nehir vücuda getiriyorlarsa, devlet teorisi için hem hukuk hem de siyaset lazımdır. Bu iki başlıca unsurdan biri eksik olursa devlet teorisi de aksak kalır. O halde biz de, derslerimizde bu iki esaslı unsuru daima gözönünde tutarak devlet denilen en

⁶⁸ Zabunoğlu (n 50).

⁶⁹ Okandan (n 28) 5.

⁷⁰ Recai Galip Okandan, 'Eser Tahlil ve Tenkidleri' (1949) 8(2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 800, 807.

mühim içtimai vakıayı incelemeye çalışacağız”⁷¹.

Hukuk ile siyaseti arasındaki ilişkiyi istisnai olarak vurgulayan eserlerde bile dikkati çeken nokta, ilişkinin derinliğine inilmemesidir. Sonuç olarak hukuk, siyasetin dinamiklerinden soyutlanabilen bir alan imajına tekrar bürünmektedir. Diğer pek çok eserde bu düzeyde bir hukuk-siyaset ilişkisi itirafına bile rastlanmaz. Hukuk ve devlet olguları açısından en etkili faktör olan siyasetin, devleti tanıtmada iddiasında olan genel kamu hukuku literatüründe böylesine göz ardı edilmesi hayreti muciptir. Siyasetin göz ardı edilişi, adeta üstü örtülü bir uzlaşma konusu olmuştur. Bu uzlaşmanın nedeni ne olabilir?

İlk akla gelen neden, siyasete dar ve olumsuz bir anlam yüklenmesinin neticesinde, hukukçuların hukuku siyasete bulaşmamış bir alan, steril bir bilim gibi gösterme arzusu olabilir. Bu eğilime göre hukuk eğer bir bilim ise kişisel görüşlerden, sosyal ve siyasi atmosferden soyutlanmalıdır. Objektif bir hüviyete sahip olmalıdır. Siyaset, kaygan bir zeminde işleyen, aktüalite ile yakından bağlantısı bulunan, son derece hareketli ve canlı, sürekli değişen bir alandır ve bu nedenle siyaset ile hukuk birbirinden ayrı çalışılmalıdır.

Bu yaklaşım iki açıdan hatalıdır. Birincisi, hukukun bilimselliği açısından. Makalenin kapsamı nedeniyle bu konuya yeterince giremeyeceğimizi daha önce belirtmiştik. Şu kadarla yetinelim ki hukuku bilim olarak görmek ve göstermek istemek, hukukun bilim olmasına yetmez. Günümüzde algılanan ve uygulanan haliyle hukuka bilim demek mümkün değildir. Çünkü hukuk, toplumsal gerçekliğin tespitinden ziyade toplumun şekillendirilmesine hizmet etmektedir. Böyle bir uğraş (sosyal) bilim değil, ancak (sosyal) teknik denilebilir.

Yaklaşımın ikinci hatası ise şudur: Hukukun bilim olduğu kabul edilirse bu sefer de hukukun altyapısının yanı sıra hukuki olguların sebeplerinin ve sonuçlarının tahlil edilmesi, hukukla ilgili tam gerçekliğin aydınlatılması gerekecektir. Hukuku anlama işinin kasten çok sınırlı ve dogmatik bir boyuta indirgenmesi mümkün olmayacaktır. Hukukun siyasetle ilişkili olduğu gerçeğini, bu ilişkinin hukuka nasıl etki ettiğini konuşmak bilimsel bir zorunluluk halini alacaktır.

Bir sosyoloğun şiddet olgusunu analiz ederken şiddetle ilgili mevzuata değinmeksizin değerlendirme yapması onu eksik ve yanlış sonuçlara götürür. Böyle bir sosyolog meslektaşlarından da ciddi eleştiriler alır. Bilim olma iddiasındaki hukukta ise durum bunun tam aksidir. Hukukçular toplum ve siyaset gibi olguları göz ardı etmeyenleri eleştirmekte, bilimin(!) dışında saymaktadır. Evet, hukuk, devlet iktidarına yaslanmış, güçlü bir disiplindir. Fakat bu güç, bilimin tanımını dejenere edecek düzeyde değildir ve olmamalıdır.

Peki hukukçular bu vahim hatayı kasten mi yoksa realiteye kapalı bir eğitimden geçtikleri ve bilim dışılığı içselleştirmiş oldukları için mi yapıyorlar? İhtimal ki bir

⁷¹ Akbay (n 3) 7.



kısmı meslekte tecrübe kazandıkça siyaset gerçeğine uyanıyorlar fakat gözlerini kasten kapalı tutuyorlar. Yani bazı hukukçular siyasetin kaçınılmaz, hukukta da mutlak etkili olduğunun farkında olmalarına rağmen hukuk-siyaset ilişkisini gündeme getirmekten özellikle uzak duruyorlar. Aksi halde bilim dışı pedagojinin mahsulü olan on binlerce meslektaşlarına karşı durmuş olurlar. Sadece hukukçulara da değil, bu hukukçu profilini arzulayan devlet aklına ve siyasetine de karşı çıkmış olurlar. Diyebiliriz ki hukukta siyasetinin konuşturulmamasının asıl nedeni bilimsellik kaygısı değildir. Bilimsellik bir kamuflajdır. Asıl gaye, hukuki rejimi yaratan siyasi rejim hakkında mütalaa yürütülmemesini temin etmektir. Özetle, hukukta siyasetin etkisi o kadar derindir ki siyasetin konu edilmesini bile engelleyebilmektedir.

Öyleyse yukarıda ifade edilen üstü örtülü uzlaşının ikinci nedeni, hukukçuların siyaset olgusunu uysalca göz ardı edip egemenin arzularına boyun eğmeleridir. Hukukçular da nihayetinde insandır. Vatandaşların devletle munis ve apolitik ilişki kurmasını gerektiren bir düzende hukukçuların da aynı kalıba girmesi şaşılacak bir durum değildir. Halbuki, egemenin egemenliğinin daha sahici, daha adil ve daha kalıcı olması için hakikatlerin konuşulmasına, bilimsel ve hakperest yorumlara ihtiyaç vardır. Siyasetin hukuk ile ilişkisinin ortaya konulması, sebep-sonuç bağlarının açıkça gösterilmesi birçok hukuki kuruma daha isabetli bakılmasını sağlayabilecek ve sistemin bozukluklarının düzeltilmesine yarayacaktır. Bize göre hukukçuların, özellikle de akademisyenlerin misyonu bu olmalıdır.

Sonuç olarak şunu ifade etmek gerekir ki bir disiplin olarak hukukun -ve genel kamu hukukunun- suni ve çarpık tasniflere, olgudan kopuk tartışmalara, ayağı sağlam bir zemine basmayan kurgusal varsayımlara ihtiyacı yoktur. Gerekli olan hakikattir. Hukukun hakikati ise hukukun zeminini oluşturan siyasetle kavranır. Ancak böyle bir yaklaşımın sonucunda sağlıklı bir devlet ve hukuk nosyonu geliştirilebilir.

C. HUKUK SİYASETİ Mİ HUKUK POLİTİKASI MI?

Metin boyunca siyaset ve politika kelimeleri birbirinin yerine kullandık. Birinin Arapça diğerinin Yunanca kökenli olmasından ve farklı kültürel imalar taşımalarından mütevellit iki kelime arasında duygu farklılığı bulunduğu söylenebilir. İkisinin birbiriyle örtüşmeyen ilave anlamlarından da söz edilebilir. Bununla birlikte, siyaset ve politika genelde eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Büyük Türkçe Sözlük'te siyasetin tanımında⁷² “politika”, politikanın tanımında⁷³ da “siyaset” kelimesine yer verilmesi söz konusu kullanımı destekler niteliktedir. Peki ‘hukuk siyaseti ile ‘hukuk politikası’ arasında bir seçim yapmak icap ederse hangisi daha uygun olur?

⁷² TDK, ‘Politika’ (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

⁷³ TDK, ‘Siyaset’ (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

Seyis kelimesi ile aynı kökene sahip olan siyaset sözcüğü lügatte bir şeyin iyi durumda kalması için özenle gözetip korumak; bir hayvanı terbiye etmek, ehlileştirme manasına gelirken ıstılahi olarak halkın işlerini üzerine alma, onları yönetme, yürütme sanatıyla ilgili anlayış anlamlarında kullanılmaktadır⁷⁴. Ayrıca siyaset İslam hukuku literatüründe, özellikle ceza hukukunda, şeran reddedildiğine veya onaylandığına dair delil olmayan alanlarda maslahata uygun hüküm verme manasına gelen ıstislah terimiyle eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır⁷⁵.

Yunanca *polis* (şehir, devlet) kelimesinden türetilen politika sözcüğü ise dilimize Fransızca vasıtası ile girmiştir⁷⁶. Politika, Büyük Türkçe Sözlük'te “devletin etkinliklerini amaç, yöntem ve içerik olarak düzenleme ve gerçekleştirme esaslarının bütünü, siyaset, siyasa” ve “davranış biçimi, düşünce yapısı” olarak tanımlanmıştır⁷⁷. Kapani politikanın birbirine zıt iki manasının olduğunu ifade etmektedir. Birincisi, politika iktidar hedefli bir çatışma, mücadele ve kavgadır⁷⁸. İkincisine göre politika herkesin yararına olan toplum düzeninin kurulmasıdır⁷⁹.

Bu yazı bağlamında siyaset/politika kelimesini biz üç boyutta tanımlıyoruz. Geniş anlamda siyaset, amaca götüren araçların kullanılmasına ilişkin yol ve yöntemlerdir. Bu boyutta siyaset hayatın her alanında vardır. Hayat siyasettir. Dar anlamda siyaset/politika ise iktidara yönelik faaliyetler olup, yüzeysel bir tasvirle, Türkiye bağlamında Siyasi Partiler Kanunu'yla ilgili işlerdir. Siyaset denilince ilk akla gelen boyut budur zira siyaset en açık ve direkt olarak bu boyutta icra edilir. Üçüncü boyutta siyaset/politika ise iktidar sahibinin bir sahayı düzenlemeye yönelik düşünce ve eylemleridir. Eğitim politikası, sağlık politikası, güvenlik politikası gibi...

Bu üç tanım iç içe üç şema şeklinde hayal edilebilir. En dış halkada insan davranışlarının çoğunu izaha yarayan ve hayatın tamamını dolduran, en geniş siyaset olgusu vardır. Orta halkada bir topluluğun yönetiminde söz sahibi olmaya dönük çabalar vardır. En iç halkada ise yönetme mevkiinde olanın yönetiminde izlediği yol ve yöntemler vardır.

İlk iki halkada siyaset kelimesi kulağa doğal gelmekteyken üçüncü halkada politika kelimesi Türkçede daha yaygın kullanımdadır. Elbette eğitim siyaseti, sağlık siyaseti, güvenlik siyaseti de denilebilir. Fakat günümüzdeki yaygın kullanıma sa-

⁷⁴ Hızır Murat Köse, ‘Siyaset’ (TDV İslâm Ansiklopedisi) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/siyaset>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

⁷⁵ Şükrü Özen, ‘İstislah’ (TDV İslâm Ansiklopedisi) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/istislah>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

⁷⁶ Sevan Nişanyan, ‘Politika’ (Nişanyan Sözlük) <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/politika>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

⁷⁷ TDK, ‘Politika’ (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

⁷⁸ Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş (Serbest Akademi 2020) 23.

⁷⁹ Kapani (n 78) 24.



dık kalarak biz de politika kelimesini önceliyor ve ‘hukuk siyaseti’ ile aynı anlama gelmek üzere ‘hukuk politikası’ tabirini tercih ediyoruz.

Peki “Hukuk siyasetin çıktısıdır” derken acaba hangi siyaseti kastediyoruz? Elbette her üçünü de... En geniş boyutta hukuk bir araçtır, dolayısıyla siyasidir. Hukukta daima hukuk altı (*sub-legal*) veya hukuk ötesi (*ekstra-legal*) amaçlar vardır. Amaç huzursa da hukuk araçtır, amaç düzensizse de hukuk araçtır, amaç ulus yaratmaksa da hukuk araçtır, amaç dindarlıksa da hukuk araçtır. Hukukun bizatihi kendisinin amaç olması ütöpiktir. Kaldı ki hukuk bizatihi amaç sayılsa bile birtakım araçlarla hayata geçirilmek zorundadır ki o da siyaset demektir.

İkinci tanıma göre de hukuk siyasidir. Çünkü iktidara yürüyüşte hukuk kurallarının varlığı da yokluğu da ciddiye alınması da alınmaması da siyasi olgulardır. Siyaset hukukunun kurallarını kim, hangi beklentiyle koymuştur? Bu sorunun cevabı siyasi olduğuna göre bir iktidar alanı olan hukuk da siyasidir. Aksi düşünülemez.

Üçüncü tanıma göre de hukuk siyasidir. İktidarın eğitim alanını düzenlemesinde etkili olan öncelik algısı, beklentileri, kaygıları, araçları hep onun dünya görüşünden doğduğuna göre ‘eğitim politikası’ denilen girişimlerin, genel iyiliğe yönelmiş görünse de, siyasetten ari ve objektif olması mümkün değildir. Öyleyse eğitim politikası, sağlık politikası, güvenlik politikası, yargı politikası, vergi politikası gibi sayısız alan nötr hukuk sistemi bağlamında ele alınıyor görünse de aslında siyasidir ki tam da bu nedenle siyaset/politika kelimesine başvurulmaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki hukuktan murat ne olursa olsun hukuk siyasidir. Amaçların ve araçların iyi veya kötü olması, bilinçten veya bilinçaltından doğması bu hükmü sarsamaz. Hukuk eğer bu denli siyasi bir olguysa hukuka dair her şeyin öncesinde bir siyasetin bulunması gerekir ki ona ‘hukuk politikası’ diyoruz ve hukuka dair her şeyi hukuk politikasıyla açıklama zorunluluğunu hissediyoruz. Kelsen’in hukuk biliminin karşısına koyup dışladığı hukuk politikasını biz, paradoksal olarak, hukuk biliminin başlıca konusu olarak tanımlıyoruz.

D. HUKUK POLİTİKASI DİSİPLİNİNİN KAPSAMI VE YÖNTEMİ

Modern devletin tipik özelliklerinden biri hayatın tamamına nüfuz etme çabasıdır. Geleneksel devlet bireylerin aile ve özel ilişkilerinde, hatta ticaret ve eğitim gibi alanlarda bile kısıtlı etkiye sahipken modern devlet tüm alanları pozitif hukukun tezgahı gibi görüp düzenlemektedir. Bu da göstermektedir ki modern devlet pratiği açısından kamu hukuku – özel hukuk gibi bir ayırım yoktur; devlet merkezli modern hukuk zihniyeti doğrultusunda hukukun tamamı kamu hukukudur.

Diğer taraftan, yukarıda da işaret edildiği üzere, hukuk ile siyaset arasında mutlak bir ilişki vardır. Siyaset hukukun zeminini oluşturur ve onunla sürekli etkileşim halindedir. Kısacası hukuk baştanbaşa siyasi/politik bir konudur.

Hukukun siyasi bir konu olduğu fikri irrasyonel bir dirençle karşılanırsa bile devletin siyasi bir olgu olduğu fikrine direnç olmasa gerektir. Genel kamu huku-

kunun ana konusu devlettir ve devletin özü de siyasettir. Devlet baştanbaşa siyasi/politik bir konudur.

Denklemin sonucu şudur: Devlet ve hukuk özünde politik iki konudur. Günümüz nosyonunda devletle özdeşleşmiş olan hukukta devletten ayrı ve özel alan kalmamıştır. ‘Özel hukuk’ en fazla izafeten özel görülebilir; gerçekte hukukun tamamı kamusal olmuştur. Şu halde genel kamu hukukunun konusu genel hukuktur; hukukun tamamıdır. Günümüzde hukukun kaynağı devletse ve devlet de bir politika olgusuysa ‘genel kamu hukuku’ şemsiyesi altında incelenmesi gereken tüm hususlar ‘hukuk politikası’ tabiriyle özetlenebilir. Kürsünün ilgi alanı, en genişten en dar siyasetin tüm anlamlarını içine alacak şekilde hukuk politikası olmalıdır.

Genel kamu hukukunun ihya edilmesi için atılması gereken bir adım varsa o da bu disiplinin politika perspektifiyle donatılmasıdır. Devletin geniş ve dar anlamlarda siyaset gözüyle okunması ve kritik edilmesi, bu disiplini bilim statüsüne yaklaştıracaktır. Somut devlete temas etmeden devleti açıklamaya çalışan genel kamu hukuku kürsülerinin böyle bir dönüşüme elverişli olduğu şüphelidir. Nitekim yukarıda genel kamu hukukunun özgün bir konusunun ve yönteminin olmadığı, el attığı her konunun başka bir disiplinin kapsamında kaldığı belirtilmişti. Şu halde, eğer genel kamu hukukunda reform mümkün olmayacaksa, önerimiz hukuk politikasının müstakil bir disiplin olarak tanınması ve geliştirilmesidir.

Adlandırma tartışmasını bir kenara bırakarak ihtiyacı tekrar tespit edelim: İhtiyaç, hukukun siyasiliğinin itiraf edilmesi ve hukukun bir siyaset olgusu olarak kritik edilmesidir. Adeta bir meta-hukuk boyutunun açılmasıdır. Söz konusu meta-hukuk disiplininin adı hukuk politikası olabilir.

Hukuk politikası disiplini, hukuk-siyaset ilişkisinin her boyutunu konu edinir. Disiplinin kapsamı hukuka dair her şeyi içine alacak kadar geniştir. Yöntemi ise hukuka dair her şeyi siyaset perspektifiyle okumaya dayanır. Geleneksel genel kamu hukuku konuları olarak kabul edilen devletin kökeni ve biçimi de insan haklarının teorisi ve pratiği de özünde siyaset etme olgularıdır. Bu konuların siyaset-sizmiş gibi incelenmesi hatadır; siyaset olgusu olarak incelenmesi zorunludur.

İnsan algısı, hukuk algısı, devlet algısı, hukukun aktüaliteyle ilişkisi, eğitim, kültür, kimlik gibi sayısız konu, hukuk politikası disiplininin ‘hukuku siyaset gözüyle okumak’ yöntemi ışığında önemli kaynak olacaktır. Hukuka dair her şeyin siyaset formasyonu ile okunması hukuki olguların doğru teşhis edilmesini sağlayacağından böyle bir bilim dalına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bilim dalının perspektifiyle verilecek dersler de hayati önemde olacaktır.

Siyasetin merkeze yerleştirilmesi sonucunda hukuk biliminin gündelik siyasete boğulması ve gündelik siyasetin sığlaştırıcı etkisine maruz kalması ihtimali akla gelebilir. Bu, genel kamu hukuku kürsüsünün hukuk politikasına dönüşümünde karşılaşılabilecek büyük risklerden biridir. Böyle bir durumda devletin ve hukukun daha iyi anlaşılması şöyle dursun eldeki şablonlar da bozulabilecektir. Daima perdenin arkasını araştıran, olguların özüne inmeye gayret eden, olaylara geniş açıdan



bakan, ideolojik eğilimin gerçeklik algısını bozacak düzeye varmasını engelleyen bir yaklaşımın bilim dalına egemen kılınmasıyla, araştırmacıların da bilimsel odaktan ve özenden vazgeçmemeleriyle bu tehlike bertaraf edilebilir.

III. FRANSA'DA DURUM

Bu makaleyi neredeyse tamamladığımız aşamada “Acaba mehz ulke olan Fransa’da Genel Kamu Hukuku ne durumda?” sorusu aklımıza düştü. Anglo-Sakson sisteminde bu adda bir disiplin olmadığı gibi genel kamu hukuku tabirinin kaynağı olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bile mevcut değildir. Hukuk sistemi Türkiye’yi etkileyen Almanya’da da ‘genel kamu hukuku’ (*allgemeines öf-fentliches recht*) şeklinde bir ıstılah bulunmamaktadır⁸⁰. Türkçeden tercüme olan bu ibareye Türk-Alman Üniversitesinin sayfasında⁸¹ rastlanmaktadır. İtalya’da ‘*dir-ritto pubblico generale*’ tabiri varsa da tabirin İtalya’dan Türkiye’ye geçtiğine dair herhangi bir ipucu yoktur. Haddizatında İtalya’da modern anlamda kamu hukuku kavramı, hukukçu ve siyasetçi Vittorio Emanuele Orlando’nun (1860-1952) çabalarıyla Alman ve Fransız literatürünün izinde geliştirilmiştir. Kısacası ‘genel kamu hukuku’ tabirinin 19. yüzyıl sonlarından itibaren ‘*droit public général*’ şeklinde Fransa’da kullanımda olduğuna ve Fransa’dan alındığına şüphe bulunmamaktadır.

Araştırmanın başında genel kamu hukukunun Türkiye’de olduğu gibi Fransa’da da bir akademik disiplin olduğu varsayımına sahiptik. Hipotezimiz, genel kamu hukukunun Türkiye’de yeterince verimli olmadığından ibaretti. Kapsam da Türkiye’yle sınırlıydı. Araştırmamızın derinleşmesiyle birlikte genel kamu hukukunun verimsizlikten öte bir problemle karşı karşıya olduğu kanaatine ulaştık ve Fransa ilgi alanımıza girdi. Hipotezimizi test etmek adına 16-23 Şubat 2023 tarihleri arasında Paris’te saha araştırması gerçekleştirdik. Aralarında Paris-Panthéon-Assas Üniversitesi, Paris-Panthéon-Sorbonne Üniversitesi, Sciences Po Üniversitesi ve Cujas Kütüphanesinin olduğu çok sayıda kurumu ziyaret ettik ve ilgililerle görüşmeler yaptık.

Bulgularımızı aktarmadan önce ‘genel kamu hukuku’ tabiriyle nelerin kastedilebileceğini tek tek belirtmemiz yararlı olacaktır. Genel kamu hukuku; a) bir ders

⁸⁰ Almanya’da ‘*Allgemeine Staatslehre*’ (Genel Devlet Teorisi) adlı bir disiplin vardır. Kuramsal bir saha olup anayasa, idare, vergi hukuku gibi meri kamu hukuku konularını içermemektedir. Türkiye’deki ‘genel kamu hukuku’ disiplininin adının Fransa’dan, içeriğininse Almanya’dan alındığı düşünülebilir mi? Bu düşünceyle kürsünün adıyla içeriği arasındaki kopukluk izah edilmiş olur mu? Bilmiyoruz. Fransa’da da Genel Devlet Teorisi (*Théorie générale de l’État*) ve Siyasi Düşünceler Tarihi (*Histoire des idées politiques*) konularının olduğunun hatırlatalım. Fakat bunların, aşağıda izah edileceği üzere, Fransa’daki genel kamu hukuku (*droit public général*) tabiriyle ilgisi yoktur. Zira Türkiye’dekinin aksine Fransa’da ‘genel kamu hukuku’ bir akademik kürsünün ya da bilimsel disiplinin adı değildir. ‘Kamu hukukunun dallarına ve konularına ilişkin genel bilgi’ demektir.

⁸¹ Türk-Alman Üniversitesi (Türkisch-Deutsche Universität) <<https://hukuk.tau.edu.tr/%C3%B6ffentliches-recht>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

adı, b) bir kitap adı, c) bir diploma programı, d) bir bilim dalı, e) bir akademik birim olabilir. Makalemiz açısından en önemli soru, genel kamu hukukunun bir bilim dalı, diğer bir ifadeyle bir akademik disiplin ve potansiyel olarak da bir kürsü olup olmadığıdır.

Saha araştırmamız neticesinde son derece net bir sonuca ulaştık: Fransa’da ‘Genel Kamu Hukuku’ (*Droit Public Général*) adında bir bilim dalı, akademik disiplin ya da kürsü bulunmamaktadır. Fransa’da ‘*droit public général*’ tabiri vardır fakat bu tabir Türkiye’deki gibi bir bilim dalını veya disiplini ifade etmemektedir.

Fransa’da ‘*droit public général*’ başlıklı kitaplar vardır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bunların en eskilerinden biri Barckhausen tarafından kaleme alınan ‘*Introduction à l’étude du Droit Public Général Français*’ isimli eserdir⁸². Eser ‘*Du droit*’ bölümü ile başlamakta, burada hukukun tanımı, içeriği ve doğası anlatılmaktadır. İkinci bölüm olan ‘*Du droit public général*’de ise kamu hukukunun genel özelliklerine yer verilmektedir. Son başlık olan ‘*Du droit public général de la France*’ da ise kamu hukukunun Fransa’daki durumuna kısaca yer verilmektedir. Alanda yazılmış önemli eserlerden bir diğeri ise ilk baskısı 1926 yılında yapılan, yeniden baskısını inceleme imkanı bulduğumuz, Duguit tarafından kaleme alınan ‘*Leçons de Droit Public Général*’ isimli eserdir⁸³. Duguit eserine sosyal bilimler, konuları, metotları başlığıyla başlamış ve objektif hukuk – subjektif hukuk, hukuki düzenlemenin unsurları, hukuki tasarruf, hukukun öznesi, devletin metafizikliğinin imkansızlığı, devletin görevleri, yetkiler ayrılığı, kamu görevlileri, yetkinin sınırlandırılması ve meşruiyet gibi konulara yer vermiştir. İnceleme imkanı bulduğumuz bir diğer eski tarihli eser Combothecra tarafından kaleme alınan ‘*Droit Public Général*’dir⁸⁴. Eser, *Droit en général* (genel olarak hukuk), *Sources du droit public* (kamu hukukunun kaynakları), *Conception de l’État* (devlet kavramı), *Souveraineté* (egemenlik), *Concepts étatiques* (devlet kavramları), *Agglomérats étatiques*, *Analyse et synthèse de l’État* (devlet birleşimleri, devletin analizi ve sentezi), *Droit Constitutionnel* (anayasa hukuku) gibi pek çok alt başlıktan oluşmaktadır.

Fransa hukuk literatüründe yukarıda bahsedilen eski tarihli eserlerin dışında *Droit Public Général* isimli pek çok eser bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, Villiers⁸⁵, Etien⁸⁶, Berranger ve Villiers⁸⁷, Habchi, François ve Séverine⁸⁸ tarafından kaleme alınmış kitaplar gösterilebilir. Kitaplar genel anlamda idare hukuku, idari teşkilat, kamu maliyesi ve Avrupa Birliği hukuku konularını kapsayacak şekilde

⁸² Henri Barckhausen, *Introduction à l’étude du Droit Public Général Français* (Librairie Cotillon 1894).

⁸³ Léon Duguit, *Leçons Droit Public Général* (La Mémoire du Droit 2000).

⁸⁴ Xénocrate Spiridon Combothecra, *Droit Public Général* (Librairie Recueil Sirey 1928).

⁸⁵ Michel de Villiers, *Droit Public Général* (Lexis Nexis 2006).

⁸⁶ Robert Etien, *Droit Public Général* (Fourcher 2012).

⁸⁷ Thibaut de Berranger ve Michel de Villiers, *Droit Public Général* (Lexis Nexis 2020).

⁸⁸ Hadi Habchi vd., *Droit Public Général* (Ellipses 2020).



düzenlenmiştir. Bunların her biri kamu hukukunun dallarını genel olarak tanıtan pozitif hukuk kitabıdır.

Zikredilen kitaplar arasında bu ortak noktanın yanında kapsam yönünden bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin bazı eserlerde idare hukuku odak noktası olarak belirlenip çok daha ayrıntılı ve kapsamlı bir şekilde ele alınıyorken⁸⁹, bazılarında kamu hukuku konuları daha dengeli bir şekilde işlenmiştir⁹⁰. Her halükarda bu kitaplar genel anlamda birer kamu hukuku kitabıdır. Türkiye’deki genel kamu hukuku kitapları gibi devlet teorisinden veya insan haklarından ibaret değildir. Aksine, pek çok kitapta bu iki konuya hemen hiç yer verilmemiştir. Yürürlükteki kamu hukukunun konularını özetleyen kitaplar oldukları için ‘genel kamu hukuku’ şeklinde adlandırılmışlardır. Fransa’da ‘genel kamu hukuku’; kamu hukukunun ana hatlarını ortaya koyan ve anayasa hukuku, idare hukuku, mali hukuk gibi başlıklarını özetleyen kitapların adıdır. Bu kitapların bazısının genel ilkeleri öne çıkaran ders kitapları, bazısının ise kamu personeli sınavlarına hazırlık kitabı olduğu dikkat çekmektedir.

Fransa’da bu şekilde var olan ‘genel kamu hukuku’ tabirinden bir bilimsel disiplin çıkarılması mümkün değildir. Aynı genel inceleme mantığıyla hazırlanmış ‘Genel Ceza Hukuku’ (*Droit Pénal Général*)⁹¹ ve Genel Usul Hukuku (*Droit Processuel Général*)⁹² gibi kitaplar da bulunmaktadır. ‘Genel Kamu Hukuku’ başlıklı kitapların olması genel kamu hukukunun bir bilim dalı olduğu anlamına gelmemektedir.

Genel kamu hukukunun bir diğer kullanımı ise yüksek lisans programlarıdır. Örneğin, Université de Strasbourg⁹³, Université Toulouse Capitole⁹⁴ ve Université de Rennes⁹⁵ bünyesinde *Droit Public Général* adlı yüksek lisans programları bulunmaktadır. Fakat bu kullanımdan da bir bilim dalı çıkarmak mümkün değildir. Benzer bir adlandırmayla Genel Özel Hukuk (*Droit Privé Général*)⁹⁶ yüksek lisans programları da bulunmaktadır. Bunlar Türkiye’deki kamu hukuku ve özel hukuk

⁸⁹ Habchi vd. (n 88).

⁹⁰ Berranger ve Villiers (n 87).

⁹¹ Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général* (Dalloz 2021).

⁹² Emmanuel Jeuland, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).

⁹³ Université de Strasbourg <<https://droit.unistra.fr/formation/diplomes-detat/master/mentions-et-parcours-masters/droit-public/droit-public-general/#data-rof-tab-cours>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

⁹⁴ Université Toulouse Capitole <<https://www.ut-capitole.fr/accueil/formations/nos-diplomes/masters/master-mention-droit-public-parcours-type-droit-public-general>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

⁹⁵ Université de Rennes <<https://droit.univ-rennes.fr/master-2-droit-public-general#p-846>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

⁹⁶ Université Paris-Panthéon-Assas <<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/master-droit-privé-parcours-droit-privé-general>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

programlarına denk gelmektedir. ‘Genel Kamu Hukuku’ şeklinde bir akademik disiplinin var olduğu anlamına gelmemektedir.

Burada akla şöyle bir soru gelebilir: Peki Türkiye’de genel kamu hukuku konusu gibi anlatılan Devlet Teorisi ve İnsan Hakları derslerinin Fransa’daki pozisyonu nedir? Fransa’da bu iki konu lisans eğitiminde öncelikle Anayasa Hukuku kapsamında anlatılmakta, lisansüstü programlarda ise müstakil dersler şeklinde sunulabilmektedir. Bu durum yukarıdaki iki iddiamızı destekler mahiyettedir: Birincisi, Türkiye’ye has bir icat olan genel kamu hukuku disiplininin özgün bir konusunun olmadığı, diğer mevcut ve müstakil disiplinlerin sahalarına uzandığıdır. İkincisi ise Türkiye’de anayasa hukukunun fazla teknik, dogmatik ve yüzeysel ele alındığıdır.

Araştırmamızın bir diğer bulgusu ise gerek Fransa’da genel kamu hukuku bilim dalının olmadığı göstermesi gerekse bu makalenin “Hukuk Politikası kürsüsü kurulması” önerisini desteklemesi bakımından hayli ilginçtir.

Bilindiği üzere Türkiye’de hukuk alanında doktora dereceleri kamu hukuku ya da özel hukuk adıyla verilir. Doçentlikte ise 2016 Nisan dönemine kadar genel olarak Hukuk doçentliği başvurusu yapılırken 2016 Aralık döneminden itibaren hukuk fakültelerindeki anabilim dallarını andırır şekilde anayasa hukuku, medeni hukuk, deniz hukuku gibi bilim alanları doğrudan başvuruya açılmıştır. Kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde başvuru alanları mevcut değildir.

Fransa’da ise hukukta akademik uzmanlık alanları profesörlük sınavlarıyla (*agrégations de droit*) belirlenmiştir. Profesörlüğün altında akademik derece olarak doçentlik değil doktora vardır ve o da aynı taksonomiye tabidir. Fransa’da hukuk kümesindeki uzmanlık alanları şunlardır⁹⁷:

- *droit privé et sciences criminelles* (Özel Hukuk ve Suç Bilimleri)
- *droit public* (Kamu Hukuku)
- *histoire du droit et des institutions* (Hukuk ve Kurumlar Tarihi)
- *science politique* (Siyaset Bilimi)

Bu kümelendirmeden iki önemli sonuç çıkarabiliriz. Birincisi, Fransa’da ‘Genel Kamu Hukuku’ diye bir bilim alanı mevcut olmadığı gibi anayasa hukuku, idare hukuku, mali hukuk bile doğrudan uzmanlık ve unvan alanı değildir. Kamu hukuku alanında profesörlük sınavına giren kişi sayılan alanlardan birine yoğunlaşabilmektedir. Fakat bu durum ona spesifik bir unvan bahsetmemektedir. Kişi kamu hukuku doktoru, kamu hukuku profesörü olmaktadır. Bu bakımdan her kamu hukuku profesörünün genel anlamda kamu hukuku profesörü olduğu söylenebilir. Fakat bu manadaki genel kamu hukukunun Türkiye’deki kullanımla ilgisi yoktur.

Bir diğer önemli sonuç ise, makalemizde özgün bir düşünceyle öne sürdüğümüz çözümü destekler mahiyette, Fransa’da siyaset biliminin hukukla iç içe

⁹⁷ Wikipedia, ‘Agrégations de droit en France’ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Agrégations_de_droit_en_France> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).



bir bilim dalı olarak görülmesidir. Siyaset Bilimi uzmanlığının hukuk sahasında görülmesine ilaveten, kamu hukukunda profesörlüğe başvuran adayın tema seçenekleri arasında ‘Anayasa Hukuku, Siyasal Kurumlar ve Siyasal Hayat’ (*Droit constitutionnel, institutions politiques et vie politique*) ve ‘Siyasal Düşünceler Tarihi’ (*Histoire des idées politiques*) de sayılmaktadır⁹⁸. Türkiye’de ‘Siyasal Hayat ve Kurumlar’ ile ‘Siyasal Düşünceler’ Sosyal, Beşeri ve İdari Bilimler temel alanı bünyesinde görülürken⁹⁹ Fransa’da bunların ilki direkt Anayasa Hukuku ile birlikte anılmaktadır ve her ikisi de hukuk alanına dahildir. Hukuk ile siyasetin iç içe olduğu gerçeği Fransa’da hukuk profesörlüğünde bu şekilde karşılık bulmaktadır.

Bu anlayışın en üst akademik derece olan profesörlüğe has olduğu zannedilmemelidir. Sorbonne’dan ayrılarak hukuk ağırlıklı müstakil bir üniversite hüviyetini almış olan Assas’ta hukuk bölümleri üç tanedir: Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve Siyaset Bilimi, Roma Hukuku ve Hukuk Tarihi¹⁰⁰. Hukuk ile siyaset bilimi aynı fakültenin ve aynı departmanın çatısı altındadır. Bir diğer örnek de şudur: Sorbonne Hukuk Fakültesinde lisans eğitiminin ilk semestrinde üç zorunlu ders vardır: Anayasa Hukuku, Özel Hukuka Giriş, Günümüz Dünyasının Büyük Siyasi Problemleri (*Grands problèmes politiques du monde contemporain*)¹⁰¹. Kısacası, hukukun siyasetle ve siyaset bilimi ile iç içe olduğu fikri Fransa’da genel kabule mazhurdur ve bu pek tabii kabul gerek eğitim-öğretim gerekse akademik kariyer süreçlerinde belirleyicidir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki ‘genel kamu hukuku’ teriminin kökeni Fransa’dır fakat kavramın Türkiye’deki kullanımı ile Fransa’daki kullanımı birbirinden zıtlık derecesinde farklıdır. Fransa’da genel kelimesi genel anlamda kullanılmaktadır. Herhangi bir ıstilahe öneme sahip değildir. Türkiye’de ise, aksine, genel kelimesine özel ve ıstilahe bir anlam yüklenmiştir. Türkiye’de genel kamu hukukunun müstakil bir disipline dönüştürülmesi muhtemelen bir yanlış anlamadır. Kavramın kaynağı Fransa’dır fakat Fransa’da böyle bir disiplin yoktur. Kendine has bir konusu ve yöntemi olmayan genel kamu hukukunun bir bilim dalı olarak görülmesi Türkiye’ye has bir zorlamadan ibarettir.

Türkiye’de icat ve ihdas edildiği haliyle genel kamu hukuku disiplini, devleti odağına koyar görünmek fakat devletin özü olan siyaset olgusuna eğilmemekle bir başka problemin varlığını günışığına çıkarmaktadır: Hukuk ile siyaset ilişkisinin

⁹⁸ Wikipedia, ‘Agrégation de droit public’ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Agrégation_de_droit_public> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

⁹⁹ Üniversitelerarası Kurul <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo11_2023M_24022023.pdf> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

¹⁰⁰ Université Paris-Panthéon-Assas <<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/formations-en-droit>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

¹⁰¹ Université Paris-Panthéon-Sorbonne <<https://formations.panthéonsorbonne.fr/fr/catalogue-des-formations/licence-L/licence-droit-KBT8CDAC/licence-droit-KBT8MN4X.html>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Türk hukuk öğretiminde bilim dışılık seviyesinde göz ardı edilmesi. Bu da yine Türkiye'ye özgü bir icat olsa gerektir zira pek çok doktriner kabulün mehz ülkesi olan Fransa'da hukuk ile siyaset ilişkisi hukuk eğitiminin en başından akademik kariyerin zirvesi olan profesörlüğe kadar her aşamada kendine yer bulmaktadır.

SONUÇ

Günümüzde bazı hukuk fakültelerinde genel kamu hukuku kürsüsünün ve derslerinin hiç bulunmaması, daha geniş planda da disiplinin yeterince derin ve dinamik olmaması gerçeği karşısında genel kamu hukuku alanında çalışanların özeleştirisi içinde olmaları gerekir. Esasında genel kamu hukukçuları arasında disipline dair özeleştirimler öteden beri mevcuttur. Lakin özeleştirimler ekseriyetle dersin adına yönelik olmuştur. Kürsünün misyonunu veya varlığını sorgulama noktasına varmamıştır.

Genel kamu hukuku, kamu hukuku – özel hukuk şeklindeki yapay, sorunlu ve gittikçe demodeleşen bir ayırım temelinde kurgulanmıştır. Üstelik kamu hukukunun genelini konu edinmemekte, geleneksel olarak sadece devleti, devletin de reel ve somut yönlerini değil, nazari yönünü konu edinmektedir. Bu kadar dar ve soyut bir kapsama sıkışmış olan genel kamu hukuku, devletlerin insan haklarını gözetmeye başlamasıyla küçük bir açılım yaşamıştır. Fakat gerek eski dar kapsam gerekse yeni kapsam açısından genel kamu hukukunun özgün bir konusu, amacı ve yöntemi yoktur. Genel kamu hukukunda incelenen her bir konu; anayasa hukuku, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi gibi alanlara aittir. Genel kamu hukukunun etkisi bu nedenle kısıtlı kalmıştır.

Genel kamu hukuku devlete odaklanmış bir disiplin olarak güçlü bir statüye erişebilirdi. Fakat bunun için devletin tüm yönleriyle ve cesaretle ele alınması gerekirdi. En başta reel ve somut devletlerin inceleme konusu yapılması gerekirdi ki bu gereklilik genel kamu hukuku kürsülerinde neredeyse hiç karşılanmamış, adeta kasten göz ardı edilmiştir. Bir diğer gereklilik ise devletin bir siyaset olgusu olarak tanımlanmasının akabinde günümüzde devlet normlarına indirgenmiş olan hukukun da siyasetin uzanımı olarak okunmasıdır. Genel kamu hukukunda siyasi/politik perspektif benimsenir ve yöntemli hale getirilebilirse kürsünün hukuk bilimi içinde vazgeçilmez bir konumu ve hukuk nosyonuna ciddi katkıları olabilir ki hukuk fakültelerinde siyaset ile hukuk ilişkisini derinlemesine araştırma potansiyeli en yüksek olan kürsü esasında genel kamu hukuku kürsüsüdür. İhtiyaç; teorisinden pratiğine, daha doğrusu her açıdan ve her noktasında hukukun politika bilimi ışığında incelenmesidir. Hukukta politika farkındalığının hem cari hem de bilimsel olmasıdır. Apolitik bir devlet okumasına sıkışmış olan genel kamu hukuku disiplini akademik olarak silikleşmiş, dogmatik hukukun emrinde ve gölgesinde, bilimsel açıdan etkisiz, belki de sakıncalı bir uğraşa dönüşmüştür. Genel kamu hukukunun kapsamlı bir şekilde kritik edilmesiyle tıkanıklığın aşılması ve vazgeçilmez önemde bir disiplin haline getirilmesi mümkündür.



Genel kamu hukuku mevcut hal üzere çerçvelendiğı, hukuku ve devleti doğuran siyaset olgusuna layıkıyla eğilmediğı sürece anlamlı olamaz. Fransa’da gerçekleştirildiğimiz saha araştırmasıyla netleştiğı üzere, genel kamu hukuku tarihsel olarak bir bilim dalı değildir. Türkiye bağlamında adıyla muhtevası uyumsuz olan, özgün bir konusu ve yöntemi olmayan, fakat her nasılsa müstakil bir akademik alan addedilen genel kamu hukuku bahsettiğimiz yönde bir dönüşüme zorlanmalı mıdır? Belki de genel kamu hukuku disiplini dönüştürmeye çalışmak yerine ‘Hukuk Politikası’ adında yeni bir disiplin ihdas etmek ve hukukun siyasetle ilişkili her nüansını bu kürsünün çatısı altında bilimsel tutumla araştırmak ve işlemek en doğru çözümdür.

KAYNAKÇA

- Abadan Y, ‘Amme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu’ (1965) 20(2) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi* 399-417.
- Abadan Y, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri* (Güne Matbaacılık ve Gazetecilik 1952).
- Akad M, Vural Dinçkol B ve Bulut N, *Genel Kamu Hukuku* (Der Yayınları 2021).
- Akbay M, *Umumi Amme Hukuku Dersleri* (Ajans Türk Matbaası 1961).
- Akın İ, *Kamu Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1979).
- Akkaya Kia R, ‘Darülfünun’dan 1933 Üniversite Reformuna; Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye Derslerinden Hukuk-ı Amme Derslerine Dönüşüm ve Genel Kamu Hukuku Dersinin Geçmişine Dair Notlar- I’ *Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan* (Der Yayınları 2012).
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Aybay R, *Genel Kamu Hukuku: 18-20. Yüzyıllarda Devlet – Kuramlar ve Uygulamalar* (Der Yayınları 2020).
- Balı A Ş, *Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları* (Çizgi Kitabevi 2005).
- Barckhausen H, *Introduction à l’étude du Droit Public Général Français* (Librairie Cotillon 1894).
- Berranger T D ve Villiers M D, *Droit Public Général* (Lexis Nexis 2020).
- Boulloc B, *Droit Pénal Général* (Dalloz 2021).
- Combothecra X S, *Droit Public Général* (Librairie Recueil Sirey 1928).
- Crozat C, *Amme Hukuku Dersleri* (Çev. Orhan Arsal, İstanbul Cumhuriyet Matbaası 1938).
- Doehring K, *Genel Devlet Kuramı* (Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayınevi 2019).

- Duguit L, *Leçons Droit Public Général* (La Mémoire du Droit 2000).
- Ergül E, *İlk Çağ'dan Günümüze Karşılaştırmalı Devlet Teorisi* (Adalet Yayınevi 2021).
- Erim N, *Amme Hukuku Dersleri* (Bilinmeyen Yayınevi 1942).
- Etien R, *Droit Public Général* (Fourcher 2012).
- Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (Beta Yayınları 2020).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Ekin Yayınevi 2020).
- Gözler K, *Devletin Genel Teorisi* (Ekin Yayınevi 2017).
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınevi 2020).
- Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2011).
- Habchi H, François B ve Séverine D S, *Droit Public Général* (Ellipses 2022).
- Jeuland E, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).
- Kapani M, *Politika Bilimine Giriş* (Serbest Akademi 2020).
- Kelsen H, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap 2016).
- Kemal Paşazade S, *Hukuk-ı Siyasiye-i Osmaniye* (Garam Matbaası 1329).
- Köse H M, 'Siyaset' (TDV İslâm Ansiklopedisi) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/siyaset>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).
- Nişanyan S, 'Politika' (Nişanyan Sözlük) <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/politika>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).
- Okandan R G, 'Eser Tahlil ve Tenkidleri' (1949) 8(2-3) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 800-811.
- Okandan R G, *Amme Hukukumuzun Anahatları* (Fakülteler Matbaası 1968).
- Özdemir A M, Saygılı A, Zabunoğlu H G, Akyıldız N, Ketizmen M, Demirli A, Aykut E, Türkoğlu Karacaova E N, Uğurlu G ve Şahin O G, *Genel Kamu Hukuku: Kuramsal Yaklaşım* (İmge Kitabevi 2019).
- Özen Ş, 'İstislâh' (TDV İslâm Ansiklopedisi) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/istislah>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).
- TDK, 'Politika' (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).
- TDK, 'Siyaset' (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi 25 Eylül 2023).

Türk-Alman Üniversitesi (Türkisch-Deutsche Universität) <<https://hukuk.tau.edu.tr/%C3%B6ffentliches-recht>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université de Rennes <<https://droit.univ-rennes.fr/master-2-droit-public-general#p-846>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université de Strasbourg <<https://droit.unistra.fr/formation/diplomes-detat/master/mentions-et-parcours-masters/droit-public/droit-public-general/#data-rof-tab-cours>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université Paris-Panthéon-Assas <<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/master-droit-prive-parcours-droit-prive-general>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université Paris-Panthéon-Assas <<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/formations-en-droit>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université Paris-Panthéon-Sorbonne <<https://formations.pantheonsorbonne.fr/fr/catalogue-des-formationen/licence-L/licence-droit-KBT8CDAC/licence-droit-KBT8MN4X.html>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Université Toulouse Capitole <<https://www.ut-capitole.fr/accueil/formations/nos-diplomes/masters/master-mention-droit-public-parcours-type-droit-public-general>> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Uygun O, *Devlet Teorisi* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Üniversitelerarası Kurul <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo11_2023M_24022023.pdf> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Villiers M, *Droit Public Général* (Lexis Nexis 2006).

Wikipedia, ‘Agrégation de droit public’ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Agrégation_de_droit_public> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Wikipedia, ‘Agréations de droit en France’ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Agréations_de_droit_en_France> (Erişim Tarihi 4 Nisan 2023).

Zabunoğlu Y K, *Devlet Kuramına Giriş* (İmaj Kitabevi 2015).

ÜST VE EŞYA ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Constitutionality of the Legislation About Body and Belongings Search

Ahmet KILIÇ*

Özet

Anayasa m. 20'de kişinin üstünün ve eşyalarının aranabilmesi için hâkim kararının veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu şart için söz konusu maddede bir istisna öngörülmemiştir. Buna rağmen kanun ve yönetmeliklerde arama için hâkim kararının veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin gerekli olmadığı hâller düzenlenmektedir. Ayrıca saklı bir şeyi bulmayı amaçlayan bazı yüzeysel işlemlerin arama işlemi olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Bu noktada söz konusu hâllerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda öncelikle üst ve eşya aramasının kapsamı tespit edilmiş, ardından ilgili hükümlerin Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkan tanıyan çeşitli hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca Anayasa m. 20/2'nin yerindeliği irdelenerek bu hükmün değiştirilmesi gerektiği savunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Arama, Kaba Üst Araması, Normlar Hiyerarşisi, Orantılılık.

Abstract

Article 20 of the Constitution of The Republic of Türkiye stipulates a judge's decision or a written order of an agency authorized by law to search a person's body and belongings. There is no exception specified in the article. However, there are some laws and regulations that allow body or belongings search without a judge's decision or a written order. In addition, it is a matter of debate whether some superficial methods aimed at finding something hidden are a search. At this point, the question of whether these regulations are constitutional arises. In our study, firstly, the scope of body and belongings search is determined, and then the constitutionality of the relevant provisions is evaluated. As a result of this evaluation, it is concluded that various provisions allowing body or belongings searches without a judge's decision or a written order of the authority authorized by law are unconstitutional. In addition, expediency of Article 20/2 of the Constitution is examined in the study, and it is argued that the article should be changed.

Keywords: Search, Superficial Body Search, Hierarchy of Norms, Proportionality.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.08.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Arş. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, a.kilic@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4774-4985>.

GİRİŞ

Arama, saklı birini veya bir şeyi bulmak için yapılan araştırma ve yoklama faaliyetidir. Bu faaliyet, canlı veya cansız araçlar kullanılarak icra edilebilir. Bu nedenle dedektör veya köpekle yapılan inceleme de arama niteliğini haiz olabilir¹. Ancak; açığındaki bir şeyin alınması veya tespit edilmesi arama olarak değerlendirilemez². Çeşitli şekillerde tasniflendirilen arama, temel olarak adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılır³. Adli arama, suç şüphesi altında bulunan kişinin yakalanması ve bir delilin ya da müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla bir kimsenin üzerinde veya çeşitli yerlerde yapılan araştırma işlemidir⁴. Suç iddiasıyla bağlantılı olan adli arama, bir koruma tedbiridir ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁵ m. 116 ve devamında düzenlenmektedir. Önleme araması (idari arama), suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yine bir kimsenin üzerinde veya çeşitli yerlerde yapılan aramayı ifade eder⁶. Önleme aramasına ilişkin esas düzenleme ise Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK)⁷ m. 9'da yer almaktadır.

Yapıldığı yere göre aramayı; üstte, eşyada, konutta ve benzeri şekilde alt başlıklara ayırmak mümkündür. Çalışmamızda üst ve eşya aramasıyla sınırlı değerlendirme yapılacaktır. Üstte arama; kişinin giymekte olduğu elbisenin üzerinde veya altında, ciltte ya da doğal vücut boşluklarında tıbbi araç kullanılmaksızın yapılan gizli bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir⁸. Bu işlemin sınırını beden muayenesi oluşturur. Kişinin üzerinde yapılan araştırma işlemi iç veya dış beden muayenesi boyutuna varamaz⁹. Bu tür bir incelemeye ihtiyaç duyulması

¹ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 430; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* Cilt II (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 843; Muhammed Demirel, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama' (2021) 16(45) *Ceza Hukuku Dergisi* 33, 38.

² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 295; Ünver ve Hakeri (n 1) 843.

³ Bu ayrımın aramanın amacına dayandığı ifade edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 299; Demirel (n 1) 38. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 5'te adli aramanın, m. 19'da ise önleme aramasının amaçlarına yer verilmiştir. Ayrıca bu ayrımın aramanın hukuki niteliğini de ortaya koyduğu ifade edilmelidir. (Resmî Gazete: 01.06.2005 tarih ve 25832 sayı.)

⁴ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 341; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 506.

⁵ Resmî Gazete: 17.12.2004 tarih ve 25673 sayı.

⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 455.

⁷ Resmî Gazete: 14.07.1934 tarih ve 2751 sayı.

⁸ Murat Önok, 'Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar' iç Nur Centel (ed) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 266; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 687; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 437; Şahin ve Göktürk (n 4) 343; Demirel (n 1) 62.

⁹ Serap Keskin-Kızıroğlu, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 139, 146; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı,

hâlinde beden muayenesine ilişkin hükümlere başvurulması gerekir. Ancak cinsel organlar ve anüs bölgesi de dahil olmak üzere kişinin çıplak vücudunda muayene boyutuna varmamak şartıyla üst araması yapılabilir¹⁰.

Eşyada arama, giyilmemiş kıyafetler de dahil olmak üzere, kişinin zilyetliğinde bulunan her türlü taşınabilir malda yapılan gizli bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir¹¹. Çantada veya otomobilde yapılan arama, eşyada aramaya örnek teşkil eder. Ancak ilgili eşyanın konutta veya işyerinde olması hâlinde konutta veya işyerinde aramaya ilişkin hükümler uygulanır¹².

Çalışmamızda cevabını aradığımız temel soru bakımından önem arz eden husus, aramanın ne şekilde alt başlıklara ayrıldığından ziyade hangi işlemlerin arama olarak nitelendirileceğidir. Zira hukuki niteliğe göre yapılan ayırım, önleme araması-adli arama ayırımıdır ve aramanın bu iki görünüm biçimi de Anayasa¹³ m. 20'nin kapsamına dâhildir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa m. 20 için "*sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir*" değerlendirmesini yapmıştır¹⁴. Yine Anayasa Mahkemesi, önleme aramasına ilişkin bir hükmün Anayasa m. 20 ile çeliştiğinden bahisle iptaline karar vermiş ve Anayasa m. 20'nin önleme aramasını da kapsadığını kabul etmiştir¹⁵.

Tartışılması gereken esas konu, yüzeysel işlemlerin arama kapsamında olup olmadığıdır. Bu husustaki kanuni düzenlemelerin başında CMK m. 90/4'teki¹⁶ yakalanan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alma işlemi ile PVSK m. 4/A/6'daki elbisenin çıkarılması veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenmeksizin kişinin kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alma işlemi gelir. CMK m. 90/4'teki hükmün ne şekilde icra edileceği AÖAY m. 8/1-b'de¹⁷ düzenlenmiştir. PVSK m. 4/A/6'nın ne şekilde icra edileceği ise AÖAY

Seçkin Yayıncılık 2022) 155.

¹⁰ Çiler Damla Bayraktar, 'Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar' (2021) (67) Adalet Dergisi 205, 209; Berrin Akbulut, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83, 95; Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)' Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008) 1036. Aksi yönde görüş için bkz. Demirel (n 1) 62.

¹¹ Yeşim Yılmaz, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247, 277; Şahin ve Göktürk (n 4) 343.

¹² Öztürk vd. (n 4) 502; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 513; Demirel (n 1) 65.

¹³ Resmi Gazete: 09.11.1982 tarih ve 17863 sayı.

¹⁴ AYM, 27.07.2006, E. 2003/29, K. 2006/24.

¹⁵ AYM, 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98.

¹⁶ Aynı yönde bir hüküm PVSK m. 13/3'te de yer almaktadır.

¹⁷ AÖAY m. 8 şu şekildedir: "Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:
b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan

m. 27'de yer almaktadır. Buna göre durdurulan kişi üzerinde yoklama biçiminde kontrol yapılacaktır. Belli hâllerde ise yoklamanın daha ayrıntılı bir aramaya dönüştürülmesi mümkündür. Örneğin, kişinin üzerinde silah veya uyuşturucu madde olduğundan şüphelenildiği hâllerde yüzeysel aramanın derinleştirilebileceği kabul edilmiştir (AÖAY m. 27/6-a-f).

Doktrinde, söz konusu yüzeysel işlemlerden en azından birinin arama işlemi niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir¹⁸. Bu görüş, yüzeysel işlemlerin belli bir ağırlığa ulaşmadığı gerekçesine dayanır. Yargıtayın da katıldığı bu görüşe göre yakalanan kişinin üzerinde CMK m. 90/4 gereği kaba üst araması yapılabilir ve yoklama biçimindeki bu işlem arama niteliğinde değildir¹⁹. Yine Yargıtay, PVSK m. 4/A'ya göre yoklama biçiminde önleyici tedbire başvurulabileceğini ancak bunun da arama niteliğinde olmadığını ifade etmektedir²⁰. Anayasa Mahkemesi de kaba arama, yoklama, sıvazlama veya elle kontrol işlemlerinin arama niteliğinde olmadığını; bu işlemlerin amaç, kapsam ve süre itibarıyla aramaya göre daha sınırlı bir uygulanmaya imkân tanıyan tedbirler olduğunu kabul etmektedir²¹. Kanaatimizce ise bu işlemler arama niteliğindedir²². Arama, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına müdahale eder. Aynı şeyi ifade ettiğini düşündüğümüz kaba üst araması, yoklama ve sıvazlama faaliyetleri²³ kişinin üzerinde olabileceği düşünülen gizli bir şeyi bulmayı amaçlar. Özellikle yüzeysel inceleme esnasında

yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında". Benzer bir düzenleme Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6/2'de yer almaktadır: "Yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır".

¹⁸ Cumhuriyet Şahin, 'Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' Yargıtay Dergisi (2018) 44(3) 433, 437-443; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2010) 1054; Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 859; Gülsün Ayhan Aygörmüş, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 203; Ünver ve Hakeri (n 1) 843; Önok (n 8) 261; Demirel (n 1) 37.

¹⁹ Yargıtay CGK, 25.09.2018, E. 2016/569, K. 2018/376; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/380, K. 2019/52.

²⁰ Yargıtay CGK, 25.09.2018, E. 2016/569, K. 2018/376; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/380, K. 2019/52.

²¹ AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86, § 80; AYM, 22.03.2023, E.2020/59, K.2023/53, § 127 vd.

²² Aynı yönde bkz. Hakan Serdar Çöpoğlu, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi' (2019) 77(1) Ankara Barosu Dergisi 155, 195 vd.

²³ Yönetmeliklerde yer alan kaba üst araması ifadesinin aramaya ilişkin kanuni düzenlemelerin dolandırılması anlamına geldiğini, kişinin üstünün kontrolünün zorunlu olduğu haller için yoklama ifadesine yer verilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 237. Bu görüş, yoklamanın arama niteliğinde olmadığını kabul etmektedir. Yine kıyafetlerin sıvazlanarak silah kontrolü yapılmasının arama niteliğinde olmadığını savunan benzer yöndeki görüş için bkz. Demirel (n 1) 37.

şüpheli bir durumla karşılaşılması incelemenin derinleştirilmesini gerektirmektedir. Bu durum yönetmelikte de hüküm altına alınmıştır (AÖAY m. 27/6-a-f). Dolayısıyla yüzeysel işlemler ile ayrıntılı arama arasında amaç birliği olduğu söylenebilir. Ayrıca her ne kadar muhatabın kıyafetlerini çıkarması istenemeyecek olsa da ayrıntılı bir arama ile yüzeysel arama arasına kesin bir sınır çizilemez²⁴. Örneğin, muhatabın üzerinde tabanca gibi büyük bir eşyanın arandığı hâllerde yüzeysel arama ile ayrıntılı arama arasında bir farkın olmadığı söylenebilir. Yine silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu ile ilgili yeterli şüpheye dayanması gereken PVSŞ m. 4/A gereği yapılan yoklama işlemi sonucunda kişinin üzerinde ve poşet içinde az miktarda uyuşturucu madde bulunması, Yargıtay tarafından hukuka uygun kabul edilmektedir²⁵. Bu kabul, söz konusu yüzeysel yöntemler ile ayrıntılı arama arasındaki sınırı belirsiz hâle getirmektedir²⁶. Zira ayrıntılı arama ile elde edilebilecek delil de bundan ibarettir. Kolluğun ayrıntılı bir aramayı kaba üst araması olarak belgelendirmesi de mümkündür. Dolayısıyla kişi üzerinde icra edilen araştırma faaliyeti yüzeysel bile olsa özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eder. Bu nedenlerle söz konusu faaliyetlerin arama olarak kabul edilmesi ve bu faaliyetler bakımından da Anayasa m. 20/2’de arama için öngörülen şartların sağlanması gerekir²⁷. Bu açıklamalar, yüzeysel işlemlerin eşyaya yönelik olduğu hâller için de geçerlidir. Yine buradan hareketle aramanın yüzeysel arama (kaba arama, yoklama) ve ayrıntılı arama şeklinde ikiye ayrıldığı, aramaya ilişkin genel düzenlemelerin her iki işlemi de kapsadığı söylenebilir.

I. ANAYASA M. 20’YE GÖRE ARAMA

Soyut ve genel nitelikte olmayan Anayasa m. 20²⁸, bir anayasa hükmünde olması gereken ayrıntıları içermektedir. Adeta bir CMK hükmü olan bu düzenleme,

²⁴ Kaba üst aramasının ayrıntılı üst aramasından nasıl ayrılacağı hususunun eleştiriyeye açık olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç (n 9) 150.

²⁵ Yargıtay CGK, 16.05.2019, E. 2016/732, K. 2019/439.

²⁶ Ancak Yargıtayın bu sınırı tamamen kaldırmadığı da ifade edilmelidir. Mahkemeye göre kaba üst aramasıyla bulunamayacak bir yere saklanan eşyalar için suçüstü hâli olmadıkça arama kararı gerekir. Bkz. Yargıtay CGK, 18.06.2019, E. 2017/981, K. 2019/484; Yargıtay CGK, 06.05.2021, E. 2019/329, K. 2021/208; Yargıtay CGK, 16.09.2021, E. 2019/96, K. 2021/401; Yargıtay 10. CD, 10.01.2022, E. 2020/15540, K. 2022/33. Yine Mahkeme, karar olmaksızın üzeri yoklanarak kontrol edilen sanığın yanında bulunan cep telefonu kutusunda arama yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Somut olaydaki arama işleminin yoklama kapsamında kalmadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun olmadığı ifade edilmiş, böylece yüzeysel üst araması sınırlandırılmıştır. Bkz. Yargıtay CGK, 21.09.2021, E. 2019/342, K. 2021/414.

²⁷ Benzer yönde görüş için bkz. Ali Kemal Yıldız, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma’ (2006) 14(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 174; Ersan Şen, ‘Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması’ (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 335, 338.

²⁸ Anayasa m. 20: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)



hukuka aykırı uygulamalara tepki olarak 2001 yılında yapılan değişiklikle bugünkü hâlini almıştır²⁹. Bu hükme göre kişinin üstü, özel kâğıtları veya eşyasının aranabilmesi için -kural olarak- hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri gerekir³⁰. Söz konusu karar veya yazılı emir; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olmak zorundadır. Bu düzenlemeye göre hâkim kararı ya da kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmadan ne adli arama ne de önleme araması yapılabilir. Aksi hâlde doğrudan uygulanabilme kabiliyeti olan³¹ Anayasa m. 20/2 ihlal edilmiş olur³².

Arama kararı veya yazılı arama emri şartı bu temel hak bakımından özel olarak ihdas edildiği için bu şartın Anayasa m. 13'e dayanılarak kanunla sınırlandırılması mümkün değildir. Anayasa m. 13 temel hak ve özgürlüklerin genel anlamda nasıl sınırlandırılacağını düzenlemektedir. Buna göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmayacak şekilde Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve sadece kanunla sınırlandırılabilir. Ayrıca bu sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu temel hak bakımından kanunla yapılabilecek düzenlemelerin başında, arama kararına gerekçe olabilecek hâlleri somutlaştırmak gelir. Bunlar ise milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması-

(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”. Anayasa m. 20'nin eski hali: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adil soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”.

²⁹ Şahin (n 18) 437.

³⁰ Çalışmamızın muhtelif yerinde bu şart için kısaca karar ifadesi kullanılacaktır.

³¹ Öztürk vd. (n 4) 511.

³² Bu yönde görüş için bkz. Kemal Gözler, ‘3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği’ (2002) 18(1) Anayasa Yargısı, 18.

dır. Yine arama kararı veya yazılı emrin nasıl verileceği, yazılı emri hangi hâllerde hangi mercinin vereceği kanunla düzenlenebilir. Hâkim kararı veya yazılı emir ise özel hayatın gizliliği bakımından açıkça öngörülmüş özel bir sınırlama nedenidir. Yetkili mercinin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartının kanunla sınırlandırılmayacağı meselesinde olduğu gibi³³ hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkilendirilmiş mercinin yazılı emri şartının kanunla kaldırılması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, kanun aracılığıyla kararın gerekli olmadığı arama hâlleri kategorisi oluşturmak mümkün değildir. Aksi hâlde kanunla yapılan sınırlandırma Anayasa'nın sözüne aykırı olur³⁴.

II. KANUN VE YÖNETMELİKLERDEKİ DÜZENLEMELER

Herhangi bir karara gerek olmaksızın hem arama kapsamında kaldığını savunduğumuz yüzeysel arama yapılmasına hem de ayrıntılı arama yapılmasına izin veren çeşitli hükümler kanunlarda ve yönetmeliklerde yer almaktadır. CMK m. 90/4, karar alınmadan arama yapılabilmesine imkân tanıyan CMK'daki tek hükümdür³⁵. Bunun yanı sıra çeşitli kanunlarda hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın arama yapılabileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin PVSK m. 9/7'de³⁶, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun m. 9/5'te³⁷, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9/2-3'te³⁸, Türk

³³ Anayasa Mahkemesi de yetkili mercinin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmasına yönelik Anayasa m. 20/2'deki güvencenin kanuni düzenlenmelerde yer almamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bkz. AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86. Bkz. Oğuzhan Sapan, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması' (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 94 vd.

³⁴ Bkz. AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86, § 74 vd.

³⁵ Çöpoğlu (n 22) 193; Yılmaz (n 11) 267. Söz konusu hâllerde zorunluluk hâlinin olduğu ve arama kararı veya emrinin aranmasının eşyanın doğasına aykırı düşeceği ifade edilmiştir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 9) 154. Tutuklama kararının, zorla getirme kararının ve hükümlüye ilişkin yakalama emrinin üstü kapalı arama kararı niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 425.

³⁶ "Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır."

³⁷ "Sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, adayların ve sınavın yapıldığı binaya girme hakkına sahip olan diğer kişilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir." (Resmî Gazete: 03.03.2011 tarih ve 27863 sayı.)

³⁸ "(2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.



Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B'de³⁹ hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın arama yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine AÖAY m. 8'de karar olmaksızın arama yapılabilecek hâller sayılmıştır⁴⁰.

Görüldüğü üzere hem kanunlarla hem de AÖAY ile Anayasa m. 20/2'de öngörülen karar şartına istisna getirilmiştir. Bu yöndeki hükümlerden bazıları Anayasa

(3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” (Resmî Gazete: 31.03.2007 tarih ve 26479 sayı.)

³⁹ “Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, asker kişiler dâhil askerî mahallere girmek veya çıkmak isteyenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri, duyarlı kapının ikaz vermesi hâlinde, metal dedektörle kontrol edilir; eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022 tarihli ve E.: 2018/137, K.: 2022/86 sayılı Kararı ile.) kontrol edilir. Şüphe hâlinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle yapılabilir. Teknik cihazların ikazının sürmesi hâlinde, bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri takdirde askerî mahallere girebilirler.” (Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022 tarihli ve E.: 2018/137, K.: 2022/86 sayılı Kararı ile bu fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri, ikinci cümlede yer alan “aracı” ibaresi yönünden iptal edilmiştir.”). (Resmî Gazete: 09.01.1961 tarih ve 10702 sayı.)

⁴⁰ Madde 8: “Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

- a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında giyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, ~~yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,~~
- b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,
- c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,
- d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,
- e) (Değişik: RG-29/4/2016-29698) 1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkuyla anılan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,
- 2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,
- f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ~~hiçbirinin rızası~~ ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.” (Üstü çizili kısımlar Danıştay Onuncu Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E. 2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmiştir, yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E. 2007/2257, K. 2012/1117 sayılı kararı ile iptal kararı onanmıştır.).

Mahkemesi ve Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasına rağmen karar aranmaksızın arama yapılabilecek hâller hâlen kategorik olarak kabul edilmektedir. İptal kararlarının ise bu kategoriyi gereğinden fazla genişleten hükümlere ilişkin olduğu söylenebilir.

Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan hükümlerin temel olarak ikiye ayrıldığı söylenebilir. Bu hükümler öncelikle olağan durumlara ilişkindir. Bu hâllerde kişiye özgü şartlardan söz edilemez. Benzer durumda çok sayıda kişi olabilir ve bu kişilerin tamamının ilgili olağan durumun gerektirdiği ölçüde aranması gerekir. Bu hâllerde arama, yapılan işin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Kararın aranmayacağı kabul edilen hâllerin çoğu bu kapsamdadır. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce aranması, polisin güvenliğini sağladığı binaya gelenleri araması, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı (ÖSYM) tarafından yapılan sınava giren adayların üstlerinin aranması bu duruma örnek teşkil eder. Kararın gerekli olmadığı kabul edilen bir diğer durum ise ani gelişen hâllerdir. Bu hâllerde arama kararının beklenmesi aramayla ulaşılmak istenen menfaati imkânsız kılabilir ya da bir tehlikenin zarara dönüşmesine neden olabilir. Örneğin, suçüstü hâlinde yazılı arama emrinin beklenmesi delillerin kaybolmasına sebep olabilir.

III. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Doktrinde arama kararı veya yazılı emir olmaksızın kişinin üstünde veya eşyasında arama yapılmasına izin veren hükümlere ilişkin farklı görüşler vardır. Öncelikle arama kapsamında olduğunu savunduğumuz kaba üst araması, yoklama veya sıvazlama yöntemlerinin arama olmadığını savunan görüş, bu yüzeysel aramaların Anayasa m. 20/2 kapsamında da olmadığını ve dolayısıyla bunlar için kararın gerekli olmadığını kabul etmektedir⁴¹. Bu görüş kendi içinde tutarlıdır. Zira arama olarak değerlendirilemeyecek işlemler için aramaya ilişkin Anayasa hükmünün uygulanmayacağı açıktır.

Aramaya ilişkin hükümlerin Anayasa'ya uygunluğu meselesi kaba üst araması, yoklama veya sıvazlama yöntemlerinin arama olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusundan ibaret değildir. Bizim arama olarak kabul ettiğimiz bu yöntemlerin yanı sıra çeşitli hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceği kanun ve yönetmeliklerde kabul edilmiştir. Bu hususa ilişkin doktrindeki görüşler üçe ayrılabilir. Önleme araması bağlamında ileri sürülmüş olmasına rağmen adli arama için de geçerli kabul edilebilecek bir görüşe göre Anayasa'nın mezkûr hükmü, karar olmaksızın soyut tehlikeye dayalı sürekli aramalara imkân tanımaz. Bu nedenle karar şartını kaldıran düzenlemeler Anayasa'ya aykırıdır⁴². Diğer görüşe göre bu husustaki sorun, karara gerek olmayan hâllerin kanunla değil, yönetme-

⁴¹ Şahin (n 18) 442; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 237. Bu görüşü kabul eden Anayasa Mahkemesi, yüzeysel işlemleri Anayasa m. 20/1 kapsamında ele almaktadır.

⁴² Centel ve Zafer (n 6) 466.



likle düzenlenmesidir⁴³. Anayasa m. 13'e dayanan bu görüş⁴⁴, Anayasa'daki karar şartının kaldırılmasının temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğini ifade etmekte ve bunun ancak kanunla düzenlenebileceğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise mevcut düzenlemelerin yerinde olduğunu ifade etmekte, Anayasa m. 20'nin karar olmaksızın arama yapma yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığını savunmaktadır⁴⁵. Ayrıca bazı yazarların bu hususta Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesi yapmadığı da ifade edilmelidir.

Yargıtaya göre yukarıda da belirtildiği üzere, kaba üst araması veya yoklama işlemleri arama niteliğini haiz değildir ve bunlar için karara gerek yoktur. Yine mahkemeye göre kolluk; olayın özelliğinden, kanun hükmünün verdiği arama yetkisinden veya arama emri almaya imkân bulunmaması nedenlerinden birine dayanarak arama yapabilir⁴⁶. Bu durumun suçüstü hâliyle ilişkilendirildiği de ifade edilmelidir. Ayrıca Yargıtay, aramanın gizlenmiş bir şeyi bulmaya yönelik olduğunu kabul ederek PYSK m. 4/A kapsamında gerekli işlemler tesis edilirken gizli olmayan eşyanın tespit edildiği veya eşyanın muhatap tarafından teslim edildiği hâllerde arama işleminin olmadığını, dolayısıyla kararın gerekli olmadığını kabul etmektedir⁴⁷. Ancak Yargıtayın söz konusu içtihadında kararın gerekli olmadığını açıklamak için çok sayıda kanun ve yönetmelik maddesine atıf yaptığı da ifade edilmelidir. Özetle Yargıtayın arama için karara gerekli olmayan hâlleri dar yorumlamadığı söylenebilir.

IV. AİHS'DEKİ DÜZENLEME VE AİHM'İN YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); üst ve eşya aramasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlığını taşıyan 8. maddesi⁴⁸ kapsamında ele almakta, kişinin üstünü veya eşyalarını ara-

⁴³ Şemsettin Aksoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama (Seçkin Yayıncılık 2007) 79; Recep Gülşen, 'Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller' (2010) 2(9) Fasikül Hukuk Dergisi 16, 22; Öztürk vd. (n 4) 510; Yılmaz (n 11) 269; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 434; Çöpoğlu (n 22) 199; Şahin (n 18) 441 vd.

⁴⁴ Bkz. Şahin (n 18) 442.

⁴⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 35) 1034-1068 vd. Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan AÖAY'nin kanuna aykırı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Yaşar ve Otacı (n 18) 861.

⁴⁶ Yargıtay CGK, 18.10.2016, E. 2016/57, K. 2016/374; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/236, K. 2019/55.

⁴⁷ Yargıtay CGK, 02.05.2019, E. 2016/459, K. 2019/370.

⁴⁸ Madde 8: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

manın özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edeceğini kabul etmektedir⁴⁹. Çalışmamız bakımından önem arz eden temel husus, AİHM'nin hâkim kararı veya kanunen yetkili kılınmış mercinin yazılı arama emri olmaksızın yapılan aramalar nedeniyle hak ihlali kararı verip vermediğidir.

AİHM, herhangi bir zamanda muhatabın vazgeçme imkânı olmaksızın kamu gücü kullanılarak yapılan arama işlemleri ile muhatabın tercih imkânının olduğu, rıza gösterdiğinin kabul edilebileceği havaalanı ve benzeri yerler ile kamu binalarına girişlerde yapılan aramaları birbirinden ayırmakta; esas olarak birinci ihtimali AİHS m. 8 kapsamında değerlendirmektedir⁵⁰. Ayrıca Mahkeme, üst ve eşya aramasının özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği taşıması için ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹. Buna göre yüzeysel aramalar bu kapsamda değerlendirilmemekte ancak detaylı arama tüm eşyaların en ince ayrıntısına kadar incelenmesi şeklinde yorumlanmamaktadır⁵². Yine Mahkeme, haklı gerekçeler ortaya koyulabildiği sürece bazı acil durumlarda ani bir üst aramasının yapılabileceğini de kabul etmektedir⁵³.

AİHM'ye göre aramanın haklı görülebilmesi için kanunda öngörülmüş olması, AİHS m. 8/2 sayılan amaçlardan birine yönelik olması ve mevzubahis amaca ulaşmak için aramanın demokratik bir toplumda gerekli olması şartlarının sağlanması gerekir⁵⁴. Bu noktada aramanın kanunda öngörülmüş olması şartının irdelenmesi gerekir. AİHM şekli anlamda değil, maddi anlamda kanunu esas almaktadır⁵⁵. Kanunda öngörülmüş olmak hem iç hukukta bir temelin olmasını hem de bunun hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır olmasını ifade eder. Bu nedenle iç hukukta ilgili düzenlemenin erişilebilir ve gerektiğinde uygun bir tavsiyeyle kişinin

⁴⁹ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07. Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı şekilde üst araması yapıldığına ilişkin şikâyetleri özel hayata saygı hakkı çerçevesinde, Anayasa m. 17/1'de düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemektedir. Bkz. AYM, Hüseyin Ali Kudret, 18.05.2021, B. No: 2018/6578.

⁵⁰ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16; AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10.

⁵¹ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07.

⁵² AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07; AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Mahkeme, bazı şartlara bağlı olarak -özellikle ırkçı bir saikle- yapılan sadece durdurma ve kimlik sorma işleminin bile özel hayata saygı hakkına müdahale eşğini aşabileceğini kabul etmektedir. Bkz. AİHM, Muhammad/İspanya, 18.10.2022, B. No: 34085/17.

⁵³ AİHM, AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07.

⁵⁴ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05.

⁵⁵ AİHM, Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa, 16.04.2002, B. No: 37971/97; AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10; AİHM, AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07. Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi - 31.08.2019, çev.: H. Burak Gemalmaz, 21 vd.



davranışlarını şekillendirmesine imkân sağlayacak nitelikte öngörülebilir olması gerekir⁵⁶. Bunun için ise iç hukuktaki düzenlemeler, keyfi uygulamalara karşı koruma sağlamalı; yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini açıkça ortaya koymalıdır⁵⁷. AİHM, hâkim kararı olmaksızın yapılan aramalarda yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı noktasında daha ihtiyatlı olunması gerektiğini ifade etmesine rağmen⁵⁸ hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın kanuni bir dayanakla arama yapılmasını tek başına AİHS m. 8'in ihlali olarak değerlendirmemektedir⁵⁹. Mahkeme bu hususta şu kriterlere dayalı değerlendirme yapmaktadır: yetkilerin coğrafi ve zamansal kapsamı, yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı ve ne zaman kullanılacağı hususlarında tanınan takdir yetkisi, yetkilerin kullanılmasından kaynaklanan müdahaleye ilişkin herhangi bir hafifletme, yetkilerin kullanılmasının yargısal olarak denetlenme olanağı ve yetkilerin kullanımının herhangi bir bağımsız gözetimi⁶⁰. Böylece iç hukuktaki düzenlemelerin keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olup olmadığı tespit edilmektedir⁶¹. Özetle maddi anlamda kanunu esas alan AİHM, üst ve eşya aramasının AİHS m. 8'deki özel hayata saygı hakkını ihlal etmemesi için hâkim kararının veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin olmasını aramamaktadır. Yine AİHM, özel hayata saygı hakkına müdahaleden söz edilebilmesi için somut olaydaki işlemin belli bir eşiği aşması gerektiğini kabul ederek aramanın ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE KANAATİMİZ

Anayasa m. 20, aramaya ilişkin pozitif düzenlemeler gömleğinin ilk düğmesidir. Bu düğmenin yanlış iliklenmesi hatalar silsilesini beraberinde getirir. Kanaatimizce, Anayasa m. 20 hatalı bir düzenlemedir ve bu hata, aramaya ilişkin diğer pozitif düzenlemeleri etkilemiştir. Anayasa m. 20/2'de üst ve eşya araması için behemehâl hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin (Cumhuriyet savcısı, kolluk amiri, kaymakam gibi) yazılı emrinin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu şart hem adli hem de önleme araması hem yüzeysel hem de ayrıntılı arama için geçerlidir. En azından yazılı arama emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkân tanıyan kanun ve yönetmelik hükümleri, hatalı olduğunu düşünmemize rağmen, Anayasa m. 20/2'ye aykırıdır⁶². Buna rağmen karara gerek

⁵⁶ AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16.

