

TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Temmuz 2021 • Sayı 47 • Yıl: 12



yayin.taa.gov.tr

47



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

47

YIL: 12 - SAYI: 47 - TEMMUZ 2021

www.yayin.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

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

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

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

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

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

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

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

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.yayin.taa.gov.tr

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Feridun YENİSEY***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Fügen SARGIN***TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Halil AKKANAT***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hamdi****MOLLAMAHMUTOĞLU***Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hamide ZAFER***Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hasan AYRANCI***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hasan BACANLI***Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi***Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU***Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hasan TUNÇ***Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İbrahim AYDINLI***Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY***Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İsmail KAYAR***Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İsmail KIRCA***TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Kadir ARICI***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi***Prof. Dr. Kayıhan İÇEL***İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Kemal ŞENOC AK***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Kudret GÜVEN***Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. M. Fatih UŞAN***Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Mehmet DEMİR***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE***Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi***Prof. Dr. Mahmut KOCA***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

GEREKÇELİ KARAR HAKKI: YARGISAL KARARLARIN RASYONALİTESİ

The Right to Reasoned Decision: Rationality of Judicial Decisions

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ 1

MEDENİ YARGIDA İDDİANIN DARALTILMASI VE BU NEDENLE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Reducing of the Claim in Civil Proceedings and Problems Arising from It

Prof. Dr. Cenk AKİL..... 47

BREXIT'İN AB'NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARI ÜZERİNDE DOĞURACAĞI ETKİLER

The Effects of Brexit on Treaties Under International Law Which the EU is a Party to These Treaties

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA 57

KİRAYA VERENİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Lessor's Responsibility Arising from the Defect

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR - Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ 85

İDARE HUKUKU YAKLAŞIMIYLA REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPISAL TEDBİRLER

Structural Remedies in the Law on the Protection of Competition with the Administrative Law Approach

Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU 119

CEZA MUHALEMESİNDE DAVAYA KATILMA VE 6284 SAYILI KANUNDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

Civil Party Participation in Criminal Proceedings and the Problems Arising from the Implementation of Law no. 6284

Dr. Recep DOĞAN 145

İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER IŞIĞINDA ANA
BABANIN ERGİN ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİNİ
KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*The Parents' Duty of Maintaining the Education and Care of their
Adult Child in Line with the Recent Developments in the Swiss Law*

Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ179

YABANCILARIN ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETLERİNE DAİR BİR
DEĞERLENDİRME

An Evaluation on Work Permit Exemptions for Foreigners

Dr. Öğr. Üyesi Talat KAYA.....215

YAPAY ZEKÂNIN CEZAİ SORUMLULUĞU

Criminal Liability of Artificial Intelligence

Dr. Öğr. Üyesi Enes KÖKEN247

DAĞLIK KARABAĞ SORUNUNUN VE ‘ATEŞKES’
ANDLAŞMASI’NIN ULUSLARARASI HUKUK VE İNSANCIL
HUKUK AÇILARINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Nagorno-Karabakh Issue and ‘Ceasefire’ Agreement
Under International and Humanitarian Law*

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA.....287

KAMUYA GEREKLİ ŞEYLERİN YOKLUĞUNA NEDEN OLMA
SUÇU (TCK m. 238)

*The Crime of Causing the Lack of Necessary Things for the Public
(TCC Art. 238)*

Arş. Gör. Can Eralp ELİBOL

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK315

KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİNDE RİSKLİ YAPI TESPİTİ
ÜZERİNE ALINACAK KARARLAR VE AKDEDİLEBİLECEK
SÖZLEŞMELERİ

*Decisions to be Taken on Risky Structure Detection in the Urban
Renewal Process and Contracts that can be Contracted*

Nurcan ARSLAN347

| | |
|---|------------|
| TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DAYANIŞMA AİDATI ÖDEYEREK YARARLANMANIN BAŞLANGICI -ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ- <i>Beginning of Benefiting from Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Dues -Thoughts on the Decision of Constitutional Court-</i> Arş. Gör. İmge Hazal YILMAZ..... | 375 |
| PSİKOLOJİK PLANLI ESKİTME VE COVID 19 PANDEMİSİNDE DURUM <i>Psychological Planned Obsolescence and Covid-19</i> Arş. Gör. Dr. Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM..... | 391 |
| CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTECİLİK SUÇLARI İLE VERGİ CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTE BELGE DÜZENLEME-KULLANMA SUÇLARI <i>The Crimes of Counterfeiting in Criminal Law and the Crimes of Issuing-Using Counterfeit Document in Tax Criminal Law</i> Arş. Gör. Burcu GÖRKEMLİ | 407 |
| OECD MODEL VERGİ ANLAŞMASI HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA MENKUL SERMAYE İRATLARININ VERGİLENDİRİLMESİ <i>The Taxation of Capital Income in the Light of the Provisions of the OECD Model Tax Convention</i> Gülçin KOÇAK..... | 435 |
| BİLGİ SUİSTİMALİ SUÇU (İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu) <i>Insider Trading</i> Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ | 463 |

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

GEREKÇELİ KARAR HAKKI: YARGISAL KARARLARIN RASYONALİTESİ

The Right to Reasoned Decision: Rationality of Judicial Decisions

Muharrem KILIÇ*

Geliş Tarihi: 24.05.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Yargı kararlarının mantıksal dayanağını oluşturan ve yargıcın ‘zihinsel çabasının’ bir ürünü olarak değerlendirilen gerekçe, tarihsel kökeni itibarıyla insanın varoluşsal anlamda ‘bilme’ arzusuna dayanmaktadır. Yargılama hukuku açısından gerekçe, neden-sonuç ilişkisinin ‘neden’ kısmına ilişkin bir mantıksal sorgulamaya karşılık gelmektedir. Bu yönüyle gerekçelendirme edimi, yargısal kararın rasyonel dayanağına ilişkin tespiti yönelik bir çabadır. Bu kapsamda felsefi bir perspektiften hukuki gerekçelendirme, bir tür ‘rasyonel gerekçelendirme’ olarak kabul edilmektedir. Gerekçelendirmeye felsefi yaklaşım, rasyonelitenin hukuki gerekçe ve argümantasyon açısından türünü belirlemekte ve rasyonel bir etkinlik olarak hukukun doğasına ışık tutmaktadır. Argümantasyon teorileri, yargısal kararların gerekçelendirilmesinin yalnızca formel terimlerle yürütülmemesini, aynı zamanda kararların maddi ve pragmatik açıdan da değerlendirilmesini öne sürmektedir.

Demokratik hukuk sistemlerinde gerekçe sunma yükümlülüğü, bir ‘gereklilik’ olarak ortaya çıkmaktadır. Liberal demokrasinin savunucularına göre, gerekçelendirme edimi demokratik bir devletin temel unsurunu oluşturmaktadır. Özellikle yargıçların, kararların gerekçelendirilmesi noktasında yasal ve ahlaki yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda Rawls’un ‘kamusal akıl doktrini’ ile Dworkin’in ‘anayasal demokrasiden’ oluşan iki liberal kuram, demokratik hukuk devletinde ‘gerekçe sunmanın’ önemini ortaya koymaktadır.

ABSTRACT

The justification which constitutes the logical basis of judicial decisions and is considered as a product of the ‘mental effort’ of the judge, is based on the existential desire of man to ‘know’. Justification in terms of jurisdictional law corresponds to a logical inquiry of the ‘cause’ part of the cause-effect relationship. In this respect, the act of justification is an effort to determine the rational basis of the judicial decision. In this context, legal justification from a philosophical perspective is accepted as a kind of ‘rational justification’. The philosophical approach to justification determines the type of rationality in terms of legal justification and argumentation and sheds light on the nature of law as a rational activity. Argumentation theories suggest that the justification of judicial decisions is not only carried out in formal terms but also material and pragmatic terms.

In democratic legal systems, the obligation to provide reasons emerges as a ‘necessity’. According to advocates of liberal democracy, the act of justification constitutes a fundamental element of a democratic state. Judges in particular have legal and moral obligations to justify decisions. In this context, two liberal theories, consisting of Rawls’s ‘doctrine of public reason’ and Dworkin’s ‘conception of constitutional democracy have revealed the importance of justifying’ in democratic constitutional state. Nevertheless, judges sometimes make unreasonable decisions in which the assessment of the concrete case is insufficient.

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku, muharremkilic@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7937-3998.

Ancak yine de yargıçlar kimi zaman somut olaya ilişkin değerlendirmelerin yetersiz bir biçimde yapıldığı, gerekçeden yoksun kararlara imza atmaktadır. Bundan ötürü yargıçların adli yazım sürecinde takip etmesi gereken ve yazılan kararın kalitesini etkileyen birtakım karar yazım metodolojileri bulunmaktadır. Yazınsal üsluptan karar sistematigine, yazım stilinden yöntem ve gerekçesine varıncaya kadar yetkin bir kararın belirleyici unsurları bu metodolojik yaklaşımlarda yer bulmaktadır.

Anahtar kelimeler: Gerekçe, gerekçe hakkı, gerekçelendirme edimi, argümantasyon, kamusal akıl, anayasal demokrasi, karar yazımı

Therefore, there are several decision writing methodologies that judges should follow in the legal writing process and affect the quality of the written decision. From literary style to decision systematics, writing style to method and justification, the decisive elements of a competent decision are included in these methodological approaches.

Keywords: Justification, the right to reasoned decision, act of justification, argumentation, public reason, constitutional democracy, decision writing

GİRİŞ

Bir kurallar dizgesi olarak hukukun dinamik biçimde çeşitlenen ve karmaşıklaşan yaşamsallıklara her bir tekil olay üzerinden normatif temasının tespiti, özgün bir muhakeme ve yorumlama sürecine tekabül etmektedir. Verili kural ile somut olay arasındaki mantıksal, anlamsal ve yorumsal bağıntıyı pratik akıl yürütme (*phronesis*) yöntemiyle ‘karar’ formunda açığa çıkaran bu zihinsel süreç çok yönlü bir çözümlemenin konusunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle hukuki muhakeme süreci, dilbilimden anlabilime (semantik); metinbilimden yorumbilime (hermenötik); mantık biliminden yöntembilime; retorikten¹ argümantasyona varıncaya kadar birçok disiplinler alan üzerinden çözümlenebilmektedir. Aslında bütün bu çözümleyici disiplinler ilgi ve çabalar her bir özgül muhakeme formu açısından zengin bir anlam-yorum evreni yaratmaktadır.