⁵⁷ AİHM, Solska ve Rybicka/Polonya, 20.09.2018, B. No: 30491/17, 31083/17.

⁵⁸ AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10.

⁵⁹ AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13.

⁶⁰ AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16.

⁶¹ AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13.

⁶² Bu hususta kabul edilebilecek tek istisna, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalede bulunan bir koruma tedbirine ilişkin kararın zımnen arama kararını da içerdiği kabulüdür. Bu istisna; kararın gerekli olmadığı hâlleri değil, kararın zımnen var olduğu hâlleri ifade eder.

olmayan hâller Türk pozitif hukukunda kategorik olarak yer almakta, bu hükümlerin tamamı iptal edilmemektedir. Karar şartının Anayasa m. 13'e dayanılarak kanunla kaldırılmayacağı da tekrar ifade edilmelidir.

Doktrindeki çoğunluk tarafından bu durum görmezden gelinmekte ve/veya kaba üst araması gibi çeşitli yüzeysel yöntemler teknik anlamda arama olarak kabul edilmeyerek Anayasa m. 20/2'nin kapsamı daraltılmaktadır. Bu kabuller yerinde olmadığı gibi zaten kazuistik ve karmaşık şekilde düzenlenmiş olan aramaya ilişkin hükümleri daha da karmaşık hâle getirmektedir. Ayrıca yüzeysel arama ve ayrıntılı arama arasındaki sınır muğlak olmakla birlikte Türk hukukunda, yüzeysel aramadan ayrıntılı aramaya geçiş imkânı sağlayan düzenlemeler de mevcuttur. Bu nedenlerle yüzeysel işlemlerin teknik anlamda arama olarak nitelendirilmemesi özel hayata saygı hakkının korunmasını akamete uğratacak niteliktedir.

Arama, çok boyutlu bir kavramdır. Niteliğine (adli arama-önleme araması), muhatabın sıfatına, yapıldığı yere, yapıldığı zamana göre çeşitli alt başlıklara ayrılan aramanın tüm görünüm biçimlerine cevap verebilmek için çok sayıda hükme ihtiyaç duyulur. Bu nedenle arama için kazuistik bir pozitif durumun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Ancak hem özensiz hazırlanmış pozitif düzenlemeler hem Anayasa m. 20/2'nin uygulanması mümkün olmayan bir kesinlikte hâkim kararı veya yazılı emir şartı araması hem de Anayasa m. 20/2'nin yanı sıra kanunlara uygun olmayan yönetmelikler, kazuistik durumu karmaşık ve hatta içinden çıkılmaz hâle getirmiştir. Sıkça yapılan kanun değişiklikleri ile yerinde olmasına rağmen bazı kanun ve yönetmelik maddelerinin peyderpey iptal edilmesi ise aramaya ilişkin düzenlemelerin takibini zorlaştırmıştır. Özetle Türk hukukuna göre kolluğun hangi hâllerde ve ne şekilde arama yapabileceği gibi temel bir hususun tespiti olduğu kadar çetrefilli olduğu söylenebilir.

Türk hukukundaki kaotik durumu ortaya koyabilmek için Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği bir iptal kararının⁶³ ayrıca ele alınmasında yarar vardır. Anayasa Mahkemesi, yüzeysel işlemlerin (klasik) arama olarak nitelendirilemeyeceğini, bunların “*alt düzeyde sınırlı bir kolluk tedbiri*” olduğunu ve dolayısıyla bu işlemlerin Anayasa m. 20/2'nin kapsamında olmadığını kabul etmesine rağmen yüzeysel işlemler ile arama niteliğindeki işlemlerin hangi kriterlere dayalı olarak birbirinden ayrılacağı hususu kararda belirsiz kalmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, bir aracın elle kontrol edilmesinin kişilerin üstü ve eşyasının elle kontrol edilmesine nazaran (klasik) aramaya dönüşerek Anayasa m. 20/2 kapsamında kalmaya daha elverişli olduğunu ifade ederek araçta elle kontrole izin veren kanuni düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuş, ilgili hükmün hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada şu soru gündeme gelmektedir: Kişinin aracının elle kontrol edilmesi ile üstünün ve araç dışındaki eşyalarının elle kontrol edilmesi arasında nasıl bir fark vardır ki üstün ve araç dı-

⁶³ AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.



şındaki eşyaların elle kontrol edilmesi arama sonucunu doğurmayacak güvenceleri içermesine rağmen aracın elle kontrol edilmesi bu güvenceleri içermemektedir? Özellikle araç ile diğer eşyalar arasındaki güvence farklılığı izaha muhtaçtır⁶⁴. Yine aynı kararda Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B/1'in üçüncü ve dördüncü cümlelerinin ikinci cümledeki “aracı” ifadesi bakımından iptaline karar verilmesi de aramaya ilişkin düzenlemelerin iptal kararıyla karmaşık hâle gelmesine örnek teşkil eder. Kanaatimizce, söz konusu işlemlerin tamamını arama olarak nitelendirmek ve bunların Anayasa m. 20/2'nin kapsamında kaldığını kabul etmek arama bahsinde tutarlı ve hukuki öngörülebilirlik ilkesine uygun sonuçlara varabilmenin ön şartıdır.

Üst ve eşya araması; sıkça başvurulmuş hem adli hem de idari boyutu olan, temel hak ve özgürlüklere diğer birçok koruma tedbirinden daha az müdahalede bulunan bir işlemdir⁶⁵. Bu işleme başvurulacak tüm hâller için en azından yazılı emir şartı aranması ölçülü bir sınırlama değildir. Her durumda en azından yazılı arama emri aranması ya durumun olağanlığı nedeniyle anlamsızdır ya da ani gelişen durumlara cevap veremez niteliktedir. Örneğin, bir spor müsabakası için stada giren herkesin ya da ÖSYM tarafından yapılan bir sınava giren tüm adayların aranması için arama kararını şart koşturmak gereksizdir. Zira bu gibi durumlarda karar, özel hayata saygı hakkına keyfi müdahaleleri engellemek bakımından herhangi bir fonksiyon icra etmez. Yine devriye görevi icra eden kolluğun bir suçla karşılaşması hâlinde suça karıştığını düşündüğü kişilerin üstünü veya eşyasını derhâl araması icap edebilir. Aksi hâlde delillerin kaybolma riski gündeme gelebilir. Demokratik bir toplumda, bu riski bertaraf etmeye imkân tanıyan orantılı hükümlere ihtiyaç duyulur. Ayrıca AİHS'de üst ve eşya araması için en azından yazılı arama emri şartının aranmadığı ve AİHM'nin de böyle bir şartı behemehâl aramadığı tekrar ifade edilmelidir.

Özetle, Anayasa m. 20/2 gereği hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmaksızın yüzeysel veya ayrıntılı arama yapılamayacağı kanaatindeyiz. Ancak bu tespit söz konusu hükmün yerinde olduğu anlamına gelmez. Anayasa m. 20/2'nin geçmişteki hukuka aykırı uygulamaların önüne

⁶⁴ Her ne kadar iptal davasına konu olmasa da Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B'deki hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olan esas hususun teknik cihaz ve güvenlik sistemleri kavramları olduğu söylenebilir. Söz konusu maddede aracın ve eşyaların teknik cihazlarla, araç dışındaki eşyaların aynı zamanda güvenlik sistemleriyle kontrol edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Teknik cihazlar ve güvenlik sistemleri kavramları oldukça geniş kapsamlıdır ve Kanun'da herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Teknolojik gelişmeler, teknik cihazla yapılan kontrolü elle yapılan kontrolden daha kapsamlı ve ayrıntılı hâle getirebilir, kolluğun muhatap hakkında daha fazla bilgi sahibi olmasını sağlayabilir. Dolayısıyla teknik cihazla kontrolün, elle kontrole nazaran özel hayata saygı hakkına daha ağır bir müdahalede bulunabileceği söylenebilir.

⁶⁵ Çalışmamızın üst ve eşya araması ile sınırlandırılma sebeplerinden biri de budur. Örneğin, konutta arama temel hak ve özgürlüklere daha ağır bir müdahalede bulunur. Dolayısıyla çeşitli yönlerden farklı bir değerlendirmeyi gerektirebilir.

geçebilmek için ihdas edildiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, Anayasa m. 20/2'nin keyfi aramalara kapı aralamayacak şekilde tekrar formüle edilmesi gerekir⁶⁶. Anayasa'nın, arama gibi oldukça sık başvurulmuş bir yöntem için doğrudan doğruya uygulanabilecek katı bir şart öngörmesi yerinde değildir. Olması gereken, Anayasa'nın, arama için kararın gerekli olmadığı hâllerin kanunlarla düzenlenmesine izin vermesidir. Kanuni düzenlemeler ise AİHM içtihatlarıyla ortaya koyulan öngörülebilirlik ve orantılılık kriterlerini sağlamalıdır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, uygulanması mümkün olmayan bu tür anayasal hükümler genel olarak Anayasa'ya aykırılığı olağan bir durum hâline getirmekte, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü zımnen kaldırmakta, hukuk devleti ilkesini zedelemektedir⁶⁷.

Anayasa'da yapılacak değişiklik sonrasında yüzeysel arama, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olarak kabul edilen gereklilik ve orantılılığın sağlanmasına hizmet eden ve karara gerek duyulmayan bir arama yöntemi olarak kabul edilmelidir⁶⁸. Yüzeysel arama, daha düşük düzeyde bir şüphenin olduğu hâllerde başvurulabilen ilk aşama niteliğinde olmalıdır. Ayrıca yüzeysel arama için pozitif hukukta yeknesak bir ifade kullanılmalıdır ki mevcut durumda yeknesaklıktan bahsetmek mümkün değildir. Yine üstte ve eşyada yüzeysel arama ile ayrıntılı arama arasındaki sınır netleştirilmelidir. Yönetmelikler ise mevcut durumda olduğu gibi Anayasa ve kanunları dolanma aracı olmamalı; yönetmeliklerde, kanunda açıkça tanınan yetkinin nasıl kullanılacağına ilişkin ayrıntılara yer verilmelidir.

Esasında üst ve eşya aramasında kararın gerekli olmadığı hâlleri düzenleyen hükümler için verilen iptal kararlarının da zımnen bir orantılılık amacı güttüğü söylenebilir. Mahkemeler, Anayasa m. 20/2'ye göre hiçbir şekilde mümkün olmamasına rağmen bazı hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceğini kabul etmekte ancak bu kategoriye gereğinden fazla genişleten hükümlerin iptaline karar vererek orantılılık ilkesine uygun sınırlar belirlemeye çalışmaktadır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, özellikle kamusal alanda kolluğa kendiliğinden durdurma ve yüzeysel arama yapma yetkisi verilmesi keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Hâlihazırda bu yetkinin keyfi uygulamalara neden olduğu söylenebilir. Bu işlem için gerekli olan şüphe derecesinin veya diğer şartların somut olayda sağlanıp sağlanmadığının ispatını ve sonradan denetimini mümkün kılan argümanlar öngörülmelidir⁶⁹. Bu hususta kolluğun yaka kamerası takması,

⁶⁶ Benzer görüş için bkz. Yıldız (n 27) 175.

⁶⁷ Ayrıca bu tür bir düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin yerinde olmayan bir beklenti yaratarak Anayasa'nın fonksiyonel etkinliğine ve dolayısıyla meşruiyetine ket vurduğu da söylenebilir. Anayasa'nın fonksiyonel etkinliği ve meşruiyeti arasındaki ilişki için bkz. Levent Gönenç 'Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 144 vd.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeden oluştuğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, 11.04.2012, E. 2011/111, K. 2012/56; AYM, Ali Kutluer, 27.07.2022, B. No: 2019/8279.

⁶⁹ Benzer yönde görüş için bkz. Ünver ve Hakeri (n 1) 886.

aramanın kayıt altına alınması, aramaya ilişkin derhâl fiziki veya elektronik bir belgenin düzenlenip bunun yine derhâl muhatapla paylaşılması seçeneklerinin değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut B, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83.

Aksoy Ş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama* (Seçkin Yayıncılık 2007).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi - 31.08.2019 çev. Gemalmaz, HB.

Aygörmez GA, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Bayraktar ÇD, 'Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar' (2021) (67) Adalet Dergisi 205.

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).

Çöpoğlu HS, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi' (2019) 77(1) Ankara Barosu Dergisi 155.

Demirel M, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 33.

Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Gönenç L, 'Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131.

Gözler K, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 18(1) Anayasa Yargısı, 18.

Gülşen R, 'Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksiniminden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller' (2010) 2(9) Fasi kül Hukuk Dergisi 16.

Keskin-Kızıroğlu S, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139.

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2010).

Önok M, 'Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar' iç Nur Centel (ed) Ceza

Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Öztürk B vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Sapan O, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Koluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması’ (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93.

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Şahin C, ‘Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’ Yargıtay Dergisi (2018) 44(3) 433.

Şen E, ‘Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması’ (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 335.

Turhan F, ‘Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)’ Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Yaşar O ve Otacı C, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Yıldız AK, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma’ (2006) 14(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131.

Yılmaz Y, ‘Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama’ (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247.

ÖZEL HUKUK

GAİPLİK KURUMU VE VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

The Institution of Absence and Its Consequences in Tax Law

Cengizhan HATİPOĞLU*

Özet

Kişiliği sona erdiren haller, ölüm ve gaipliktir. Bir kişi hakkında gaip hükmünün verilebilmesi için maddi ve usuli şartlar bulunmaktadır. Buradaki şartların çok sıkı ve müsamahasız uygulanması, gaiplik kurumunun sağlıklı işlemesi açısından şarttır. Gaiplik ile ilgili şartların teşekkülü ve ikmalî durumunda kişi, hem gaiplik kararı verinceye kadarki süreçte hem de gaipliğin şartları konusunda karar verici makam niteliğinde olan sulh hukuk hakimi tarafından verilen gaiplik kararından sonraki süreçte, hukuki bir fanusun içerisinde. Bu vetirede kişinin hukuki sıfatı ve faaliyetlerine ilişkin pozisyonu, kaçınılmaz bir şekilde etkilenmektedir. Hakkında gaiplik kararı verilecek ya da verilmiş kişi için en etkili sonuçların doğduğu alanlardan biri de vergisel alandır. Çalışmanın özünde, her iki aşama için ortaya çıkan farklı netice ve sorunlu durumları ortaya koyma gayreti vardır. Belirtmek gerekir ki özellikle sorunlu durumların kanun koyucu tarafından proaktif bir yaklaşımla pürüzsüz hale getirilmesi ve böylece mevcut durumun düzeltilmesi zorunluluk taşımaktadır.

Anahtar Sözcükler: Gaip kişi, gaiplik, gaiplik prosedürü, vergi hukuku, gaiplik kurumunun vergi hukuku üzerindeki etkileri.

Abstract

The conditions that terminate the status of persons in law are death and absence. There are substantial and procedural conditions for declaring somebody as absent. Strict implementation of these conditions is a must for the institution of absence to perform properly. In the case that conditions of absence are met and completed, the relevant person will be in the legal bell glass not only in the process of determination of the status of absence but also after the decision of judge of court of peace who is legally qualified as the legal expert for the determination of the status of absence. Legal position of the absent person and activities relating his/her position is going to be affected indispensably through all this process. It is also certain that one of the areas with the most effective results arise for the absent person who has already been declared, or to be declared as absent is taxation. At the core of this study, there is an effort to reveal the different outcomes and problematic situations that arise for both stages. Finally, it is worthy to mention that the law-maker must deal with these problematic areas to smooth them out with a proactive approach and restore the current situation accordingly.

Keywords: Absent person, absence, absence procedure, tax law, the effects of the absence institution on taxation law.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.11.2020

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr., Avukat, Samsun Barosu, cehatipoglu@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-4670-0083>.

GİRİŞ

Kişi, hak ve borçlara sahip olabilen, hukuki bir libas ile tanımlanacak olursa kendisine hukukun hak ve borç sahipliği kudretini tanıdığı varlıktır¹. Kişi kavramı hukukun en önemli kavramların birisidir. Adeta hukukun temel yapı taşıdır. Zira hukuk kişiler için tanzim edilmiş ve kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen maddi yaptırımlı kurallar bütünüdür². Kişilik ise kişinin hukuk düzeni tarafından korunan başta hak sahibi olma ehliyeti gibi özellikleri ile kişinin hukuki durumu ile ilgili kişi olmaya bağlanmış yetkilerini ifade etmektedir³.

Gerçek kişilerde kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlamaktadır. Ölüm durumunda ise kişilik sona ermektedir (MK, md. 28). Kişiliği sona erdiren en olağan hadise budur. Ayrıca kişiliğin, gaiplik halinde de sona ermesi kabul edilmiştir (MK, md. 35).

Kişiliği sona erdiren hallerden biri olarak ölümün, vergisel dâhil hukuki tüm sonuçları hakkında pek çok çalışmaya erişmek olanaklıdır. Bu konuda belirsiz alan yok gibidir. Ancak kişiliği sonra erdiren bir diğer hal olmasına rağmen gaiplik kurumunun, vergi mükellefiyeti bakımından doğurduğu hukuki sonuçlarla ilgili yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır. Hazırlanan metnin konusu bu duruma müsteniden tayin edilmiştir. Bu bağlamda öncelikle konunun daha iyi tetkik edilebilmesi için gaiplik kurumuna yönelik temel prensipler ortaya konacaktır. Bunun akabinde münhasıran hakkında gaiplik kararı verilecek ya da verilmiş kişinin vergi hukuku karşısındaki durumu ele alınacaktır.

I. GAİPLİK KURUMU

Gaiplik kurumu; gaiplik kavramının, gaiplik kararı verme şartlarının ve gaiplik kararının sonuçlarının birlikte incelenmesi halinde bir bütünlük ve anlaşılabilirlik niteliğine sahip olur. Bu hususları temel özellikleri ile ortaya koymadan, gaiplik kurumunun bir başka hukuki disiplin ile ilişkisine yönelik yapılacak değerlendirme ve analizler nakıs olacaktır.

A. KAVRAM OLARAK GAİPLİK

Günlük dilde “*kayıp olma*” halini ifade eden gaiplik, hukuk bilimi açısından “*kişiliğin hâkim kararı ile nihayete erdirilmesi*” anlamına gelmektedir⁴.

1792’den itibaren devam eden Fransız Devrim Savaşlarından sonra birçok kimse evlerine dönmemiş, bu kişilerin ölüsü bulunamamış, sağ veya ölü olduklarına ilişkin haber alınamamıştır. Bu durum, kaybolan kişilerin borç, miras ve evlilik gibi ilişkilerinde belirsizliklere neden olmuştur. İşte bu sorunlu sonuçların

¹ Eyüp Sabri Yarmalı ve Selçuk Alp, *Hukuk Terimleri Sözlüğü* (1. Bası, Türkmen 2011) 415.

² Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Medeni Hukuk* (19. Bası, Beta 2013) 107.

³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (14. Bası, Filiz 2014) 2.

⁴ Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000) 187.

ortadan kaldırılması amacıyla gaiplik müessesesi ilk kez 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁵.

Bir kimsenin kaybolması üzerine yaşıyor olup olmadığı konusunda ortaya çıkan tereddüt, ilişkilerde olması gereken kesinlik ve istikrarı bozmaktadır⁶. Bu hallerde kişinin içerisinde bulunduğu vaziyet, kesin bir nazarla ölümü doğuracak bir seviyede olmamakla beraber kişinin hayatta olup olmadığına yönelik kuşkular oluşabilmektedir. Bu durum özellikle kuşkuya muhatap olan ve bundan etkilenen diğer kişiler bakımından bazı sakıncalar doğurmaktadır. Hukuk sistemleri muhtemel bu sakıncaların bertaraf edilmesi adına hayat ve memnat durumu belirsiz kişilere bağlı askıda kalan durumların hukuken ortadan kaldırılması ve belli hakların yüzüstü bırakılmaması adına çeşitli hukuki mekanizmalar benimsemiştir. Türk hukukunda bunun adı ve karşılığı gaipliktir⁷. Gaiplikte kanun koyucu, kaybolan kişinin ölümüne bağlı olarak durumları değişecek olanların menfaatini sağlamak üzere somut olayda belirli maddi şartların gerçekleşmesi halinde bunların ölmüş sayılacağını karine olarak kabul etmektedir⁸.

Gaiplik halinde görünürde ceset yoktur fakat ölüm hakkında kesinlik de bulunmamaktadır. Bu durumda ölüm galip ihtimaldir⁹. Bir kimsenin belli bir müddet görülmemesi genellikle o kişinin öldüğü anlamına gelmez. Her kaybolma kişiliği sona erdirecek nitelikte olmayabilir. Ancak bazı durumlarda bir insanın kaybolması öyle şartlar içinde gerçekleşir ki, onun yaşamakta olduğunu savunmak güçleşir¹⁰. İşte ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölümüne bağlı olanların başvurusu üzerine mahkemece bu kişinin gaipliğine karar verilebilmektedir (MK, md. 32/1). Bu durumda ilgililer, hâkimin gaiplik kararı vermesi ile birlikte artık ölüm olayını ispat külfetinden kurtulmakta, aksini iddia edenlerin ise bunu ispatlaması gerekmektedir¹¹.

B. GAİPLİK KARARININ ŞARTLARI

Gaiplik kararının verilebilmesi için maddi ve usuli şartların birlikte tahakkuk etmesi gerekmektedir. Gaiplik kararının verilebilmesinin maddi ve usuli şartları 4721 sayılı Medeni Kanun'da yer almaktadır. Aşağıda bu maddi ve usuli şartlara temas edilecektir.

⁵ Hıfzı Veldet, *Medeni Hukuk I (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (2. Bası, 1945) 82-83.

⁶ Arpacı (n 5) 187.

⁷ Mustafa Dural ve Oğuz, Tufan, *Kişiler Hukuku* (8. Bası, Filiz 2006) 27.

⁸ Ferit H. Saymen, *Türk Medeni Hukuku (Şahsın Hukuku)* (1948) 42; Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku*, (7. Bası, Turhan 1997) 30.

⁹ Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku* (1. Bası, Vedat 2014) 72.

¹⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, (6. Bası, Filiz 1992) 213.

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 33; Dural ve Oğuz(n 8) 31; Öztan (n 9) 34.

1. Maddi Şartlar

Medeni Kanun'a göre gaiplik kararının verilebilmesi için iki maddi şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan birincisi, ölüm hakkında kuvvetli olasılık düşüncesini doğuracak şekilde ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama hallerinden birinin gerçekleşmesidir (MK, md. 32/1). Bu iki hadiseden herhangi birinin varlığı gaiplik kararının tesisi için yeterlidir. İkinci şart ise yaşanan hadiselerden sonra belli sürelerin geçmiş olmasıdır (MK, md. 33/1)¹².

a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde kişinin, ölüm sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel bir durumla karşı karşıya kalması gerekmektedir. Diğer deyişle zayıf bir ölüm şüphesi ile ölüme kesin gözle bakılma arasında kalan ciddi ölüm ihtimali, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda şarttır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimsenin ölümü pek muhtemel değilse gaiplik kararının verilmesi olanaksızdır¹³. Kişinin kaybolduğu hal içinden onun yaşadığından çok ölmüş olduğu sonucunun çıkarılması gerekmektedir. Burada tehlike ne kadar büyük olursa olsun ölümün kesinliğinden söz edilememektedir. Kişinin az da olsa yaşıyor olduğuna yönelik bir kanaatin makul kabul ediliyor olması ölüm tehlikesi içinde kaybolma kriterinin sağlanmasında mecburidir¹⁴. Bu sebeple ölüm tehlikesinin bulunup bulunmadığı her durumda somut olaya bakılarak tayin edilmelidir¹⁵. Örneğin kış ayında odun kesmek maksadıyla içinde yırtıcı ve tehlikeli hayvanların yaşadığı bilinen bir ormana giden kişi bir daha geri dönmemiş ve ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir olay yaşanmamışsa, kişinin ölüm tehlikesi içinde ölmüş olması kuvvetle muhtemeldir¹⁶.

b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama

Bir kimseden uzun süreden beri haber alınamıyorsa bu kimsenin hakları ve ilişkilerini tasfiye etme mecburiyeti vardır. Zira bu durumun ilelebet sürünceme-de bırakılması sakıncalıdır. Bu sebeple gaiplik kararının alınması gerekmektedir¹⁷. Uzun süreden beri haber alınamama halinde gaiplik kararının alınabilmesi için kayıp kişiden alınan son haber tarihi dikkate alınmaktadır. Burada haberin mutlaka gaip kişiden alınması zorunlu değildir. Bu ibarenin çevresinde gaip dışındaki kişiler de bulunmaktadır¹⁸. Bununla beraber kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan kişi hakkında gaiplik kararının verilebilmesi için bu haber alamamanın,

¹² Aytekin Ataay, Şahıslar Hukuku (3. Bası, 1978) 252; Tekinay (n 11) 213-214. Benzer yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2-276/278, 16.05.2007

¹³ Tekinay (n 11) 214; Arpacı (n 5) 188.

¹⁴ Dural ve Oğuz (n 8) 28-29.

¹⁵ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Bası, 1977) 237.

¹⁶ Veldet (n 6) 84.

¹⁷ Saymen (n 9) 46.

¹⁸ Ataay (n 13) 253.

kişinin yaşayıp yaşamadığı hakkında kuvvetli bir tereddüdü hâsıl etmesi şarttır. Dolayısıyla her uzun süreden beri haber alınamama hali gaiplik kararının verilmesi için yeterli değildir¹⁹. Diğer ifadeyle ölüm hakkında kuvvetli olasılık yoksa gaiplik şartlarının tekemmül ettiğinden söz edilemez. Bütün sorun, uzun süre devam eden habersizliğin, ölümü pek muhtemel gösteren şartlar içinde olup olmadığının değerlendirilmesindedir²⁰. Bu bakımdan örneğin bir kimsenin salt mektup yazmaması, telefon etmemesi, e-mail göndermemiş olması uzun süreden haber alınamama kararının alınabilmesi için yeterli değildir²¹.

c. Belli Bir Sürenin Geçmiş Olması

Gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekmektedir (MK, md. 33). Sürelerin başlangıcı, şahıs ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa, bu olayın vukuu tarihinden, son haber alma tarihine dayanıyorsa, kişinin sağ olduğu saptanabilen en son haber tarihinden itibaren hesaplanmaktadır²². Mahkemece gaipliğine karar verilen kişiden en son haber alınan tarih tespit edilmemişse gaiplik kararı verilemez²³. Süre farklılığının sebebi kaybolma hadisesinin şiddeti ile ilgilidir²⁴. Çünkü bu iki halde ölüm ihtimali aynı oranda değildir²⁵. Bu çerçevede ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma halinde ölüm muhakkak görülmemekle birlikte ölümü muhtemel kılan ciddi sebepler bulunduğuna göre, bu ihtimali güçlendirmek adına gaipliğine hükmolunmasını talep eden kimselerin en az bir yıl beklemeleri öngörülmüştür. Bu süre içinde kişinin bulunamaması halinde kişinin ölümü hakkındaki ihtimaller de güçlenmiş olmaktadır. Bununla birlikte kendisinden uzun süreden beri haber alınamama durumunda ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya nazaran hayatta olma ihtimali daha yüksek olduğundan gaiplik kararının istenebilmesi için daha uzun bir süre (en az beş yıl) tayin edilmiştir²⁶.

2. Usuli Şartlar

Medeni Kanun'a göre gaiplik kararının verilebilmesi için bazı usuli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çerçevede ehliyetli kişiler tarafından görevli ve yetkili mahkeme nezdinde başvuruda bulunulması ve gaiplik karardan evvel ilan işleminin yapılması şarttır (MK, md.32 vd.).

¹⁹ Dural ve Oğuz (n 8) 29; Arpacı (n 5) 189.

²⁰ Örneğin öğrenim maksadıyla başka bir ülkeye giden ve sürekli ailesiyle iletişim halinde olan bir kişi ile irtibat aniden kesilir, bu kişinin izine uzun süre rastlanamazsa gaiplik koşulları değerlendirilebilir. Bkz. Tekinay (n 11) 216.

²¹ Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 10) 72.

²² Öztan (n 9) 32.

²³ Yargıtay 2 HD, 4170/5908, 06.03.2013 (özel arşiv)

²⁴ Hatemi ve Kalkan Oğuztürk (n 10) 72.

²⁵ H. Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I (Şahsın Hukuku)* (5. Bası, 1963) 231.

²⁶ Saymen (n 9) 44-46.

a. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Gaiplik kararı ile ilgili görevli mahkeme²⁷, mer'i hukukta özel olarak tayin edilmiştir. HMK, md. 382'de sayılan ve çekişmesiz yargı işlerinden olan gaiplik kararı için görevli mahkeme mezkûr Kanun'un 383. maddesine göre sulh hukuk mahkemesidir²⁸. Gaiplik kararı ile ilgili yetkili mahkeme ise, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (MK, md. 32/2)²⁹.

b. Gaiplik Kararı İçin Başvuruda Bulunulması ve Başvuru Yapabilecek Kişiler

Medeni Kanun'a göre "...hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir" (MK, md. 32/1). Gaiplik kararı için başvuru şarttır. Mahkeme resen harekete geçemez³⁰. Alıntılanan metinde de yer aldığı üzere yetkili ve görevli mahkemeye dava açılmamakta, başvuruda bulunulmaktadır. Başvuruda bulunan kişi davacı değil başvurandır. Zira gaiplik kararı çekişmesiz yargının bir örneği niteliği taşımaktadır³¹. Başvuruda bulunmak için kanunda süre hududu tayin edilmemiştir. Gaiplik başvurusu için kanunda belirtilen asgari bekleme sürelerinin geçmesi yeterlidir.

Gaiplik kararı için hakları ölüme bağlı olanların başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Bunlardan anlaşılması gereken kişiler eşi, kanuni mirasçıları, mirasçı olarak tayin ettiği kişiler, hayat sigortasından yararlananlar, gaip yüzünden mirastan mahrum kalanlar, askerlik şubesi, devlet, savcılık, alacaklılar gibi kişi ve kurumlardır. Bu kişi ve kurumların ortak noktası haklarının ölüme bağlı olmasıdır³². Gaiplik kararının istenebilmesi için ölüme bağlı bir hakkın bulunmaması durumunda aktif husumet yokluğundan gaiplik talebinin reddine karar verilmelidir³³.

Gaiplik başvurusunda bulunan kişi mahkeme huzurunda kaybolma hadisesinin gerçekleştiğini ispat ve ölümün kuvvetli bir olasılık olduğuna dair delilleri ileri

²⁷ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) dava şartlarını düzenleyen 114. maddesine göre yapılacak yargılamalarda mahkemenin öncelikle görevli olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından yapılacak incelemede görev konusunda usule aykırılık saptanır ise yetki değerlendirmesine geçilmemektedir.

²⁸ Aynı yönde bkz. Yargıtay 17 HD, 4162/5361, 11.4.2013; Yargıtay 18 HD, 14725/1079, 23.01.2014 (özel arşiv).

²⁹ Gaip olan kişinin anasının veya babasının da Türkiye'de nüfusa kayıtlı yerin olamaması durumunda yetkili mahkeme Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biri olmalıdır (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728, md. 41).

³⁰ Arpacı (n 5) 18.

³¹ Oğuzman/Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 32; Dural/Oğuz (n 8) 29; Cemil Çelik, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik', (2004) Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan 97, 107.

³² Öztan, (n 9) 32; Çelik (n 32) 108; Ataay (n 13) 253; Tekinay (n 11) 213; Özsunay (n 16) 239.

³³ Yargıtay 2. HD, 8180/10559, 15.06.2011 (özel arşiv); Yargıtay 2. HD, 2302/6212, 19.03.2012.

sürmek mecburiyetindedir³⁴.

c. İlan ve İlanın Sonuçları

Hâkim kendisine müracaat edildiğinde talepte bulunanın buna hakkı olup olmadığını ve kendisinin bu davaya bakmaya görevli ve yetkili olup olmadığını ve sonunda başvuru için kanuni sürelerin dolup dolmadığını araştırmaktadır³⁵. Hâkim bu araştırma sonucunda olumlu sonuca ulaşırsa kayıp kişi hakkında bilgisi olanları, belirli süreler içinde bu bilgilerini açıklamaları için ilan edilen bir tebliğle mahkemeye davet etmektedir (MK, md. 33/2).

Bu ilan kişiye, ilan edilen süre içinde başvuruda bulunmadığı takdirde kendisi hakkında gaiplik kararının verileceğini duyurmaya yöneliktir³⁶. Diğer yönüyle ilan aynı zamanda kayıp kişinin hakları tasfiye olmadan kendisini haberdar edip ortaya çıkmasını sağlamaktır³⁷. İlan belli sayıda ve belli kişilere yapılmamakta, gaibe ve herkese karşı yapılmaktadır³⁸. Bununla beraber gaiplikle ilgili en az bir kere ilana çıkılmalıdır³⁹. Hakkında gaiplik kararı verilecek kişi ile ilgili bilgi toplamak amacıyla yapılan ilanda bilgi arz süresi ilk ilan gününden başlayarak en az altı aydır (MK, md. 33/3). Gaipliğine karar verilecek kişi, ilan süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşmektedir (MK, md. 34).

Yapılan ilan ya da ilanlardan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar vermekte ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmaktadır (MK, md. 35/1). Gaiplik hallerinde ölüm muhakkak değildir. Dolayısıyla ölüm kararı değil gaiplik kararı verilmektedir⁴⁰.

Gaip olan kişinin geri gelmesi durumunda veya hayatta olduğuna dair kesin bir bilgiye sahip olunması durumunda gaiplik kararı hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır. Ancak bu durumda hukuki güvenlik ilkesi gereğince gaiplik kararının hâkim tasarrufu ile kaldırılması gerekmektedir⁴¹.

³⁴ Tekinay (n 11) 218.

³⁵ Saymen (n 9) 50.

³⁶ Oğuzman/Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 32.

³⁷ Saymen (n 9) 50.

³⁸ Diğer deyişle ilan kamuya yapılmaktadır. Bkz. Veldet (n 6) 86; Öztan (n 9) 33.

³⁹ Bu konuda Yargıtay, bazı kararlarında iki kez ilan işleminin yapılması gerektiğini belirtirken (bkz. Yargıtay 2. HD, 4170/5908, 06.03.2013 (özel arşiv); Yargıtay 2. HD, 25244/31349, 24.12.2012 (özel arşiv); bazı kararları en az iki kez ilan işleminin yapılması gerektiğini belirtmektedir (bkz. Yargıtay 1. HD, 12267/13881, 10.12.2009 (özel arşiv); Yargıtay 1. HD, 8421/10550, 25.06.2013 (özel arşiv)).

⁴⁰ Saymen (n 9) 45.

⁴¹ Öztan (n 9) 37 Gaiplik kararının kaldırılmasına dair uyumsuzluklar, hakları gaiplik kararına bağlı olan ilgililerin de davada yer alması gereken çekişmeli yargı işi olduğundan, davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 17. HD, 19269/17938, 18.12.2013 (özel arşiv); Yargıtay 18. HD, 15933/1580, 06.02.2014 (özel arşiv).

Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinesin istemi üzerine de o kimsenin gaipliğine karar verilmektedir (MK, md. 588/1). Gaiplik kararı, kararı veren hâkimin bildirmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydolunmaktadır (MK, md. 45)⁴².

C. GAİPLİK KARARININ SONUÇLARI

Ölümün muhakkak değil, sadece kuvvetli bir olasılık olduğu hallerde ölüme işaret eden alamet ve emareler söz konusu olmaktadır. Ölüm ihtimalinin mevcudiyetini tespit ise, doğrudan doğruya bir kimsenin ölümünü tespit anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla gaiplik hallerinde kanun kayıtsız, şartsız ölümün tesciline izin vermemektedir. Bunun yanı sıra gaiplik kararı verilirse bu karar hakları gaibin ölümüne bağlı olan şahısları ölümü ispat etme yükünden kurtarmaktadır⁴³. Gaiplik kararının verildiği durumlarda ölüm matematiksel kesinlik taşımamaktadır. Burada varsayımsal ve aksi ispatlanabilir bir ölüme benzer durumdan söz edilmektedir. Gaiplik kararı ile gaibin ölümü ispatlanmış gibi hareket edilmekte ve buna hukuk bazı sonuçlar bağlanmaktadır. Bu anlamda gaiplik kararı bir kimsenin ölümü ile kazanılacak hakların kazanılmasına imkân tanımaktadır⁴⁴. Gaipliğe karar verilmesiyle güdülen amaç, şüpheli ve mütereddüt durumlara son vermektir. Ancak bu karar kişinin şahsiyetine hiçbir suretle son vermediğinden bu kişi sözelimi başka bir ülkede yaşıyor ise medeni haklardan istifade ehliyetine tam olarak sahip olmaya devam etmekte ve yapacağı bütün muameleler hüküm ifade etmektedir⁴⁵.

Gaiplik kararı ile birlikte gaiplik kurumunun özünden kaynaklanan bazı kendine özgü sonuçlar da meydana gelebilmektedir⁴⁶. Zira ortada ispat edilmiş kesin bir ölüm olmadığından ve ölüm üzerindeki tereddütler tümünden giderilemediğinden, hukuki sonuçlar gaibin ortaya çıkabileceği veya öldüğü tarihin saptanabileceği durumlar göz önünde bulundurularak kendine özgü şekilde düzenlenmiştir. Burada gaibin hayatta bulunma ihtimaline binaen kanun gaiplik kararına kesin sonuçlar bağlamamış; bir müddet daha tedbirli hareket edilmesini uygun görmüştür. Bu düzenlemelerdeki temel amaç gaibin ilerde ortaya çıkması halinde büyük oranda haklarını elde edebilmesine yöneliktir⁴⁷.

1. Geçmişe Etkililik

Kişiliği sona erdiren bir hal olarak kişinin gaipliğine karar verilmesi durumunda verilen gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındı-

⁴² 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 34'e göre "Gaiplik kararları mahkemelerce on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir".

⁴³ Oğuzoğlu (n 26) 229.

⁴⁴ Tekinay (n 11) 219; Saymen (n 9) 43.

⁴⁵ Hikmet Belbez, 'Devletler Hususi Hukukunda Medeni Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik' (1949) 6 (1) AÜHFD 70, 74.

⁴⁶ Dural ve Oğuz (s 8) 31.

⁴⁷ Saymen (n 9) s. 53; Oğuzman/Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 33.

ğl günden başlayarak hüküm doğurmaktadır (MK, md. 35/2)⁴⁸. Yani gaiplik hali gaiplik kararının verildiği tarihten itibaren değil daha önceden başlatılmaktadır⁴⁹. Bu noktada kesin olan bir şey var ki o da gaiplik kararının verildiği tarihin, gaibin ölmüş olduğu anı göstermiyor oluşudur. Bu bakımdan gaiplik kararını mümkün olduğu kadar gerçeğe yaklaştırmak amacıyla, karar geriden başlatılmaktadır. Gaiplik kararı ile bilinen durumdan bilinmeyen duruma geçildiği an gaiplik halinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmektedir⁵⁰.

Gaiplik kararı ile birlikte kişi geçmişe etkili olarak ölmüş telakki edilmektedir. Gaiplik kararı ölüm tarihini ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihi olarak hükmen tescillenmiş olmaktadır. Bu durumda kişilik hakkı ile beraber kişilik hakkına bağlı hakları da sona ermektedir (örneğin nesebin reddi, babalık davası, intifa hakkı, sükna hakkı gibi). Gaiplik kararı ile gaibin kişiliği temsil eden haklarla bir ilgisi kalmamaktadır⁵¹. Fakat yine de gaipliğine karar verilen kişi için öldüğü kesinlikle söylenebilen bir kişi denilemediğinden gaiplik kararının sonuçlarına ilişkin bazı özel düzenlemeler yapılmıştır. Diğer ifadeyle her durumda gaiplik kararının etkileri geçmişe dönük olmamaktadır⁵².

2. Malvarlığı Açısından Sonuçları

Gaiplik kararı ile birlikte hakkında gaipliğine hükmedilen kişi ölmüş gibi değerlendirildiğinden malvarlığı bir kül olarak mirasçılara geçmektedir. Gaiplik kararı geçmişe etkili olduğundan mirasçılık karar tarihine göre değil, ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihine göre saptanmaktadır⁵³. Bununla birlikte ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden daha önce ya da sonra olduğu ispat edilirse miras paylaşımının yeni duruma göre gözden geçirilmesi gerekmektedir⁵⁴.

Kişinin kaybolması ile gaiplik kararı arasındaki süreçte gaip ne mirasçı ne miras bırakandır. Bu süreçte sahip olduğu haklar kanun koyucu tarafından korunmaktadır⁵⁵. Kanun ortadan kaybolan bir kimsenin mallarını başıboş bırakmamaktadır⁵⁶.

⁴⁸ Bir görüşe göre gaiplik kararının tehlike anından itibaren hüküm ifade etmesi anlaşılabilir bir durumdur. Zira gaibin tehlike anında ölmüş olması yüksek olasılıktır. Oysa kanun koyucunun gaiplik kararının sonuçlarını, gaipten son haber alınan tarihi esas alarak başlatması sunidir. Bununla birlikte kabul sebebi daha iyi bir tercihin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Veldet (n 6) 87.

⁴⁹ Çelik (n 32) 114.

⁵⁰ Saymen (n 9) 54.

⁵¹ Ataay (n 13) 255; Özsunay (n 16) 242.

⁵² Örneğin gaiplik kararının evliliği kendiliğinden sona erdirmemesi, gaibin mirasçılarının belli koşullar çerçevesinde teminat gösterme zorunluluğu gibi. Bkz. Arpacı (n 5) 191-192; Oğuzman/Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 33.

⁵³ Dural ve Oğuz (n 8) 32.

⁵⁴ Tekinay (n 11) 220.

⁵⁵ Dural ve Oğuz (n 8) 32.

⁵⁶ Tekinay (n 11) 216-217.

Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilmektedir (MK, md. 586/1)⁵⁷. Ayrıca vesa- yet makamı gaip olan kişinin malvarlığına yönelik, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri almakta ve belli koşullar altında yönetim kayyımı atamaktadır (MK, md. 427/1)⁵⁸. Kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapmaktadır⁵⁹. Bununla birlikte yönetim kayyımı, kayyımlık altındaki kişinin sadece malvarlığını temsil etmemektedir. Bu kişi kayyımlıkla bağlantılı korumanın somut olaydaki gereklerine göre kişisel korumayı sağlayıcı tedbirler de alabilmektedir⁶⁰.

Gaiplik kararının kesinleşmesi ile birlikte gaip kişinin malvarlığı mirasçılara geç- mektedir. Kayıp kişiye atanan kayyım bu zaman dilimine kadar terekeyi temsilen işlem yapmış olmaktadır⁶¹. Ancak hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kişinin miras- çıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edil- meden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence-teminat göstermek zorundadırlar⁶². Ger- çekten gaibin ölmüş olması ne kadar kuvvetle muhtemel olsa da bu kişinin yaşıyor olması da ihtimal dâhilindedir. Bu takdirde bir gün ortaya çıkabilme ihtimali olan gaibin bütün mallarının paylaşılması onu güç duruma düşürebilir. Bu sebeple güven- cenin gösterilmesi zorunludur⁶³. Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma duru- munda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda onbeş yıl ve her halde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilmektedir

⁵⁷ Gaipken mirasa hak kazanan kişi için gaiplik kararının verilmesi halinde, miras payı resmen yönetilen bu kişiye mirastan düşen kısım, ölüm tarihi itibarıyla mirasa hak kazanan diğer kişiler arasında paylaşılır. Zira gaiplik kararı geçmişe etkilidir. Geçmişe etkili olma sebebiyle arasında mirasa hak kazandığı tarih itibarıyla bu paya sahip olma ehliyetinin olmadığı gaiplik kararıyla ilan edilmiş olmaktadır. Nitekim mirasın açıldığı anda ortada bulunmayan gaipliğine karar verilmesi halinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar da gene yukarıda yer verilen gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uymak suretiyle o kimsenin miras payının kendilerine teslimini isteyebilecekleri hüküm altındadır (MK, md. 586/2).

⁵⁸ Bir kişi nezdinde gaiplik koşullarının varlığı halinde, yönetim kayyımı atanıncaya kadar ivedi işlerin yerine getirilmesi bakımından istek üzerine veya resen temsil kayyımının atanması da mümkündür (MK, md. 426/1; “*Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse*”)

⁵⁹ Kayyımın, bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlı tutulmuştur (MK, md. 460).

⁶⁰ Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık* (1. Bası, Vedat 2006) 295

⁶¹ MK, md. 477/1-2; “*Temsil kayyımlığı, kayyımın yapmakla görevlendirildiği işin bitirilmesiyle sona erer. Yönetim kayyımlığı, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona erer*”.

⁶² Teminat yükümlülüğü gaiplik kararının ölümle tam anlamıyla aynı olmadığına güzel bir örnektir. Zira ölüm hadisesinin gerçekleşmesi durumunda miras koşullu olarak mirasçılara geçmemektedir. Bkz. Arpacı (n 5) 192.

⁶³ Tekinay (n 11) 220.

(MK, md. 584/1,2)⁶⁴. Bu sürelerin hitamından itibaren miras kesin olarak mirasçılara geçmektedir. Bununla birlikte bu sürelerin dolmasından sonra da üstün hak sahiplerine veya gaibin ortaya çıkmış olması halinde mirasçıların veya mirasta hak sahibi olanların geri verme yükümlülüğü vardır. Diğer deyişle teminat yükümlülüğünün sona ermesi, iade yükümlülüğünü ilanihaye ortadan kaldırmamaktadır⁶⁵. Medeni Kanun’a göre gaibin ortaya çıkması halinde veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenlerin bu sıfatlarını ispat etmeleri halinde, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler. İyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir (MK, md. 585)⁶⁶. Gaiplik kararı verilmesi için gerekli ilan süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçmektedir. Bununla birlikte Devlet, ortaya çıkmaları koşuluyla gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi süresiz geri verme yükümlülüğü altındadır (MK, md. 588/2,3)⁶⁷.

3. Evlilik Açısından Sonuçları⁶⁸

Ölüm evliliği sona erdiren bir unsur iken gaiplik kararı ile birlikte gaip kişinin evliliği kendiliğinden sona ermemektedir. Bu anlamda gaiplik kararı geçmişe etkili şekilde sonuç doğurmamaktadır. Evliliğin feshine karar verilmeye kadar evlilik tüm hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Nitekim Medeni Kanun’a göre “*Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir*” (md. 131/1,2). Burada amaçlanan şey gaibin ortaya çıkma ihtimaline karşılık eşine, isterse eşe bağlı kalmak, isterse bu bağı çözmek adına bir seçimlik hakka sahip olmasını sağlamaktır. Burada kişinin eşi mutlaka ölmüş gibi davranması zorunlu görülmemiştir. Bununla birlikte evliliğin feshi istenmemişse bile eşi, gaibe mirasçı olabilmektedir⁶⁹.

⁶⁴ Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilmektedir. Gaibin resmen yönetilen miras payı da gaiplik kararının verilmesiyle birlikte gaipliğine karar verilen kişinin mirasçılarına teminat karşılığında teslim ve tescil edilmektedir (MK, md. 586/3)

⁶⁵ Öztan (n 9) 37.

⁶⁶ MK, md. 639; “*Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır*”.

⁶⁷ Bu durum, MK, md. 588/1’deki malvarlığının on yıl resmi yönetilmesi veya bu şekilde malvarlığı yönetilen kişinin yüz yaşını dolduracağı sürenin geçmesi durumunda Hazinenin o kişinin gaipliğine karar verilmesini talep etmesi hali için geçerlidir.

⁶⁸ Esasında bu başlık, çalışmanın temel gayesi ile bağlantılı değildir. Ancak gaiplik kararının hukuki sonuçları arasında yer alması hasebiyle kısaca değinilmektedir.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 35-36.



II. HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLECEK YADA VERİLMİŞ KİŞİNİN VERGİ HUKUKU KARŞISINDAKİ DURUMU

Kayıp bir kişinin, hakkında gaiplik kararı verilmeden önceki ve sonraki vergi hukuku karşısındaki durumu, üzerinde çalışma yapılmamış sahalardan biridir. Bu başlık altında gaiplik kararı verilmesinden önceki ve sonraki iki evre ile ilgili ayrıntılı incelemeler yapılacaktır.

A. HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLECEK KİŞİNİN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Kişilerin ölüm tehlikesi içinde kaybolmaları veya bu kişiler hakkında uzun süreden beri haber alınamaması, haklarında ölmüş olabilecekleri istikametinde bir duygunun hâsıl olmasını sonuçluyor ise diğer bir ifadeyle ölüm ihtimalinin kuvvet derecesi yüksek ise gaiplik gündeme gelmektedir.

Bir kişinin kayıp olarak tanımlanabildiği durumlarda bu kişi ile ilgili vergi işlemlerinin akıbeti tartışma konusudur. Bununla birlikte velayet ya da vesayet altında olan bir kişinin kaybolması durumunda tartışma bulunmamaktadır. Zira velayet ya da vesayet altında olan bir kişiye ait vergisel yükümlülükleri yerine getirme mükellefiyeti veli ya da vasedir. Bu durumda mirasçıların tayin edilmesi aşamasına kadar mükellefiyetle ilgili şekli ve maddi yükümlülükleri yerine getirme sorumluluğu ve ayrıca vergisel kabahatlerin doğrudan muhatabı kanuni temsilci olarak bu kişilerdedir (MK, md. 335 vd.; MK, md. 396 vd.; VUK, md. 10, 332).

Medeni Kanun'a göre kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanan kişidir (md. 403/2). Bir kimseye kayyım atanması onun fiil ehliyetini etkilememektedir⁷⁰. Kayyım hakkında esas alınması gereken kural ve şartlar prensip olarak vasi hakkındaki hükümlere tabidir (MK, md. 403/2,3). Kayyımın atanması usulü vasinin atanması usulüne bağlanmıştır (MK, md. 431/1). Buna göre görevli ve yetkili vesayet makamı ilgili kişilerin başvurusu durumunda konu ile ilgili değerlendirmesini yapmak suretiyle kayyım tayininde bulunmaktadır⁷¹. Bir kişiye kayyım tayini doğaldır ki muhatap kişiyi belli durumlara özgü şekilde kayyım idaresine tabi tutmayı müncerdir.

Kayıp olan kişinin velayet veya vesayet altında olan bir kişi olmaması durumunda bu kişilerin vergilendirme süreci ile ilgili haklarının kullanılması ve ödevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili Vergi Usul Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda esas düzenleme gaiplik kurumu ile ilgili ana metin hüviyetindeki Medeni Kanun'da yer almaktadır. Medeni Kanun'un 427. maddesine göre “*Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken ön-*

⁷⁰ Yasal danışmanlığa ilişkin hükümler saklıdır (MK, md. 458/1)

⁷¹ Yönetim kayyımı, malvarlığının büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamı tarafından atanmaktadır (MK, md. 430/2). Buradaki vesayet makamından anlaşılması gereken merci ise sulh hukuk mahkemesidir (MK, md. 397/2).

lemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar”⁷². Yönetim kayyımının atanması bir ön koşul çerçevesinde belirlenmiştir. Bu ön koşula göre yönetilen bir malvarlığı sözkonusu olmamalıdır. Aksi halde yönetim kayyımının atanması mümkün değildir. Medeni Kanun md. 427/b.1’e göre “uzun süreden beri bulunamayan ve oturduğu yer de bilinmeyen” kişilerin varlığı halinde bunların malvarlığının idaresi için yönetim kayyımı atanmaktadır. Bentte “ve” bağlacı dikkat çekicidir. İlk bakışta yönetim kayyımının tayin edilebilmesi için uzun süreden beri bulunamama ile oturduğu yerin bilinmemesi halinin aynı anda gerçekleşmesi gerektiği gibi bir izlenim doğmaktadır. Oysa bentte yer alan “de” ile oluşturulan söz öbeği işin niteliğini değiştirmektedir. Yönetim kayyımlığı için ya uzun süreden beri bulunamayan bir kişi söz konusu olmalıdır ya da bu kişi öyle bir kişi olmalıdır ki uzun süreden beri hakkında haber alınamamakla birlikte oturduğu yer de bilinmemelidir. Ayrıca MK, md. 427/b.1’e göre yönetim kayyımının atanabilmesi için kişi “uzun süreden beri” kayıp olmalıdır. Uzun bir sürenin geçmesi halinde kayyım atanabilmektedir. Uzun süreden ne kastedildiği belirsizdir. Asgari bir süre belirlenmemiştir. Bu süre vesayet makamı tarafından olayın özelliği, ölüm olasılığının fazlalığı ve vahametine göre tayin edilmektedir. Yönetim kayyımı bu durumların varlığı halinde atanabilecektir. Yapılan açıklamalar muvacehesinde gerekli şartlar bakımından kayıp kişi için de yönetim kayyımının atanabileceği ve bu anlamda gerekli şartların var olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira kanun koyucu, gaiplik şartlarından daha hafif şartların teşekkülü halinde bile yönetim kayyımının atanması konusunda emin olunmasını sağlayacak sarahatte düzenlemeler yapmış durumdadır. Örneğin gaiplik kurumu bağlamında kayıp olma halinden söz edebilmek için ölümün kuvvetli olasılık olması şart iken, yönetim kayyımının atanabilmesi için bu şekilde kaybolma hali şart değildir. Bu nedenle gaiplik kurumundaki gibi ağır şartların var olması durumunda yönetim kayyımının atanmasının doğru bir tutum olacağı ile ilgili belirsizlik bulunmamaktadır⁷³. Ayrıca vesayet makamının, ortadan kaybolma veya kayıp olma halinin kısa süreceğine dair, mutlak veya mutlak değerlere yakın olguların varlığını görmesi halinde, kişiye yönetim kayyımı yerine “ivedi”, “münferid”, “sürekliliği olmayan” işlere has şekilde temsil kayyımı atanması konusunda tercihte bulunma hakkına sahip olduğu unutulmamalıdır⁷⁴. Temsil kayyımının atanma ve görev tanımı dikkate alındığında gaip kişiler için esas olan kayyımlık şeklinin yönetim kayyımı olduğunu belirtmek gerekir. Bu bakımdan

⁷² Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilmektedir (MK, md. 586/1). Burada resmen yönetime tabi tutulacak miras payı ile ilgili hangi hükümler çerçevesinde kayyım tayin edileceği belirsizdir. Bu durumda ya MK, md. 427/1 çerçevesinde ya da md. 427/3 (Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılar) çerçevesinde yönetim kayyımı atanmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Gümüş, (n 61) 74. Bu noktada belirtmek gerekir ki hangi bent hükmüne dayanılarak kayyım atanmış olursa olsun kayyımın sorumluluğunda bir değişiklik olmamaktadır.

⁷³ Benzer yönde bkz. İbid 72, 74.

⁷⁴ İbid 30-31, 72.

gaiplikle ilgili aşağıda yer alan açıklamalar özellikle yönetim kayyımlığı merkeze alınarak yapılmıştır⁷⁵.

Medeni Kanun'un md. 427/b.1'de öngördüğü durumların mevcut olması halinde ilgili kişilerce yapılan müracaat üzerine yukarıda da değinildiği şekilde vesayet makamınca ileri sürülen şartların var olup olmadığı ele alınmakta ve ulaşılan kanaat düzeyinden emin olunması durumunda yönetim kayyımının atanmasına karar verilmektedir. Kimlerin vesayet makamına müracaat etmesi gerektiğine yönelik Medeni Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda kayyım atanmasında menfaati bulunanların, örneğin mirasçıların ya da alacaklıların başvuruda bulunmasında hukuki açıdan bir beis veya engel bulunmamaktadır⁷⁶. Dolayısıyla bu konuda vergi idaresi de müracaat etme ehliyetine sahip olmalıdır. Örneğin düzenli şekilde vergisel yükümlülüklerini yerine getiren bir mükellefin bir süredir ödevlerini yerine getirme konusunda belli bir girişimde bulunmaması ve yapılan tüm çağrılara sessiz kalması durumunda idarenin yoklama veya inceleme sürecini başlatması ve kaybolma koşullarından haberdar olması mümkündür. Hatta bu konuda idareye bir ödev yükletilmesi dahi düşünülmelidir. Zira kayıp bir mükellefin malvarlığının yönetimi, idare için müstakbel vergi tahsilâtının akıbeti açısından önemlidir. Yönetilmeyen bir malvarlığı, merkezi idarenin ve vergi toplama ehliyetine sahip olan diğer kamu kurum ve kuruluşların mali tevzin gayretlerine zarar verebilir. Bu bakımdan vergi idaresinin de kayyım atanması talebinde bulunması olanaklı, hatta lüzumludur⁷⁷.

Yönetim kayyımının görev süresi konusunda Medeni Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece görev süresi konusunda gaiplik kararının verileceği tarihin, tabii süre sınırı olarak kabul edilmesi mümkündür. Gaiplik kararının verilmesi doğal olarak gaip kişilerin malvarlığını idame ve idare için vazifeli yönetim kayyımının görevlerini sona erdirmektedir. Yönetim kayyımının atanması ile ilgili başvuru süresi konusunda da kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ticari olsun ya da olmasın hayatın olağan akışına göre, kaybolan kişi adına kayyım atanması için başvuruların kısa sürede yapıldığını ve yapılan başvurular üzerine vesayet makamının da kayyım atanması konusunda inisiyatif aldığını düşünmek gerekir. Fakat çok kısa bir sürede bu işlemlerin yapılmış olduğu varsayımında dahi yönetim

⁷⁵ Vurgulamak gerekir ki temsil kayyımının atanması durumunda buna bağlanan vergisel sonuçlar, yönetim kayyımının atanması durumunda buna bağlanan vergisel sonuçlardan farklı değildir.

⁷⁶ İlave olarak MK, md. 404/2'ye göre görevlerini yaparlarken kayyımlık kararının verilmesini gerektiren bir halin varlığını öğrenen nüfus memurlarının, idari makamların, noterlerin ve mahkemelerin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmeleri zorunludur.

⁷⁷ Kamu alacaklısı için kayyımın atanmaması sorunlu bir vergisel yapı ile mücadele anlamına gelmektedir. Bu durumda kamu alacaklısı her ne kadar yerine getirilmeyen yükümlülükler açısından işlem tesis etme kudretine sahip olsa da her vergisel durum için idarece hareket etme imkânı mümkün ve rasyonel değildir. Çünkü çoğu vergide esas olan idarenin işlem takibi değil mükellef ya da kanuni temsilcilerinin beyan ve bildirimde bulunmasıdır. Dolayısıyla yönetim kayyımının atanması gereken durumlar için idareye de başvuru imkânı tanınmalıdır.

kayyımının atanması için belli bir sürenin geçmiş olacağı muhakkaktır. Bu süre zarfında kaybolan kişinin malvarlığı sahipsizdir ve bu süreçte yerine getirilmesi zorunlu olan pek çok vergisel ödevler de muhtemelen yerine getirilememiştir. İşte bu durumların mevcut olması halinde kaybolma halinin mücbir sebep olarak kabul edilmesi ve kayyım atanıncaya kadar zamanında yerine getirilemeyen yükümlülükler bakımından VUK, md. 373 gereğince vergi cezasının kesilmemesi ve hatta gecikme faizinin hesaplanmaması yerinde olacaktır⁷⁸.

Kayıp kişiye atanan yönetim kayyımının hukuki vasfı ve sorumluluğu hususunda Vergi Usul Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kişilerin belli süre ve zaman dilimleri ve belli işler için kanuni temsilci sıfatıyla görev yaptığından kuşku yoktur. Ancak yönetim kayyımının Vergi Usul Kanunu anlamında kanuni temsilci olup olmadığı hususunda bir netlik bulunmamaktadır. Kanun, sadece küçük ve kısıtlılar bakımından kanuni temsilcilik sıfatını ve bundan doğan sorumluluğu düzenlenmiştir (VUK, md. 10)⁷⁹. Daha önce de değinildiği üzere küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcisi veli ya da vasidir. Medeni Kanun'a göre küçük ve kısıtlının olduğu durumlarda yönetim kayyımının kanuni temsilci olarak atanması olanaklı değildir. Yönetim kayyımı küçük ya da kısıtlı olmayan ergin kişiye atanabilmektedir. Dolayısıyla ergin bir kişinin kayıp olması durumunda atanan yönetim kayyımının, VUK, md. 10 çerçevesinde sorumluluğuna müracaat edilmesi olanaklı değildir⁸⁰. Bu sebeple bu konuda bir yasal düzenlemenin yapılması elzemdir⁸¹. Bununla birlikte VUK, md. 332'ye göre "*Velayet ve vesayet altında bulunanlar veya işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanlar, kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulmazlar. Bu hallerde cezanın muhatabı, veli, vasi veya kayyımdır*". Bu

⁷⁸ Temsil kayyımının atanması için de belli bir sürenin geçmiş olması olağan bir şeydir. Dolayısıyla yönetim kayyımı için yukarıda yer verilen düşüncenin, temsil kayyımının atanması süreci için de geçerli olması gerekmektedir.

⁷⁹ VUK, md. 10: "*Tüzelkişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzelkişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzelkişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır. Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler için asıl mükelleflere rücu edebilirler*".

⁸⁰ "*Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*" temsil kayyımının atanması olanaklıdır (MK, md. 426/2). İşte sadece bu durumda küçük ve kısıtlı kişilere atanan temsil kayyımının VUK, md. 10 gereğince kanuni temsilci sayılması mümkündür. Bunun dışındaki hallerde kayyım olarak atanan kişilerin VUK, md. 10 bağlamında sorumluluğuna başvurulamaz. Bu konuda bir özel durum daha vardır ki bu durumda ergin olmayan kişiler adına soybağının reddi davası açmak için vesayet makamınca kayyım atanabilmektedir (MK, md. 291/2). Ancak burada kayyımın ehliyeti kural olarak sadece belirli bir dava konusu ile sınırlı olduğundan bu kişinin durumu VUK, md. 10 kapsamında değerlendirilememektedir.

⁸¹ Bu yaklaşım, 6183 sayılı AATUHK'nın mükerrer 35. maddesi bakımından da geçerlidir.



düzenlemelere göre bir malvarlığının yönetim ve gözetimi ile ilgili karar almak üzere yönetim kayyımı olarak atanan kişiler, VUK, md. 10 hükmü çerçevesinde kanuni temsilci olmamakta, VUK, md. 332'ye göre ise malvarlıklarını idare ettikleri kişilerle ilgili vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden ötürü vergi cezalarına muhatap olmaktadır. Başka bir deyişle kanun hükümlerinin açık lafzı ve sorumluluk hukukunda genişletici yorumun yapılmaması gereği karşısında, yönetim kayyımı olarak atanan kişilerin, yerine getirilmeyen veya eksik yerine getirilen vergi yükümlülükleri açısından, terditli mesuliyet çerçevesinde sorumluluklarına müracaat edilemeyen, fakat cezalar açısından idare karşısında sorumlulukları olan kanuni temsilciler olarak kabulü gerekmektedir⁸².

Kayıp kişinin, şahsi malvarlığının idaresi için gerekli önlemleri almış, örneğin malvarlığının idaresi için bir temsilci veya yönetici atamış olması halinde yönetim kayyımının tayini mümkün değildir⁸³. Ancak kayıp kişi tarafından daha önce görevlendirilmiş kişinin var olduğu durumlarda ortada VUK hükümleri çerçevesinde idareye sorumlu sıfatıyla muhatap olacak kimse kalmamaktadır. Zira kanuni temsilcilik sıfatı kanundan doğmaktadır. İradi temsilci bu sığata sahip bir kişi değildir. Bu sebeple iradi temsilci, vergisel ödevlerin yerine getirilmesi bakımından yönetim kayyımından farklı olarak vergi cezalarına da muhatap olmayacak⁸⁴, ceza tutarları itibarıyla kayıp mükellef hedef alınacaktır⁸⁵. Vergi idaresinin bu şekilde

⁸² MK, md. 467: “Vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. Kayyım ve yasal danışmanlar hakkında da aynı hüküm uygulanır”. Maddede açıkça belirtildiği üzere kayyım olarak atanan kişilerin bir kusurunun olması durumunda ayrıca kayyımların sorumluluğuna müracaat etmek mümkündür. Fakat bu sorumluluk, kayyımların vergi cezalarından doğan sorumluluğundan farklıdır.

⁸³ Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1998) 514; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (5. bası, Turhan 2004) 791. Ancak vesayet makamının her zaman için iradi temsilciyi azledip kayyımlık tesis etmesi ihtimal dâhilindedir. Ayrıca gaip kişi malvarlığının üçüncü kişiler tarafından (eş, çocuk, komşu gibi) gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde yönetilmesi durumunda da yönetim kayyımının atanamayacağına dair görüşler için bkz. Gümüş (n 61) 73,75.

⁸⁴ Burada dolaylı olarak 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirlerin iradi temsilci oldukları haller vergisel sorumluluk açısından bir istisna özelliği taşıyabilir. Zira VUK, mm. 227'ye göre “...beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyaına bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulurlar”. Buna göre bir zorunluluk ve mutad olmamakla birlikte meslek mensubu tarafından düzenlenen ve imzalanan vergisel belgeler sebebiyle VUK, mm. 227 çerçevesinde meslek mensuplarının sorumluluğu gündeme getirilebilecektir.

⁸⁵ Burada vergi cezaları bakımından kusur hususunun tartışılması mümkündür. Zira ceza hukukunda yer alan kusursuz ceza olmaz ilkesinin, kusursuz idari para cezası olmaz şeklinde bir sonucu da kapsadığı kabul edilmelidir. Bkz. Berrin Akbulut, *Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (1. Bası, Adalet 2010) 364. Bu nedenle kayıp olan kişinin, kayıp olduğu süre içerisinde cezalandırılmayı gerektiren fiiller bakımından, kusursuz olduğu gerekçesiyle cezai müeyyideyle karşı karşıya bırakılmaması gerekmektedir.

bir hadiseye tesadüf etmesi durumunda, vergisel işlemlerin sıhhati açısından vesa-yet makamına başvurmamak suretiyle bir kayyım tayini talebinde bulunması yararlı olacaktır.

Gaiplik kararı verilmeden önce herhangi bir tarihte kayıp kişinin yaşamadığının kesin olarak anlaşılması halinde gaiplik süreci kendiliğinden sona ermekte ve bu kişi için aile kütüğüne ölüm kaydı düşülmektedir. Bu durumda artık vergilendirme işlemleri bakımından müracaat edilecek kişiler, ölmüş olduğu kesin olarak saptanmış kişinin mirasçıları olacaktır. Ancak burada da zamanaşımı sorunu ortaya çıkabilecektir. Örneğin kesin olarak öldüğü anlaşılan kişi adına verilmesi gereken bir beyannamenin verilmemesi sebebiyle, cezalı tarhiyat yapılmak istendiğinde, tarh zamanaşımı süresinin dolmasına üç aydan az bir süre kalmış ise bu tarhiyatın gerçekleştirilememesi olasıdır⁸⁶. Zira VUK, md. 150'ye göre sulh yargıçları, nüfus memurları gibi kişiler muttali oldukları ölüm ve intikalleri “*ertesı ayın onbeşinci günü akşamına kadar*” vergi dairesine yazı ile bildirmeye mecburdurlar. Bu bildirimin yapılp vergi idaresi tarafından kimlerin mirasçı olduğunun öğrenilmesi aşamasında zamanaşımı süresinin dolması ihtimal dahilindedir⁸⁷. Ayrıca ölüm ile ilgili vergi idaresine yapılacak bildirimin kısa sürede gerçekleştiği ve zamanaşımı süresi dolmadan miras red süresi içinde ölüm anı itibariyle mirasçı olarak saptanan kişilere, vergi cezasından arındırılmış tarhiyatla ilgili tebliğin yapılmış olduğu varsayıldığında bu kişilerin tebligata konu vergi miktarının yüksekliği gibi gerekçelerle hareket edip miras reddetmeleri de mümkündür. Bu konuda bir öneri olarak tebliğ edilecek belgeler ve vergilendirme ile ilgili diğer işlemler açısından, ölümün gerçekleştiği an itibariyle mirasçı olan kişilerin değil, miras red süresi geçtikten miras reddetmemiş kişilerin idareye muhatap alınması teklif edilebilir⁸⁸. Ancak bunu temin etmek için miras red süresinin zamanaşımı süresini durduracağına yönelik bir hükmün kabulü ve vergi idaresine -her ne kadar prensip olarak sadece yasal mirasçılara tanınmış olsa da (MK, md. 598)- veraset ilamı için sulh hukuk mahkemesine veya notere müracaat edebilme hakkının sağlanması⁸⁹

⁸⁶ Bu ihtimal gaiplik kararının kesinleşmesi durumunda da geçerlidir.

⁸⁷ Tahsil zamanaşımına konu işlemler bakımından da aynı sonuçlar geçerli olacaktır.

⁸⁸ Üç aylık miras red süresi içinde miras reddetmemekle birlikte ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras hükmü reddedilmiş sayılacaktır (MK, md.605/2). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4/332/336, 16.4.2008 tarihli kararına göre eğer mirasçı olabilecek kişi sarıh irade beyanıyla ya da Medeni Kanunun 610. maddesinin ikinci cümlesinde açıklanan davranışlarla miras kabul etmemiş ise, hükmü reddin sonuç doğurabilmesi için herhangi bir irade açıklamasına veya dava açılmasına gerek yoktur. Miras hükmü reddetmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yöneltmek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi bunu defi yoluyla da ileri sürebilir. Bu çerçevede miras red süresinden sonra tebliğ edilen ihbarname üzerine, mirasçıların bu hüküm çerçevesinde miras red hakkı bakidir.

⁸⁹ Ölüm üzerine (ya da gaiplik kararının mahkemece o yerin nüfus müdürlüğüne tebliği üzerine) nüfus müdürlüğü tarafından hem durum hem de mirasçılarla ilgili belgeler vergi idaresine ulaştırılmaktadır (VUK, md. 150). Vergi idaresi de nüfus müdürlüğü tarafından gönderilen belgelerden hareketle mirasbırakan nezdinde yapması gereken işlemleri mirasçılar nezdinde



şarttır⁹⁰. Bu şekilde hem ilk başta değinilen zamanaşımı sorunu ortadan kalkmış hem de tebligat yapılabilecek mirasçı kişilerin kesinleşmesiyle süre, emek, zaman kaybı önlenmiş olur⁹¹.

B. HAKKINDA GAIPLİK KARARI VERİLMİŞ KİŞİNİN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Kayıp olmak tek başına gaiplik kararının verilebilmesi için yeterli değildir. Medeni Kanun'un 32 vd. maddelerinde meydana gelen kaybolma hallerine, ölümün kuvvetle muhtemel olduğu nazarının eklenenebilmesi halinde bunlara bağlı olarak vesayet makamı tarafından; belli sürelerin geçmesi, başvuru ve ilan gibi mütemmim unsurların somut vakıada mevcut olması durumunda gaiplik kararı verilebilmektedir. Aksi halde gaiplik kararının verilmesi olanaksızdır. Diğer deyişle gaiplikle ilgili yasal şartların mevcut olmaması, gaiplik kararını vermeye yetkili ve görevli mahkemenin hareket etme ve karar alma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Gaiplik kararının verilmesi halinde bu karar MK, md. 35/2 gereğince ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm ifade etmektedir. Gaiplik kararının ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihinden itibaren geçmişe etkili şekilde hüküm ifade edeceğini belirleyen bu hüküm aslında, bu tarihler itibarıyla hukuken ölmüş sayılan bir kişi nezdinde yapılan işlemlerin hukuk âleminde mevcut olamayacağı durumunu betimlemektedir. Kanun koyucu yaptığı düzenlemede geçmişe etkililiğin hangi hallere münhasır olduğuna yönelik bir belirleme yapmamıştır. MK, md. 35/2'deki ifade tarzı, gaiplik kararının bütün hukuki işlem ve durumlar açısından geçmişe etkili şekilde

gerçekleştirmektedir. Ancak mirasçı sıfatına sahip kişiler miras payları oranında sorumlu olmalarına rağmen (VUK, md. 12) tebligat hatalı şekilde tüm borç tutarını kapsayacak şekilde yapılmaktadır. Bir diğer durumda ise vergi idaresi, kendisinin belirlediği miras payları oranında hesapladığı tutarları kişilere tebliğ etmektedir. Bu yaklaşım hukuki değildir. Zira kanunda yer alan hükümler çerçevesinde miras hisselerinin dökümünü çıkarma yetkisi, sulh hukuk mahkemeleri veya noterlere tanınmış bir yetkidir. Vergi idaresinin bu yetkiyi uhdesine alıp tasarrufta bulunması durumunda hatalı sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu yönüyle de vergi idaresine miras payları oranında sorumluluk bağlamında miras hisselerinin hükme bağlanması gayesiyle, veraset ilamı için sulh hukuk mahkemesine veya notere müracaat edebilme hakkı tanınmalıdır.

⁹⁰ Mirasın reddi halinde herhangi bir idari makamın mirasın reddedildiğine yönelik bilgilendirilmesi söz konusu olmamaktadır. Bu durumda örneğin vergi idaresinin veraset ilamı için başvuruda bulunması üzerine düzenlenen veraset belgesinde, mirası reddetmiş kişilerin de kendisine yer bulması mümkündür. Bu sebeple herhangi bir mahkemede mirasın reddine yönelik tespit kararının verilmesi halinde, bu kararı veren mahkemenin bildirimi sonrasında, nüfus kayıtlarına bu kararın şerh olarak düşülmesini sağlayıcı yasal düzenleme yapılmalıdır. Böylece miras red süresi geçtikten sonra veraset ilamının istenmesi halinde, kararı verecek olan mahkeme veya noter, nüfus kayıtlarında gördüğü şerhe istinaden veraset belgesini tanzim edecektir.

⁹¹ Uygulamada zamanaşımını sürelerinin dolmasına kısa bir süre kalmışsa idare tarafından bu tehditten kurtulmak maksadıyla çeşitli tasarruflarda bulunabilmektedir. Örneğin tarh zamanaşımı bakımından takdire sevk işlemi yapılmakta, tahsil zamanaşımı bakımından borçlu hesaba bir miktar ödeme yapılmaktadır. İşaret etmek gerekir ki idarenin bu pratiği, burada yapılan teorik tartışmayı belli ölçüde işlevsiz bırakmaktadır.

sonuç doğuracağını akla getirmektedir. Fakat bu yaklaşım tarzı her ne kadar kanunun lafzına uygun olsa da ruhuna uygun olmayacaktır.

Gaiplik kararının verildiği zaman dilimine kadar kişinin hayatta olduğu, tüm yaşam emarelerini gösterdiği ve buna bağlı olarak şahsı nazarı ve nezdinde işlem yapılabilirdiği kabul edilmektedir. Gaiplik kararı verilse bile bu karar ölüm halini kesinleştirmemektedir. Kişinin yaşayıp yaşamadığı belirsizdir. Bu durum saptanamadığı için bu kişiye bağlı hakların sonsuza dek harici bir iradenin idaresine mahkûm olmaması gayesiyle gaiplik müessesesi ihdas edilmiştir. Bununla beraber en azından gaiplik kararı verilinceye kadar ortada bir kişi, ona bağlı bir kişilik; kişi adına hareket eden temsilci iradesi ve buna bağlı idare vardır. Bu süreçte kanun koyucu kayıp kişinin iradesini sınırlamamaktadır. Onun sahip olduğu hukuki kimlik ve kişilikten vazgeçmemektedir. Bu sebeple kanun koyucu, malvarlığının idaresi ve buna bağlı ödevlerin yerine getirilmesi bakımından mevcutsa kanuni temsilcilerin varlığını, bunların olmaması durumunda ise bir yönetim kayyımının atanmasını kabul etmiştir.

Gaiplik süreci ile ilgili kabul ve düzenlemeleri dikkate alındığında, kanun koyucunun bir bakıma bu kişiler adına veya bu kişiler tarafından idare tarafından yapılan işlemlerin hukuki anlamda baki sonuç doğuracağına cevaz verdiği ve bu işlemlere kefil olduğu anlaşılmaktadır. Medeni Kanun bu gibi durumlarda kayıp olan kişinin haklarının idaresi ve borçlarının yerine getirilmesi için bir görevlinin tayin edileceğini veya bu kişiler hakkında idarece işlem yapılacağını kabul etmiş iken her hukuki saha için bu işlemlerin geçersiz olmasına neden olacak, geçmişe etkili bir gaiplik kararının varlığını kabul etmiş olamaz. Hatta 3561 sayılı Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanun, bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması veya oturduğu yerin bilinmemesi nedeniyle malvarlıkları üzerinde Hazine menfaatinin korunmasını sağlamak üzere; mahallin en büyük mal memurunun yönetim kayyımı olarak atanmasını düzenlemiştir⁹². Görüleceği üzere kanun koyucu Hazine menfaatini gözeterek kayıp kişinin malvarlığının bir kamu otoritesi eliyle kontrolünü planlamıştır. Burada atanan yönetim kayyımı gaiplik kararı verilinceye kadar bir yönüyle Hazine adına ve hesabına taşıyıcı annelik yapmaktadır. Gaiplik kararı yapılan işlemleri geçmişe etkili şekilde ortadan kaldıracak ise devletin 3561 sayılı Kanun çerçevesinde yasal pozisyon alması makul olmayacaktır. Kanun koyucunun MK, md. 35/2 çerçevesinde kendisini inkâr ve iptal etmesi akla uygun değildir. Devlete önce malvarlığını idare etmek üzere imtiyaz verip daha

⁹² 1989 tarihli ve 3561 sayılı Kanunun 2. maddesine göre “...bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması veya oturduğu yerin bilinmemesi veya ortada bulunmayan ve miras açıldığında sağ olup olmadığı ispatlanamayan mirasçının payının resmen yönetilmesi amacıyla kayyım atanmasının gerektiği hallerde, vesayet makamı; bu kimselerin malları üzerinde Hazinesin hak ve menfaati bulunup bulunmadığını, mahallin en büyük mal memurluğundan araştırır. Hazinesin hak ve menfaatinin söz konusu olduğunun anlaşılması halinde, mahallin en büyük mal memurunu yönetim kayyımı tayin eder”. Bu konuda etraflı düzenleme Mal Memurlarının Kayyımlığı Hakkında Yönetmelik ile yapılmıştır. Bkz. RG, 16.5.2009 tarih ve S.27230.

sonra bu imtiyazın gereği olarak yapılan işlemlerin hükümsüzlüğünü benimsemek ve o nispette devleti nasipsiz kılmak düşünülemez. Ayrıca malvarlığının gaiplik müddetince idaresine ve bu malvarlığı ile ilgili temel işlemlerin yapılmasına bu kadar hassas olan kanun koyucunun, gaiplik kararının geçmişe etkili olmasını düzenleyerek yönetim kayyımının tüm tasarruflarını teşhir etmek suretiyle peşinen geçersiz ilan etmiş olması hukuki düşünce sistematığına de uymamaktadır.

Yukarıda yer verilen yaklaşımın vergi işlemleri bakımından da cari olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu bağlamda mahkeme hükmüne bağlı olarak kişiyi ve kişiliği geçmişe etkili şekilde hukuki sahadan silmek, onun adına yapılan vergisel işlemlerin ikbalini de ortadan kaldırmamalıdır. Zira vergisel işlemler dâhil idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Vergisel idari işlemlerin sebep, konu, yetki, şekil ve maksat şeklinde beş temel öğede hukuka aykırı olduklarının belirlenmesi halinde iptal edilmesi ve tahsil edilen tutar varsa bunların da iade edilmesi mümkündür. Dolayısıyla vergi ile ilgili idari işlemlerin bu hususların olmaması halinde gaiplik kararı sebebiyle geçerliliğini yitirmemesi gerekmektedir.

Bir vergilendirme işleminin, idari işlemin unsurları bakımından tam bir hukuka uygunluk çerçevesinde yapılması halinde bu işlemlerin daha sonra gaiplik kararı ile ortadan kaldırılması herhalde maksut edilen şey değildir. Sözgelimi, kendisinden uzun süreden beri haber alınamama halinde gaiplik talebinde bulunmak için geçmesi gereken süre en az 5 yıldır. Bir mükellef adına ve hesabına, yasal temsilcileri marifetiyle, hakkında gaiplik kararı verilmeye kadar yüzlerce hukuki işlemin yapılması mümkündür. Örneğin katma değer vergisi özelinde mükellefin birçok defa KDV beyannamesinin verilmesi ve ödemenin yapılmış olması mümkündür. Bu durumda alınan gaiplik kararı, bu işlemleri ve ödemeleri geçersiz mi yapacaktır? Bu işlemler yeniden mi yapılacaktır? Bunun usul ekonomisi ile telifi mümkün müdür? Bu sorulara verilecek cevaplar olumsuz olmalıdır. Aksi halde kamu düzeninden olan vergilendirme işlemlerinde kaos ve telafisi güç zararlar tahakkuk edecektir. Bu sebeple yapılan tüm bu ve buna benzer ve büyük ölçüde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş kamu hukuku veya özel hukuk işlemlerini, nizasız davaya konu olan tek bir karar ile geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırmak veya başvuruda bulunulması halinde bu konudaki talebe uygun şekilde vaziyet almak fikri reddedilmelidir⁹³.

Vergi işlemleri açısından bir an için gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğurduğu kabul edilse bile yapılması gereken işlemlerin mirası reddetmemiş mirasçılara karşı yürütülmesi bazı durumlarda fiili durum gereğince neredeyse imkânsızdır. Mesela bir kişiden uzun süreden beri haber alınamama ihtimalinde usuli

⁹³ Danıştay 9. D, 3056/6321, 02.12.2010 tarih sayılı kararına göre gaiplik kararı, son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden, hakkında gaiplik kararı alınan kişi adına son haber alma tarihinden sonra vergilendirme ile ilgili olarak tesis edilen işlemlerin hukuk alanında mevcudiyetinden söz edilemez.

anlamda en kısa sürede gaiplik kararı verilse ve yapılan vergi işlemlerine (tarh işlemi gibi), -bu işlemlerin MK, md. 35/2 gereğince hukuken ölmüş kişi adına yapılmış işlemler olduğu savlanarak- iptal veya iade gibi sonuçlar bağlansa, kayıp olma süresince yapılmış vergisel işlemlerin daha sonra mirasçılara karşı yapılmak istenmesi halinde, VUK'taki tarh zamanaşımı sürelerine ilişkin kurallar sebebiyle güçleşecektir. VUK, md. 114'e göre "*Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından itibaren başlayarak 5 yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler tahakkuk zamanaşımına uğrar*". Bunun anlamı mirasçılara yapılması istenen bir tarihyatın, zamanaşımı süresinin dolmuş olması nedeniyle yapılamayacak olmasıdır⁹⁴. 1982 Anayasasının md. 73/1. fıkrasına göre "*herkes*" mali gücüne göre vergi vermekle yükümlüdür. Gaiplik kararının geçmişe etkili olması sebebiyle hakkında gaiplik kararı verilen kişi adına tahakkuk etmesi gereken vergi ile ilgili değerlerin mirasçılar adına tahakkuk ettirilememesi, Anayasanın 73. maddesinde işaretlenen ilkenin de devre dışı bırakılması anlamına gelecektir. Bu durumun vergilemede eşitlik ilkesine de aykırı sonuçlar doğuracağı ve haksız rekabete yol açacağı açıktır. Bunun yanı sıra gaiplik kararının geçmişe etkili sonuçlar doğurması hukuki güvenlik ilkesine de aykırı olacaktır. Hukuki güvenlik ilkesi kişilerin hangi hukuki durumla karşı karşıya kalacaklarını önceden bilmeleri ve buna göre iktisadi yaşamlarını diledikleri istikamette planlayabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de hukuki güvenliği, hukuk devletinin en önemli ilkeleri arasında saymaktadır⁹⁵. Vergi hukuku uygulamaları açısından hukuki güvenlik ilkesi diğer anayasal ilkelerden daha az değerli değildir. Tüm bu sebeplerle MK, md. 35/2'nin gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağına yönelik hükmünü belli konulara hasretmek (miras hakları, ölüm aylığı gibi⁹⁶) ve o durumların varlığı halinde uygulamak yerinde olacaktır. Zira hukuki işlemleri geçmişe etkili ortadan kaldırma mantığı çoğu durumlar açısından bir hak tesis etmemektedir. Bu yaklaşım hakkında gaiplik kararı verilen kişinin veya ilgili üçüncü kişilerin terekesine zarar verebilmektedir. Hukuki kurgunun doğru yapılması ve uygulamaya doğru yön verilmesi adına gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağına yönelik hükmünün her konuda geçerli kabul edilmemesi yararlı olacaktır⁹⁷.

⁹⁴ Gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağına yönelik medeni kanunun lafzından çıkan düşüncüyle hareket edilmesi durumunda vergi cezalarının da düşmesinden söz edilecektir. Yani miras bırakanın yükümlülükleri için yapılacak takipte mirasçıların sadece vergi aslı ve fer'ileri için takip edilebilme imkanı olacaktır. Zira VUK, md. 372'ye göre ölüm halinde vergi cezası düşmektedir. Bu yaklaşımın ayrıca para, emek ve zaman kaybına yol açması kuvvetle muhtemeldir.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, 79/9, 19.1.2012

⁹⁶ Mehmet Lütfi Camkurt, 'Ölüm Karinesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması' (2011) (104) Mali Çözüm 235, 239.

⁹⁷ Geçmişe etkili olma düşünce ve uygulamasının kabul edilmesi halinde zamanaşımı süresinin durmasına yönelik veya gaiplik kararından sonra belli süreler içinde mirasçıların takip edilebileceğine yönelik bir hükmün Vergi Usul Kanununa konulması durumunda çıkması olanaklı vergisel ihtilafların önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.



Gaiplik kararının verilmesi durumunda bu karar, VUK. md. 160 vd. hükümleri çerçevesinde işin terki manasına gelmektedir. Eş ifadeyle gaiplik kararının verilmesi ile birlikte mükellefin mükellefiyet kaydı kendiliğinden sona ermektedir. Vergi Usul Kanunu md. 160/4'e göre mükellefiyet kaydının terkin edilmesi, mükellefin işi bırakmasından önceki döneme ilişkin yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu hüküm netice itibarıyla gaiplik kararının geçmişe etkili sonuç doğuracağına dair Medeni Kanun hükmüyle çelişki doğurmaktadır. Bu nedenlerle her iki yasa arasındaki çelişki giderilmeli ve vergi işlemleri bakımından az yukarıda belirtilen hassasiyetlere rağmen, Vergi Usul Kanunu disiplinine dair hükümlere öncelik tanınacağı kanunda düzenlenmelidir⁹⁸.

Hakkında gaipliğine karar verilen kişiler açısından kişilerin daha sonra çıkıp gelmesi durumunda nasıl bir hukuki durumun ortaya çıkacağı belirsizdir. Medeni Kanun bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Oysa kişilerin, haklarında verilen gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması halinde, o zamana kadar hukuk âleminde sonuçlarını göstermiş işlemlerin hüküm ve sonuçlarının ne olacağı ve kaçırılan sürelerle ilgili nasıl hareket edileceği önem taşımaktadır. Özel hukukta bu gibi durumlar için bazı yollar öngörülmüş durumdadır. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) md. 65'te düzenlenmiş olan gecikmiş itiraz, HMK, md. 95'te düzenlenmiş olan eski hale getirme bunlardan bazılarıdır⁹⁹. Ancak bu durumlarla ilgili ne vergi usul hukukunda ne de idari yargı usulünde bir düzenleme öngörülmüş değildir. Diğer ifadeyle kişilerin bu aşamada geçmiş dönemde yapılmış işlemlere karşı bir başvuru usulü bulunmamaktadır. Özel hukukta yer alan düzenlemelere benzer paralel düzenlemelere vergi hukuku alanında da yer verilmesi veya bu düzenlemelerin bulunduğu kanunlara atıf yapılması hakların korunması bakımından kanun koyucu gündemine taşınmalıdır.

Daha önce de izah edildiği üzere gaiplik kararı ölüme eşdeğer neticeler vermektedir. Bu bakımdan gaiplik kararı ile ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılmaktadır (MK, md. 35/1). Dolayısıyla hakkında gaiplik kararı verilmiş kişinin varlığı sebebiyle muris kişiler bakımından hem mirasçıların vergisel sorumluluğuna ilişkin hem de Veraset ve İntikal Vergisi'ne ilişkin hükümler icra kabiliyeti kazanmaktadır^{100, 101}.

⁹⁸ Gaiplik kararı verilmeden önce prensip olarak işin terkin edilmesinden veyahut terkin edilmiş olmasından söz edilemez. Bu bakımdan hakkında gaiplik kararı verilmemiş kişinin vergi düzenlemeleri karşısındaki vaziyetine dair "2.1. HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLECEK KİŞİNİN VERGİ HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ" başlığı altındaki açıklamaları burada anımsamakta fayda bulunmaktadır. Bu uğurda yeniden vurgulamak gerekirse yönetim kayımlarının atanması halinde vergi aslı bakımından sorumluluk, münhasıran gaip kişinin uhdesinde kalacak iken vergi cezaları bakımından sorumluluk VUK. md. 332 hükmüne göre ve cezaların şahsiliği ilkesi mucibince işlem ve eylemleri gerçekleştiren kişilerin uhdesinde kalacaktır.

⁹⁹ Bkz. Cumhuriyet Rüzgaresen, 'Gaip Borçlunun İflası' (2012) 61(4) AÜHFD 1369, 1392 vd.

¹⁰⁰ Veraset ve intikal vergisi bakımından hukuki çerçevenin analizi için bkz. Tamer Budak, *Türk Vergi Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Sonuçları* (1. Bası, XII Levha 2011)

¹⁰¹ Gaiplik kararının verilmesinden sonra bazı yasal düzenlemeler çerçevesinde yeni vergileme usul ve pratiği hayata geçirilmiş olsa da gaip kişinin sonradan zuhuru durumunda gaiplik kararından

SONUÇ

Bir kişinin etken ya da edilgen olduğu her şey hukukun ilgi sahasına girmektedir. Ancak bir kişinin yazgısında gaip olma hali varsa buna hukuk bazı sonuçlar bağlamaktadır. Kişiliği sona erdiren hallerden biri olarak gaiplik kurumunun şartları ve sonuçları, esas olarak, Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Medeni Kanun'a göre ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilmektedir.

Çalışmada gaiplik genel hatlarıyla anlatılmış olup, esas olarak gaipliğin vergi hukuku üzerindeki etki ve sonuçları incelenmiştir. Daha açık bir anlatımla, münhasıran hakkında gaiplik kararı verilecek ya da verilmiş kişinin vergi hukuku karşındaki durumu çalışmanın ana eksenini oluşturmuştur.

Hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin velayet veya vesayet altında olan bir kişi olmaması halinde, bu kişilerin vergisel haklarının kullanılması ve/veya ödevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili hukuken sorumlu tutulacak kimse bulunmamaktadır. Bu durumda ya “ivedi”, “münferid”, “sürekliliği olmayan” işler bakımından temsil kayyımının veya bu kapsamın dışındaki genel durumlar için yönetim kayyımının atanması gerekmektedir. Bu kişilerin atanması ile ilgili vergi idaresinin de talepte bulunabileceği kabul edilmelidir.

Gaiplik emarelerinin görüldüğü durumlarda ilgili kişilerin malvarlıklarının yönetim ve gözetimi için atanacak kişilerin, bu göreve atanma tarihlerine kadar az ya da çok belirli bir süre geçmektedir. Bu proseste geçen sürelerin, mücbir sebep süreleri olarak kabul edilip zamanında yerine getirilemeyen ödevler bakımından hakkında gaipliğe hükmedilecek kişi adına ceza kesilmemesi ve hatta gecikme faizinin istenmemesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Medeni Kanun'a göre küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcileri veli ya da vasisleridir. Bu bakımdan hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin küçük ya da kısıtlı olması durumunda, bu kişiler için yönetim veya temsil kayyımının atanması mümkün değildir. Bu çerçevede VUK, md. 10'a bakıldığında sadece küçük ve kısıtlılar için kanuni temsilciliğin öngörüldüğü görülmektedir. Bu bakımdan ergin bir kişinin kayıp olması durumunda atanacak kayyımın, VUK, md. 10 gereğince sorumluluğuna müracaat edilemeyecektir. Dolayısıyla bu konuda bir yasal düzenlemenin yapılması şarttır. Bununla birlikte kayyım olarak atanan kişiler, VUK, md. 332'de yer alan hüküm gereğince vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden ötürü vergi cezalarına muhatap olacaklardır.

sonra yapılmış olan işlem ve tasarruflarla ilgili nasıl bir hukuki vaziyetin ortaya çıkacağı belirsizdir. Bu konuda sadece Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu md.21/b'de bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre nüfustaki ölüm kaydının terkinini takiben, daha önce alınmış olan vergiler talep üzerine ilgili verginin mükellefine geri verilmektedir. Bunun dışında kalan hususlarla ilgili neler yapılabileceğine yönelik yukarıda yapılmış olan değerlendirmeleri prensip olarak burada da tatbik etmek mümkündür.



Kayıp kişinin, şahsi malvarlığının idaresi için gerekli önlemleri almış, örneğin malvarlığının idaresi için bir temsilci veya yönetici atamış olması durumunda bu iradi temsilcinin ne VUK, md. 10 çerçevesinde vergi, ne de VUK, md. 332 çerçevesinde cezai sorumluluğuna başvurulabilecektir. Her iki durum için de iradi temsilciler idareye muhatap olmayacaklardır. Bu durumda vergi idaresinin harekete geçip, vesayet makamından kayyım atanmasını talep etmesi yerinde bir davranış olacaktır.

Zamanaşımı sürelerinin dolmasına üç aydan kısa bir süre kala hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin kesin olarak öldüğü anlaşılsa veya gaiplik kararı kesinleşirse, hem zamanaşımı hem zamanaşımı endişesi olmasa bile miras hisselerini belirleme ve mirasın reddi müessesesi sebebiyle vergilendirme işleminin tebliğinde muhatap olacak kişiyi tayin etme sorununun ortaya çıkması mümkündür. Bu konuda bir öneri olarak tebliğ edilecek belgeler ve vergilendirme ile ilgili diğer işlemler açısından, ölümün gerçekleştiği an itibarıyla mirasçı olan kişilerin değil, mirası red süresi geçtikten mirası reddetmemiş kişilerin idareye muhatap alınması gündeme alınabilir. Ancak bunu temin etmek için mirası red süresinin zamanaşımı süresini durduracağına yönelik bir hükmün kabulü ve vergi idaresine veraset ilamı için sulh hukuk mahkemesine veya notere müracaat edebilme hakkının sağlanması şarttır. Bununla birlikte alınacak veraset ilamında sıhhat açısından, sulh hukuk mahkemesine müracaatla mirası reddeden kişilerle ilgili tespitin, mahkemece nüfus müdürlüğüne gönderilmesini ve kayıtlara şerh olarak düşülmesini sağlayıcı yasal düzenlemenin yapılması zorunludur.

Gaiplik kararının ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihinden itibaren geçmişe etkili şekilde hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir (MK, md. 35/2). Medeni Kanun'da yapılan düzenlemenin belli hukuki saha ve konulara münhasır olması gerekmektedir. Yapılan işlemlerin, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alma tarihinden hukuken ölmüş bir kişi adına yapıldığını kabul edip bu işlemleri batıl saymak kabul edilemez. Bu sebeple gaiplik kararı verilmeye kadar yapılan vergisel işlemlerin temel idari prensipler açısından hukuken ayakta olan işlemler olarak kabulü zorunluluk taşımaktadır.

Vergi mevzuatında, hakkında gaipliğine karar verilen kişilerin daha sonra ortaya çıkması durumunda nasıl bir prosedür takip edileceği düzenlenmemiştir. Dolayısıyla özel hukukta bu gibi durumlar için İİK, md. 65'te düzenlenmiş olan gecikmiş itiraz, HMK, md. 95'te düzenlenmiş olan eski hale getirme gibi müesseselere paralel düzenlemelere vergi hukuku alanında da yer verilmesi veya bu düzenlemelerin bulunduğu kanunlara atıf yapılması hakların korunması bakımından zorunluluk taşımaktadır.

Özetle idari işlemlerin her iki tarafında olanlar sağlıklı bir ilişkinin kurulmasını arzularlar. Bunun sağlayıcı unsurlardan biri de eksiksiz yasal düzenlemelerin ve uygulamaların yapılmasıdır. Bugüne kadar yapılanlar taraflar arasındaki ilişki sivilinin düzeyine tam anlamıyla kefildir, denilemez. Bu bakımdan gaiplik kurumu ve bunun vergisel yansımalarına yönelik aksaklıkları ve belirsizlikleri giderici yasal düzenlemelerin yapılması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut B, *Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi* (1. Bası, Adalet 2010).

Akıntürk T ve Ateş Karaman D, *Medeni Hukuk* (19. Bası, Beta 2013).

Arpacı A, *Kişiler Hukuku(Gerçek Kişiler)* (2. Bası, Beta 2000).

Ataay A, *Şahıslar Hukuku* (3. Bası, 1978).

Belbez H, ‘Devletler Hususi Hukukunda Medeni Haklardan İstifade Ehliyeti ve Gaiplik’ (1949) 6 (1) AÜHFD 70-79.

Budak T, *Türk Vergi Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Sonuçları* (1. Bası, XII Levha 2011)

Camkurt M L, ‘Ölüm Karinesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması’ (2011) (104) Mali Çözüm 235-248.

Çelik C, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik’, (2004) Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan 197-126.

Dural M ve Oğuz T, *Kişiler Hukuku* (8. Bası, Filiz 2006).

Gümüş M A, *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık* (1. Bası, Vedat 2006).

Hatemi H ve Kalkan Oğuztürk B, *Kişiler Hukuku* (1. Bası, Vedat 2014).

Oğuzman M. K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (14. Bası, Filiz 2014).

Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku*, (2. Bası, Filiz 1998).

Oğuzoğlu H. C, *Medeni Hukuk I (Şahsın Hukuku)* (5. Bası, 1963).

Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Bası, 1977).

Öztan B, *Şahsın Hukuku*, (7. Bası, Turhan 1997).

Öztan B, *Aile Hukuku* (5. bası, Turhan 2004).

Rüzgaresen C, ‘Gaip Borçlunun İflası’ (2012) 61(4) AÜHFD 1369-1406.

Saymen F H, *Türk Medeni Hukuku (Şahsın Hukuku)* (1948).

Öztan B, *Şahsın Hukuku*, (7. Bası, Turhan 1997).

Tekinay S S, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, (6. Bası, Filiz 1992).

Veldet H, *Medeni Hukuk I (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (2. Bası, 1945).

Yarmalı E. S. ve Alp S, *Hukuk Terimleri Sözlüğü* (1. Bası, Türkmen 2011).

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ELEKTRONİK DURUŞMALARDA ALENİYETİN SAĞLANMASI*

*Ensuring Publicity within the Framework of Electronic Hearings
in Civil Procedure Law*

Hakan HASIRCI**

Özet

Hukuk davalarında aleniyet ilkesi büyük önem taşır. Yargılama sürecinin dijitalleşmesi ise bu ilkedeki vazgeçilmesine neden olmaz. Tüm taraf ve ilgililerin duruşma salonunda hazır olduğu yargılamalarda aleniyet ilkesine ne kadar dikkat edilmesi gerekiyorsa, ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda (elektronik duruşmalarda) da aynı şekilde dikkat edilmesi gerekir. Öte yandan burada cevaplanması gereken soru, elektronik duruşmalarda aleniyetin nasıl, hangi araçlarla ve ne ölçüde sağlanması gerektiğidir.

Aleniyet ilkesine uygunluğun sağlanması, özellikle pandemi ile birlikte uygulanma sıklığı artan elektronik duruşmalar bakımından gün geçtikçe daha çok tartışılan bir konu haline gelmiştir. Bu konuda yalnızca ses aktarımı, hem ses hem görüntü aktarımı, adliyelerde bunun için ayrı bir yer ihdas edilmesi, video konferans yöntemi ve canlı yayın yöntemi gibi yöntemler önerilmiştir. Tüm bu yöntemler tartışılırken dikkat edilmesi gereken iki temel husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, öncelikle elektronik duruşmalar için sahip olunması gereken teknik donanımdır. İkincisi ise, aleniyet sağlanırken, yargılamaya katılanların kişilik haklarının ve elektronik ortamda ses ve görüntü aktarımı yapılan hâllerde özellikle kişisel verilerinin korunması zorunluluğudur.

Anahtar Kelimeler: Elektronik duruşma, aleniyet, ses ve görüntü nakli, video konferans, canlı yayın.

Abstract

The principle of publicity is of great importance in civil cases. The digitalization of the judicial process does not cause this principle to be abandoned. On the other hand, the question that needs to be answered here is how, by what means and to what extent publicity should be ensured in e-hearings.

Ensuring compliance with the principle of publicity through audio and video transmission has become an increasingly discussed issue, especially in terms of e-hearings, the frequency of which has increased with the pandemic. In this regard, methods such as only audio transmission, both audio and video transmission, the establishment of a separate place for this in courthouses, video conferencing method and live broadcast method have been proposed. There are two main points to be considered when discussing all these methods. The first is the technical equipment

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.01.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Bu çalışma, 15.12.2022 tarihinde İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından gerçekleştirilen Uluslararası Dijital Çağda Hukuk Sempozyumu'nda sunulan "Medeni Usul Hukukunda Elektronik Duruşmalar ve Aleniyet İlkesi" başlıklı Tebliğ'in genişletilmesiyle oluşturulmuştur. Bu çalışma, TÜBİTAK 2219 Doktora Sonrası Araştırma Bursu kapsamında desteklenmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, hakan.hasirci@yeditepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5394-8554>.

that must be possessed primarily for e-hearings. The second is the obligation to protect the personality rights of the participants in the proceedings and especially their personal data.

Keywords: Electronic hearing, publicity, audio and video transmission, video conferencing, live broadcasting.

GİRİŞ

Doksanlı yılların ortalarından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde ve sonlarından itibaren İngiltere'de uygulanmaya başlanan elektronik duruşma yöntemi¹, Kıta Avrupası'nda da COVID 19 pandemisi ile birlikte etkin bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. HMK m. 149 ile hukuk davaları bakımından kabul edilen elektronik duruşmalar, pandemi dönemi uygulamaları sonrası yeniden ele alınmış, HMK m. 149 düzenlemesi 7251 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve son hali verilmiştir. Beraberinde çokça tartışma getiren elektronik duruşma uygulamasının önemli yönlerinden biri de, aleniyet ilkesi ile ilişkisidir.

Bu çalışma kapsamında ise elektronik duruşma tüm yönleri ile ele alınmayacak; yalnızca elektronik duruşmaların temel bir yargılama ilkesi olan aleniyet ilkesine etkisi incelenmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede öncelikle kısaca elektronik duruşmalara ilişkin düzenlemeler ve uygulama ortaya konacak; daha sonra bu uygulamalar aleniyet ilkesi çerçevesinde değerlendirilecek ve nihayet aleniyet ilkesinin yeniden tanımlanmasına ihtiyaç olup olmadığı sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

I. ELEKTRONİK DURUŞMA UYGULAMASINA İLİŞKİN MEVZUAT HÜKÜMLERİ

A. HMK m. 149 DÜZENLEMESİ

Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinden² pek de farklı olmayan HMK m. 149 düzenlemesi, ilk fıkrasında, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, tarafların talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, elektronik duruşmalara katılmasına izin vermektedir. Eğer tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri, re'sen araştırma ilkesine tâbi bir dava söz konusu ise, tarafların talebi yanında mahkeme de re'sen bu konuda karar verebilmektedir. Tanığın, bilirkişinin ya da uzmanın dinlenmesi bakımından ise Kanunun anılan maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, üçüncü fıkra itiba-

¹ Çeşitli hukuk düzenlerinde elektronik duruşmaların tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barış Toraman, 'COVID 19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma)', COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Ankara 2021, 468 vd; Gökçe Varol Karaosmanoğlu, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi', AndHD, Cilt 8, Sayı 1, Ocak 2022, 83; Seda Gayretli Aydın, 'Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2107 vd.

² Bu konuda bazı örnekler için bkz. Alman ZPO §128a, Avusturya ZPO §277, İsviçre Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus Art 2.

riyle ise resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda re'sen ya da talep üzerine dinlemeye karar verebilmektedir³. Elektronik duruşma uygulamasına ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler ise, Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik'te⁴ bulunmaktadır.

B. TALEP VE KARAR

Yönetmelik m. 8 uyarınca, taraflardan biri veya vekili, duruşmaya elektronik duruşma sistemi yoluyla katılmayı, usul işlemleri yapmayı ya da tanışın, bilirkişinin veya uzmanın elektronik duruşma sistemi yoluyla dinlenilmesini gerekçesiyle birlikte mahkemeden talep edebilir. Talebin ise, elektronik duruşma, UYAP mobil uygulamaları, avukat veya vatandaş portalı üzerinden duruşma gününden en az iki iş günü önce yapılması gerekir⁵. Yönetmelik m. 10 uyarınca mahkeme re'sen elektronik duruşma yapılmasına karar veriyorsa, mahkemece, elektronik duruşma sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen kişiye gönderilecek meşruhatlı davetiyeyle ayrıca elektronik duruşmaya ne şekilde katılacağı da yazılır. Talep reddedilecekse, bunun da uygulamada gözlemlendiğinin aksine, gerekçeli olarak yapılması gerekir⁶.

³ Açık bir düzenleme bulunmasa dahi, ferî müdahilin de ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenebileceği doktrinde savunulmaktadır (Serdar Kale, 'Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149)', Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2013, Sayı 25, 145; Toraman (n 1) 496; Varol Karaosmanoğlu (n 1) 77). Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla bulundukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilen mahkemenin, ferî müdahili dinleyebileceği ise kuşkusuzdur.

⁴ RG. 30.06.2021, S. 31527. Bundan sonra kısaca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁵ Doktrinde tarafların ses ve görüntü nakli vasıtasıyla dinlenebilmek için yaptıkları taleplerde, mahkemeye bir gerekçe sunmak zorunda oldukları belirtilmektedir (Kale (n 3) 146; Toraman (n 1) 508; Varol Karaosmanoğlu (n 1) 77; Barış Mıdık, 'Medenî Yargıda Elektronik duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler', <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginielektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, erişim tarihi: 23.11.2022).

⁶ Yönetmelik m. 9 incelendiğinde, elektronik duruşma talebi hakkında hâkimin duruşma gününden en az bir iş günü önce kabul veya ret hususunda karar vereceği, bu kararın kesin olduğu; özellikle "a) Talebin süresinde yapılmaması, b) Talebin hakkın kötüye kullanılması veya yargılamayı sürüncemede bırakma amacı taşıması c) elektronik duruşma yapılmasını zorlaştıran hukuki, fiilî veya teknik engellerin bulunması" hallerinde, elektronik duruşma talebinin gerekçesi gösterilmek suretiyle reddedilebileceği düzenlenmiştir. Öncelikle süre yönünden eksiklik ya da teknik altyapının bulunmaması, doğal ret sebepleridir. Buna karşılık eğer bu konularda bir eksiklik yok ise, mahkeme yargılamayı sürüncemede bırakma ya da kötüniyetin varlığı sebeplerini tatmin edici bir şekilde gerekçelendirerek talebi reddetmeli, aksi halde talebi kabul etmelidir. Zira bu sınırdan öteye geçilmesi, hâkimin takdir hakkını kullanmaktan ziyade keyfî karar vermesi sonucunu ortaya çıkarır. Özellikle verilen kararın kesin olduğu da bu konuda göz önünde tutulmalı ve unutulmamalıdır. Ek olarak, Yönetmelik m. 9'da sayılan hâllerde kullanılan "karar verilebilir" ifadesi çerçevesinde hâkime geniş takdir yetkisi tanıdığı da düşünülmemelidir (Aksi yönde, bkz. Varol Karaosmanoğlu (n 1) 79). Zira bu yönde bir yorum hâkimin pek bir gerekçe göstermeden talebi reddedebilmesinin önünü açtığı gibi; talebin süresinde yapılmadığı, hakkın kötüye kullanılması veya yargılamayı sürüncemede bırakma amacı taşıdığı ve hatta elektronik duruşma yapılmasını zorlaştıran hukuki, fiilî veya teknik engellerin bulunduğu hâllerde dahi kabul kararı verebileceği gibi bir sonuca bizi götürür ki bunun kabulü mümkün değildir. Hâkimin vereceği ret kararının mutlaka gerekçeli olması gerekir (Gayretli Aydın (n 1) 2118).

C. ELEKTRONİK DURUŞMAYA KATILIMIN SAĞLANABİLECEĞİ YER

Yönetmelik m. 11 uyarınca elektronik duruşma talep eden, isticvap olunmayacak ya da yemin etmeyecek olan taraf ile taraf vekili, avukatlık bürosundan, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölümden, adliyyede bu amaca tahsis edilen yerden veya her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak uygun bir yerden duruşmaya katılabilir.

Bu noktada duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılım sağlanacak olan yer, öncelikle mahkeme salonu dışında bir yerdir ve dolayısıyla bu yerde aleniyetin sağlanması ya da bu yerin kamuya açık olması gerekmez⁷. Ses ve görüntü aktarımının sorunsuz şekilde sağlandığı, rahatsız edilme ihtimalinin bulunmadığı, yalnız kalınabilen, etki ve yönlendirmenin olmadığı herhangi bir yer, bunun için uygundur⁸. Bunun mutlaka bir avukatlık bürosu olması gerekmez; Yönetmelik'teki şartları taşımak kaydıyla bir oturma odası ya da tatil için gidilen bir yerdeki oda dahi elektronik duruşmaya katılmak için uygundur⁹. Buna karşılık ses ve görüntü mahkeme salonuna aktarılacağı için, tarafların ya da vekillerin bir mahkeme salonundaymış gibi giyinmesi ve davranması gerekir¹⁰.

Ayrıca duruşmaya katılımın sağlanacağı yerin, diğer ülkelerin egemenlik yetkisinin ihlâl edilmemesi için, ülke içinde bir yer olması gerekir¹¹. Bu nedenle örneğin tatil için gidilen Avustralya'dan bir internet kafeden ses ve görüntü aktarımı yoluyla duruşmaya katılmak mümkün değildir¹². Çünkü öncelikle ülke dışından katılım, Avustralya'nın egemenlik yetkisine müdahale anlamına gelir. İkinci olarak in-

⁷ Hanns Prütting, 'Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz: Ein kleiner Schritt auf dem Weg zum elektronischen Gerichtsverfahren' AnwBl 5/2013, 331; Benedikt Windau, 'Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung: Praxisorientierte Überlegungen zu Gegenwartsproblemen des Zivilprozessrechts', NJW 2020, Heft 38, s. 2754; Hendrick Schultzky, 'Videokonferenzen im Zivilprozess', NJW 2003, Heft 5, s. 314; Gesine Irskens, 'Videoverhandlungen in der Praxis – Erfahrungsbericht über mehr als 50 Verhandlungen gemäß § 128a ZPO', JUSTIZ Nr. 142, Juni 2020, 286; Rainer Heß ve Dirk Figgenger, 'Die Videoverhandlung nach § 128 a ZPO im Verkehrszivilprozess', NJW-Special 2021, Heft 19, 585; MüKo ZPO/Fritsche, § 128a rn. 4; Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 2; Peter Hartmann, 'Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen, Ein Überblick für Praktiker', NJW 2001, Heft 36, 2583. Ses ve görüntü mahkeme salonuna aktarılacağı için, aleniyet mahkeme salonunda sağlanacaktır (MüKo ZPO/Fritsche, § 128a rn. 4; Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 2). Buna karşılık tarafın ya da vekilinin sesinin ve görüntüsünün aktarılacağı yerin halka açık olması gerekmez; aksine Yönetmelik m. 11 uyarınca bu yerin etki ve yönlendirmeden uzak bir yer olabilmesi için halka kapalı olması gerekir.

⁸ Windau (n 7) 2754; Schreiber (n 7) 269; Heß/Figgenger (n 7) 585.

⁹ Irskens (n 7) 282.

¹⁰ Heß/Figgenger (n 7) 585.

¹¹ Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 8; MüKo ZPO/Fritsche, § 128a rn. 3; Windau (n 7) 2754; BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a, rn. 16; Irskens (n 7) 282.

¹² Örnek için bkz. Irskens (n 7) 282.

ternet kafeden katılım, Yönetmelik m. 11'deki “*her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak uygun bir yer*” şartları karşılamaz.

Genel olarak ses ve görüntü yoluyla duruşmaya katılımın şartlarının taraflar ve vekilleri için “*esnek*” olduğu kabul edilebilse de, tarafın isticvap edilmesi ya da yemin eda etmesi hallerinde ses ve görüntü yoluyla duruşmaya katılım sağlanabilecek yerler sınırlandırılmıştır. Yönetmelik m. 11, 2 uyarınca, elektronik duruşma talep eden veya elektronik duruşma sistemi yoluyla isticvap olunacak ya da yemin edecek taraf ile mahkemece elektronik duruşma sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililer, *bulundukları yerdeki adliye veya ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilen yerden duruşmaya katılabilir*.

Hastalığı, yaşlılığı veya engelliliği sebebiyle elektronik duruşma sistemi yoluyla duruşmaya katılmasına ve usul işlemleri yapabilmesine karar verilen taraf ile elektronik duruşma sistemi yoluyla dinlenilmesine karar verilen tanık, bilirkişi, uzman veya diğer ilgililer bulundukları mesken ya da kurumdan duruşmaya katılabilir. Bu çerçevede Eskişehir’de gerçekleşen bir yargılamaya ilişkin bilirkişi olarak oy ve görüşü alınan Orta Doğu Teknik Üniversitesi’ne mensup bir öğretim üyesi, kendi meskeninden ya da üniversitesinden ses ve görüntü aktarımı yoluyla dinleneceği duruşmaya katılabilecektir.

D. ELEKTRONİK DURUŞMANIN YAPILACAĞI YER

Ses ve görüntünün nakledileceği yer ise, duruşmanın yapılacağı ve mahkemenin bulunacağı yer olan duruşma salonudur¹³. Çünkü aleniyetin sağlanacağı yer mahkeme salonudur. Bunun için ise mahkeme salonunda hâkimin ya da hâkimlerin bulunması gerekli ve yeterlidir¹⁴.

Bu özel olarak HMK’da ya da Yönetmelik’te belirtilmemiştir, esasen belirtilmesine gerek de bulunmamaktadır. Zira elektronik duruşma düzenlemeleri ile tarafın, vekillerin, tanığın, bilirkişinin, uzmanın ve genel olarak ilgililerin, duruşma

¹³ Toraman (n 1) 505; Barış Mıdık, ‘Medenî Yargıda Elektronik duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler’, <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yargininelektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, erişim tarihi: 23.11.2022). Almanya bakımından aynı yönde, bkz. MüKo ZPO/Fritsche, § 128a rn. 4; Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 2; BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a rn. 9; Phillip M. Reus, ‘Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht’, JZ 2020, Heft 23, 1136; Schreiber (n 7) 270; Ralf Köbler, ‘Die Videoverhandlung im Zivilprozess – Vorschlag einer Neuregelung’, NJW 2021, Heft 15, 1073; Benedikt Schwardt, ‘Online-Gerichtsverhandlungen: Ein Vorschlag zur Öffentlichkeit’, JurPC Web-Dok. 140/2022, Abs. 1 – 9, rn. 1; Windau (n 7) 2753; Schultzy (n 7) 315; Hk-ZPO/Heinz Wöstmann, § 128a, rn. 4; Stephan Bausch ve Katharina Klenk, ‘§128a ZPO und “Onlinegerichtsverhandlungen”’, Dispute Resolution, Ausgabe 2, 17.06.2020, 16; Heß/ Figgener (n 7) 585; Thomas Rauscher, ‘COVID-19-Pandemie und Zivilprozess’, COVuR, Heft 1, 14; Anna Bernzen, ‘Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO’, RI 2020/2, 45; Irskens (n 7) 283.

¹⁴ Heß/ Figgener (n 7) 585; Hartmann (n 7) 2583.

salonu dışında, ses ve görüntü nakli ile dinlenmesi düzenlenmektedir¹⁵. Mahkemenin bu kişileri dinleyeceği yer ise, normalde dinlemenin yapılması ve yargılamanın gerçekleşmesi gereken yer olan duruşma salonudur¹⁶.

Yönetmelik m. 13 uyarınca da elektronik duruşma, mahkeme huzurunda yapılan duruşma ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Yine, elektronik duruşma düzenine ilişkin Yönetmelik m. 14 uyarınca elektronik duruşma düzeni, mahkeme huzurunda yapılan duruşma düzeniyle aynı usul ve esaslara tâbidir. Bu çerçevede elektronik duruşmada ses ve görüntüsü nakledilen yalnızca taraflar ve vekilleri, tanıklar, bilirkişiler, uzmanlar ve diğer ilgililerdir. Mahkeme ve aleniyeti sağlamak üzere yargılamayı izleyen kişiler ise, mahkeme salonunda hazır bulunmak zorundadır¹⁷. Dolayısıyla elektronik duruşma, yalnızca belirli kişilerin yargılamaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılımını sağlayan bir imkân konumundadır¹⁸.

II. ELEKTRONİK DURUŞMALAR VE ALENİYET İLKESİ

A. GENEL OLARAK ALENİYET İLKESİ

Elektronik duruşma mahkeme huzurunda yapılan duruşma ile aynı hukuki sonuçları doğurduğu ve elektronik duruşma düzeni, mahkeme huzurunda yapılan duruşma düzeniyle aynı usul ve esaslara tâbi olduğu gibi, elektronik duruşmanın mahkeme huzurunda yapılan duruşmaların tâbi olduğu temel usul ilkelerine de tâbi olması gerekir. Bu ilkelerden biri de aleniyet ilkesidir¹⁹. Elektronik duruşma icrasında aleniyet ilkesine uygunluğun sağlanması ise, özellikle pandemi ile birlikte uygulanma sıklığı artan elektronik duruşmalar bakımından gün geçtikçe daha çok tartışılan bir konu haline gelmiştir²⁰.

HMK m. 149 çerçevesinde gerçekleştirilecek olan elektronik duruşmalara (taraflar, ilgililer ve mahkeme dışında duruşmaya katılarak aleniyeti sağlayan)

¹⁵ Schreiber (n 7) 270.

¹⁶ Öte yandan mahkeme salonu dışında gerçekleştirilebilecek “tamamen sanal” duruşma icrasına yönelik doktrinde savunulan görüşler ve ileri sürülen tavsiyeler bulunmaktadır. Bunlar için bkz. aşa. IV.

¹⁷ Toraman (n 1) 505; MüKO ZPO/Fritsche, § 128a rn. 4; Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 2; BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a rn. 9; Reus (n 13) 1136; Köbler (n 13) 1073; Windau (n 7) 2753; Schwardt, rn. 2; Heß/Figgenger (n 7) 585; Rauscher (n 13) 14; Windau (n 7) 2753; Bausch/Klenk (n 13) 16; Michel Heinzmann ve Francesco Trezzini, ‘Verhandlung per Videokonferenz’, Zehn Jahre ZPO - Zwischenstand und Perspektive (Hrsg. Florian Eichel, Christoph Humi ve Alexander R. Markus, Bern 2022, 85.

¹⁸ Schwardt, rn. 2; Heß/Figgenger (n 7) 585; Martin Fries, Rupprecht Podszun ve Benedikt Windau, ‘Virtuelle Verhandlung statt fliegendem Gerichtsstand’, RDİ 2020, Heft 1, 52.

¹⁹ Toraman (n 1) 505; Prütting (n 7) 331-332; Reus (n 13) 1136; Peter Francken ve Eberhard Natter, ‘Die arbeitsgerichtliche Videoverhandlung’, NZA 2021, Heft 3, 157; Irskens (n 7) 286; Bernzen (n 13) 45.

²⁰ Pandemi döneminde Almanya’da salgının önüne geçilebilmesi için teklif edilen bazı düzenlemeler, elektronik duruşmalarda aleniyetin tamamen kaldırılmasına yönelik olmuş ve bu durum doktrinde eleştirilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. aşa. III.

üçüncü kişiler, duruşma salonundan katılım sağlayacaktır. Buna karşılık aleniyet ilkesi çerçevesinde mahkeme salonuna girebilen kişilerin elektronik duruşma icrasını takip edebilme şekli, her şeyden önce teknik donanım ve mahkemenin iradesine bağlıdır. Çünkü aleniyet ilkesine ilişkin düzenlemeler, aleniyetin temel gerekliliklerini ortaya koymakla birlikte, aleniyetin sağlanması için kullanılabilir yöntemleri düzenleme altına almaz²¹. Bu durum da beraberinde elektronik duruşmalarda aleniyetin nasıl etkili bir şekilde sağlanabileceği sorusunu getirir.

HMK m. 28 uyarınca duruşma ve kararın bildirilmesi, alenidir. Alenilikten kasıt ise, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin yargılamanın yapıldığı yere serbestçe girebilmesi, yargılamayı izleyebilmesi ve hükümlerin, yargılamanın tarafı olmayanlarca öğrenilmesini sağlayacak şekilde açıklanmasıdır²².

Aleniyet ilkesi adil yargılanma hakkının bir unsuru olması dolayısıyla Anayasa m. 36 ve Anayasa m. 90 uyarınca iç hukukumuzun bir parçası konumunda bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da da güvence altına alınmıştır. “*Türk Milleti Adına*” yargı yetkisini kullanan mahkemelerin duruşmalarının ve kararlarının bildirilmesinin bu bağlamda yine Türk Milleti'nin denetimine açık olması, doğal bir sonuçtur²³. Her ne kadar aleniyet ilkesi bazı yazarlarca ceza yargılamasına nazaran hukuk yargılamasında daha az önemli olarak görülse de²⁴; aleniyet ilkesinin ihlâli adil yargılanma ilkesinin ihlâli anlamına gelir, istinaf ve temyiz sebebi teşkil eder ve olağan kanun yollarının tüketilmesi halinde sırasıyla Anayasa Mahkemesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yolunu açar²⁵.

B. ELEKTRONİK DURUŞMALARIN ALENİYET İLKESİNE ETKİSİ

Yukarıda da bahsedildiği üzere, elektronik duruşmanın fiziki ortamda tüm ilgililerin katıldığı duruşmalardan bir farkı yoktur. Bu çerçevede bir yargılama ilkesi olan aleniyet ilkesine, elektronik duruşma icrası sırasında da dikkat edilmesi gerekir²⁶. Öte yandan burada cevaplanması gereken soru, elektronik duruşmalarda aleniyetin nasıl, hangi araçlarla ve ne ölçüde sağlanması gerektiğidir.

1. Ses ve Görüntünün Duruşma Salonundaki Üçüncü Kişilere Duruşma Salonunda Aktarılması

Elektronik duruşmalarda aleniyetin nasıl sağlanacağı ya da sağlanması gerektiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Alman hukukunda bu konuda kabul edilen ilk görüş, duruşma salonuna giren üçüncü kişilere, duruşmaya elektronik

²¹ Franziska Neis ve Christoph Resch, ‘Öffentlichkeit 2.0 oder: Hoffen, Dass Keiner Erscheint? Der Öffentlichkeitsgrundsatz In Teil- Und Vollvirtuellen Verhandlungen’, 180-181.

²² Aleniyet ilkesine ilişkin geniş bilgi için bkz. Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usul Hukuku Bakımından Aleniyet İlkesi*, Ankara, 2011.

²³ Kurt Konca (n 22) 22.

²⁴ Kurt Konca (n 22) 34 vd; MüKO ZPO/Pabst, § 169 GVG, rn. 1, 3; Neis/Resch (n 21) 181.

²⁵ Kurt Konca (n 22) 351 vd.

²⁶ Toraman (n 1) 505; Prütting (n 7) 331-332; Reus (n 13) 1136; Francken/Natter (n 19) 157; Irskens (n 7) 286; Bernzen (n 13) 45.

ortamda katılan kişilerin yalnızca seslerinin aktarımının, aleniyetin sağlanması bakımından yeterli olduğu yönündedir²⁷. Teknik olarak bunun da mahkeme salonundaki bir hoparlör aracılığıyla gerçekleştirilmesi mümkündür.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, aleniyetin sağlanabilmesi için ses aktarımının yeterli olmadığı, mahkeme salonuna görüntünün de aktarılması gerektiğini savunmaktadır²⁸. Gerçekten de, öncelikle sesin yanında görüntünün de mahkeme salonuna iletilmesi teknik olarak son derece kolaydır²⁹. Bunun da mahkeme salonuna ikinci bir ekran koyulması ya da yansıtıcı ile perde ya da duvara yansıtma ile gerçekleştirilmesi mümkündür³⁰. Önemli olan, yargılamaya katılan üçüncü kişilerin ses ve görüntüsü aktarılan tarafların ya da ilgililerin ses ve görüntüsüne mahkeme salonu içinde ulaşabilmesidir³¹. Fiziki ortamda tüm ilgililerin katıldığı duruşmalarda nasıl ki taraflar ve ilgililerin yalnızca sesleri duyulmuyor, kendileri de görülebiliyorsa, hukuken fiziki ortamda yapılan duruşmalardan bir farkı bulunmayan elektronik duruşmalarda da aynı şekilde ses yanında görüntü aktarımı da yapılmalıdır. Hatta, aleniyet ilkesinin tam olarak kendisinden beklenen faydayı gösterebilmesi için bu bir zorunluluktur³².

2. Ses ve Görüntünün Üçüncü Kişilere Adliye Binası İçinde, Duruşma Salonu Dışında Ortak Bir Alanda Aktarılması

Elektronik duruşmalarda aleniyetin daha etkin sağlanabilmesi için mahkemelerde elektronik duruşmaları izlemek isteyen üçüncü kişiler için ayrı bir yer

²⁷ MüKO ZPO/Fritzsche, § 128a, rn. 4; Hk-ZPO/Heinz Wöstmann, § 128a, rn. 4; Schultzy (n 7) 315; Neis/Resch (n 21) 181; Steffen Roller, ‘Dabei sein, ohne dabei zu sein? – Kriterien für die Gestattung einer gerichtlichen Verhandlung als Videokonferenz’, NZS 2022, Heft 13, 487; Bausch/Klenk (n 13) 16. Irskens (n 7) 286.

²⁸ BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a, rn. 9; Musielak/Voit/Stadler, § 128a, rn. 2; Francken/Natter (n 19) 157; Bernzen (n 13) 45; MHdB ArbR/Pulz, §390, rn. 28b; Schreiber (n 7) 270. Ayrıca bkz. LAG Düsseldorf, Urteil vom 13.1.2021 – 12 Sa 453/20.

²⁹ BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a, rn. 9; Musielak/Voit/Stadler, § 128a, rn. 2; Francken/Natter (n 19) 157; Bernzen (n 13) 45.

³⁰ BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a rn. 9; Francken/Natter (n 19) 157; Neis/Resch (n 21) 182; Irskens (n 7) 286; Bernzen (n 13) 45.

³¹ Bunun nasıl sağlandığı ise tamamen mahkemenin takdirindedir [Bernzen (n 13) 45]. Duruşma salonuna ses yanında görüntü aktarımı, yalnızca ses aktarılmasına nazaran aleniyet ilkesini daha da güçlendirmekle birlikte, bir dezavantajı da bulunmamaktadır. Örneğin sesi yanında görüntüsü de aktarılan taraflar ve ilgililerin kişilik hakları zedelenmez. Elektronik duruşmanın ses ve görüntü nakli olmaksızın yapılan duruşmadan hukuki olarak hiçbir farkı yoksa, fiziken duruşmada bulunan taraflar ve ilgililer ile ses ve görüntüsü aktarılanlar arasında kişisel hakların korunması bakımından da bir fark bulunmaz [MüKo ZPO/Fritzsche, § 128a rn. 6; Neis/Resch (n 21) 182]. Çünkü olağan duruşmalarda taraflar ve ilgililerin yüzünü görmek ve sesini duymak ile ses ve görüntüsü aktarılan kişilerin duvara ya da perdeye ya da bir ekrana yansıtılmış yüzünü görmek ve mahkeme salonundaki hoparlörden sesini duymak arasında hukuken bir fark bulunmaz. Bu nedenle duruşma salonunda aleniyeti sağlamak üzere hazır bulunan kişilere taraflar ve ilgililerin sesi yanında görüntüsünün aktarılmasında hukuken bir engel bulunmamaktadır [Bernzen (n 13) 45; Tobias Kulhanek, ‘Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz’, NJW 2020, Heft 17, 1183; Schreiber (n 7) 270; Neis/Resch (n 21) 182].

³² Bernzen (n 13) 45; Neis/Resch (n 21) 182; Schreiber (n 7) 270.

oluşturulmasının da mümkün olduğu belirtilmiştir³³. Buna karşılık bu tür bir fiziki yapılanmanın aleniyet ilkesi bakımından ek bir fayda sağlayacağını söylemek pek mümkün değildir; çünkü mahkeme salonuna fiziki koşullarının elverdiği ölçüde girilebilmesi ve duruşmanın izlenebilmesi, aleniyet ilkesi için yeterlidir³⁴. Ek olarak böyle bir uygulama, mahkeme salonundaki hoparlör ve ikinci ekran uygulaması ile karşılaştırıldığında, teknik açıdan da gereksiz masraflara da yol açar³⁵.

3. Duruşmanın Video Konferans Biçiminde İnternet Üzerinden, Mahkemece Verilecek Bir Link Aracılığı ile İzlenmesi

Elektronik duruşmalarda aleniyeti sağlamak üzere ileri sürülen önerilerden biri de, duruşma salonunda gerçekleşen yargılamanın kamuya bir video konferans biçiminde, erişim bağlantıları/linkleri verilmesi suretiyle sağlanmasıdır. Buna göre erişim bağlantısı/linki, mahkemenin web sitesinde yayınlanabileceği gibi, önceden kayıt olunduktan sonra da verilebilir³⁶.

Bağlantı yoluyla katılım sağlanması halinde fiziki ortamda sağlanacak olan katılımdan daha fazlasının sağlanması mümkündür ve bu durum aleniyet ilkesinin güçlenmesini sağlar. Ancak bu tür bir uygulama, kötüye kullanıma çok açıktır. Özellikle gizli olarak gerçekleştirilebilecek ekran kayıtları dolayısıyla taraflar ve ilgililerin kişilik haklarının ihlali günümüz şartlarında neredeyse kaçınılmazdır³⁷.

4. Canlı Yayın (Livestream) Yoluyla Duruşmanın İzlenebilmesi

Elektronik duruşmalarda aleniyeti sağlamak üzere doktrinde canlı yayın (livestream) yoluyla aleniyetin sağlanmasının mümkün olduğu da savunulmuştur³⁸. Böyle bir uygulama da, video konferans yönteminde olduğu gibi (ve hatta ondan daha fazla) aleniyet ilkesini kuvvetlendirse de, kişilik hakları ve kişisel veriler bakımından aynı (ve hatta ondan daha fazla) sorunları beraberinde getirir. Bu halde de gizli kayıt riski söz konusu olmakla birlikte³⁹; bu risk video konferans yöntemine nazaran daha fazladır. Çünkü bu halde yalnızca elinde video konferans linki

³³ Reto Mantz ve Jan Spoenle, 'Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung', MDR 2020, Heft 11, 643; Neis/Resch (n 21) 182.

³⁴ Kurt Konca (n 22) 185 vd.; Neis/Resch (n 21) 182.

³⁵ Neis/Resch (n 21) 182.

³⁶ Neis/Resch (n 21) 183; Reus (n 13) 1140; Nye Perram, 'Man darf das Perfekte nicht zum Feind des Guten machen Videokonferenzen in Australien in Zeiten von Corona', Justiz 142, Juni 2020, 279; Daniel Kettiger, 'Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, Kritische Anmerkungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht', Jusletter 4. Mai 2020, 12.

³⁷ Neis/Resch (n 21) 183; gerekli teknik tedbirlerin alınması suretiyle bunun önüne geçilebileceği yönünde, Reus (n 13) 1139.

³⁸ Toraman (n 1) 506; Wiebke Voss, 'Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?', VuR 2021, Heft 7, 249; Heinzmann/Trenzini (n 17) 85; Kettiger (n 38) 12.

³⁹ Neis/Resch (n 21) 183-184; Bernzen (n 13) 46; Heinzmann/Trenzini (n 17) 85.

bulunanlar değil, internetteki herkesin gizli kayıt yapma ve kişisel hakları ihlâl etme riski bulunur⁴⁰.

5. Türk Hukukundaki Uygulama

Türk hukuk uygulamasında önceleri daha çekingen yaklaşıl原因 elektronik duruşma kurumuna giderek alışıldığı ve teknik altyapı bulunduğu takdirde elektronik duruşma taleplerinin kabul edildiği gözlemlenmektedir. Elektronik duruşma icrası sırasında da sesi ve görüntüsü duruşma salonuna nakledilen kişinin hem sesinin hem de görüntüsünün duruşma salonuna katılan üçüncü kişiler tarafından rahatlıkla görebileceği şekilde görüntü yansıtılmakta ve ses verilmektedir.

Bu haliyle Türk hukukundaki elektronik duruşma uygulaması, diğer aleniyyeti sağlama önerilerinin yanında, teknik imkânlar, kişilik hakları, kişisel veriler ve muhtemel güvenlik sorunları ele alındığında, hukuken aleniyyet ilkesine uygun ve kanaatimce teknik ve finansal açıdan da en verimli yöntemdir. Öncelikle duruşma salonuna ikinci bir ekrandan görüntü ve hoparlörden ses verilmesi teknik açıdan çok kolay ve diğer önerilere nazaran daha az maliyetlidir. İkinci olarak bu uygulama adliyelerde ek bir fiziki yapılanmayı da gerektirmez, var olan duruşma salonları bu konuda yeterli olacaktır. Duruşmaların mahkeme salonlarında yapılma zorunluluğu söz konusu olduğu müddetçe, duruşma salonunda aleniyyetin sağlanmasının en uygun yolu, bugün de uygulanmakta olan bu ikinci ekran ve hoparlör yöntemidir.

III. ELEKTRONİK DURUŞMALARDA ALENİYETİN TAMAMEN KALDIRILMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

Elektronik duruşmalarda aleniyyetin tamamen kaldırılması, COVID 19 pandemisi ile sınırlı olsa dahi, Alman Kanun koyucusu tarafından düzenlenmek istenmiş⁴¹; buna karşılık, Elektronik duruşmaların hukuken olağan duruşmalardan hiçbir farkının bulunmaması dolayısıyla bunun gerçekleştirilmesi Anayasal açıdan da AİHS bağlamında da mümkün değildir. Bu nedenle böyle bir uygulama teklifi doktrinde, pandemi şartlarında dahi, Anayasa ve AİHS’de güvence altına alınmış olan aleniyyet ilkesini ve adil yargılama hakkını ihlâl edeceği gerekçesiyle, ağır

⁴⁰ Durum ilk derece mahkemeleri bakımından böyle iken, canlı yayın yönteminin en azından hukuki meseleyi inceleyen yüksek mahkemeler için kabul edilebileceği, gerekli tedbirler alınarak ve anonimleşme sağlanarak kişilik hakları ya da kişisel verilere yönelik yukarıda bahsedilen sorunların çok da çaba gerektirmeyen tedbirlerle (örneğin dosyadaki kişisel verilerin anonim hale getirilmesi bunlardan biridir) rahat bir şekilde aşılabileceği doktrinde savunulmuştur [Neis/Resch (n 21) 184; Bernzen (n 13) 46; Christian Trentmann, ‘Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren: Analyse und Kritik des neuen § 169 GVG und § 17a BVerfGG’, MMR 2018, Heft 7, 445. 22.04.2022 tarihi itibarıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı, kararlarının açıklanması ve hukuk sözcüsünün görüşlerinin okunması ile sınırlı olarak ve yalnızca Büyük Daire’ye gelen davaları içerecek şekilde, kararların verilmesine ilişkin duruşmaların başlangıcından itibaren canlı olarak yayınlanmaktadır. (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_1477137/en/; erişim tarihi: 15.12.2022)].

⁴¹ Ausführlich zu einem möglichen Ausschluss der Öffentlichkeit Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, WD 6 – 3000 – 036/20; WD 7 – 3000 – 061/2, s. 21 vd.

bir şekilde eleştirilmiştir⁴².

İsviçre’de ise *Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus* Art. 2/3 düzenlemesi ile akreditasyonu olan basın mensupları hariç olmak üzere, ses ve görüntü nakli yoluyla yapılan duruşmalarda aleniyet ilkesinden feragat edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna gerekçe olarak da halihazırda mahkemelerin İsviçre Art. ZPO 54/3 çerçevesinde kamunun ya da yargılamaya katılan bireylerin menfaatinin gerektirmesi halinde duruşmaların gizli yapılmasına karar verilebilmesi gösterilmiştir⁴³. Dolayısıyla COVID nedeniyle getirilen bu hüküm olmasa da yargılamanın gizli yapılmasına İsviçre ZPO Art. 54/3 uyarınca karar verilebileceği için bu sınırlama özel niteliği haiz bir sınırlama düzenlemesi olarak değerlendirilmemiştir⁴⁴.

Bu noktada bazı yazarlar, aleniyetin hukuk yargılamasında esasen bir formaliteden ibaret olduğunu ve bundan vazgeçilebileceğini ileri sürmüştür⁴⁵. Bu görüş kabul edilse bile, aleniyet ilkesinden tamamen vazgeçilebilmesi ve bu ilkenin hukuk yargılamasından tamamen çıkarılabilmesi için gerek ulusal gerek uluslararası planda düzenleme ve içtihat değişikliğine gidilme zorunluluğu hasıl olacaktır.

Öte yandan, HMK m. 28, Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6 uyarınca elektronik duruşmalar da, olağan duruşmalardan hukuken hiçbir farkları bulunmamaları sebebiyle, genel ahlâk, kamu güvenliği ya da yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kılması hallerinde gizli olarak yapılabilir. Duruşmanın tarafların ya da ilgililerin ses ve görüntülerinin nakli yoluyla yapılması ise tek başına bu istisnaları gündeme getirmez. Elektronik duruşmalarda da, olağan duruşmalarda olduğu gibi, yalnızca duruşma salonunun fiziki yeterliliği çerçevesinde bir sınırlama mümkündür⁴⁶. Bir salona fiziken kaç kişi girip duruşmayı takip edebilecekse, elektronik duruşmayı da aynı şekilde o kadar kişi takip edebilecektir.

IV. ELEKTRONİK DURUŞMALAR ÇERÇEVESİNDE ALENİYET İLKESİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK: TAMAMIYLA SANAL DURUŞMALARIN YAPILMASI MAKUL BİR HEDEF MİDİR?

Doktrinde elektronik duruşmaların da ötesine geçilebilip geçilemeyeceği ve yargılamanın tamamen sanal ortamda gerçekleştirilebilip gerçekleştirilemeyeceği,

⁴² Prütting (n 7) 332; Tanja Podolski, ‘Debatte um Corona-Änderungen für Arbeits- und Sozialgerichte: Die Öffentlichkeit bleibt’, Legal Tribune Online, 27.04.2020 (erişim tarihi: 09.12.2022); Philip Eschenhagen, ‘Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen’, VerfBlog, 2020/4/26 (erişim tarihi: 15.01.2023); Voss (n 40) 248; MüKO ZPO/Pabst, § 169 GVG, rn. 26 vd.

⁴³ Erläuterungen vom 16. April 2020 zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht), s. 5, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf>, erişim tarihi: 15.01.2023.

⁴⁴ Kettiger (n 38) 12.

⁴⁵ MüKO ZPO/Pabst, § 169 GVG, rn. 1; Kurt Konca (n 22) 34 vd.

⁴⁶ Neis/Resch (n 21) 184; Kulhanek (n 33) 1185. Bu konuda ayrıca bkz. BGH, 10. 6. 1966 - 4 StR 72/66 (NJW 1966, Heft 34, s. 1571).

bir başka deyişle yalnızca taraflar, ilgililer, üçüncü kişiler gibi hakimlerin de duruşma salonunda hazır bulunmadığı ve duruşmaya uzaktan katıldıkları çevrimiçi bir yargılamanın yapılabilip yapılamayacağı hususu da tartışmaya açılmıştır⁴⁷.

Büyük Britanya, Brezilya, Çin, Hindistan ve Singapur'da, bu tür çevrimiçi mahkeme uygulamaları COVID-19 pandemisinin başlangıcından bu yana mevcuttur. Bu uygulamalarda davanın tarafları, ilgililer ve üçüncü kişiler yargılamaya evinden ya da ofisinden bağlanmış ve duruşmalar ilgili mahkemenin web sitesinde canlı olarak yayınlanmıştır⁴⁸. Brezilya Federal Yüksek Mahkemesi, bu sayede verililikte bir artış olduğunu dahi belirtmiştir⁴⁹.

Ülkemizde de olduğu gibi, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerde de bu konu gelecekte bir ihtimal olarak tartışılmıştır⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, bu tür uygulamalar yargılamada aleniyeti azami düzeyde sağlama kabiliyetine de sahiptir⁵¹. Ancak yargılamada dikkat edilecek tek ilke aleniyet ilkesi değildir. Aleniyet ilkesi sağlanırken özellikle tarafların kişilik haklarının ve kişisel verilerinin korunması gerekir.

Bugün itibariyle elektronik duruşmaya taraflar, vekilleri, uzmanlar, bilirkişiler, tanıklar ses ve görüntü nakli yoluyla katılabilirse dahi, mahkemenin ve aleniyeti sağlamak üzere mahkemeyi izleyen kişilerin, mahkeme salonunda hazır bulunması zorunludur⁵². Ayrıca, yüz yüzelğin tamamen ortadan kalktığı yargılamalarda

⁴⁷ Bu konuda bkz. Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019; Emma Rowden ve Anne Wallace, 'Remote Judging: The Impact of Video Links on the Image and the Role of The Judge', *Int J Law Context* 14-2018; Dorris de Vocht, 'Trials by video link after the pandemic: the pros and cons of the expansion of virtual justice', *China-EU Law Journal*, 8- 2022.

⁴⁸ Bausch/Klenk (n 13) 17; Richard Susskind, 'Covid 19 shutdown shows virtual courts work better', 07.05.2020, erişim tarihi: 15.01.2023).

⁴⁹ https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_en_us&idConteudo=443094.

⁵⁰ Schwarzt, rn. 2; Köbler (n 13) 1073; Bausch/Klenk (n 13) 17 vd; Ralph Guise-Rübe ve Simon Kuhnke-Fröhlich, 'Virtueller Zivilprozess: Videoverhandlung als Regelfall', *Legal Tribune Online*, 08.07.2021, erişim tarihi: 10.12.2022; Fries/Podszun/Windau (n 18) 54-55.

⁵¹ Bausch/Klenk (n 13) 17.

⁵² Toraman (n 1) 505; MÜKO ZPO/Fritsche, § 128a rn. 4; Musielak/Voit/Stadler, § 128a rn. 2; BeckOK ZPO/ von Selle, § 128a rn. 9; Köbler (n 13) 1073; Windau (n 7) 2753; Schwarzt, rn. 2; Heß/Figgener (n 7) 585; Rauscher (n 13) 14; Windau (n 7) 2753; Bausch/Klenk (n 13) 16. Bunun da ötesinde, çalışma konumuzun dışında olmakla birlikte, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, mahkemenin ve halkın yalnızca sanal olarak katıldığı ve fiziksel bir mahkeme salonuna ihtiyaç duyulmadığı tamamen sanal bir duruşma, doğrudanlık ilkesine müdahale olarak da değerlendirilmiştir. Francken/Natter (n 19) 154. Öte yandan böyle bir usulün doğrudanlık ilkesini ihlâl etmeyeceği, halihazırda doğrudanlık ilkesine hizmet eden elektronik duruşmaların tamamen sanal hale gelmesi durumunda mahkemenin taraflara ve ilgililere, ses ve görüntü nakli yoluyla da olsa doğrudan ulaşabilmesi, onlara soru sorabilmesi, gözlemleyebilmesi ve onlardan karşılık alabilmesi nedeniyle, doğrudanlık ilkesine hâlel gelmeyeceğini, aksine bu ilkenin güçleneceğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Hatta, istinabe edilen hâkim tarafından tanığın dinlenmesinden ziyade, mahkeme salonunda bulunulmasa ve tamamen sanal ortamda bulunulsa dahi, ses ve görüntü aktarımı yoluyla tanık dinlenmesinin, doğrudanlık ilkesine,

tanığın, bilirkişinin ve uzmanın dinlenmesi gereken hâllerde, hakimın bu kişilerle yüz yüze gelmemesi, hakimın tanık beyanı, bilirkişi ve uzman görüşüne ilişkin değerlendirmesini de olumsuz yönde etkileyebilecektir. Dolayısıyla bu konuda bir yöntem benimsemeye çalışırken, yargılama konusu uyuşmazlığın niteliği ve bu uyuşmazlıklarda özellikle tanık, bilirkişi ve uzman gibi hakim tarafından bizzat ve yüz yüze dinlenmesi gereken kişilerin de yargılamaya dahil olup olmayacağının dikkate alınmasında fayda bulunur.

SONUÇ

Hukuk davalarında aleniyet ilkesi büyük önem taşır. Yargılama sürecinin dijitalleşmesi ise bu ilkeden vazgeçilmesine neden olmaz. Tüm taraf ve ilgililerin duruşma salonunda hazır olduğu yargılamalarda aleniyet ilkesine ne kadar dikkat edilmesi gerekiyorsa, elektronik duruşmalarda da aynı şekilde dikkat edilmesi gerekir. Elbette aleniyet sağlanırken, yargılamaya katılanların kişilik haklarını ve elektronik ortamda ses ve görüntü aktarımı yapılan hâllerde özellikle kişisel verilerini korumak da gerekir.

Alman hukukunda aleniyetin sağlanması için bir hoparlörle taraflar ya da ilgililerin sesinin mahkeme salonuna verilmesinin yeterli olduğuna yönelik görüşler bulunmakla birlikte, bunun yeterli olmadığını ve ses yanında görüntünün aktarılması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Türkiye’de ise halihazırda olduğu üzere yalnızca sesin değil, görüntünün de mahkeme salonuna aktarılması biçiminde yerleşen uygulama, fazla masraf yapmadan aleniyet ilkesine ve ondan beklenen fonksiyona tam olarak hizmet eden bir sistemin kurulmasını sağlar ve yeterlidir. Bundan fazlası ise, yani mahkemelerde ses ve görüntünün aktarılacağı ayrı bir salonun hazırlanması gibi uygulamalar ise teknik olarak gereksiz ve esasen daha masraflıdır.

Aleniyeti daha da güçlendirmek üzere kabul edilebileceği belirtilen bazı yöntemlere ise tereddütle yaklaşmak gerekir. Kayıt karşılığı link elde edenlerin internet üzerinden yargılamayı izleyebildikleri ya da tamamen canlı yayın biçimindeki aktarımlar, kişilik hakları ve kişisel veriler bakımından da pek çok mahzuru bünyelerinde barındırır. Kanaatimce, bugün Türkiye’de uygulanan, taraflar ve ilgililerin ses ve görüntüsünün ek bir hoparlör ve ekranla duruşma salonuna yansıtılması yöntemi, aleniyet ilkesi bakımından hem gerekli hem de yeterlidir.

istinabe uygulamasına nazaran, daha uygun olduğu da belirtilmiştir (Neis/Resch (n 21) 186). Ses ve görüntü aktarımı yoluyla duruşma icrasının doğrudanlık ilkesini daha da güçlendirdiğine yönelik verilen örneklerden biri, ZPO § 479’dur. İlgili madde, yeminin ses ve görüntü aktarımı yoluyla eda edilmesinin mümkün olmadığı hâllerde istinabe yoluyla eda edilmesini düzenlemektedir (MüKO ZPO/Schreiber, § 479, rn. 2). Elektronik duruşmaların doğrudanlık ilkesine etkisi bakımından daha geniş bilgi için bkz. Toraman (n 1) 506 vd; Varol Karaosmanoğlu (n 1) 71 vd; Gayretli Aydın (n 1) 2118 vd; Barış Mıdık, ‘Medenî Yargıda Elektronik duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler’, <https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yargininelektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, erişim tarihi: 18.01.2023).

KAYNAKÇA

Bausch, S. / Klenk, K., §128a ZPO und “Onlinegerichtsverhandlungen”, Dispute Resolution, Ausgabe 2, 17.06.2020, s. 13-18.

Bernzen, A., Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, RI 2020/2, s. 45-47.

Eschenhagen, P., *Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen*, *VerfBlog*, 2020/4/26, <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen>.

Francken, J. P. / Natter, E., Die arbeitsgerichtliche Videoverhandlung (NZA 2021, Heft 3, s. 153-158).

Fries, M. / Podszun, R. / Windau, B: Virtuelle Verhandlung statt fliegendem Gerichtsstand, RDi 2020, Heft 1, s. 49-55.

Gayretli Aydın, S., Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma (*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s. 2101-2126).

Guise-Rübe, R. / Kuhnke-Fröhlich S., Virtueller Zivilprozess: Videoverhandlung als Regelfall (Legal Tribune Online, 08.07.2021, https://www.lto.de/persistent/a_id/45411/, erişim tarihi: 10.12.2022).

Hartmann, P., Zivilprozess 2001/2002: Hunderte wichtiger Änderungen, Ein Überblick für Praktiker, NJW 2001, Heft 36, s. 2577-2598.

Heinzmann, M. / Trezzini, F., Verhandlung per Videokonferenz, Zehn Jahre ZPO - Zwischenstand und Perspektive (Hrsg. Eichel, F. / Hurni, C. / Markus, A. R.), Bern 2022, s. 81-95.

Heß, R. / Figgner, D., Die Videoverhandlung nach § 128 a ZPO im Verkehrs-zivilprozess, NJW-Special 2021, Heft 19, s. 585-586.

Irskens, G., Videoverhandlungen in der Praxis – Erfahrungsbericht über mehr als 50 Verhandlungen gemäß § 128a ZPO, JUSTIZ Nr. 142 | Juni 2020, s. 281-287.

Kale, S., Ses ve Görüntünün Nakledilmesi Yoluyla Duruşmanın İcrası (HMK md. 149) (Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2013, Sayı 25, s. 141-155).

Kettiger, D., Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, Kritische Anmerkungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, Jusletter 4. Mai 2020.

Kiel, H. / Lunk, S. / Oetker, H. (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 4, 5. Auf, München 2022 (MHdB ArbR/Yazar).

Köbler, R., Die Videoverhandlung im Zivilprozess – Vorschlag einer Neuregelung, NJW 2021, Heft 15, s. 1072-1074.

Kulhanek, T., Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz, NJW 2020, Heft 17, s. 1183-1186.

Kurt Konca, N., Medenî Usul Hukuku Bakımından Aleniyet İlkesi, Ankara, 2011

Mıdık, B., Medenî Yargıda E-Duruşma Pilot Uygulaması ve Yargının Elektronik Dönüşümü Üzerine Bazı Düşünceler (<https://blog.lexpera.com.tr/medeni-yargida-e-durusma-pilot-uygulamasi-ve-yarginin-elektronik-donusumu-uzerine-bazi-dusunceler/>, E.T., 23.11.2021).

Mantz, R. / Spoenle, J., Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, Heft 11, s. 637-644.

Musileak, H. J. / Voit, W. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 19. Auf, München 2022 (Musileak/Voit/Yazar)

Neis, F./Resch, C., Öffentlichkeit 2.0 oder: Hoffen, Dass Keiner Erscheint? Der Öffentlichkeitsgrundsatz In Teil- Und Vollvirtuellen Verhandlungen (https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/sorge/Paper-Downloads/02_Neis_Resch.pdf).

Perram, N., Man darf das Perfekte nicht zum Feind des Guten machen Videokonferenzen in Australien in Zeiten von Corona, Justiz 142, Juni 2020, s. 279-280.

Podolski, T., Debatte um Corona-Änderungen für Arbeits- und Sozialgerichte: Die Öffentlichkeit bleibt, Legal Tribune Online, 27.04.2020, https://www.lto.de/persistent/a_id/41431/ (erişim tarihi: 09.12.2022).

Prütting, H., Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz: Ein kleiner Schritt auf dem Weg zum elektronischen Gerichtsverfahren, AnwBl 5 / 2013, s. 330-332.

Rauscher, T., COVID-19-Pandemie und Zivilprozess, COVuR, Heft 1, s. 2-16.

Rauscher, T. / Krüger, W. (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 6. Auf., München 2022 (MüKO ZPO / Yazar)

Reus, P. M., Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, Heft 23, s. 1135-1141.

Roller, S., Dabei sein, ohne dabei zu sein? – Kriterien für die Gestattung einer gerichtlichen Verhandlung als Videokonferenz, NZS 2022, Heft 13, s. 481-488.

Rowden, E. / Wallace, A., Remote Judging: The Impact of Video Links on The Image and the Role of The Judge (Int J Law Context 14, 2018, s. 504–524).

Saenger, I. (Hrsg.): ZPO Handkommentar, 9. Auf, Baden-Baden 2021. (Hk-ZPO/ Yazar)

- Schultzky, H., Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, Heft 5, s. 313-318.
- Schwardt, B., Online-Gerichtsverhandlungen: Ein Vorschlag zur Öffentlichkeit, JurPC Web-Dok. 140/2022, Abs. 1 – 9.
- Suskind, R., Covid 19 shutdown shows virtual courts work better, 07.05.2020 (<https://www.ft.com/content/fb955fb0-8f79-11ea-bc44-dbf6756c871a>, erişim tarihi: 15.01.2023).
- Susskind, R., Online Courts and The Future of Justice, Oxford 2019.
- Toraman, B., COVID-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma) (COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Ankara 2021, s. 459-523).
- Trentmann, C., Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren: Analyse und Kritik des neuen § 169 GVG und § 17a BVerfGG, MMR 2018, Heft 7, s. 441-445.
- Varol Karaosmanoğlu, G., Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi (AndHD • Cilt: 8 | Sayı: 1 | Ocak 2022 | s. 71-92).
- de Vocht, D. L. F., Trials by video link after the pandemic: the pros and cons of the expansion of virtual justice [China-EU Law Journal (2022) 8:33–44].
- Vorwerk, V. / Wolf, C. (Hrsg.): Beck’sher Online Kommentar, 47. Ed. München 2022 (BeckOK ZPO/Yazar).
- Voss, W., Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, Heft 7, s. s. 243-251.
- Windau, B., Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung: Praxisorientierte Überlegungen zu Gegenwartsproblemen des Zivilprozessrechts, NJW 2020, Heft 38, s. 2753-2757.

İŞ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK İLE HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BİRLİKTE UYGULANMASI HALİNDE KARŞILAŞILABİLECEK DURUMLAR

*Situations that may be Encountered when Mandatory Mediation
in Labour Law and Expert-Determination are Applied Together*

Didem YARDIMCIOĞLU*

Özet

2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1.1.2018 tarihinden itibaren iş hukukunda dava şartı olan arabuluculuk uygulaması başlamış olup, düzenlemenin kapsamı dışında bırakılanlar hariç olmak üzere işçi ve işveren alacakları, tazminatları ve işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. Böylelikle iş hukukundaki uyuşmazlıkların büyük bir bölümü dava şartı olan arabuluculuğun kapsamına dahil edilmiştir. 2021 yılında kamuoyuna açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı ile de bir başka uyuşmazlık çözüm yöntemi olan hakem-bilirkişilik uygulamasının hayata geçirileceği duyurulmuştur. Bu doğrultuda bazı uyuşmazlıklarda aynı anda, dava şartı olan arabuluculuk ile hakem-bilirkişiliğin birlikte uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu durum ise beraberinde çeşitli uygulama sorunlarını getirebilecektir. Bu sebeple çalışmamızda iş hukukunda dava şartı olan arabuluculuk ile hakem-bilirkişilik kavramları incelenerek, hakem-bilirkişi sözleşmesinin arabuluculuğa başvuru sürecine etkisi, arabuluculuk sürecinde hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı, arabuluculuk sürecinde görüşülen hakem-bilirkişi raporunun mahkeme aşamasında kullanımı gibi bazı önemli konuların aydınlatılması hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Hakem-bilirkişilik, Zorunlu arabuluculuk, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, İş hukuku.