Taraflar arasındaki somut uyuşmazlığı sona erdiren inşâi ve icrâi nitelikli bir ‘karar’ veya ‘hüküm’ formu üreten hukuki muhakeme, yargısal edim sürecini yöneten özgül bir akıl olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yargısal edim süreci, kurallar dizgesinden somut olaya özgü bir ‘norm türetimine’ karşılık gelmektedir. Bir anlamlandırma ve/ya yorumlama vetiresi olarak tanımlayabileceğimiz bu ‘norm türetimi’, ‘hukukun belirliliği’ öngörüsünü karşılayacak bir temellendirme, gerekçelendirme, tanıtlama ve kanıtlama sürecini gerekli kılmaktadır. Her ne kadar yargısal edim, hukukun rasyonelleştirilmiş içkin otoritesi üzerinden kurumsal iktidarını kursa da türetmiş olduğu normların, ‘belirlilik’ ve ‘öngörülebilirlik’ ilkelerine riayetle meşruiyet zeminini kurması beklenmektedir. Böylece her bir yargısal karar, meşrulaştırıcı rasyonelitenin bir çıkarımı olarak değerlendirilebilir. Bu noktada kararlar; ‘mantıkçı, retorik veya diyalojik’ olmak üzere farklı argümantasyon yaklaşımlarıyla normatif meşruiyetini ortaya koymaktadır.

Metodolojik bir çözümlemeyle yargısal edim, ‘davaya konu somut olayın belirlenmesi, hukuksal sorunun çözümlenmesi, uygulamaya esas olacak hukuk kuralının tespit edilmesi ve yapılandırılan kararın temellendirilmesi’ süreçlerini içeren pratik bir uslamlamadır. Rasyonel temelde yürütülen bu uslamlama, ister ‘standart davalar’ ya da ‘gölgeli alanlar’ olsun, isterse de ‘zor davalar’ ya da ‘kolay davalar’ olsun bir bütün olarak hukukun dizgesel yapısının yargısal edimle temas noktasını oluşturmaktadır. Bu noktada hukuki formalizmin ‘hukukun belirliliği’ tezine karşı realist hukuk kuramının

¹ Aristoteles tarafından diyalektiğin eşdeşi olarak kabul edilen retorik, tanımlanmış yöntemlere ve rasyonel öze sahip bir sanat statüsüne yükseltilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Aristoteles, *Retorik*, (çev. Ari Çokona), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2019. Crubellier, Michel, “Aristotle on the Ways and Means of Rhetoric”, *Approaches to Legal Rationality*, (eds. Dov M. Gabbay, Patrice Canivez, Shahid Rahman, Alexandre Thiercelin), Springer Science+Business Media, Dordrecht Heidelberg, London, New York 2010.

‘belirsizlik’ doktrini, hukuk kuralları ile yargısal kararlar arasında mekanik bir korelasyon olduğu düşüncesini reddetmektedir. Tam da bu noktada yargısal edimin kurucu öznesi olan yargıçların görev niteliğinde köklü bir değişimin varlık gösterdiği düşüncesi kabul edilmiştir. Böylelikle artık yargısal edim, somut olay ile hukuk kuralı arasında altlama (*subsumtion*) yöntemi olarak adlandırılan tümdengelimsel bir çıkarımla kolay biçimde hüküm kurabilme mekanizmine karşılık gelmemektedir. Bunun yerine yargıç, ‘vicdani kanaat’, ‘adalet sezgisi’, ‘hakkaniyet duygusu’ ve ‘takdir yetkisi’ gibi diğer yorumlama ilkeleri üzerinden hüküm kuran ve bunları gerekçelendiren bir özne olarak kabul edilmektedir.

‘Hukuk devleti’ idealinin gereklerini oluşturan ‘hukuki belirlilik’² ve ‘öngörülebilirlik’ ilkeleri; yeni görev niteliği itibarıyla ‘yorumlayan özneye’ dönüşen yargıcın kararlarında keyfiliği önleyici bir çerçeve öngörmektedir. Keyfiliği önleyici bu çerçeve, yargı kararlarının gerekçelendirilmesini yalnızca dava tarafları açısından değil, bütünlüklü biçimde yurttaşlar ve tüm ulusal kamuoyu nezdinde bir ‘meşruiyet ilkesi’ olarak kabul etmektedir. Böylelikle kararların rasyonel gerekçeler üzerinden temellendirilmesi, taraflar açısından temel bir ‘insan hakkı’ olarak ortaya çıkmaktadır. Demokratik siyasallığın bir gereği olarak nitelendirilen gerekçelendirme, ‘bağımsız, tarafsız, nesnel, şeffaf ve hesap verebilir’ bir hukuk uygulaması ve hukuk düzeni tesisini olanaklı kılmaktadır. Bu noktada gerekçelendirme, yargısal edimin keyfilikle maluliyetini önleyici bir işlev görmenin yanı sıra, ‘hak arama özgürlüğü’, ‘adil yargılanma’ ve ‘hukuki dinlenilme hakkı’ açısından ilgili tarafların üst derece yargı yerlerine başvurabilmelerini olanaklı kılma noktasında temel bir dayanak oluşturmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin ‘öngörülebilirlik’ temelinde doğurduğu kamusal beklentiyi karşılama yükümlülüğü altında bulunan yargı mensupları, kimi zaman ‘dava yükünün fazlalığı’ ve ‘ihlas-ı rey’ gibi birtakım yapısal sorunlar kimi zaman da bilgisel ve deneyimsel yetersizlikler gibi formasyonel sorunlardan ötürü ‘gerekçesiz’ kararlara imza atmakta ya da yetersiz gerekçelerle hüküm kurmaktadır. Bu durum, bizatihi karar yazım metodolojisine ilişkin bilgisel, donanımsal ve yönetsel yetersizliklerden kaynaklanmaktadır. Karar yazımına ilişkin böyle bir metodolojik yetersizlik, yargısal kararların, ‘açık’ ve ‘özlü’ bir anlatımdan uzak, yasa maddelerinin tekrarıyla ibaret ve hatta iyi bir metinsel örgüden arı biçimde üretilmesine yol açmaktadır. Mahkemelerin ‘kararlarını dayandırdıkları temelleri açık biçimde belirtme’ yükümlülüğünü dikkate almayan bu yetersizlik durumu, bir ‘insan hakları sorununa’ yol açmanın yanı sıra bir ‘yargısal meşruiyet krizi’ ve toplumsal güven sorunu da yaratmaktadır.

² ‘Hukuki belirlilik’ tezine ilişkin kuramsal tartışmalar için bkz., Özkök, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002.

Belirlediğimiz kuramsal perspektif üzerinden konuyu irdeleyen bu çalışma, öncelikle kavramsal bir çerçeve sunmak adına yargıda gerekçelendirme ediminin kapsamını ve temel işlevini ortaya koymaktadır. İkinci olarak çalışmada, epistemolojik ve metodolojik perspektiften gerekçelendirme sorunu, felsefi temeller ve normatif çerçevede çözümlenmektedir. Daha sonra, demokratik bir devletin temel unsurunu teşkil eden gerekçelendirme edimi, demokratik siyasal meşruiyet zemini açısından ilgili kuramsal yaklaşımlar üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu siyasal meşruiyet zemini, John Rawls'un (1921-2002) 'kamusal akıl' doktrini ile Ronald Dworkin'in (1931-2013) 'anayasal demokrasi anlayışı' çerçevesinde ele alınmaktadır. Gerekçelendirme ediminin salt formalist bir anlayışla değil, aynı zamanda maddi ve pragmatik olarak da değerlendirilmesi gerektiğini öne süren ve yargısal kararların gerekçelendirilmesine yönelik yaklaşımlar olarak ortaya çıkan 'argümantasyon teorileri' de çözümlemeye konu edilmektedir. Çalışmada yer verilen bir diğer sorun alanı olarak 'uygulamada gerekçelendirme meselesi', gerekçesizlik modelleri üzerinden açıklanmaktadır. Son olarak bu çalışma, özellikle gerekçeli karar yazımına ilişkin ortaya çıkan 'dilsel, metinsel, yöntemsel, mantıksal, retoriksel ve biçimsel' sorun alanlarına dair değerlendirmelere yer vermektedir.

1. Gerekçelendirme Ediminin Kapsamı ve İşlevi

Gerekçelendirme, yargıcın çözümlemek durumunda olduğu uyuşmazlığa uygulanması gereken soyut hukuk kuralının saptanmasında, yorumlanmasında ve somut olaya uygulanmasında izlemiş olduğu yöntemi gösteren bir açıklama olarak ifade edilmektedir.³ Yargı kararlarının mantıksal dayanağını oluşturan ve yargıcın 'zihinsel çabasının' bir ürünü olarak değerlendirilen gerekçenin, siyasal özgürlük düşüncesinin bir gereği olarak ortaya çıktığı kabul edilse de tarihsel kökeni itibarıyla insanın varoluşsal anlamda 'bilme' arzusuna dayanmaktadır.⁴ Varoluşsal bir itkiyle insanın kendisinde ve çevresinde olup bitenleri sorguladığı dönemlerde başlayan gerekçelendirme arayışının tarihteki ilk izlerine, Sümer Rahip Devletindeki (M.Ö. 4000-2000) kil tabletlerinde rastlanılmaktadır. Böylece gerekçenin tarihsel olarak tespit edilebilen ilk öncülü, kayıtlarda '*suskun kadın davası*' olarak adlandırılan bir yargılamada yer bulmaktadır.⁵ Kadim tarihsel kökleriyle birlikte gerekçe; yargıcın ilgili taraflar, kamuoyu ve diğer paydaşlarla kurulan ilişkinin 'güvenilir, tarafsız ve bağımsız' olduğunu kanıtlamayı olanaklı kılan bir araç olarak görülmektedir.⁶

³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/2866, K. 2020/1762, K.T. 08/10/2020; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/2570, K. 2020/2340, K.T. 09/11/2020.

⁴ Bekri, M. Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2014, s. 207.

⁵ Şeker, Hilmi, "İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gerekçe", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 108, 2013, s. 294.

⁶ Şeker, Hilmi, "İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gerekçe", s. 293.