Abstract

With the entry into force of the Labour Courts Law no 7036 in 2017, the practice of mediation, which is a litigation requirement in labour law, has started as of 1.1.2018 and except for those excluded from the scope of the regulation, it has become mandatory to apply to a mediator in lawsuits filed with claims for employee and employer receivables, compensation and reemployment. Thus, most of the disputes in labour law are included in the scope of mandatory mediation. With the Human Rights Action Plan, which was announced to the public in 2021, it was stated that another dispute resolution method, expert-determination, would be implemented. Accordingly, in some disputes, mandatory mediation and expert-determination may be applied simultaneously. This situation may bring with it various application problems. For this reason, in our study, the concepts of mandatory mediation in labour law and expert-determination were examined. Also in our study, it is aimed to clarify some important subjects as the effect of the expert-determination agreement on the application process to the mediation, the bindingness of

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.04.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, didem.yardimcioglu@dicle.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2890-5867>.

the expert-determination report in the mediation process, the use of the expert-determination report discussed in the mediation process at the court stage.

Keywords: Mediation, Expert-determination, Mandatory mediation, Labour Courts Law no 7036, Labour law.

GİRİŞ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun¹ (HUAK) 2012 yılında, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin² ise 2013 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuk sistemimizde alternatif çözüm yöntemlerinden arabuluculuk müessesesi uygulanmaya başlanmıştır. 2018 yılında ise yeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin³ (Yönetmelik) yürürlüğe girmesi neticesinde 2013 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Esasen ihtiyari nitelik taşıyan arabuluculuk sistemi, zamanla bazı özel hukuk uyuşmazlıklarında dava şartı haline getirilmiş ve tarafların uyuşmazlık konusunu mahkeme önüne taşımadan evvel arabulucuya başvurmaları zorunlu tutulmuştur. Bu doğrultuda 2017 yılında yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun⁴ (İMK) iş hukukunda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 3. maddesinde belirtilen iş uyuşmazlıklarında, 4857 sayılı İş Kanununun⁵ 20. ve 21. maddelerinde yapılan değişiklik ve eklenen ek fıkralar ile birlikte, iş hukukunda zorunlu arabuluculuk uygulaması başlamıştır. İş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulamasının başladığı 1.1.2018 tarihi ile 4.5.2022 tarihleri arasında 1.481.761 dosyada arabulucu görevlendirmesi yapılmış olup bu dosyalardan 822.735'i anlaşma ile 592.522'si ise anlaşamama ile sonuçlanmıştır⁶.

Cumhurbaşkanlığının 2021/9 sayılı İnsan Hakları Eylem Planı (2021-2023) konulu Genelgesinde⁷ ise insan hakları standartlarını yükseltmek amacıyla İnsan Hakları Eylem Planı hazırlandığı ve 2 Mart 2021 tarihinde kamuoyuna açıklandığı, Eylem Planının etkin bir şekilde uygulanması ve şeffaf bir anlayışla izlenmesi amacıyla bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının çalışmalarını takip ve koordine etmek üzere İnsan Hakları Eylem Planı İzleme ve Değerlendirme Kurulu oluşturulduğu belirtilmiştir. Kamuoyuna açıklanan İnsan Hakları Eylem Planında, “Yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözümünü amacıyla hakembilirkişilik kurumu ihdas edilecektir” ifadesine yer verilmiştir⁸. Böylece mevzuatımızda açıkça düzenlenmeyen hakem-

¹ RG 22.06.2012/28331.

² RG 26.01.2013/28540.

³ RG 02.06.2018/30439.

⁴ RG 25.10.2017/30221.

⁵ RG 10.06.2003/25134.

⁶ <<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162402i%C5%9F%20%20%2004.05.2022.pdf>> Erişim Tarihi 27.02.2023.

⁷ RG 30.4.2021/31470.

⁸ T.C. Adalet Bakanlığı, ‘İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik

birlikli kurulumdan ilk kez İnsan Hakları Eylem Planında bahsedilmiş ve bu kurumun hayata geçirileceği belirtilmiştir. Esasında, her ne kadar hakkında açık kanuni bir düzenleme bulunmasa da bazı uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık taraflarının aralarındaki sözleşmeye koymakta oldukları hakem-birlikli kayıt ve ya bağımsız olarak aksettikleri hakem-birlikli sözleşmeleri doğrultusunda zaten hakem-birlikli başvurumaktaydı. Ancak Eylem Planı ile bu kurumun yasal olarak da dayanağı kavuşturulacağı ve teşvik edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Hem iş hukukunda arabuluculuğun pek çok işçilik alacağı yönünden zorunlu hale getirilmiş olması hem de İnsan Hakları Eylem Planında hakem-birlikli kurumunun ihdas edileceğinin vurgulanması gelecek zamanda bu iki kurumun bazı dosyalarda beraber uygulanmasını kaçınılmaz kılacaktır. Bu durum ise şüphesiz ki beraberinde çeşitli bazı uygulama sorunlarını getirecektir. Bu nedenle hem iş hukukunda dava şartı arabuluculuk hem de hakem-birlikli kurumunun incelenmesi ve bu iki uygulamanın birleştiği noktalarda ne gibi sorunların doğacağı ortaya konularak bu konuda çözüm önerileri sunulması önem arz etmektedir. Bu doğrultuda biz de çalışmamızda öncelikle hakem-birlikli kavramına değinecek ve iş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulamasını açıklayacak; ardından hakem-birlikli ile iş hukukunda dava şartı arabuluculuk kavramlarının benzer ve farklı yönlerini belirterek birlikte uygulandıklarında karşılaşılabilecek çeşitli durumları inceleyeceğiz.

I. HAKEM-BİRLİKİ KAVRAMI VE HAKEM-BİRLİKİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Roma Hukukundan Kıta Avrupası Hukukuna giren hakem-birlikli kurumu, sözleşmesel ilişkilerde kesinlik unsurunun gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır. Başka bir anlatımla hakem-birlikli, belirlenen vakıalara ilişkin tespitin nasıl yapılacağının sözleşmesel ilişkinin başından itibaren belirlenmesini sağlamaktadır⁹. Hakem-birlikli, bir uyuşmazlığı doğrudan çözmeyen, aksine uyuşmazlığın mahkeme veya tahkim yargılamasında hakim ya da hakemler önünde çözümüne yardımcı olan kişilerdir¹⁰. Hakem-birlikli sözleşmesi ile taraflar aralarındaki belli bir uyuşmazlık konusunun miktarının veya niteliklerinin belirli kişiler veya kurullar tarafından tespit edileceğini ve hakem-birliklilerce yapılacak bu tespiti kabul edeceklerini kararlaştırırlar¹¹.

Bir Türkiye' (2021) <<https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>> Erişim Tarihi 27.02.2023.

⁹ Rasih Yeğencil, *Tahkim* (1974) 145-146; Ali Yeşilirmak, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Birlikli' (2009) 11 DEÜHFD 693, 699-700; Duygu Demirel, 'Hakem-Birlikli Sözleşmesi ve Uygulama Esasları' (2014) 9(93) Terazi Hukuk Dergisi 24, 25.

¹⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10. Bası, Onikilevha 2022) 613; M. Serhat Sarısözen, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması* (Kazancı 2005) 26; Yeğencil (n 9) 145.

¹¹ Yeğencil (n 9) 145; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Baskı, Demir Yayıncılık 2001) 2899; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020) 335; Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 10) 379; Oğuz Atalay, *Pekcanitez*



Hakem-bilirkişilik kurumunun hukuki niteliği ise öğretilerde oldukça tartışmalı bir konudur. Kurumun hukuki niteliği hakkındaki görüşleri maddi hukuka ilişkin teoriler ve usul hukukuna ilişkin teoriler olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Maddi hukuka ilişkin teoriler kendi içinde dört kategoriye ayrılmakta ve hakem-bilirkişi sözleşmesini sulh, kabul, geciktirici şart ve maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendiren görüşler şeklinde ileri sürülmektedir. Usul hukukuna ilişkin teori ise hakem-bilirkişi sözleşmesinin bir delil sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir¹². Öğretilerde ağırlıklı olarak hakem-bilirkişi sözleşmesinin münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü belirtilmektedir¹³. Yargıtay'ın yıllardan beri süregelen içtihadına göre de hakem-bilirkişi sözleşmesi bir delil sözleşmesi niteliğindedir¹⁴.

II. İŞ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ

A. Genel Olarak

2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkların bağımsız mahkemeler eliyle görülmesi yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinin önü açılmıştır. Özünde isteğe bağlı bir nitelik taşıyan arabulucuya başvuru, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanu-

Usul Medeni Usul Hukuku (15. Bası, Onikilevha 2017) 1752; Fulya Teomete Yalabık, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi İle Delillerin Toplanması Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Onikilevha 2016) 523; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2020) 475; Süha Tanrıver, *Hukukumuzda Bilirkişilik* (Yetkin 2017) 28; Tahsin Hatipoğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri* (Onikilevha 2020) 91; Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001) 142; Demirel (n 9) 26.

¹² Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nevhis Deren Yıldırım, 'Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği' (1994) 54(1-4) İÜHFM 321, 321 vd.; Demirel (n 9) 26 vd.

¹³ Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014) 592; Kuru (n 11) 2899; Kuru ve Aydın (n 11) 335; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; O. Atalay (n 11) 1752; Yeşilirmak (n 9) 700; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Teomete Yalabık (n 11) 523; Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (15. Baskı, Savaş 2020) 363; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin 2019) 249; L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019) 489; Hatipoğlu (n 11) 97. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin delil sözleşmesi olarak kabul edilmesinin İsviçre, Alman ve Fransız öğreti ve içtihatlarındaki görüş ve kararlarla uyuşmadığı, yanlış olduğu yönünde, Yeğengil (n 9) 150. Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcı etkisini usul hukuku yerine maddi hukuka dayanarak açıklamanın daha isabetli olacağı görüşü için bkz. Deren Yıldırım (n 12) 328. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin ispat sözleşmeleri içinde yer alan, ağırlık noktası usul hukukunda olan karma nitelikli bir sözleşme olduğu görüşü için bkz. M. Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990) 262; Taşpınar (n 11) 151; Demirel (n 9) 30-31.

¹⁴ Yargıtay 11 HD, E 2000/889 K 2000/4039, 09.05.2000; Yargıtay 11 HD, E 2003/2660 K 2003/8892, 06.10.2003; Yargıtay 11 HD, E 2005/11134 K 2006/11943, 20.11.2006; Yargıtay 11 HD, E 2009/2621 K 2010/10301, 14.10.2010; Yargıtay 17 HD, E 2013/20147 K 2014/8921, 03.06.2014.

nunun “dava şartı arabuluculuk” başlığını taşıyan 3. maddesi hükmü ile çeşitli bazı alacaklar hariç diğer tüm işçilik alacakları ve işe iade davaları bakımından zorunlu hale getirilmiştir¹⁵. Dava şartları, tüm yargılama süreci boyunca mevcut olması gereken, hakim tarafından re’sen göz önünde bulundurulmuş ve taraflarca her zaman ileri sürülebilen usul hukukuna ilişkin şartlardır¹⁶. Öğretide dava şartlarının mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin şartlar olmak üzere üç grupta kategorize edilebildiği ve İMK ile getirilen arabulucuya başvuru zorunluluğunun bu kategorilerden hiçbirine tam manasıyla dahil edilemeyeceği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷. Yine öğretide haklı olarak, arabulucuya başvurunun esasında dava şartı niteliği taşımaktan ziyade sınırlı bir düzenlemeye sahip olan ilk itirazlara daha çok benzediği dile getirilmiştir¹⁸. Fakat kanun koyucu İMK 3. maddesinin başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere konuyu dava şartı olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu doğrultuda, iş uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlenmiş olmasının hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne düzenlemenin iptali için başvurulmuştur. Ancak Anayasa

¹⁵ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (35. Bası, Beta 2022) 68-69. İş hukukunda dava şartı arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Seda Özsumcu, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış’ (2016) 74(2) İÜHF 807, 807 vd.; Kübra Doğan Yenisey, ‘İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk’ Kübra Doğan Yenisey (ed), *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı* (TİSK 2016) 167 vd.; Talat Canbolat, ‘İş Yargısında Arabuluculuk’ *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantısı* (İstanbul Barosu Yayınları 2018) 95 vd.; Kadriye Bakırcı, ‘Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru’ (2019) 140 TBB Dergisi 355, 355 vd.; İbrahim Subaşı ve Şeref Güler, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Kapsamında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2020) 8(16) ABÜHFD, 1217, 1217-1256; Mustafa Kılıçoğlu, *İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2019) 678 vd.; Zeki Okur, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, (Karahana Kitabevi 2019); Ersin Erdoğan, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi’, (2017) 14(55) Legal İSGHD 1211, 1211 vd.; Ezgi Korkmaz, ‘İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar’ (2020) 16(42) Legal MİHDER 861, 861 vd.; Hakan Keser, ‘İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme’ (2021) 18(70) Legal İSGHD 513, 513 vd.; Murat Özveri, ‘İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları’ (2020) 2(65) Çalışma ve Toplum 917, 921 vd. İş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk karşısında işçinin iradesinin durumu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hande Heper, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (Seçkin 2022) 339 vd.

¹⁶ Erdoğan (n 15) 1215; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 209-210; Umar (n 13) 337 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (4. Baskı, Onikilevha 2022) 675; Muhammet Özkes ve Murat Atalı, ‘7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler’ *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı* (Onikilevha 2018) 99; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, Onikilevha 2019) 153.

¹⁷ Ali Güzel, ‘İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: “Zorunlu” Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)’ Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan* (Onikilevha 2019) 19; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 153-154; Özkes ve Atalı (n 16) 99-100.

¹⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 154; Özkes ve Atalı (n 16) 101; Güzel (n 17) 19-20.



Mahkemesi, sadece arabulucuya başvuru aşamasının zorunlu olduğunu, bir kez arabulucuya başvurulduktan sonra arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmemenin ise taraf iradelerine bırakıldığını vurgulamış ve bu konudaki düzenlemenin mahkemelere erişim hakkı ile hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığı kanaatine vararak iptal istemini reddetmiştir¹⁹.

İMK m. 38 hükmü uyarınca arabulucuya başvuru zorunluluğu 1.1.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda*” işçi veya işveren, 1.1.2018 tarihinden itibaren arabulucuya başvurmak zorunda tutulmuştur. İfade edelim ki, bu düzenleme doğrultusunda alacağın ne zaman muaccel olduğunun veya karşı tarafın 1.1.2018 tarihinden önce temerrüde düşürülmüş olmasının da bir önemi bulunmamaktadır²⁰.

B. İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulması Zorunlu Tutulan Alacak, Tazminat ve Talepler

İş Mahkemeleri Kanununda hangi alacaklar için dava açılmadan evvel arabulucuya başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten de Kanunun 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”. İMK m. 3/3 hükmünde ise “*İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz*” düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla Kanunun m. 3/3 hükmünde belirtilen konularda arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenleme uygulanmayacaktır.

İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “*Kanun*” ifadesi ile yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu kast edilmemektedir. Öğretide de haklı olarak belirtilmiş olduğu üzere, “*Kanun*” ifadesinin kapsamına 4857 sayılı İş Kanununun yanı sıra 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun²¹, 854 sayılı Deniz İş Kanunu²², 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²³, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu²⁴⁻²⁵ hatta 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2017/178 K 2018/82, 11.07.2018.

²⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 15) 73; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi (Yetkin 2018) 17; E. Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (11. Baskı, Gazi Kitabevi 2020) 42.

²¹ RG 20.06.1952/8140.

²² RG 29.04.1967/12586.

²³ RG 04.02.2011/27836.

²⁴ RG 07.11.2012/28460.

²⁵ Dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerinin 6356 sayılı Kanun bakımından uygulanması hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., Ercüment Özkara ve Canan Ünal, ‘Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması’ (2019) 42 Sicil İHD 16, 16-41.

İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun dahi girmektedir^{26,27}. Gerçekten de İMK m. 3 hükmünün gerekçesinde de bu durum vurgulanmış ve “*Birinci fıkrada yer alan “Kanuna” ibaresiyle alacak veya tazminat talebinin 4857 sayılı İş Kanunundan veya diğer kanunlardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir*” denilmiştir. Yine gerekçeye göre, “*6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen “Hizmet Sözleşmeleri” (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak*” kabul edilmektedir²⁸. İş kanunlarının uygulama alanına girmeyen tüm iş sözleşmeleri, herhangi bir istisna söz konusu olmaksızın Türk Borçlar Kanunu kapsamında sayılmaktadır. Bu nedenle aslında tüm işçi ve işverenler dava şartı olarak arabuluculuk hükümlerine tabidir²⁹. Aynı şekilde, işyeri uygulaması haline gelmiş bir hakkın talep edilmesi için de dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu mevcuttur³⁰. Zira bu noktada esas önemli olan husus iş ilişkisidir ve bu ilişkiden kaynaklanan alacağa, tazminata veya işe iade talebine ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olmasıdır³¹. Bu uyuşmazlığın hangi kanundan doğduğunun ise bir önemi bulunmamaktadır³². Bu durum madde gerekçesinde, “*Düzenleme uyarınca, arabulucuya başvurma zorunluluğu için kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin*

²⁶ RG 11.07.1956/9355.

²⁷ Güzel (n 17) 24; Çil, *Arabuluculuk* (n 20) 19; Korkmaz (n 15) 869; Serkan Odaman ve Eda Karaçöp, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme’ (2018) 39 Sicil İHD 44, 49; Fatih Uşan, ‘Dava Şartı Arabuluculukta Beklentiler, Gözlemler ve Sonuçlar’ Çelik Ahmet Çelik, Sema Güleç Uçakhan ve Hakan Tokbaş (edr), *İ. İş Hukuku Kongresi* (Aristo Yayınevi 2022) 446-447; Senyen-Kaplan (n 20) 42. İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinin 20. fıkrasında, Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler ile Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamlarının bu madde uyarınca işçi sayıldığına ayrıca belirtilerek bu kişilerin de dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olduklarının vurgulanmak istenmesinin, her iki kanunda da “işçi” ifadesine yer verilmemesinden kaynaklandığı yönünde, Özkaraca ve Ünal (n 25) 18. Yazarların haklı olarak belirttikleri üzere, dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri İMK’da düzenlendiğinden ve iş mahkemeleri de bireysel iş ilişkilerini düzenleyen tüm kanunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli olduğundan, İMK m. 3/20 hükmünde böyle özel bir düzenleme olmasaydı dahi gemi adamları, gazeteciler ve bu kişilerin işverenleri dava şartı arabuluculuk hükümlerine zaten tabi olacaklardı ve bu nedenle de İMK m. 3/20 hükmü açıklayıcı nitelikte bir düzenleme olma özelliği taşımaktadır. Özkaraca ve Ünal (n 25) 18-19; Aynı yönde, Faruk Barış Mutlay, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (Onikilevha 2018), 82.

²⁸ TBMM, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu’ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>> Erişim Tarihi 15.02.2023.

²⁹ Özkaraca ve Ünal (n 25) 19; Erdoğan (n 15) 1214. Bireysel veya toplu iş sözleşmesinde iş güvencesi hükümlerine tabi olacağı kararlaştırılan Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki bir işçinin yahut Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki bir işyeri sendika temsilcisinin işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu olduğu yönünde Uşan, (n 27) 447.

³⁰ Çil, *Arabuluculuk* (20) 19; Güzel (n 17) 25; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 74.

³¹ Güzel (n 17) 24-25; Mutlay (n 27) 81; Özkaraca ve Ünal (n 25) 18.

³² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 74.



iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bu talebe ilişkin olarak tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması şarttır” şeklinde ifade edilmiştir³³.

Dikkat edilecek olursa, dava şartı olarak arabuluculuk düzenlemesi kapsamında yalnızca işçinin işverenden olan alacakları için değil, işverenin işçiden olan alacakları bakımından da arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Nitekim gerekçede de bu husus, “*işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır*” ifadeleriyle belirtilmiştir³⁴. Ayrıca, işçinin ölümü halinde geride kalanlarının işçinin sağlığında hak kazandığı alacaklar ile ölümü ile hak kazandıkları kıdem tazminatı ve ölüm tazminatı gibi alacaklar için de dava açmadan evvel arabulucuya başvurmaları dava şartıdır³⁵.

İşçi ve işveren arasında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden doğduğu iddia edilen ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür. İMK m. 3 hükmünün gerekçesinde de bu duruma değinilmiş ve “*işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmekten kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat talepleri dava açılmadan önce bu madde kapsamında arabulucuya götürülecektir. Ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacak, kira alacağı olarak nitelendirilmeli ve görünüşte işçi ve işveren arasındaki bu uyumsuzluk, bir alacak uyumsuzluğu olsa da madde kapsamında değerlendirilmemeli ve genel hükümlere tabi tutulmalıdır*” ifadeleriyle örneklendirilmiştir³⁶. Dolayısıyla işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluğun dava şartı arabuluculuk kapsamında sayılması için iş ilişkisinden kaynaklanan bir alacak ya da tazminat talebinin bulunması şarttır. Taraflar her ne kadar aralarındaki iş ilişkisi nedeniyle işçi ve işveren sıfatına sahip olsalar da eğer aralarında başkaca hukuki ilişkiler varsa, bu ilişkilerden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri bakımından bu sıfatları bir önem taşımayacaktır. Tarafların iş ilişkisi haricindeki diğer hukuki ilişkilerinden kaynaklanan alacak ve tazminat talepleri, iş hukuku kapsamında dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk hükümlerine tabi olmayacaktır³⁷.

³³ TBMM (n 18) 7.

³⁴ ibid 7.

³⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 210; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku (7. Baskı, Lykeion 2022) 162.

³⁶ TBMM (n 18) 7-8.

³⁷ Özkaraca ve Ünal (n 25) 19; Uşan (n 27) 447; Özkes ve Atalı (n 16) 96; Özlem Özkes, ‘İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk’ (2018) 138 TBB Dergisi 273, 283.

III. HAKEM-BİLİRKİŞİ KAVRAMININ ARABULUCU KAVRAMINDAN AYIRT EDİLMESİ

A. Hakem-Bilirkişilik ve Arabuluculuğun Benzer Yönleri

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (b) bendine göre arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade etmektedir. Aynı Kanunun 2. maddesinin (a) bendine göre arabulucu ise “*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır.

Hakem-bilirkişilikte ise uyuşmazlık konusunun miktarı, değeri veya yeterliliği gibi bir özelliğinin taraflarca güvenilen, tarafsız bir kişi olan hakem-bilirkişi tarafından tespit edilerek, bu tespitin taraflar bakımından bağlayıcı olması ve bu özelliklerin sadece hakem-bilirkişinin yapacağı tespitle ispat edileceği kabul edilmektedir³⁸. Bu yönüyle hakem-bilirkişilik aksi kararlaştırılmadığı müddetçe münhasır delil sözleşmesi niteliği taşımaktadır³⁹. Hakem-bilirkişi ise bilgi ve deneyimine dayanarak bir tespitte bulunmaktadır⁴⁰.

Bu bilgiler ışığında hakem-bilirkişilik ile arabuluculuğun benzer yönlerinden ilki ihtiyariliktir. Gerçekten de hem hakem-bilirkişiye başvuru⁴¹ hem de HUAK uyarınca arabulucuya başvuru ihtiyari nitelik taşımaktadır (HUAK m 2/1, (b)). Ancak belirtelim ki, çalışma konumuzun da bir parçasını oluşturan iş hukukunda dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk bu durumun istisnasını oluşturmakta-

³⁸ Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; Kuru ve Aydın (n 11) 335-336; Teomete Yalabık (n 11) 524; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475. Tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesi şeklinde bir delil sözleşmesi yaparak hakimi bağlayamayacakları görüşü için bkz. Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi* (n 13) 232, 261; M. Kamil Yıldırım, ‘Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi’ İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (7. Baskı, Beta 2012) 110.

³⁹ Umar (n 13) 592; Kuru (n 11) 2899; Kuru ve Aydın (n 11) 335-336; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Yeşilirmak (n 9) 700; Kodakoğlu (n 13) 363; Teomete Yalabık (n 11) 523; Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 29; Atalı ve Ermenek (n 13) 249; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 13) 489; Yargıtay 11 HD, E 2000/889 K 2000/4039, 09.05.2000; Yargıtay 11 HD, E 2003/2660 K 2003/8892, 06.10.2003; Yargıtay 11 HD, E 2005/11134 K 2006/11943, 20.11.2006; Yargıtay 11 HD, E 2009/2621 K 2010/10301, 14.10.2010; Yargıtay 17 HD, E 2013/20147 K 2014/8921, 03.06.2014.

⁴⁰ Ali Yeşilirmak, ‘Arabuluculuk Nedir?’ Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur (edr), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (3. Baskı, 2021) 38.

⁴¹ Yeşilirmak (n 9) 703.

dır. Dava şartı olan arabuluculukta, arabuluculuk sürecini başlatmak zorunludur. Lakin arabuluculuk sürecinin devamı ve bu sürecin bir anlaşma ile neticelenip neticelenmeyeceği tarafların iradelerine bağlı kılınmıştır⁴².

Her iki kavram bakımından benzer olan hususlardan biri de bağlayıcılıktır. Zira hakem-bilirkişi raporu ile tespiti yapılan hususlar tarafları bağlar⁴³. Benzer şekilde, HUAK m. 18/5 hükmü uyarınca “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*”. Başka bir ifadeyle, arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların üzerinde anlaşmaya vardıği hususlar artık bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır⁴⁴.

Hakem-bilirkişilik ile arabuluculuğun benzer noktalarından bir diğeri ise hem hakem-bilirkişi hem de arabulucunun mahkeme yargısında hakim, tahkimde ise hakem gibi uyuşmazlığı doğrudan çözen ve nihai karar verici pozisyonunda olmamalarıdır⁴⁵. İlâveten, hem hakem-bilirkişi hem de arabulucu uyuşmazlığın taraflarından bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi niteliği taşırlar⁴⁶.

B. Hakem-Bilirkişilik ve Arabuluculuğun Farklı Yönleri

Hakem-bilirkişilik ile arabuluculuğun benzer yönleri bulunmakla birlikte iki kavram arasında bazı önemli farklılıklar da söz konusudur. Bunlardan ilki, hakem-bilirkişinin taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunun değeri, miktarı veya yeterliliği gibi bir niteliği konusunda tespitte bulunmasıdır⁴⁷. Oysa arabulucu uyuşmazlık konusuna ilişkin bir tespitte bulunmaz. Taraflar arasında aksi bir anlaşma yoksa hakem-bilirkişi tespitini yaparken hangi yöntemleri kullanacağını kendisi

⁴² Asiye Şahin Emir ve Büşra Kazmaz Tepe, ‘İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükmü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi’ (2018) 3(58) Çalışma ve Toplum 1481, 1483-1484.

⁴³ Kuru ve Aydın (n 11) 336; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; O. Atalay (n 11) 1752; Yeşilirmak (n 9) 711; Teomete Yalabık (n 11) 524; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 29; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (3. Baskı, Yetkin 2017) 2393; Atalı ve Ermenek (n 13) 249; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 13) 489; Hatipoğlu (n 11) 94; Özcan Atalay, ‘Hakem-Bilirkişi Kavramı’ (1976) 5 Ankara Barosu Dergisi 870, 872; Demirel (n 9) 25-26.

⁴⁴ Korkmaz (n 15) 904.

⁴⁵ Arabulucunun hakim veya hakemden farkının karar veren değil, tarafların vereceği karara yardımcı olan, ortam hazırlayan kişi niteliği taşıması olduğu yönünde, Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 19.

⁴⁶ Abdurrahman Kavasoglu, ‘Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation’ (2010) 68(1-2) İÜHFM 197, 203; Yeşilirmak (n 9) 703; Emmanuel Gaillard and John Savage, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International), 19; Kuru ve Aydın (n 11) 336; Olgu Özdemir, ‘Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ (2016) İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan 601, 609; Korkmaz (n 15) 876; Odaman ve Karaçöp (n 27) 47; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 59.

⁴⁷ Yeğengil (n 9) 145; Kuru (n 11) 2899; Kuru ve Aydın (n 11) 335; Teomete Yalabık (n 11) 523; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 28. Hakem-bilirkişinin, sözleşmenin taraflarından bağımsız üçüncü bir kişi olarak bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olması nedeniyle arabuluculuktan ayrıldığı yönünde, Demirel (n 9) 25.

belirleyebilir. Bu doğrultuda örneğin vakianın oluştuğu yere gidebilir⁴⁸. Ancak arabulucunun keşif yapması mümkün değildir⁴⁹.

Hakem-bilirkişilik ile arabuluculuk arasındaki bir diğer fark ise icra edilebilirlik yönündendir. HUAK m. 18/2 hükmüne göre taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler ve bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Ayrıca HUAK m. 18/4 hükmü doğrultusunda, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Halbuki hakem-bilirkişi raporu ancak mahkeme tarafından bir karara esas alınıp karar olarak icra edilebilir. Zira rapor nihaidir, fakat yargısal bir hükmü bulunmamaktadır. Sadece maddi bir vakianın tespiti niteliğini taşımaktadır⁵⁰.

Bir diğer farklılık ise hakem-bilirkişilik sözleşmesinin yapılmasının uyuşmazlığın mahkeme önüne gitmesini engellemeyecek olmasıdır⁵¹. Oysa dava şartı olarak arabuluculukta uyuşmazlık konusu hakkında arabulucuya başvurulması, bu süreç tüketilene kadar mahkemeye gidilmesini engeller.

Son olarak belirtelim ki, hakem-bilirkişiye başvurmak zamanaşımını kesmez⁵². Fakat HUAK m. 16/2 hükmü uyarınca, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

IV. HAKEM BİLİRKİŞİLİK VE İŞ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. ELVERİŞLİLİK YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Hakem-Bilirkişiliğe Elverişlilik

Hakem-bilirkişiler, tahkim veya mahkeme sürecinin aksine bir uyuşmazlığın tamamını çözmek yerine, bir vakıya veya işleme dair tespitte bulunmakla görevlidir⁵³. Ancak hakem-bilirkişilerin yetkisi, her türlü konuya ilişkin olmayıp, yalnızca

⁴⁸ Kuru ve Aydın (n 11) 336-337; Yeşilirmak (n 9) 717, 718.

⁴⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 71; Ömer Ekmekçi, 'Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet' (2016) İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan 371, 377.

⁵⁰ Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta 2011), 597; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bası, Nesil Matbaacılık 2000) 940 dn. 56; Yeğengil (n 9) 147; Kavasoğlu, (n 46) 204; Yeşilirmak (n 9) 705; Kuru ve Aydın (n 11) 337.

⁵¹ Kuru ve Aydın (n 11) 336; Yeşilirmak (n 9) 713.

⁵² Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 50) 939 dn. 53; Yeşilirmak (n 9) 712.

⁵³ Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 50) 597; Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 50) 939; Saim Üstündağ, *Kanun Yolları ve Tahkim* (2. Baskı, 1971) 103; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476; Yeşilirmak (n 9) 703; Sarısözen (n 10) 26; John Flood and Andrew Caiger, 'Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes' (2011) 56(3) *The Modern Law Review* 412, 414; Howard M. Holtzmann, 'New Uses for Arbitration in Soviet-American Contracts for Industrial, Scientific, and Technical Development' (1975) 5 *Journal of*



hakem-bilirkişi sözleşmesinde belirlenen konularla sınırlıdır⁵⁴. Bir başka ifade ile hakem-bilirkişiler yalnızca kendilerine sorulan hususları tespiti yetkili kılınmıştır⁵⁵. Tarafların serbest iradeleriyle üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri konulara ait uyuşmazlıklarda, olayların tespiti için hakem-bilirkişiye başvurulabilmesi mümkündür. Bu doğrultuda, öğretide tahkime elverişli uyuşmazlıklarda hakem-bilirkişiye başvurulabileceği belirtilmektedir⁵⁶. Örneğin, zararın miktarı ve meydana geliş şekli, üretim miktarı ve bu miktarın sözleşmeye uygunluğu veya kusurun kimde olduğu gibi konular hakem-bilirkişiliğe elverişli konulardır⁵⁷. Uyuşmazlığın hukuki yönü ise hakem-bilirkişinin yetkisi içinde kabul edilmemektedir⁵⁸.

2. İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuğa Elverişlilik

HUAK m. 1/2 hükmü, “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*” düzenlemesini içermektedir. Bu doğrultuda öncelikle belirtilmelidir ki, arabuluculuk tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında değil, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında mümkün olabilir⁵⁹.

İMK m. 3/1 hükmüne göre ise ancak Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesi-ne dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Dava şartı olan arabuluculuk hükümleri İMK’da yer aldığından, iş hukukunda arabuluculuğun dava şartı olma-

International Law and Policy 357, 366; Hope Camp, ‘Binding Arbitration: A Preferred Alternative for Resolving Commercial Disputes Between Mexican and U.S. Businessmen’ (1990-1992) 22 St. Mary’s Law Journal 717, 728; Mauro Rubino Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* (Second Edition, Kluwer Law International) 19.

⁵⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476; Yeşilırmak (n 9) 706.

⁵⁵ Kuru ve Aydın (n 11) 337; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 613; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 13) 489; Hatipoğlu (n 11) 93.

⁵⁶ Yeşilırmak (n 9) 706-707.

⁵⁷ ibid 707.

⁵⁸ Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 50) 939; Yeşilırmak (n 9) 707; Süha Tanrıver, ‘Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları’ (2009) 11 DEÜHFD 575, 578 vd.; “*Hakem-bilirkişilerin, hakem gibi yetki ve sorumlulukları olmadığından taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki yönüyle ilgileri bulunmamaktadır*”, Yargıtay 11 HD, E 2005/11134 K 2006/11943, 20.11.2006.

⁵⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 70; Kürşat Karacabey, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar’ (2016/1) Ankara Barosu Dergisi, 457, 478; Özkaraca ve Ünal (n 25) 18; Odaman ve Karaçöp (n 27) 47; Uşan (n 27) 446. Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olabilmesi için kamuyu ilgilendirmeyen, emredici nitelikte genel kurallarla düzenlenmemiş, kişiye sıkı sıkıya bağlı olmaması nedeni ile vazgeçilebilen türden bir hak olması ve söz konusu hakkın cezai değil hukuki sonuçlarının bulunması gerektiği yönünde, Şahin Emir ve Kazmaz Tepe (n 42) 1485.

sı için kural olarak görevli mahkemenin de iş mahkemesi olması gerekmektedir. Eğer uyuşmazlığın çözümü iş mahkemelerinin görev alanına girmiyorsa dava şartı olan arabuluculuğu düzenleyen İMK m. 3 hükmünün uygulanabilmesi de mümkün olmayacaktır⁶⁰. İMK m. 3 hükmündeki düzenleme nedeniyle iş hukukunda dava şartı olan arabuluculuk uygulamasına elverişlilik konusunda en önemli nokta madde gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere tarafların alacak, tazminat veya işe iade istemlerinin iş ilişkisine dayanması gerektiği hususudur. Ayrıca tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirine karşı ileri sürülmesi de aranmaktadır⁶¹. Bu şartların mevcudiyeti durumunda söz konusu alacak, tazminat veya işe iade talebi dava şartı olan arabuluculuk kapsamında sayılacaktır.

İMK m. 3/3 hükmündeki açık düzenleme doğrultusunda iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları dava şartı olan arabuluculuğa elverişli değildir. Nitekim, rücu davaları zaten sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalardır ve bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri dava niteliğinde değildir⁶². Fakat iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları, Kanundaki düzenleme neticesinde dava şartı olan arabuluculuğa elverişli değilse de ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir⁶³. Öğretide de haklı olarak ifade edilmiş olduğu üzere, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan bu tazminatlar sorumluluk hukukunun temel ilke ve esaslarının somut uyuşmazlık bakımından değerlendirilmesi neticesinde belirlenebilmektedir. İlâveten sorumluluk koşulları ve kusur oranları hukuki sonuç bakımından belirleyici nitelik taşımakta ve ancak yargılama sonucunda ortaya konulabilmektedir. Tüm bu nedenlerle bu tazminatların zorunlu arabuluculuğa elverişli kabul edilmemesini öngören İMK m. 3/3 hükmü isabetli bir düzenlemedir⁶⁴.

İş hukukunda dava şartı olan arabuluculuğa elverişli olmayan bir diğer dava ise sigortalı hizmetin hükmen tespiti davalarıdır. Bir diğer deyişle hizmet tespit davaları zorunlu arabuluculuğa elverişli değildir. Zira bu davalar tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalar olmayıp kamu düzeninden sayılmaktadır⁶⁵.

⁶⁰ Özkaraca ve Ünal (n 25) 19-20; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 200; Uşan (n 27) 447; Mutlay (n 17) 80-83; Okur (n 15) 83; Güzel (n 17) 23-24; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2020) 33.

⁶¹ TBMM (n 18) 7; Özkaraca ve Ünal (n 25) 17.

⁶² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 73.

⁶³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 212; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 73; Erdoğan (n 15) 1215; Mutlay (n 27) 118-119; Şahin Emir ve Kazmaz Tepe (n 42) 1486; Korkmaz (n 15) 870 dn. 30; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 35) 162.

⁶⁴ Güzel (n 17) 27.

⁶⁵ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 219; Şahin Emir ve Kazmaz Tepe (n 42) 1486; Erdoğan (n 15) 1215.



Ayrıca belirtelim ki Yargıtay, iş uyuşmazlıklarına ilişkin menfi tespit davalarının dava şartı olan arabuluculuk kapsamında olmadığını dile getirmektedir⁶⁶. Ancak 7. yargı paketi kapsamında kabul edilen 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁶⁷ 41. maddesi ile 1.9.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere İMK m. 3/1 hükmüne “*Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında da birinci cümle hükmü uygulanır*” ifadesi eklenmiştir. Dolayısıyla 1.9.2023 tarihinden itibaren artık menfi tespit davaları da dava şartı olan arabuluculuk kapsamında kabul edilecektir.

Son olarak iş hukukunda mutlak emredici hükümler ile düzenlenen konuların dava şartı arabuluculuğa elverişli olup olmadığı sorusu sorulabilir. Zira mutlak emredici hükümler, nispi emredici hükümlerin aksine işçi lehine de olsa değiştirilemeyecek hükümler olma özelliğini taşımaktadır. Arabuluculuk aşamasında tarafların anlaşarak bu hükümler ile düzenlenen konuların aksini kararlaştırıp kararlaştırmayacaklarının tespit edilmesi önemlidir. Bu durum özellikle de İş Kanununun m. 21/son hükmü bağlamında önem kazanmaktadır. Nitekim geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen İş Kanunu m. 21 hükmünün son fıkrasına göre, 21. maddenin ilk üç fıkrası sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez ve aksi yöndeki sözleşme hükümleri de geçersiz kabul edilir. Bunun sonucunda da örneğin 21. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen işe başlatmama tazminatı ile 21. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretin miktarı işçinin ister aleyhine ister lehine olsun değiştirilemeyecektir. Bu durumun arabuluculuk aşaması bakımından da geçerli olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, arabuluculuk aşamasında dahi yasal mutlak emredici hükümlerin göz önünde bulundurulması ve uygulanması gerekmektedir. Arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgeleriyle bu hükümlerin aksine kararlaştırma yapılabilmesi mümkün değildir⁶⁸. Bizim de katılmakta olduğumuz bir diğer görüşe göre ise taraflar arabuluculuk aşamasında kanunun emredici hükümleri ile bağlı olmak-

⁶⁶ Şahin Çil, ‘İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları’ Emine Tuncay Kaplan (ed), İş Hukukunun Güncel Konuları Sempozyumu II (Yetkin 2022) 133. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “...arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak ... menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, işçilik alacaklarına ilişkin davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu’nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır. ... İcra İflas Kanunun 72. maddesinde düzenlenen menfi tespit davası, parasal bir mahkumiyeti içeren eda davası niteliğinde alacak ya da tazminatı konu almadığından dava şartı arabuluculuğun uygulama alanı dışında kalır”, Yargıtay 9 HD, E 2021/2740 K 2021/6513, 18.03.2021.

⁶⁷ RG 05.04.2023/32154.

⁶⁸ Çil, *Arabuluculuk* (n 20) 54; Şahin Emir ve Kazmaz Tepe (n 42) 1487; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulanması (3. Baskı, Yetkin 2017) 368; Okur (n 15) 153; Korkmaz (n 15) 916-917; Ekmekçi, Özokes, Atalı ve Seven (n 16) 52.

sızın, özgür ve serbest iradeleri ile farklı bir çözüm üzerinde mutabık kalabilirler⁶⁹. Zira bir yargılama süreci olmayan arabuluculukta, yargılama sürecinde göz önünde bulundurulması gereken maddi hukuktaki emredici hükümlerin bağlayıcılığından da söz edilemeyecektir⁷⁰. Fakat vurgulamak gerekir ki, tarafların eşit olmadığı iş hukuku alanında en azından işçinin korunması bakımından çeşitli bazı koruyucu hükümlerin arabuluculuk aşamasında da uygulanmasına dair açık bir düzenlemeye yer verilmesi çok daha isabetli olacaktır⁷¹.

B. SEÇİM USULÜ YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Hakem-Bilirkişinin Seçimi Usulü

Hukukumuzda hakem-bilirkişilerin ne şekilde seçilmesi gerektiği konusunda herhangi bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Öte yandan öğretilde, tarafların hakem-bilirkişi seçimini serbestçe yapabilecekleri ve özgür iradeleri doğrultusunda hakem-bilirkişileri belirleyebilecekleri ifade edilmektedir⁷². Uygulamaya bakıldığında, hakem-bilirkişi seçimi yapılırken genellikle taraflardan her birinin bir hakem-bilirkişiyi seçtiği; seçilen iki hakem-bilirkişinin de üçüncü hakem-bilirkişiyi seçtiği görülmektedir⁷³. Hakem-bilirkişi seçiminin uyumsuzluğun taraflarınca yapılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, taraflar bu hususta anlaşıyor yahut

⁶⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 554-555; Özkes (n 37) 301 vd.

⁷⁰ Gülsevil Alpagut, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi' Kübra Doğan Yenisey (ed), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, (TİSK 2016) 213; Saim Ocak, Özgür Oğuz, Aybüke Karaca, Alper Bulur ve Erol Koç, Talat Canbolat (ed), İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2018) 11. Kanunun taslak metninde, "Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla" ifadesinin yer aldığı ancak bu ifadeye daha sonra hem tasarıda hem de kanun metninde yer verilmediği, oysa bu ifadenin işe iadenin parasal sonuçlarını mutlak emredici olarak düzenleyen 21. maddenin 6. fıkrasına eklenmesi durumunda, tarafların işçi lehine olacak şekilde arabuluculuk anlaşmasında boşta geçen süre ücretini veya işe başlatmama tazminatını arttırmalarına ve işe başlatmama neticesinde farklı tazminat yaptırımları öngörülmesine imkan tanınmış olacağı, bu sebeple böyle bir hükmün kanun metninde yer alması gerektiği yönünde, Muhittin Astarlı, '7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2017) 38 Sicil İHD 40, 49-50. Maddi hukuk ilkelerinin arabuluculukta dikkate alınmayacağı, örneğin işçi lehine yorum ilkesinin arabuluculuk sürecinde başvurulacak esaslardan olmadığı yönünde, Uşan (n 27) 442; Özkes ve Atalı (n 16) 97.

⁷¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 555. İşçilerin arabuluculuk görüşmelerinde avukat ile temsil edilmesi zorunluluğunun getirilmesinin iş hukukunun işçiyi koruma amacına daha uygun düşeceği görüşü için bkz., Talat Canbolat, 'İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk' Ersin Erdoğan (ed), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yayını 2019) 97.

⁷² Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 28; Yeşilırmak (n 9) 714; Demirel (n 9) 34.

⁷³ Tunç Cantaymaz, 'İspat Hukukunda Hakem-Bilirkişilik' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2002) 82; Kuru (n 11) 2913; O. Atalay (n 11) 1754; Yeşilırmak (n 9) 714; Demirel (n 9) 34.



tafflardan biri seçmesi gereken hakem-bilirkişiyi seçmiyorsa, uyuşmazlığın diğer tarafının hakem-bilirkişi atanması için, tahkim yargılamasında hakem seçimine ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun⁷⁴ (HMK) m. 416 hükmüne kıyasen mahkemeye başvurabilmesi mümkündür⁷⁵. Böyle bir durumda mahkeme, hakem-bilirkişi atarken duruşma yapmalı ve uyuşmazlığın konusunu da dikkate alarak tarafların irade ve tercihlerinin olabildiğince gerçekleştirilmesini mümkün kılacak bir şekilde hakem-bilirkişi seçimini sonuçlandırmalıdır. Hangi mahkemenin hakem-bilirkişi ataması konusunda görevli ve yetkili olduğu sorusuna ise taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunda yetkili ve görevli olan mahkeme cevabı verilmesi isabetli olacaktır⁷⁶. Ayrıca taraflarca hakem-bilirkişi sözleşmesine konulan, uyuşmazlığın taraflarından birinin kendi hakem-bilirkişisini seçmemesi ya da her iki tarafça seçilmiş hakem-bilirkişilerin üçüncü hakem-bilirkişiyi seçmemesi durumunda hakem-bilirkişinin mahkemece atanacağına dair hükümler de Yargıtay tarafından geçerli kabul edilmektedir⁷⁷.

Taraflarca seçilen veya mahkeme ya da hakem tarafından atanan hakem-bilirkişinin ölmesi, görevi kabul etmemesi veya istifa etmesi durumunda, aynı seçim usulü izlenerek yeni bir hakem-bilirkişi seçilmesi gerekecektir⁷⁸. Hakem-bilirkişinin sözleşmede ismen belirtilmiş olması durumunda, söz konusu hakem-bilirkişinin görevi kabul etmemesi, kabul edip daha sonra istifa etmesi veya ölmesi⁷⁹ halinde hakem-bilirkişi sözleşmesinin ifası imkansız hale gelecektir. Böyle bir durum ortaya çıktığında, uyuşmazlık hakkında gerekli ise bilirkişiye başvurularak mahkeme veya hakem tarafından karar verilmesi söz konusu olacaktır⁸⁰. Son olarak belirtelim ki, hakem-bilirkişinin görevini ifa etmemesi, edememesi veya aşırı derecede geciktirmesi halinde azledilmesi ve azledilen hakem-bilirkişinin atama usulüne göre yeni bir hakem-bilirkişi atanmasını da irade serbestisi ilkesi gereğince mümkün kabul etmek gerekir⁸¹.

2. Arabulucunun Seçimi Usulü

Arabulucunun seçimi konusunda ise hakem-bilirkişilerin aksine çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. HUAK m. 14 ve Yönetmelik m. 16 hükümlerine göre “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir*”.

⁷⁴ RG 04.02.2011/27836.

⁷⁵ Atalay (n 43) 872; Yeşilırmak (n 9) 714; Demirel (n 9) 35.

⁷⁶ Yeşilırmak (n 9) 714; Demirel (n 9) 35.

⁷⁷ Yargıtay 11 HD, E 53 K 198, 21.1.1980, karar için bkz. Yeşilırmak (n 9) s. 714-715.

⁷⁸ Cantaymaz (n 73) 83; Yeşilırmak (n 9) 716-717; Demirel (n 9) 35.

⁷⁹ Taraflarca seçilmiş olan hakem-bilirkişinin raporunu hazırlamadan evvel ölümü halinde hakem-bilirkişi sözleşmesinin hükümsüz hale geleceği yönünde, Yılmaz (n 43) 2393.

⁸⁰ Yeşilırmak (n 9) 717; Kuru (n 11) 2912; Demirel (n 9) 35.

⁸¹ Kuru (n 11) 2912; Yeşilırmak (n 9) 717; Demirel (n 9) 35. Hakem-bilirkişinin görevini yapmayarak rapor hazırlamaması durumunda hakimin başka bir hakem-bilirkişi görevlendireceği yönünde, Umar (n 13) 592; O. Atalay (n 11) 1754.

İhtiyari arabuluculuk bakımından öngörülen bu düzenlemelerin aksine, iş hukukunda dava şartı olan arabuluculuk söz konusu olduğunda arabulucunun seçimi daha farklı kriterlere tabi tutulmuştur. Gerçekten de İMK'da yer alan düzenlemeye göre, *“Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir”* (İMK m. 3/4). Bu doğrultuda dava şartı olan arabuluculukta arabulucu, komisyon başkanlıklarına bildirilen bu listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenmektedir (Yön. m. 24/1). Fakat tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları halinde bu arabulucunun görevlendirilmesi de mümkündür (İMK m. 3/6). Yönetmelikte de bu hüküm vurgulanarak *“Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları hâlinde taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılan arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilir”* düzenlemesine yer verilmiştir (Yön. m. 24/1). Önemle belirtelim ki, taraflarca üzerinde anlaşılmış olsa dahi dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışından arabulucu görevlendirilmesi mümkün değildir (Yön. m. 24/1).

Arabulucunun görevlendirildikten sonra, süreç esnasında, hukuki ve fiili nedenlerle görevini ifa edememesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda tarafların üzerinde anlaştığı yeni bir arabulucu ile süreç kaldığı yerden devam ettirilebilecek ve yapılan önceki işlemler geçerliliğini koruyacaktır (Yön. m. 20/5).

Hukukumuzda hakem-bilirkişilerin kayıtlı olduğu bir sicil olmamasına karşılık arabuluculuk mesleğinin icrası için mutlaka arabulucular siciline kayıt olunması gerekmektedir⁸². Arabuluculuk için aranan şartları sağlamadığı halde arabulucular siciline kayıt olmuş kişiler ile daha önceden bu şartları sağlamasına rağmen daha sonradan kaybedenlerin sicil kaydı Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından silinecektir (HUAK m. 21/1, Yön. 31/1). Bir diğer sicilden silinme sebebi olarak ise Kanunun öngördüğü yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli biçimde yerine getirmeme gösterilmiştir (HUAK 21/2, Yön. m. 31/2). Bunların haricinde arabulucunun kendisinin de her zaman sicilden kaydının silinmesini talep etme hakkı bulunmaktadır (HUAK m. 21/3, Yön. m. 31/3). Son olarak belirtelim ki, arabulucunun ölümü halinde de kaydı sicilden silinecektir (Yön. m. 31/1). Arabulucunun örneğin ölümü durumunda olduğu gibi henüz arabuluculuk süreci devam ederken sicilden kaydının silinmesi halinde ne yapılacağı kanun veya yönetmelikte belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu durumda Yönetmelik m. 20/5 hükmünün kıyasen

⁸² Korkmaz (n 15) 864; Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n 16) 60.



uygulanması ve yeni bir arabulucu ile sürecin kaldığı yerden devam ettirilmesi, yapılan önceki işlemlerin ise geçerli sayılması isabetli olacaktır⁸³.

C. BAŞVURU YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Hakem-Bilirkişiye Başvuru

Hakem-bilirkişi sözleşmesi, bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, taraflar arasındaki asıl sözleşmenin içinde hakem-bilirkişi şartı olarak da yer alabilir. HMK’da hakem-bilirkişi sözleşmesine ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla öğretide hakem-bilirkişi sözleşmesinin sözlü olarak dahi yapılabileceği, ancak ispat kolaylığı açısından sözleşmenin yazılı yapılması ve bu sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı şekilde yapılacağının kararlaştırılmasının isabetli olacağı vurgulanmaktadır⁸⁴.

Hakem-bilirkişi sözleşmesi, öğretide ve Yargıtay kararlarında HMK m. 193/1 hükmü doğrultusunda münhasır delil sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir⁸⁵. Bu yönüyle hakem-bilirkişi sözleşmesi, yasal olarak kabul edilen ölçüde de olsa uyumsuzluğun taraflarının en nihayetinde delil gösterme özgürlüğünü sınırlandırdığı için açık bir biçimde yapılmalıdır⁸⁶. Öğretide şüphe halinde yapılan sözleşmeyi derhal hakem-bilirkişi sözleşmesi olarak saymamanın doğru olmayacağı, tarafların iradelerinin ne olduğunun araştırılmasının irade serbestisi açısından daha doğru olacağı görüşü bulunmakla birlikte⁸⁷; münhasır delil sözleşmesi yapmanın başka delil gösterilememesi gibi çok ağır bir sonucu olması sebebiyle hakem-bilirkişi sözleşmesi yapılması yönündeki iradenin açık olması gerektiği, aksi takdirde yapılan sözleşmeyi münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak kabul etmek gerektiği görüşü de bulunmaktadır⁸⁸.

Hakem-bilirkişi sözleşmesi yalnızca delillere yönelik olduğundan uyumsuzluğun taraflarının mahkemeye veya hakeme başvurmalarını engellemez. Fakat bu sözleşmenin varlığı, mahkeme sürecinde hakem-bilirkişinin yetki alanındaki vakıanın ispatının sadece hakem-bilirkişi raporu ile yapılabilmesi sonucunu doğu-

⁸³ Benzer yönde, Ferhat Yıldırım, ‘Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk’ (2016) 2(3) International Journal of Social Sciences and Education Research 748, 758.

⁸⁴ Cantaymaz (n 73) 80; Yeşilirmak (n 9) 711; Demirel (n 9) 33-34.

⁸⁵ Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 29; Kuru ve Aydın (n 11) 336; Kuru (n 11) 2899; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; Atalı ve Ermenek (n 13) 249; Umar (n 13) 592; Yeşilirmak (n 9) 711; Teomete Yalabık (n 11) 523; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 13) 489; Yargıtay 11 HD, E 2000/889 K 2000/4039, 09.05.2000; Yargıtay 11 HD, E 2003/2660 K 2003/8892, 06.10.2003; Yargıtay 11 HD, E 2005/11134 K 2006/11943, 20.11.2006; Yargıtay 11 HD, E 2009/2621 K 2010/10301, 14.10.2010; Yargıtay 17 HD, E 2013/20147 K 2014/8921, 03.06.2014.

⁸⁶ Yeşilirmak (n 9) s. 711; Demirel (n 9) s. 34.

⁸⁷ ibid 711; ibid 34.

⁸⁸ Kuru (n 11) 2898.

zur. Hakem veya mahkeme artık bu konuda bilirkişiye başvurarak karar veremez⁸⁹. Hakem-bilirkişinin raporu, hem uyuşmazlığın taraflarını hem de mahkeme yahut hakemi bağlar⁹⁰. Ayrıca öğretide, aksi görüş bulunmakla birlikte⁹¹, hakem-bilirkişi sözleşmesinin tahkim anlaşması gibi taraflar ileri sürmedikçe mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınmaması gerektiği de belirtilmektedir⁹².

Tarafların hakem-bilirkişi sözleşmesi akdetmelerine rağmen, hakem-bilirkişiye başvurmamış olmaları davanın mahkeme veya hakem önünde açılmasına engel teşkil etmez. Başka bir anlatımla, hakem-bilirkişi sözleşmesi dava şartı niteliği taşımaz⁹³. Hakem-bilirkişiye başvurmak zamanaşımını kesmeyeceğinden, dava açmak için gerekli sürelerin kaçırılmaması için hakem-bilirkişiye başvurulmadan önce dava açılması ve mahkeme veya hakemin vereceği süre içerisinde hakem-bilirkişiye başvurulup rapor alınması daha isabetli olacaktır⁹⁴. Bu doğrultuda öğretide, verilen süre içinde hakem-bilirkişiye başvurulduğunda mahkeme veya hakemce hakem-bilirkişi raporunun bekletici mesele yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁵. Ayrıca verilen kesin süre içinde hakem-bilirkişiye başvurulmaması halinde dava bu nedenle usulen reddedilmemeli, ancak uygulanacak hukuka göre gerekli ise mahkemece bilirkişi atanarak karar verilmelidir⁹⁶.

2. Arabulucuya Başvuru

İMK m. 3/5 hükmü uyarınca dava şartı olan arabuluculuğa başvuru, “*karşı tarafın, eğer karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne*” yapılır. Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliğinin 23. maddesinin ilk fıkrasında adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde, büronun görevini, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğünün yerine getireceği belirtil-

⁸⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476.

⁹⁰ Atalay (n 43) 872; Kuru (n 11) 2908; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 10) 379; O. Atalay (n 11) 1752; Yılmaz (n 43) 2392; Yeşilirmak (n 9) 711; Teomete Yalabık (n 11) 523; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476; Kodakoğlu (n 13) 363; Tanrıver, *Bilirkişilik* (n 11) 29; Atalı ve Ermenek (n 13) 249; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 13) 489; Hatipoğlu (n 11) 94; Demirel (n 9) 25-26.

⁹¹ Mahkemenin dava dosyasına usulüne uygun bir şekilde sunulmuş belgelerden taraflar arasında bir hakem-bilirkişi sözleşmesi yapılmış olduğunu anlaması durumunda bunu kendiliğinden gözetmekle yükümlü olduğu ve böyle bir durumda normal bilirkişi incelemesi yaptırarak karar veremeyeceği yönünde, Kuru (n 11) 2908 dn. 61; Kuru ve Aydın (n 11) 336; Cantaymaz (n 73) 58; Demirel (n 9) 37.

⁹² Yeşilirmak (n 9) 712; Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 50) 423; Umar (n 13) 593.

⁹³ Atalay (n 43) 873; Yeşilirmak (n 9) 713.

⁹⁴ Kuru ve Aydın (n 11) 336; Yeşilirmak (n 9) 712.

⁹⁵ Kuru (n 11) 2920; Kuru ve Aydın (n 11) 336; Yeşilirmak (n 9) 712-713.

⁹⁶ Yeşilirmak (n 9) 713; Cantaymaz (n 73) 90; Yargıtay 11 HD, E 4965 K 6419, 17.11.1975, (1977) 3(1) YKD 222-223.

miştir. Eğer taraflar ve uyuşmazlık konusu aynı olmasına rağmen birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvuru esas alınacaktır (Yön. m. 23/2).

Belirtelim ki, dava şartı olarak arabuluculuğa başvurunun nasıl yapılacağına ilişkin HUAK'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Yönetmelik m. 23/3 hükmünde konuya ilişkin bir düzenleme yapılmış ve başvurunun dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabilmesi belirtilmiştir.

Yönetmelik m. 23/4 hükmünde “*Arabuluculuk başvurusu sırasında başvuran-dan, uyuşmazlık konusuna ilişkin hususların açıklanması istenir*” düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla işçinin hangi alacakları için arabulucuya başvurduğunu açık ve net bir şekilde ifade etmesi gerekmektedir. Öğretide de isabetle vurgulanmış olduğu üzere, örneğin, “işçilik alacakları” gibi genel bir ifadeyle arabulucuya başvuru yapılması durumunda, ileride ihbar veya kıdem tazminatı talepli açılan davada, dava şartının gerçekleşmemiş olduğu söylenebilecektir⁹⁷. Benzer şekilde, böyle bir durumda zamanaşımı süresinin durmayacağı da ifade edilmelidir⁹⁸.

İMK m. 3/9 hükmü uyarınca, başvuruyu yapan taraf, eğer yetkili büronun dışındaki bir büroya başvurmuş ise karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere dair belgelerini sunmak şartıyla arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bunun dışında, arabulucunun veya büronun kendiliğinden yetkili olup olmadığını denetleme hakkı bulunmamaktadır. Bu yöndeki itiraz üzerine arabulucu derhal dosyayı ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim etmelidir. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacak ve dosyayı büroya iade edecektir. Bunun üzerine mahkeme kararı büro tarafından taraflara tebliğ edilecektir (m. 3/9).

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti durumunda arabulucuya başvuru da oldukça önem arz etmektedir. İş Mahkemeleri Kanununun konuyu düzenleyen m. 3/15 hükmüne göre, “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır*”. Yargıtay da bu doğrultuda, asıl işveren veya alt işverenden yalnızca birine karşı arabulucuya başvurulması ve anlaşma sağlanmadığı için uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirilerek işe iade davası açılması durumunda dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermektedir⁹⁹. Dikkat edilecek olursa madde hükmü sadece işe iade talebiyle arabulucu-

⁹⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkarar (n 15) 76.

⁹⁸ Çil, *Arabuluculuk* (n 20) 28.

⁹⁹ BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu Kararı sonrası birleştirme kararı, Yargıtay 9 HD, E 2021/9540 K 2021/14240, 13.10.2021.

ya yapılan başvuruları düzenlemektedir. Bu nedenle eğer alt işveren işçisi başka alacaklarına ilişkin olarak arabulucuya başvurur ise İMK m. 3/15 hükmündeki düzenleme uygulanmayacaktır¹⁰⁰. Öğretide haklı olarak düzenleme eleştirilmek-
te¹⁰¹ ve bu durumun uygulamada özellikle de müteselsil sorumluluk çerçevesindeki talepler yönünden sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği dile getirilmek-
tedir¹⁰². Ayrıca bu düzenleme yalnızca asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından öngörülmüştür. Bu nedenle de geçici iş ilişkisi gibi İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanununda düzenlenen diğer üçlü iş ilişkileri açısından uygulanamayacaktır¹⁰³.

V. UYGULAMADA KARŞILAŞILABİLECEK BAZI ÖNEMLİ DURUMLAR

A. Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Arabuluculuğa Başvuru Sürecine Etkisi

Bir uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlık konusunun miktarının veya nitelikle-
rinin hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu
durumda üzerinde durulması gereken noktalardan ilki, tarafların uyuşmazlık ko-
nusunun miktarının veya niteliğinin hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceğini
kararlaştırmış olmalarının bu uyuşmazlık hakkında arabulucuya başvurulmasını
engelliyip engellemeyeceğidir. Başka bir ifadeyle, bir uyuşmazlık hakkında ha-
kem-bilirkişiye başvurulacağının kararlaştırılmış olması, aynı anda uyuşmazlığın
arabulucuya götürülmesini engelleyebilir mi? Kanaatimizce hakem-bilirkişilik ile
arabuluculuğun nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda aynı anda her iki yola
da başvurulabileceğini kabul etmek gerekir. Zira hakem-bilirkişilikte uyuşmazlık
konusunun miktar, değer, seviye, randıman veya yeterlilik gibi bir özelliğinin gü-
venilen uzman ve tarafsız hakem-bilirkişi tarafından tespit edilmesi ve bu husus-
ların sadece anılan tespit ile ispat edilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Oysa arabu-
luculuk tarafları bir araya getirici, taraflar arasında iletişim sürecinin kurulmasını
sağlayarak uyuşmazlığa ilişkin tarafların kendi çözümlerini üretmelerini teşvik
eden bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰⁵. Dolayısıyla taraflar dilerlerse
aralarındaki hakem-bilirkişilik sözleşmesi veya kaydına dayanarak konu hakkında
hakem-bilirkişi raporu alabilir, ardından arabulucuya başvurabilir veya doğrudan

¹⁰⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 15) 79; Ertuğrul Yuvalı, ‘Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk’ (2021) 11(2) AkdHFD 355, 371; Korkmaz (n 15) 914; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 241.

¹⁰¹ Efe Yamakoğlu ve Ömer Mirac Ay, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk” (2020) 8(15) ABÜHFD 139, 157-159; Güzel (n 17) 25-26; Korkmaz (n 15) 914; Özkes (n 37) 295 vd.; Çil, ‘İş Uyuşmazlıkları’ (n 66) 141-142.

¹⁰² Özkes (n 37) 295 vd.; Odaman ve Karaçöp (n 27) 51; Yamakoğlu ve Ay (n 101) 156-157.

¹⁰³ Odaman ve Karaçöp (n 27) 51.

¹⁰⁴ Kuru ve Aydın (n 6) 335; Teomete Yalabık (n 11) 523; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 475; Yeşilırmak, ‘Arabuluculuk nedir?’ (n 40) 38.

¹⁰⁵ Özdemir (n 46) 609; Keser (n 15) 516-517; Odaman ve Karaçöp (n 27) 46-47; Uşan (n 27) 440-441; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 17.



arbuluculuk sürecini başlatarak süreç esnasında da hakem-bilirkişiye başvurup gelecek rapor doğrultusunda çözüm üretme kararı alabilirler. Tarafların iradesini ön planda tutan ve esnek bir niteliğe sahip olan arabuluculuk sisteminin yapısı buna elverişlidir. Dava şartı olan arabuluculuk söz konusu olduğunda da kanaatimizce kanunda belirtilen başvuru ve arabuluculuk süreci için öngörülen süreler geçirilmemek şartıyla arabulucuya gidilmeden evvel veya arabuluculuk süreci esnasında hakem-bilirkişiden rapor alınabilmesi mümkündür.

B. Arabuluculuk Sürecinde Hakem-Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı

Bir diğer önemli nokta ise tarafların hakem-bilirkişiden aldıkları raporun arabuluculuk sürecinde tarafları bağlayıp bağlamayacağı sorunudur. Esasen hakem-bilirkişinin en önemli yükümlülüğü ve asli görevi, yetkisi içinde kalan vakıa hakkında nihai ve bağlayıcı bir sonuca varıp bir tespit yapmak ve rapor hazırlamaktır¹⁰⁶. Bu raporda hangi hususların olması gerektiği konusunda kanuni bir düzenleme olmamakla birlikte, öğretide raporun içeriğinde tarafların kim olduğu, hakem-bilirkişilerin kim olduğu, atanma usulleri, yetki alanlarına giren vakıa ve işlemler, hakem-bilirkişilerin tespitleri ile imzaları ve raporun tarihinin bulunmasının isabetli olacağı belirtilmektedir¹⁰⁷. Şüphesiz taraflar hakem-bilirkişi anlaşmasında raporun hangi hususları içermesi gerektiğini kararlaştırabilirler. Hazırlanan bu rapor ise uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Raporun bağlayıcılığı, bu yönde taraf iradesi olmasından ve HMK m. 193/1 hükmüne göre bu iradenin münhasır delil sözleşmesi sayılmasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁸. Fakat hakem-bilirkişi raporunun arabuluculuk sürecindeki etkisi ve tarafları bağlayıcı olup olmadığı hakkında hukukumuzda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Belirtelim ki, arabuluculuk klasik anlamda bir yargılama süreci olmadığından taraflar özgür ve serbest iradeleri ile bir çözüm üzerinde anlaşma sağlayabilme imkanına sahiptir ve bu nedenle böylesi bir sistemde hakem-bilirkişi raporuyla tarafların bağlı olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu noktada önemli olan husus taraf iradeleridir. Bu nedenle taraflar isterlerse arabuluculuk sürecinde de hakem-bilirkişi raporu bağlayıcı nitelik taşıyabilir ve taraflar raporda yapılan tespit doğrultusunda bir çözüme varabilirler. Eğer taraflar dilerlerse raporda tespiti yapılan hususları dikkate almayarak tam aksi yönde dahi çözüm önerileri getirerek anlaşabilirler. İlaveten arabuluculuk sürecinde eğer taraflar çözüm üretmezler ise arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilmektedir (HUAK m. 15/7)¹⁰⁹. Böyle bir durumda da kanaatimizce arabulucu hakem-bilirkişi raporundaki tespit ile bağlı olmaksızın taraflara her iki tarafı da tatmin edecek bir çözüm önerisi sunulabilir. Fa-

¹⁰⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 11) 476; Yeşilırmak (n 9) 721; Yılmaz (n 43) 2394.

¹⁰⁷ Yeşilırmak (n 9) 722.

¹⁰⁸ Üstündağ, *Medeni Yargılama* (n 50) 940.

¹⁰⁹ Çözüm önerisi ile kast edilenin hukuki bilgi paylaşımı olmadığı yönünde, Odaman ve Karaçöp (n 27) 47.

kat uyuşmazlık arabuluculuk sürecinde çözüm ile sonuçlanmaz ve mahkeme aşamasına geçilirse bu aşamada artık hakem-bilirkişi raporu tarafları bağlayacaktır.

C. Hakem-Bilirkişinin Arabuluculuk Görüşmelerine Katılımı

Uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer durum ise tarafların hakem-bilirkişi olarak seçtiği kişinin de arabuluculuk görüşmelerine katılıp katılamayacağı hususudur. Belirtelim ki mevzuatımızda bu yönde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat HUAK ve Yönetmelikte “*Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir*” düzenlemesi bulunmaktadır (HUAK m. 15/6, Yön. m. 17/8). Hakem-bilirkişilikte uyuşmazlık konusunun miktar, değer, seviye, randıman veya yeterlilik gibi bir niteliğinin uzman ve tarafsız kişi veya kişilerce tespiti söz konusu olduğundan; tanımdan da anlaşılacağı üzere, hakem-bilirkişiler alanında uzman olan kişilerdir. Bu yönüyle hakem-bilirkişinin “*uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişi*” sıfatıyla arabuluculuk görüşmelerinde yer alabilmesi kanaatimizce mümkündür. Ancak hakem-bilirkişinin arabuluculuk görüşmelerine katılması durumunda bu konudaki gizlilik kuralına riayet etmesi gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır. Esasen hakem-bilirkişilerin arabuluculuk sürecinden bağımsız olarak gizlilik kuralına uyma yükümlülükleri mevcuttur. Hakem-bilirkişi uyuşmazlığın taraflarınca kendisine havale edilen konu hakkında nihai tespitini yaptığında bu tespiti taraflara bildirecek ancak taraflar dışındaki üçüncü kişilerle bu tespiti paylaşmayacaktır. Bununla birlikte, yargılama esnasında hakem-bilirkişiye başvurulursa hakem-bilirkişi, raporunu taraflara ve talep gelirse mahkeme veya hakeme vermek durumundadır. Dolayısıyla, yargılama esnasında da hakem-bilirkişi tespitini taraflar ile mahkeme veya hakem dışında kişilerle paylaşamayacaktır¹¹⁰.

Gizlilik, arabuluculuk sürecinde de oldukça önem arz etmektedir. Nitekim bu önemine binaen gizlilik hem HUAK’da ve Yönetmelik’te hem de Türkiye Arabulucular Etik Kurallarında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya herhangi bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü tutulmuştur (HUAK m. 4/1, Yön. m. 6/1). Aynı şekilde, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe taraflar, kanuni temsilcileri, avukatları ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır (HUAK m. 4/2, Yön. m. 6/2). Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin tamamında hem arabulucuları hem de sürecin diğer aktörlerini kapsayan bir gizlilik yükümlülüğü söz konusudur. Nitekim Yönetmelik m. 6/3 hükmünde gizlilik kuralının kapsadığı kişiler daha da genişletilmiş ve gizlilik kuralına uyma yükümlülüğünün, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerli olduğu

¹¹⁰ Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, *MTO Rehberi* (1987) 55.



düzenlenmiştir. Her ne kadar açıkça mevzuatta hakem-bilirkişilerden bahsedilmemiş olsa da arabuluculuk görüşmelerine katılan hakem-bilirkişinin “*görüşmelere katılan diğer kişiler*” kapsamında sayılması gerektiği ve gizlilik kuralına tabi olacağı söylenebilecektir.

D. Arabuluculuk Sürecinde Görüşülen Hakem-Bilirkişi Raporunun Mahkeme Aşamasında Kullanımı

Yanıtlanması gereken bir diğer soru ise arabuluculuk aşamasında taraflarca alınan ve süreç esnasında arabuluculuk görüşmelerinde kullanılan hakem-bilirkişi raporunun daha sonra uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi durumunda mahkeme önünde kullanılabiliyor kullanılamayacağı sorusudur. Bu soru HUAK ve Yönetmelikte “*Beyan ve belgelerin kullanılamaması*” başlığı altında yer verilen düzenleme doğrultusunda yanıtlanabilir. Gerçekten de düzenlemeye göre, “*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler*” (HUAK m. 5/1, Yön. m. 7/1). Özellikle de düzenlemenin (c) bendinde yer alan “*herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü*” ifadesi, hakem-bilirkişi raporunda da uyuşmazlık konusunun miktar, değer, yeterlilik gibi bir niteliğinin tespiti yapıldığından raporun mahkeme önüne sunulup sunulamayacağı konusunda tereddüt yaratabilecek niteliktedir. Zira düzenlemenin devamında hükümde sıralanan bu bilgilerin açıklanmasının mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyeceği ve bu beyan ve belgelerin delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir (HUAK m. 5/3, Yön. m. 7/3). Bu durumun istisnasını ise bu bilgilerin bir kanun hükmü tarafından emredilmesi ya da arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilmesi oluşturmaktadır (HUAK m. 5/3, Yön. m. 7/3). Fakat düzenlemenin son fıkrasına göre, “*Birinci fıkırdaki belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez*”.

Belirtelim ki bu düzenlemelerin amacı, arabuluculuk görüşmeleri sırasında edinilen bilgilerin yargılama aşamasında kullanılamamasını sağlayarak taraflar arasında bir güven ortamının oluşturulmasıdır. Bu güven ortamı sayesinde taraflar arabuluculuk görüşmelerinde daha rahat davranabilecek ve ileride olası bir yargılama aşamasında daha dezavantajlı konuma düşme tehlikesi yaşamamış olacaklardır. Bu nedenle görüşmeler sırasında taraflarca edinilen ve başka türlü ulaşılması ve ispatlanması mümkün olmayan bilgilerin, anlaşma tekliflerinin ve arabuluculuk

faaliyeti sebebiyle düzenlenen belgelerin yargı organları önüne götürülmesi engellenmek istenmiştir. Fakat arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmamasına rağmen taraflar bir delile sahip ya da ulaşabiliyor ve bu delili aynı zamanda mahkeme veya tahkim yargılamasında geçerli delil olarak kullanabiliyor ise bu takdirde artık bu delilin sırf daha önce arabuluculuk görüşmelerinde ortaya konmuş olması onu mahkemece kabul edilemeyecek bir delil haline getirmeyecektir. Zira arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından ispata ve delillere dayalı bir süreç de söz konusu değildir. Fakat şüphesiz ki, bazı delillerin arabuluculuk görüşmeleri sırasında ortaya konulması, üzerinde fikir alışverişinde bulunulup görüş beyan edilmesi mümkündür. Sırf bu nedenle bu delillerin yargılamada kullanılmayacak, kabul edilmeyecek bir delil haline gelmesi isabetli olmaz¹¹¹.

Tüm bu bilgiler bir arada değerlendirildiğinde, arabuluculuk süreci esnasında görüşmelerde kullanılan hakem-bilirkişi raporunun uyuşmazlığın mahkeme veya tahkime götürülmesi durumunda da kullanılabileceği sonucuna varmak gerekir. Nitekim hakem-bilirkişi raporunun esasen hazırlanma amacı uyuşmazlık konusunun miktar, değer gibi bir vasfının alanında uzman kişi veya kişilerce tespiti-nin yapılarak mahkeme veya tahkim önünde göz önünde bulundurulması ve bu tespitin tarafları bağlamasıdır. Dolayısıyla bu raporda yapılan tespitler yalnızca arabuluculuk faaliyeti sayesinde elde edilen bilgi ve belgeler kapsamında değerlendirilemez. Raporda yer alan tespitlerin, taraflarca arabuluculuk sürecinde kabul edilerek görüşmelerin bu yönde sürdürülmüş olması da bu durumu değiştirmez. Kanaatimizce tüm bu nedenlerle hakem-bilirkişi raporunda tespiti yapılan husus-ları arabuluculuk faaliyeti olmasa dahi elde edilebilecek ve mahkeme veya tahkim yargılamasında kullanılabilecek deliller arasında saymak gerekmektedir.

E. Arabulucunun Mahkeme veya Tahkim Sürecinde Hakem-Bilirkişi Olarak Görev Yapabilmesi

Hem hakem-bilirkişilerin hem de arabulucuların tarafsız ve bağımsız davranma yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹². Arabulucuların görevlerini tarafsız bir şekilde yerine getirme yükümlülüklerinin bir sonucu olarak bu sıfatla görev yaptıkları uyuşmazlıklar hakkında ileride açılacak davalarda uyuşmazlık taraflarından birinin avukatı olarak görev almaları da yasaklanmıştır (HUAK m. 9/son, Yön m. 11/son). Nitekim bu hususa Türkiye Arabulucular Etik Kurallarında da değinilmiş ve “Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onay-ları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir”

¹¹¹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, ‘Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri’ Ali Yeşilırmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur (edr), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (3. Baskı, 2021) 52; Ekmekeçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 35-37.

¹¹² Kavasoglu (n 46) 203; Yeşilırmak (n 9) 703; Gaillard and Savage (n 46) 19; Kuru ve Aydın (n 6) 336; Özdemir (n 46) 609; Korkmaz (n 15) 876; Odaman ve Karaçöp (n 27) 47; Ekmekeçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 16) 59.



düzenlemesine yer verilmiştir (m. 4/6). Dolayısıyla dikkat edilmelidir ki, her ne kadar arabulucuların aynı uyuşmazlık konusu hakkında ileride açılacak davada taraflardan birinin avukatlığını yapması kesin olarak yasaklanmış ise de tahkime gidilmesi durumunda tarafların tümünün rızası ve birlikte talepte bulunmaları üzerine hakemlik yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Kanaatimizce bu konuda herhangi bir yasaklama olmaması nedeniyle, uyuşmazlığın her iki tarafının da onayı ve talebi bulunması durumunda arabulucunun ileride açılacak davada veya tahkimde hakem-bilirkişi olarak görev yapabilmesi de mümkün kabul edilmelidir.

SONUÇ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, hukuk sistemimizde arabuluculuk kurumu uygulanmaya başlanmıştır. 2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle beraber bu Kanunun 3. maddesinde belirtilen iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulaması 1.1.2018 tarihinde hayata geçirilmiştir. Bu düzenlemelere ilave olarak 2021 yılında kamuoyuna açıklanan İnsan Hakları Eylem Planında mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiş olan hakem-bilirkişilik kavramından ilk kez bahsedilmiş ve yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarının daha kısa sürede çözümü amacıyla hakem-bilirkişilik kurumu ihdas edileceği belirtilmiştir. Tüm bu gelişmeler doğrultusunda, iş hukukunda dava şartı arabuluculuk uygulaması ile hakem-bilirkişilik uygulamasının ilerleyen süreçte bazı dosyalarda beraber görülmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durum da beraberinde çeşitli uygulama sorunlarını getirebilecektir.

Ortaya çıkabilecek uygulama sorunlarından ilki hakem-bilirkişi sözleşmesinin arabuluculuğa başvuru sürecine etkisidir. Belirtelim ki tarafların uyuşmazlık konusunun miktarının veya niteliğinin hakem-bilirkişi tarafından tespit edileceğini kararlaştırmış olmaları, bu uyuşmazlık hakkında arabulucuya başvurulmasını engellemeyecektir. İş hukukunda dava şartı arabuluculuk söz konusu olduğunda kanunda belirtilen başvuru ve arabuluculuk süreci için öngörülen süreler geçirilmemek şartıyla arabulucuya gitmeden önce ya da arabuluculuk süreci esnasında hakem-bilirkişiden rapor alınabilmesi mümkündür.

Bir diğer önemli husus arabuluculuk sürecinde hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığı konusudur. Esasında mahkemeye başvurulması veya tahkime gidilmesi durumunda bağlayıcı nitelik taşıyan hakem-bilirkişi raporu kanaatimizce arabuluculuk sürecinin niteliği gereği bu süreçte bağlayıcı olmayacaktır. Zira arabuluculuk süreci klasik bir yargılama süreci olmayıp tarafların serbest iradeleriyle şekillenmektedir. Bu doğrultuda taraflar dilerlerse hakem-bilirkişi raporunu göz önünde bulundurarak bir çözüm üzerinde anlaşabilecekleri gibi dilerlerse rapordaki tespit ile bağlı olmaksızın farklı bir çözüm üzerinde mutabık kalabilirler. Bu noktada hakem-bilirkişinin arabuluculuk görüşmelerine katılıp katılamayacağı so-

rusu da sorulabilir. Kanaatimizce bu soruya HUAK ve Yönetmelik hükümleri gereğince olumlu cevap vermek gerekir. Nitekim HUAK m. 15/6 ve Yönetmelik m. 17/8 hükümleri uyarınca arabuluculuk görüşmelerinde uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişilerin de bulunabileceği düzenlenmiştir.

Son olarak belirtelim ki, arabuluculuk görüşmelerinde kullanılan hakem-bilirkişi raporunun mahkeme aşamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorusu da yanıtlanması gereken önemli konulardan biridir. Özellikle de HUAK m. 5 ve Yönetmelik m. 7 hükümlerinde yer verilen beyan ve belgelerin kullanılmaması başlıklı düzenlemeler uyarınca bu sorunun yanıtlanması önem arz etmektedir. Kanaatimizce HUAK ve Yönetmelikteki bu düzenlemelerin amacının, arabuluculuk görüşmeleri sırasında edinilen bilgilerin yargılama aşamasında kullanılmamasını sağlayarak taraflar arasında bir güven ortamının oluşturulması olduğu dikkate alındığında, arabuluculuk faaliyeti olmasaydı dahi taraflarca elde edilebilecek delil, bilgi ve belgeler kapsamında bulunan hakem-bilirkişi raporunun mahkeme veya tahkim yargılamasında kullanılabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Alangoya Y, Yıldırım M K ve Deren Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (8. Baskı, Beta 2011).

Alpagut G, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi’ Kübra Doğan Yenisey (ed), *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, (TİSK 2016).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2020).

Astarlı M, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2017) 38 Sicil İHD 40-53.

Atalay O, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15. Bası, Onikilevha 2017).

Atalay Ö, ‘Hakem-Bilirkişi Kavramı’ (1976) 5 Ankara Barosu Dergisi 870-874.

Atalı M ve Ermenek İ, *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin 2019).

Bakırcı K, ‘Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu (Arabuluculuk) Aracılığıyla Alternatif İş Hukukuna Doğru’ (2019) 140 TBB Dergisi 355-392.

Camp H, ‘Binding Arbitration: A Preferred Alternative for Resolving Commercial Disputes Between Mexican and U.S. Businessmen’ (1990-1992) 22 St. Mary’s Law Journal 717-728.

Canbolat T, 'İş Hukuku Bakımından Arabuluculuk' Ersin Erdoğan (ed), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Yayını 2019).

Canbolat T, 'İş Yargısında Arabuluculuk' *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2017 Yılı Toplantısı* (İstanbul Barosu Yayınları 2018).

Cantaymaz T, 'İspat Hukukunda Hakem-Bilirkişilik' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2002).

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (35. Bası, Beta 2022).

Çil Ş, 'İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamaları' Emine Tuncay Kaplan (ed), İş Hukukunun Güncel Konuları Sempozyumu II (Yetkin 2022) ('İş Uyuşmazlıkları').

Çil Ş, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi (Yetkin 2018) (*Arabuluculuk*).

Demirel D, 'Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları' (2014) 9(93) Terazi Hukuk Dergisi 24-42.

Deren Yıldırım N, 'Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği' (1994) 54(1-4) İÜHFM 321-330.

Doğan Yenisey K, 'İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk' Kübra Doğan Yenisey (ed), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (TİSK 2016).

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (4. Baskı, Onikilevha 2022).

Ekmekçi Ö, 'Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet' (2016) İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan 371-380.

Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Baskı, Onikilevha 2019).

Erdoğan E, '7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi', (2017) 14(55) Legal İSGHD 1211-1242.

Flood J and Caiger A, 'Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes' (2011) 56(3) The Modern Law Review 412-440.

Gaillard E and Savage J, *International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International).

Görgün L Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019).

Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2020).

Güzel A, 'İş Yargılamasında Yeni Bir Sistem: "Zorunlu" Arabuluculuk (Eleştirel Yaklaşım-I)' Kübra Doğan Yenisey (ed), *Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan* (Onikilevha 2019).

Hatipoğlu T, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sözleşmeleri* (Onikilevha 2020).

Heper H, *İş İlişkisinde İşçinin İradesi* (Seçkin 2022).

Holtzmann H M, 'New Uses for Arbitration in Soviet-American Contracts for Industrial, Scientific, and Technical Development' (1975) 5 *Journal of International Law and Policy* 357-368.

Kar B, *İş Güvencesi ve Uygulaması* (3. Baskı, Yetkin 2017).

Karacabey K, 'Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar' (2016/1) *Ankara Barosu Dergisi*, 457-489.

Kavasoğlu A, 'Alman Usul Hukukunda Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Mediation' (2010) 68(1-2) *İÜHFM* 197-218.

Keser H, 'İş Uyuşmazlıklarında İhtiyari/Zorunlu Arabuluculuk Faaliyeti Sonucu Yapılan Anlaşmaların Yararlanma ve İrade Bozuklukları Sebebiyle Geçersiz Sayılmaları Hallerine İlişkin Bir Değerlendirme' (2021) 18(70) *Legal İSGHD* 513-544.

Kılıçoğlu M, *İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2019).

Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (15. Baskı, Savaş 2020).

Korkmaz E, 'İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar' (2020) 16(42) *Legal MİHDER* 861-928.

Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2020).

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. Baskı, Demir Yayıncılık 2001).

Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, *MTO Rehberi* (1987).

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion 2022).

Mutlay F B, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' Tankut Centel (ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (Onikilevha 2018).

Ocak S, Oğuz Ö, Karaca A, Bulur A ve Koç E, Talat Canbolat (ed), *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı* (Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2018).

Odaman S ve Karaçöp E, ‘İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme’ (2018) 39 Sicil İHD 44-61.

Okur Z, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, (Karahan Kitabevi 2019).

Özdemir O, ‘Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ (2016) İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan 601-615.

Özekes M ve Atalı M, ‘7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler’ *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı* (Onikilevha 2018).

Özkaraca E ve Ünal C, ‘Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması’ (2019) 42 Sicil İHD 16-41.

Özlem Özekes, ‘İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk’ (2018) 138 TBB Dergisi 273-316.

Özmumcu S, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış’ (2016) 74(2) İÜHFM 807-842.

Özveri M, ‘İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları’ (2020) 2(65) Çalışma ve Toplum 917-938.

Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10. Bası, Onikilevha 2022).

Sammartano M R, *International Arbitration Law and Practice* (Second Edition, Kluwer Law International).

Sarısözen M S, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması* (Kazancı 2005).

Senyen-Kaplan E T, *Bireysel İş Hukuku* (11. Baskı, Gazi Kitabevi 2020).

Subaşı İ ve Güler Ş, ‘7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Kapsamında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2020) 8(16) ABÜHFD, 1217-1256.

Şahin Emir A ve Kazmaz Tepe B, ‘İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi’ (2018) 3(58) Çalışma ve Toplum 1481-1508.

T.C. Adalet Bakanlığı, ‘İnsan Hakları Eylem Planı-Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye’ (2021) <<https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>> Erişim Tarihi 27.02.2023.

Tanrıver S, ‘Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları’ (2009) 11 DEÜHFD 575-594.

Tanrıver S, *Hukukumuzda Bilirkişilik* (Yetkin 2017) (*Bilirkişilik*).

Taşpınar S, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri* (Yetkin 2001).

TBMM, ‘İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu’ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>> Erişim Tarihi 15.02.2023.

Teomete Yalabık F, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi İle Delillerin Toplanması Hakimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Onikilevha 2016).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Yetkin 2014).

Uşan F, ‘Dava Şartı Arabuluculukta Beklentiler, Gözlemler ve Sonuçlar’ Çelik Ahmet Çelik, Sema Güleç Uçakhan ve Hakan Tokbaş (edr), *I. İş Hukuku Kongresi* (Aristo Yayınevi 2022).

Üstündağ S, *Kanun Yolları ve Tahkim* (2. Baskı, 1971).

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7. Bası, Nesil Matbaacılık 2000) (*Medeni Yargılama*).

Yamakoğlu E ve Ay Ö M, ‘Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk’ (2020) 8(15) ABÜHFD 139-163.

Yazıcı Tıktık Ç, ‘Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri’ Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur (edr), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (3. Baskı, 2021).

Yeğengil R, *Tahkim* (1974).

Yeşilirmak A, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik’ (2009) 11 DEÜHFD 693-738.

Yeşilirmak A, ‘Arabuluculuk Nedir?’ Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur (edr), *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (3. Baskı, 2021).

Yıldırım F, ‘Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk’ (2016) 2(3) International Journal of Social Sciences and Education Research 748-762.

Yıldırım M K, ‘Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi’ İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (7. Baskı, Beta 2012).

Yıldırım M K, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1990) (*Delillerin Değerlendirilmesi*).

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (3. Baskı, Yetkin 2017).

Yuvalı E, ‘Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk’ (2021) 11(2) AkdHFD 355-376.

<<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162402i%-C5%9F%20%20%2004.05.2022.pdf>> Erişim Tarihi 27.02.2023.

GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİNDE “BELİRLİLİK/BELİRLENEBİLİRLİK” ŞARTI VE BUNUN FACTORING-TEMLİKİ İŞLEMİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

The Condition of “Determination/Determinability” in the Transfer of Future Receivables and its Appearance in the Factoring-Association Process

Arif KOCAMAN*

Özet

Gelecekteki alacakların devrinde tasarruf işleminin (temlik sözleşmesinin) kurulduğu anda, temlik konusu alacağın borçlunun şahsı, hukuki sebebi ve miktarı itibarıyla belirli olması, öğretideki hakim görüşe göre asla gerekli değildir. Tasarruf (temlik) konusu alacağın “doğumu” zamanındaki “belirlilik”, temlikin geçerli olması için yeterlidir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir. Ancak temlikin tasarruf işlemi karakteri, eşya hukukundaki tasarrufların konusuna ilişkin “özellilik (Spezialitaet)” veya “belirlilik” ilkesinin burada da uygulanması yolunda görüşlerin savunulmasına yol açmıştır. Bu görüş taraflarına göre, tasarruf konusu alacaklar temlik sözleşmesinin kurulduğu sırada “belirli” değilse, burada sadece bir “temlik taahhüdü” söz konusudur. Bu görüşün, özellikle Factoring-Temliki (Factoring-Zession) bakımından pratik sonuçları söz konusudur. Aşağıda önce gelecekteki alacakların devrindeki “belirlilik/belirlenebilirlik” şartına değinilmiş, daha sonra da konu “Factoring-Temliki” özelinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gelecekteki alacakların temliki, Factoring, Factoring Temliki, tasarruf etkisi, belirlilik şartı, belirlenebilirlik şartı, özelliklilik (şahsılık) ilkesi.

Abstract

In the transfer of future receivables, at the moment when the disposition (assignment contract) is established, it is never necessary, according to the prevailing view in the doctrine, that the receivable that is the subject of the assignment be determined in terms of the debtor's person, legal reason and amount. The “certainty” at the time of “birth” of the receivable that is the subject of the disposition (assignment) is sufficient for the assignment to be valid. The Swiss Federal Court has also adopted this view. However, the dispositional character of the assignment has led to the advocacy of the application of the “property (Spezialitaet)” or “specificity” principle regarding the subject of the dispositions in the property law. According to the parties of this view, if receivables subject to disposition are not “determined” at the time of the establishment of the assignment agreement, there is only an “assignment commitment” here. This view has practical implications, especially for Factoring-Zession. Below, firstly, the “certainty/determinability” condition in the transfer of future receivables is mentioned, and then the subject is discussed in the context of “Factoring-Assignment”.

Keywords: Assignment of future receivables, Factoring, Factoring Assignment, savings effect, certainty condition, determinability condition, characteristic (personality) principle.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.06.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, kocaman.arif@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0002-0948-7113>.

GİRİŞ

Devredildiği anda henüz mevcut olmayan, ancak ileride doğacak alacağa gelecekteki alacak ya da bir başka deyişle müstakbel alacak adı verilmektedir. Alman hukuku incelendiğinde gelecekteki alacakların temlikinin hukuken geçerli olduğu görülmektedir. Bu noktada belirlenebilirlik ilkesi, doğrudan ve dolaylı kazanım sorunları ve diğer yapısal sorunlar üzerinde durmak gerekecektir. Çalışmamızda bu hususlara detaylı bir şekilde değinilmiştir.

Gelecekteki alacakların doğumundan önce devri (temlik) birçok çalışmaya ve teze konu olmuştur. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal temyiz Mahkemesi uzun süreden beri gelecekteki alacakların temlikini kabul etmektedir.

Factoring temlikine konu olan gelecekteki alacaklara ilişkin belirlenebilirlik şartı da bu çalışma kapsamında incelenmiştir. Yine manto temlik ve toptan temlik de çalışmamız kapsamında incelenen temel hususlardandır.

I. GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİ (TEMLİKİ) HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Gelecekteki Alacakların Devrinin (Önceden Temlikin) Geçerliliği

Devredildiği anda henüz mevcut olmayan, fakat ileride doğacak alacağa “gelecekteki (müstakbel) alacak” denir.¹

Alman hukukunda yerleşmiş içtihat ve öğretide tamamen hâkim olan görüşe göre, “gelecekteki” alacakların temlik hukuken geçerlidir.² Alman Medeni Kanunu’nun Ön Tasarısı’nda Redaktör Kübel, “şarta bağlı (bedingte), muaccel olmamış (betagte), gelecekteki (zukünftige) ve belirsiz alacakların temlikinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. 19. Yüzyılda gelecekteki alacakların devrinin (önceden temlikin) teorisi bilinmiyordu³. v.Tuhr, Alman Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra, gelecekteki alacakların temlikinin caiz olduğunu açıkca ortaya koymuştur. Gelecekteki alacakların doğumundan önce temlik, birçok teze konu olmuştur.

Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG) ve Federal Temyiz Mahkemesi, gelecekteki alacakların devrini (temlikini) yüzyıldan uzun bir süreden beri tanımaktadır.⁴ Özellikle mevcut ve gelecekteki alacakların toptan temlik, bu bakımdan önemli bir uygulama alanı olmuştur. Alacağın geçişi ile alacağın devri sözleşmesinin eş zamanlı olması, alacağın devrinin gerçekleşmesi bakımından zorunlu değildir.

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (27.Baskı, Ankara 2022) (n.3861) 1398.

² Özellikle bkz, Andreas v.Tuhr, *Verfügung über künftige Forderungen* (DJZ 1904) 426 vd; *Abtretung künftige Forderungen*, *Bankarchiv* (1907)277-279; Gerhard Lempenau, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte* (Berlin/Zürich, 1968) 39 vd.

³ Knut Wolfgang Nörr / Robert Scheyhing/ Wolfgang Pöggeler, *Sukzession Forderungscession-Vertragsübernahme-Schuldübernahme* (2. Teilweisevöllig neubearbeitete Auflage, 1999 Tübingen)108.

⁴ Bkz.Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 91.

İsviçre’de de Federal Mahkeme’nin v.Tuhr’a katılarak “gelecekteki” alacakların temlik edilebilirliğini –kaideten- tanınmasından beri, bunun geçerliliği hususunda hiçbir tereddüt mevcut değildir.⁵

Türk hukuk öğretisinde de “gelecekteki” alacakların temlik edilebilirliği kabul edilmektedir.⁶

Gelecekteki alacakların ve hatta devir sözleşmesinin yapıldığı sırada henüz mevcut olmayan alacakların devri mümkündür. Gelecekteki alacaklar, yani ileride doğacak alacaklar ikiye ayrılmaktadır. Bunlar devir anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar ve devir anında hiçbir temeli olmayan alacaklardır. Örneğin kira sözleşmesinden doğacak alacaklar, mevcut bir hukuki ilişkiye dayanarak doğmuş olacaktır. Alacağın devri sırasında hiçbir temeli olmayan, yani henüz mevcut olmayan bir ilişkiden doğacak alacaklara örnek olarak, henüz kiraya verilmemiş bir evin ileride kiraya verilmesinden doğacak kira alacağı veya ileride kurulacak bir satım akdinden doğacak alacak gösterilebilir. Bu tür alacaklara öğretilde, “dar anlamda gelecekteki alacaklar” veya “ümit edilen alacaklar” da denilmektedir.⁷

Gelecekteki alacaklar, henüz “muaccel olmamış” alacaklara ilişkin olabileceği gibi, henüz “doğmamış” alacaklara da ilişkin olabilir. v.Tuhr, gelecekteki alacakları üç grupta toplamakta ve henüz “doğmamış” alacakları, “dar anlamda gelecekteki alacaklar” olarak nitelendirmektedir.

İsviçre’de Federal Mahkeme tarafından birçok kez kullanılan ve öğretide de benimsenen formüle göre, devir (temlik) edilen gelecekteki alacağın, *borçlunun şahsı, hukuki sebep ve miktar itibarıyla “belirli” veya hiç değilse “belirlenebilir”* olması gerekir.⁸

Gelecekteki alacakların toptan temlikinde, daha sonra factor’ün münferit alacağı satın alması “*geciktirici şartı*” altında yapılmış bir tasarruf işlemi söz konusudur. İsviçre/Türk hukukunda, tasarruf işlemlerinin (bu arada “alacağın temlik”-nin) de şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir.

Önceki alacakların devrinin mevcut alacakların devrine göre zaman itibarıyla taşıdığı öncelik, özellikle sonradan konulacak hacizlerin bu bakımdan etkisi bakımından önem taşımaktadır. Bu durum da gelecekteki alacakların devrini (temlikini) değerli ve çekici kılmaktadır.⁹

⁵ BGE 57 II 537 vd.

⁶ Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7.Baskı İstanbul 1993) 248; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Gen.Hük.C.II* (2.Baskı İstanbul 1977)628; Eren (n 1) 1234-1235.

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop (n 6) 248; Eren (n 1)1234-1235.

⁸ BGE 57 II 539. Ayrıca bkz. Peter Gauch/ Walter R Schluep/ Heinz Jaeggi, *chweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II* (7. Auflage, Zürich 1998)2199; Eugen Bucher, *Schw. OR, Allg. Teil*(2. Aufl, Zürich 1988) 543; D. Zobl, *Die Globalzession* (SJZ 1989)352.

⁹ Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 112.

B. Belirlenebilirlik (Belirlilik, Bireyselleştirme/Şahsilik)

Bugün oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre, alacağın devri sözleşmesinde borçlunun şahsının, borcun miktarının ve borcun hukuki sebebinin açıkça belirlenmesi asla gerekmez. Beyanın açıklık derecesine dair gereklilikler, işlem hayatının menfaatleri açısından değerlendirildiğinde daha az etkili olmaktadır. Bu nedenle, bir alacak üzerindeki tasarruf, birçok kez formüle edildiği üzere, “belirli” (Bestimmtheit) olmayı değil de “belirlenebilir” (Bestimmbarkeit) olmayı şart koşar. Ancak bu şartın mutlaka sağlanması gereklidir; aksi halde, alacağın devri geçersizdir. Bu mevcut alacaklar bakımından olduğu kadar gelecekteki alacaklar bakımından da geçerlidir¹⁰. Bu hususa aşağıda (II) başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecektir.

C. Doğrudan ve Dolaylı Kazanım (İktisap) Sorunu ve Diğer Yapısal Sorunlar

Gelecekteki alacakların devrinde, devredilen alacağın ileride kimin malvarlığında doğacağı öğretide tartışmalıdır.¹¹ Bir görüşe göre, gelecekteki alacak ileride doğrudan doğruya devralanın hukuk alanında doğar (*doğrudan geçiş/kazanma*) (*Direkterwerb*).¹² Buna karşılık diğer bir görüşe göre, böyle bir alacak önce bir anlık da olsa devreden malvarlığında doğar; fakat daha sonra yapılan devir nedeniyle otomatik olarak, kendiliğinden devredilenin malvarlığına geçer (*dolaylı geçiş/kazanma*) (*Durchgangerwerb*).¹³

Gelecekteki alacakların devrinde zaman itibarıyla birbirinden ayrılan “iki aşamalı” bir işlem tarzı söz konusu olması, bu tartışmaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir. İlk aşamada, devreden ile devralan henüz doğmamış alacağın devri konusunda tasarrufta bulunmakta, ikinci aşamada ise devre konu olan alacak doğmaktadır. *Devreden ancak alacağın doğumu anında alacağı kazanmaktadır*. Alacağın doğumu anından önce, devralanın alacağın gelecekte malvarlığında doğacağı konusunda az veya çok bir umudu vardır. Gelecek; belirsiz, bilinmeyen bir duruma ilişkindir.¹⁴ *v. Tuhr*, gelecekteki alacağın ikinci defa yapılan temlikinin –mevcut bir alacağın devri gibi–geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu sonuç, alacağın doğumu anından bağımsızdır. Fakat *v. Tuhr*,¹⁵ “bu temlik işlemi, ancak –temlik bulunmaksızın– temlik eden kimse bilahare alacağın sahibi olacak idi ise –yani temlik edilen alacak temlik edenin şahsında doğacak idi ise– geçerlidir demek suretiyle, durumun ancak alacağın “doğumuyla” belirli (kesin) hale geleceğini de kabul etmektedir. Yine *v. Tuhr*,¹⁶ alacak üçüncü bir kişinin şahsında doğarsa, temlik

¹⁰ Nörr/scheyhing/Pöggeler (n 3) 124.

¹¹ Bu tartışmaya Türk hukuk öğretisinde de değinilmiştir. Bkz. Eren, 1398; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (C.2, 17.B., İstanbul 2022) 587-588.

¹² Andreas v. Tuhr/ Arnold Escher, A, *Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd.II* (3. Auflage, Zürich 197) 349.

¹³ Oser-Schönenberger, Art.164 Nr.4; Bucher (n 8) 547.

¹⁴ Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 113.

¹⁵ v. Tuhr/ Cevat Edege, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C.I-II, Ankara 1983)847.

¹⁶ v. Tuhr/Edege (n 15).847.

eden kimsenin mukaddem (önceki) tasarruf muamelesi (kendisine yabancı olan) işbu alacak üzerinde bir tesiri haiz olamaz” demektedir. Görüldüğü gibi, gelecekteki alacak doğmadığı veya bir üçüncü kişinin şahsında doğduğu takdirde yapılan temlik işlemi etkisiz kalacaktır. Bu durum da, gelecekteki alacakların devrindeki tasarruf etkisinin kesin olmadığını göstermektedir. Tasarruf etkisini doğurduğu (alacak doğduğu) zaman, temlik eden kimsenin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Dolayısıyla temlik eden kimse alacağın doğumu zamanında müflis ise, temlik edilen kimse alacağı kazanamaz.¹⁷ Aynı şekilde gelecekteki alacak haczedilmişse, dolaylı geçiş teorisine göre alacak önce temlik edenin malvarlığında doğacağı için icra takibi yapan alacaklının lehine olacaktır. Görüldüğü gibi “doğrudan geçiş/kazanma” teorisinin kabulü, alacağı devralanın lehine olurken, iflas masasına kayıtlı alacaklıların aleyhine sonuç doğuracaktır. Buna karşılık, “*dolaylı geçiş*” *teorisinin alacaklıların lehine olduğu açıktır.*¹⁸

Bu nedenle, gelecekteki alacakların devrini, temlikin tasarruf etkisi bakımından mevcut alacakların devri ile aynı şekilde değerlendirmemek gerekir.

D. Borçlunun Korunması ve Gelecekteki Alacakların Temliki (Önceden Temlik)

Temlike hâkim olan “borçlunun durumunun temlik öncesine göre kötüleşmesi” ilkesi burada da geçerlidir. Doğaldır ki, önceden temlik ve alacağın “doğrudan kazanılması (iktisabı) (Direkterwerb der Forderung) vasıtasıyla, borçlunun durumunun kötüleşmemesi (ağırlaşmaması) gerekir. Bu temlik hukukunun vazgeçilmez (istikrarlı) bir temel taşıdır¹⁹.

II. GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİNDE “BELİRLİLİK” ŞARTI

“Belirlilik” veya “belirlenebilirlik” kriterlerinin yerine getirilmesi, genellikle gelecekteki alacakların devrinde, mevcut alacakların devrinden daha fazla çaba gerektirir. Yeterince “belirli” olmayan alacakların önceden temlik edilmesi, *Harry Westermann*’ın²⁰ ifadesiyle ‘*sadece istenmeyen bir durum değildir, aynı zamanda sisteme de aykırıdır*’. İçtihatlarda “belirlenebilirlik” varsayımı, önceden temlik örneği kullanılarak geliştirilmiştir. Bu süreçte, neredeyse basmakalıp açıklamalar ortaya çıkmıştır. Örneğin, “*Önceden temlik ancak, temlik edilen gelecekteki alacağın en geç “doğduğu” tarihte (bei ihrer Entstehung) konusu ve kapsamı itibarıyla “belirlenebilir” (bestimmbar) olması, yani temlik temelinde somut olarak talep*

¹⁷ v.Tuhr/Edege (n 15)847 dn.73. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşleri de bu yöndedir.

¹⁸ Aynı görüşte: Nurihan Dalcı, *Müstakbel Alacakların Toptan Devri*, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan (C.I, Ankara 2013) 763.

¹⁹ v.Tuhr, *Allg. Teil I* 223.

²⁰ Hanry Westermann, *Interessenkollision und ihre richterliche Wertung beiden Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen* (Kalsruhe 1954) 23.



edilen münferit alacağın yeterli derecede şahsileştirilmesi (bireyselleştirilmesi) halinde hüküm ifade eder”²¹ denilmektedir.

Alacağın devrinin (temlikin) konusunun “belirlenebilirliği”, yapısal olarak eşya hukukundaki “özellilik (belirlilik)” ilkesi (*Spezialitaetprinzip/Bestimmtheitsgrundsatz*) ile yakınlık göstermektedir. Değişken stoklarıyla emtia depolarının devri veya diğer eşya topluluklarının devrindeki eşya hukukundaki problemler ve çeşitli işlemlerden kaynaklanan gelecekteki alacakların devrindeki temlik hukukuna ilişkin sorunlar, neredeyse çarpıcı benzerliklere sahiptir.²²

Temlik hukukundaki ve eşya hukukundaki “belirlenebilirlik” ilkesi, malvarlığı konularının şüpheye yer vermeyecek şekilde tayin edilmesini sağlamaktadır. Bu konudaki belirsizlikler, özel hukukun düzenleyici işlevini ortadan kaldırmaktadır. Malvarlığı konularının açık bir şekilde belirlenmesi yasal barışı teşvik eder ve hukuki işlemleri mümkün kılar, hatta bireyin ve toplumun ekonomik planlama yapmasını kolaylaştırır. Bu hatta sağlam bir kredi teminatı hukukunun, vergilendirmenin ve iflas işlemlerinin olmazsa olmazıdır (*condictio sine qua non*)²³.

Önceden temlikin yeterli derecede belirlenebilirliği bakımından kullanılabilir bir tutamak noktası, gelecekteki borçlunun temlik beyanına dayanarak alacaklının şahsının kim olduğu konusunda makul ölçüde emin olup olamayacağı sorusudur. Eski literatürde belirlenebilirlik zamanını (anını) mümkün olan en erken zamana, yani temlik sözleşmesinin akdedildiği tarihe dayandıran iki önemli görüş vardır²⁴. Günümüzde ise bunun aksine, ağırlıklı olarak gelecekteki alacağın “doğumu” zamanına (*auf den Zeitpunkt der Entstehung*) odaklanılmaktadır²⁵. Bu doğru bir yaklaşımdır; çünkü belirlenebilirlik ilkesinin *ratio legis*’i, her şeyden önce mevcut malvarlığının tayininde yatmaktadır. *Gelecekteki (ve dolayısıyla zorunlu olarak belirsiz) malvarlığının doğumundan önce kapsamlı olarak tayin edilmesi, özel hukukun görevi değildir.* Bu nedenle, gelecekteki alacakların devri sözleşmesine dayanarak, açıkça belirlenmeyen veya tarafların iradesine aykırı olarak beyanın objektif lafzının kapsamına girmeyen gelecekteki alacaklarının varsayımsal olarak öngörülüp öngörülmemesi önemli değildir. Önemli olan, somut alacağın önceden temlikin konusu olarak “doğumu” anında belirlenebilir (tayin edilebilir) olmasıdır. Bu mümkün kılınmışsa, temlike konu olan somut alacak, buna ek olarak doğan, temellük edenin (devralanın) öngörmediği veya açıkça belirlenmemiş alacakları da kapsar.²⁶

²¹ BGH NJW 1985,800,802. Daha eski içtihatlardan özellikle şunlar zikredilebilmeye değer: RGZ 67,166; RGZ 92,238; RGZ 149,96; RGZ 155,26; BGHZ 7, 365; BGH NJW 1964, 149; BGHZ 71,75; BGHZ 79,16 ,Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 125 dn.61’den naklen.

²² Bkz. Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 125 dn.62.

²³ Bkz. Nörr/scheyhing/Pöggeler (n 3) 125.

²⁴ Westerman (n 20) 231; Peter Schwerdtner, *Globalzession und Verlaengerter Eigentumsvorbehalt* (NJW 1974) 1785, 1788.

²⁵ BGHZ 7,365; BGH NJW 1988, s.2204, 3204, 3205; BGH NJW 1985,800,802.Nörr/Scheyhing/Pöggeler(n 3) 125.

²⁶ Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 125-126.

Belirli bir X tutarı için (önceden) toptan temlik, ilgili alacakların tutarının X meblağı aşması halinde yeterince belirlenebilir değildir. Çünkü o zaman, hangi alacakların kağısa girip hangilerinin girmediği açık değildir. Ancak temlik, alacakların toplamı henüz X miktarına ulaşmadığı sürece, belirlenebilirlik şartına takılmaz.

Daha sonra çeşitli alacakların devrine dair borçlar hukukuna ilişkin bir yükümlülüğün söz konusu olduğu durumlarda (manto temlik), manto temlik sözleşmesinin akdedildiği zamanda “belirlenebilirlik” (Bestimmbarkeit) söz konusu değildir; aksine ancak temlik edilen alacağın manto temlike dayanarak doğumu zamanında “belirlenebilirlik” talep edilebilir²⁷.

III. FACTORING-TEMLİKİNE KONU OLAN GELECEKTEKİ ALACAKLARDA “BELİRLİLİK/BELİRLENEBİLİRLİK” ŞARTI

Öğretide ve içtihatla tamamen hâkim olan görüş, factoring işleminde, mevcut ve gelecekteki alacakların tasarruf etkisiyle birlikte “önceden toptan temlik”nden hareket etmektedir.²⁸ Bununla beraber, factoring temlikinin, -pratikte pek kullanılmamakla beraber, teorik olarak mümkün olan- “manto temlik” (Mantelzession) yoluyla da meydana getirilmesi mümkündür. Bu söylenenlerden de anlaşılacağı üzere, factoring çerçeve sözleşmesinin “tasarruf işlemi” kısmı, “manto temlik” veya “(önceden) toptan temlik” yoluyla oluşturulabilir.

A. Manto temlik

“Manto temlik” durumunda factoring sözleşmesinde (çerçeve sözleşmede) müşterinin sadece, gelecekteki alacakları devretmekle ve bunun için devralana (temellük edene) zamanında, münferiden belirli (belirlenmiş) alacakların “listesi”ni (borçluların listesi veya sadece fatura suretleri) vermekle yükümlü olması kararlaştırılmaktadır. Böylece OR/BK Art. 164/m.183 (BGB & 398) gereğince alacağın devri (temlik), her defasında “münferit” alacak için, onun “doğumu”ndan sonra bir “temlik sözleşmesi” akdedilmek suretiyle, ancak daha sonraki “tasarruf işlemleri” vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir²⁹.

“Manto temlik” durumunda, daha sonraki “münferit” temlik sözleşmeleri, ancak her bir alacağın “doğumu”ndan sonra borçlu “listeleri”nin gönderilmesiyle “belirli” bir alacak hakkında akdedildiği için, temlik edilen alacağın, yan, tasarruf (temlik) konusunun “belirlenebilirliği” (Bestimmbarkeit) bakımından herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır.

²⁷ Nörr/Scheyhing/Pöggeler (n 3) 127.

²⁸ Bkz. Hans Lunckenbein, *Rechtsprobleme des Factoring-Vertrages*, Diss (München, 1983) 83 dn.239’da anılan yazarlar ve mahkeme kararları. Aynı şekilde: İsviçre/Türk Hukukunda: Erni Rudolf, *Factoring nach schweizerischem Recht* (Zürich, 1974) 86; Cumhur Özakman, *Factoring Sözleşmeleri* (İstanbul 1989) 58,59; Şener Akyol, *Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül* (İstanbul 1984) 16.

²⁹ Bkz. Lunckenbein (n 28) 82; Michael Martinek, *Moderne Vertragstypen, Bd.I : Leasing und Factoring*, (München 1991) 259. Ayrıca bkz. Akyol (n 28) 16.



Görüldüğü gibi, –“manto temlik” tabirine rağmen- çerçeve sözleşmede kararlaştırılan anlaşma hiçbir “tasarruf” etkisine sahip değildir., sadece sözleşme karşı tarafı için, yeni alacaklıya gelecekteki alacakları devretmek yükümlülüğü tesis etmektedir³⁰. Temlik, ancak münferit alacaklara ilişkin “liste”nin (borçlu listelerinin) verilmesiyle etkili (geçerli) olmakta ve müşterinin –çerçeve anlaşmadan doğan- devir (temlik) yükümlülüğü, ancak daha sonraki “münferit tasarruflar”la (temliklerle) yerine getirilmektedir³¹. Bu nedenle, burada “manto temlik” deyimini yerine, sadece “tüm alacakların devrine dair bir yükümlülük”ten bahsetmenin daha uygun olacağı belirtilmektedir.³²

B. Toptan temlik (Globalzession)

Hâkim görüş, factoring işleminde bir “önceden toptan temlik”in varlığından hareket etmektedir. Buna göre; factoring sözleşmesinde (çerçeve sözleşmede) müşterinin üçüncü şahıs borçlu karşısındaki –mal tesliminden veya hizmet ediminden ileri gelen- tüm mevcut (gegenwaertig) ve gelecekteki (künftig) alacakları factor’e önceden “toplucu” devir (temlik) edilmektedir.

Bununla beraber, “toptan temlik” kavramı, mevcut ve gelecekteki “ferdi” alacaklara dair “münferit” devirlerin (temliklerin) sadece kavramsal olarak bir araya getirilmesini ifade etmektedir³³. Bu meyanda, önceden toptan temlik “gelecekteki” alacaklara, yani henüz muaccel olmamış veya henüz doğmamış alacaklara ilişkin olduğu takdirde, *devredilen (temlik edilen) gelecekteki alacakların “doğum” anında belirlenebilir (Bestimmbarkeit) olması yeterlidir*. Böylece factoring işlemi müşterinin işletmesinin faaliyeti dolayısıyla işlem ilişkisi içinde olduğu tüm borçluları karşısındaki bu işlem ilişkisinden (mal tesliminden veya hizmet ediminden) ileri gelen tüm alacaklarını kapsadığı takdirde, borçlunun çevresi ve alacağın hukuki sebebi (ve miktarı) yeterli derecede tayin edilmiş olduğu için, “belirlenebilirlik” (Bestimmbarkeit) şartı -kural olarak- yerine getirilmiş olmaktadır³⁴. Münferit alacakların “doğumu”yla birlikte, alacağın “borçlusu” ve “içeriği” tamamen (kesin olarak) “belirli” hale gelecektir³⁵. Böylece factoring işleminde alacağın “belirlenebilirliği” yeterli derecede mevcuttur.³⁶

Ancak, burada bir tartışmaya değinmek gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, önceden toptan temlik gelecekteki alacaklara, yani henüz muaccel olmamış veya henüz doğmamış alacaklara ilişkin olduğu takdirde, toptan temliğin etkili

³⁰ Bkz. Martinek (n 29) 259.

³¹ Bkz. Lunckenbein (n28) 83.

³² Willheim Canaris, *Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III/3, Bankvertragsrecht*, (3. Auflage, 2. Bearbeitung, Berlin/New York, 1981) 1661.

³³ Martinek (n 29) 259.

³⁴ Canaris (n 32) 1661.

³⁵ v. Thannhausen, *DasInland-Factoring, Vertragliche Gestaltung, Rechtsnatur und Kollision Nit dem Verlaengerten Eigentumsvorbehalt Diss* (Würzburg, 1984) 39.

³⁶ v. Thannhausen (n 35) 39.

(geçerli) olması için, devredilen (temlik edilen) gelecekteki alacakların alacakların “doğumu” anında belirlenebilir olması yeterlidir. Alman hukukunda³⁷ ve İsviçre hukukunda³⁸ hakim olan görüş bu yöndedir.

Buna karşılık Bucher³⁹ ve Wiegand⁴⁰, aksi görüştedir. Bucher’e göre; “gelecekteki alacakların devrinde, tasarruflardaki ‘belirlilik’ (Spezialitaet) şartından, yani tasarrufların ancak tamamen “belirli” bir tasarruf konusuna ilişkin olması halinde ‘geçerli’ olacağı kuralından çıkan sınırlar önemlidir. Bu kuraldan, henüz ‘doğmamış’ alacakların devrinin ancak, ‘temlik’ zamanında –henüz doğmamış olsa da- (önceden) belirli alacaklara ilişkin olması durumunda geçerli olacağı, buna karşılık sadece (temlik edilen) alacağın ileri sürülmesi veya doğumu zamanında belirliliğinin bu şart için kafi gelmeyeceği anlaşılmaktadır./ *Federal Mahkeme*, iki yeni kararında (BGE 112 II 435 ve 113 II 167), bu kuralın aksine, gelecekteki alacakların ‘genel’ olarak önceden temlikinin sadece ‘temlik yükümlülüğü’ olarak nitelendirilemeyeceğini, aksine bizzat ‘temlik’ etkisiyle donatılmak gerektiğini karara bağlamıştır. Federal Mahkemenin bu içtihadına göre, sonuçta alacağın ‘geçiş’ etkisi ‘borçlandırıcı işlem’ vasıtasıyla meydana getirilmekte ve böylece, temlik hukukundaki ‘borçlandırıcı işlem’ ve ‘tasarruf işlemi’ ayrımı, kanunda yeterli ölçüde açıkça tayin edilmesine rağmen, şüpheli görünmektedir(...).”⁴¹ Böylece Bucher, -alacağın temliki de bir “tasarruf” işlemi olduğu için- eşya hukukuna ilişkin “belirlilik ilkesi”ni (Spezialitaetsprinzip), yani “tasarruf anı”nda, “tasarruf konusu”nun “belirli” olması kuralını “temlik hukuku”na (“toptan temlik”e) uygulamakta ve “gelecekteki” alacakların önceden “toptan temliki”nde bu şartın (ilkenin) gerçekleşmemesi, yani alacakların ancak “doğum zamanı”nda (anında) belirlenebilir olması durumunda gerçek bir “temlik”in, yani “tasarruf” işleminin söz konusu olmadığını, aksine sadece bir “temlik taahhüdü”nün (pactum de cendo) mevcut olduğunu ileri sürmektedir.

Bucher’in görüşü, öğretide Wiegand tarafından desteklenmiştir : “ ‘Belirlilik’ ilkesi (Bestimmtheitsgrundsatz), ... sadece eşya hukukunda düzenlenmiş olan hak

³⁷ Alman hukukunda bu görüşte: Martinek (n 29) 58; v.Thannhausen n (35) 39; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.I, All.Teil (13. Auflage, München 1982 & 34/III) 531.

³⁸ İsviçre hukukunda bu görüşte : BGE 112 II 453 vd.; 113 II 163 vd.; v.Tuhr/Escher, (n 12) 350; Dieter, Zobl, *Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung eine Standortbestimmung*, SJZ (1989) 349 vd.; Thomas Kleyling, *Zession –unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession- und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten* (Zürich, 1980) 76; Fredicih Merz, *Die privatliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1987* (ZBJV 1989) 211-214.; Homburger, *Globalzession zukünftiger Forderungen*, SAG (1988/4)157 vd.; Peter Haenseler, *Die Globalzession*, Diss (Zürich, 1991) .69 dn.4; Beat Oberlin, *Die Globalzession in Theorie und Bankpaxis*, Diss (Basel, 1989)121.

³⁹ Bucher, *Allg.Teil* (& 31/II).544 .

⁴⁰ Wolfgang Wiegand, *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik*, *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag* (1979) 285.

⁴¹ Bucher, *Allg. Teil* (& 33/II 3) 544.

devirleri için değil, aksine bunun ötesinde tüm hak devirleri için, hatta bu arada ‘temlik’ için de geçerlidir. Bir ‘hak’ üzerindeki ‘tasarruf’ta ‘konu’, eşya üzerindeki tasarruflarda olduğu gibi, aynı şekilde ‘belirli’ (*bestimmt*) olmak gerekir”⁴².

Wiegand’a göre, İsviçre’deki hareket noktası, Almanya’dan *iki noktada* ayrılmaktadır⁴³. Birincisi, İsviçre’de bu husustaki içtihat yerleşmiş (müstakar) değildir⁴⁴. -Wiegand’ın bu konuda kesin bir önem taşıdığına inandığı- ikinci ise, -Alman hukukundan farklı olarak- OR Art.165’e göre (TBK m.184) temlikin “yazılı şekli” gerektirmesidir. Wiegand’a göre, temlik (tasarruf işlemi) için yazılı şeklin aranmış olması, İsviçre hukukunda “temlik vaadi” (*pactum de cedendo*) (*Zessionsversprechen*) ile “temlik tasarrufu” (*Zessionsverfügung*) arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır⁴⁵. Wiegand, burada *v.Tuhr’un şu sözlerine yollamada bulunmaktadır* : “Temlikin ‘şekli’nin (yazılı şekil) amacı, diğer durumlarda (örneğin kefalette) olduğu gibi, temlik edeni korumak değil (çünkü o, Art.165/II’ye göre şekle tabi olmaksızın bir ‘temlik yükümlülüğü’ altına girebilir), aksine temlik işlemini üçüncü şahıs, yani borçlular için kolayca ‘tanınabilir/bilinebilir’ kılmaktır”⁴⁶. Wiegand’a göre, böylece *v.Tuhr*, yazılı şekle tabi olmayı, -tarihsel gelişimin de gösterdiği gibi (bkz. Eski OR Art.84) haklı olarak- üçüncü şahsı korumak için bir “*aleniyet işareti*” olarak anlamakta ve böylece “eşya hukuku” tasarruflarındaki “*teslim*” ve “*tapuya tescil*”e yaklaştırmaktadır.⁴⁷ Wiegand’a göre, bu yorum tarzından, “temlik senedi”nin alacağı, “tasarruf anı”nda hatta (hiç değilse ilgili) üçüncü şahıs için açıkça “ferdileştirilebilir” şekilde belirlemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Aslında tamamen *Federal Mahkeme’nin formülü*⁴⁸ devam ettirilebilir; çünkü o, ‘sadece temlik edilen alacağın borçlunun şahsı, hukuki sebep ve miktar itibarıyla kafi derecede ‘belirli’ veya hiç değilse ‘belirlenebilir’ olmasını ... talep etmektedir’. Gerek kararın sözünden/lafzından (‘temlik edilen/abzutretende) gerekse içeriğinden, Federal Mahkeme’nin in casu ‘tasarruf zamanı’ nı hesaba kattığı açıkça ortaya çıkmaktadır...”⁴⁹.

Ancak ne var ki, *Federal Mahkeme sonraki iki kararında (özellikle BGE 113 II 163 vd.)* – Wiegand ve Bucher’in görüşlerinin teorik değerini kabul etmekle birlikte- bu yazarların görüşlerini öğreti ve içtihadın dayandığı uygulamaya aykırı bulmuştur. Böylece *Federal Mahkeme*, “eşya hukuku”ndaki “belirlilik” ilkesini “temlik hukuku”na uygulamamış ve “gelecekteki” alacakların önceden “toptan

⁴² Wolfgang Wiegand, *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag* (1979) 289 ve bu sayfadaki dn.25. Wiegand bu notta, Bucher’e yollamada bulunmaktadır.

⁴³ Karş. Oberlin (n 38) 101 dn.40’a ait metin.

⁴⁴ Wiegand’ın bu makalesi oldukça eski tarihlidir (1976).

⁴⁵ Wiegand, *Kreditsicherung* (n 42) 292.

⁴⁶ *v.Tuhr*/Escher, & 93/III 334,335

⁴⁷ Wiegand, *Kreditsicherung* (n 42) 293.

⁴⁸ Bkz. BGE II 539.

⁴⁹ Wiegand, *Kreditsicherung* (n 42) 295.

temlik”nde alacağın “doğumu” zamanındaki “belirlenebilirliği” yeterli görmüştür (“temlik” etkisiyle donatmıştır). *Federal Mahkeme*’ye göre, bu durumda “borçlu listeleri”nin gönderilmesi sadece “açıklayıcı” bir işleve (etkiye) sahiptir. *Bucher, recht 1989 s.12 vd.ndaki makalesinde, bilinen gerekçelerle bu kararı eleştirmektedir.*

Diğer taraftan *Wiegand*, “eşya hukuku”ndaki ilkelerin “temlik hukuku”na uygulanmasını sağlamak için, “gelecekteki alacakların rehni” (*Verpfaendung zukünftiger Forderungen*) ile arada benzerlik kurmaya çalışmaktadır : “ ‘Önceden temlik’ için ortaya konulan mülahazalar, aynı ölçüde, yapısı itibarıyla kısmen bir ‘hakkın temlik’nden başka bir şey olmayan ‘gelecekteki hakların rehni’ için de geçerlidir. Bu, ZGB Art.899’da (MK m.954) alacakların ‘devredilebilirliği’ne dayanılmasıyla ve ZGB Art.900’deki (MK m.955), OR Art.165’e (BK m.163) uygun düşen, ‘yazılı’ şekil şartıyla açıkça ortaya konulmaktadır”.⁵⁰ Gerçekten ZGB Art.899/MK m.954’de, “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehn edilebilir./Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslim bağli rehin hükümleri uygulanır” denilmektedir. Oysa “teslime bağli rehin”de (‘teslim şartlı menkul/taşınır rehni’nde/Faustpfand), rehin “konusu”nun “belirlenmesi (Spezifikation) ‘zilyedliğin devri’ suretiyle yapılmakta, yani rehin sözleşmesinin “kurulması (tesisi) anında bir “belirlilik” talep edilmemektedir.⁵¹ “Alacağın temlik” zilyedliğin devri suretiyle değil, temlik edenin “yazılı” bir beyanıyla gerçekleştirilmektedir. Böyle bir beyan, “zilyedliğin devri”nin aksine, temlikin ilişkin olduğu alacak “doğmadan” önce de yapılabilir⁵².

Diğer taraftan *Wiegand* (ve *Bucher*), rehindeki “fer’ilik ilkesi”nden (Akzessorietätsprinzip) de sonuç elde etmeye çalışmaktadırlar⁵³. Ancak “rehin hukuku”nda etkiye sahip söz konusu ilkenin, “alacağın devri (temlik)” bakımından hiçbir anlamı olamaz; çünkü alacağın devrindeki (temlikteki) “alacaklı” (temellük eden), alacağın “tam sahibi”dir⁵⁴.

Nihayet alacağın devrinde “yazılı şekil”, “Zobl’un belirttiği gibi, üçüncü şahısların hiçbir şekilde alacağın devri işleminden haberdar olmasını sağlamaz. Belki sadece borçlunun temlikten “haberdar” olmasını (bilgi sahibi olmasını) kolaylaştırabilir. Bu nedenle “zilyetlik”te veya “tapu kaydına tescil”de olduğu gibi eşya hukuku anlamında bir “resmi (kamusal) aleniyet” durumu söz konusu değildir. Ancak belki sadece borçluya karşı etkili “nisbi” bir aleniyetten söz edilebilir⁵⁵. Hatta burada “yazılı şeklin”, “temellük eden”e (müteakip temlikler yapılması durumunda daha sonraki “temellük eden”e), borçlu karşısında “yeni alacaklı” olarak sıfatını açıklamaya

⁵⁰ Wiegand, Kreditsicherung (n 42) 297.

⁵¹ Bkz. Oberlin, (n 38) 112. Ayrıca bkz. Lale Sirmen, *Alacak Rehni* (Ankara, 1990) 19.

⁵² Oberlin (n 38) 113.

⁵³ Bkz. Wiegand, Kreditsicherung (n 42) 300 vd.

⁵⁴ Bkz. Oberlin (n 38) 112. Fer’ilik ilkesi ve bunun istisnalar için ayrıca bkz. Sirmen, n (51) 11 vd.

⁵⁵ Zobl (n 38) 352 dn.40.



yarayan bir ispat belgesi (Legitimationsausweis) sağlamak amacını taşıdığı kabul edilmek gerekir.⁵⁶ Sonuçta, *Bucher ve Wiegand*’ın görüşleri, “factoring işlemi” açısından “özel” bir anlama sahiptir. *Bucher* (ve *Wiegand*) gelecekteki alacakların önceden “toptan temlik”nde alacağın “tasarruf” (temlik) anında “belirlenebilir” olmaması durumunda sadece bir “taahhüt işlemi”nin (temlik vaadi/pactum de cedendo) varlığını kabul etmek suretiyle, İsviçre/Türk hukukunda “manto” temlik yolunu tanımakta, bir başka deyişle “toptan temlik” yolunu kapatmaktadırlar. Bu nedenle, *Haenseler*; *Bucher ve Wiegand*’ı, “toptan temlik”in hasımları (die Gegner der Globalzession) olarak nitelendirmektedir⁵⁷. Dolayısıyla, Federal Mahkeme’nin yaklaşımı, -*Bucher*’in ileri sürdüğü gibi ilk bakışta “banka lehine” görünse de-⁵⁸ kredi hayatının vazgeçilmez bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.⁵⁹

SONUÇ

Bugün oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre, alacağın devri (temlik) sözleşmesinde borçlunun şahsının, borcun miktarının ve borcun hukuki sebebinin açıkça belirlenmesi asla gerekmez. Beyanın açıklık derecesine dair gereklilikler, işlem hayatının menfaatleri açısından değerlendirildiğinde daha az etkili olmaktadır. Bu nedenle, bir alacak üzerindeki tasarruf, birçok kez formüle edildiği üzere, “belirli” (Bestimmtheit) olmayı değil de “belirlenebilir” (Bestimmbarkeit) olmayı şart koşar. Ancak bu şartın mutlaka sağlanması gereklidir; aksi halde, temlik geçersizdir. Bu mevcut alacaklar bakımından olduğu kadar gelecekteki alacaklar bakımından da geçerlidir.

İçtihatlarda “belirlenebilirlik” varsayımı, önceden temlik örneği kullanılarak geliştirilmiştir. Eski literatürde belirlenebilirlik zamanını (anını) mümkün olan en erken zamana, yani alacağın devri (temlik) sözleşmesinin akdedildiği tarihe dayandırılmaktadır. Günümüzde ise bunun aksine, ağırlıklı olarak gelecekteki alacağın “doğumu” zamanına (auf den Zeitpunkt der Entstehung) odaklanılmaktadır. Bu doğru bir yaklaşımdır; çünkü belirlenebilirlik ilkesinin ratio legis’i, her şeyden önce mevcut malvarlığının tayininde yatmaktadır. *Gelecekteki* (ve dolayısıyla zorunlu olarak belirsiz) malvarlığının doğumundan önce kapsamlı olarak tayin edilmesi, özel hukukun görevi değildir.

Temliğin konusunun “belirlenebilirliği”, yapısal olarak eşya hukukundaki “özellilik (belirlilik)” ilkesi (*Spezialitaetprinzip/Bestimmtheitsgrundsatz*) ile yakınlık göstermektedir. Gelecekteki alacakların factoring temlikine konu olması halinde de eşya hukukundaki “özellilik (belirlilik)” ilkesini temlik hukukuna taşıma çabaları ile bugün hakim olan alacağın doğumu” anında bellenebilir olmasını yerli gören görüş arasında pratik sonuçları da olan farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

⁵⁶ Haenseler (n 38). 52.

⁵⁷ Bkz. Haenseler (n 38) 69.

⁵⁸ Bkz. Recht (1989) 15 vd.

⁵⁹ Aksi görüşte: Wolfgang Wiegand/Koller-Tumler, *Gültigkeit der Globalzession einer künftigen Forderung* (BGE 113 II 163 vd.), (recht 1988/3) 103.

Federal Mahkeme sonraki iki kararında, gelecekteki alacakların önceden temlikinde, temlik konusu alacağın “doğumu” zamanında “belirlenebilir” olmasını yeterli görmüştür. Ancak Bucher ve Wiegand tarafından savunulan görüş, Federal Mahkeme’nin öğretideki hâkim görüşe paralel olarak vardığı sonuca karşı çıkararak, *alacağın temliki de bir “tasarruf” işlemi olduğu için- eşya hukukuna ilişkin “belirlik ilkesi”ni (Spezialitaetsprinzip), yani “tasarruf anı”nda, “tasarruf konusu”nun “belirli” olması kuralını “temlik hukuku”na (“toptan temlik”e) uygulamakta ve “gelecekteki” alacakların önceden “toptan temlik”inde bu şartın (ilkenin) gerçekleşmemesi, yani alacakların ancak “doğum zamanı”nda (anında) belirlenebilir olması durumunda gerçek bir “temlik”in, yani “tasarruf” işleminin söz konusu olmadığını, aksine sadece bir “temlik taahhüdü”nün (pactum de cedendo) mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Bunun, factoring işlemi bakımından pratik sonuçları olacaktır. Bu görüş, gelecekteki alacakların önceden “toptan temlik”inde alacağın “tasarruf” (temlik) anında “belirlenebilir” olmaması durumunda sadece bir “taahhüt işlemi”nin (temlik vaadi/pactum de cedendo) varlığını kabul etmek suretiyle, İsviçre/Türk hukukunda “manto” temlik yolunu tanımakta, bir başka deyişle “toptan temlik” yolunu kapatmaktadırlar.*

KAYNAKÇA

- Akyol Ş, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri I. Fasikül* (İstanbul, 1984).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil ohne Deliktsrecht* (2. Aufl., Zürich 1988).
- Bucher E, *Zur Gültigkeit von Globalzession, Urteilsanmerkung Zivilrecht* (BGE 113 II 163, recht 1989).
- Canaris W, *Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III/3, Bankvertragsrecht* (3. Auflage, 2. Bearbeitung, Berlin/New York 1981).
- Dalcı N, *Müstakbel Alacakların Toptan Devri, Prof.Dr.Erdal Onar’a Armağan* (C.I, Ankara 2013).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27.Baskı Ankara 2022).
- Feyzioğlu N, *Genel Hükümler* (C.II, 2.Baskı İstanbul 1977).
- Gauch P./Schluep W/Jaeggi P, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II* (4. Auflage, Zürich 1987).
- Haenseler P, *Die Globalzession, Diss* (Zürich 1991).
- Kleyling T, *Zession -unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession- und Forderungsverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten* (Zürich, 1980).
- Kocaman A, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Ankara 1989).



Kocaman A, Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, (Ankara 1992).

Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, Allgemeiner Teil* (13. Auflage, München 1982).

Lempenau G, *Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte*, (Berlin/Zürich, 1968).

Lunckenbein H. G, *Rechtsprobleme des Factoring-Vertrages, Diss* (München, 1983).

Martinek M, *Moderne Vertragstypen, Bd.I : Leasing und Factoring*(München 1991).

Nörr K.W/Scheyhing R./Pöggeler W., *Sukzession, Forderungszession-Vertragsübernahme-Schuldübernahme* (2.Aufl. Tübingen 1998).

Oğuzman K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C.2, 17.B., İstanbul 2022).

Özakman C, *Factoring Sözleşmeleri* (İstanbul, 1989).

Sirmen L, *Alacak Rehni* (Ankara, 1990) .

Tekinay S /Akman S./Burcuoğlu H /Altıp A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7.Baskı İstanbul 1993).

v.Thannhausen M, *Das Inland-Factoring, Vertragliche Gestaltung, Rechtsnatur und Kollision mit dem Verlaengerten Eigentumsvobehalt, Diss* (Würzburg 1984).

v.Tuhr A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (C.I-II, çeviren Cevat Edege, Ankara 1983).

v. Tuhr A /Escher A, *Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd.II, 3. Auflage, Zürich 1974.

v.Tuhr A, *Verfügung über künftige Forderungen* (DJZ 1904).

Westermann W, *Interessenkollision und ihre richterliche Wertung beiden Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen* (Kalsruhe 1954).

Wolfgang W, *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag* (1979).

Wiegand/Koller T, *Gültigkeit der Globalzession einer künftigen Forderung (BGE 113 II 163 vd.) (recht 1988/3)*.

Zobl D, *Die Globalzession* (SJZ 1989).

KONUTUN DEPREM NEDENİYLE ZARAR GÖRMESİNİN KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

The Effect of Damage to the Residence due to Earthquake on the Lease

Seda BAŞ*

Özet

Ülkemizde 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen deprem birçok konuda yıkıcı sonuçlara yol açmıştır. Bu kapsamda depremin zarar gören konutlarda mevcut kira sözleşmelerine etkisi ayrıca incelenmelidir. Konutun deprem nedeniyle zarar görmesi durumunda, sonraki kusursuz ifa imkansızlığı söz konusu olabilir. Konutta meydana gelen hasar, sonraki kusursuz ifa imkansızlığının sonuçlarına sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla konutun deprem nedeniyle zarar görmesi durumunda kira sözleşmesinin sona erip ermeyeceği; sözleşme sona ermemişse, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Konutun yıkılması, ağır hasar alarak kullanılamaz hale gelmesi durumlarında sözleşme konusu ortadan kalktığı için kira sözleşmesinin sona erdiği kabul edilir. Bunun sonucu olarak kiraya veren ve kiracının borçları sona erer. Konuttaki hasarın az olmasına rağmen kiracının yaşanan deprem nedeniyle konutta kalamaması ihtimalinde, önemli sebebe dayalı olağanüstü fesih yoluyla sözleşme sona erdirilebilir. Deprem nedeniyle konutta meydana gelen sonraki ayıpların ise kiraya veren tarafından giderilmesi gerekir. Bu hususta da kiracının ayıbı bildirme ve ayıpların giderilmesi için yapılan çalışmalara katlanma yükümlülüğü vardır.

Anahtar Kelimeler: Kiraya verenin borçları, kiracının borçları, kira sözleşmesinin sona ermesi, konutun yıkılması, konutun hasar görmesi, kira ilişkisinin çekilmez hale gelmesi, kira hukukunda dava şartı arabuluculuk, fahiş kira bedelleri.

Abstract

The earthquake that occurred in our country on February 6 2023 led to devastating consequences in many matters. Within this scope, the effect of the earthquake on the existing lease agreements in the damaged residences must be examined separately. In the event of the residence is damaged due to earthquake, subsequent impossibility without fault may be at issue. The damage occurred in residence raises the discussion of which party to the contract will bear the consequences of subsequent impossibility without fault. Therefore, it is important to determine in the event of the residence is damaged due to earthquake whether the lease is over and if the contract is not over, to determine rights and obligations of the parties. In the event that the house is demolished and becomes unusable due to heavy damage, the lease is deemed to have terminated since the subject of the agreement is no longer valid. As a result, the debts of the lessor and the lessee expire. In the event that the lessee cannot stay in the residence due to the earthquake, although the damage is minor, the contract may be terminated

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.06.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, seda.bas@inonu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5382-2663>.



by extraordinary dismissal based on important reasons. Subsequent defects in the residence due to the earthquake must be eliminated by the lessor. In this regard, the lessee has the obligation to notify the defect and to put up with the works done to eliminate the defects.

Keywords: Debts of lessor, debts of lessee, termination of lease, demolition of residence, damage to residence, become unbearable lease relationship, mandatory mediation on lease law, exorbitant rent.

GİRİŞ

Ülkemizde 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli deprem, 11 ilde büyük yıkımlara ve ağır hasarlara neden olmuştur. Yapı denetim firmalarından müteahhitlere, mimar ve mühendislerden yapı ruhsatına onay veren belediyelere kadar birçok sorumlunun bulunduğu bu zararların büyük bir kısmı, kiralanın konutlarda ortaya çıkmıştır¹.

Bu çalışmanın konusu, deprem nedeniyle konutlarda² meydana gelen zararın mevcut kira sözleşmelerine ve tarafların sözleşmeden doğan borçlarına etkisinin incelenmesidir. Depremi ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk alanında bil-

¹ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji Daire Başkanlığı, “2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu”, 6 Mart 2023, s. 34. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaraş-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>. Bu raporda “Depremden Etkilenen İllerde Hanehalkının Konuttaki Mülkiyet Durumları (2021)” başlıklı Tablo 17’de görüleceği üzere; Adana ilinde kiracı oranı 25.9, Adıyaman ilinde 26.2, Diyarbakır’da 27.8, Elazığ’da 23.3, Gaziantep’te 36.1, Hatay’da 20.9, Malatya’da 19.5, Kahramanmaraş’ta 22.0, Kilis’te 26.8, Osmaniye’de 20.0, Şanlıurfa’da ise 24.9’dur. Bölge toplamında kiracılık oranı ise 25.7 olarak tespit edilmiştir.

² Kira hükümleri çerçevesinde konuttan bahsedebilmek için, konutun sürekli oturmak amacıyla kiralanması gerekir. Kiralanan konutun TMK hükümlerine göre yerleşim yeri niteliği taşıması gerekmez. Burada önemli olan konutun, kiracının her türlü günlük ihtiyacını karşılaması, onu dış etkenlerden koruması ve günübirlik olmamasıdır. Kira konutunun dış yapısı değil, sözleşme ile öngörülen kullanım amacı esas alınır. Bu hususta bkz., Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (15th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2022) 333; Gençler Özdemir, “Kira Sözleşmesi”, Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023) 36. Benzer yönde bir konut tanımlaması için bkz., Mustafa Alper Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011) 15; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı (6th edn, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022) 192. Konutun zorunlu olarak üstü kapalı olma unsurunu içerdiği yönündeki görüş için bkz., Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi (1st edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2011) 29; M. Murat İnceoğlu, “Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi” (Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012) 247; Özkan Özyakışır, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli (1st edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2019) 53. Buna karşılık konutun üstü kapalı olmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz., Gümüş (n 1), Kira Sözleşmesi, 14. Konutun yatay ve dikey olarak kapalı bir bütünlük teşkil etmesi gerektiği hususunda bkz., Peter Higi / Anton Bühlmann / Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, Die Miete (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2019) 98, N. 8. Konut kiralarda konutun mutlaka taşınmaz niteliğine sahip olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., Doğan (n 2) 29; Nihal Ural Çınar, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014) 13.

hasa miras hukukuna etkileri birçok çalışmaya konu olmasına rağmen, kira hukuku bakımından bir inceleme yapılmamıştır. Çalışmanın amacı, literatürde tespit edilen bu boşluğun doldurulması ve uygulamada merak edilen hukuki sorunlara cevap verilmesidir.

Depremın konutlarda meydana getirdiği zararın türü ve şiddeti kira sözleşmelerinin akıbetini farklı şekillerde etkiler. Bu hususta konutun deprem nedeniyle yıkılmasının sözleşmeyi sona erdirip erdirmeyeceği, sözleşme sona ermesinin tarafların borçlarını nasıl etkileyeceği araştırılmalıdır. Konutun yıkılmaksızın hasar alması durumlarını da ayrıca değerlendirmek gerekir. Konutta hiçbir hasar meydana gelmese bile, yaşadığı deprem nedeniyle konuta girince panik atak nöbetleri geçiren, geceleri uyuyamayan bir kimsenin de kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânı var mıdır? Hangi durumlarda imkânsızlık halinin hangi durumlarda sözleşmenin önemli sebebe dayanarak feshinin söz konusu olduğunun tespiti kolay değildir. Öğretide şöyle bir ayırım yapılmaktadır: Kiralanan konutu kullanma imkanının söz konusu olmadığı hallerde imkânsızlığın varlığı kabul edilir. Ancak konutun kullanılması mümkünken sözleşmeye devam etmenin kiracıdan beklenemeyeceği durumlarda önemli sebebe dayalı fesih söz konusu olur³.

Kira sözleşmesinin sona ermemesi durumunda ise kiracı ve kiraya verenin yükümlülükleri bakımından bir inceleme yapmak ihtiyacı doğar. Nitekim deprem nedeniyle konutta meydana gelen ayıplar, kiraya veren ve kiracı açısından ayrı ayrı bazı hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirir. Bu sebeple konutun deprem nedeniyle zarar görmesinin kira sözleşmelerine etkisi özellikle sözleşmenin sürdürülmesi ve sona erdirilmesi bakımından incelenmelidir.

I. GENEL OLARAK KİRA SÖZLEŞMESİ

A. Kira Sözleşmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

Kira sözleşmesi, TBK'nın dördüncü bölümünde, m. 299 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanundaki tanıma⁴ göre, “*kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin*

³ M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014) 230.

⁴ TBK m. 299 ile hem adi kira hem ürün kirasını kapsayacak bir tanım yapıldığı hususunda bkz., Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2020) 313; Doğan (n 2) 5; Nihat Yavuz, Kira Hukuku (11th edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 91. Bu tanımda adi kira ve ürün kirasının birlikte değerlendirilmesi nedeniyle sistematik açıdan isabetsiz bir tercih yapıldığı yönünde bkz., Aral ve Ayrancı (n 2), 317. Aynı yönde bir görüş için bkz., Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326) (3rd edn, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016) 64. Ürün getiren hakların da ürün kirasının konusunu oluşturduğu, ancak bu hususun Kanun'daki tanımda yer almadığı; ayrıca ürün kirası ve adi kirayı kapsayan ortak bir tanım vermenin mümkün olmadığı gerekçeleriyle TBK m. 299'un başarısız bir tanım olduğu görüşü için bkz., Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 194. TBK m. 299'da hem adi kira hem ürün kirasını kapsayacak bir tanıma yer verilmesinin isabetli bir değişiklik olduğu yönünde bkz., Murat Doğan ve Cem Baygın, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler” (2005) (4) Hukuki Perspektifler Dergisi, 116, 117; Süleyman Yalman, “Yeni Türk Borçlar Kanununun Kiraya İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (2013) 1 (2) Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi



kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” (TBK m. 299). Bu hükmün mehaızı olan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 253’te⁵ ise, “kira sözleşmesiyle kiraya veren bir şeyin kullanılmasını kiracıya bırakır; kiracı bunun için bir kira bedeli ödemeyi üstlenir” hükmü yer almaktadır⁶. Bu kanuni düzenlemelerden hareketle, kira sözleşmesinin unsurları; tarafların anlaşması, bir şeyin kullanılmasının devri ve kira bedelidir⁷.

Kira sözleşmesi rızâ bir sözleşmedir⁸. Sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Bu sebeple kira sözleşmesi kiraya veren ve kiracının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş olur. Ayrıca kira konusunun kiracıya teslim edilmesi gerekmez. Kira konusunun kiracıya teslimi, ancak sözleşmenin ifası aşamasında söz konusu olur.

Kira sözleşmesi bir borç sözleşmesidir⁹. Kiraya veren, kiralananın kullanılmasının devri borcu altına girerken; kiracı da kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Kira sözleşmesinde kiraya verenin kiralananı kullandırma borcunun karşılığında kiracının kira bedelini ödeme borcu yer alır. Kiraya verenin kiralananı kullandırma borcu ile kiracının kira bedelinin ödeme borcu edim-karşı edim ilişkisi çerçevesinde değerlendirildiğinde, birbirinin sebebini ve tam karşılığını oluşturur. Bir başka ifadeyle söz konusu iki edim değiştirilmektedir. Bu sebeple kira sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁰.

Dergisi, 121, 124-125; Nevzat Koç, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi” (2014) (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, 10. Tanıma farklı açılardan getirilen diğer eleştiriler için bkz., Herdem Belen, “Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler” (2013) 87 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 106, 113 vd.

⁵ OR Art. 253: “Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten”.

⁶ Eren de kira sözleşmesini bu hükme uygun olarak tanımlamakta, ardından ürün kirası sözleşmesine ilişkin özel bir tanıma yer vermektedir. Bu yönde bkz., Eren (n 4) 313, 314. Öğretide adi kira sözleşmesini aynı yönde tanımlayarak ürün kirası ile adi kiranın ortak bir tanımda yer almaması gerektiğini ileri süren görüşler mevcuttur. Bu hususta bkz., Gümüş, (n 2), Kısa Ders Kitabı, 194, 195. Aynı yönde adi kira ve ürün kirası tanımları için, bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008) 2.

⁷ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 77, N. 10 vd.; Tandoğan (n 6) 11, 12; Aral ve Ayrancı (n 2) 318-323; Eren (n 4) 319 vd.; Doğan (n 2) 7 vd.; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 196, 197; Acar (n 4) 66; Özdemir (n 2) 34 vd.

⁸ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 85, N. 32; Aral ve Ayrancı (n 2) 317; Eren (n 4) 317; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 195; Özdemir (n 2) 44.

⁹ Eren (n 4) 315; Özdemir (n 2) 41.

¹⁰ Eren (n 4) 316; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 195; Nevran Suiçmez, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kiracının ve Kiraya Veren Yüklümlülükleri” (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 1597, 1600-1601; Özdemir (n 2) 42.

Kira sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir¹¹. Sürekli borç doğurma olgusu, özellikle kiraya verenin borcu dikkate alınarak belirlenmektedir. Kiracının ifa menfaati zamana yayılmış olması sözleşmeye sürekli bir nitelik kazandırmaktadır. Nitekim kiraya veren, kira sözleşmesi boyunca kiralananı kullanıma uygun bir şekilde bulundurma borcu altına girmektedir. Kira bedelinin dönemlik edimler halinde ödenmesi, sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olma niteliğini etkilemez.

Kira sözleşmesi, ivazlı bir sözleşmedir¹². Kiracı, kiraya verenin kiralananın kullanımını devretmeyi borcuna karşılık ona bir bedel ödeme borcu altına girer. Kira bedeli, sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir. Kira sözleşmesinde kira konusunun kullanılmasının karşılığı olarak bir ivaz kararlaştırılmamışsa, artık kira sözleşmesinden değil; kullanım ödücü sözleşmesinden bahsedilir.

B. Tarafların Borçları

Kira sözleşmesinin tarafları, kiraya veren ve kiracıdır. Kira sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte tarafların sözleşmeden doğan birtakım borçları da ortaya çıkar. Kiraya verenin borçları; kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli şekilde teslim ve bu halde bulundurma borcu, kiraya verenin ayıptan sorumluluğu, kiraya verenin zapttan sorumluluğu, vergi ve benzeri yükümlülüklerle katlanma borcu ve yan giderlere katlanma borcudur¹³. Buna karşılık kiracı; kira bedelini ödeme, kiralananı sözleşmeye uygun kullanma, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme, olağan temizlik ve bakım giderlerini ödeme, ayıpları kiraya verene bildirme, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma ve kiralananı şahsen kullanma borcu altına girmektedir¹⁴.

II. TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLARI BAKIMINDAN

A. Genel Olarak

Deprem nedeniyle konutta meydana gelen zarar, kira sözleşmesini farklı şekillerde etkiler. Bunun sonucu olarak her somut olayda kiraya veren ve kiracının borçlarını ayrıca değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirmeyi yaparken konutta meydana gelen zararın türü ve derecesi önemli rol oynamaktadır. Nitekim konutun kullanılabilir durumda olup olmadığına göre kira sözleşmesi sona erecek ya da sözleşme varlığını korumaya devam edecektir. Sözleşmenin akıbetinin belirlenmesi, tarafların sözleşmeden doğan borçlarının tespiti açısından da son derece önem-

¹¹ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 167, N. 8; Anna Wehrmüller, Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen (1st edn, Schulthess Verlag, Zürich 2019) 7, N. 1; Aral ve Ayrancı (n 2) 318; Eren (n 4) 316; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 195; Özdemir (n 2) 42, 43.

¹² Aral ve Ayrancı (n 2) 318; Eren (n 4) 317; Özdemir (n 2) 43.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Tandoğan (n 6) 109 vd.; Özdemir (n 2) 51 vd.; Belen (n 4) 117 vd.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Tandoğan (n 6) 141 vd.; Özdemir (n 2) 99 vd.

lidir. Bu sebeple aşağıda tarafların borçları, sözleşmenin mevcudiyeti ve devamı esas alınarak ortaya çıkabilecek ihtimaller dahilinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

B. Kiraya Veren Borçları Bakımından Değerlendirme

1. Kiralananın Teslim ve Sözleşme Süresince Kullanıma Hazır Halde Bulundurma Borcu

Kiraya verenin asli yükümlülüğü olan teslim borcu¹⁵, TBK m. 301’de açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma¹⁶ elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür*”. Mahaz OR Art. 256’da¹⁷ da aynı düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme, konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından mutlak emredici nitelikte bir hüküm olup, kiracı aleyhine değiştirilemez. Kiracı aleyhine düzenleme yapma yasağı, TBK m. 301/I, c. 2’de “*bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez*” ifadesiyle de açıkça ortaya konulmuştur.

Konut kiralalarında teslim, kiralananı kiracının kullanımına bırakmak suretiyle gerçekleşir¹⁸. Bir başka deyişle kiralananın teslimi için, kiracının taşınmasına imkân verecek şekilde fiili hakimiyetine sunulması gerekir¹⁹. Bunun için başka hazırlık fiilleri gerekiyorsa bunlar da yerine getirilmelidir. Özellikle konut kiralalarında, konutun anahtarının kiracıya verilmesi ile teslim gerçekleştirilmiş olur²⁰.

Kiraya veren, aksine bir anlaşma yoksa, kiralananı teslim borcunu, kiracının ifa borcundan önce yerine getirmelidir²¹. Bu durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynı anda ifa kuralının kanundan kaynaklanan bir istisnasıdır²².

Kira sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Sözleşmeye süreklilik kazandıran husus, kiraya verenin asli borcu olan kiralana-

¹⁵ TBK m. 301 “teslim borcu” başlığını taşımasına rağmen, madde metninde esasen “teslim” ve “bulundurma” borçlarının düzenlendiğinden hareketle başlık tercihinin isabetli olmadığı yönünde bkz., Acar (n 4) 126.

¹⁶ Amaçlanan kullanım, kiralananın ne için kiralandığı sorusuna verilecek cevapla tespit edilir. Bu hususta bkz., Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 168, N. 11; Acar (n 4) 133. Kullanma amacı-kullanma şekli ayrımı hakkında bkz., Yavuz (n 4) 130.

¹⁷ OR Art. 256: “*Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten*”.

¹⁸ Eren (n 4) 329.

¹⁹ Tandoğan (n 6) 110; Aral ve Ayrancı (n 2) 337; Belen (n 4) 118. Öğretide TBK m. 301’deki teslimin, eşya hukukundaki anlamı ile örtüşmediği, bundan daha geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilerek söz konusu hükümle kiracının doğrudan zilyet kılınmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir. Bu hususta bkz., Acar (n 4) 128.

²⁰ Tandoğan (n 6) 110; Yavuz (n 4) 136.

²¹ Tandoğan (n 6) 110; Aral ve Ayrancı (n 2) 337; Eren (n 4) 330; Gümtüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 238

²² Gümtüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 238.

nı kullanıma uygun biçimde bulundurma borcunun zamana yayılmış olmasıdır. Dolayısıyla kiraya verenin kiralananı, sadece teslim anında değil; sözleşme süresi boyunca kullanıma hazır halde bulundurması gerekir.

Depremın konutta meydana getirdiği zararlar, kiraya verenin kiralananı sözleşme süresince kullanıma hazır halde bulundurma borcunu doğrudan ilgilendirmektedir. Nitekim konutta deprem nedeniyle çatlaklar ortaya çıkmış, fayanslar kırılmış, dökülmüş, su tesisatları zarar görmüş, ıslak zeminlerdeki derzler açılmış, camlar kırılmış olabilir. Kılcal damarlar şeklinde ortaya çıkan, önemsiz çatlaklar konutun kullanımını etkilemeyeceğinden bunların acil bir şekilde tamirata gerekmez. Ancak sıvada meydana gelen büyük patlaklar, kırık camlar, tesisatlardaki arızalar konutun kullanımını güçleştirir. Bu gibi durumlarda konutun kullanıma uygun bir halde bulunmadığı sonucuna varılır. Depremin konutta meydana getirdiği bu tür ayıplar, kiraya verenin “kiralananı sözleşme süresince kullanıma hazır bulundurma” borcunun bir gereği olarak giderilmelidir. Bu kapsamda kiraya veren, konuttaki çatlakların ve gerekli tamiratların yaptırılması için her türlü önlemi almak zorundadır. Çatlakların tamir edilmesi suretiyle evin boyatılması, tesisattaki arızaların tamir ettirilmesi, yeniden fayans döşetilmesi, kırık camların taktırılması²³ bu önemler arasında sayılabilir.

2. Kiraya Verenın Ayıptan Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Depremin konutta meydana getirdiği ayıplardan da kiraya veren sorumludur. Kiraya verenin ayıptan sorumluluğu, TBK m. 304-308 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma hazır halde bulundurma borcunun bir sonucudur. Bu sebeple kiraya verenin ayıptan sorumluluğu, kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma hazır halde bulundurma borcunun bir yaptırımı olarak ifade edilmektedir²⁴.