Gerekçenin yargısal alandaki tezahürüne ilişkin tarih öncesi köklere dair yapılan bu tespit anlamlı olmakla birlikte, bir hukuk dizgesi içerisinde varlık bulan yargısal pratikte gerekçelendirmenin gereği on sekizinci yüzyılda köklenen siyasal dinamik üzerinden açıklanabilir. Eski Rejimden (*Ancien Régime*) kopuş sürecinde gerekçe, kitleselleşen politik bir talep olarak varlık göstermiştir. Öyle ki bu dönemde yargı kararlarına ilişkin gerekçe düzenlemesi, Fransa’da Draguignan Tiers Etats’nın 1788 tarihli toplu istek dilekçesinde yer bulmuştur. Fransız Devrimi (1789) sonrası dönemde çıkarılan 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla, yargısal örgütlenmeye ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır. İlgili Kanunun V. başlığının 15. maddesinde bütün mahkemelere kararlarına dayanak teşkil eden gerekçelerini belirtme zorunluluğu getirilmiştir.⁷ Görüldüğü üzere yargısal kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin düşünce, süreçsel bir gelişim dinamiği sergilemiştir. Fransız Devrimi ile birlikte ortaya çıkan gelişmelerle bu sürecin, ‘salt vicdani kanaate’ bağlı biçimde verilen yargısal kararlardan, ‘objektifliği ve eşitliği’ esas alan gerekçeli karar verme⁸ zorunluluğuna doğru evrildiğini ifade edebiliriz.⁹ Yargısal kararların gerekçelendirilmesini öngören bu modern siyasal perspektif, demokratik politik düzenler açısından ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince yapısal bir gereklilik oluşturmaktadır.

Yargılama hukuku açısından gerekçe, neden-sonuç ilişkisinin ‘neden’ kısmına dair bir mantıksal sorgulamaya karşılık gelmektedir. Bu yönüyle gerekçelendirme edimi, yargısal kararın rasyonel dayanağına ilişkin tespiti yönelik bir çaba olarak nitelendirilebilir. Öyle ki gerekçelendirme edimi, ilgili yargı kararında yer alan hükmü, nedenleriyle doğru ve çelişkisiz biçimde izah edilmesi yoluyla güvenilir bir argümana dönüştürmekte ve ‘adil yargılanmanın’ biçimsel ve maddi gereklerini temin eden bir temellendirmeye karşılık gelmektedir.¹⁰ Böylelikle gerekçe, bir yandan yargısal kararın rasyonel dayanağını oluştururken diğer yandan taraflar açısından davaya temel teşkil eden argümanlara ilişkin nedenleri izah etmektedir.

Genelde yargılama sürecine ilişkin yurttaş ve topluma bilgi vermeyi amaçlayan, özelde ise savunma hakkı ile kanun yolunun etkili biçimde kullanılması ve yargıcın elinde kamu gücüne dönüşen yargı erkinin, hukuka

⁷ Sunay, Zühal Aysun, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”, *Danıştay Dergisi*, S. 143, 2016, s. 7.

⁸ Yargıcın karar verme sürecine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz., Dinçkol, Abdullah, “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995. Ayrıca bkz., Fabreguettes, M. P., *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2019.

⁹ Işıktaç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 169.

¹⁰ Atagün, Ömer Faruk, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Bireysel Başvuru Kararları”, <https://www.omeratagun.com/files/Gerekceli%20Karar%20Hakk%C4%B1%20ve%20Bireysel%20Basvuru%20Ornekleri.pdf>, Erişim tarihi: 05.05.2021.

uygun kullanılmasını hedefleyen ‘gerekçeli karar hakkı’, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6/1. maddesinde¹¹ açıkça yer almamakla birlikte, ilgili maddenin başlangıç hükümlerinin yorumlanmasıyla erişilen bir ‘güvence’ olarak değerlendirilmektedir. Böylelikle yargı kararlarının gerekçelendirilmesi ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ‘adil yargılanma hakkının’ temel bileşeni olarak kabul edilmektedir.¹²

‘Adil yargılanma hakkı’ bağlamında kararların gerekçeli olma zorunluluğunun bir istisnasını üst derece mahkemelerinin kararları oluşturmaktadır. Ancak bu istisnai durum, uyuşmazlığı yeniden ele alarak yeni bir karar veren ‘istinaf mahkemesi kararları’ veya mevcut hükmü hukuka aykırı bularak kaldıran ‘bozma kararlarını’ kapsamamaktadır. Bu noktada istisna teşkil eden durum, üst derece mahkemesinin gerekçe göstermeksizin ilk derece mahkemesi kararına atfının yeterli görülmesi, bir başka deyişle ‘kararın onanması’ hali olarak kabul edilmektedir. Nitekim ilgili yargısal içtihatlarda yer bulduğu üzere AİHM, temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmaması durumunu, gerekçeli karar hakkının ‘ihlali’ olarak değerlendirmemektedir.¹³

Hukuk devletinın yapısal gerekliliğini oluşturan gerekçelendirme yükümünün anayasal çerçevesi, öncelikle yargı yetkisinin meşruiyet ilkesi üzerinden temellendirilmektedir. Söz konusu meşruiyet ilkesi, bu yetkinin “*Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması*” (AY md. 9) prensibi üzerinden anayasal bir norma dönüşmüştür. Daha sonra bu ilke, ‘*hak arama hürriyeti*’ kapsamında anayasal bir hak alanı olarak ilgili 36. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Ayrıca Anayasamızın¹⁴ 141. maddesinin 3. fıkrasında “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” denilmek suretiyle mahkemelere kararlarını gerekçelendirme yükümü getirilmiştir.¹⁵

¹¹ AİHS 6/1. maddesi şöyledir: “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*” https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim tarihi: 07.05.2021.

¹² Sunay, Zühal Aysun, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”, s. 14.

¹³ Sunay, Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, s. 177-178.

¹⁴ Ayrıca burada Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının ‘gerekçesiz’ biçimde açıklanamayacağını dermeyer eden Anayasa md. 153 hükmünü de kaydetmek gerekmektedir. İlgili anayasal düzenlemeye göre “*Anayasa mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.*”

¹⁵ Sunay, Zühal Aysun, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”, s. 17.

Meşruyet ilkesi çerçevesinde yargısal kararların gerekçelendirilmesini öngören bu anayasal dizgeye bağlı biçimde ilgili yasalarda gerekçelendirme yükümüne ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda öncelikle yargılama hukukunu düzenleyen temel yasalarda gerekçelendirme edimi normatif bir çerçeveye kavuşturulmuştur. Nitekim bunlardan 2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu,¹⁶ 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷ ve 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu¹⁸ gerekçelendirme yükümünü düzenleyen hükümlere yer vermiştir.¹⁹

¹⁶ **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 34:** ‘Kararların gerekçeli olması’ (1) *Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.* (2) *Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir.* **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 101/2;** *Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; a) Kuvvetli suç şüphesini, b) Tutuklama nedenlerinin varlığını, c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu, gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.* **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 230:** ‘Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar’ (1) *Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir: a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler. b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükmü esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi. c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanunu’nun 61 ve 62’nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi. d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.* (2) *Beraat hükmünün gerekçesinde, 223’üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıın gösterilmesi gerekir vd.*

¹⁷ **6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 297:** “1. Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalardan bunlardan çıkarılan sonuç ve **hukuki sebepleri**... 2. Hükmün sonuç kısmında, **gerekçeye ait** herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.”

¹⁸ İdarî yargılama usulünün gerekçelendirme yükümüne ilişkin ilk düzenlemesi, 1925 tarih ve 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu’nun 44. maddesinde yer almıştır. Daha sonra 669 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu’nun 54. Maddesinde ile 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu’nun 91. Maddesinde gerekçeye ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/4098.pdf>, Erişim tarihi: 28.04.2021. Ayrıca bkz., Sunay, Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Seçkin Yayınları, Birinci Basım, Ankara 2016. Son düzenleme ise 1982 tarih ve **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 24**’de ‘kararlarda bulunacak hususlar’ başlığı altında yer almıştır. Buna göre; “**kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hükmü: tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı belirtilir.**”

¹⁹ Türkiye Adalet Akademisi, “Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması”, https://vizyon.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/yargi_kararlarinda_gelistirme_calismasi.pdf, Erişim tarihi: 07.05.2021.

Yargısal kararların gerekçelendirilmesi yükümlülüğü, eski Avustralya Yüksek Mahkeme Başkanı Sir Anthony Mason tarafından modern demokrasilerde varlık gösteren ‘gerekçelendirme kültürünün’ bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada gerekçeler, tarafların iddialarının ilgili yargı mercileri tarafından ‘anlaşılabilirlik’ düzeylerini göstermektedir. Burada gerekçelendirme edimi, yargıç tarafından verilen kararların temellendirilmesine ilişkin özgün bir uslamlamayı ifade etmektedir.²⁰ Bu edimsel yükümlülük yargıçları, hukuki muhakemelerini objektif argümanlara dayandırmaya ve savunma haklarını korumaya icbar etmektedir.²¹

Gerekçelendirme ediminin yukarıda sözü edilen fonksiyonlarının yanı sıra, iletişimsel ve diyalektiksel bir edim olarak da kurumsal işlevi bulunmaktadır. Bu kapsamda gerekçelendirmenin kurumsal işlevlerinden birisi, hukukun uygulanması ve yorumlanması sürecinde mahkemelerin sahip oldukları ‘takdir yetkisini’ rasyonel temelde izah etmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. ‘Takdir yetkisini’ kullanan yargıç, vermiş olduğu yargısal kararın altında yatan gerekçeleri ortaya koymak suretiyle, ilgili kararı ‘kamusal eleştiriye’ açık hale getirmektedir.²²

Bu doğrultuda yargısal edim, yargıcın aldığı kararlar aracılığıyla yurttaşlara, yasalara ve uygulama usullerine ilişkin gerekli bilgileri sunmak suretiyle hem ‘normatif’ hem de ‘eğitsel’ bir görevin icrasını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla yargıçların vermiş oldukları kararlar ve bu kararlarında sundukları gerekçeler, ‘hesap verebilirlik’ ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.²³ Nitekim yargısal gerekçelendirme, ‘şeffaflık ve hesap verebilirliği’ tahkim edici bir mekanizma olarak işlev görmektedir.²⁴ Yargıçların özgül/tekil yargısal edimleri açısından ‘hesap verebilirlikleri’, ürettikleri ‘gerekçeli kararlar’ üzerinden değerlendirilebilir hale gelmektedir. Üretilen kararların gerekçelendirilmesi, ilk derece mahkeme yargıçlarından temyiz yargıçlarına ve genel olarak kamuoyuna ‘tek yönlü bilgi aktarımı’ anlamına geldiğinden, yargısal kararlara ilişkin ‘kamusal değerlendirmelerin’ yapılmasını olanaklı kılmaktadır. Bu perspektiften gerekçelendirme edimi, ‘etkili hukuki incelemenin’ gerekliliğine bağlı biçimde işlev görmektedir.²⁵ Böylelikle üst derece mahkemelerinin

²⁰ Beck, Luke, “The Constitutional Duty to Give Reasons for Judicial Decisions”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 40, Nu. 3, 2017, p. 925.