²³ Burada yapı malikinin tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilir. Yapı malikinin sorumluluğu, TBK m. 69’da düzenlenmiştir. Yapı malikinin sorumluluğunun şartları; bir bina veya yapı eserinin varlığı, bina ve yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik, zarar ve illiyet bağıdır. Deprem sonucu bir binanın yıkılması mücbir sebep olarak illiyet bağı kesen hallerden biridir. Ancak deprem bir bakım eksikliğine yol açar ve bu eksiklik giderilmezse, mücbir sebep olarak nitelendirilen deprem, illiyet bağı kesmez. Yukarıda verilen kırık cam örneğinde, camların zamanında taktırılmaması sonucu çerçevede kalan parçaların düşerek başkalarını yaralaması mümkündür. Bu durumda yapı malikinin sorumluluğu söz konusu olur. Yapı malikinin sorumluluğunun şartları hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., Ece Baş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011) 70 vd.; Simge Saraçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019) 59 vd.; Dolunay Karaçay, Yapı Malikinin Tazminat Sorumluluğu (1st edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 49 vd.

²⁴ Eren (n 4) 334; Acar (n 4) 193; Yavuz (n 4) 173; Mehmet Erdem, “Kiraya Verenın Kiralananın Ayıplarından Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler” (2017) 12 (155, 156) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 10- 11; Sezer Çabri, Kiraya Verenın Ayıptan Sorumluluğu (2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2023) 136.



Kiraya verenin ayıptan sorumluluğu TBK m. 304 vd. hükümlerinde düzenlenmesine rağmen, söz konusu hükümlerde ayıp kavramının tanımına yer verilmemiştir. Kirada ayıp tanımlaması, TBK m. 301 hükmüne dayanarak yapılabilir²⁵. Nitekim TBK m. 304 vd. hükümlerinde yer verilen yükümlülüklerin dayanağı, TBK m. 301'deki kiraya verenin asli borcu olan kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma hazır bulundurma borcudur. Bu açıklamalar çerçevesinde ayıp; kira konusu şeyde kiraya veren tarafından bildirilen veya dürüstlük kuralı gereğince kira konusunda bulunması beklenen niteliklerin o şeyde bulunmaması nedeniyle kiralananın sözleşmeye elverişli şekilde kullanılmasını güçleştiren veya ortadan kaldıran eksiklikler olarak tanımlanabilir²⁶. Kira konusu şeyde ayıbın varlığından bahsedebilmek için iki husustan birinin gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle kiralananın kullanıma elverişliliğini etkileyen bir eksiklik bulunmalıdır. Bu eksiklikler, kiralananın taşınması gereken objektif niteliklere ilişkindir. Diğer yandan kiralananın söz konusu olan eksiklik, kiraya veren tarafından bildirilen niteliklerle de ilgili olabilir²⁷.

Depremın kiralanan konutta ortaya çıkardığı ayıplar, genellikle maddi ayıp niteliğindedir. Maddi ayıp, kira konusundan beklenen olağan kullanım imkanını azaltan veya ortadan kaldıran her türlü eksiklik, bozukluk ve kiralananın fiziki yapısına ilişkin ayıplardır²⁸. Bu tür ayıpların, deprem nedeniyle meydana gelen ayıplarda olduğu gibi, kiralananın tesliminden sonra ortaya çıkması mümkündür²⁹. Bir başka açıdan yapılan ayrıma göre ise bu tür ayıplar, sonraki ayıp kapsamında değerlendirilir. Sonraki ayıp, kiralananın teslim edilmesinden sonra, sözleşme devam ederken ortaya çıkan ve kiralananın sözleşmeye uygun biçimde kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren veya ortadan kaldıran ayıptır³⁰. Kiraya verenin ayıptan sorumluluğu bakımından başlangıçtaki ayıp ile sonraki ayıp arasında bir fark yoktur³¹. Sonraki

²⁵ Kirada ayıp tanımlaması yapılırken TBK m. 219'dan yararlanılması da akla gelebilir. Ancak satış sözleşmesinde ayıbın tanımına yer verilen bu hüküm, kira ve satış sözleşmelerinin farklılıkları nedeniyle doğrudan ele alınmamalıdır. Bu hususta bkz., Acar (n 4) 173.

²⁶ Eren (n 4) 334; Acar (n 4) 173; Çabri (n 24) 102. Kira sözleşmesinde ayıp kavramı hakkında çeşitli tanımlar için bkz., Hayrunnisa Özdemir ve Serhat Küçükçapraz, "Kiraya Verenın Ayıptan Doğan Sorumluluğu" (2021) (47) TAAD, 85, 87- 88; Duygu Koçak Diker, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi (TBK m. 316/II-III) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018) 150.

²⁷ Çabri (n 24) 103.

²⁸ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 391, N. 31; Çabri (n 24) 107; Özdemir ve Küçükçapraz (n 26) 90.

²⁹ Çabri (n 24) 108.

³⁰ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 393, N. 35; Eren (n 4) 335; Acar (n 4) 177; Çabri (n 24) 124, 125; Özdemir ve Küçükçapraz (n 26) 89.

³¹ Eren (n 4) 335; Çabri (n 24) 125. Yargıtay 6. HD., T. 03.03.2015, E. 2014/6365, K. 2015/2117: "Davacı vekili dava dilekçesinde, 06.01.2010 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi ile davalıdan kiraladığı taşınmazın sonradan ayıplı hale gelmesi nedeniyle uğramış olduğu zararın tespiti ile bu bedelin davalıdan tahsilini istemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık kira ilişkisinden kaynaklanmakta olup, TBK'nın 305.maddesi gereğince davalı kiralayan kiracının uğradığı zarardan sorumludur.". Karar metni için bkz., Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

ayıp, insan davranışlarından, yapısal bozukluklardan kaynaklanabileceği gibi, doğa olaylarından da kaynaklanabilir³². Deprem nedeniyle konutta meydana gelen ayıplar, doğa olaylarından kaynaklanan sonraki ayıp niteliğine sahiptir.

Türk Borçlar Kanunu'nda kiralanandaki ayıp "önemli ayıp" ve "önemli olmayan ayıp" şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrım, ayıbın ağırlığı kriteri esas alınarak yapılmıştır ve kiraya verenin kiralanandaki ayıplardan sorumluluğu hususunda belirleyici bir işleve sahiptir³³. Nitekim ayıbın ağırlığı, kiraya verenin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önemlidir³⁴. Önemli olmayan, bir başka deyişle önemsiz ayıp, kiralananın kullanılmasını kısıtlamakla birlikte büyük ölçüde azaltmayan ayıplardır³⁵. Bu kapsamda konutun duvarlarında kılcal damarlar şeklinde ortaya çıkan ayıplar, konutun kullanıma elverişliliğini etkilemeyeceğinden önemsiz ayıplardandır. Kiraya veren, bu tür ayıplardan sorumlu değildir. Kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan ayıplar, önemli ayıp olarak ifade edilir³⁶. Konutta deprem sonucunda ortaya çıkan ayıplar, konutun kullanılmasını güçleştiriyorsa, önemli ayıp niteliğinde kabul edilmelidir. Konutun orta hasarlı olması, mutfak ve banyo tesisatlarının zarar görerek alt katta meydana gelen su sızıntıları, yirmi katlı bir binanın asansör halatlarının depremde zarar görerek kullanılamaz hale gelmesi önemli ayıplara örnek olarak gösterilebilir³⁷.

b. Kiralananın Sonradan Ayıplı Hale Gelmesinden Sorumluluk

Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden sorumluluk, TBK m. 305-308 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Bu sorumluluk nedeniyle kiracının sahip olduğu haklar genel olarak TBK m. 305'te düzenlenmiştir³⁸. Anılan hükme göre, *"Kiralanın sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçilebilir hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır"*. Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi nedeniyle kiracının TBK m. 305³⁹ kapsamında sahip olduğu dört hak vardır. Bunlar; ayıpların gide-

³² Çabri (n 24) 125.

³³ Özyakışır (n 2) 268.

³⁴ Çabri (n 24) 128, 129.

³⁵ Çabri (n 24) 129, 130.

³⁶ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 397, N. 43; Eren (n 4) 336; Acar (n 4) 177; Çabri (n 24) 128.

³⁷ Acar (n 4) 179; Çabri (n 24) 128.

³⁸ TBK m. 305, kiraya verenin ayağıptan sorumluluğunu düzenleyen ana hükümlerin başlangıcı olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple hükmün tek başına değil, maddeyi takip eden m. 306-308 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz., Acar (n 4) 192.

³⁹ Bu hükmün mehzar OR'deki karşılığı olan Art. 259a'da ise kiracıya tanınan haklar; ayıbın giderilmesi, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılması, zararın giderilmesi ve üçüncü kişilerin açmış olduğu davaların üstlenilmesidir. Kiracının fesih hakkı, OR Art. 259b'de, giderilmesi talep edilen ayıpların uygun sürede giderilememesi şartına bağlanmıştır. Bu hususta bir değerlendirme için bkz. Erdem (n 24) 26.



rilmesi, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılması, zararın giderilmesi ve sözleşmenin feshidir. Depremi etkisiyle konutta meydana gelen ayıplar nedeniyle sorumluluk, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kiracı, TBK m. 305'te belirtilen haklarını kullanabilir⁴⁰. Nitekim Yargıtay, 25.12.2001 tarih ve 2001/10667 E., 2001/12117 K. sayılı içtihadında; 17.8.1999 tarihli depremin kira sözleşmesinden sonra meydana gelmiş olduğunu ve binada zemin katın kolonlarının hasar gördüğünü belirterek, bu hasarı TBK m. 305 (BK m. 209) kapsamında ele almıştır⁴¹.

Kiracının ayıbın giderilmesini isteme ve fesih hakkı özel olarak TBK m. 306'da, kira bedelinin indirilmesini isteme hakkı TBK m. 307'de, zararın giderimi ise TBK m. 308'de düzenlenmiştir. TBK m. 306'ya göre, *“Kiracı, kiraya verenden kiralananadaki ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir; bu sürede ayıp giderilmezse kiracı, ayıbı kiraya veren hesabına gidertebilir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir veya kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirmesini isteyebilir. Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilmemesi halinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir...”*. TBK m. 305 ve 306'da yer alan ayıbın giderilmesini talep, kira bedelinden indirim, kiralananın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesi ve fesih hakları, hukuki niteliği itibarıyla birer seçimlik haktır⁴². Ancak ayıbın kiraya veren hesabına gidertilmesi bir seçimlik hak olmayıp, bu durumda *“tek seferlik bir indirim”* söz konusudur⁴³. Deprem nedeniyle konutta ortaya çıkan ayıpların giderilmesi için, kiracının kiraya verene uygun bir süre tanınması gerekir. Bu husus, Kanun'da ayıbın *“uygun bir sürede”* giderilmesinin talep edilebileceği belirtilerek açıkça ifade edilmiştir. Uygun süreden maksat, ayıbın bütünüyle giderilmesi için gereken süredir⁴⁴. 6 Şubat 2023'te yaşanan deprem gibi büyük bir felaket ile daha küçük şiddetteki deprem nedeniyle ortaya çıkan ayıpların giderilmesi için verilmesi gereken uygun süre değişkenlik gösterir. Depremi büyüklüğüne bağlı olarak konutlarda meydana gelen ayıpların ağırlığı, konut DASK veya özel sigorta aracılığıyla sigortalı olmuş ise sigorta şirketi tarafından zararın tespiti, tespit sonucu gerekli tamirat işlemlerinin yaptırılması uzun zaman alabilir. Nitekim 6 Şubat 2023 tarihli depremde, depremin şiddeti ve etki alanı dikkate alındığında, konutlardaki zararın sigorta şirketleri tarafından tespit edilmesi için uzun süre beklemek gerekmiştir. Dolayısıyla kiracı tarafından verilmesi gereken uygun süre,

⁴⁰ TBK m. 305/1'de yer alan *“... diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez”* ifadesi nedeniyle maddede belirtilen hakların kiracıya tanınan seçimlik haklar olduğu düşünülebilir. Ancak öğretide bir görüşe göre bu haklar, seçimlik hak olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan kümülatif taleplerdir. Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Erdem (n 24) 26-28. Aksi yönde, Özdemir ve Küçükçapraz (n 26) 103.

⁴¹ Karar metni için bkz., Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁴² Özdemir ve Küçükçapraz (n 26) 103. Aksi yönde bkz., Erdem (n 24) 28.

⁴³ Acar (n 4) 194; Özdemir ve Küçükçapraz (n 26) 106.

⁴⁴ Acar (n 4) 218.

her somut olayda değişkenlik gösterir. Kiraya veren de ayıpların giderilmesi için sigorta şirketine bilgi verilmesi, konuttaki zararın eksper tarafından tespiti için uygun zamanın ayarlanması gibi yükümlülükleri uygun süre içerisinde yerine getirmelidir. Kiraya verenin bu yükümlülüklerini geciktirmesi ya da yerine getirmemesi durumunda, kiracı, konuttaki ayıpların giderilmesini sağlayabilir. Bu durumda ayıpların giderilmesi nedeniyle ortaya çıkan alacağını kira bedelinden indirebilir. Ekleme gerekir ki, kiracı tarafından giderilebilecek ayıplar, önemli olmayan ayıplardır⁴⁵. Önemli ayıplar genellikle yüksek masraf gerektirdiğinden, bunlar kiraya veren tarafından giderilmelidir.

Kiracının ayıplar giderilene dek kira bedelinden indirim yapılmasını isteme hakkı da mevcuttur. Bu doğrultuda TBK m. 307’de kiracının “*kiralananın kullanımı etkileyen ayıpların varlığı halinde, bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını*” isteyebileceği düzenlenmiştir. OR Art. 259d’de⁴⁶ ise kiracının kira bedelinden “*uygun bir indirim*” talep edebileceği hükmü yer almaktadır⁴⁷. Bu hükmün amacı, mevcut ayıptan dolayı sınırlı bir kullanıma sahip olan kiralananı karşı tam kira bedeli ödeme borcunun yarattığı edim dengesindeki bozulmayı ortadan kaldırmaktır⁴⁸. Bu sebeple İsviçre öğretisinde hükmün, sonraki ayıplar bakımından uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁴⁹. Deprem nedeniyle konutta meydana gelen zararların sonraki ayıp niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu ayıplar nedeniyle konutun bir süre kullanılamaması ya da sınırlı bir kullanımın söz konusu olması mümkündür. Bu durumda kiraya veren, kiracının kira bedelinde ayıpla orantılı bir indirim talebiyle karşılaşabilecektir. Kiracının indirim talep etmesi durumunda, ayıp giderilinceye kadar kira bedelinin eksik ödenmesi, kiracının temerrüdüne yol açmaz. Ancak bu sonuç, kira bedelinden yapılan indirimin ayıp oranını aşmaması halinde geçerlidir⁵⁰. Diğer yandan burada söz konusu olan bedel indiriminin ayıbın giderilmesi sürecine bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple ayıp giderildikten sonra kiracının, tam kira bedelini ödeme yükümlülüğü devam eder⁵¹.

⁴⁵ Acar (n 4) 222.

⁴⁶ OR Art. 259d: “*Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt.*”.

⁴⁷ Bu hükümde yer alan indirim talebinin, maddi açıdan ve zamansal açıdan iki farklı kapsama sahip olduğu yönünde bkz., Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 478 vd. Kira bedelinden uygun indirimin nasıl yapılacağı hususunda ileri sürülen metodlar hakkında bkz. Özdemir ve Küçükcapraz (n 26) 108, 109.

⁴⁸ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 478, N. 5; Acar (n 4) 233; Özyakışır (n 2) 269; Belen (n 4) 124.

⁴⁹ Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 479, N. 7. Türk hukukunda Acar TBK m. 304’teki TBK m. 305 vd. hükümlerine atıf nedeniyle maddenin başlangıçtaki ayıplar bakımından da uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz., Acar (n 4) 232.

⁵⁰ Acar (n 4) 236.

⁵¹ Acar (n 4) 237.



TBK m. 307’de düzenlenen indirim talebi, TBK m. 305/I ve m. 306/I’de kiracıya tanınan bedel indirim hakkından ile m. 308’deki tazminat talebinden farklıdır. TBK m. 305/I’de tanınan indirim hakkı, bağımsız bir seçimlik haktır. TBK m. 306/I’de ise kiracının ayıbın giderilmesi talebinin sonuçsuz kalması halinde, ayıbı bizzat üçüncü kişilere gidertmesi nedeniyle kiraya verene karşı sahip olduğu alacağı kira bedelinden indirmesi söz konusudur⁵². TBK m. 308 gereğince talep edilebilecek olan tazminat ise, ayıbın kiracının malvarlığında bir zarara sebebiyet vermesine bağlıdır.

C. Kiracının Borçları Bakımından Değerlendirme

1. Kira Bedelini Ödeme Borcu

a. Genel Olarak

Kiracının kira bedelini⁵³ ödeme borcu, TBK m. 299 ve 313’te yer almaktadır. TBK m. 313’e göre, “*kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür*”. Kira bedeli, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olup⁵⁴, kiracının asli edim yükümlülüklerindedir. Kira sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, kiraya verenin kiralananı teslim ve sözleşme süresince kullanıma hazır halde bulundurma borcunun tam karşılığını oluşturur⁵⁵. Diğer yandan kira sözleşmesine ivazlı bir sözleşme niteliğini kazandıran ivaz, kira bedelidir⁵⁶.

Kira sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kiracının kira bedelini ödeme borcu doğar. Kira sözleşmesi mevcut olduğu, sona erdirilmediği sürece kiracının kira bedelini ödeme yükümlülüğü devam eder. Kira bedelini ödeme borcunun doğması için, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kiraya verenin kiralananı teslim etmesi gerekir.

Deprem nedeniyle konutta meydana gelen zararların kira bedelini ödeme borcunu nasıl etkileyeceği de üzerinde durulması gereken meselelerden biridir. Konutun yıkılması durumunda, kira konusu ortadan kalktığı için sözleşme sona ereceğinden kira bedelini ödeme borcu da sona erecektir. Kanaatimizce, kira bedelini

⁵² TBK m. 307 çerçevesinde söz konusu olan kira bedelinden indirim, TBK m. 306/I ile bağlantılı görülebilir. Ancak bu sonuç yanıltıcıdır. Bu hususta bkz., Acar (n 4) 233.

⁵³ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “ücret” olarak ifade edilen kiracının asli edim yükümünün, “kira bedeli” olarak değiştirilmesi isabetli bir tercih olarak yorumlanmaktadır. Bu hususta bkz., Mehmet Akçaal / Alper Uyumaz, “Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (2013) 21 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 297, 299. Bu değişiklikte kiracının asli borcunun paradan başka bir şey de olabileceği hususunun dikkate alındığı yönünde bkz., Ural Çınar (n 2) 49.

⁵⁴ Kira sözleşmesinin kurulması için taraflar arasında sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olan kira bedelinin kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun anlamı, kiralananın kullanılmasının bir bedel karşılığında olduğunun kararlaştırılmasıdır. Bu yönde bir anlaşma kira sözleşmesinin kurulması açısından yeterli olup, ayrıca kira bedeli miktarının açıkça belirlenmiş olması aranmaz. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Ural Çınar (n 2) 51, 52; Özyakışır (n 2) 176, 177.

⁵⁵ Özyakışır (n 2) 97.

⁵⁶ Ural Çınar (n 2) 47, 48; Özdemir (n 2) 39.

ödeme borcu bakımından konutun ağır veya orta hasarlı olmasını da yıkılması ile aynı sonuca bağlamak hakkaniyetin bir gereğidir. Nitekim ağır hasarlı binalar, deprem nedeniyle konutun taşıyıcı elemanları olan kolon ve kirişlerde geniş ve yaygın kırılmaların olduğu binalardır. Bu niteliklerinden dolayı ağır hasarlı binalarda onarılması mümkün olmayan taşıma gücü kaybı vardır. Dolayısıyla ağır hasarlı konutların, kullanım amacına elverişli bir şekilde bulundurulması mümkün olmadığından kiracının da kira bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulması gerekir. Yıllık peşin olarak ödenen kira bedeli söz konusuysa, fazla ödenen kısım kiracıya iade edilmelidir⁵⁷. Orta hasarlı binalarda ise, taşıyıcı elemanlarda ince çatlaklar mevcuttur ve taşıma kaybı giderilmeden binanın kullanılmaması gerekir. Bu durumda da bina güçlendirilene dek konutun kullanım amacına elverişli bir şekilde bulundurulması mümkün değildir. Az hasarlı binalar ise kullanılmasında bir sakınca olmayan, deprem nedeniyle duvarlarında ince çatlaklar, boya ve sıvalarda dökülmeler meydana gelen binalardır. Bu durumda konutta deprem nedeniyle ortaya çıkan sonraki ayıpların giderilmesi gerekir. Kira bedelini ödeme borcu bakımından az hasarlı bir konut söz konusu olduğunda iki farklı ihtimal akla gelebilir: Birinci ihtimal meydana gelen ayıpların konutun kullanımını etkilememesi halidir. Bu durumda kiracının tam kira bedelini ödeme borcu devam eder. Ancak kiracı, TBK m. 305 vd. hükümlerine göre kiraya verenden ayıbın giderilmesini talep edebilir. İkinci ihtimal ise, konutta meydana gelen ayıpların kullanımı etkileyen ayıplardan olmasıdır. Bu durumda ise, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, kiracının kira bedelini ödeme borcu bakımından TBK m. 307 uygulama alanı bulur.

b. Kira Bedelinin Sınırlandırılması ve Özellikle Haksız Kira Bedelleri⁵⁸

Ülkemizde, özellikle son birkaç yıldır kira bedellerinin aşırı miktarlarda yükseldiği inkâr edilemeyecek bir gerçektir. Bu artış, 6 Şubat depreminden sonra artan konut ihtiyacına bağlı olarak da devam etmiştir. Sadece deprem bölgesindeki illerde değil, deprem bölgesinden diğer illere göçler nedeniyle birçok ilde haksız (fahiş) kira bedelleriyle karşılaşmıştır. Örneğin; deprem riskinin az olması nedeniyle depremzedeler tarafından çokça tercih edilen Ankara'da, semtten semte

⁵⁷ Yargıtay 19. HD, T. 21.11.2005, E. 2005/354, K. 2005/11431: “Davacı vekili, müvekkil bankanın davalılara ait taşınmazı 1.07. 1992 tarihli sözleşme ile kiraladığını ve kira bedelinin her yıl için peşin ödendiğini, 17.08.1999 tarihinde meydana gelen deprem sonrası kiralanan taşınmazın kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle tahliye edildiğini, bu nedenle fazla ödenen kira bedelinin tahsil amacıyla başlatılan icra takibine itiraz edildiğini iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir... Mahkemece, 17.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde taşınmazın oturulamaz hale gelmesi nedeniyle kira akdinin sona erdiği bu nedenle davalının peşin aldığı kira ücretinin, hasar tarihinden sonraki dönemini iade etmesi gerektiği, ... eksik ödenen kira bedellerinin tahsiline karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre hükmün ONANMASINA...”. Kararın tam metni için bkz., Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵⁸ Bu çalışmada kira bedellerinin sınırlandırılması hususunun da değerlendirilmesi gerektiğine yönelik kanı, sayın hocam Doç. Dr. M. Tolga Özer’in bu konudaki fikirlerini paylaştığı bir gönderisine rastlanması sonucu oluşmuştur. Bu hususta düşüncelerinden de yararlandığım kıymetli hocama teşekkürü borç bilirim.



değişiklik göstermekle birlikte, 0-4 yaş arası konutlar için 20.000 TL civarında kira bedelleri talep edilmektedir⁵⁹. Bu mesele, ülkemizde kira bedellerinin sınırlandırılması hususunda bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Nitekim TBK m. 344 ile, konut ve çatılı işyeri kiralarda yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedellerine getirilen sınırlama düzenlenmekte olup⁶⁰, bu hüküm sorunların çözümünde çare olamamaktadır⁶¹. Bunun nedeni, TBK’da kira bedelinin ilk defa belirlenmesine ilişkin bir sınırlamanın söz konusu olmamasıdır. Türk hukukunda konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin kurulması aşamasında (başlangıç) kira bedeli, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında serbestçe belirlenebilir⁶².

Çeşitli hukuk düzenlerinde kira bedelinin sınırlandırılmasına yönelik hükümler mevcuttur. Bu sınırlamalar, başlangıç kira bedeli ve kira sözleşmesinin devamında kira bedelinin belirlenmesine yöneliktir. Konumuz açısından önem arz eden mesele, başlangıç kira bedellerinin sınırlandırılması olduğundan, kira sözleşmesinin devamında kira bedelinin sınırlandırılması üzerinde durulmayacaktır. Bu kapsamda İsviçre ve Alman hukukunda kanun koyucunun başlangıç kira bedelinin sınırlandırılmasına yönelik yaptığı düzenlemeler⁶³ incelenecektir.

⁵⁹ <https://www.endeksa.com/tr/analiz/ankara/endeks/kiralik/konut>, Erişim: 03.09.2023.

⁶⁰ Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz., Burak Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi” (2016) 22 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2033, 2037 vd.; Özlem Sarı Fidan, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi” (2023) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 345, 347 vd.

⁶¹ 7409 sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 11.06.2022 tarihli ve 31863 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun’la birlikte kira artış oranı hususu 01.07.2023 tarihine kadar yenilenecek sözleşmeler bakımından yeniden düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’na eklenen geçici madde ile kira artış oranına yüzde 25’lik sınır getirilmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir:

“**GEÇİCİ MADDE 1- Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.**”

Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Murat Doğan, “Kira Tespiti”, Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023) 572 vd.

⁶² Kira bedelinin sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama hükmü olan TBK m. 28’e aykırı olmamak koşuluyla serbestçe kararlaştırılabileceği yönünde bkz., Eren (n 4) 358; Özen (n 60) 2035; Özyakışır (n 2) 193; Sarı Fidan (n 60) 349.

⁶³ Ayrıntılı bir inceleme için bkz., Nurtan İnce Akman ve Özkan Özyakışır, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, (2021) 11 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 725, 727 vd.

Kira bedeline itirazın düzenlendiği “başlangıç kira bedeli (*Anfangsmietzins*)” kenar başlıklı OR Art. 270’de⁶⁴; kiracının, başlangıç kira bedeline OR Art. 269 ve Art. 269a anlamında kötüye kullanılmış olma gerekçesiyle kiralananı teslim almasından itibaren otuz gün içinde itiraz edebileceği ve iki halde indirim talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu hallerden ilki, OR Art. 270/I, a bendinde düzenlenen kiracının şahsi veya ailevi zor durumu ya da yerel konut veya işyeri piyasası şartları nedeniyle sözleşme yapma mecburiyetidir. İkincisi ise, OR Art. 270/I, b bendinde yer alan başlangıç kira bedelinin önceki kiracının ödemekle yükümlü olduğu kira bedeliyle kıyaslandığında önemli ölçüde artırılmış olması halidir. Dolayısıyla OR Art. 270’e göre kiracının başlangıç kira bedeline karşı itiraz ve indirim talebi, iki kümülatif şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır⁶⁵. Bunlar, kötüye kullanılmış kira bedeli ve OR Art. 270/I, a ve b bentlerindeki şartlardan en az birinin varlığıdır. Kötüye kullanılmış ya da haksız kira bedeli (*missbräuchliche Mietzinse*), OR Art. 269’da tanımlandıktan sonra, Art. 269a’da hangi kira bedellerinin bu kapsama girmediği açıkça düzenlenmiştir. OR Art. 269⁶⁶ uyarınca, kira bedeli ile kiralananın aşırı bir gelir elde ediliyorsa veya kira bedeli açıkça aşırı olan bir satım bedeline dayanıyorsa kötüye kullanılmış/haksız kabul edilir. Emsal kira bedeli çerçevesinde kabul edilen, maliyeti karşılayan brüt gelir çerçevesine giren yeni yapılar, haklı kabul edilen veya kiraya verenin edim fazlaşmasına dayandırılan kira bedelleri ise OR Art. 269a kapsamında haksız kira bedellerindendir⁶⁷.

Alman hukukunda ise BGB § 556d/1⁶⁸ hükmüyle başlangıç kira bedeli sınırlandırılmıştır. Anılan düzenlemeye göre, konut pazarının dar olduğu bölgelerde kurulan kira sözleşmelerinde, kira bedeli, emsal kira bedelini en çok % 10 ora-

⁶⁴ OR Art. 270: “1 Der Mieter kann den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne der Artikel 269 und 269a anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn:

a. er sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah; oder

b. der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat.

2 Im Falle von Wohnungsmangel können die Kantone für ihr Gebiet oder einen Teil davon die Verwendung des Formulars gemäss Artikel 269d beim Abschluss eines neuen Mietvertrags obligatorisch erklären.”

⁶⁵ Özyakışır (n 2) 116.

⁶⁶ OR Art. 269: “Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen.”

⁶⁷ OR Art. 269a’da kötüye kullanılmış olarak nitelendirilemeyen kira bedelleri altı bent halinde sayılmıştır. Bu hususta bkz., Ebru Ceylan, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmeleri ile İlgili Hüküm Çevirileri”, (2013) 87 (4) İstanbul Barosu Dergisi, 215, 228-229; Özyakışır (n 2) 121.

⁶⁸ BGB § 556d/1: “Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen, der in einem durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, so darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Absatz 2) höchstens um 10 Prozent übersteigen”.



nında aşabilir. BGB § 556d/2'ye göre, “*bir bölgede veya bölgenin bir bölümünde beraber yaşayan halk için geçim şartları önemli ölçüde zorlaşmış ise o bölgede konut pazarı darlığı mevcuttur*”⁶⁹. Emsal kira bedelinin (*die ortsübliche Vergleichsmiete*) tespit edilmesine ilişkin düzenleme ise, BGB § 558/2'de yer almaktadır. Bu hükme göre, “*emsal kira bedeli, o bölgede veya benzer bölgelerde bulunan, karşılaştırılabilir türde, büyüklükte, malzemedede, mimari özellikte ve ısı koruma yapısı dahil olmak üzere karşılaştırılabilir durumda bulunan konut için son dört yıl içinde kararlaştırılan ya da BGB § 560 uyarınca yapılan artışlar hariç olmak üzere değiştirilen genel geçer bedellerden oluşur*”⁷⁰.

Türk hukukunda da, özellikle başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması bakımından, İsviçre ve Alman hukukundaki gibi, açıkça kanuni düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır. İsviçre hukukunda olduğu gibi kiracıya kiralananı teslim almasından sonra kanunda belirlenecek bir süre içerisinde başlangıç kira bedeline itiraz etme imkânı ve bedelden indirim hakkı tanınabilir⁷¹. Ancak uzun yargılama süreçleri dikkate alındığında, bu durumun da kiracının mağduriyetine yol açması ihtimal dahilindedir. Burada kiracı lehine olabilecek yeni bir hukuki imkândan, kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuktan, bahsetmek gerekir. Bilindiği üzere, 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷², 5 Nisan 2023 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun’la kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren başlamak üzere dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla kira bedelinin tespiti de dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almaktadır. Tarafların dava açmadan önce arabulucuya başvurmalarının zorunlu hale getirilmesi, kira uyuşmazlıkları gibi uygulamada ciddi sorunlara yol açan bir hususta adalete daha hızlı erişim imkânı sağlayabilecektir. Bu hususta tüm kira uyuşmazlıkları açısından bir genelleme yapmak mümkün olmasa da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk umut vaat etmektedir.

2. Ayıpları Bildirme ve Ayıpların Giderilmesine Katlanma Borcu

Kiracının kira sözleşmesinden doğan borçlarından biri de ayıpları kiraya verene bildirme yükümüdür. TBK m. 318’e göre, “*kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur*”. Aynı düzenleme, “*bildirme yükümlülüğü (Meldepflicht)*” kenar başlığı altında OR Art. 257g⁷³ hükmünde de

⁶⁹ Hükmün çevirisi için bkz., Özyakışır (n 2) 137.

⁷⁰ Hükmün çevirisi için bkz., Özyakışır (n 2) 152, 153.

⁷¹ Aynı yönde bir görüş için bkz., İnce Akman ve Özyakışır (n 63) 763.

⁷² RG, T. 05.04.2023, Sayı: 32154.

⁷³ OR Art. 257g: “*Der Mieter muss Mängel, die er nicht selber zu beseitigen hat, dem Vermieter melden. Unterlässt der Mieter die Meldung, so haftet er für den Schaden, der dem Vermieter daraus entsteht*”.

bulunmaktadır. Bu hüküm kiraya verenin lehine konulmuş emredici bir düzenlemedir. Kiracının ayıbı bildirme yükümü, özen borcundan kaynaklanan koruma yükümlülüğünün bir sonucudur ve akdi nitelikte bir yan yükümlülüktür⁷⁴. TBK m. 318’de bildirimin konusu kiracının gidermekle yükümlü olmadığı ayıplar olarak ifade edilmiştir. Bildirim borcunun kapsamında giren ayıplar, kiracının kiralananı fiili hakimiyetinde bulundurduğu süre içerisinde meydana gelen tüm ayıplardır⁷⁵. Kiracının gidermekle yükümlü olduğu ve olmadığı ayıp ayrımı, esasen sonraki ayıplar bakımından önem arz eder⁷⁶. Eklemek gerekir ki sonraki önemsiz ayıpların giderilmesi, kiracıya ait bir borç olduğu için bu ayıpların TBK m. 318 anlamında bildirim konu olması söz konusu değildir⁷⁷. Bildirim anı bakımından ise, TBK m. 318 ile kiracı ayıbı öğrenme anından itibaren “*gecikmeksizin*”⁷⁸ bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Burada söz konusu olan öğrenme anı, objektif olarak belirlenir. Dolayısıyla dürüst ve makul bir kiracının, somut olayın özelliklerine bağlı olarak ayıbı öğrenebileceği en erken zaman öğrenme anı olarak kabul edilmelidir⁷⁹.

Deprem nedeniyle konutta meydana gelen her türlü ayıp sonraki ayıp niteliğine sahiptir. Nitekim bu ayıplar, kira sözleşmesinin kurulmasından ve teslimden sonra, kiralanan konut kiracının fiili hakimiyeti altında iken gerçekleşmiştir. TBK m. 318 kapsamında bildirim yükümlülüğünün doğması için, konutta meydana gelen ayıbın kiracının gidermekle yükümlü olmadığı, önemli ayıplardan sayılması gerekir. Bu tür ayıpların meydana gelmesi, depremin şiddeti, büyüklüğü ve süresi ile yakından ilgilidir. 6 Şubat 2023’te yaşanan deprem, büyüklük, şiddet ve süre bakımından konutlarda ağır hasarlar meydana getirmiştir. Bu deprem nedeniyle konutlarda ortaya çıkan ayıpların büyük bir kısmı, tamiri önemli miktarlarda masraf gerektirdiğinden, kiracının gidermekle yükümlü olmadığı ayıplar olarak kabul edilmelidir. Bu ayıpların giderilebilmesi için, kiraya verenin ayıplardan haberdar edilmesi gerekir. Kiracı, meydana gelen ayıpları tespit edebildiği ilk anda kiraya verene bildirmelidir. Ayıbın bildirilmesi herhangi bir şekle bağlı olmayıp her türlü yolla bildirim yapılabilir⁸⁰. Kiraya verenin, bir başka şehirde ikamet etmesi durumunda, ayıbın ağırlığı ve gerekli tamirat işlemlerinin belirlenebilmesi için gerekirse kiraya verene fotoğraf gönderilmelidir.

Kiracının kiralananı kullanma hakkının sınırlarından biri olan⁸¹ ayıpların giderilmesine katlanma borcu, TBK m. 319/I’de düzenlenmektedir. Bu hükme göre,

⁷⁴ Eren (n 4) 364, 365; Koçak Diker (n 26) 146.

⁷⁵ Koçak Diker (n 26) 149.

⁷⁶ Koçak Diker (n 26) 156.

⁷⁷ Koçak Diker (n 26) 144.

⁷⁸ OR Art. 257g’de süre düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu durumda da ayıbın kiralananı zarar vermemek şartıyla objektif olarak belirlenecek süre içerisinde bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., Higi / Bühlmann / Wildisen (n 2) 353, N. 23.

⁷⁹ Koçak Diker (n 26) 159, 160.

⁸⁰ Eren (n 4) 365.

⁸¹ Eren (n 4) 367.



“kiracı, kiralananın ayıplarının giderilmesine ya da zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla yükümlüdür”. Mehaz OR “katlanma yükümlülüğü (Duldungspflicht)” başlığı altında Art. 257h/I’de⁸² aynı düzenleme yer almakta olup iki hüküm birbiriyle tamamen örtüşmektedir. TBK m. 319/III hükmü ile, kiraya veren çalışmaları uygun bir süre önce kiracıya bildirmek ve çalışmalar esnasında kiracının yararlarını göz önünde tutmakla yükümlü kılınmıştır. Bu durumda kiralananı kullanma hakkı sınırlandığı için TBK m. 319/IV’te kiracıya bazı haklar tanınmıştır. Anılan hüküm gereğince, kiracının kira bedelinden indirim talep etme ve zararın giderilmesine ilişkin hakları saklıdır.

Deprem nedeniyle konutta meydana gelen ayıplar, kiraya verene bildirildikten sonra bunların giderilmesi için tamirat, tadilat vb. işlemlere başlanacaktır. Kiracı, ayıpların giderilmesine yönelik olan tüm bu işlemlere katlanmak zorundadır. Kiraya veren de ayıpların giderilmesi için yapılacak çalışmaları önceden kiracıya bildirmelidir. Bu bildirim, kiracının menfaatine olmanın yanı sıra konutun çalışmalara hazır bulundurulması açısından da önemlidir. Söz konusu hazırlık, kiracının konuttaki eşyalarının korunmasına yönelik fiilleri kapsadığı gibi tamirat ve tadilat işlemlerinin daha kolay yürütülmesi açısından da önemlidir. Ayıpların giderilmesi için yapılacak çalışmalar uzun bir süreyi kapsıyorsa, bu durum kiracı aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bir başka ifadeyle ayıpların türü ve ağırlığı dikkate alındığında, söz konusu katlama borcu kiracı için aşırı oranda mağduriyet yaratmakta ise, bu durumda kiracı TBK m. 319/IV gereğince kira bedelinden indirim talep edebilir.

III. KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ BAKIMINDAN

A. Genel Olarak Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi

Kira sözleşmesi, TBK’nın kira sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında yer alan özel sona erme sebeplerine dayalı olarak sona erdirilebilir. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine özgü sona erme sebepleri de Kanun’da açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra TBK’nın genel hükümlerinde yer alan sona erme sebepleri de kira sözleşmesini sona erdirir⁸³.

TBK’nın genel hükümlerine göre sona erme sebepleri; alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ikale anlaşması, sonraki ifa imkansızlığı ve kesin hükümsüzlük halleridir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, kiralananın kiracı tarafından satın alınması ya da kiracıya miras yoluyla intikal etmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Bu ihtimallerde kiracı ve kiraya veren sıfatları, tek başına kiracı sıfatını taşıyan kimsede toplanmaktadır.

⁸² OR Art. 257h/I: “Der Mieter muss Arbeiten an der Sache dulden, wenn sie zur Beseitigung von Mängeln oder zur Behebung oder Vermeidung von Schäden notwendig sind”.

⁸³ Erzan Erzurumluoğlu, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi (1st edn, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973) 20; Halil Akkanat, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012) 261; Ahmet Kalender, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi” (2017) 12 (136) Terazi Hukuk Dergisi, 27, 28.

Kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler, “sözleşmenin sona ermesi” kenar başlığı altında TBK m. 327-333 arasında yer almaktadır. Kanun koyucu, bu hükümlerle kira sözleşmesine ilişkin sona erme sebeplerini özel olarak düzenlemiştir. TBK m. 327’ye göre belirli süreli kira sözleşmeleri, sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona erer. Taraflar, aralarında açıkça kararlaştırılmaksızın, kira ilişkisini devam ettirirlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK m. 327/II). Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarda kiracı, sürenin sona ermesinden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır (TBK m. 347/I, c. 1). Bu durumda sürenin sona ermesine rağmen taraflar kira ilişkisini devam ettirirse, taraflar ve içeriği sona eren sözleşme ile “aynı” olan yeni bir süresiz kira sözleşmesinin meydana geldiği ifade edilebilir⁸⁴. Belirsiz süreli kira sözleşmeleri ise olağan fesih ve olağanüstü fesih hükümlerine göre sona erdirilebilir. Olağan feshe ilişkin hükümler TBK m. 328-330 arasında yer alır. TBK m. 328’e göre, “*belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir*”. Taşınmaz veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesi⁸⁵, fesih dönemi yerel adet uyarınca belirlenmemişse, altı aylık kira döneminin sonu için üç aylık fesih bildirim süresine uyularak feshedilebilir (TBK m. 329). Olağanüstü fesih sebepleri ise TBK m. 331-333 arasında özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 331’de yer alan önemli sebeple fesih, genel olağanüstü fesih sebebidir. Anılan hükme göre, “*taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir*”. Olağanüstü feshin özel sebepleri ise; kiracının iflası (TBK m. 332) ve kiracının ölümüdür (TBK m. 333).

B. Konutta Meydana Gelen Zarara Bağlı Özel Durumların Kira Sözleşmesine Etkisi

1. Konutun Yıkılmasının Kira Sözleşmesine Etkisi

Kira konutunun deprem nedeniyle yıkılması, borcu sona erdiren sebeplerden biri olan borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlığın tipik örneğidir. Borçlanılan edimin yerine getirilmesinin sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle objektif⁸⁶

⁸⁴ Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 301.

⁸⁵ Taşınmaz ve taşınır yapı kiralarda fesih dönemi ve fesih bildirim süreleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gülşah Sinem Aydın, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013) 94 vd. Öğretide TBK m. 328’de “fesih dönemi”, TBK m. 329 ve 330’da ise “kira dönemi” kavramlarının tercih edilmesinden dolayı, terim birliğinin sağlanamadığı ifade edilmektedir. Aynı görüş “kira dönemi” kavramının isabetsiz bir tercih olduğunu da vurgulamaktadır. Bu hususta bkz., Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 301, dn. 1055.

⁸⁶ Alman hukukunda BGB § 275 hükmü ile hem objektif hem subjektif imkansızlık, borcu sona erdiren haller arasında düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz., Christian Gruneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 275 (77th edn, C. H. Beck, München 2018) 364, N. 6; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil (12th edn, C. H. Beck’sche



ve sürekli olarak mümkün olmamasına sonraki imkânsızlık denir⁸⁷. Sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçları, borçlunun kusurlu olup olmamasına göre belirlenir. Deprem nedeniyle konutun yıkılmasında kiralananın bir kusuru olmadığından, kira sözleşmesi TBK m. 136 gereğince sona erer⁸⁸. TBK m. 136’da borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükümde, “*borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*” düzenlemesi yer almaktadır.

Sonraki imkânsızlık, filli (maddi) imkânsızlık olarak anlaşılmalıdır⁸⁹. Dürüstlük kuralı gereğince edimin ifasının hiç kimseden beklenemeyeceği durumlarda fiili imkânsızlığın varlığı kabul edilir⁹⁰. Bu durumda imkânsızlık, bir eyleme veya tabiat olayına dayanabilir. Örneğin kiralanan konutun deprem nedeniyle yıkılarak tamamen yok olması hali, fiili imkânsızlık teşkil eder.

Konutun deprem dolayısıyla yıkılması, kira sözleşmesini sona erdirir. Deprem nedeniyle konutun yıkılması, kira konutunu ortadan kaldırdığından, bir başka ifadeyle kiralanan mevcut olmadığından, imkânsızlık ortaya çıkmıştır. Burada imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan bir sona erme hali söz konusudur. Nitekim artık kiralanan konutun kullanılması objektif olarak imkânsız hale gelmiştir. Yargıtay bir kararında⁹¹, binanın deprem nedeniyle yıkılmasını “zorunlu neden” olgusu içe-

Verlangsbuchhandlung, München 1979) 85; Rona Serozan, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku” (2000) 58 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 231, 240. TBK’da böyle bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, borcu sona erdiren imkânsızlığın objektif imkânsızlık olduğu ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2022) 1476; L. Müjde Kurt, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136) (1st edn, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016) 162, 163.

⁸⁷ Peter Gauch ve diğerleri, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II (11th edn, Schulthess Verlag, Zürich 2020) 96, N. 2532; Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (1st edn, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976) 75; Eren (n 86), Borçlar Genel, 1475; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998) 115; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri (1st edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2021); Kurt (n 86) 162.

⁸⁸ Bu durumda hasara kimin katlanacağı meselesi gündeme gelir. Nitekim sonraki kusursuz imkânsızlıkla hasar kavramının “iç içe” kavramlar olduğu yönünde bkz., A. Hulki Cihan, Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar, (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015) 48, 49.

⁸⁹ Eren (n 86) 1475.

⁹⁰ Dural (n 87) 9; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011) 156; Kurt (n 84) 92; Kübra Ercoşkun Şenol, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016) 49, 50; Umut Ulusoy, Türk Hukukunda Geçici İmkânsızlık (1st edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2023) 36.; Cihan (n 88) 41.

⁹¹ Yargıtay 19. HD, T. 04.07.2003, E. 2002/10423, K. 2003/7437: “*Davalıların maliki bulunduğu iki parsel taşınmazın davacıya kiralandığı, davacının bu arsalar üzerinde tüm malzemesi kendisine ait olmak kaydıyla inşa ettiği binada M... Adapazarı Bayi sıfatıyla 1.5.1999 tarihinde faaliyete geçtiği, taraflar arasında 12.11.1998 tarihli kira sözleşmesi imzalandığı, 17.8.1999 tarihli depremde de binanın yıkıldığı konularında ihtilaf bulunmamaktadır. Davacı vekili, 17.8.1999 tarihinde meydana gelen depremde bina yıkıldığından ..., BK nun 117. maddesi gereği kira borcu ödemekten kurtulduklarının ve kira sözleşmesinin feshedildiğinin tespitini talep ve dava*

risinde değerlendirmiş ve kira konusu ortadan kalktığından sözleşmesinin sona erdiğini vurgulamıştır.

2. Konutun Yıkılmayarak Hasar Görmesinin Kira Sözleşmesine Etkisi

Hasar, eşyanın bir insan davranışı veya doğal olay sonucu zarar görmesi olarak tanımlanabilir.⁹² Sözleşmeden doğan borçlarda borca ilişkin hasar, sonraki kusursuz ifa imkansızlığının sonuçlarına sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı meselesi ile ilgilidir⁹³. Kira sözleşmesinde hasar söz konusu olduğunda, kiraya verenin ifa borcu olan kiralananı teslim ve sözleşme süresince kullanıma hazır halde bulundurma borcu ortadan kalkar. Aynı şekilde kiracının da kira bedelini ödeme borcu sona erer⁹⁴.

Deprem nedeniyle konutlarda ağır, orta ve az olmak üzere başlıca üç tür hasar tipi tespit edilmiştir. Ağır hasarlı binalar, taşıyıcı elemanlarındaki fonksiyon kaybı nedeniyle artık kullanılamaz hale gelen binalardır. Bu binalarda bulunan konutlar açısından kiraya verenin kullanıma hazır halde bulundurma borcu, artık kendisinden beklenemez⁹⁵. Burada kiraya veren, edimini sadece mantık kuralları çerçevesinde değil, aynı zamanda edimin ifası çok tehlikeli olduğu için borcunu ifa edememektedir. Konutun ağır hasarlı olması nedeniyle borçlunun (kiraya verenin) borcunu yerine getirememesi, hukuki imkânsızlık kapsamında değerlendirilmelidir⁹⁶. Hukuki imkânsızlık, bir hukuki neden veya hukuken yetkili olan bir makamın almış olduğu karar nedeniyle edimin ifa edilememesi olarak tanımlanabilir⁹⁷. Aynı sonuç, orta hasarlı konutlar açısından da kabul edilmelidir. Dolayısıyla kiralayanın bu borcu sona ererken kiracı da kira bedelinin ödeme yükümlülüğünden kurtulur. Az hasarlı konutlarda ise sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından imkânsızlık

etmiştir. Davalılar vekili, ... tacir olan davacının BK nun 117. maddesine dayanamayacağını ... binanın yıkılmasından da davacının sorumlu olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece kira sözleşmesinin varlığını koruduğu, davacının borcun BK nun 117. maddesi gereği sona ermediği ... gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekiline temyiz edilmiştir. ... Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında zorunlu neden taraflar arasında sözleşmenin yapıldığı sırada yok iken sonradan ansızın gerçekleşen ve önlenmesine imkân olmayan ve borcun yerine getirilmesine engel bulunan neden olarak tanımlanmaktadır. Somut olayda kira sözleşmesinin temelini oluşturan binanın deprem nedeniyle yıkılması kira konusunu ortadan kaldırdığından sözleşmenin sona erdiğinin kabulü gerekir. ...”.

⁹² Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I (3rd edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013) 29.

⁹³ Gümüş (n 92) 29; Cihan (n 88) 5; Özge Yenice, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015) 54.

⁹⁴ Cihan (n 88) 100. Bu sonuç, kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasıyla da açıklanabilir. Bu hususta bkz. Gauch ve diğerleri (n 87) 97, N. 2541.

⁹⁵ Dural (n 87) 17.

⁹⁶ Dural (n 87) 18.

⁹⁷ Ş. Barış Özçelik, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, (2014) 63 (3) Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 569, 574; Kurt (n 86) 93.



hükümlerinin uygulama alanı bulma ihtimali oldukça azdır. Nitekim bu tür konutlarda depremin yarattığı ayıplar giderildikten sonra konutun kullanıma hazır halde bulundurulması her zaman mümkündür. Ancak kiracı, depremin etkisiyle kira ilişkisine devam edemiyorsa, bu durumda aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan sözleşmenin önemli sebebe dayalı fesih bildirimiyle sona erdirilmesi mümkündür.

C. Kira Sözleşmesinin Önemli Sebebe Dayalı Fesih Bildirimiyle Sona Erdirilmesi

Deprem nedeniyle zarar gören konutta kira sözleşmesinin sona erdirilmesini sağlayan bir hukuki imkân olarak, sözleşmenin önemli sebeplerle olağanüstü feshinden de bahsetmek gerekir. Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle olağanüstü feshi, TBK m. 331/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, “*taflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir*”. OR Art. 266g⁹⁸ de aynı yönde bir düzenleme içermektedir. Kira sözleşmesinin taraflarına, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı halinde fesih hakkı tanıyan bu düzenlemeyle kanun koyucu, uyarılma ilkesine uygun şekilde değişen durum ve şartların kira sözleşmesine etkisini hükme bağlamıştır⁹⁹. TBK m. 331'de, haklı nedenlerle fesih değil, sözleşmenin fesih bildirimi ile “vaktinden önce”¹⁰⁰ sona erdirilmesi düzenlenmektedir¹⁰¹.

Kanun'da önemli sebep kavramının kavramsal tanımı yapılmadığı gibi önemli sebeplerin neler olabileceğine ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. Öğretide yapılan tanımlara göre önemli sebep; taraflar arasında kurulan sözleşmenin devamını taraflardan biri için çekilmez hale getiren, sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülemeyecek şekilde durum ve koşulları değiştiren ve sözleşmenin vaktinden önce sona ermesine neden olan olaylardır¹⁰². Önemli sebeplerin¹⁰³ mevcut olup ol-

⁹⁸ OR Art. 266g/I: “*Aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, können die Parteien das Mietverhältnis mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen*”.

⁹⁹ Peter Higi / Anton Bühlmann / Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 266 – 268b OR, Die Miete (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2020) 153, N. 5. Eren (n 4) 389, 390; Turan Şahin, “Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)”, (2019) 68 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 337, 340; Saadet Yılmaz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi (1st edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 16.

¹⁰⁰ Nitekim OR Art. 266g/II'de vaktinden önce fesih bildirimi anlamında “*vorzeitigen Kündigung*” ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰¹ Şahin (n 99) 339; Gümüş (n 92), 320. TBK m. 331 ile haklı sebepten dolayı fesih bildirimi ile sona ermenin düzenlendiği yönünde bkz., Yavuz (n 4) 562; Canan Ünal, “Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a Göre Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Nedenleri” (2010) 84 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 1525, 1542.

¹⁰² Tandoğan (n 6) 232; Aral ve Ayrancı (n 2) 400; Erzurumluoğlu (n 83) 39, 40; Doğan (n 2) 227; Gümüş (n 92) 321; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 306; Aydın (n 85) 185; Yılmaz (n 99) 15, 16.; Şahin (n 99) 343.

¹⁰³ Önemli sebep olarak değerlendirilebilecek olgular hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., Yılmaz (n 99) 80 vd.

madığını her somut olayda ayrıca değerlendirmek gerekir. Bu sebeple TBK’da önemli sebeplerin sayılmaması isabetli bir tercih olmuştur.

Kira ilişkisini çekilmez kılan önemli sebep; sözleşmenin taraflarından kaynaklanabileceği gibi, savaş, grev, ekonomik gibi sosyal olaylardan ya da sel, deprem gibi doğa olaylarından da kaynaklanabilir¹⁰⁴. Kira ilişkisini çekilmez kılan önemli sebeplerin neler olduğu kadar çekilmezlik unsurunun nasıl tespit edileceği¹⁰⁵ de üzerinde durulması gereken meselelerden biridir. Öğretide olgunun ağırlığı kriteri dikkate alınarak bir değerlendirme yapıldığında, objektif ve subjektif ağırlık unsuru olmak üzere iki farklı kıstasın ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Buna göre bir olgunun, kira ilişkisini tüm durum ve koşullar birlikte değerlendirildiğinde objektif olarak ilişkiye devamı çekilmez hale getirmesine objektif ağırlık denir¹⁰⁶. Objektif ağırlık da mutlak ve nisbi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak objektif ağırlık, bir olgunun dürüstlük kuralı çerçevesinde kira sözleşmesine devamı çekilmez hale getirmede tek başına yeterli olması durumunda söz konusu olur¹⁰⁷. Bir olgunun kira ilişkisini çekilmez hale getirmede tek başına yeterli olmamakla birlikte, tekrarlanma veya başka olguların eklenmesi nedeniyle sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmesi subjektif nisbi ağırlık olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁸. Kira sözleşmesini feshetmek isteyen taraf bakımından kira ilişkisini çekilmez hale getiren olguların varlığı ise subjektif ağırlık olarak ifade edilebilir¹⁰⁹. Depremden sonra kiracının kiralanılan konuta her girdiğinde panik atak nöbetleri geçirmesi mutlak objektif ağırlığa giren durumlara örnek gösterilebilir¹¹⁰. İlk anda mevcut olmamakla birlikte sık sık yaşanan artçı depremler nedeniyle kiracının konutu kullanmak hususundaki çekincesi, artçı deprem sırasında duvarda meydana yıkımlar nedeniyle konutun kullanılamaması ise subjektif nisbi ağırlık örneğidir.

Önemli sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf, TBK m. 329’da öngörülen yasal fesih bildirim sürelerine uymak zorundadır. Nitekim TBK m. 331’de “... yasal fesih bildirim süresine uyarak...” ifadesiyle TBK m. 329’a atıf yapılmıştır. Buna göre, “*taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel adette belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir adetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir*”. Hükümden anlaşılmaktadır ki,

¹⁰⁴ Wehrmüller (n 11) 169, 382; Doğan (n 2) 230; Gümüş n (92) 321; Aydın (n 85) 193 vd.; Yılmaz (n 99) 88. Aral ve Ayrancı haklı ise önemli sebepleri objektif ve subjektif ayrımına tabi tutmaktadır. Bu hususta bkz., Aral ve Ayrancı (n 2) 400.

¹⁰⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., Aydın (n 85) 187 vd.

¹⁰⁶ Aydın (n 85) 191.

¹⁰⁷ Aydın (n 85) 192.

¹⁰⁸ Aydın (n 85) 195.

¹⁰⁹ Aydın (n 85) 197, 198.

¹¹⁰ Mutlak objektif ağırlık kapsamında değerlendirilebilecek örnekler için bkz., Aydın (n 85) 193, 194.

konut ve çatılı işyeri sözleşmeleri açısından fesih bildirim süresi üç aydır. Önemli sebebin ortaya çıkmasından itibaren fesih bildiriminin kiraya verene tebliğinden itibaren üç ay sonra TBK m. 331 gereğince sözleşme feshedilebilecektir. Fesih bildirim süresinin sonunda kira sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer¹¹¹.

TBK m. 331/II’de hâkimin somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak parasal sonuçlar hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kira sözleşmesini fesheden taraf, karşı tarafın fesih nedeniyle uğradığı müspet zararı tazmin etmek zorundadır¹¹². Bu tazminat, zararın tam olarak tazmin edilmesine değil, hakkaniyetin sağlanmasına hizmet eder¹¹³. Bu sebeple söz konusu tazminat, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği menfaat dengesinin sağlanması amacıyla ödenmesi gereken bir “denkleştirme bedeli” olarak da ifade edilmektedir¹¹⁴.

SONUÇ

Deprem nedeniyle konutlarda meydana gelen zararın mevcut kira sözleşmesine ve tarafların borçlarına etkisinin incelendiği bu çalışmada varılan sonuçlar şöyle özetlenebilir: Depremın konutlarda meydana getirdiği zararın türü ve şiddeti kira sözleşmelerinin akıbetini farklı şekillerde etkiler. Konutun deprem nedeniyle yıkılması, kira konusu ortadan kaldırır. Bu sebeple imkânsızlık nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdiğini söylemek gerekir. Konutun yıkılmaksızın hasar alması durumları da ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda konutta meydana gelen hasarın ağır, orta ve az olması sözleşmenin sona erip ermemesi ve tarafların borçları bakımından farklı sonuçlara yol açacaktır. Ağır hasarlı ve orta hasarlı konutlar bakımından, konutun yıkılmasında olduğu gibi, sözleşmenin sona erdiğini kabul etmek gerekir. Konutun yıkılması durumunda sonraki imkânsızlık, fiili imkânsızlık şeklinde ortaya çıkarken; ağır hasar ve orta hasar hukuki imkansızlığa neden olur. Kira konusu imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığı için sona eren sözleşmeden artık kiraya veren ve kiracı için borçlar doğmaz. Dolayısıyla kiraya veren için kiralananı teslim ve hazır halde bulundurma borcu sona erer. Kiracı da kira bedelini ödeme borcundan kurtulur. Kiranın önceden yıllık ödenmesi gibi uygulamalarda, fazla ödenen kira bedelinin kiracıya iade edilmesi gerekir. Konutta hiçbir hasar meydana gelmese bile, yaşadığı deprem nedeniyle konuta girince panik atak nöbetleri geçiren, geceleri uyuyamayan bir kimsenin de kira sözleşmesini önemli sebebe dayanarak feshetme imkânı vardır. Ne zaman imkânsızlık halinin ne zaman sözleşmenin önemli sebebe dayanarak feshinin söz konusu olduğunun tespiti kolay değildir. Kiralanan konutu kullanma imkanının söz konusu olmadığı hallerde

¹¹¹ Eren (n 4) 391, 392; Aydın (n 85) 144.

¹¹² Aral ve Ayrancı (n 2) 400; Doğan (n 2) 236; Gümüş (n 2), Kısa Ders Kitabı, 318; Şahin (n 99) 351; Aydın (n 85) 148.

¹¹³ Eren (n 4) 392.

¹¹⁴ İnceoğlu (n 3) 252; Aydın (n 85) 147. Burada bir tazminat yükümlülüğünün söz konusu olduğu yönünde bkz., Higi / Bühlmann / Wildisen (n 99) 174, N. 77.

imkansızlığın varlığı kabul edilir. Ancak konutun kullanılması mümkünken sözleşmeye devam etmenin kiracıdan beklenemeyeceği durumlarda önemli sebebe dayalı fesih söz konusu olur.

Konutta depremin etkisiyle meydana gelen sonraki ayıplar nedeniyle sözleşme sona erdirilebileceği gibi, sözleşmenin sona erdirilmemesi durumunda, taraflar açısından yeni yükümlülükler ortaya çıkabilir. Kiraya verenin kiralananı teslim ve kira süresince kullanıma hazır halde bulundurma borcu, ayıptan sorumluluğun dayanağını oluşturmaktadır. Meydana gelen ayıplar, teslim ve kullanıma hazır halde bulundurma borcunun ihlaline neden olacağından bu ayıpların uygun bir süre içerisinde giderilmesi gerekir. Ancak kiraya verenin ayıpları giderebilmesi için, kiracı tarafından ayıpları bildirme yükümlülüğünün de yerine getirilmiş olması gerekir. Aksi halde oluşan zarar nedeniyle kiracının sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Kiracının ayıpları kiraya verene bildirme yükümlülüğünden başka ayıpların giderilmesi için yapılan çalışmalara katlanma külfeti de vardır. Depremin yıkıcı etkisi dikkate alındığında, ayıpların giderilmesi uzun zaman alabilir. Bu durumda kiracının mağduriyeti daha da artacaktır. Kiracı, ayıplar giderilene kadar kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını talep edebilecektir.

KAYNAKÇA

Acar F, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326) (3rd edn, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016).

Akçaal M ve Uyumaz A, “Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (2013) 21 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 297-325.

Akkanat H, “Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012).

Aral F ve Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (15th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2022).

Aydın GS, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013).

Baş E, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011).

Başpınar V, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998).

Belen H, “Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi Türleri ile Genel Hükümler Uyarınca Kiraya Veren Borçlarına İlişkin Değerlendirmeler” (2013) 87 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 106-137.

Ceylan E, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmeleri ile İlgili Hüküm Çevirileri”, (2013) 87 (4) İstanbul Barosu Dergisi, 215-242.

Cihan AH, Kullandırma Sözleşmelerinde Hasar, (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015).

Çabri S, Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu (2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2023).

Doğan M, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi (1st edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2011).

Doğan M ve Baygın C, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler” (2005) (4) Hukuki Perspektifler Dergisi, 116-131.

Doğan M, “Kira Tespiti”, Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023).

Dural M, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (1st edn, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976).

Ercöşkun Şenol K, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016).

Erdem M, “Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler” (2017) 12 (155, 156) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9-37.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (27th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2022).

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2020).

Erzurumluoğlu E, , Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi (1st edn, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973).

Gauch P ve diğerleri, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II (11th edn, Schulthess Verlag, Zürich 2020).

Grüneberg C, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 275 (77th edn, C. H. Beck, München 2018) 364, N. 6; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil (12th edn, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979).

Gümüş MA, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011).

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I (3rd edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013).

Gümüş MA, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri (1st edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2021).

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı (6th edn, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022).

Higi P ve diğerleri, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, Die Miete (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2019).

Higi P ve diğerleri, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 266 – 268b OR, Die Miete (5th edn, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2020).

İnce Akman N ve Özyakışır Ö, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, (2021) 11 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 725-770.

İnceoğlu MM, “Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi” (Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012).

İnceoğlu MM, Kira Hukuku (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014).

Kalender A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi” (2017) 12 (136) Terazi Hukuk Dergisi, 27-35.

Karaçay D, Yapı Malikinin Tazminat Sorumluluğu (1st edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

Kırkbeşoğlu N, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük (1st edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011).

Koç N, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi” (2014) (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7-35.

Koçak Diker D, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi (TBK m. 316/II-III) (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018).

Kurt LM, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136) (1st edn, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016).

Larenz K, Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil (12th edn, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1979).

Özçelik ŞB, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, (2014) 63 (3) Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 569-622.

Özdemir G, “Kira Sözleşmesi”, Editör: Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir, (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2023).

Özdemir H ve Küçükçapraz S, “Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu” (2021) (47) TAAD, 85-118.

Özen B, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi” (2016) 22 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2033-2062.

Özyakışır Ö, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli (1st edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2019).

Saraçoğlu S, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019).

Sarı Fidan Ö, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi” (2023) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 345-380.

Serozan R, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku” (2000) 58 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 231-248.

Suiçmez N, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri” (2017) 19 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 1597-1622.

Şahin T, “Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi (TBK m. 331)”, (2019) 68 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 337-359.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008).

Ulusoy U, Türk Hukukunda Geçici İmkânsızlık (1st edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2023).

Ural Çınar N, Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014).

Ünal C, “Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’a Göre Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Nedenleri” (2010) 84 (3) İstanbul Barosu Dergisi, 1525-1543.

Wehrmüller A, Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen (1st edn, Schulthess Verlag, Zürich 2019).

Yalman S, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kiraya İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (2013) 1 (2) Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 121-136.

Yavuz N, Kira Hukuku (11th edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2023).

Yenice Ö, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015).

Yılmaz S, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi (1st edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ

*Mediation Agreement Document and Enforceability Annotation in Disputes
Regarding the Real Right on Real Estate*

Nesibe KURT KONCA*

Emel BADUR**

Özet

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) yapılan bir değişiklik sonucunda, taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk, kural olarak ihtiyari arabuluculuk olarak düzenlenmiştir; dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bazı uyuşmazlıkların da konusu itibarıyla taşınmazın aynına ilişkin unsurlar barındırmaları mümkündür.

HUAK'da yapılan değişiklik sonrasında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması halinde, tarafların ulaştığı anlaşmanın yazılı şekle uyularak arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirilmesi ve bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınması gerekliliği düzenlenmiştir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesine dair icra edilebilirlik şerhi, taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınır. Mahkeme yapacağı incelemede anlaşma içeriğini, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı ve taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı yönünden denetler. Mahkemenin arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermesinden sonra, artık bu belgede ayni hak kazanacağı belirtilen tarafların tapu siciline tescil talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık, mülkiyet ve sınırlı ayni hak, tapu sicili.

Abstract

As a result of an amendment to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), the legislator has explicitly regulated that disputes regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on the real estate are eligible for mediation. Although mediation in disputes regarding the real property of real estate is regulated as voluntary mediation as a rule; it is possible that some disputes within the scope of the mediation litigation requirement may also have elements related to the real property of the real estate.

Following the amendment to the LMCD, it is regulated that in the event that the dispute regarding the real property of the real estate is resolved through mediation, the agreement

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.08.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Doç. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nesibekurt@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4638-6132>.

** Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, badur@cankaya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5133-8541>.



reached by the parties must be converted into a mediation agreement document in written form and this agreement document must be annotated as enforceable. In disputes regarding the real estate, the enforceability annotation for the mediation agreement document is obtained from the magistrates court where the real estate is located. The court shall examine the content of the agreement in terms of whether it is suitable for mediation and enforcement and whether the limitations, procedures and principles set forth in the laws regarding the conveyance of the real estate and the establishment of limited real rights on the real estate are complied with. After the court grants a certificate of enforceability to the mediation agreement document, it is now accepted that all parties who are stated to acquire real rights in the annotated agreement document may request registration in the land registry.

Keywords: Mediation, mediated agreement document, enforceability annotation, dispute regarding the real right on real estate, property and limited real right, land registry.

GİRİŞ

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması-na Dair Kanun'un¹ kabulüyle birlikte taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli oldu-ğu açıkça düzenlenmiştir. Bu değişiklik düzenlemesi, 7445 sayılı Kanunun 34. maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) 17/B maddesinin eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. 7445 sayılı Kanunun 43/1. maddesi gereğince, HUAK'a eklenen bu madde, 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yasa koyucu tarafından HUAK'ın 17/B maddesinin kenar başlığında kulla-nılan “*taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar*” ifadesinin kısaca, “*taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlık-lar*” olarak ifade olunmasında bir mahsur bulunmamaktadır. Zira yasa koyucunun taşınmaz mülkiyetinin devrini ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasını HUAK'ın kapsamına dahil ederken; (kural olarak sadece malikin iradesine tabi olan) taşınmaz üzerinde kurulu bulunan mülkiyet hakkından feragati veya herhan-gi bir sebeple sona ermesi söz konusu olan bir sınırlı ayni hakka dair uyuşmazlık-ları HUAK'ın kapsamı dışında bırakmayı amaçladığı söylenemez.

4721 sayılı TMK'nın 704. maddesi gereğince taşınmaz terimi arazi, tapu kü-tüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kü-tüğüne kayıtlı bağımsız bölümleri kapsar. HUAK'ın 17/B maddesinde taşınmazın devrinden bahis olunmuşsa da taşınmazın bir kısmının veya payının devrine ilişkin uyuşmazlıklar da madde kapsamında değerlendirilmelidir. Maddede “*taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması*” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte; taşınma-zın üzerinde hali hazırda kurulu olan sınırlı ayni hakların devrine ilişkin uyuşmaz-lıkların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

Aslında 7445 sayılı Kanunun kabulünden önce de taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk suretiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edil-mektedir. Zira HUAK'ın 2/1. maddesinde yer verilen “*tarafaların üzerinde ser-*

¹ RG 05.04.2023/32154.

bestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları” ifadesi, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları kapsayacak genişliktedir. Yasal değişiklik öncesinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini zorlaştıran, Türk Hukukunda taşınmaz üzerinde aynı hak kazanılmasına ilişkin sistemin gerek kazanma sebebi (taahhüt) gerekse tescil (tasarruf) aşamalarında resmi şekil kurallarına uygunluk gerektirmesidir. Başka bir ifadeyle HUAK’a eklenen 17/B maddesi öncesinde, tarafların oluşturdukları arabuluculuk anlaşma belgesinin ifası amacıyla, resmi makam önünde aynı hakka ilişkin taahhüt ve tapu siciline tescil işlemlerine dair aşamaları da ayrıca gerçekleştirmeleri zorunluluğu bulunmaktaydı.

Bu bakış açısıyla HUAK’ın 17/B maddesiyle taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair getirilen düzenlemelerle, bu konudaki uyuşmazlıklar ilk kez arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir kılınmamış; daha ziyade uyuşmazlığın arabuluculukla çözümlenmesi halinde düzenlenecek anlaşma belgesine ve icra edilebilirlik şerhine ilişkin belirlemeler yapılmıştır. Makalenin başlığında da taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ifadesi yerine *“Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”* ifadesinin kullanılmasının temel sebebi, yasal değişikliğin sonuçlarının uyuşmazlığın konusundan çok; bu nevi uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesi halinde hazırlanacak anlaşma belgesi ve bu belgeye alınması gerekli olan icra edilebilirlik şerhi hakkında olduğunun düşünülmesidir².

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların esasen ihtiyari arabuluculuk kapsamında olduğu değerlendirilebilir. Ancak 7445 sayılı Kanunun 37. maddesiyle HUAK’ın 18/B maddesine eklenen dört ayrı dava şartından üçünün taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar olarak görünüm kazanması mümkündür. 7445 sayılı Kanunun 43. maddesi gereğince 01.09.2023 tarihinde yürürlük kazanan bu dava şartı arabuluculuk konuları yasa koyucu tarafından *“Taşınır ve taşınmazların paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar”*; *“634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar”* ve *“Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar”* olarak ifade edilmişlerdir.

Arabuluculuğun ihtiyari veya dava şartı olmasının taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda düzenlenen anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik şerhi açısından bir önemi olmadığı gibi; tarafların arabulucuya başvururken uyuşmazlık hakkında yaptıkları nitelendirme de HUAK’ın 17/B maddesinin uygulanması bakımından

² Aslında HUAK’ın 17/B/2. maddesinin getirdiği bir diğer hukuki yenilik de maddede düzenlenen ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak üzere, tarafların yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebiyle konulabilecek bir tasarrufu sınırlayıcı şerhe ilişkindir. Bu şerh, anlaşma belgesine ve icra edilebilirlik şerhine doğrudan bir etkide bulunmadığından (ve önceki eserimizle tekrara düşülmemesi kaygısıyla) makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, *‘Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması’* (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 845-879.



kısıtlayıcı nitelikte değildir. Başka bir ifadeyle temel uyuşmazlığın taraflarca nasıl niteliğinden bağımsız olarak, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin olması halinde aşağıda açıklanacak hükümler (HUAk m. 17/B) uygulanacaktır.

I. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

HUAk'ın “Tarafların anlaşması” kenar başlıklı 18/1. maddesinde “Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.” hükmüne yer verilmiştir. İhtiyari ve dava şartı arabuluculuklarda, uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak anlaşma, anlaşmama veya uyuşmazlığın bir kısmına ilişkin anlaşma (kısmi anlaşma) hakları bulunmaktadır. Bu açıklamalar taraflar arasındaki uyuşmazlığın taşınmazın aynına ilişkin olması halinde de geçerliliğini korumaktadır.

HUAk'ın 18/1. maddesinde kullanılan ifadeden anlaşılan, arabuluculuk sonucunda taraflar arasında anlaşmaya (veya kısmi anlaşmaya) varılan her halde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinin gerekli olmadığıdır. Yasa koyucu, arabuluculuk sonucunda vardıkları anlaşmayı, yazıya döküp dökmeme konusunda karar alma yetkisini de uyuşmazlığın taraflarına bırakmıştır. Ancak taraflar vardıkları anlaşmayı bir anlaşma belgesi haline getirmek isterlerse, bu belge taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu tarafından imzalanmakla geçerlilik kazanacaktır³.

A. TANIMI

Arabuluculuk anlaşma belgesi, HUAk'ın 18. maddesi ışığında, arabuluculuk sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu (veya eş arabulucular⁴) tarafından imzalanmakla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁵.

³ Öğretide geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için, arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan çözümü içermesi, tarafların serbest iradeleriyle üzerinde anlaşmaları ve taraf iradelerinin -kanunda öngörülen bir şekil kuralının bulunması halinde- buna uygun olarak açıklanması gerekliliğinin altı çizilmektedir. Amanda First, ‘A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space’ (2017) 23 Harvard Negotiation Law Review (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.07.2023) 405, 415, 417; Andy Grossman, *Good Practice Guide: Mediation* (Riba 2009) 22, 23; Neil Andrews, ‘Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts’ (2013) 18(1) Uniform Law Review 6, 6.

⁴ Eş arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için birlikte arabuluculuk faaliyeti gösteren iki veya daha fazla arabulucuyu ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Tanım ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, ‘Arabulucu Sözleşmesi’ 15/162 (2020) *Terazi Hukuk Dergisi* 248 250; Seda Özmumcu, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi’ (2018) 13/161 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-36.

⁵ Emel Badur, ‘Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi’ (2021) 18 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49, 53; Melis Taşpolat

Öğretide⁶ “*arabuluculuk sulh sözleşmesi*” olarak da isimlendirilen bu hukuki işlem, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu nezdinde sulh ile sonlandırma- ları halinde düzenlenen belge olarak da tanımlanmaktadır.

Arabuluculuk anlaşmasının bir anlaşma belgesi haline getirilmesi, tarafların hukuki güvenliğini şekil kuralı aracılığıyla sağlamak, anlaşmanın yerine getiril- mesini kolaylaştırmak ve gerektiğinde cebri icraya başvurmak bakımından fayda sağlamaktadır. Tarafların özellikle ileride anlaşmanın ifasına ilişkin uyuşmazlık çıkmasını istemedikleri, oluşturdukları sözleşmeyi farklı yerlerde de kullanmayı arzuladıkları ve özellikle ilam niteliğinde belge avantajlarını sağlamayı amaçla- dıkları hallerde anlaşmanın yazıya dökülmesi önem kazanmaktadır⁷.

HUAK’ın 17/B/3. maddesinde kullanılan “*Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, ... düzenlenir.*” ifadesinin emrediciliği karşısında, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar açısından taraflar arasında sağ- lanan anlaşmanın, ancak yazılı geçerlilik şekline uyulması koşuluyla bağlayıcı ol- duğu sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle HUAK’a göre, taşınmazın aynına ilişkin bir anlaşmanın, anlaşma belgesiyle yazılı hale getirilmesi bir geçerlilik şartıdır. Bu da arabuluculuk anlaşmaları açısından -kural olarak- hakim kılınmış olan şekil serbestisinin bir istisnası olarak nitelenmeye uygundur⁸.

B. TARAFLARI

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine katılmış ve bir anlaşmaya varmış olan taraflardır. Uyuşmazlık terimi niteliği itibarıyla en az iki taraf gerektirmektedir. Ancak bir uyuşmazlığın ikiden çok tarafının olması da mümkündür. Arabuluculuk anlaşma belgesi -kural olarak- uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetine dahil olan tüm taraflarının iradesiyle kurulur. Ancak istisnai hallerde ve taraf sayısının ikiden fazla olması durumunda, sadece iki tarafın anlaşması ile de arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenebilmesi mümkündür.

Örneğin taşınmazın maliki M’nin yetkisiz temsilcisi (azledilmiş vekili vb.) tarafından kazandırıldığını iddia ettiği irtifak hakkının sahibi İ ve taşınmaz yükünün sahibi T arasındaki uyuşmazlığın çözümü hakkında yürütülen arabuluculuğun tam

Tuğsavul, ‘*Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği*’ (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333, 344; Emre Kıyak, ‘*Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği*’ (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523, 528; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018) 97.

⁶ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (Turhan 2020) 87.

⁷ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Bası, On İki Levha 2019) 108.

⁸ Arabuluculuk anlaşması yoluyla, şekle tabi bir hukuki işlemin yapılması halinde; söz konusu hukuki işlemin tabi olduğu şekil kuralına uyulması gerektiği düşünülmektedir. Örneğin arabuluculuk sonucunda varılan anlaşma gereği bir alacağın devri söz konusu olacaksa, alacağın devrine ilişkin şekil kuralı gereğince, arabuluculuk anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekir.



olarak anlaşmayla çözüldüğünün ifade olunabilmesi için, anlaşma belgesinin M, İ ve T'nin katılımıyla hazırlanması gerekir. Ancak sadece M ve İ arasında sağlanan (ve T açısından anlaşmamayla noktalanan) arabuluculuk sonucunda, anlaşma belgesi M ve İ arasında düzenlenecektir.

Taşınmazın aynına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda, ancak bütün tarafların arabuluculuk sürecine katılımı ve çözüm üzerinde anlaşmasıyla, anlaşma belgesi düzenlenebilir. Örneğin taşınmazın üzerinde bulunan paylı mülkiyetin arabuluculuk yoluyla paylaşılmasının arzulanması halinde, taşınmazın bütün paylı maliklerinin katılımı ve paylaşma yöntemi üzerinde anlaşması sağlanmadıkça, arabuluculuğun anlaşma yoluyla sonuçlanması ve arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenmesi mümkün değildir.

Arabuluculuk sonucunda geçerli bir anlaşma belgesine ulaşılabilmesi için tarafların ve/veya tarafların (yasal veya iradi) temsilcilerin arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğine uygun ehliyeteye sahip olmaları, hukuk düzenince açıkça dillendirilmeyen bir gerekliliktir. Anlaşma belgesinin içeriğinin taşınmazın aynına yönelik bir değişiklik gerektirmesi durumunda, tarafların ve temsilcilerinin ehliyet ve yetki unsurlarına daha da dikkatli yaklaşılmalı ve bu konuda gerek yasal gerekse iradi temsilcilere getirilmiş olan sınırlamalara uygun davranılması göz ardı edilmemelidir.