²¹ Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strazburg 2020, p. 37.

²² Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer 2017, Second Edition, p. 214.

²³ Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi, 18 (2015) Nolu Görüş, CCJE (2015) 4, s. 13.

²⁴ Dymitruk, Maria, “The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13, 2019, p. 39.

²⁵ Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, *Washington ve Lee Law Review*, Vol. 72, Nu. 1, 2015, p. 507.

yargıçların vermiş olduğu kararları etkili biçimde incelemeleri mümkün hale gelmektedir.

Teorik çerçevede yargısal kararların gerekçelendirilmesi, karar vericilerin doğrudan kamuoyu ve hukuk sistemi karşısında ‘hesap verebilirliğini’ olanaklı kılarak demokratik siyasal sistemin tahkimine hizmet etmektedir. Gerekçeli karar vermenin önemli bir işlevi de özellikle demokratik usullerle seçilmemiş ve bu nedenle doğrudan yurttaşlara karşı sorumlu olmayan yargıçların, yargısal edimi keyfi biçimde ifa etmelerini kısıtlamaktır.²⁶ Bu işlevinden ötürü gerekçe, temelde bir ‘adli kısıtlama doktrini’ (*doctrine of judicial restraint*) olarak kabul edilmektedir. Özellikle *stare decisis* ilkesi²⁷ uyarınca yargıçların benzer davalarda karar verirken ilgili diğer davaların olgu ve gerçeklerine benzer biçimde yaklaşma zorunluluğu, zaman içerisinde ‘takdir yetkisinin’ kapsamını sınırlandırmaktadır.²⁸

Gerekçeli karar hakkı, ‘hukukun üstünlüğü’ ilkesi açısından özellikle keyfiliği önleyici bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Örneğin; ceza yargılamasında gerekçeli kararlar, keyfiliği önleyici biçimde sanığın ve kamuoyunun, sanığın neden mahkûm edildiğini veya beraat ettiğini bilinir kılmaktadır. Bu noktada gerekçe, yargıç tarafından verilen karara itiraz etme ya da kanun yoluna başvurma açısından da bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.²⁹ Karara itiraz edebilme noktasında gereklilik arz eden gerekçelendirme ediminin, başvuranın temyiz hakkını etkin biçimde kullanmasına olanak tanınması açısından önemi, AİHM’in *Hadjianastassiou v. Yunanistan* kararında vurgulanmaktadır.³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 2018 tarihli Salih Savran başvurusu üzerine vermiş olduğu kararında işaret edildiği üzere, “*bir davada tarafların hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer vermeyecek*

²⁶ Cohen Mathilde, “Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, Nu. 2, 2008, p. 90.

²⁷ *Stare decisis* ilkesi Latince’de sözlük anlamı itibarıyla ‘karar verilen şeylerin arkasında durmak’ manasına gelmektedir. Bu ilke, mahkemelerin benzer bir dava hakkında karar verirken geçmiş davaları dikkate alma gereğini ifade eden yasal bir doktrindir. Kısacası ‘emsal karar doktrini’ olarak ifade edilmektedir. Bkz., https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, Erişim tarihi: 07.05.2021.

²⁸ Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, p. 508.

²⁹ Amnesty International, *Fair Trial Manual*, Amnesty International Publications, 2. Baskı, Birleşik Krallık 2014, s. 173.

³⁰ Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)*, p. 37.

açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve bu bölüme uyumlu hüküm fıkralarının bulunması ‘gerekçeli karar hakkı’ yönünden zorunluluk teşkil etmektedir.”³¹

Öğretide gerekçenin gerekliliği üzerine değişik savların yanı sıra, gerekçenin birtakım ‘adli riskleri’ olabileceğine ilişkin görüşler de zikredilmektedir. Bu görüşlerden birisi; karar makamlarının gerekçe oluşturma zor olduğu durumlarda karar vermekten imtina etme riskine işaret etmektedir.³² Aynı zamanda yargısal kararları gerekçelendirmenin, ‘yargılama süreçlerini geciktirebileceği; hakikatleri perdeleme aracı olarak kullanılabilirliği; ve mahkemelerin saygınlığını tartışılır hale getirebileceğine’ ilişkin birtakım risklere dikkat çekilmektedir.³³ Ancak öngörülen bütün bu potansiyel sözde risk unsurları, yargısal kararları gerekçelendirme yükümlülüğünü ortadan kaldıracak denli esaslı argümanlar olarak değerlendirilemez. Zira kamusal akla hitap eden gerekçelendirme edimi, yargısal kararların meşruiyet zeminini, rasyonalitesini ve güvenilirlik göstergesini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, ‘şeffaf ve hesap verilebilir’ bir hukuk düzeni tesis eden, keyfiliği önleyici mekanizma işlevi gören ve üst derece mahkemelerine başvuru için esas teşkil eden gerekçelendirme edimi, ‘hukuk devleti’ ilkesine dayalı modern hukuk sisteminin *sine qua non* unsurunu oluşturmaktadır. Nitekim taraflar açısından hukuki sonuç doğurması, hak ve özgürlüklerin yetkin bir biçimde değerlendirildiğini göstermesi ve adil bir yargılama sürecinin yürütüldüğünü ifade etmesi sadedinde gerekçe, dava tarafları nezdinde bir ‘hak’ olarak tezahür etmektedir.³⁴ Her ne kadar gerekçenin işlevselliğine dair birtakım sorgulamalar bulunsun da hukuk devletinde verilen idari ya da yargısal kararların nedenlerini etkin biçimde sunan ‘gerekçeli kararların’ rasyonel gerekliliği aşıkardır.

2. Gerekçelendirme Ediminin Felsefi Temelleri ve Normatif Çerçevesi

Felsefi açıdan gerekçelendirme; ‘doğru, sağlam veya güvenilir’ içgörülerin kabul edilme nedenlerini açıklayarak, söz konusu kabullerin bilişsel açıdan meşrulaştırılması olarak tanımlanmaktadır. Nitekim modern epistemolojik ve metodolojik perspektiften gerekçelendirme sorunu, rasyonalizasyon çabalarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Literatürde rasyonalizasyon, ‘analitik, diyalektik, prosedürel, destekleyici’ ve benzeri nitelikte çeşitlenen rasyonalite biçimlerinde tezahür etmektedir.³⁵ Yargısal edim

³¹ Salih Savran, B. No: 2018/12600, 28/1/2021.

³² Bekri, M. Nedim, “Gerekçeli Karar Hakkı”, s. 207-208.

³³ Şeker, Hilmi, “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 65, S. 2, 2007, s. 191.

³⁴ Atagün, Ömer Faruk, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Bireysel Başvuru Kararları”, <https://www.omeratagun.com/files/Gerekceli%20Karar%20Hakk%C4%B1%20ve%20Bireysel%20Basvuru%20Ornekleri.pdf>, Erişim tarihi: 05.05.2021.

³⁵ Dimiřkovsk, Ana, “(Dia)logical Reconstruction of Legal Justification”, *Revus*, Vol. 19, Nu. 19, 2013, p. 155.

açısından rasyonalite, ‘yargıçların nasıl karar aldıkları ve bu kararları nasıl gerekçelendirdikleri’ sorununu merkeze alan salt muhakeme süreci olarak değil, aynı zamanda bireysel bir ‘sosyal deneyim’ olarak da değerlendirilmektedir.³⁶

Hukuki-yargısal gerekçelendirme, kendi özgül bağlamı içerisinde öne sürülen her türden hukuki görüş için gerekçelendirici argümanlar ortaya koyma çabası olarak varlık göstermektedir.³⁷ Böylece felsefi yönüyle değerlendirildiğinde hukuki gerekçelendirme, bir tür ‘rasyonel gerekçelendirme’ olarak kabul edilmektedir. Gerekçelendirmeye felsefi yaklaşım, rasyonalitenin hukuki gerekçe ve argümantasyon açısından türünü belirlemekte ve rasyonel bir etkinlik olarak hukukun doğasına ışık tutmaktadır. Daha geniş bir perspektiften hukuki argümantasyon³⁸ çerçevesinde hukuki gerekçelendirme, yargı mercilerinin kararlarının esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir. Nitekim yargısal kararların gerekçelendirilmesinin nihai amacı, ilgili kararların hukuksal normlara ve hukuk sisteminin temelini oluşturan ‘değer ve ilkelere’ uygunluğunu göstermektir. Bundan ötürü sağlam temellere dayandırılan hukuki gerekçelendirme, hukuk düzeninin temel değerleri olarak ‘hukuki belirliliği’ ve ‘yargısal adaleti’ güvence altına alabilmek adına esaslı rasyonel araçlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁹

Hukuk sisteminin temelini oluşturan ‘değer ve ilkelere’ uygunluğunu gösterme amacı taşıyan gerekçelendirmeye ilişkin Jeremy Bentham’dan (1748-1832) John Austin’e, (1790-1859) H. L. A. Hart’tan (1907-1992) R. Dworkin’e, Jeremy Waldron’dan Joseph Raz’a kadar uzanan hukuk kuramsal çizgide yargısal usullama süreçlerine ilişkin birtakım teorik öngörüler yer almaktadır. Bu öngörülerin ortak noktası, yargısal kararların bir yargıcın hukuki muhakemesinin açıklanması olarak görülmesidir. Nitekim yargısal edimi, yargıcın muhakemesinin açıklanması olarak kabul eden pozitivistik kuram, yetkinlikle gerekçelendirilmiş (iyi) kararların daha yetkin (iyi) bir siyasal otoriteyi (hükümeti) güvence altına alabileceğini öne sürmektedir. Bu yönüyle pozitivistik kuram açısından hukuk kuralları, keyfi iktidara karşı hem bir ‘engel’ hem de bir ‘panzehir’ olarak kabul edilmektedir.⁴⁰

Bu noktada ifade etmek gerekirse doğal hukuk kuramı ile hukuki pozitivism arasındaki tartışmanın odak noktası, ‘hukuki muhakemenin

³⁶ Epstein, Daniel Z., “Rationality, Legitimacy, & The Law”, *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 7, Nu. 1, 2014, p. 2.

³⁷ Trajanoska, Ana Dimiškova, “The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or “Trialogue”?”, *Approaches to Legal Rationality*, (eds. Dov M. Gabbay, Patrice Canivez, Shahid Rahman, Alexandre Thiercelin), Springer Science+Business Media, Dordrecht Heidelberg, London, New York 2010, p. 266.

³⁸ Ayrıca bkz., Atienza, Manuel, “For a Theory of Legal Argumentation”, *Rechtstheorie*, Vol. 21, 1990.

³⁹ Dimiškova, Ana, “(Dia)logical Reconstruction of Legal Justification”, p. 155.

⁴⁰ Epstein, Daniel Z., “Rationality, Legitimacy, & The Law”, p. 7.

mahiyeti' değil, bizatihi 'hukukun mahiyetine' ilişkindir. Tartışmanın daha çok 'hukukun mahiyetine' ilişkin olmasından ötürü, hukuki pozitivistlerin 'ahlaki gerekçelendirmeye' başvurmalarının onların pozitivistik kuramları ile ters düşmelerine yol açmayacağı öne sürülmektedir. Nitekim bu anlayışa göre 'hukuki gerekçelendirme' edimi, hukuk kavramından bağımsız biçimde ele alınmaktadır.⁴¹

Tam da bu noktada münhasıran yasal nedenlerle bir kararı gerekçelendirmenin ahlaki gerekliliğinin, pozitivistik kuramın temel aksiyomu olduğunu ifade edebiliriz. Bu nedenle söz konusu ahlaki yükümlülük, gerekçelendirici bir argümanın doğruluğu için temel bir kriter teşkil etmektedir. Bir hukuk normu, yerleşik hukuki ilkelerle en iyi biçimde uyumluluk arz ettiği takdirde, 'yeterli' ve 'yetkin' bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Bu noktada hukuk sistemlerinin esaslı olarak gerekçelendirilmiş bir dizi standartlardan oluştuğu fikri benimsenmektedir. Bir yargı kararı, ancak içeriği ahlaki açıdan yeterli olan normlardan elde edilmesi durumunda doğru bir biçimde gerekçelendirilmiş olacaktır. Bu kuramsal yaklaşıma göre, davanın 'zor' ya da 'kolay' olmasına bakılmaksızın yargıcın davaya uygulanacak doğru normları araştırması gerekmektedir. Sözü edilen norm arayışında yargıç, hukuk sisteminin sınırını aşan bir anlayışı izlemek durumundadır.⁴²

Nitekim bu görüşü öne süren bazı hukuk kuramcıları bir yargı kararının, 'ahlaki' açıdan gerekçelendirilmedikçe 'yasal' olarak da gerekçelendirilemeyeceğini öne sürmektedir. Öyle ki bu görüşü öne süren hukuk kuramcılarına göre yargısal kararların, bireylerin yaşamları üzerindeki önemli etkisinden ötürü 'ahlaki' olarak da gerekçelendirilmeleri gerekmektedir. Ancak 'ahlaki gerekçelendirme' anlayışına yönelik olarak birtakım eleştirel yaklaşımlar bulunmaktadır. Buna göre 'ahlaki gerekçelendirme' anlayışını eleştiren yaklaşımlar; yalnızca yasanın gerekli kılması durumunda yargı kararlarının 'yasal' olarak gerekçelendirilebileceğini öne sürmektedir.⁴³

Yargısal kararların 'ahlaki gerekçelendirilmesi' anlayışından ayrı olarak 'realist gerekçelendirme' yaklaşımları da bulunmaktadır. Gerekçeli karar vermeye yönelik realist yaklaşımların temel dayanağı, yargıçların ve diğer karar vericilerin 'gerçek nedenleri' nadiren ifade etmeleridir. 'Gerekçeli açıklama' (*reasoned elaboration*) fikrinin savunucularına göre⁴⁴ 'açıklık' ifade

⁴¹ Bkz., Spaak, Torben, "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", *Ratio Juris*, Vol. 16, Nu. 4, 2003, p. 481-482.

⁴² Redondo, Cristina, *Reasons For Action and The Law*, (eds. Francisco J. Laporta; Aleksander Peczenik; Frederick Schauer), First Edition, Springer 1999, p. 162.

⁴³ Spaak, Torben, "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", p. 481.

⁴⁴ Hukuki süreç okulunun (*legal process school*) temel düşüncelerinden birisini oluşturan 'gerekçeli açıklama' kavramı hem hukuk akademiyasında (*legal scholarship*) hem de hukuk

etmeyen gerekçelendirme, bu edimle amaçlanan ‘meşruiyet, kanun yoluna başvurma’ vb. gibi birçok hedefe hizmet etmeyecektir. Zira onlara göre, gerçeği yansıtmayan nedenlere dayanan gerekçeli bir karar, ‘güvenilmez’ bir kılavuz niteliğindedir. Halbuki hukuk sistemleri, karar vericilerin eylemleri için ‘içtenlikli gerekçelendirmelerinin’ (*sincere justification*) gerekliliği düşüncesi üzerine inşa edilmektedir. Zira hukuk sistemlerinde, yargıçların ve diğer karar vericilerin doğru gerekçelendirmeyi yaptıkları varsayımı egemendir. Burada ‘doğruluk’, yasal gerekçelendirmeler açısından varsayılan bir ön kabul olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵

Ancak yine de bu ön kabul açısından problem teşkil eden husus, bunun açık biçimde ‘paternalistik’ bir anlayışı yansıtmasıdır. Nitekim bu durum, Amerikalı düşünür Alvin Goldman’ın ‘epistemik paternalizm’ olarak adlandırdığı kavramsallaştırmaya denk düşmektedir. Goldman sözü edilen kavramsallaştırmayı, Anglo-Amerikan hukukundaki jüri üyeleri açısından ispat kurallarını analiz etme bağlamında kullanmıştır. Bu bağlamda ona göre ispat kuralları, jüri üyelerini bizzat kendi bilgi ve deneyim eksikliklerinden başışık kılmak adına tasarlanmıştır. Ancak bu ‘paternalistik anlayış’, kamu kurumlarının gerekçelendirme gerekliliğinin temel misyonu ile çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Öyle ki kamuoyuna karşı ‘hesap verebilirliği’ temin etmenin bir yolu da kamu kurumlarının idari işlem ve eylemlerine ilişkin ‘gerekçeler’ sunmasıdır. Burada gerekçelendirme edimi, kamu görevlilerinin yetkilerini yetkin biçimde kullandıkları ve keyfilikle karar almadıkları noktasında bir gösterge oluşturmaktadır.⁴⁶

Günümüz modern hukuk sistemlerinde gerekçenin gerçekliği yansıtmaya ilişkin mevcut akademik tartışmalar, ‘yargıç merkezli’ bir tartışma olarak sürdürülmektedir. Bu noktada hukuk teorisyenleri çoğunlukla, ‘adli açıklık’ (*judicial candor*) kavramına odaklanmaktadır. Burada yargıçların, bir yandan

uygulamasında etkili olmaya devam etmektedir. Bu yaklaşımın temel düşüncesi, hukuki karar verme süreçlerinin, genel olarak anayasaları, tüzükleri, kuralları, düzenlemeleri ve yargı kararlarını içerecek şekilde anlaşılan ve yasal materyallere içkin olan normatif önermelere (değerler, amaçlar, hedefler, ilkeler ve politikalar) atıfları içermesi gerektiğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://solum.typepad.com/legaltheory/>, Erişim tarihi: 05.05.2021. Süreç teorisyenleri yargısal kararların üretim süreci ile söz konusu kararları üreten mercilerle ilgilenmektedir. İlgili teorisyenlere göre yargı kararları rasyonel biçimde temellendirilmelidir. Aynı zamanda yargı kararlarının temellendirmesinde kişisel politik tercihlerden ziyade genel hukuk ilkeleri dikkate alınmalıdır. Yargısal kararların gerekçeleri yazılı olarak gerçeğe uygun biçimde kamuoyu ile paylaşılmalıdır. Bkz., Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and The Legal Process School”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, Nu. 2, 2013, p. 679.

⁴⁵ Cohen, Mathilde, “Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, *Depaul Law Review*, Vol. 59, Nu. 1091, 2010, p. 1097-1098.

⁴⁶ Cohen, Mathilde, “Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, p. 1111.

kararlarını tayin eden belirli birtakım ‘varsayımlara, motivasyonlara ve teorilere’ sahip olabileceği, ancak diğer yandan da kararlarını alenen gerekçelendirmek için çok farklı ‘nedenleri’ olabileceği gerçeğine odaklanılmaktadır. Kamuoyu ile paylaşılan yargısal kararlara ilişkin ‘nedenlerin’ ya da ‘gerekçelerin’ yasaya uygun biçimde tezahür ettiği düşünülmektedir. Ancak bir karara esas teşkil eden ‘gerçek nedenlerin’ hukuki kurallar çerçevesinde ele alınmasının gereğine rağmen yargısal kararların ‘politik, ekonomik, ahlaki, felsefi veya birtakım dini tercihlere’ dayandığını öne süren görüşler de bulunmaktadır.⁴⁷

Tam da bu noktada Jerome Frank (1889-1957) ve diğer realist hukuk kuramcıları,⁴⁸ yargısal karar ve/ya görüşün,⁴⁹ yargıcın düşüncesine göre kararı temellendiren nedenlerin *ex post facto* (olaydan sonra ve geriye dönük) açıklaması olarak değerlendirilmesine kuşkuyla yaklaşmaktadır.⁵⁰ Hatta öyle ki J. Frank, yargısal kararların yargıçların sonuçlara nasıl ulaştıklarına dair oldukça sınırlı düzeyde bir bilgi sunduğunu öne sürmektedir. Ona göre yargısal kararlar, genellikle olaydan sonra ve geriye dönük (*ex post facto*) olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle yargısal kararlar, bir anlamda ‘sansürlenmiş’ açıklamalardır (*censored expositions*).⁵¹ Bu kuramsal yaklaşım, kararın ‘gerçek gerekçelerinin’ genellikle kasıtlı veya bilinçsiz olarak yanıltıcı olduğunu öne sürmektedir. Gerekçelendirme sürecinde yargıçların, ‘mahkemelerin gerçek kararını sönmülendirmek adına’ tasarlanmış teorilere, kurgulara ve doktrinlere başvurdukları dile getirilmektedir. Realist hukuk kuramcıları, yargı kararlarının altında yatan ‘gerçek gerekçeler’ hakkında görüşlere de yer vermektedir. Örneğin yine, realist hukuk kuramcılarının Felix Cohen (1907-1953) yargısal karar edimini ‘*hukuk mantığı kisvesine gizlenmiş basit bir ekonomik önyargı*’ olarak nitelendirmektedir.⁵²

Realist hukuk kuramcıları, yargısal kararların ‘kurallar’ ya da ‘emsal kararların’ mantıksal sonucu olmadığını; mantıksal çıkarım ve öğretisel analizlerin kararları belirlemekten ziyade ‘rasyonelleştirdiğini’ öne sürmektedir.