Uygulamada taşınmazın aynına ilişkin taahhüt ve/veya tasarruf işleminde bulunacak veya bu konuda bir vekil yetkilendirecek malikin, 65 yaşını aşmış olması halinde; resmi makamlarca (noter veya tapu müdürlüğü) akıl sağlığının yerinde olduğunu, sağlık raporuyla belgelemesi talebiyle karşılaştığı bilinmektedir. Yasal dayanaktan uzak bu uygulamanın, talep eden resmi makamlarca kusursuz sorumluluk hükümlerinin uygulanması endişesiyle gerçekleştirildiği öngörülebilir olsa da; hak sahibinin temel haklarını kullanmasını engelleyen/zorlaştıran bir sonuç yarattığı da belirtilmelidir. Arabulucu adalete erişim mekanizmasında görev üstlendiğini bir an için bile göz ardı etmeden, bu tür uygulamalardan sakınmakla yükümlüdür.

Bu noktada tarafların, yasal ve iradi temsilcilerinde aranması gereken yetkilerin neler olduğu meselesine geçilmeden önce, uyuşmazlığın aynı hak üzerinde borçlandırııcı bir taahhüt işleminde bulunması muhtemel tarafının taşınmazın maliki veya taahhüt işlemine konu sınırlı aynı hakkın sahibi olması gerekip gerekmediği incelenmelidir. Basit bir anlatımla taşınmazın maliki veya sınırlı aynı hakkın sahibi olmayan bir kişinin o taşınmaz veya sınırlı aynı hakla ilgili olarak arabuluculuk sürecine katılma ve hatta anlaşma sağlanması halinde, anlaşma belgesini imzalama yetkisi var mıdır?

Aslında TMK'da da taşınmaz satışının (veya bağışının) düzenlendiği TBK'da da taşınmaz üzerinde aynı hakka dair borçlandırııcı işlem yapma yetkisinin malikte bulunduğu dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak arabuluculuk sürecinin temel ilkelerinin uygulanmasında ve adalete erişimin tesisinde üstlendiği önemli

rol dikkate alındığında, arabuluculuk sürecinin ve anlaşma belgesinin taraflarından en az birinin taşınmaz veya sınırlı ayni hak üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığının arabulucu tarafından kontrol edilmesi gerektiği belirtilmelidir⁹. Aksi halde, taşınmaz üzerinde herhangi bir ayni hakkı bulunmayan kişilerin, arabuluculuk sürecini sabote etmeleri, hem tapu siciline haksız yere malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran şerh konulmasına veya herhangi bir hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmayan anlaşma belgeleri ortaya çıkmasına sebep olmaları mümkün hale gelir.

Arabuluculuk anlaşma belgesiyle taşınmaz üzerinde ayni hakkı devretmeyi veya kurmayı borçlanan tarafın velayet altında olması halinde TMK'nın 327/2. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir. Madde gereğince ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edebilirler. TMK'nın 356/2. maddesinde de *“Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle çocuğun yasal temsilcisi olan ana ve/veya babanın ancak çocuğun üstün yararı için, çocuğun taşınmazı üzerinde tasarrufta bulunma hakları vardır. Ancak bu tasarruf için de hakimin izni gerekli görülmüştür. Arabulucunun anlaşma belgesinin veli tarafından düzenlenmesi halinde bu hükümleri dikkate alması zorunludur (HUAK m. 15/6).

Arabuluculuk anlaşma belgesinin yasal temsilcinin katılımıyla düzenlenmesindeki bir diğer ihtimal, taşınmazın aynına dair bir hak kurma veya devretme borcu altına giren kişinin kısıtlı olması ihtimalidir. TMK'nın 462/1. maddesinde kullanılan *“Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması”* ifadesi gereğince, sayılan işlemlerin yapılabilmesi için vesayet makamından izin alınması zorunludur. Taşınmazın aynına ilişkin değişiklik yaratan arabuluculuk anlaşma belgesinde bu konuda borçlandırıci işlemi yetkili olarak yapacak vasi, öncesinde vesayet makamından izin almakla yükümlüdür.

TBK'nın 504/3. maddesi uyarınca, vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz. Yasa koyucunun hükümde kullandığı *“bir hak ile sınırlandıramaz”* ifadesinde söz edilen hakların sınırlı ayni hakları kapsayacak genişlikte olduğuna dair bir şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda, arabuluculuk anlaşma belgesinin ayni hak üzerinde tasarrufta bulunmayı yükümlenen tarafın vekili marifetiyle düzenlenmesi durumunda, bu vekilin konuya ilişkin özel yetkisinin bulunması şarttır. Vekilin yetkilendirmesinin usulüne uygun bir şekilde olması için, yetkiye konu taşınmaz/taşınmazların tereddüde yer bırakmayacak şekilde netleştirilmesi ve hangi tasarrufa ilişkin yetkilendirme

⁹ Arabulucunun bu konuda karşılaşılabilecek zorluklar ve çözüm önerileri için bkz. Badur ve Kurt Konca (n 2) 861.



yapıldığıının belirtilmesi önemlidir¹⁰. Öğretide¹¹, taşınmazın aynına dair yetkinin verilmesinin şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır. Zira TBK’da da Tapu Kanunu’nda da vekile verilecek özel yetkinin şekline dair bir belirleme yapılmamıştır. Noterlik Kanunu’nun 89/4. maddesi uyarınca, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnameler, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemler arasında sayılmıştır. Noterlik Kanunu Yönetmeliği’nin 89. maddesinde, taşınmazın aynına ilişkin yetkilendirme içeren vekaletnamelere vekilin fotoğrafının yapıştırılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Arabulucu anlaşma belgesinin vekil aracılığıyla akdedildiği hallerde, vekilin kimlik tespiti bakımından vekaletnamedeki fotoğrafın da incelemesini sağlamalıdır.

C. DÜZENLENMESİ

Arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinin belirlenmesinde, arabuluculuğun anlaşılan tarafları, sözleşme serbestisini sınırlandıran kurallara uygun davranmak koşuluyla tam olarak irade özerkliğiyle hareket edebilirler. Ancak taşınmaz mülkiyeti üzerinde bulunan ve pek çoğu kamu yararı amacını güden hukuki sınırlamalar¹² anlaşma belgesi düzenlenirken göz ardı edilmemelidir. HUAK’ın 17/B/3. maddesinde “... taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle ...” ifadesiyle bu duruma vurgu yapılmıştır. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşmalarına getirilen yazılı geçerlilik şekli, bu anlamda da hem tarafları düşünmeye sevk etmek hem de arabulucu açısından söz konusu anlaşma belgesinin gerçeğe ve hukuka uygunluğunu denetlemek açısından önemli bir fayda sağlayacak niteliktedir.

Örneğin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken, tarım arazilerinin (tarla) veya imarlı arazilerin (arsa) belirli bir büyüklüğün altında bölünmesini engelleyen

¹⁰ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022) 191; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021) 228.

¹¹ Veysel Başpınar, ‘*Taşınmaz Satımında Vekalet*’ (1996) 45 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 485-486; Özge Uzun Kazmacı, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradi Temsil* (Yetkin 2022) 98 vd.

¹² Anayasa’nın 35/2. maddesi gereğince mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Yasa koyucu bu amaç doğrultusunda taşınmaz mülkiyetinin üzerinde sınırlama yaratabilecek pek çok yasal norm düzenlemiştir. TMK’da da 731 vd. maddelerinde taşınmaz mülkiyeti üzerindeki kanundan doğan kısıtlamalar yer almaktadır. Bunun dışında TMK m. 754’te mülkiyet hakkına dair kamu hukuku sınırlamalarına ilişkin çeşitli hususlar sayılarak, kanunla kısıtlama yapılması gereğine işaret edilmiştir. Bu hüküm şu şekildedir: “*Taşınmaz mülkiyeti hakkının kamu yararı için kısıtlanması, özellikle yapı, yangın, doğal afetler ve sağlıkla ilgili kolluk hizmetlerine; orman ve yollara, deniz ve göl kıyılarındaki ana ve tali yollara sınır işaretleri ve nirengi noktaları konulmasına; toprağın iyileştirilmesine veya bölünmesine, tarım topraklarının veya yapıya özgü arsaların birleştirilmesine; eski eserler, doğal güzellikler, manzaralar, seyirlik noktaları ve ender doğa anıtları ile içmeler, ılıcalar, maden ve kaynak sularının korunmasına ilişkin mülkiyet kısıtlamaları, özel kanun hükümlerine tâbidir.*” Anılan sınırlamaların çok sayıda olması sebebiyle, ayrıntılı olarak incelemeleri bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

emredici hukuk kurallarına uygun davranılmalıdır. Konuya ilişkin bir diğer örnek TBK'nın 243/1. maddesinde "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz.*" şeklinde düzenlenen kuraldan kaynağını alan, tescilin geciktirici veya bozucu şarta tabi olarak talep edilemeyeceğine ve yapılamayacağına ilişkindir. TBK'nın 243/1. maddesinin taşınmaz üzerinde irtifak hakkı veya taşınmaz yükü kuran sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulama alanı bulunmaktadır¹³. Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın mülkiyetinin devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının geciktirici şarta bağlanması mümkünse de; bu şart gerçekleşmeden, tarafların tescil talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık söz konusu işlemlerin bozucu şarta tabi kılınarak yapılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir¹⁴.

Taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin bozucu şarta bağlanması durumunda, tescil talebinde bulunulması mümkün olmadığından bu içerikteki arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmemelidir. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin değişikliğin geciktirici şarta bağlanması halinde, ancak geciktirici şart gerçekleştiikten sonra mahkemeye başvurulması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkündür.

Bu noktada taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk görevini üstlenen arabulucuların dikkatli olması gereken bir diğer husus, taşınmazın mülkiyetinin devrinin veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasının sıklıkla muvazaalı veya inancı işlemlere konu olabildiği hakikatidir. Söz konusu muvazaa türlerinden en yaygını tapu harçlarının ve vergilerin daha düşük miktarlar üzerinden ödenmesini amaçlayan kişilerin taraf oldukları bedel muvazaasıdır. Yine taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda muris muvazaasına veya önalım hakkının kullanılmasının bertaraf edilmesini amaçlayan danişıklı eylemlere rastlanması mümkündür. Tüm bu muvazaalı veya inancı işlemlerin arabuluculuk faaliyeti kullanılarak gerçekleştirilmesini engellemeyi amaçlayan arabulucuların, tarafların uyuşmazlığın çözümüne ilişkin gerçek iradelerinin ortaya çıkarılmasına ve bu iradelerin gerçeğe uygun şekilde anlaşma belgesine geçirilmesine özen göstermeleri gereklidir¹⁵.

Konuya ilişkin olarak dikkat çekilmek istenen bir diğer husus da doğrudan taşınmazın aynına ilişkin bir sorun olmamakla birlikte, taşınmaz üzerinde tescille

¹³ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Filiz 2020) 131.

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin 2019) 227; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 10) 230-231; Sirmen (n 10) 193-195.

¹⁵ Türkiye Arabulucular Etik Kuralları m. 10 uyarınca, arabulucu, arabuluculuğun geliştirilmesi ve barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi ve arabuluculuğa ilişkin toplumsal farkındalığın oluşturulması, artırılması ve kurumun tanıtılmasından sorumludur. Söz konusu etik kuralların amaçlarından biri, barışçıl bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa toplum tarafından duyulan kamu güvenini arttırmaktır. Kamunun arabuluculuğa duyduğu güvenin korunması ve arabuluculuğun geliştirilmesi için, arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin uyuşmazlık çözümünü aşar şekilde muvazaa amacıyla kullanılmasına izin vermemesi gerekir.



mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanacak olan tarafın taşınmazın dolaysız zilyetliğine ulaşması açısından teslim (ve gerekirse tahliye) şartının da arabuluculuk anlaşma belgesine eklenmesinin fayda sağlayacağı hakkındadır. Zira anlaşma belgesine bu yönde şartların eklenmesinin, taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını engelleyeceği düşünülmektedir. Üstelik TBK'nın 245. maddesinde taşınmaz satışında satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için yapılan sözleşmelere getirilen yazılı geçerlilik şekline de uygun hareket edilmiş olacaktır.

Türk Hukukunda yazılı şeklin gerçekleşmesi açısından sözleşmenin, taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kaleme alınmasının bir önemi bulunmaz. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar, yasal veya iradi temsilcileri ya da arabulucu tarafından yazılı hale getirilmesi mümkündür. Öğretide¹⁶ arabuluculuk anlaşma belgesini hazırlama görevinin genellikle arabulucuya ait olduğu yönünde bir görüş bulunmakla birlikte; HUAK'tan ve Yönetmelikten bu sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda da arabulucu anlaşma belgesini düzenlemekle değil; anlaşma belgesinin taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uygun olarak düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür¹⁷. Arabulucunun bu şekilde düzenlenmeyen arabuluculuk anlaşma belgelerini imzalamaktan imtina etmesi zorunludur. Arabulucunun açık bir şekilde hukuka aykırı olan anlaşma belgesini imzalaması durumunda hukukî sorumluluğunun yanı sıra disiplin sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir¹⁸. Örneğin taşınmaz üzerindeki intifa hakkı sahibinin, bu hakkını bir diğer kişiye devretmesini konu alan bir arabuluculuk anlaşma belgesi, açıkça TMK'nın emredici hükümlerine aykırı olacağından, arabulucu tarafından imzalanmamalıdır.

D. HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabuluculuk anlaşma belgesi, uyuşmazlığın anlaşmayla çözümlenmesi yönünde irade açıklayarak anlaşma belgesini imzalamış tarafları bağlayan bir mad-

¹⁶ Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018) 234; Büyükcay (n 5) 101; Zeki Okur, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk* (2. Bası, Karahan 2019) 155; Mustafa Çiçek, *'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk'* (2018) 13(139) Terazi Hukuk Dergisi 51 58; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (2. Bası, Adalet 2018) 373; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 183.

¹⁷ Arabuluculuk anlaşmasının icraya elverişli şekilde hazırlanabilmesi arabulucunun hukukçu olmasını, ilgili alanda uzmanlık bilgisine sahip olmasını gerektirmektedir. Bkz. Kurt Konca, N. 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 367 402.

¹⁸ Arabulucunun, anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda denetim yükümlülüğünün bulunmadığı; bununla birlikte, tarafları bu konuda bilgilendirmesi gerektiği görüşü için bkz. Kıyak (n 5) 532.

di hukuk sözleşmesidir¹⁹. Anlaşan taraflar taşınmazın aynına ilişkin olarak isimli veya isimsiz bir sözleşme kurmak konusunda serbesttirler. Ancak aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi, bu noktada göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede tek tarafa, tam iki tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yapılabilirler. Taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın kurulmasını borçlanabilecekleri gibi, kurulmuş bulunan bir aynı hakkın sona ermesi veya (aynı haklara hakim olan sınırlı sayı ilkesine aykırılık oluşturmamak kaydıyla) kapsamının değiştirilmesini de (örneğin kaynak irtifakında alınacak suyun miktarının artırılması) kararlaştırabilirler.

Taşınmazın üzerinde aynı hak kurulmasını konu olan sözleşmeler kural olarak resmi şekle tabidir. Bu durum TMK'nın 706/1. maddesinde "*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*" düzenlemesiyle ortaya konmuş hemen arkasından maddenin ikinci fıkrasında ölüme bağlı tasarrufların ve mal rejimi sözleşmelerinin, kendilerine özgü şekillere tâbi oldukları istisnasına yer verilmiştir. Aslında taşınmazın üzerinde aynı hak değişikliği yapılmasına ilişkin borçlandırıci işlemlerin resmi şekle tabi olmasının tek istisnası TMK'nın 706/2. maddesi değildir. Önalım sözleşmesinin veya miras paylaşım sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olması nedeniyle de benzer istisnalara rastlanması mümkündür. Hatta arabuluculuk anlaşma belgesinde arabulucunun da katılımının (imzasının) bulunmasının, arabuluculuk anlaşma belgesini yazılı şekilden resmi şekle taşıdığı da düşünülmelidir²⁰. Üstelik taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı şekilde düzenlenmesi de yeterli bulunmamış ve bu sözleşmeye bir de icra edilebilirlik şerhi alınması şartı eklenmiştir. Böylece taşınmazın aynında değişikliğe sebep olan anlaşmada arabulucunun gözünden kaçan bir eksiklik

¹⁹ Süleyman Dost, 'Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' (2014) 115 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 449, 453; Ronan Feehily, 'The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements' (2013) Hibernian Law Journal 12 1, 2, 4; Jacqueline M. Nolan-Haley, 'Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent' (2013) 5 Arbitration Law Review 152-162. <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=arbitrationlawreview>> Erişim Tarihi: 22.06.2023, 152, 155; Bruce R. Parker, 'What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements' (1992) 59(3) Defense Counsel Journal (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.05.2021) 322 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 23.06.2023) 322-339; Edna Sussman, 'The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement' (2008) <https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2023, 7; Büyüyak (n 5) 108; Azaklı Aslan, Zorunlu Arabuluculuk (n 15) 236; Ekmekçi, Özokes, Atalı ve Seven (n 7) 51; Kılıçoğlu (n 6) 89; Taşpolat Tuğsavul Arabuluculuk (n 15) 184; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 344; Okur (n 15) 155; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C. 2* (5. Bası, Yetkin 2022) 1714; İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı 2019) 41; Bruno Zeller and Leon Trakman, 'Mediation and arbitration: the process of enforcement' (2019) 24 Unif. L. Rev. 449-466, <<https://watermark.silverchair.com/unz020.pdf?token=>> Erişim Tarihi: 28.06.2023.

²⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Badur, Anlaşma Belgesi (n 5) 64-66.

veya hukuka aykırılık bulunuyorsa; bunun hakim tarafından denetlenmesi yoluyla giderilmesi amaçlanmıştır.

Yasa koyucu tarafından HUAK'ın 17/B maddesiyle taşınmaz mülkiyetinin (veya taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakların) kazanılması için yazılı şekil şartına ve icra edilebilirlik şerhi alınmasına tabi yeni bir kazanma sebebi oluşturulduğu sonucuna varılmaktadır²¹.

II. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ

İcra edilebilirlik şerhi, arabuluculuk anlaşma belgelerinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren çekişmesiz yargılama neticesi mahkemeler tarafından verilen belgedir²². İcra edilebilirlik şerhi alınması, 7445 sayılı Kanun değişikliği öncesinde tarafların iradesine bırakılmış iken; değişiklikle kanunda belirtilen hallerde bu şerhin alınması zorunlu hale getirilmiş, görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin farklı hükümler öngörülmüş ve incelemenin kapsamına dair özel belirlemeler yapılmıştır.

a. İcra Edilebilirlik Şerhi Alınması Zorunluluğu

7445 sayılı Kanun ile, taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeler-i bakımından HUAK m. 18'de yer alan icra edilebilirlik şerhi alınması serbestisi kaldırılmıştır. Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilebilirliğine ilişkin olarak şerh alınması HUAK m. 17/B/4 hükmü ile zorunlu kılınmıştır. Maddenin lafzında anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınmasının zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir.

HUAK m.18/4 hükmünde, 7036 sayılı Kanun değişikliği ile, tarafların, avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğine belge sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenle-

²¹ Bununla birlikte, bu düzenlemeden evvel da taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk suretiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir. Badur, Anlaşma Belgesi (n 5) 79; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (6. Bası Filiz 2022) 507; Büyükkay (n 5) 200; Koçyiğit ve Bulur (n 18) 75; Ersin Erdoğan ve Büşra Cömert, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' (2018) 13(138) Terazi Hukuk Dergisi 27, 38. Doğa Ekrem Doğancı, 'Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi' (2013) 1(2) Sakarya Hukuk Dergisi 93, 112. Yağcı, Singapour Konvansiyonu kapsamındaki bir sulh anlaşmasının taşınmaz aynına ilişkin bir edim içermesi halinde bu edimin yerine getirme talebinin yetkili makam tarafından uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması gerekçesiyle (Konvansiyon m. 5/2/b) değil kural olarak kamu düzenine aykırılık sebebiyle (Konvansiyon m. 5/2/a) reddi gerektiği görüşündedir. Bkz. Mustafa Okan Yağcı, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' Public Private International Law Bulletin (2022) 42 (2) 529, 552.

²² Özbek, AUÇ (n 18) 1715; Büyükkay (n 5) 130.

me yapılmadan evvel, tarafların avukatlarının da katıldığı müzakereler sonucunda hazırlanan anlaşma belgesine ilam niteliğinde belge özelliği kazandırılmak istendiğinde icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir. HUAK m. 18/4 düzenlenmesinde 7036 ile yapılan değişikliğin temelinde, Avukatlık Kanunu m. 35/A'da yer alan avukatın uzlaşma sağlama yetkisi çerçevesinde hazırlanan uzlaşma tutanaklarının ilam niteliğinde belge sayılması hükmüyle uyum sağlama gereği bulunmaktadır²³. Çünkü taraf avukatlarının müvekkillerinin uzlaşmasını sağlamaları halinde, tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanağın, esasen amaç ve kapsam bakımından arabuluculuk anlaşma belgesiyle aynı özellikleri taşıdığı kabul edilmektedir.

7445 sayılı Kanun ile HUAK m. 18/4 hükmünde son bir değişiklik yapılarak, kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı haller (HUAK m. 17/B/4 ve 18/B/3) hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise sadece avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı belirtilmiştir.

HUAK m. 17/B/4 hükmündeki zorunluluğun anlamını belirlemek için bu hükmü, HUAK m. 18 ve 18/B/3 hükümleriyle birlikte değerlendirmek gerekir. Kiralanan taşınmazların İİK'ya göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculukta anlaşma belgeleri taraf, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanmış olsa dahi icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur (HUAK m. 18/B/3). Bu uyuşmazlık türleri incelendiğinde, kira uyuşmazlıkları hariç olmak üzere, anılan uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk anlaşmalarının sıklıkla taşınmazın aynına ilişkin edimler içermesinin muhtemel olduğu, yasa koyucunun bu sebeple HUAK m. 17/B/4 ve 18/B/3 hükümlerinde arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından icra edilebilirlik şerhi alınması zorunluluğunu paralel bir şekilde düzenlediği görülmektedir.

Arabulucu her ne kadar hukuk fakültesi mezunu olsa da hakim ya da hakem gibi yargısal bir faaliyette bulunarak arabuluculuk sürecini yürütmediği için, taşınmazın aynını ilgilendiren anlaşma belgelerinin, icra edilebilirlik şerhi incelemesiyle yargısal bir denetim süzgecinden geçmesinde fayda bulunmaktadır. Yasa koyucunun taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların, vekillerin ve arabulucunun imzasını yeterli görmeyerek mahkeme denetimini zorunlu tutmasının temelinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların sağlıklı ve hukuka uygun bir

²³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 7) 11; Mustafa Serdar Özbek, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 76; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 359.



şekilde giderilmesine verilen önem bulunmaktadır. Devletin tapu sicilinin hukuka ve gerçeğe uygun tutulmamasından doğan zararlardan kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş; tapu siciline yapılan kayıtlarda sebebe ve resmi şekle bağlılık ilkeleri benimsenmiş; tapu sicilinin düzeltilmesi ve değiştirilmesi usulleri yasa koyucu tarafından belirli kılınmıştır. Bu çerçevede taşınmazın aynına ilişkin hüküm içeren arabuluculuk anlaşma belgelerinin, yargısal bir denetimden geçirilerek tapu sicilinde değişiklik yapılmasına dayanak teşkil etmesi, belirtilen ilke ve kurallarla bağdaşan bir tercih olarak nitelenebilir.

İcra edilebilirlik şerhi, arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme kararları gibi cebri icraya konu edilebilmelerini sağlamaya yöneliktir. İcra takibi başlatılabilmesi için, belgedeki yükümlülüklerin icraya elverişli nitelik taşıması gerekir. Bir edimin ifasını sağlamaya yönelik belgeler cebri icraya elverişlidir; buna karşılık, bir edim içermeyen, sadece durum tespit eden belgeler cebri icraya elverişli nitelik taşımazlar²⁴. Bu açıdan değerlendirildiğinde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi, arabuluculuk anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olduğunu tasdik eden ve bu belgenin İİK m. 38 anlamında ilam niteliğinde belge olmasını sağlayan bir yargılama faaliyetidir²⁵. İcra edilebilirlik şerhi almış olan anlaşma belgeleriyle ilamlı icra takibi yapılabilmekte ve anlaşmaya konu edimin cebri icrayla yerine getirilmesi sağlanmaktadır²⁶.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların sonlandırılmasının tapu sicilinde yapılacak bir değişiklik ile sağlanmasının talep olunduğu hallerde tapu sicilinin düzeltilmesi davası veya tescile zorlama davası olarak adlandırılan davalar açılmakta; bu davaların neticesi, mahkeme tapu sicilinde değişiklik yapılmasına karar verebilmekte; taşınmaz üzerindeki aynı hak, tescilden önce mahkeme kararıyla kazanılmaktadır. Mahkemelerin taşınmaz üzerinde aynı hak kurulmasına veya değişikliğine yönelik bu kararları inşai hüküm kapsamında değerlendirilmektedir²⁷. İnşai hükümlerin ilamların icrası yoluyla yerine getirilmelerine gerek bulunmamaktadır. Zira inşai hükümler, verilmeleri ve kesinleşmeleri ile kendiliğinden (ipso iure) etkilerini doğurmaktadırlar²⁸.

HUAK'ın 17/B/4. maddesi uyarınca taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin verilmesiyle ilgili diğer hususlar hakkında HUAK m. 18 uygulanır. Buna göre, icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgeleri ilam niteliğinde belgedir. İlam niteliğinde belgeler esasen cebri icrada ilamlı icra takibi başlatılması işlevini görürken; taşınmazın

²⁴ Süha Tanrıver, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yetkin 1996) 99.

²⁵ Özbek, AUÇ (n 18) 1743; Büyükkay (n 5) 130.

²⁶ Özbek, AUÇ (n 18) 1743.

²⁷ Elif İrmak Büyük, *Medeni Usul hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm* (On İki Levha 2021) 180.

²⁸ Tanrıver, İlamlı İcra (n 23) 65.

aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk anlaşma belgeleri icra edilebilirlik şerhi aldıklarında, tapu sicilinde işlem yapılmasına imkan vermektedir. Bu çerçevede, ilam niteliğinde belge kavramına, arabuluculuk anlaşma belgeleri bağlamında yeni bir işlev eklenmekte; sadece icra müdürlüklerindeki ilamlı takiplerin değil, tapu müdürlüklerindeki tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme vasfı kazandırılmaktadır.

b. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, icra edilebilirlik şerhi alınması bakımından görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu HUAK m. 17/B/4 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık HUAK m. 18’de, arabuluculuk şerhinin alınmasında görevli mahkeme hususunda ikili bir ayırım yapılmıştır. Davanın açılmasından evvel arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bakımından sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesinin davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği belirtilmiştir (HUAK m. 18/2). Bu düzenleme, genel hüküm niteliğindedir.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğu düzenleyen HUAK m. 17/B hükmünde ise, uyuşmazlık hakkında derdest bir dava olup olmadığı ayırımı yapılmaksızın her durumda sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Sonraki kanun ve özel kanun olması sebebiyle HUAK m. 17/B/4 hükmü çerçevesinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde her durumda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu durum taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığı konu alan derdest bir davaya bakan mahkemenin, söz konusu uyuşmazlık dava içi arabuluculukla çözümlenirse, bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verememesi sonucunu doğurur. Uyuşmazlığa yabancı konumda bulunan sulh hukuk mahkemesinin bu işi gerçekleştirmesi usul ekonomi ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öğretide²⁹, icra edilebilirlik şerhinin somut uyuşmazlık bakımından ihtisas mahkemesi niteliği taşıyan bir mahkeme varsa bu mahkeme tarafından incelenmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Zira konunun uzmanı olan mahkemenin özellikle uyuşmazlığın arabuluculuğa ve icraya elverişli olup olmadığını sulh hukuk mahkemesine nispeten daha doğru ve daha kısa sürede inceleyeceği kabul edilmektedir.

Öğretideki bir diğer görüş³⁰, icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda, icra konusunda uzman olan icra mahkemelerinin görevlendirilmesi gerektiği yönündedir. Çünkü arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak ilamlı icra takibi baş-

²⁹ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 7) 11.

³⁰ Özbek, İcra Edilebilirlik Şerhi (n 22) 80 vd.



latıldığında, belgenin icraya elverişli olmadığına ilişkin şikayetleri incelemekle görevli yargı yeri icra mahkemeleridir (İİK m. 16). İcra mahkemelerinin görevli olması halinde, onun yapacağı inceleme, ilamlı icra takibi sırasında ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçecektir.

HUAK m. 17/B/4 ile 18/B/3 hükümleri taşınmazın aynına ilişkin sonuç doğurması muhtemel uyuşmazlıklarda görülmekte olan bir dava bulunsun bulunmasını icra edilebilirlik şerhi bakımından sulh hukuk mahkemesini görevli kılmıştır. Bunun temelinde HUAK'ın 18/B/1. maddesinde belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin açılan davaların çoğunda HMK m. 4 uyarınca sulh hukuk mahkemelerinin görevli olmasının bulunduğu düşünülebilir. Kira, kat mülkiyeti, ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda görevli olan sulh hukuk mahkemesinin bu husustaki icra edilebilirlik şerhlerinde de görevli olmasının uzmanlık açısından yerinde olacağı değerlendirilebilir.

Yasa koyucu tarafından konuya ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılınmasındaki amacın taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı denetiminin yapılması olduğu gözetildiğinde, asliye hukuk mahkemelerinin taşınmaz uyuşmazlıklarındaki uzmanlık ve tecrübelerinin dikkate alınması yerinde olurdu.

Taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen HMK m. 12/1 hükmüne benzer şekilde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları konu alan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Bu yetki kuralı kesin olup, kamu düzenine ilişkindir. Kesin yetki kuralları dava şartı olduğu için sulh hukuk mahkemesinin yetkili olup olmadığını her zaman inceleyebilmesi ve bu hususta karar verebilmesi mümkündür. Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması usûl hukuku hükümleriyle paralel olduğu için yerindedir.

Ancak anlaşma belgesinin farklı yargı çevrelerinde bulunan birden fazla taşınmazı konu alması durumunda, yetkili mahkemenin nasıl belirleneceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. HMK m. 12/3 uyuşmazlığın birden fazla taşınmaza ilişkin olması halinde, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerdeki mahkemenin diğer taşınmazlar bakımından da yetkili olduğunu düzenlenmiştir. HUAK'ta bu yönde bir düzenlenme olmadığı gibi, HMK'ya atıf hükme de bulunmamaktadır. Kesin yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan yorum ya da kıyas yoluyla arabuluculukta uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu sebeple farklı yargı çevrelerinde bulunan birden fazla taşınmazın bulunma ihtimalinin de ayrıca düzenlenmesinde fayda vardır.

c. Yargılama ve Karar

HUAK m. 18 uyarınca, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme kural olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi incelemesi kanun gereği duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Kanun koyucu bu

genel düzenlemelerden farklı olarak 7445 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde icra edilebilirlik şerhi yargılamasına ilişkin özel hükümler öngörmüştür. HUAK'ın 17/B/4 ve 18/B/3. maddelerinde icra edilebilirlik şerhi verilmesi için, mahkemeye gerektiğinde duruşma açmaya yönelik takdir yetkisi tanınmıştır.

Mahkemenin öncelikle arabuluculuk anlaşma belgesini şekli açıdan incelemesi uygun olur. Arabuluculuk sürecinin sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından yürütülüp yürütülmediği ve tarafların ehliyet ile yetkilerinin bulunup bulunmadığını mahkemenin resen araştırma ilkesi (HMK m. 385/2) çerçevesinde incelemesi gerekir³¹. Keza mahkemenin anlaşma belgesinin emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırılık açısından da inceleme yapması gerekliliği üzerinde durulmaktadır³². Anlaşma belgesinde tarafların ve iradi veya yasal temsilcileri ile arabulucunun imzasının bulunup bulunmadığı-incelemelidir. Bu imzaların eksikliği halinde, geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi bulunmadığı için icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilmelidir.

Mahkemenin yapacağı diğer inceleme, anlaşmanın içerik itibarıyla cebri icraya elverişli olup olmadığı hakkındadır. İçerik yönünden anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olması, bir edimin ifasına yönelik hükümlerin varlığını gerektirir. Buna karşılık edim ifası içermeyen, bir hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu tespiti yönelik anlaşmalar içerik itibarı ile cebri icraya elverişli sayılmamaktadır³³. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda anlaşma belgesinde yer alan, taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine dair yükümlülüklerin de bir edimin ifasını konu aldığını kabul etmek gerekir.

Düzenlemeyle anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verecek mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verilmekle, anlaşma belgesinin taraflarının hak ve menfaatlerinin korunması ve olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmıştır. Mahkeme yapacağı incelemede kurum veya kuruluşlardan bilgi veya belge talep edebilir. Mahkemenin TAKBİS sisteminden tapu sicil kayıtlarını incelemesi veya gerekliyse tapu sicil kayıtlarını tapu müdürlüklerinden müzekkereyle isteyerek kayıtlar üzerinden içerik denetimi yapması uygun olur.

³¹ Büyükkay (n 5) 148; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşma (n 5) 365. Karşı görüş, icra edilebilirlik şerhi verilmesi incelemesinin HUAK'ta belirtilen hususlarla sınırlı olduğu; bu hususlar dışında mahkemenin resen inceleme yapamayacağı yönündedir. Bkz. Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk* (Adalet 2020) 71; Serhat M. Sarısözen, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkında Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu', (2011) 15(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265, 268. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, kamu düzenine ilişkin olmayan uyuşmazlıklar olması sebebiyle icra edilebilirlik incelemesinde taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması görüşü için bkz. Büşra Kazmaz Tepe, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü' (2018) 5(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 125, 131.

³² İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021) 221-222.

³³ Tanrıver, İlamlı İcra (n 23) 67, 99; Büyükkay (n 5) 148.



İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin talep hakkındaki inceleme taşınmazın aynına ilişkin anlaşma belgelerinde daha kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Mahkeme icra edilebilirlik şerhi verirken söz konusu anlaşma uyarınca tapu sicilinde taşınmaza ilişkin yapılacak tescil, terkin veya tadil işlemlerinin açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmelidir. Tapu sicil müdürlüğünün anlaşma belgesine dayalı olarak kendisine sunulan talebe ilişkin herhangi bir tereddüde düşmesine mahal veremeyecek açık ve netlikte edimler içermesi önem arz etmektedir. Eğer anlaşma belgesi açık ve net değilse, icrasında tereddütlerle karşılaşılması muhtemelse, sulh hukuk mahkemesi icra edilebilirlik şerhi talebini reddetmelidir. Mahkemenin anlaşmadaki belirsizlik veya çelişkileri gidermek üzere yargılama yapması, anlaşma belgesindeki taraf iradelerini yorumlayıp icraya elverişli bir şekilde anlaşma belgesini yenileyerek icra edilebilirlik şerhi vermesi mümkün değildir.

Taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta, anlaşma belgesinde geciktirici şarta bağlı edimler öngörülmüş olabilir. Bu halde geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi ve şart gerçekleşmişse icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerekir.

Mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararı inşaf bir karardır. Çünkü bu karar anlaşma belgesinin ilamlı icra takibine konu edilebilmesini sağlamaktadır³⁴. Öğretide³⁵ 7445 sayılı Kanun değişikliğinden önce ilam niteliğinde belge kavramı eleştirilmekte; ilam niteliğinde belgelerinin tek işlevinin ilamlı icra takibine dayanak teşkil edebilmek olduğu vurgulanmaktadır. Ancak arabuluculuk anlaşma belgeleri, anlaşılan hususlarda dava açma yasağı (HUAK m. 18/5) ve 7445 sayılı Kanun sonrasında tapu sicilinde aynı hak değişikliğine hukuki dayanak teşkil etmeleri yönleriyle diğer ilam niteliğinde belgelerden farklılaşmaktadır.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilebilir (HUAK m. 18/3/3). İstinaf başvurusu maktu harca tabidir. Taraflar, icra edilebilirlik şerhi istemiyle ilgili olarak verilmiş bulunan mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işi, bir çekişmesiz yargı işi olduğu için, bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde, istinaf yoluna başvuruabilirler (HMK m. 387).

Bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesini dilekçede belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapar, ancak kamu düzenine aykırılık halinde bu durumu re'sen gözetir (HMK md. 355). Kanaatimizce, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olma-

³⁴ Özbek, AUÇ (n 18) 1261; Cengiz Topel Çelikoğlu '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usülleri İle İlişkisi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Eds), *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan C. 1* (Yetkin 2014) 708; Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 364.

³⁵ Tanrıver, *İlamlı İcra* (n 23) 83, *Büyükay* (n 5) 278.

dığı³⁶ ve taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığı hususları kamu düzenine ilişkin olduğu için, bu hususlar istinaf dilekçesinde ayrıca ve açıkça belirtilmesi dahi bölge adliye mahkemesi tarafından resen dikkate alınmalıdır.

Temyiz edilemeyen kararları düzenleyen HMK m. 362/1/ç hükmü uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemez. Bu sebeple icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi hakkında verilen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır³⁷.

Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, icra edilebilirlik şerhi talebi hakkında mahkemenin verdiği karar şekli anlamda kesinleşse dahi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir³⁸. Keza anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi durumunda, bu husustaki karar şekli anlamda kesinleşse dahi, anlaşma belgesi bizatihi maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz³⁹. Ancak taraflar arabuluculukta anlaşılan hususlarda dava açamazlar⁴⁰ (HUAM m. 18/5). Dava açma yasağının, arabuluculuk anlaşma belgelerine, ihtilafları kesin olarak sona erdirmeye özelliği kazandırdığı ifade edilmektedir⁴¹.

d. Şerhe İlişkin Kararın Kesinleşmesi

Bir mahkeme kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması kararların icrasını durdurmaz. Ancak kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmazın aynına ilişkin kararlar ancak kesinleşmelerinden sonra yerine getirilir (HMK m. 350). Zira yasa

³⁶ Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işi olduğu ve işin niteliği gereği kamu düzenini ilgilendirdiğinden istinaf incelemesinde sebeple bağlılık kuralının istisnasını teşkil ettiği yönündeki benzer görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 368-369.

³⁷ Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşma* (n 5) 369.

³⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 7) 112; Büyükcay (n 5) 280; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2022) 429; Dür (n 15) 377; Kılıçoğlu (n 6) 101; Çelikoğlu (n 33) 708; Özbek, *İcra Edilebilirlik Şerhi* (n 22) 75; Süha Tanrıver, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 111, 133; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Bası, Yetkin 2022) 137; Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk* (n 15) 192.

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin kararı: "Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm/kesin hüküm/mahkeme ilamı hâline getirmemekte, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlamlar ile ilam niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur." AYM, 94/89, 10.07.2013; RG 25.01.2014/28893.

⁴⁰ Mine Akkan, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.

⁴¹ Büyükcay (n 5) 279.



koyucu taşınmazın aynına ilişkin mahkeme kararlarının uygulanması halinde, kararın hatalı olduğu anlaşıldığında telifisi güç veya imkansız zararlarının doğması ni muhtemel görmüştür.

Taşınmazın aynına ilişkin bir arabuluculuk anlaşma belgesi hakkında icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, bu durumun kararın icrasına etkisini incelemek gerekir. Mahkemenin verdiği karar her ne kadar anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkinse de, taşınmazın aynını konu alan ilamlar gibi, bu karar da kesinleşmeden icra edilir ve kararın istinaf aşamasında hatalı olduğu anlaşılsa, geri dönülmesi mümkün olmayan ya da telifisi güç durumların ortaya çıkması olasıdır. Dolayısıyla taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararın kesinleşmesinden sonra tapu müdürlüğünden anlaşmaya göre işlem yapılması talebinde bulunulması gerekir.

7445 sayılı Kanun'da icra edilebilirlik şerhine dair kararın kesinleşmesinden sonra arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicilinde tescil talebinde bulunulabileceğinin düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu durum, kesinleşme şartının aranıp aranmadığına ilişkin tereddütlere yol açabilir. Ancak HMK m. 350 uyarınca, tapu müdürlüklerinin icra edilebilirlik şerhine dair karar kesinleşmeden bu belgeye dayalı işlem yapmaması uygun olur.

Öte taraftan istinaf yargılamasının uzun sürmesi halinde hukukî güvenlik bakımından sorunlar ortaya çıkabilir. Zira tapu siciline konulan tasarrufu kısıtlayıcı şerh arabuluculuk süresiyle sınırlı olduğu; arabuluculuk son tutanağının tutulmasıyla birlikte şerhin kaldırılması gerektiği için icra edilebilirlik şerhine ilişkin kararın kesinleşmesi sürecinde üçüncü kişilerin arabuluculuk anlaşma belgesinin hilafına aynı hak kazanmaları söz konusu olabilir. Bu sebeple hukukî güvenlik açısından icra edilebilirlik şerhi kararı alınıp kesinleşmesine kadar olan süreç için tasarrufu kısıtlayıcı şerh konulmasına dair bir ihtiyati tedbir kararı alınmasında fayda bulunmaktadır.

III. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ ALINMIŞ ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN İFASI

TMK'nın 705/1. maddesinde "*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*" hükmü düzenlenmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin ve sırasıyla TMK'nın 780/1, 795/2, 840/1 ve 856/1. maddelerinde de taşınmazlar üzerinde kurulan sınırlı aynı hakların kazanılmasının tescille olacağı yasal ilke olarak kabul edilmiştir. Söz konusu ilke gereğince Türk Hukukunda tescil kurucu nitelik taşır. Hakkın sicil dışı/tescil öncesi kazanılması ve bu durumlarda yapılan açıklayıcı tescil yasal ilkenin istisnasıdır. Yasal olarak düzenlenmiş ilkenin istisnalarının yaratılmasında da yasa koyucu tarafından düzenlenme ilkesi benimsenmiş ve her tescilden önce kazanım hali, TMK veya diğer kanunlarda açıkça kaleme alınmıştır.

Yapılan açıklamalar ışığında, yasa koyucu tarafından icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin tescilden önce aynı hak kazanımına sebep olacağı açıkça düzenlenmedikçe, tescille kazanım ilkesinin istisnasını oluşturamayacağı sonucuna varılmaktadır. HUAK'ın 17/B maddesinin dört fıkrasında da bu alanda yasal olarak tescile dayalı kazanım halinin istisnasının oluşturulduğuna dair bir ibareye rastlanmamaktadır. Demek ki icra edilebilirlik şerhi de alınmış olsa, arabuluculuk anlaşma belgesi, sadece tescilin (veya terkinin) sebebinin oluşturacak niteliktedir⁴²; yoksa tescilin veya terkinin işlevine sahip değildir.

TMK'nın 1013/1. maddesi uyarınca tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikin (veya yetkili temsilcisinin) yazılı beyanı üzerine yapılır. Taşınmazın malikin tapu sicilinde de malik olarak görünmesi gereklidir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarından birinin taşınmazın maliki (veya yetkili temsilcisi), diğer tarafın da tescil sonucunda taşınmaz üzerinde hak kazanacak olan kişi olması durumunda, malikin tescil talebinde bulunmasıyla tescil yapılacak ve anlaşmanın tarafı olan kişi aynı hakkı kazanacaktır.

Asıl sorun icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine rağmen malikin, tescil talebinde bulunmaması halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda anlaşma belgesiyle aynı hak kazandırılması taahhüt edilen (ve malik olmayan) tarafın, TMK'nın 716/1. maddesi dışında tescile zorlama davası açmak yoluna başvurabilecektir. TMK'nın 716/1. maddesinde tescile zorlama davası "*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*" ifadesiyle düzenlenmiştir.

Ancak yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında arabuluculuk anlaşma belgesinin uygulanmasını sağlamak için bir de tescile zorlama davası açmak zorunda kalacak kişinin, hem hak kaybına uğrama ihtimali artacak hem de yargının iş yüküne yenileri eklenmiş olacaktır. Bu sonuç, arabuluculuk yoluyla elde edilmesi amaçlanan kazan-kazan formülüne de barışçıl çözüm yolu ilkesine de uygun değildir.

TMK'nın 1013/2. maddesinde "*Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.*" ifadesiyle tescil talebi aranmaksızın tescilin yapılacağı istisnalara yer verilmiştir. İcra edilebilirlik şerhine dair mahkeme kararı, maddede kastedilen ku-

⁴² Taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın kazanılabilmesi için tapu siciline yapılacak tescilin, ona esas teşkil eden geçerli bir hukuki işleme dayanması gerekir. Diğer bir ifadeyle tapuda yapılan tescil işleminin geçerliliği, buna neden olan esas hukuki işlemin (satış, bağışlama mal değişim sözleşmesi gibi) geçerliliğine bağlıdır. Bu husustaki tapu sicili ilkesine tescilde sebebe bağlılık ilkesi adı verilmektedir. Tescilin bağlayıcı bir hukuki işleme dayanması, hukukî bir sebebinin bulunması gerekir. Aksi takdirde, yolsuz tescil söz konusu olur (TMK m. 1024).

rucu (inşai) nitelikteki mahkeme kararlarından biri olarak nitelenemese de “buna eşdeğer bir belge” olarak kabul edilebilir.

Öğretide 7445 sayılı Kanun değişikliğinden önce bir görüşte⁴³, Singapur Sözleşmesi⁴⁴ bakımından taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliği öngören sulh anlaşmasının ilam niteliğinde belge olmadığı ve Türk hukuku açısından icraya elverişli nitelik taşımadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, taraflar taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözümleyebilirler. Ancak arabuluculuk süreci sonunda yapılan sulh anlaşması, borçlu tarafından yerine getirilmezse, ilgilinin bu anlaşmaya dayanarak tapuda kendi adına tescil talebinde bulunması mümkün olmaz; hak sahibi sadece tapuda adına tescil yapılması talebiyle TMK’nın 716. maddesine dayanarak tescile zorlama davası açabilir. Azınlıkta kalan diğer bir görüş⁴⁵ ise, arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmadan dahi (verilen örnek üzerinden paydaşlığı sona erdiren paylı maliklerin) tescil talebine dayanak teşkil edebileceğini kabul etmektedir.

7445 sayılı Kanun değişikliği öncesi, taraflar arabuluculuk sürecinde taşınmazın aynına ilişkin bir edim içerir şekilde anlaşmışlarsa, bu anlaşmanın ifasını, tapu müdürlüğünde genel hükümler çerçevesinde yapacakları işlemlerle sağlamaktaydı. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın aynına ilişkin hak kazanması kararlaştırılan tarafın tescil talebinde bulunması TMK’nın 1013/1. maddesi kapsamında mümkün değildi. 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle bu sorunun çözümlenmesinin istendiği⁴⁶ ve taraflardan sadece birinin icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tescil talebinde bulunmasının mümkün hale getirildiği düşünülmektedir.

Kanunda icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicilinde malik (veya sınırlı aynı hak sahibi) tarafından tescil (veya

⁴³ Sibel Özel ‘Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2019) 25(2) 1190, 1206.

⁴⁴ Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Sözleşmesi), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 20.12.2018 tarihinde kabul edilmiş olup, Türkiye tarafından 07.08.2019 tarihinde Singapur’da imzalanmıştır. 7282 sayılı ve 25.02.2021 kabul tarihli Kanun ile Singapur Sözleşmesi’nin Türkiye tarafından onaylanması uygun bulunmuştur (RG 11.03.2021/31420). Singapur Sözleşmesi’nin onaylanması hakkında 21.04.2021 tarihli ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı yürürlüğe girmiştir (RG 22.04.2021/31462) Singapur Sözleşmesi’nin yürürlük tarihi 11.04.2022 olarak tespit edilmiştir (RG 25.02.2022/31761).

⁴⁵ Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası*, (Yetkin 2020) 422-423.

⁴⁶ Emre Kıyak, ‘6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış’, *Lexperablok*, 13.04.2023 (<https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/#fnref17>) (Erişim Tarihi: 01.07.2023)

hakkı sona erecek olmayan kişi tarafından terkin) talebinde bulunulabileceği açıkça düzenlenmemiş olsa da, 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle HUAK'a eklenen 17/B/4. maddesiyle bu amacın güdüldüğü akla yakın gelmektedir. Nitekim Kanunun TBMM Adalet Komisyonu görüşmelerinde de bu husus tartışılmış; icra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra bu belgeye dayalı olarak tapuda tek başına işlem yapılabilmesi vurgulanmıştır⁴⁷.

Sonuç olarak icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak hem taşınmazın malikinin (veya aynı hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan diğer hak sahiplerinin⁴⁸) hem de tescil veya terkinden menfaati olan tarafın talepte bulunulabileceği kabul olunmalıdır. TMK'nın 1013/3. maddesinde yer verilen *"Bir aynı hakkı tescilden önce kazanan kimse, gerekli belgeleri ibraz ederek tescili isteyebilir."* kuralının kıyasen uygulanması suretiyle, icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tescil talebinde bulunan tarafın, bu belgeyi ibraz etmesi gerekir. Anlaşan taraflardan hangisi (malik veya tescille hak kazanacak kişi) tescil talebinde bulunursa bulunsun, tescil kurucu tescil niteliğindedir.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, anlaşma belgesinin düzenlenmesi veya icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra; fakat tescil talebinden önce malikin yaptığı aynı hak tasarruflarının durumuna ilişkindir. Arabuluculuk sürecinde konulmuş bir tasarrufu sınırlandırıcı şerh olsa bile, bu şerh arabuluculuk sürecinin son bulmasıyla aslında etkisini yitirmiştir⁴⁹. Sicilde hak değişikliği yaratacak tescil yapılmadığı için, malik taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir ve aynı hakka ilişkin tasarruf işlemleri geçerlidir. Zira malikle hukuki ilişkiye giren

⁴⁷ "Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürü Hakan Öztatar - Tapu kaydına dair taşınmazlar da olsa taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyumsuzluklar bunlar yani tarafların çok rahatlıkla sulh, kabul, feragat yapabileceği uyumsuzluklar, taraflar üzerinde bence tasarruf edebilecekleri uyumsuzluklar, ara bulucuların her biri işte... Bizim sorununuz şuydu: Zaten biz bu sorunu çözüyorduk, taraflar tapuya gidip bu işlemleri yapıyordu ancak tek taraflı gidemiyorlardı Başkanım. Bunun için biz dedik ki: Bunun garantisi olsun, mahkeme kararı olsun, hâkim bunu görsün, incelesin, denetlesin, kontrol altına bir şekilde tarafların birisi hâkim kaydını alsın ve gitsin tapuda işlem yapsın. Herhangi bir sorun yok zaten; bu, tarafların yaptığı ihtiyari olarak çok rahatlıkla yaptıkları bir işlem. Taraflar anlaşıyordu. Şimdiye kadar nasıl yapıyorduk? Taraflardan iki taraf birlikte gidiyordu tapuya, birlikte işlem yapıyorlardı rızaya. Şimdi tek taraflı olarak mahkemeye gidecek, hâkim zaten bütün denetlemeyi yapacak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir işlem olduğunun içeriğine bakacak Başkanım, bütün denetimden sonra uygun görürse alıp onu tapuya götürerek tek taraflı işlem yapacak." Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi 3'üncü Toplantı 16.03.2023 19 (https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3125) (Erişim Tarihi: 05.07.2023).

⁴⁸ Örneğin anlaşma belgesiyle üst hakkının devredilmesi kararlaştırılmışsa, üst hakkı sahibinin veya bir aynı hakkın terkin için anlaşılması terkin edilmekle sona erecek aynı hakkın sahibi vb.

⁴⁹ HUAK m. 17/B/2 şerh her ne kadar tasarrufu kısıtlayıcı özellikte olsa da arabuluculuk süreciyle sınırlı olduğundan, bu şerhin koruyucu etkisi geline aşamada bulunmaz. Badur ve Kurt Konca (n 2) 871 vd.



ve hak kazanan üçüncü kişi, tapu sicilinde malik olarak kayıtlı (ve gerçekten an itibarıyla malik) olan kişiyle işlem yapmaktadır. Durumun böyle olmaması halinde tapu sicilinde hak sahibi görünen kişiyle hukuki işleme girerek aynı hak kazanan kişinin TMK'nın 1023. maddesi çerçevesinde tapu siciline güven ilkesi çerçevesinde kazanımı korunacaktır.

İcra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinden kaynaklanan tescil talebinin malikin hakkı devrettiği kişiye karşı ileri sürülebilmesi de mümkün görülmektedir. Sonuç olarak icra edilebilirlik şerhi de alınmış olan bir arabuluculuk anlaşma belgesi, böyle bir durumda uygulanırlığını yitirmektedir. Bu sonucu engelleyen bir hukuki mekanizma HUAK'ta düzenlenmemiştir.

IV. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ DÜZENLENMİŞ OLSA DA İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ ALINMAMASI VEYA VERİLMEMESİ HALİNDE DURUM

Anlaşmanın taraflarının icra edilebilirlik şerhi alınmamış bir arabuluculuk anlaşma belgesine dayalı olarak tapu sicil müdürlüğüne yapabilecekleri bir başvuru bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmemesi ihtimalini düzenlememiştir. Ancak uyuşmazlığın taraflarının, anlaşma belgesinin içeriğine uygun şekilde hukuki işlemleri yetkili resmi makamların (taşınmaz satışı için noter ve tapu müdürü; diğer aynı hak kazandıran işlemler açısından tapu müdürü) önünde gerçekleştirmek suretiyle hukuki kazanma sebepleri oluşturabilmeleri mümkündür. Bu durumda anlaşma belgesinin taşınmazın aynına ilişkin hak değişikliği açısından tescil veya terkin sebebi oluşturması söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle tescilin kazanma sebebi veya terkinin dayanağı, arabuluculuk anlaşma belgesi değil; tarafların şekle uygun biçimde ortaya koydukları hukuki işlem iradeleridir.

Bu noktada akla gelebilecek bir diğer hukuki sorun, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi almayan veya mahkemece bu şerh verilmeyen hallerde, tarafların anlaşma belgesinin ifasını dava açmak suretiyle sağlayıp sağlayamayacaklardır. TMK'nın 716/1. maddesinde düzenlenen tescile zorlama davasına dayanmak isteyen davacının, adına tescil yapılmasını mahkemeden talep etmesine uygun olan bir kazanma sebebinin tarafı olması gerekir. TMK'nın anılan hükmü, ortada geçerli bir taahhüt işlemi (tescil sebebi) olmasına rağmen, tescil talebinde bulunmayan malikin talep eksikliğinin aşılmasıdır.

Bu hükmün taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından uygulanmasının önündeki engel, anlaşma belgesinin kazanma sebebi oluşturma bağlayıcılığına erişmesi için, icra edilebilirlik şerhi alınması ve bu hükmün kesinleşmesi zorunluluğudur. Yani icra edilebilirlik şerhi alınmamış bir anlaşma belgesi, taşınmazın aynına ilişkin değişikliğin taahhüt işlemi niteliğini taşımadığından; tescile zorlama davasının açılmasına da uygun bir hukuki dayanak oluşturmamaktadır.

Bazı durumlarda arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriği, herhangi bir kazanma sebebine gerek olmaksızın da aynı hak değişikliğine yol açacak şekilde düzenlenmiş olabilir. Örneğin hak sahibine yeterli/beklenen faydanın sağlanmadığı bir irtifak hakkının sona erdirilmesine yönelik uyuşmazlıkta, tarafların irtifak hakkının son bulması konusunda anlaşmaları halinde; irtifak hakkı sahibinin terkin talebinde bulunması, aynı hak değişikliğinin gerçekleşmesi açısından yeterlidir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmemesi çeşitli sebeplere dayanabilir. Mahkeme görev, yetki, vekalet, taraf ehliyeti gibi usule ilişkin sebeplerle şerh verilmesi talebini reddetmişse, ilgilinin bu sebebe dair eksikliği gidererek görevli ve yetkili mahkemeden tekrar talepte bulunması mümkündür. Buna karşılık mahkeme, uyuşmazlığın arabuluculuğa veya icraya elverişli olmaması yahut taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara aykırı olması halinde talebi esastan reddedecektir. Her ne kadar çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımıyor olsa da; icra edilebilirlik şerhi talebinin esastan reddedilmesi hallerinde, buna gerekçe teşkil eden hukuka aykırılıkların giderilmesi mümkün olmadığından mahkemeden tekrar kesinleşme talebinde bulunulamaz.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun değişikliğiyle taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir. HUAK'ın 17/B maddesinde yasa koyucu tarafından tercih olunan *“taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar”* ifadesi yerine Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 73/A/1-d ve HMK m. 12 hükümlerine paralel şekilde *“taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar”* ifadesinin kullanılması, mevzuat uyumu bakımından yerinde olurdu.

HUAK'ın 17/B maddesinde tarafların taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta arabuluculuk yoluyla çözüme varmaları halinde, bunu arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirmeleri ve bu anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi almaları gerekliliği açıkça düzenlenmiştir. 7445 sayılı Kanun öncesinde arabuluculukta anlaşılan taraflara, bu anlaşmayı yazılı hale getirme konusunda irade serbestisi tanınmışken, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar açısından anlaşma, yazılı şekil şartına tabi kılınmıştır.

Keza icra edilebilirlik şerhi alınması da söz konusu kanun değişikliği öncesinde tarafların iradesine bırakılmışken, taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından bu şerhin alınması zorunlu hale getirilmiştir. Ayrıca bu hususta görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin farklı hükümler öngörülmüş ve incelemenin kapsamına dair de özel belirlemeler yapılmıştır. Bu farklılıklar, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklara dair arabuluculuk anlaşma belgelerinin etkisi göz önünde bulundurulduğunda, bu anlaşmaların sadece taraflar ve arabulucu tarafından değil;



bir de mahkemelerce taşınmazlara ilişkin sınırlamalar ve aynı haklara hakim olan ilkeler açısından denetlenmesini sağlamak amacıyla yönelmiştir.

HUAK'ın 17/B maddesinde yapılan değişiklikle yasa koyucu tarafından taşınmaz mülkiyetinin (veya taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların) kazanılması için yazılı şekil şartına ve icra edilebilirlik şerhi alınmasına tabi yeni bir kazanma sebebi oluşturulduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kazanma sebebinin sadece taşınmazın malikine değil; aynı hakkı kazanma konusunda arabuluculuk anlaşma belgesiyle yetkilendirilmiş tarafa da tescil talebinde bulunma hakkını verdiği düşünülmektedir.

İcra edilebilirlik şerhi verilmiş olan taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgeleri, HUAK'ın 17/B/5. maddesinde HUAK'ın 18. maddesine yapılan yollama nedeniyle ilam niteliğinde belgedir. 7445 sayılı Kanun değişikliğiyle ilam niteliğinde belge kavramına, arabuluculuk anlaşma belgeleri bağlamında yeni bir işlev eklenmekte ve sadece icra müdürlüklerindeki ilamlı takiplerin değil, tescil taleplerinin de hukuki dayanağını teşkil etme vasfı kazandırılmaktadır. Düzenlemeyle anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verecek mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verilmekte ve bu suretle tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ile olası hak kayıplarının önlenmesi amaçlanmaktadır.

İcra edilebilirlik şerhi vermek hususunda görevli mahkeme bakımından uyuşmazlık konusunda derdest bir dava bulunup bulunmadığı ayrımı gözetilmemiş; her durumda sulh hukuk mahkemesi görevli kılınmıştır. Hukuk sistemimizde taşınmazın aynına ilişkin davaların esasen asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi kuralı karşısında; taşınmazın aynına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin içeriğini denetlemek konusunda kanun değişikliği ile yeni görevlendirilen sulh hukuk hakimlerine taşınmaz mülkiyeti üzerindeki sınırlamalar, konuya dair usul ve esaslarla ilgili meslek içi eğitimler düzenlenmesi düşünülebilir.

Taşınmazın aynına ilişkin hukuki işlemlerin, diğer amaçlara ve konulara yönelmiş hukuki işlemlere oranla, muvazaa barındırma ihtimalinin daha yüksek olduğu göz ardı edilmemesi gereken bir hukuki gerçekliktir. Muris muvazaası başta olmak üzere, yasal veya sözleşmeden doğan önalım hakkının bertaraf edilmesi amacıyla bedelin olduğundan yüksek gösterilmesi, satış yerine bağışlama sözleşmesinin kurulması ya da tapu harçlarının ve vergilerin miktarının düşürülmesi amacıyla gerçek bedelin altında satış bedeli gösterilmesi gibi muvazaalı hukuki işlemlere uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Taşınmazın aynına ilişkin muvazaalı işlemlerin arabuluculuk faaliyetinden yararlanmak suretiyle meydana getirilmesi ihtimaline karşı, arabulucular tarafların anlaşmaya ilişkin gerçek ve serbest iradelerinin oluşmasına ve anlaşma belgesine bu haliyle geçirilmesine özen göstermelidirler.

KAYNAKÇA

- Akkan M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- Andrews N, 'Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts' (2013) 18(1) Uniform Law Review 6-16.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (5. Baskı, Yetkin 2022).
- Azaklı Arslan B, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018).
- Badur E, 'Arabulucu Sözleşmesi' (2020) 15(162) Terazi Hukuk Dergisi 248-265.
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) 18 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87.
- Badur E ve Kurt Konca N, 'Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması' (2023) 72 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 845-879.
- Başpınar V, 'Taşınmaz Satımında Vekalet' (1996) 45 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 485-486.
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz 2022).
- Büyük EI, *Medeni Usul hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm* (On İki Levha 2021).
- Büyükay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018).
- Çelikoğlu CT, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri İle İlişkisi' in Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Eds), *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan C. 1* (Yetkin 2014) 669-723.
- Çiçek M, 'İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk' (2018) 13(139) Terazi Hukuk Dergisi 51- 63.
- Doğancı DE, 'Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik İncelemesi' (2013) 1(2) Sakarya Hukuk Dergisi 93-118.
- Dost S, 'Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme' (2014) 115 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 449-476.
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (2. Bası, Adalet 2018)



Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2. Bası, On İki Levha 2019).

Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı Arabuluculuk (Zorunlu) Arabuluculuk* (Adalet 2020).

Erdoğan E ve Cömert B, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' 13(138) Terazî Hukuk Dergisi 27-47.

Ermenek İ, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin 2021).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2019).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Bası, Yetkin Yayınevi 2020).

Feehily R, 'The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements' (2013) 12 Hibernian Law Journal 1-26.

First A, 'A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space' (2017) 23 Harvard Negotiation Law Review 405-430 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.07.2023).

Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Filiz 2020).

Grossman A, *Good Practice Guide: Mediation* (Riba 2009).

Kazmaz Tepe B, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İlişkin İcra Edilebilirlik Şerhi Taleplerinde Yargılama Usûlü' (2018) 5(1) Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 125-150.

Kılıçoğlu AM, *Arabuluculuk Sözleşmeleri* (Turhan 2020).

Kıyak, E, '6325 Sayılı Kanun'un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcra-sına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m. 17/B Düzenlemelerine Genel Bakış', Lexperablock, (<https://blog.lexpera.com.tr/6325-sayili-kanunun-m-17-a-ile-17-b-duzenlemelerine-genel-bakis/#fnref17>) (Erişim Tarihi: 01.07.2023). (Taşınmaz)

Kıyak E, 'Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523-548. (Anlaşma Belgesi)

Koçyiğit İ ve Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Adalet Bakanlığı 2019).

Kurt Konca, N, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) 68 Adalet Dergisi 367-408.

Nolan-Haley JM, 'Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent' (2013) 5 Arbitration Law Review 152-162. <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=arbitrationlaw-review>> Erişim Tarihi: 22.06.2023.

Odaman S, 'Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2017) 19 Dokuz Eylöl Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 1753-1766.

Okur Z, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk* (2. Bası, Karahan 2019).

Oğuzman MK, Seliçi Öve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021).

Özbek MS, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi 69-86 (İcra Edilebilirlik Şerhi).

Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü C. 2* (5. Bası, Yetkin 2022). (AUÇ)

Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1190-1210.

Özmumcu S, 'Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi' (2018) 13(161) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi 9-36.

Parker BR, 'What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements' (1992) 59(3) Defense Counsel Journal (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. Erişim Tarihi: 24.05.2021) 322 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 23.06.2023) 322 -339.

Sarisözen SM, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkında Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu' (2011) 15(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi 265-266.

Sirmen L, *Eşya Hukuku*, (9. Bası, Yetkin 2021).

Sussman E, 'The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement' (2008) <https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf> Erişim Tarihi: 18.06.2023

Tanrıver S, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yetkin 1996). (İlamlı İcra)

Tanrıver S, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 111-142. (Dava Şartı)

Tanrıver S, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2. Bası Yetkin 2022). (Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012). (Arabuluculuk)

Taşpolat Tuğsavul M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği' (2019) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-379. (Anlaşma)

Topal Ö, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyû) Davası* (Yetkin 2022).

Uzun Kazmacı Ö, *Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde İradî Temsil* (Yetkin 2022).

Yağcı MO, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi', (2022) 42(2) Public Private International Law Bulletin 529-55.

Zeller B and Trakman L, 'Mediation and arbitration: the process of enforcement' (2019) 24 Unif. L. Rev. 449-466, <<https://watermark.silverchair.com/unz020.pdf?token=>> Erişim Tarihi: 28.06.2023.

REKLAM KURULU KARARLARINDA HELAL SERTİFİKALARI VE HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR

Advertising Board Decisions on Halal Certificates and Unfair Commercial Practices

Sümeyye ŞİMŞEK*

Elif Banu VARLI**

Özet

Bu makalede, helal sertifikalı ürünlerin yer aldığı bazı reklamlarda mevcut olan hukuka aykırılıklar hakkında Reklam Kurulunun verdiği kararlar üzerinden bu alandaki sorunların tespiti amacıyla bir inceleme yapılmıştır. Türkiye'deki Reklam Kurulunun işleyişi, karar verme süreci ve idari denetim mekanizmaları detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Çalışmada helal gıda sertifikasının kullanımı ve sertifikasyon belgelerinin usulüne uygun kullanımı konusunda Reklam Kurulunun denetim rolünün ne derece etkin olduğu incelenmiştir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen haksız rekabet ve haksız ticari uygulamalar bağlamında, helal sertifikası kullanan firmaların reklamları incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda, reklam faaliyetlerinde helal sertifikası kullanımının hukuki düzenlemelerle nasıl şekillendirildiği ve Reklam Kurulunun bu konudaki denetim rolünün önemi üzerinde durulmuştur. Helal sertifikalı ürün reklamlarının hem idari boyutu hem de özel hukuk boyutunun, Reklam Kurulunun verdiği kararlar ışığında ele alınması çalışmanın özünü oluşturmaktadır. Aynı zamanda, helal sertifikası kullanan firmaların haksız rekabet oluşturmadan, tüketicilerin haklarını koruyarak etik bir biçimde nasıl reklam yapabilecekleri konusunda çözüm önerileri sunulmuştur. Çalışma, Türkiye'de helal gıda sertifikasının kullanımının hukuki boyutunu ve bu süreçte Reklam Kurulunun rolünü ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu sayede, helal sertifikası kullanan firmaların haksız rekabet oluşturmadan ve tüketicilerin haklarını koruyarak etik bir biçimde nasıl reklam yapabilecekleri konusunda daha fazla bilgi sahibi olunabilecektir. Bu alanda yapılan düzenlemelerin ve denetimlerin, tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi açısından önemli olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Helal Sertifikasyon, Reklam Kurulu, İdari Denetim, Haksız Ticari Uygulama, Haksız Rekabet.

Abstract

This study aims to identify the legal infringements in advertisements featuring halal certified products, through a detailed examination of the decisions made by the Advertisement Board in Turkey. The study elaborates on the functioning, decision-making process, and administrative supervision mechanisms of the Advertisement Board. The study examines the extent to which

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.06.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, sumeyyesimsek53@outlook.com @asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9528-1543>.

** Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, banu.varli@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8416-2079>.



the Advertisement Board is effective in controlling the use of halal food certification and the proper use of certification documents. In the context of unfair competition and unfair trade practices regulated under the Turkish Commercial Code and the Law on Consumer Protection, advertisements by companies using halal certification were also scrutinized. This study found that the legal arrangements shaping the use of halal certification in advertising activities and the importance of the Advertisement Board's role in controlling this aspect were significant. The essence of this work lies in evaluating both the administrative and private law dimensions of advertisements featuring halal certified products, in the light of decisions made by the Advertisement Board. Furthermore, the study proposes solutions on how companies using halal certification can advertise ethically without creating unfair competition and safeguarding the rights of consumers. This study aims to assert the legal aspects of using halal food certification in Turkey and the role of the Advertisement Board in this process. This would provide more insight into how companies using halal certification can advertise ethically, safeguard consumer rights and prevent unfair competition. The study concludes that the regulations and controls in this field are critical in protecting consumers and preventing unfair competition.

Keywords: Halal Certification, Advertising Board, Administrative Control, Unfair Commercial Practices, Unfair Competition.

GİRİŞ

Reklam, bilgi ve mesajların hedef kitleye ulaşmasını sağlayan önemli bir iletişim aracıdır. Ürünlerin tanıtımının yapılması ve satışının artması için başvurulacak en mühim yoldur.¹ Teknolojinin gelişmesiyle birlikte pek çok maddede ürün tanımları yapılabilmektedir. Bu durum beraberinde hukuka aykırılıklar ve istismarı da getirebilmektedir. Oysa bir ürünün tanıtımı yapılmak istendiğinde bunun doğru bilgilerle, dürüstlük ilkesi gereği tüketicilerin güveni kötüye kullanılmadan ve haksız rekabet oluşturulmadan yapılması gerekmektedir. Devlet pek çok alanda olduğu gibi bu alanda da denetim ve gözetimle yükümlüdür. Bu amaçla mevcut olan hukuksuzlukların giderilmesi ve bunlara yenilerinin eklenmesinin önüne geçilebilmesi için yasal düzenlemeler yapmaktadır. Devletin farklı birimleri aracılığıyla bu düzenlemeler tatbik edilmektedir.

Reklamlara ilişkin hukuki ve etik düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye’de Reklam Kurulu, Ticaret Bakanlığı bünyesinde reklam faaliyetlerini denetleyen bir birim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu denetimler, tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi açısından büyük önemi haizdir. 6502 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” (TKHK),² 5996 sayılı

¹ Emrehan İnal, Başak Baysal, *Reklam Hukuku ve Uygulaması* (On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008), 2; Numan Tekelioğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar* (On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016), 5; Metin Topçuoğlu, Burcu Özkul ve Numan Tekelioğlu, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu ve Sonuçları’ *TAAD* 7(30) (Nisan 2017), 39; Erdoğan Moroğlu, ‘Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları’, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BTHAE* (13-14 Mayıs 1994), 3.; Yılmaz Aslan, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması’, *Muğla Barosu Dergisi* 2(5), (Temmuz 1997), 25.

² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013, 28835.

“Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu”³ ve “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin” (TRHTUY)⁴ ilgili maddeleri, tüketicilerin korunması ve doğru bilgiye ulaşabilmeleri amacıyla yapılan hukuki düzenlemelerdir.

Son yıllarda, helal sertifikalı ürünlerin pazarı büyük bir hızla büyümekte ve bu durum, helal sertifikalı ürünlerin reklamlarının artmasına da neden olmaktadır.⁵ Bu alandaki hızlı büyüme aynı zamanda hukuki ve etik düzenlemelerin ihlali riskini de beraberinde getirmektedir. Bu durum, Reklam Kurulunun bu alandaki denetim rolünün önemine de işaret etmektedir. Zira helal sertifikaları kullanılarak yapılan reklamlarla ilgili tespit edilen ihlaller, bu alanda mevcut düzenlemelerin istismar edilebildiğini göstermektedir. Reklam Kurulunca verilen bu kararlar, sertifika kullanımı konusundaki denetimin daha sıkı olması gerektiğini de gözler önüne sermektedir.

Firmaların, helal sertifikasını usulüne uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığı, haksız rekabet ve tüketicilerin korunması açısından önem taşımaktadır. Bir ürün- de “helal sertifikası” şeklinde bir ibarenin kullanılması, tüketicinin inançlarına ve tüketim tercihlerine doğrudan hitap etmektedir. Zira helal sertifikası, bir ürünün İslami usullere uygun olarak üretildiğini ve bu nedenle belirli bir tüketici grubu için kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple, bu tarz bir sertifikanın varlığı ve hukuken geçerli olması son derece önemlidir. Bir başka ifade ile bir ürün- nün “helal sertifikası”na sahip olduğu iddiasında bulunulmak isteniyorsa bu serti- fikanın güncel ve geçerli olması gerekmektedir. Eğer bir ürün reklamında geçersiz ya da var olmayan bir sertifika referans gösteriliyorsa, bu halde tüketicinin güveni kötüye kullanılmış olmakta ve bu durum haksız ticari uygulama olarak kabul edil- mektedir. Bu durum TKHK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Çalışmada, helal sertifikalı ürünlerin reklamlarındaki hukuka aykırılıklar üze- rine bir inceleme yapılmaktadır. Özellikle helal sertifikalı ürünlerin reklamların- da mevcut olan hukuka aykırılıklar hakkında Reklam Kurulunun verdiği kararlar üzerinden analiz yapılarak, bu alandaki sorunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu sayede, helal sertifikası kullanan firmaların ürün tanıtımlarında karşılaşılabileceği hukuki sorunlar örnekler üzerinden ele alınmaktadır. İncelemede, Reklam Kurulu- nun işleyişi ve idari denetim mekanizması detaylı bir şekilde ele alınmaktadır. Bu- rada helal sertifika belgelerinin usulüne uygun kullanımı ve Reklam Kurulunun bu husustaki denetim rolünün ne derece etkin olduğu da ifade edilmek istenmektedir. Esasen reklamların idari denetimi Reklam Kurulu yanında Anayasal bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından

³ Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, Kanun Numarası: 5996, Kabul Tarihi: 11.6.2010, RG 13.6.2010, 27610

⁴ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, RG 10.01.2015, 29232.

⁵ İçten Duygu Çallı, ‘Etnik Pazarlamada Helal Kavramının Kullanımı-’Almanya’da Yayınlanan Gıda Reklamları Üzerine Bir İnceleme’, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* XIV (4), 45.

da yapılmaktadır. Fakat çalışmada bir sınır çizmek adına yalnızca Reklam Kurulu kararları üzerinden inceleme yapılmış RTÜK kararları dahil edilmemiştir.

Çalışmada Reklam Kurulunun verdiği kararlar ışığında Türkiye’de helal gıda sertifikasının reklamlarda kullanımının hukuki boyutu ve bu süreçte Reklam Kurulunun rolü incelenmektedir. Çalışmanın amacı, helal sertifika kullanan firmaların haksız rekabet oluşturmada ve tüketicilerin haklarını koruyarak etik bir biçimde ne şekilde reklam yapılabileceğinin ortaya konulmasıdır. Ayrıca bu alanda mevcut olan sorunların nasıl ortadan kaldırılabileceği konusunda tüketiciler, helal sertifikalı ürünlerin reklamını yapan firmalar, bu alanda çalışma yapanlar ve denetimden sorumlu olanlar açısından kaynak olma ve yol gösterme amaçlanmaktadır.

I. REKLAM KURULU

Reklam Kurulu, Ticaret Bakanlığı bünyesinde yer alan ve reklamların idari yönden denetimini⁶ yapan bir merci olarak karşımıza çıkmaktadır. Reklam Kurulunun verdiği kararların hukuki niteliği ve etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi adına bu başlık altında kısaca Kurulun yapısı, görev ve yetkileri ile yaptırım kararlarına karşı başvuru yolları ele alınacaktır.

A. REKLAM KURULUNUN YAPISI

Ticaret Bakanlığı bünyesindeki Reklam Kurulu, 6502 sayılı TKHK m. 63 ve TKHK dayanak alınarak hazırlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği (RKY)⁷ m. 4 ve 6 gereği, başkan da dahil on dokuz üyeden oluşmakta ve Kurulun üyeleri üç yıl süre ile görev yapmaktadır. Üyeleri arasında çeşitli Bakanlıkların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görevlendirdiği üyeler ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ve Türk Standartları Enstitüsü (TSE) tarafından görevlendirilen birer üye de yer almaktadır.

Reklam Kurulu bünyesinde TSE tarafından görevlendirilen bir üyenin de bulunuyor olması, özellikle helal sertifikalı ürün reklamları açısından olumlu bir durumdur. Nitekim TSE de helal sertifikasyonu yapan bir kamu kurumu⁸ olduğu için helal sertifikaları ve sertifikasyon süreçleri konusunda bilgi sahibidir. Reklam Kurulu kararlarında geçerlilik süresi dolmuş helal sertifikası kullanımı ve helal sertifikasının bulunduğu iddiasını ispat eder nitelikte bilgi ve belge sunulamaması gibi durumlar, helal sertifikalarının kullanıldığı reklamlarda en çok karşımıza çı-

⁶ Reklamların idari denetimleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim Çelik, Özlem Kükrer Aydın, ‘Reklamların İdari Denetimi: Televizyon Reklamlarına İlişkin Reklam Kurulu Kararlarının Analizi’ (2016) 4 (1) Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi 220, 222 vd. Ayrıca bkz. Sümeyye Şimşek, ‘Takviye Edici Gıdaların Onay İşlemleri ve İdari Denetimi’, (2021) 3 (1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 125, 178.

⁷ Reklam Kurulu Yönetmeliği, RG 03.07.2014, 29049.

⁸ ‘Helal Belgelendirme Hizmetleri’ (TSE, 24 Mart 2023) <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> erişim tarihi 12 Nisan 2023.

kan hukuka aykırılıklardır. Bu tür reklamların daha kolay ve daha doğru bir şekilde değerlendirilmesinde TSE adına Reklam Kurulu bünyesinde yer alan bu üyenin önemli katkılar sağlayacağı açıktır.

Reklam Kurulu bünyesinde Helal Akreditasyon Kurumundan (HAK) üye bulunmamaktadır. Oysa HAK, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁹ m. 176/2 uyarınca, Türkiye’de helal akreditasyonu¹⁰ yapan tek kurumdur. 4 Haziran 2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7408 sayılı Kanun¹¹ m. 10 ile 4 Haziran 2023 tarihinden itibaren helal sertifikası veren kuruluşların HAK veya HAK’ın taraf olduğu karşılıklı tanıma anlaşmaları kapsamında diğer ülkelerde yetkili kılınan kurumlar tarafından akreditasyonu zorunlu halde getirilmiştir. Böylece helal sertifikası veren kuruluşlar üzerinde HAK’ın etkinliği artmıştır. Helal sertifikalı ürün reklamlarının denetimi yapılırken HAK’ın bilgi ve tecrübelerinin de aktarılması bu noktada faydalı olacaktır. Bu nedenle Reklam Kurulunda HAK’tan da bir üyenin bulunması öneri olarak sunulabilir.

Reklam Kurulunun görevlerinin inceleneceği bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak görüleceği üzere Kurul, bu alanda ilkeler koymakta, düzenlemeler yapmakta, TKHK hükümlerine aykırı bir durumun olup olmadığı noktasında denetimlerde bulunmaktadır. Bu yönden bakıldığında, Kurul bünyesinde hukukçu üyelerin çoğunlukta olması beklenmektedir. Fakat TKHK m. 63 ve RKY m. 4’e bakıldığında, yalnızca 2 üyenin hukukçu olduğu açıkça görülmektedir. Bu üyelerden biri Adalet Bakanlığı’nca hâkim ya da savcılar arasından görevlendirilirken diğeri ise Türkiye Barolar Birliği tarafından görevlendirilen avukat üyedir. Başkan dahil on dokuz üye arasından yalnızca 2 üyenin hukukçu olmasındansa Kurulda hukukçu üye sayısının artırılması daha kapsamlı kararlar alınabilmesi, alınan kararların isabetliliğinin artması ve daha hukuki kararlar ortaya çıkması açısından önem arz etmektedir.

RKY m. 4/ğ’de Yükseköğretim Kurulu tarafından “*reklamcılık, iletişim veya ticaret hukuku alanında uzman öğretim üyeleri arasından*” görevlendirilecek bir üyeden bahsedilmektedir. Bunun anlamı, bu üç temel alandan birisinin içinden tek bir üyenin seçilecek olmasıdır. Bu halde örneğin, iletişim alanında bir uzmanın seçilmesi durumunda ticaret hukuku alanından birisi seçilemeyecektir. Fakat ticaret hukuku alanında uzman bir akademisyenin Kurulda yer alması, reklamcılık ve ticaret hukuku alanında karşılaşılan özgün sorunları daha iyi anlamak ve çözümlemek açısından büyük bir öneme sahiptir. Kanaatimizce, üst paragrafta da dikkat

⁹ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.7.2018, 30479.

¹⁰ Helal akreditasyon, “*helal uygunluk değerlendirme alanında faaliyet gösteren kuruluşların ulusal ve uluslararası kabul görmüş standartlara göre değerlendirilmesi, yeterliliklerinin onaylanması, düzenli aralıklarla denetlenmesi ve izlenmesidir.*” ‘Akreditasyon ve Helal Akreditasyon’ (HAK), <<https://www.hak.gov.tr/>> erişim tarihi 10 Mayıs 2023.

¹¹ Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7408, Kabul Tarihi: 2.6.2022, RG 4.6.2022, 31856.



çekildiği üzere Kurulun hukukçu üye sayısının artırılması ve ticaret hukuku alanında uzmanlaşmış akademisyenlerin Kurula dahil edilmesi, Kurulun etkinliğini ve hukuki süreçlerdeki başarısını artıracaktır. Bu durum tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi açısından da oldukça önemlidir.

Kanaatimizce mezkûr RKY m. 4/ğ'de değişikliğe gidilmelidir. Zira bu halde madde metninde yer verilen temel alanlardan yalnızca bir üye Kurulda görevlendirilebilecektir. Üst paragrafta önerdiğimiz şekilde ticaret hukukundan bir üyenin seçilmesi, diğer iki alandan üyenin seçilememesine sebep olacaktır. Oysa reklamların denetiminin yapıldığı bir Kurulda gerek reklamcılık gerekse iletişim alanında uzman üyelerin bulunmasının kararlar açısından faydalı olacağı açıktır. Bu sebeple Kurulda her üç alandan da üyelerin bulunmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim böyle bir yapılanma sayesinde mevcut bilgi birikimi etkili bir biçimde kullanılabilecek ve bu durum kararlara da yansıtacaktır.

B. REKLAM KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

Reklam Kurulunun görev ve yetkilerine TKHK m. 63 ve RKY m. 7'de yer verilmiştir. Buna göre Kurul, TKHK'nın ilgili hükümlerini referans alarak ticari reklamlarla ilgili çeşitli ilkeler belirler ve bu ilkeler doğrultusunda inceleme ve denetimlerde bulunmaktadır. Kurul ayrıca tüketicilerin haksız ticari uygulamalar karşısında korunabilmesi amacıyla düzenlemeler yapmaktadır. İnceleme ve denetimler sonucunda hukuka aykırı bir durum tespit etmesi halinde Kurul idari yaptırım uygular. TKHK m. 13 ve 14 gereği Kurulun alacağı bu kararlar Bakanlık tarafından uygulanır ve tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunabilmesi, onların aydınlatılması ve bilgilendirilmesi amacıyla Bakanlık tarafından açıklanır.

TKHK m. 61'de ticari reklamların, Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkelere uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. TKHK m. 61/2'ye göre ticari reklamlar ayrıca kişilik haklarına, kamu düzenine ve kamu düzeninin unsurlarından birisi olan genel ahlaka¹² uygun olmalı, doğru ve dürüst bir şekilde yapılmalıdır. Aksi halde yapılan reklamların, mevzuata aykırı olduğu veya aldatıcı unsurlar içerdiği durumlarda Reklam Kurulunun RKY m. 15/1-b hükmü gereğince re'sen inceleme başlatma yetkisi bulunmaktadır. Buna ek olarak, Reklam Kurulunun re'sen incele-

¹² TKHK m. 61/2'de "kamu düzeni" ve "genel ahlak" kavramları ayrı ayrı kullanılmıştır. Fakat genel ahlakın kamu düzeninden unsurlarından biri olduğu kabul edildiğinde mevzuatta bu şekilde ayrı ayrı kullanılması doğru olmayacaktır. Doktrinde aksi görüşler bulunsada kanaatimizce genel kabul, genel ahlakın kamu düzeninin unsurlarından birisi olduğu yönündedir. Giritli-Bilgen-Akgüner, genel ahlakın kamu düzeninin içerisinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, İdare Hukuku (Der Yayınları, 2001) 747. Aynı yönde bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar (14. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021) 619; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt II (5. Baskı, Seçkin, 2021) 267; Ramazan Yıldırım ve Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II (1. Baskı, Astana Yayınları, 2019) 161. Ayrıca bkz. Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı (On İki Levha, 2011) 112. Kanaatimizce genel ahlak, kamu düzeninin unsurları içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla TKHK m. 61/2'de her iki kavramın da ayrı ayrı ele alınmasına gerek bulunmamaktadır.

me başlatmasını beklemeksizin kurum ve kuruluşlar, rakip firmalar veya bizatihi tüketicilerin kendisi, Kurula başvuru yapabilmektedir.¹³

Reklamda kullanılması arzu edilen ifadeler hakkında Reklam Kuruluna başvurulması halinde Kurul, söz konusu ifadenin reklamda kullanılmasının hukuken mümkün olup olmadığı yönünde karar alabilmektedir. Örneğin ürün reklamında o ürünün helal sertifikalı olduğu yönünde ifadelerin kullanılabilmesine yönelik yapılan başvuruda Reklam Kurulu, sunulan helal sertifikasının “hiçbir ürün standardına atıfta bulunmadığı” sonucuna ulaşarak reklamda ürünün helal sertifikasına sahip olduğuna yönelik bir ifadeye yer verilmesinin hukuken mümkün olmadığına karar vermiştir.¹⁴

TKHK m. 63’te, yaptığı inceleme ve denetimler sonucunda Reklam Kurulunun reklamı durdurma, düzeltme, üç aya kadar tedbiren durdurma ve idari para cezası verme gibi yetkilerinin bulunduğu hüküm altına alınmıştır. TKHK m. 77/12 uyarınca bu cezalar Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre ayrı ayrı veya birlikte verilebilmektedir.

C. REKLAM KURULUNUN YAPTIRIM KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

İdareye yaptırım uygulama yetkisi; çeşitlenen, büyüyen, gelişen toplumsal ihtiyaçların etkin bir şekilde yerinde ve zamanında karşılanabilmesi adına tanınmıştır.¹⁵ Reklam Kuruluna da yaptığı inceleme ve denetimler sonucunda reklamda hukuka aykırılık bulunması halinde idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi idari yaptırımı, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idarenin, idare hukukuna özgü usullerle doğrudan bir işlemle uyguladığı yaptırımlar ve verilen cezalar olarak tanımlamaktadır.¹⁶ Bu halde idare, herhangi bir yargı kararı olmaksızın idari bir işlemle yaptırım uygulamaktadır.¹⁷ Dolayısıyla burada Reklam Kurulu, TKHK’nın ilgili maddeleri ile kendisine verilen yaptırım uygulama yetkisini yargı kararı olmaksızın, idare hukukuna özgü usullerle kullanabilecektir.

¹³ Reklam Kuruluna Nasıl Başvurulur? (Ticaret Bakanlığı, 3 Temmuz 2019) <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kuruluna-nasil-basvurulur>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

¹⁴ Reklam Kurulu, D. 2018/2481, T. No. 299, T. 14.7.2020, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 2008/115, 02.06.2011; İdari yaptırımlarla ilgili olarak Bkz. Yaşar Güçlü, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar (4. Baskı, Seçkin, 2020) 93 vd.; Osman Ceylan, İdari Yargının Görev Alanına Giren İdari Para Cezaları (1. Baskı, Seçkin, 2021) 13 vd.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 1996/48, 23.10.1996; Anayasa Mahkemesi, 2010/55, 20.10.2011; Anayasa Mahkemesi, 2008/115, 02.06.2011. İdari yaptırım ile ilgili olarak ayrıca Bkz. Murat Ekinci, ‘Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar’, (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 22; Abdulvahap Darendeli, ‘Olağanüstü Hâl KHK Düzenlemeleri Sonrasında Oluşan Görsel - İşitsel İdari Yaptırımlar Hukukî Rejimi’ (2017) 25 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 115, 126 vd.; Sema Ayatar Kızılyar, ‘Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı’ (2013) 8 Journal of Yaşar University 1637, 1644 vd.; Sibel Can, ‘İdari Para Cezası’ (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407, 410 vd.; Burcu Erdinç, ‘İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması’ (2012) (2) Ankara Barosu Dergisi 239, 248 vd.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 2011/22, 01.03.2012; Anayasa Mahkemesi, 2011/119, 01.03.2012.

Reklam Kurulu tarafından verilen idari para cezaları için uzlaşma talebinde bulunmak mümkün değildir. Bu durum TKHK m. 77/A'da "*Reklam Kurulu tarafından verilen idari para cezaları hariç olmak üzere,*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, TKHK kapsamında Ticaret Bakanlığı ve valiliklerce verilen idari para cezalarına karşı uzlaşma talebinde bulunmak mümkünken Reklam Kuruluna verilen idari para cezaları için aynı şey mümkün değildir.

TKHK m. 78/2 uyarınca Reklam Kurulu tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) hükümlerine göre yargı yoluna başvuru yapılabilir. Burada idari yargı yerleri görevlidir. TKHK m. 78/2, idari yargıdaki genel dava açma süresinden farklı bir süre öngörerek davanın, "*işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde*" idare mahkemelerinde açılacağını hüküm altına almıştır. TKHK m. 78/2'de belirtilen diğer bir husus ise bu işleme karşı mahkemede iptal davası açılmış olmasının, kararın yerine getirilmesini durdurmayacağına yönelik ifadedir. Buna göre örneğin; Reklam Kurulu bir reklam hakkında durdurma kararı verdiğinde bu karara karşı iptal davası açılınca sırf dava açıldı diye reklam, ilgili mecralarda gösterilmeye devam etmeyecek, yeniden işlevsellik kazanmayacaktır. İdare mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı İYUK m. 45 ve 46 uyarınca konusuna göre istinaf ve/veya temyize başvuru yapılabilir. TKHK m. 78/3'te ise TKHK uyarınca verilen idari para cezalarının, "*tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesinin*" zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Üst paragrafta ifade edildiği üzere TKHK m. 78/2 gereği Reklam Kurulunun idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna başvuru yapılabilir. Ancak yargı yoluna gitmeden önce Reklam Kurulunun idari yaptırım kararından menfaati ihlal edilenler, İYUK m. 11 uyarınca Kurula idari başvuruda da bulunabilir. İYUK m. 11 başvurusu idari işlemin kaldırılması, değiştirilmesi, geri alınması ya da idare tarafından yeni bir işlem tesis edilmesi maksadıyla yapılan bir başvurudur. Bu başvuru ihtiyari niteliktedir. Bunun anlamı, İYUK m. 11 başvurusunun bir zorunlu idari başvuru olmamasıdır. Bir başka deyişle, işleminden menfaati ihlal edilenlerin, dava açmadan önce mutlaka Kurula İYUK m. 11 başvurusu yapmaları zorunlu değildir. İYUK m. 11 başvurusu, dava açma süresi içerisinde yapılmalıdır. Reklam Kurulunun idari yaptırım kararları açısından düşünüldüğünde TKHK m. 78/2 gereği 30 gün olan dava açma süresi sona ermeden İYUK m. 11 başvurusu yapılmalıdır. 30 günlük bu süre içerisinde İYUK m. 11 başvurusu yapıldığında, dava açma süresi durmaktadır. Reklam Kuruluna yapılan bu başvurunun reddedilmesi ya da reddedilmiş sayılması durumunda ise dava açma süresi yeniden, kaldığı yerden işlemeye başlamakta, İYUK m. 11 başvurusu yapıncaya kadar geçen süre de hesaba katılmaktadır.¹⁸

¹⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku (5. Baskı, Savaş, 2021) 346 vd. Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (12. Baskı, Seçkin, 2020) 314-315.

İlgililer, İYUK m. 11 kapsamında Reklam Kuruluna başvuru yaptıktan sonra Kurul açıkça başvuruyu reddedebilir ya da 30 gün içerisinde Kurul tarafından bu konuda bir cevap verilmezse İYUK m. 11/2 gereği bu başvuru reddedilmiş sayılır. İstem in açıkça reddi halinde bu ret cevabının tebliğinden itibaren dava açılır. Eğer başvuru, idarece 30 gün içinde bir cevap verilmediği için reddedilmiş sayılmışsa bu halde 30 günlük bu sürenin dolduğu günden itibaren dava açılır. Bu şekilde ret ya da reddedilmiş sayılma hallerinde dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam etmektedir.¹⁹

II. REKLAM KURULU KARARLARI

Bir ürünün reklamında ürünün helal sertifikasının bulunduğu yönünde bir iddia söz konusu olduğunda Reklam Kurulu, bu iddianın doğruluğunu araştırmaktadır. Helal sertifikasının geçerlilik süresinin sona erdiği veya sertifikanın varlığının bilimsel geçerliliği bulunan bilgi ve belgelerle ispat edilemediği durumlarda ürünün reklamında helal sertifikasının bulunduğu yönünde bir ifadeye yer verilmemelidir. Aksi halde Reklam Kurulu bu reklamlar hakkında “durdurma” kararı ya da idari para cezası kararı verebildiği gibi her iki yaptırımını birlikte de uygulayabilmektedir.

Bu başlık altında helal sertifikalı ürün reklamlarıyla ilgili olarak Reklam Kurulunun vermiş olduğu kararlar incelenmiştir. Bu kararlarda karşılaşılan problemleri temelde üç başlık altında toplamak konunun daha anlaşılır olması açısından önemlidir. Bu sebeple geçersiz sertifika kullanımı, sertifikanın ispat edilememesi ve gerçek dışı ve yanıltıcı bilgi verme şeklinde üç başlık altında Reklam Kurulu kararlarıyla ilgili özgün değerlendirmelerde bulunulmuştur.

A. GEÇERSİZ SERTİFİKA KULLANIMI

Türkiye’de özel hukuk tüzel kişiliği şeklindeki bazı kuruluşlar ile kamu tüzel kişiliği bulunan Türk Standartları Enstitüsü (TSE) tarafından ürünlere helal sertifikası verilmektedir.²⁰ Helal sertifikası gıda, kozmetik, turizm gibi pek çok

¹⁹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 18) 347 İlgililer, bir idari işlem ve eylemin yapılması için idareye İYUK m. 10 uyarınca başvuru yapabilirler. Bu başvuru, yukarıda bahsettiğimiz İYUK m. 11 başvurusundan farklıdır. İYUK m. 10 gereği yapılan başvuruda henüz mevcut olmayan bir işlem ya da eylemin yapılması istenilmektedir. Oysa İYUK m. 11 başvurusunda, var olan bir işlemin kaldırılması, değiştirilmesi, geri alınması vs. istenilmektedir. İYUK m. 10 gereği yapılan başvurularda idarenin muğlak-kesin olmayan cevap vermesi durumunda ilgililer, bu cevabı ret olarak kabul edip dava açabilir veya kesin cevabı bekleyebilir. Ancak bu bekleme süresi İYUK m. 10/2 gereği 4 ayı geçemez. İYUK m. 10 gereğince yapılan başvurularda ilgililerin sahip oldukları bu 4 aylık bekleme süresinin İYUK m. 11 uyarınca yapılan başvurularda da geçerli olup olmadığı noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Fakat Danıştay, İYUK m. 11 başvurularında bu şekilde bir bekleme süresinin uygulanmasını kabul etmemektedir. Danıştay İDDK, 2006/133, 23.06.2006. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 18) 347.

²⁰ Murat Şimşek, ‘Helal Belgelendirme ve SMIIC Standardı’ (2013) (22) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 19, 30 vd. Ali Batu, ‘Türkiye’de Helal (Mahzursuz) Gıda ve Helal Belgelendirme Sistemi’ (2012) 7 (1) Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi, 51, 58; Ayrıca Bkz. Ali Batu, ‘Helal (Mahzursuz) Gıda Belgelendirmesindeki Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2012) 7 (2) Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi, 60, 71 vd.



alandan karşımıza çıkmaktadır.²¹ Sertifika veren kuruluşlar, bir standart dahilinde sertifikasyon işlemi yapmaktadır. Daha açık bir ifade ile helal sertifikası verirken her kuruluş bir standardı takip etmekte, bu standarda uygun inceleme ve denetim yapmakta ve bu inceleme ve denetimler sonucunda kendi benimsediği standarda uygun olan ürüne helal sertifikası vermektedir. Fakat sertifika veren her kuruluş tek bir standart benimsememekte her biri farklı bir standart kullanabilmektedir. Örneğin TSE, helal sertifikasyon işlemlerinde OIC/SMIIC standartlarını benimsemektedir.²²

Helal sertifikalarının geçerlilik süresi bulunmaktadır.²³ Süre bitiminde, ürünün helal sertifikasını muhafaza etmek için süre başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Bu süreç belgenin güvenilirliğini korumak ve tüketicilerin yanıltıcı reklam uygulamalarından korunması açısından kritik bir önemi haizdir. Özellikle bir ürünün helal sertifikasının geçerlilik süresinin sona erdiği ancak reklam materyallerinde hâlâ helal sertifikalı olduğunun iddia edildiği durumlar, tüketicileri yanıltma potansiyeli taşımaktadır. Bu durumun tüketicilerin inançlarını ve güvenini sarsıcı etkisi olabilmektedir. Örneğin Reklam Kurulunun bir kararında, takviye edici gıda ürününe ait helal sertifikasının geçerlilik süresi dolduğu halde reklamda ürünün helal sertifikalı olduğu yönünde ifadeler kullanılmasını Kurul, tüketicilerin güvenini kötüye kullanmak suretiyle tüketiciyi yanıltmak olarak değerlendirmiş ve reklam hakkında durdurma cezası vermiştir.²⁴

Reklam Kurulu üst paragrafta bahsedilen kararında, Y. E. Gıda Maddeleri San. Tic. Ltd. Şti.'nin "multipower.com.tr" adresli internet sitesinde yayınlanan "Multipower" markalı sporcu besin destekleri ve performans artırıcılarına ilişkin reklamların mevzuata aykırı olduğunu tespit etmiştir. Şirketin ürünlerini tanıtırken ürünün "helal gıda sertifikasının" bulunduğunu belirtmesi ancak bu sertifikaların geçerlilik süresinin 2010 yılında sona erdiğinin tespit edilmesi üzerine bu durum, yanıltıcı ve haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmiştir. Bu, TRHTUY m. 7'de belirtilen, reklamların haksız rekabete yol açmayacak biçimde hazırlanması²⁵,

²¹ Muhammet Özhan Gündüz, Fatih Gültekin, İbrahim Kürtül, 'OIC/SMIIC Standartları Çerçevesinde Helal Gıda Üretimi ve Helal Belgelendirme Süreçleri' (2020) 2 (1) Journal of Halal Life Style, 36, 37; Murat Şimşek (n 13), 19.

²² Bkz. Türk Standartları Enstitüsü, 'Helal Belgelendirme Hizmetleri' (TSE, 24 Mart 2023) <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> erişim tarihi 12 Nisan 2023.

²³ Örneğin TSE tarafından verilen helal sertifikasının geçerlilik süresi üç yıl olarak ifade edilmektedir. Türk Standartları Enstitüsü, 'Helal Belgelendirme Hizmetleri' (TSE, 24 Mart 2023) <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> erişim tarihi 12 Nisan 2023.

²⁴ Reklam Kurulu, D. 2016/1765, T. No. 253, T. 11.10.2016, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

²⁵ Haksız rekabet halleri, etkin rekabetten beklenen faydaların ortaya çıkmasını engelleyen eylemler bütünü olarak tanımlanmaktadır. Haksız rekabet hükümleri ile rekabete katılan tüm tarafların menfaatinin korunması hedeflenmektedir. Rekabet, dürüstlük kuralları ve ahlaki sınırlar dahilinde

doğru ve dürüst olması, tüketicilerin güvenini kötüye kullanmadan, onların bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar etmeden yapılması yönündeki düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Bu açıdan bakıldığında Reklam Kurulunun Y. E. Gıda Maddeleri San. Tic. Ltd. Şti'ye uyguladığı reklam durdurma yaptırımı, tüketicinin korunması ve reklam hukukunun temel ilkelerinin korunması adına önemli bir karardır.

Reklamlarda kullanılan “halal gıda sertifikası” ifadesi, tüketicilerin ürün seçiminde etkili bir faktör olabildiğinden bu tür ifadelerin doğruluğu ve güncelliği büyük önem taşımaktadır. TKHK m. 61, ticari reklamların doğru ve dürüst olmasını, tüketicinin bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar etmeyi yasaklamaktadır. Ayrıca reklamların tüketicinin güvenini kötüye kullanmadan, onların bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar etmeden yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak Kurul kararında yer alan “Multipower” markalı ürünlerin halal gıda sertifikasının bulunduğu dair ifade, sertifikaların geçerlilik süresinin 2010 yılında sona erdiği halde kullanılmaya devam edilmiş olması nedeniyle doğru değildir. Bu durum, tüketicinin yanıltılması ve haksız ticari uygulama olarak değerlendirilir. Söz konusu sertifikaların geçerlilik süresi sona ermiş olmasına rağmen bu durumun tüketicilere açıklanmaması, haksız rekabet ve tüketicinin yanıltılması anlamına gelmektedir. TKHK m. 61/1’de, ticari reklamın tanımı yapılmaktadır. Buna göre, bir ürün veya hizmetin satışını ya da kiralık olarak sunulmasını sağlamak için hedef kitle üzerinde bilgi sağlamak veya onları ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından çeşitli platformlarda (yazılı, görsel, işitsel vb.) gerçekleştirilen pazarlama iletişimleri, ticari reklam olarak kabul edilir. Ticari reklam iş, ticaret, zanaat veya mesleklerle alakalı olabilmektedir. Ayrıca TKHK m. 61/2’de, ticari reklamların Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkeleri, genel ahlaki değerleri, kamu düzenini ve bireysel hakları gözetmesi gerektiği, ayrıca doğru ve dürüst bir biçimde sunulması gerektiği belirtilmiştir. Bu maddede, ticari reklamların uygunluk kriterleri de yer almaktadır.²⁶ Diğer yandan, TRHTUY m. 27/6’ya göre, bir malın içinde toplumun genel dini hassasiyetlerine aykırı bir bileşenin bulunması durumunda, bu durumun reklamlarda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, eğer reklamı yapılan ürün helal olmayan bir bileşen içeriyorsa, bu durumun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bir reklamın hem TKHK m. 61’e hem de TRY’ye

korunmalıdır. Daha fazla bilgi için bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (27. Baskı, Beta, 2021) 336 vd. Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi (Dora, 2016) 131 vd. Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku’nda Son Viraj (On İki Levha Yayıncılık, 2015) 32 vd. İbrahim Bektaş, ‘Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü’ (2018) 4 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 277-310.

²⁶ Dilek Şahinci, ‘6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış’, (Ocak 2014), 9(89), Terazi Hukuk Dergisi 97, 98; Numan Tekelioğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar* (On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016), 52.



aykırı olması durumunda, bu reklam hukuka aykırı sayılır ve TKHK m. 77’de belirtilen yaptırımlar uygulanabilir.²⁷

TKHK m. 62, tüketicinin aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalarla karşılaşmaması gerektiğini belirtmektedir. Geçerlilik süresi dolmuş olan bir sertifikayı hala geçerliymiş gibi göstermek, tüketicinin yanıltılmasına ve haksız bir ticari uygulama oluşturmaya yol açmaktadır. TKHK m. 61/2’ye göre, ticari reklamların genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olması gerekmektedir. Yani, reklam verenin tüketicinin haklarını, toplumun genel değerlerini ve kamu düzenini gözetmesi beklenir. Ancak, geçerlilik süresi dolmuş bir helal gıda sertifikasını kullanarak tüketicinin dini inançlarını istismar eden ve kamu düzenini ihlal eden bir reklam uygulaması, bu maddenin ruhuna aykırıdır.

TKHK m. 61/4’te belirtildiği gibi, reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Bu, tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı bir uygulamadır ve yasaktır. İncelenen kararda helal gıda sertifikasının geçerlilik süresinin 2010 yılında sona

²⁷ Madde 77(12): “Bu Kanunun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin 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, b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası, c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı, ç) Yerel düzeyde veya uydu üzerinden yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, e) Uydu üzerinden yayın yapan televizyon kanalı veya internet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası, g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir. (Ek cümleler:24/3/2022-7392/15 md.) Bu cezalarla birlikte aykırılığın internet ortamı üzerinden gerçekleştirilmesi hâlinde, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) erişimin engellenmesine Reklam Kurulu tarafından karar verilebilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu karar uygulanmak üzere 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Bu karara karşı sulh ceza hakimliğine başvurulabilir. Sulh ceza hakimliğince verilen karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir. (13) Bu 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 idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır. Aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde bu maddenin on ikinci fıkra hükümleri uygulanır.”

ermiş olmasına rağmen ürün reklamında halen sertifikanın süresi bitmemiş gibi yansıtılması ve buna ilişkin bir ibareye de reklamda yer verilmemiş olması örtülü reklam oluşturmaktadır.

TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümlerine göre (m. 54 vd.), bir işletmenin diğer işletmelerle rekabet ederken dürüstlük kurallarına uyması gerekmektedir. Ancak geçerlilik süresi dolmuş olan bir helal gıda sertifikasının hala geçerli olduğu şeklinde yanıltıcı bir ifadenin kullanılması, diğer işletmelerle haksız bir rekabet oluşturmaktadır.²⁸ Bu durum TTK'nın haksız rekabet hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Reklam Kurulunun vermiş olduğu başka bir kararda, “N. Diş Macunu”, “N. Ardiç Katranlı Katı Sabun 140 Gr”, ve “Dr. R. Diş Macunu (90 Gr – Diş Hekimi Formülü)” adlı üç farklı ürünün çevrimiçi tanıtımı ele alınmıştır. N. Diş Macunu reklamında ürün, Türkiye'nin ilk ve tek doğal diş macunu olarak tanıtılmış ve ağızdaki bakterileri doğal yollarla yok ederek diş çürümelerini ve ağız kokularını önlediği belirtilmiştir. N. Ardiç Katranlı Katı Sabun'un tanıtımında ise ürünün GİMDES Helal Sertifikası'na sahip olduğu ve hiçbir katkı maddesi, esans ve boya içermediği belirtilmiştir. Ardiç katranının antiseptik özelliği sayesinde bazı problemlere çözüm sunduğu ileri sürülmüştür. Dr. R. Diş Macununun tanıtımında ise, ürünün Malezya'dan helal sertifikası olduğu ve nane ve karanfil özleri ile ağız kokusunu, plak ve tartarı önlediği ifade edilmiştir.²⁹

Üst paragrafta bahsi geçen reklamda ürünlerle ilgili belirtilen özellikler ve iddialar bilimsel bir kanıtı dayanmıyorsa bu halde TKHK m. 61/6 hükmüne aykırılık söz konusu olup bu durum haksız ticari uygulama olarak değerlendirilir. Nitekim TKHK m. 61/6'ya göre, reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür. Buna ilaveten eğer yukarıdaki reklamda belirtilen helal sertifikalarının geçerlilik süresi dolmuşsa veya bahsedilen bu helal sertifikaları hiç mevcut değilse, bu durum tüketicinin ekonomik davranışını önemli ölçüde bozma potansiyeli taşıdığı için haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Zira bu durum TKHK m. 62/1'e aykırılık oluşturur. TKHK m. 62/1 haksız ticari uygulamaları düzenlemekte ve bu kapsamda aldatıcı ticari uygulamaları yasaklamaktadır.

Helal gıda sertifikası, tüketicilere ürünün helal standartlara uygun olduğunu garanti etmektedir. Ancak belirtildiği gibi bu sertifikaların geçerlilik süresi dolduğu zaman, bu garantinin geçerliliği de ortadan kalkmaktadır. Oysa TKHK m. 61/2'de reklamların kamu düzenine ve onun bir unsuru olan genel ahlaka, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere uygun, doğru ve dürüst olması gerektiği ifade edilmektedir. Mezku hüküm ile tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması amaç-

²⁸ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (11. Baskı, Yetkin, 2018) 366 vd. Sabih Arkan (n 25), 336. Remzi Tamer Pekdiğer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri (Adalet, 2020) 17.

²⁹ Reklam Kurulu, D. 2016/587, T. No. 265, T. 10.10.2017, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

lanmaktadır. Tüketicie bu şekilde gerçeği yansıtmayan bilgiler verildiğinde bu durum haksız bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Nitekim reklamda geçersiz helal sertifikasını referans göstermek, TRHTUY'nin ekinde yer alan haksız ticari uygulama örnekleri arasında sayılan aldatıcı ticari uygulamalar başlığı altındaki 2. fıkrada yer verilen “Yetkili otoritelerden gerekli izinleri almaksızın bir kalite işareti, güven işareti, çevresel işaret ya da benzerini kullanmak” fiili içerisine dahil edilebilecek ve haksız ticari uygulama olarak sayılacaktır.

Malezya'dan alınan bir helal sertifika, global pazarda geniş bir tanınırlığa sahip olabilmekte bu da ürünün geniş bir tüketici kitlesine ulaşmasını sağlamaktadır. Fakat burada ürünün Malezya'nın helal standartlarına uygun olması söz konusu olmakta ve bu standartlar, Türkiye'nin helal standartlarından farklı olabilmektedir. Farklı ülkelerden alınan helal sertifikaların, bu ülkelerin helal standartlarına göre verilmiş olması, bu ürünlerin Türkiye'deki helal standartlara uymayabileceği anlamına gelebilir. TTK m. 55, bir işletmenin diğer işletmelerle rekabet ederken dürüstlük kurallarına uyması gerektiğini belirtmektedir. Reklamlarda yanıltıcı veya doğrulanamayan bilgiler verilmesi, diğer işletmelerle haksız bir rekabet oluşturmakta ve bu durum TTK m. 55/1-a bendine aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumun, tüketicilere açıkça belirtilmemesi haksız ticari uygulamanın ve haksız rekabetin oluşmasına neden olmaktadır.³⁰

Nihayetinde, helal sertifikasının kullanımı ve reklamlarda doğru bir biçimde sunulması, Türkiye'de tüketicilerin korunması ve adil bir ticari çevre oluşturulması açısından büyük bir önemi haizdir. Helal sertifikasının geçerlilik süresinin sona erdiği biliniyor ve bu durum tüketicilere açıklanmıyorsa bu durum hem haksız rekabet hem de tüketicinin yanıltılması anlamına gelmektedir.

Helal sertifikasının kullanımı ve reklamlarda uygun ve doğru kullanımı hususunda daha şeffaf olunması gerekmektedir. İlâveten, helal sertifikasının reklamlarda kullanımı hususunda bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu da açıktır. Bu nedenle, helal sertifikası konusunda yapılan her türlü düzenleme ve denetim, tüketicinin haklarının korunması ve adil ticari ortamın sağlanması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Özellikle helal sertifikasının farklı ülkelere alınmış olması durumunda tüketiciye bu yönde bilgi verilerek onların aydınlatılması, tüketicilerin doğru ve tam bilgiye ulaşması açısından son derece değerlidir. Bu durum hem tüketicilerin korunması hem de haksız rekabetin önlenmesi bakımından kritik öneme sahiptir.

Reklam Kurulunun helal sertifika konusunda attığı adımlar ve verdiği kararlar, tüketicilerin korunması ve reklamlarda helal sertifikasının kullanımının doğru ve etik bir şekilde gerçekleştirilmesi konusunda önemli bir rol oynamaktadır. Kurulun kararları sayesinde bu alanda daha fazla çalışma ve düzenleme yapılmasının ne derece gerekli olduğu görülmektedir.

³⁰ Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku (6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019) 567 vd. Ayhan ve Çağlar (n28), 365, 366, 367.

B. SERTİFİKANIN İSPAT EDİLEMESİ

Reklamlarda ve pazarlama stratejilerinde, tüketicinin bilinçli tercihlerine, değerlerine ve inançlarına uygun olup olmadığını belirlemek için çeşitli sertifikalar ve belgeler oldukça yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Ancak bu tür belgelerin kullanımının kontrolsüz ve denetimsiz olması, tüketicilerin aldatılmasına ve haksız rekabetin oluşmasına neden olabilir. Bu bağlamda, helal sertifikaları son zamanlarda önemli bir konu haline gelmiştir. Bu sertifikanın geçerliliği ve belgenin bilimsel verilere dayanması, tüketicilerin inançlarına uygun ürünleri seçebilmeleri için büyük bir önem taşımaktadır. Ancak bu alanda yaşanan sorunlar ve belirsizlikler, tüketicinin haklarını ihlal eden ve haksız rekabeti körükleyen bir durum oluşturabilmektedir.

Helal sertifikalarının geçerliliğini destekleyecek bilimsel verilerin sunulmamış olması bu alanda önemli bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim helal sertifikası, bir ürünün helal standartlara uygun olduğunu belgelemek için bilimsel verilere dayanmalıdır. Bu verilerin eksikliği, tüketicinin bilgi edinme hakkının ihlal edilmesine ve haksız rekabet oluşmasına neden olmaktadır. Ürünün reklamında o ürünün helal sertifikasına sahip olduğu ifade edilmek isteniyorsa, öncelikle bu sertifikanın mevcut ve geçerli olduğu bilimsel nitelikli bilgi ve belgeler ile ispat edilmelidir. Aksi halde Reklam Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda bu reklam hakkında yaptırım kararı alınabilecektir.

Reklam Kurulu, reklamlarda belirtilen ifadelerin mesnetsiz olması durumunda ‘durdurma’ kararı verebilmektedir. Nitekim TRHTUY m. 9’a göre ticari reklamlardaki iddiaların, bilimsel geçerliliği bulunan bilgi ve belgelerle kanıtlanması gerekmektedir. TKHK m. 61/6’ya göre bu iddiaların doğru olduğunun ispat yükümlülüğü ise reklam verenlerin üzerindedir. Reklam verenler, reklamda yer verilen iddiaları kanıtlar mahiyetteki bilgi ve belgeleri, mezkûr Yönetmelikte yer alan ilkelere uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle görevli ve yetkili olan mercilere vermekle mesuldür. Reklam Kurulu kararları incelendiğinde, bu düzenlemelere aykırı bir şekilde, reklamdaki ifadelerin mesnetsiz olması halinde, TKHK m. 63 ve 77/12 gereği ‘durdurma’ cezası verildiği görülmektedir. Örneğin, reklamda yer alan ürünün helal sertifikasının bulunduğu dair ifadelerin mesnetsiz olduğuna, bu ifadelerin “*bilimsel niteliğe haiz bilgi ve belgelerle kanıtlanamadığına*” karar veren Reklam Kurulu, bu ürünün reklamı hakkında durdurma yaptırımına karar vermiştir.³¹

Ürünün ISO 9001 belgeli tesiste üretiminin yapıldığı, helal sertifikasının ve organik ürün sertifikasının bulunduğu yönündeki iddiaların ispat edilemediği bir başka olayda Reklam Kurulu, reklamı yapılanın bir gıda ürünü olması dolayısıyla TRHTUY m. 26 gereği Türk Gıda Kodeksi Bal Tebliği, Türk Gıda Kodeksi Eti-

³¹ Reklam Kurulu, D. 2016/4624, T. No. 260, T. 9.5.2017, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

ketleme Yönetmeliği gibi mevzuat hükümlerini de incelemiş ve değerlendirmesini ona göre yapmıştır. Zira bahsi geçen TRHTUY m. 26'da gıda, ilaç, takviye edici gıda gibi ürünlerin reklamlarında mezkûr Yönetmeliğin yanı sıra bu ürünlerin kendi mevzuatında yer alan tanıtım ve reklamlarla ilgili hükümlere de uyulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu konudaki düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendiren Reklam Kurulu bu olayda, reklam veren hakkında idari para cezası ve reklam hakkından da durdurma kararı vermiştir.³²

Benzer bir kararda, ürünün helal sertifikası, ISO kalite belgeleri, Bakanlık tarafından onaylı üretim izni belgeleri gibi birtakım belgelerinin bulunduğuna yönelik ispata muhtaç ifadelere reklamda yer verilmesi ve bu iddiaları ispat edecek herhangi bir müspet bilgi ve belgenin ilgili Bakanlığa sunulmamış olması nedeniyle Reklam Kurulu, reklamdaki diğer aykırılıkları da göz önünde bulundurarak hem idari para cezası hem de reklam durdurma cezası vermiştir.³³

Reklam Kurulu, MFCG. Paz. Tem. Ürt. Tur. İnş. Oto. Rek. İth. İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin "e...n.com.tr" adresli internet sitesi ve Instagram hesabında yer alan "E. C. Genel Temizleyici" isimli ürüne yönelik tanıtımlarını incelediği kararında³⁴, tanıtımlarda yer alan "helal sertifikası" ifadesi ve ürünün "helal" içeriğe sahip olduğu iddiasının bilimsel geçerlilik taşıyan belge ve bilgilerle ispatlanamadığını tespit etmiştir. Ayrıca firmanın internet sitesinde yer alan "E. C. tüm bildirimlerini yapar. Tüm ürünleri yasaldir. Merdiven altı firmalara güvenmeyin." ve sosyal medya hesabında "Sağlık Bakanlığı Onaylı Firma" ifadeleri ile tüketicilere Bakanlık onaylı olduğu izlenimi verilmiş olması da aldatıcı ve yanıltıcı olarak değerlendirilmiştir. Reklamda yer verilen ve Reklam Kurulu tarafından tespit edilen bu unsurlar TRHTUY ile TKHK'nın ilgili maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Burada özellikle TRHTUY m. 7/6'ya aykırılık söz konusudur. Nitekim bahsi geçen TRHTUY m.7/6 ile bir mal ya da hizmet için düzenlenmesi zorunlu olan onay, izin, ruhsat, kayıt gibi belgeler ve uyulması gereken diğer yasal süreçlerin, o mal ya da hizmetin diğerlerinden farklı veya onlardan daha üstün olduğu yönünde bir algı oluşturacak şekilde reklamlarda kullanılması yasaklanmıştır. Burada firmanın "Sağlık Bakanlığı Onaylı Firma" ifadesi kullanarak ürünlerini tanıtması ve bu ifadeyle tüketicilere Bakanlık tarafından onaylanmış olduğu izlenimini vermesi 6. fıkraaya aykırılık teşkil etmektedir. Burada tüketicinin güveni yanıltıcı bir şekilde kötüye kullanılmış ve firmanın yasal süreçlere uyduğu algısı oluşturulmuştur.

Reklam Kurulunun üst paragrafta yer verilen bu kararı, tüketicinin aldatıcı ve yanıltıcı reklamlar karşısında korunmasının önemini vurgulamaktadır. Mezkûr

³² Reklam Kurulu, D. 2017/4828, T. No. 277, T. 9.10.2018, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

³³ Reklam Kurulu, D. 2022/4936, T. No. 328, T. 13.12.2022, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

³⁴ Reklam Kurulu, D. 2019/12793, T. No. 299, T. 14.7.2020, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

karar, ürünlerin doğruluk, dürüstlük ve yasallık ilke ve standartlarına uygun bir şekilde pazarlanması gerekliliğini bir kez daha hatırlatmaktadır. Bu çerçevede, ürünün helal gıda sertifikasına gerçekten sahip olmadığı halde bu tür bir sertifikaya sahipmiş algısı oluşturularak öne sürülmesi açıkça yanıltıcı ve haksız bir ticari uygulama teşkil etmektedir. Bu noktada, TRHTUY m. 7/1, 7/2, 7/3, 7/4 ve 7/5-a ile TKHK m. 61 karşımıza çıkmaktadır. Bu maddeler, tüketicinin yanıltıcı ve aldatıcı ticari uygulamalar karşısında korunmasını sağlamaktadır.

Bir ürünün “*helal sertifikası*” iddiası, belgelerle ispatlanamadığında bu durum haksız ticari uygulama ve haksız rekabet oluşturmaktadır. TKHK m. 61, ticari reklamların dürüst ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamasını, tüketicilerin seçim özgürlüğünü etkilemeyecek şekilde bilgi vermesini ve tüketicileri aldatmamayı şart koşmaktadır. “E. C. Genel Temizleyici”nin tanıtımlarında “*helal sertifikası*” ifadesinin ve ürünün “*helal*” içeriğe sahip olduğu iddiasının kullanılması, ancak bunun bilimsel geçerlilik taşıyan belge ve bilgilerle ispatlanamaması, bu maddede belirtilen ilkelere aykırıdır ve tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı bir uygulamadır.

TKHK m. 61/6 gereğince reklam yapan, ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür. Ancak yukarıda yer verilen reklamda MFCG.’nin iddiası olan helal sertifikasının ve ürünün helal içeriğine dair belge ve bilgilerin olmaması, bu maddeye aykırı bir uygulama teşkil etmektedir. Ayrıca TTK m. 55/1-a.5 gereği, işletmelerin tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı ticari uygulamalarla kendi ürün ve hizmetlerini rakiplerinden üstün gösterme veya rakiplerini kötüleme hakkı bulunmamaktadır.³⁵ MFCG.’nin “*E. C. tüm bildirimlerini yapar. Tüm ürünleri yasaldır. Merdiven altı firmalara güvenmeyin.*” ifadesi, bu maddeye aykırı bir haksız rekabet örneği olarak değerlendirilebilir.

TRHTUY m. 7/6 gereği, bir mal veya hizmet için düzenlenmesi zorunlu olan onay, izin, ruhsat, kayıt gibi belgelerin ve uyulması gereken diğer yasal süreçlerin, o mal veya hizmetin diğerlerinden farklı veya onlardan daha üstün olduğu yönünde bir algı oluşturacak şekilde reklamlarda kullanılması yasaklanmıştır. Ancak reklamda MFCG.’nin “*Sağlık Bakanlığı Onaylı Firma*” ifadesini kullanarak ürünlerini tanıtmayı ve bu ifadeyle tüketicilere Bakanlık tarafından onaylanmış olduğu izlenimini vermesi, bu maddeye aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim burada haksız ticari uygulama olarak tüketicinin güveni yanıltıcı bir biçimde kötüye kullanılmakta ve firmanın yasal süreçlere uyduğu algısı oluşturulmaktadır.

TKHK m. 62, tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarının korunmasını, tüketicinin bilgilendirilmesini ve eğitilmesini, tüketicinin zararının tazmin edilmesini ve tüketicinin tazminat hakkının kullanılmasını sağlamaktadır. Ancak reklamda MFCG.’nin ürününün helal sertifikasına sahip olduğu ve Sağlık Bakanlığı tarafından onaylandığı yönündeki yanıltıcı ve doğrulanamayan iddiaları, tüketicinin bilgilendirilmesi ve ekonomik çıkarlarının korunması ilkesine aykırıdır.

³⁵ Ayhan ve Çağlar (n 28), 371, Ülgen, Kaya ve Nomer Ertan (n 30), 580, 581, 582.



Reklam Kurulunun belirttiği gibi helal sertifikası ve diğer belgelerin varlığı ve geçerliliği, tüketicinin tercihlerine saygı göstermek ve dürüst bir ticari uygulama gerçekleştirmek için elzemdir. Ancak bu belgelerin kullanımının yasal düzenlemelere ve bilimsel verilere uygun olmaması durumunda, Reklam Kurulunun haksız ve yanıltıcı reklamları durdurma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki, tüketicinin korunmasını sağlamak ve rekabetin adil bir şekilde sürdürülmesini garantilemek amacıyla kullanılmaktadır. Bu amaçla Reklam Kurulu bu kararında ürünün içeriğinin helal olduğuna ve helal sertifikasının bulunduğuna yönelik iddianın “*bilimsel niteliğe haiz bilgi ve belgelerle kanıtlanamadığına*” dikkat çekerek reklamın durdurulmasına karar vermiştir. Reklam Kurulu tarafından verilen MFCG. Ltd. Şti.’ne yönelik reklamları durdurma kararı, tüketicinin korunmasına yönelik mevzuat hükümleri ile uyumludur. Bu karar, tüketicilerin aldatıcı ve yanıltıcı reklamlara karşı korunmasının önemini bir kez daha göstermektedir.

MFCG. Ltd. Şti. örneğinde olduğu gibi helal sertifikası ve diğer belgelerin varlığı ve geçerliliğinin reklamlarda doğru bir şekilde belirtilmesi önemli ve gereklidir. Reklamların tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı olmaması için iddiaların bilimsel geçerlilik taşıyan belge ve bilgilerle desteklenmesi şarttır. Aksi takdirde, reklam verenler hukuki yaptırımlarla karşılaşabilecektir. Tüketicinin korunmasına yönelik mevzuatın yanı sıra, dürüstlük ve doğruluk ilke ve standartlarının da reklamlarda ve ticari uygulamalarda benimsenmesi gerekmektedir. Bu sayede, tüketicinin bilinçli tercihler yapabilmesi ve rekabetin adil bir şekilde gerçekleşmesi sağlanabilecektir.

C. GERÇEK DIŞI VE YANILTICI BİLGİ VERME

Günümüzde hukuki düzenlemeler, reklamların tüketiciler üzerinde yanıltıcı ve aldatıcı etkiler oluşturulmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, ürünlerin Bakanlık onayı ve belirli kalite sertifikalarına sahip olduğu gibi ifadelerle tüketicilere yönelik algılar oluşturulması, tüketici hakları ve reklam düzenlemeleri açısından önemli sorunları gündeme getirmektedir.

Reklam Kurulu tarafından verilen bir kararda ürünün “*Bakanlığın yanı sıra ISO kalite sertifikaları ve helal sertifikasına sahip bir ürün*” olduğuna yönelik ifadeler ile “*Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı*”, “*HALAL*” ve “*FQC*” logolarına da yer verilmek suretiyle yapılan reklamında “*tüm etkileri ve sonuçları ile Bakanlık tarafından onaylandığı algısı oluşturularak satışının yapıldığını*” belirten Kurul, bu tanıtımların tüketiciyi yanıltıcı ve aldatıcı mahiyette olduğunu kabul ederek reklamı durdurma kararı vermiştir. Nitekim TRHTUY m. 7’ye göre reklamlar, tüketiciyi yanıltacak ifade veya görüntü içermemeli, doğru ve dürüst olmalıdır. Reklamlarda tüketicilerin bilgi ve tecrübe eksikliği istismar edilmemeli, güveni kötüye kullanılmamalıdır. Bahsi geçen bu kararda TRHTUY m. 7’ye aykırı olacak şekilde, tüketiciler nezdinde farklı bir algı oluşturulmasına yönelik bir çaba söz konusu olduğundan Reklam Kurulu, bu reklamın durdurulmasına karar vermiştir.³⁶

³⁶ Reklam Kurulu, D. 2016/322, T. No. 259, T. 11.4.2017, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Bahsi geçen bu reklamda Z. Elektronik Ticaret A.Ş.'nin www.c...m.com.tr internet sitesi üzerindeki ifadeleri Reklam Kurulu tarafından bazı kanun ve yönetmeliklerin çeşitli maddelerine aykırı görülmüştür. Web sitesinde, belirli sağlık iddiaları ile birlikte yeşil kahve ve çeşitli diğer bitkilerin ürünün içeriğinde yer aldığı belirtilmiştir. İddialar, kahve tüketiminin metabolizmayı hızlandırdığı, yağ yakma kapasitesini artırdığı, kilo kaybına yardımcı olduğu ve bazı sağlık sorunlarını önleyebileceği yönündedir. Ancak “Sağlık Beyanı ile Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik” m. 5 ve 5996 sayılı Kanun’un belirli maddeleri, bir ürünün insan sağlığı üzerinde belirli etkileri olduğunu belirtme hakkını sınırlamakta ve bu iddiaların bilimsel kanıtlara dayandırılmasını gerektirmektedir. Reklamda ise bu iddiaların bilimsel olarak kanıtlanması ile ilgili herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bu durum TKHK m. 61 gereği tüketicinin bilgilendirilmesi ve çıkarlarının korunması prensibine aykırıdır. Mezkûr düzenlemeler, bir ürünün insan sağlığı üzerinde belirli etkileri olduğunu belirtme hakkını sınırlamakta ve bunları bilimsel kanıtların varlığına bağlamaktadır. Fakat reklamı yapılan ürünün reklamda iddia edilen sağlık etkilerine dair herhangi bir bilimsel kanıt sunulmamıştır.

Reklamda, ürünün Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından onaylandığı ve “*halal*” ve “*ISO kalite*” sertifikalarına sahip olduğu izlenimi veren logolar ve sertifikalar kullanılmıştır. Ancak TRHTUY m.7/6 ve TKHK’nın belirli maddeleri gereği, bir ürünün diğerlerinden farklı veya daha üstün olduğu yönünde bir algı oluşturacak şekilde belgelerin ve logoların kullanılması yasaktır. Bu durum, tüketicinin güvenini yanıltıcı bir şekilde kötüye kullanarak ve firmanın yasal süreçlere uyduğu algısını oluşturarak haksız bir ticari uygulama oluşturur.

Reklamda belirtilen iddialar ve kullanılan belgeler/logolar, haksız rekabete yol açabilir. TTK m. 55/1-a.2 uyarınca, bir firmanın ürününün özelliklerini veya kalitesini, bilimsel kanıtlar olmaksızın abartma veya tüketicileri yanıltıcı bir şekilde yansıtması haksız rekabet olarak kabul edilir.³⁷ Bu durum, diğer firmaların işlemesi için adil bir zemin sağlamak ve tüketicilerin doğru ve güvenilir bilgilere dayanarak karar verebilmesini sağlamak amacıyla yasaklanmıştır.³⁸

Tüketicinin korunmasını amaçlayan TKHK m. 62, tüketicinin yanıltıcı ve haksız uygulamalara karşı korunması gerektiğini belirtir. Bu reklamda, ürünün sağlıkla ilgili iddiaları, belgeleri ve logoları üzerinden tüketicinin doğru bilgiye ulaşması ve bilinçli bir karar vermesi engellenmiştir. Bu, tüketicinin çıkarlarını koruma prensibine ve tüketicinin bilinçli karar verme hakkına aykırıdır.

Ürünün *halal* sertifikasına ve ISO kalite belgesine sahip olduğuna dair iddialar, ayrıca tüketiciler üzerinde güvenilirlik algısı oluşturma çabası olarak da değerlendirilebilir. Ancak *halal* gıda sertifikasının ve ISO kalite belgelerinin usulüne uygun kullanılması gerektiği unutulmamalıdır. Aksi takdirde, bu belgeler

³⁷ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 30), 570, Ayhan ve Çağlar (n 28), 368.

³⁸ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 30), 571, Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar (n 28), 366, 367.



ve logolar, tüketicileri aldatmak için kullanılabilmekte ve haksız rekabete yol açabilmektedir. Bu nedenle, bu tür durumlarda haksız rekabeti önlemek ve tüketicileri korumak amacıyla belgelerin ve logoların doğru ve uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak önemlidir. Ayrıca tüketicilerin, özellikle sağlıkla ilgili iddialar konusunda, bilimsel kanıtlar olmadan bu tür iddialara inanmamaları da önemli bir husustur. Tüketicilerin, ürünlerin iddia edilen etkilerini sorgulama ve bu iddiaların doğruluğunu teyit etme yeteneği, onların korunmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu durum, özellikle gıda takviyesi veya benzeri ürünlerin pazarlanması söz konusu olduğunda, önem kazanmaktadır.

Tüm bu faktörler ışığında Reklam Kurulu, reklamı durdurma kararı vermiştir. Kurulun Z. Elektronik Ticaret A.Ş. hakkında verdiği bu karar, tüketicinin korunması ve yanıltıcı ve aldatıcı reklamların engellenmesi bakımından önemli bir adım olarak kabul edilebilecektir. Zira bu durum, Türk hukuk sisteminin tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi alanlarında ne kadar etkin olduğunun bir göstergesidir. Kanunlar ve yönetmelikler ile tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı reklamlardan korumak amacıyla çeşitli hükümler getirilmiştir. Reklam Kurulunun kararı da söz konusu hükümlerin uygulamada ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır. Zira bu karar, TTK ve TKHK çerçevesinde, tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi konularındaki hükümlerin etkin bir şekilde uygulandığını göstermektedir. Ayrıca bu tür durumlarda hukuki sürecin ne şekilde işlediği ve ne tür sonuçlara ulaşıldığı konusunda da fikir vermektedir.

Reklam Kurulunun verdiği bir başka kararda, A. Gıda Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş. tarafından yapılan reklamlarda “TSE Helal Belgesi” ibaresi yanıltıcı bir şekilde kullanılmıştır. Nitekim bu reklamda yalnızca kesimhaneler için verilen helal sertifikası kullanılarak ortalama reklam izleyicileri üzerinde anlam karışıklığı oluşturulmuş ve tüketiciler yanıltılmıştır. TSE tarafından farklı helal sertifikaları düzenlenebilmektedir.³⁹ Bunlar helal kesim belgesi, helal kozmetik belgesi, helal turizm belgesi, helal parti malı uygunluk belgesi şeklinde olabilmektedir. Bunlardan helal kesim belgesi, “kesimhaneler ve et parçalama tesislerinden elde edilen ürünler için belirli bir partiyi temsil etmek üzere düzenlenen” bir dokümandır ve helal sertifikasından ayrı olarak talep üzerine düzenlenmektedir. TSE haricinde başka bir helal sertifikasyon kuruluşundan helal sertifikası alan bir firma dahi TSE’ye ayrıca başvuru yaparak uygun görülmesi halinde bu belgeyi alabilmektedir. Dolayısıyla helal gıda sertifikasının başka bir kuruluştan alınıp helal kesim belgesinin TSE’den alındığı durumda, sanki helal gıda sertifikasının da TSE’den alınmış gibi gösterilmesinin tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğu açıktır. Her ne kadar karardan tam olarak anlaşılamıyor olsa da A. Gıda Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş. reklamını yaptığı ürün için başka bir kuruluştan helal gıda sertifikası

³⁹ ‘Helal Belgelendirme Hizmetleri’ (TSE, 24 Mart 2023) <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> erişim tarihi 20 Mayıs 2023.

almış olduğu halde TSE'den aldığı helal kesim belgesini genele yayarak o ürünün helal gıda sertifikasının da TSE tarafından verildiği algısını oluşturuyorsa bu durumun tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu açıktır. Zira ortalama bir izleyicinin TSE tarafından yapılan belgelendirmenin çeşitleri hakkında bilgi sahibi olması beklenemez. Çok teknik ve uzmanlık isteyen bu konuda herkes aynı bilgi düzeyine sahip olamayacaktır. Bu durum TRHTUY m. 7/4'te düzenlenen, tüketicilerin bilgi ve tecrübe eksikliklerinin istismar edilmesine girmektedir. Kararda firma tarafından reklamda yer verilen "TSE Helal Belgesi" ibaresinin bu şekilde tüketicileri yanıltıcı nitelikte olması ve reklamın ortalama bir izleyici üzerinde anlam karışıklığı oluşturması gıda ve yemde izlenebilirlik ve etiketleme, sunum ve reklam ile tüketici haklarının korunması, gıda maddelerinin genel etiketleme ve beslenme yönünden etiketleme kuralları, gıdaların üretimi tüketimi ve denetlenmesi, ticari reklam ve ilanlara ilişkin ilkeler ve uygulama esasları ve tüketicinin korunması hakkındaki hükümler ile de çelişmektedir.

Reklam Kurulu tarafından A. Gıda Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş.'ye, anılan reklamları durdurma cezası verilmiştir. Bu karar, helal gıda sertifikasının kullanımı ve tüketicinin korunması amacıyla çıkarılan kanunların önemini vurgulamaktadır. Yanıltıcı reklam uygulamaları, tüketicinin alım kararını doğrudan etkileyen unsurlar olduğundan, yasalar ve düzenlemelerle sıkı bir şekilde denetlenmektedir.

Reklam Kurulu bir başka kararında, E. Endüstriyel Ürünler Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti'nin "r...t.com.tr" internet sitesinde yayınlanan reklamların mevzuata aykırı olduğunu tespit etmiştir. İlgili firma, ürünlerini "Türkiye'nin En Çok Tercih Edilen Su Arıtma Cihazı" şeklinde tanımlamış ve CTR Helal Belgesi, ISO 9001 ve CE gibi çeşitli sertifikalar ile desteklemeye çalışmıştır.⁴⁰ Ancak firma tarafından bu iddiaların ispatlanamaması, TRHTUY ve TKHK'na aykırılık oluşturmuştur. Firma, ürünlerini "Türkiye'nin En Çok Tercih Edilen Su Arıtma Cihazı" şeklinde tanımlamıştır. Bu ifade, tüketiciye ürünün pazar lideri olduğu izlenimini verir. İlgili firma tarafından kullanılan ibarenin nesnel, ölçülebilir ve sayısal verilere dayanması gerekmektedir. Ancak bu ifadenin gerçekliği somut veri ve belgelerle ispatlanamamıştır. TKHK m. 61 gereği, tüketiciyi yanıltıcı, eksik veya hatalı bilgi içeren ticari uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir.

Reklamlarda, ISO 9001, CE ve CTR Helal Belgesi gibi sertifikaların kullanılması, firmanın ürünlerine güvenilirlik kazandırmayı amaçlamaktadır. Ancak sertifikaların kullanılması için belirli şartların yerine getirilmiş olması gerekir. Bu kararda, firmanın helal belgesini su arıtma cihazları için kullanması da soru işareti oluşturmaktadır. Bu durum, TTK'nın haksız rekabet hükümlerine aykırıdır. TTK m. 54 vd. hükümleri, ticari faaliyetlerin dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yürütülmesini gerekli kılmaktadır.

⁴⁰ Reklam Kurulu, D. 2020/1586, T. No. 303, T. 10.11.2020, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.



Nihayetinde, Reklam Kurulunun Z. Elektronik Ticaret A.Ş., A. Gıda Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve E. Endüstriyel Ürünler Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında verdiği kararlar, hukuki düzenlemelerin uygulanabilirliğini ve tüketicinin korunmasını öncelikli hale getirmektedir. Bu firmaların internet sitelerinde yer verilen ifadeler ve sertifikalar, tüketiciler üzerinde gerçek dışı ve yanıltıcı bir algı oluşturmaktadır. Bu durum haksız ticari uygulamaların meydana gelmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle, Reklam Kurulu tarafından bu firmalara karşı reklamların durdurulması yaptırımını uygulanmıştır.⁴¹

Reklam Kurulunun verdiği bu kararlar, tüketicinin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi adına önemli bir adımı temsil etmektedir. Bu kararlar, firmaların reklam uygulamalarını daha dikkatli ve titiz bir şekilde yapmaları konusunda uyarı niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu örnekler hukuki sürecin nasıl işlediği ve ne tür sonuçlara ulaşıldığına dair fikir vermesi açısından önemlidir. Ancak tüketicilerin de bilimsel kanıtlara dayanmayan sağlık iddialarına karşı dikkatli olması ve ürünlerin iddia edilen etkilerini sorgulamaları gerekmektedir. Özellikle gıda takviyesi veya benzeri ürünlerin pazarlanması söz konusu olduğunda, tüketicinin korunması ve bilinçlenmesi çok daha büyük bir önem taşımaktadır. Bu noktada hem üretici ve satıcılara hem de tüketicilere görevler düşmektedir. Zira Reklam Kurulu kararları ancak üretici, tüketici ve reklam verenlerden bir karşılık bulduğu zaman esas amacına ulaşmış olacaktır.

DEĞERLENDİRME, ÖNERİ VE SONUÇ

Makalede, Türkiye'deki helal sertifikalı ürünlerin reklam süreçlerinde karşılaşılan hukuki sorunlar detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Reklam Kurulunun helal sertifikalı ürünlerin reklamlarına yönelik denetim mekanizmaları ve karar süreçleri üzerinde durulmuş ayrıca TTK ve TKHK çerçevesinde haksız rekabet ve haksız ticari uygulamalar incelenmiştir. İncelemeler sonucunda, helal sertifika kullanan firmaların reklamlarında hukuki düzenlemelere uygun olmayan birtakım uygulamalarla karşılaşılmış ve Reklam Kurulunun bu konudaki denetim rolünün ne kadar önemli olduğu görülmüştür. Reklam Kurulu tarafından verilen kararlar, ürünlerde helal sertifika kullanılması noktasında yetkili mercilerce daha sıkı bir denetim mekanizmasının kurulması gerektiğini gözler önüne sermektedir. Nitekim ürünlerde kullanılan helal sertifikasının geçerlilik süresinin geçip geçmediği ya da sertifikaların kapsamı, etkin bir şekilde gözetim ve denetim altında tutulursa, ürün tanıtım aşamasına geçilmeden ihlallerin önü alınabilmektedir. Fakat karar incelemeleri de göstermektedir ki bu alanda denetim noktasında eksiklikler bulunmaktadır. Bu eksikliklerin giderilerek etkin bir denetim ve gözetim mekanizmasının kurulması gerekmektedir.

⁴¹ Reklam Kurulu, D. 2016/322, T. No. 259, T. 11.4.2017, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023. Reklam Kurulu, D. 2020/1586, T. No. 303, T. 10.11.2020, <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Çalışmadan çıkarılan sonuçlardan birisi de tüketicilerin haklarının korunması ve haksız rekabetin önlenmesi konusunda Reklam Kurulunun daha aktif ve etkin bir rol alması gerektiğidir. Fakat Kurulun göstermesi gereken bu çaba üretici, satıcı, tüketici ve denetimden sorumlu diğer merciler nezdinde de bir karşılık bulmalıdır. Aksi halde Kurulun vermiş olduğu kararlar esas amacına ulaşamayacak, tüketicinin korunması, haksız rekabetin önlenmesi ve kamu düzeninin tesis edilmesi noktasında sorunlar yaşanmaya devam edecektir. Nitekim üretici, satıcı ve tüketicilerin daha bilinçli olduğu, tanıtım aşamasına geçilmeden önce ürünlerin denetiminin etkin bir şekilde yapıldığı bir ortamda hukuka aykırı durumlarla karşılaşma olasılığı da azalacaktır.

Helal sertifikalı ürünlerin reklamlarında meydana gelen hukuka aykırılıkların önlenmesi ve tüketicinin korunması açısından Reklam Kurulunun denetim ve karar süreçlerinde daha etkin ve hızlı bir rol üstlenmesi gerekmektedir. Çalışmada bu amaçla helal sertifikalı ürünlerin reklamlarının denetlenmesi ve haksız rekabetin önlenmesi konusunda Reklam Kurulunca yapılan düzenleme ve denetimlerin daha etkin olabilmesi için Kurul üyeleri ile ilgili önerilerde bulunulmuştur. Kurulda hukukçu üye sayısının artırılması ve Kurula Helal Akreditasyon Kurumundan (HAK) bir üyenin dahil edilmesi, sunulan önerilerdendir. Düzenleme ve denetim konusunda hukuki desteğin artması ve helal sertifikasyon kuruluşları konusunda geniş bilgi sahibi olan HAK'ın eklenmesiyle süreç daha doğru ve hızlı işleyebilecektir.

Bu çalışmada helal sertifikası kullanan firmaların haksız rekabet oluşturmada ve tüketicilerin haklarını koruyarak etik bir biçimde nasıl reklam yapabilecekleri konusunda çözüm önerileri sunulmuştur. Bu çerçevede, reklam faaliyetlerinde helal sertifikaların usulüne uygun kullanımı ve bu alandaki hukuki düzenlemelerin firmalar tarafından daha titizlikle takip edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Helal sertifikalı ürünlerin reklamlarının, tüketicinin doğru bilgiye erişim hakkı ile çelişmemesi gerektiği üzerinde durulmuştur. TKHK m. 61/3'te tüketicilerin bilgi noksanlıklarından yararlanarak reklamların tüketiciyi yanıltıcı şekilde sunulması yasaklanmıştır. Bu konuda firmaların etik sorumluluklarının bulunduğu, tüketicilerin yanıltıcı reklamlarla haksız ve hukuka aykırı bir şekilde mağdur edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Türkiye'deki helal gıda sertifikası kullanımının hukuki boyutu ile bu süreçte Reklam Kurulunun rolünün önemini vurgulayan bu çalışma, bu alanda yapılan düzenlemelerin ve denetimlerin, tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi açısından büyük öneme sahip olduğunu göstermiştir. Sonuç olarak, helal sertifikalı ürünlerin reklam süreçlerinde hukuka uygunluk, denetim ve düzenlemelerin öneminin altının çizildiği çalışmada, bu konuda daha fazla bilinçlenmenin ve bu alandaki mevzuatın daha etkin bir şekilde uygulanmasının gerekliliğine dikkat çekmektedir.



Türkiye’deki helal sertifikalı ürünlerin reklam süreçlerinde karşılaşılan hukuki sorunların çözülmesi ve bu konuda daha etkin bir denetim mekanizmasının oluşturulması, tüketicilerin korunması ve haksız rekabetin önlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Çalışma ile bu konuda farkındalık oluşturmak ve çözüm önerileri sunmak hedeflenmiştir. Farkındalık oluşturmak amacıyla firmalar ve reklam ajanslarının helal sertifikaları gibi çeşitli sertifikalar konusunda ve reklam hukuku konusunda eğitilmesi bir öneri olarak sunulabilir. Bu eğitimler, hukuka uygun reklam uygulamalarını ve tüketicinin korunması prensiplerini de kapsamalıdır. Bu sayede hukuka aykırı ve haksız rekabet oluşturan reklamların önüne geçilebilir. Tüketicilerde bu konuda bir farkındalığın oluşturulabilmesi için ise helal sertifikalı ürünlerin reklamlarının yanıltıcı olmaması gerektiği, ürünlerin içeriği, sertifikasyon süreci ve helal sertifikasının anlamı hakkında tüketicilere doğru ve net bir bilgilendirme yapılmalıdır. Tüketici bilinçlendikçe haklarının korunması için daha somut adımlar atacaktır. Böylelikle Reklam Kurulu kararlarında karşılaşılan hukuka aykırılıklara da günlük hayatta daha az rastlanacaktır.

Reklam Kurulunun denetim yetkisi ve süreçlerinin daha etkin ve hızlı hale getirilmesi, kararların daha hızlı uygulanabilir olması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Hukuki düzenlemeler yapılarak daha sert ve caydırıcı önlemler alınır, hukuka aykırı reklam yapan ve haksız rekabet oluşturan firmalar daha ağır yaptırımlarla karşılaşır ve reklam verenlerin daha dikkatli ve özenli hareket etmeleri sağlanabilir. Çalışmada yer verilen önerilerin hayata geçirilmesi ile birlikte helal sertifikalı ürünlerin reklamlarının daha özenli ve hukuka uygun bir şekilde yapılması sağlanabilecek, tüketicinin korunması güvence altına alınabilecek ve haksız rekabet önenebilecektir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku (5. Baskı, Savaş, 2021).

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (27. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021).

Ayhan R ve Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (11. Baskı, Yetkin, 2018).

Batu A, ‘Helal (Mahzursuz) Gıda Belgelendirmesindeki Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2012) 7(2) Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi 60.

Batu A, ‘Türkiye’de Helal (Mahzursuz) Gıda ve Helal Belgelendirme Sistemi’ (2012) 7(1) Gıda Teknolojileri Elektronik Dergisi 51.

Bektaş İ, ‘Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü’ (2018) 4 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 277.

- Bilgili F, Demirkapı E, Ticaret Hukuku Bilgisi (Dora, 2016).
- Bozkurt T, Ticaret Hukuku'nda Son Viraj (On İki Levha Yayıncılık, 2015).
- Can S, 'İdari Para Cezası' (2017) 7(29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407.
- Ceylan O, İdari Yargının Görev Alanına Giren İdari Para Cezaları (Seçkin, 2021).
- Çağlayan R, İdarî Yargılama Hukuku (12. Baskı, Seçkin, 2020)
- Çallı İ D, 'Etnik Pazarlamada Helal Kavramının Kullanımı-'Almanya'da Yayımlanan Gıda Reklamları Üzerine Bir İnceleme' (2004) XIV (4) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 45.
- Çelik Y ve Kükrer Aydın Ö, 'Reklamların İdari Denetimi: Televizyon Reklamlarına İlişkin Reklam Kurulu Kararlarının Analizi' (2016) 4(1) Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi 220.
- Darendeli A, 'Olağanüstü Hâl KHK Düzenlemeleri Sonrasında Oluşan Görsel - İşitsel İdarî Yaptırımlar Hukukî Rejimi' (2017) 25(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115.
- Ekinci M, 'Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdarî Yaptırımlar' (2017) 3 Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19.
- Erdoğan B, 'İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması' (2012) 2 Ankara Barosu Dergisi 239.
- Giritli İ, Bilgen P ve Akgüner T, İdare Hukuku (Der Yayınları, 2001)
- Gözübüyük A Ş ve Tan T, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar (14. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021)
- Güçlü Y, İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar (4. Baskı, Seçkin, 2020)
- Gündüz M Ö, Gültekin F and Kürtül İ, 'OIC/SMIIC Standartları Çerçevesinde Helal Gıda Üretimi ve Helal Belgelendirme Süreçleri' (2020) 2(1) Journal of Halal Life Style 36.
- Helal Akreditasyon Kurumu 'Akreditasyon ve Helal Akreditasyon' <<https://www.hak.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2023.
- İnal E ve Baysal B, Reklam Hukuku ve Uygulaması (On İki Levha Yayınları, 2008)
- Kalabalık H, İdare Hukuku Dersleri Cilt II (5. Baskı, Seçkin, 2021)
- Kızılyar S A, 'Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı' (2013) 8 Journal of Yaşar University 1637.
- Moroğlu E, 'Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (BTHAE, 13-14 Mayıs 1994)



Pekdinçer R. T, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri (Adalet, 2020).

Şahinci D, ‘6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış’ (2014) 9(89) Terazi Hukuk Dergisi 97

Şimşek M, ‘Helal Belgelendirme ve SMIIC Standardı’ (2013) (22) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 19

Şimşek S, ‘Takviye Edici Gıdaların Onay İşlemleri ve İdari Denetimi’ (2021) 3(1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi.

Tekelioğlu N, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar (On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016)

Tekinsoy Ö O, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı (On İki Levha, 2011)

Ticaret Bakanlığı, Reklam Kuruluna Nasıl Başvurulur? (3 Temmuz 2019) <<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kuruluna-nasil-basvurulur>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Topçuoğlu M, Özkul B ve Tekelioğlu N, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu ve Sonuçları’ (2017) 7(30) TAAD.

Türk Standartları Enstitüsü, ‘Helal Belgelendirme Hizmetleri’ (TSE, 24 Mart 2023) <<https://www.tse.org.tr/helal-belgelendirme-hizmetleri-2helal-belgelendirme-islemleri/>> Erişim Tarihi 12 Nisan 2023.

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A, Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku (6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019).

Yıldırım R ve Çınarlı S, Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt II (1. Baskı, Astana Yayınları, 2019)

Yılmaz Aslan, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması’ (1997) 2(5) Muğla Barosu Dergisi 25.

KAMU HUKUKU

1. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU KARARLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ KABAHAHİ (KVKK m. 18/1-a)
Misdeemeanor of Non-Compliance with the Decisions of the Personal Data Protection Board
Uğur AŞKIN
2. KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKININ ENGELLENMESİ SUÇU
Prevention of the Right to Enjoy Public Services
Recep KAHRAMAN
3. TÜRKİYE'DE "DEVLET MEMURU" VE İTALYA'DA "DİPENDENTİ PUBBLICININ" DİSİPLİN YÖNETİMİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ
A Comparative Analysis of Discipline Management of "Devlet Memuru" in Turkey and "Dipendenti Pubblici" in Italy
Şahap KAYMAK; Kamil Ufuk BİLGİN
4. 2012 ve 2014 MISIR ANAYASALARININ KARŞILAŞTIRILMASI
Comparing the Egyptian Constitutions of 2012 and 2014
Sezgin BAŞ
5. İSTANBUL SÖZLEŞMESİNDEN ÇEKİLME SÜRECİNİN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ TÜRK HUKUKUNUN ULUSLARARASI ANDLAŞMALARLA İMTİHANI
The Considerations Brought to Mind by the Process of Withdrawal from the Istanbul Convention: The International Treaties as a Scourge on the Turkish Law
Fethullah BAYRAKTAR
6. SUÇLARIN İÇTİMAINDA TAMAMLAMA MUHADEMESİ
Completion (Deduction) Trial in Terms of Accumulation of Crimes
Erdal YERDELEN; BURAK BOZ
7. SINIR DIŞI ETME İŞLEMİ ve AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI: ÇATIŞAN MENFAATLER ve ESAS ALINAN OLÇÜTLER
The Process of Deportation and the Right to Respect for Family Life: Conflicting Interests and Considered Criteria
Aslı BAYATA CANYAŞ
8. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANLAŞMASI ve NATO ANLAŞMASI
The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the North Atlantic Treaty
A. Fusun ARSAVA
9. VERGİ YARGILAMASINDA BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNCE VERİLEN GÖNDERME KARARLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME
An Evaluation of Sending Decisions Ruled by the Regional Administrative Courts in Tax Disputes
Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
10. 15.07.2023 TARİHİNDEN ÖNCE KURUM AKTİFİNE KAYDEDİLEN TAŞINMAZLARIN SATIŞINDAN ELDE EDİLECEK KAZANÇLAR BAKIMINDAN TAŞINMAZ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI
Exemption for Gains From the Sale of Immovable Properties Recorded in the Assets of the Corporation Before 15.07.2023
Kader Melis TOPÇU
11. ÇOCUKLARIN SUÇA İTİLMESİ VE COVID-19 PANDEMİSİ ÜZERİNE BİR İNCELEME: SİLİVRİ ÖRNEĞİ
An Analysis of Juveniles Pushed into Crime and the COVID-19 Pandemic: The Silivri Instance
Aylin YALÇIN SARIBEY; Ayşe DEĞİRMENÇİ

12. BAĞLANTILI CEZA DAVALARINDA İSTİNAFTA KİSMİ KESİNLEŞME VE TEMYİZ İNCELEMESİNİN KESİNLEŞEN HÜKME ETKİSİ
Partial Final Decree of Linked Criminal Case in Appeal and the Effects of Cassation on Partial Final Decree
Fatih BİRTEK
13. CEZA MUHADEMESİNDE HÜKÜM VERME SÜRECİNİ METODOLOJİK BİR BAKIŞ
A Methodological Perspective to the Process of Judgement-Making in Criminal Procedure
İsmail ÇINAR
14. GENEL KAMU HUKUKU DİSİPLİNİNİN KRİTİĞİ
A Critique of the Discipline of General Public Law
Emir KAYA; Furkan AYDIN
15. ÜST VE EŞYA ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU
Constitutionality of the Legislation About Body and Belongings Search
Ahmet KILIÇ

ÖZEL HUKUKU

16. GAIPLİK KURUMU VE VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR
The Institution of Absence and Its Consequences in Tax Law
Cengizhan HATİPOĞLU
17. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ELEKTRONİK DURUŞMALARDA ALENIYETİN SAĞLANMASI
Ensuring Publicity within the Framework of Electronic Hearings in Civil Procedure Law
Hakan HASIRCI
18. İŞ HUKUKUNDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK İLE HAKEM-BİLİRKİŞİLİĞİN BİRLİKTE UYGULANMASI HALİNDE KARŞILAŞILABİLECEK DURUMLAR
Situations that may be Encountered when Mandatory Mediation in Labour Law and Expert-Determination are Applied Together
Didem YARDIMCIOĞLU
19. GELECEKTEKİ ALACAKLARIN DEVRİNDE "BELİRLİLİK/BELİRLENEBİLİRLİK" ŞARTI VE BUNUN FACTORING-TEMLİKİ İŞLEMİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ
The Condition of "Determination/Determinability" in the Transfer of Future Receivables and its Appearance in the Factoring-Association Process
Arif KOCAMAN
20. KONUTUN DEPREM NEDENİYLE ZARAR GÖRMESİNİN KİRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ
The Effect of Damage to the Residence due to Earthquake on the Lease
Seda BAŞ
21. TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİ
Mediation Agreement Document and Enforceability Annotation in Disputes Regarding the Real Right on Real Estate
Nesibe KURT KONCA; Emel BADUR
22. REKLAM KURULU KARARLARINDA HELAL SERTİFİKALARI VE HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR
Advertising Board Decisions on Halal Certificates and Unfair Commercial Practices
Sümeyye ŞİMŞEK; Elif Banu VARLI