⁴⁷ Cohen, Mathilde, “Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, p. 1096.

⁴⁸ Realist hukuk kuramcıları ‘hukukun belirliliğine’ ve ‘bilinirliğine’ kuşkucu bir yaklaşım sergilemişlerdir. Bu doğrultuda hukukun, hukuk uygulayıcılarının faaliyetlerinden ibaret olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Bkz., Gürkan, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 3.

⁴⁹ Yargısal karar/hüküm (*judgment*), mahkemenin tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin nihai tespitidir. Diğer yandan yargısal görüş (*opinion*) ise, yargıcın ilgili gerçeklere göre gerekçelerini ortaya koymasıdır. Bkz., <https://www.lawprose.org/lawprose-lesson-165-ruling-vs-opinion-vs-judgment-etc/>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

⁵⁰ Waldron, Jeremy, “Public Reason and Justification in the Courtroom”, *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. I, Nu. 1, 2007, p. 125-127.

⁵¹ Frank, Jeromy, “What Courts Do in Fact”, Part One, *Illinois Law Review*, Vol. 26, Nu. 6, 1931-1932, p. 653.

⁵² Bkz., Waldron, Jeremy, “Public Reason and Justification in the Courtroom”, p. 125-127.

Bu noktada realist kurama göre, yargısal kararların asıl belirleyicileri ‘çevre koşulları, karakter özellikleri, huy, çeşitlenen menfaatler, cinsel dürtüler ve yaygın ideolojiler’ gibi birtakım unsurlardan oluşmaktadır.⁵³ Yargısal kararın asıl belirleyicilerine yönelik bu düşünce, realist kuramın ‘hukuki belirsizlik’ tartışmasının da temelini teşkil etmektedir.

Nitekim realist hukuk kuramının temsilcileri, ‘hukuki belirsizlik’ tartışmasında, salt formalist yöntemin yetersiz olduğunu öne sürmektedir. Bundan ötürü realist kuram, bir yargıcın karara varmasını mümkün kılan ‘yöntem’ bilgisini ve ilgili kararın gerekçelendirilmesini temel mesele olarak kabul etmektedir.⁵⁴ Realistlerin ‘belirsizlik’ argümanı, tümdengelimsel usavurmanın ve mekanik hukuk düşüncesinin tek başına davaların sonucunu belirleyemeyeceğini öne sürmektedir.⁵⁵ Nitekim realist kuramcılara göre, yargıçların karara varma süreci, tümdengelimli bir argüman olarak yeniden inşa edilememektedir. Zira yargısal kararlar, bir metin içerisinde sunulmak amacıyla saltlıkla rasyonelleştirilen ‘irrasyonel’ tutumlarla belirlenmektedir. Realist teze göre yargıçlar, genel hukuk kuralları çerçevesinde karar vermek yerine her zaman uygun gördükleri biçimde kararlarını yapılandırmaktadır. Onlara göre bu durum, pratik akıl yürütmenin mantıksal modelinin yargı kararlarının gerekçelendirilmesinde uygulanamaz olduğunu kanıtlamaktadır. Öyle ki bu noktada realist kuramcılar, yargı kararlarının tümdengelimli olarak gerekçelendirilmediğini; mantıksal çıkarımın ve rasyonalitenin yargıçların pratik muhakemesiyle ilişkili olmadığını öne sürmektedir.⁵⁶

Bunun karşısında pozitivist kurama göre, bir yargısal kararı temellendirmek için ilgili olguların açıklanmasının yanı sıra, hukuksal normlara da ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düşünce, yargıçların belirli normları benimseme gerekçesini açıklayan nedenlerle ilgili ampirik bir önerme değil daha çok gerekçelendirme kavramının analizinin bir sonucudur. Pozitivist kuramcıların yargısal gerekçelendirmeye ilişkin tezi, biçimsel ve nesnel anlamda gerekçelendirmeye atıfta bulunmaktadır. Bu perspektiften bakıldığında pozitivist kuramda temel mesele, mantıksal anlamda bir argüman modelinin uygulanabilirliğine ilişkindir.⁵⁷

⁵³ Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2002, Sy. 4, s. 89. Ayrıca bkz., Kılıç, Muharrem, “Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 31, 2017.

⁵⁴ Rumble, Wilfrid E., “Rule-Scepticism and the Role Of the Judge: A Study of American Realism”, *Journal of Public Law*, Vol. 15, 1966, p. 270.

⁵⁵ Hasnas, John, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, Nu. 84, 1995, p. 88.

⁵⁶ Bkz., Redondo, Cristina, *Reasons For Action and The Law*, p. 153-154.

⁵⁷ Redondo, Cristina, *Reasons For Action and The Law*, p. 156.

Bu kapsamda pozitivist hukuk kuramcısı Hart, yargıçların bazen hukuku ‘bulmak’ yerine ‘yaptıkları’ iddiasını öne süren realist kuramcıların tezine katılmaktadır. Aynı zamanda ünlü kuramcı, realistlerin formalizm eleştirisine ve ‘mekanik hukuk’ anlayışına da saygı duymaktadır.⁵⁸ Gerekçelendirme ve özelde rasyonel gerekçelendirme üzerinde duran Hart’a göre rasyonel temellendirme, yargıçların ve/ya diğer uygulayıcıların düşünsel süreçlerini tayin eden bir gereklilik olarak kabul edilmektedir.⁵⁹

Sonuç olarak, karar alma ve bu kararları gerekçelendirme noktasında yargıçların bir ‘içgörü’ oluşturma amacını taşıyan bu kuramsal tartışmalar, karar alma süreçlerine ilişkin bir çözümlemeye yer vermektedir. Bu noktada realist kuramda, yargıçların salt kural-merkezli değil, pratik yorum dinamiklerini de dikkate almak suretiyle kararlarını yapılandırdıkları görülmektedir. Her ne kadar realist kurama göre, yargısal kararların asıl belirleyicileri olarak birtakım yanal unsurlar veya değişkenler gibi çeşitlenen faktörlerden söz edilse de karar alma sürecine yönelik olarak izlenmesi gereken birtakım kuralların varlığından söz edilebilir. Zira yargısal edim, kendinde birtakım usamlama formlarını barındıran mantıksal bir karar alma sürecine tekabül etmektedir. Yargısal kararların gerekçelendirilmesinin, salt yasal normlar ve mantıksal kurallar üzerinden değil, aynı zamanda bir yorumlama çabası içerisinde genel hukuk ilkelerine referansla temellendirilmek suretiyle yapılandırılması gerekmektedir.

3. Demokratik Siyasal Meşruiyet Açısından Gerekçelendirme Edimi

Modern liberal demokratik sistemlerde gerekçe sunma yükümlülüğü, siyasal meşruiyet ilkesi açısından bir ‘gereklilik’ olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim liberal demokrasi savunucuları, ‘gerekçelendirme ediminin’ demokratik bir devletin temel unsurunu teşkil ettiğini öne sürmektedir. Öyle ki liberal kuramcılara göre ‘hukuki gerekçelendirme’, bir demokrasinin siyasi ve ahlaki meşruiyeti açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda özellikle yargıçların, kararların gerekçelendirilmesi noktasında yasal ve ahlaki yükümlülükleri bulunmaktadır. Hatta öyle ki bu yükümlülüklerinden ötürü yargıçlar, ilgili literatürde ‘model karar vericiler’ (*model reason-givers*) olarak nitelendirilmektedir. Bu modellemeye örnek sadedinde Rawls’un kamusal aklının bir ‘örneği’ olarak Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*) ile Dworkin’in üstün niteliklere sahip ‘Yargıç Herkül’ü kaydedilmektedir.⁶⁰

⁵⁸ Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and The Legal Process School”, p. 686.

⁵⁹ Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and The Legal Process School”, p. 707.

⁶⁰ Bkz., Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, p. 496-497.

Aynı zamanda bazı liberal demokrasi kuramlarında yargıçlar, ‘gerekçelendirme kahramanları’ olarak nitelendirilmektedir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde çoğu yargıcın, demokratik seçim usulüyle göreve gelmemesinden ötürü, geleneksel anlamda demokratik bir soydan (*democratic pedigree*) yoksun olduğu öne sürülmektedir. Seçim yoluyla göreve gelmeyen yargıçların ‘hesap verebilirlik’ açısından bir bağışıklığı söz konusu olmasına rağmen, bazı demokrasi kuramcıları yine de mahkemeleri ‘müzakereci kurumlar’ (*deliberative institutions*) olarak değerlendirmektedir. İlgili kuramcılar, mahkemelerin meşruiyetinin⁶¹ ‘gerekçelendirme edimiyle’ tesis edilmesinin gereğine işaret etmektedirler. Yine bazı başkaca demokrasi kuramcıları, yasama meclislerinden farklı olarak mahkemelerin kapalı oturumlarda karar veriyor olsalar da yargısal süreçlerin çoğunun kamuoyuna açık olduğunu vurgulamaktadır.⁶²

Liberal demokrasi kuramcıları yargıçların, yargı kararlarını Anayasa veya kanunlarda yer alan demokratik eylemlerle ilişkilendiren gerekçelerinin siyasal meşruiyet noktasında bir araç olarak işlev gördüğünü öne sürmektedir. Buradaki temel düşünce, mahkemelerin kamuoyuna deklare etmiş olduğu kararların yurttaşlar tarafından meşru olarak algılanmasıdır. Burada yargısal kararların gerekçeleri, yurttaşların yasanın içkin otoritesine bağlılığını olanaklı kılmaktadır. Böylelikle yargısal meşruiyet mekanizması, bir kamusal ‘ikna mekanizması’ olarak işlev görmektedir. Bu kapsamda Rawls’un ‘kamusal akıl doktrini’ ile Dworkin’in ‘anayasal demokrasiden’ oluşan iki liberal kuram, demokratik hukuk devletinde ‘gerekçelendirme ediminin’ önemini

⁶¹ Amerikalı akademisyenler Dan Simon ve Nicholas Scurich yargısal kararların meşruiyetine ilişkin bir çalışma yürütmüştür. Bu çalışma, yurttaşların mahkeme kararlarını nasıl değerlendirdiklerine dair bir ön bilgi sunmayı amaçlamaktadır. İlgili çalışma kapsamında ‘bir hakem, bir yargıç ve bir temyiz yargıcı’ tarafından verilen üç kararın özeti, meslekten olmayan yedi yüz katılımcıya sunulmuştur. Katılımcılara sunulan dosyada davanın avukatları tarafından geliştirilen üç ana argüman; mahkeme kararı ve bu kararın gerekçeleri yer almaktadır. Katılımcılara daha sonra yargı kararının meşruiyetini değerlendirmek için olaya ilişkin yasa maddeleri verilmiş ve son olarak katılımcılara ilgili davada nasıl karar verecekleri sorulmuştur. Çalışma neticesinde ortaya çıkan temel bulgulardan birisi; katılımcıların karara yönelik değerlendirmelerinin, yargıçların kararlarının sonuçları ile katılımcıların tercih ettiği sonuçlar arasındaki uyumdan büyük ölçüde etkilenmesi olarak kaydedilmiştir. Katılımcıların yargıcın vermiş olduğu kararla hemfikir olduklarında akıl yürütme tarzının meşruiyet derecelendirmeleri üzerinde hiçbir etkisi olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte katılımcıların yargıcın vermiş olduğu karara iştirak etmemeleri durumunda, sunulan gerekçeler meşruiyet derecelendirmelerinde etkili olmuştur. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Simon, Dan; Scurich, Nicholas, “Lay Judgements of Judicial Decision-Making”, Legal Studies Research Paper Series, 2011; Scurich, Nicholas, “Styles of Argumentation in Judicial Opinions (Legitimizing Judicial Decisions)”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 14, Nu. 1, 2018, p. 6.

⁶² Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, p. 499.

ortaya koymaktadır.⁶³ Bu bölümde ilk olarak Rawls'un doktrini daha sonra da Dworkin'in kuramı çerçevesinde 'gerekçelendirme edimi' tartışmaya konu edilecektir.

a. Rawls'un Kamusal Akıl Doktrini

Gerekçeli karar ile demokrasi arasındaki ilişki, özellikle Rawls'un 'kamusal akıl' (*public reason*) kavramı çerçevesinde siyaset teorisi ve felsefesinde tartışılmaktadır. Bu doktriner yaklaşıma göre, 'kamusal gerekçelendirme' liberal siyasal sistemin özünü oluşturmaktadır. Öyle ki söz konusu siyasal kuram, genellikle 'gerekçelendirici liberalizm' (*justificatory liberalism*) olarak adlandırılmaktadır.⁶⁴ Rawls'un siyasal kuramının merkezinde, 'uygun bir adalet anlayışının geliştirilmesi' ve 'hoşgörüyü meşrulaştıran gerekçelerin belirlenmesi' olmak üzere iki temel tez bulunmaktadır. Rawls, bu iki temel tezi liberal çoğulcu toplum için esaslı unsurlar olarak değerlendirmektedir. 'Uygun bir adalet anlayışı' geliştirme noktasında Rawls, iki adalet prensibi olan 'özgürlük ilkesi' ile 'fark ilkesinden' oluşan 'hakkaniyet olarak adalet' (*justice as fairness*) fikrini öne sürmektedir.⁶⁵ Rawls'un liberal devlet anlayışına göre, siyasal iktidarın kullanımı, ancak hükümet eden erkin idari işlem ve eylemlerini meşru kılan gerekçeler sunması durumunda meşruiyet zeminine kavuşmaktadır. Burada 'kamusal akıl', anayasal demokratik bir hükümetin yurttaşları ve onların birbirleriyle ilişkilerini tayin eden temel 'ahlaki' ve 'siyasi' değerleri dikkate almaktadır.⁶⁶

Rawls'a göre, 'kamusal akıl' demokratik siyasal toplumun karakteristik özelliğini oluşturmaktadır. Burada 'kamusal akıl', eşit yurttaşlık fikrini paylaşan ve bu konuda uzlaşan 'yurttaşların akli' olarak nitelendirilmektedir. 'Kamusal aklın' konusunu 'kamuoyunun ortak iyiliği'; içeriğini ise 'siyasal adalet anlayışı' oluşturmaktadır. 'Kamusal aklın' sınırlamalarının, 'arka plan kültüründe'⁶⁷ değil, 'kamusal siyasi forumda' geçerlilik arz ettiği

⁶³ Cohen, Mathilde, "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach", p. 500.

⁶⁴ Cohen Mathilde, "Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads", p. 83.

⁶⁵ Gentry, Glenn, "Rawls and Religious Community: Ethical Decision Making in the Public Square", *Christian Bioethics*, Vol. 13, Nu. 2, 2007, p. 173.

⁶⁶ Cohen, Mathilde, "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach", p. 501.

⁶⁷ Kamusal kültürün, bir anayasal rejimin siyasal kurumlarını ve bunların geleneksel kamusal yorumlama biçimlerini (yargı dahil) ve yaygın olarak bilinen tarihi metin ve belgeleri içerdiğini öne süren Rawls, bütün kapsamlı doktrinlerin, sivil toplumun "arka plan kültürü" olarak ifade ettiği alana ait olduğunu savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Rawls, John, *Politik Liberalizm*, (çev. Mehmet Fevzi Bilgin), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2019, s. 59.

ifade edilmektedir. Bu noktada kamusal akıl, ‘kamusal gerekçelendirmeyi’ amaçlamaktadır. Bu yönüyle kamusal aklın amacı, tüm idari tasarruflar ve yargısal kararların ‘gerekçelendirilmesi’ olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁸

Tam da bu noktada liberal demokratik devlet yapılarında devletlerin siyasal meşruiyetini temin etme noktasında kamusal aklın temel bir bileşen olduğunu öne süren Rawls’ın⁶⁹ teorisine göre, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kamusal aklın bir ‘örneğini’ oluşturmaktadır.⁷⁰ Yüksek Mahkemenin kamusal aklın örneğini oluşturmasını iki temel gerekçe üzerinden açımlayan Rawls’a göre ilk gerekçe; Mahkemenin en son ve en üst karar verme mercii olmasıdır. Bundan ötürü Yüksek Mahkeme nihai yorum mercii olup, vermiş olduğu kararlar bağlayıcıdır. Bu yönüyle de Yüksek Mahkeme ‘kamusal akla’ uygunluk arz etmektedir. Düşünüre göre ikinci gerekçe ise, Yüksek Mahkeme’nin ‘kamusal aklın timsali’ olarak görülmesidir. Söz konusu iki gerekçe ile kamusal akıl arasındaki ilişki, anayasacılığın temel ilkeleri ile izah edilmektedir.⁷¹

Bu anlayış çerçevesinde mahkemelerin rolü, yalnızca ‘savunmacı’ değil aynı zamanda ‘kurumsal temsilcisi’ olduğu ‘kamusal aklın’ politik etkisini sürdürmektir. Bu durum, ‘kamusal aklın, mahkemenin kullandığı yegâne akıl olması’ anlamına gelmektedir.⁷² Nitekim yurttaşlar ve yasama meclisi temsilcileri anayasal sorunlar ve temel adalet meseleleri gündeme geldiğinde kendi görüşlerini uygun biçimde demokratik oylamaya tabi tutabilmektedir. Ancak demokratik tercihlerini ve bunların saikini ‘kamusal akıl’ nezdinde gerekçelendirme ve kararlarında kullandıkları zeminleri tutarlı bir bütünlük halinde sunma zorunlulukları bulunmamaktadır. Öte yandan yargıçların görevi ise, tercihlerini ‘kamusal akıl’ nezdinde gerekçelendirme ve kararlarına esas teşkil eden durumları bir bütünlük halinde açıklamaktır. Bu görevi icra ederken yargı mensupları ne başka bir akla ne de siyasal olanların dışında başka bir değere müracaat etmek durumundadır. Bu noktada yargıçlar; ‘anayasal yargıya konu olan davalar, diğer yargısal pratikler ve teamüllerin’ gerektirdiği şekilde hareket etmek zorundadır.⁷³

Sonuç olarak Rawls’un kamusal aklın bir temsilini oluşturan mahkemelere duymuş olduğu saygı, yargı mercilerinin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Görüş birlikleri ve muhalif görüşler de

⁶⁸ Freeman, Samuel, “Public Reason and Political Justifications”, *Fordham Law Review*, Vol. 72, Nu. 5, 2004, p. 2021-2022.

⁶⁹ Rawls, John, *Law of Peoples with The Idea of Public Reason Revisited*, Harvard University Press, Massachusetts 1999.

⁷⁰ Freeman, Samuel, “Public Reason and Political Justifications”, p. 2067.

⁷¹ Rawls, John, *Politik Liberalizm*, s. 268.

⁷² Rawls, John, *Politik Liberalizm*, s. 268.

⁷³ Rawls, John, *Politik Liberalizm*, s. 269.

dahil olmak üzere, yazılı olarak yayımlanan kararların verilmesi, Rawls'un liberal siyasal bir toplumda yeniden canlanmanın demokratik işleviyle uyumluluk arz etmektedir.⁷⁴

b. Dworkin'in Anayasal Demokrasi Anlayışı

Ünlü modern hukuk kuramcılarından Dworkin, 'müzakereci demokrasi' anlayışına benzer biçimde 'anayasal demokrasi' kuramını savunmaktadır. Dworkin,⁷⁵ mahkemeleri modern siyasi toplumların 'temel kurumları' olarak tanımlamaktadır. Düşünür, mahkemelerin özellikle de yüksek mahkemelerin kamusal argümanları yetkinlikle ele aldığı kanaatini taşımaktadır. Yargıçların belirli 'ilke meseleler' üzerine verecekleri kararların temelde siyasal alanın 'katılımcı' niteliğini güçlendirebileceğini öne sürmektedir. Dworkin'in 'dürüstlük' (*integrity*) olarak nitelendirdiği 'siyasal meşruiyet' anlayışı da mahkeme merkezli bir düşünce olarak tezahür etmektedir.⁷⁶

Düşünürün haklar teorisi, yargılama kurumunun yapısını betimsel olarak ele almakta ve bu yapı için siyasi bir gerekçe sunmaktadır. Bir diğer ifadeyle 'ilkeler' ile 'politikalar' arasındaki bu ayırmadan, yargıçların davalara nasıl karar verdiklerine ilişkin bir açıklama ve nasıl karar vermeleri gerektiğine dair de bir çerçeve ortaya çıkmaktadır. Dworkin'e göre yorumlama, bir 'sorumluluk' ve 'değer' meselesi olarak kabul edilmektedir. Bundan ötürü 'yorumlayan özne' olarak yargıç, kararını belirleme sürecinde belirli bir yasa maddesini değerlendirmek durumundadır. Aynı zamanda yargıç, ilgili 'değeri' destekleme sorumluluğunu da üstlenmelidir.⁷⁷

'Yorumlayan özne' olarak yargıçlar, bir kuralın bakmakta oldukları davaya uygulanabilirliğini gerekçelendirilmiş kararlarında göstermek durumundadır. Hukuk kuralının anlamının açık olmadığı durumlarda kuralın ilave yorumunun somut olay için zorunlu olması nedeniyle farklı görüşlerin bulunması olanaklıdır. Yorumu gerekli kılmayan kolay davalarda (*easy case*) yargıçların yalnızca olguları ve uygulanacak hukuk kuralını zikretmeleri yeterlilik arz etmektedir. Yorumun gerekli olduğu zor davalarda (*hard cases*)

⁷⁴ Cohen, Mathilde, "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach", p. 502.

⁷⁵ Dworkin'in yetkin bir hukuki muhakeme biçimine dair çözümlemesi için bkz., Reeves, Anthony R., "Reasons of Law: Dworkin on the Legal Decision", *Jurisprudence*, Vol. 7, Nu. 2, 2016.

⁷⁶ Cohen, Mathilde, "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach", p. 503.

⁷⁷ Silva, Jaqueline M., "Integrity and Consistency of Court Decisions in Ronald Dworkin's Framework As A Way of Tackling The Problem Involving Conflict Between Fundamental Indigenous Rights and The Legal Certainty of Landowners", *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 12, Nu. 1, 2016, p. 28.

ise, ilgili yorumu temellendiren ya da bunun gereğini ortaya koyan ilave bir gerekçelendirme sunulması gerekmektedir. Bu noktada yargıçlar, ilgili hukuk kuralının spesifik bir yorumunu seçme nedenlerini açıklamak durumundadır.⁷⁸

Tam da bu noktada hukuki gerekçelendirme ve tartışma açısından hem Hart hem de Dworkin, ‘zor davaların’ varlığını kabul etmektedir. ‘Zor davalarda’ yargıçlar, mevcut dava açısından geçerli olan hukuk kuralının doğru biçimde formüle edilmesi noktasındaki kabullerini gerekçelendirmek durumundadır. Hart, ‘zor davalarda’ çeşitli çözümlerin savunulabileceğini ve yargıcın hukuk açısından tercih edilecek kararı gerekçelendirmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁷⁹ Öte yandan Dworkin ise, sistemsel olarak hukukun, ‘takdir yetkisini’ gerekli kılacak biçimde salt kurallar manzumesinden oluşmadığını öne sürmektedir. Ona göre hukuk uygulaması, kuralların yanı sıra ‘ilkelerin’ de yorumsal işlev icra ettiği sistemsel bir bütünlük oluşturmaktadır. Bu noktada ‘ilkeler’, hukuk kurallarının ‘temeli, meşruiyet kaynağı ve yanı sıra gerekçesi’ olarak da işlev görmektedir. Bundan ötürü özellikle ‘zor davalarda’ ilgili uyumsuzluğa uygulanacak olan hukuk kuralını yetersiz bulması durumunda yargıç, ‘hukuk ilkelerine’ bağlı biçimde hukuk uygulamasını gerçekleştirmek durumunda kalmaktadır.⁸⁰

Sonuç olarak Dworkin, yargısal karar verme sürecinde demokratik meşruiyete referansta bulunmakta ve bir siyasi topluluğun normatif seçimlerinin ‘sabit ve tutarlı’ olması gerektiğini öne sürmektedir. Bundan ötürü Dworkinci yaklaşıma göre yargıçlar, vermiş oldukları yargısal kararları gerekçelendirmek durumundadır. Rawls ve Dworkin’in teorilerinde işaret edildiği üzere mahkemeler, kararlarını gerekçelendirmek durumunda olmalarından ötürü ‘model akıl yürütenler’ olarak kabul edilmektedir.⁸¹

4. Argümantasyon Teorileri: Yargısal Kararların Gerekçelendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar

Kavramsal açıdan argümantasyon; ‘gerekçelendirme, kanıt getirme, bir tezi destekleme, kararı haklı gösterme veya eleştirme olanağı sunan uslamaların bütünü’ olarak tanımlanmaktadır. Pratik bir tartışmanın zeminini teorik bir altyapı üzerine kuran argümantasyon; ‘hukuki bir tartışmada kanaat getirerek karşı tarafı ikna etmeyi, tarafların uzlaşmasını hedefleyen ve bunun için

⁷⁸ Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 5.

⁷⁹ Bkz., Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 81. Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 5.

⁸⁰ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, p. 81.

⁸¹ Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, p. 504.

elverişli akıl yürütme araçlarını gösteren normatif ve rasyonel bir teori' olarak ifade edilmektedir.⁸²

Argümantasyon, muhatabı ikna etmeye veya inandırmaya yönelik biçimde geliştirilen argümanlarla kurulan bir usullama formudur. Öyle ki yargıç; verdiği kararın hukuka uygun olduğunu kanıtlamak için; avukat, müvekkilinin eyleminin doğru olduğuna yargıcı inandırmak için; doktor, hastasını ameliyatın gerekliliğine ikna etmek için; siyasetçi, seçilmek için; matematikçi, bir teoremi ispat etmek için; satıcı, mallarını pazarlamak için; baba, oğlunu yaptığının yanlış olduğuna ikna etmek için argümanlar ileri sürmek durumundadır.⁸³ Bu noktada 'normu, önermeyi ya da bir inancı' 'kanıtlayan' argümantasyon ile amacı birilerini 'ikna etmek' olan argümantasyon olmak üzere iki temel argümantasyon türünden bahsedilmektedir. İlk argümantasyon türünün modeli, bir matematikçinin mantıksal ameliyesi ile özdeşlik arz eden argümantasyon modelidir. İkinci argümantasyon türüne karşılık gelen eylem ise, daha çok psikolojik niteliktedir. Bu argümantasyon türünün amacı ise, belirli bir düşünce ya da his durumu yaratmaktır.⁸⁴

Tam da bu noktada yirminci yüzyıl hukuk kuramında hukuki argümantasyona artan ilginin temel nedenlerinden birisi, yargıcın görev niteliğinin değişkenlik göstermesi olarak kaydedilebilir. Daha öncesinde Montesquieu'nun (1689-1755) 'güçler ayrılığı doktriniyle'⁸⁵ uyarlı biçimde yargıcın görevi, yasa koyucu tarafından açık ve net biçimde formüle edildiği varsayılan normların somut olaya uygulanması olarak belirlenmiştir. Ancak yirminci yüzyılda yasa koyucunun ve yargıcın görevlerine ilişkin anlayış köklü bir değişime uğramıştır. Yasa koyucunun her bir toplumsal olayı öngörmesinin olanaksızlığından ötürü yargıçlar, hukuk normlarını yorumlama ve tikel davalar açısından somut normları formüle etme görevini üstlenmiş bulunmaktadır. Buna göre yargıçlar, artık kararı otomatik olarak genel kuraldan çıkaran 'hukukun ağzı' (*mouth of the law*) olarak görülmemekte, yalnızca tikel dava bağlamında hukuk kuralının anlamını belirlemektedir. Bu anlayışa göre, hukuk kurallarının bağlamdan bağımsız bir anlamı bulunmamaktadır. O yüzden yargıç, yalnızca tikel davalarda hukuk kuralının anlamına ilişkin değerlendirmeler yapmak durumundadır. Bu karar verme sürecinde yargıçların

⁸² Metin, Sevtap, "Hukuksal Argümantasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 136. Ayrıca bkz., Heper, Altan, "Hukuki Argümantasyon Teorisi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 16. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 289.

⁸³ Bulygin, Eugenio, "Hukuki Argümantasyon Kuramına Karşı Normatif Pozitivizm", (çev. Gökçe Çataloluk *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 87.

⁸⁴ Bulygin, Eugenio, "Hukuki Argümantasyon Kuramına Karşı Normatif Pozitivizm", s. 87.

⁸⁵ Bkz., Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Şevki Özbilen), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 174 vd.

belirli bir ‘takdir yetkisi’ bulunmaktadır. Yargıç söz konusu ‘takdir yetkisini’ ne şekilde kullandığını gerekçeli kararında açıklamak zorundadır. Bunun yanı sıra yargıçlar, kararlarının gerekçelendirilmesinde, somut olay açısından hukuk kuralının yorumlanması ve formülasyonuna ilişkin mülahazalarını da ortaya koymak durumundadır.⁸⁶

Hukukun yorumlanması noktasında hukuki argümantasyon teorileri, yargısal kararların gerekçelendirilmesinin yalnızca formel terimlerle yürütülmemesini, aynı zamanda kararların maddi, pragmatik ve hatta diyalojik açıdan değerlendirilmesini öne sürmektedir.⁸⁷ Nitekim yargılama sürecinde gerekçelendirme edimi, karar lehine bir argümantasyon tesis etme amacı gütmektedir. Bu amaç doğrultusunda yargıçtan, davaya konu olay dolayımında türetilen hukuk normunun yeterli biçimde gerekçelendirmesi beklenmektedir. Bu noktada gerekçelendirme biçimleri ise, çeşitlenen yasal bağlamlarda ve hukuk kültürlerinde hukuki yorumlamadaki muhakeme yöntemleri ve türleriyle ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır.⁸⁸

Eveline T. Feteris, hukuki kararların rasyonel biçimde gerekçelendirilmesi noktasında ‘mantıkçı, retorik ve diyalojik’ olmak üzere üç tür argümantasyon yaklaşımını ele almaktadır. Bu yaklaşımlar hukuki argümantasyon ve gerekçelendirmenin temel yapılarının farklı türlerinin teorik temsilini sunmaktadır. Bu çerçevede mantıkçı yaklaşımda, gerekçelendirmenin temelindeki argümanın mantıken geçerli bir argüman olarak yeniden yapılandırılabilir olması hukuki gerekçelendirmenin ‘kabul edilebilirlik’ unsurunu oluşturmaktadır. Mantıkçı yaklaşımın hukuki argümantasyonun formel yönlerini vurgulamasına yönelik kuramsal tepkiyi temsil eden retorik yaklaşım; daha çok ‘argümanların içeriğine’ ve ‘kabul edilebilirliğin bağlama bağlı yönlerine’ vurguda bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre gerekçelendirmenin ‘kabul edilebilirliği’, gerekçenin hitap ettiği dinleyici kitlesine⁸⁹ bağlı olarak değerlendirilmektedir. Son olarak, diyalojik yaklaşımda ‘hukuki argüman, hukuki bakış açısının kabul edilebilirliğini diyalogun bir parçası olarak görmektedir.’ Bu yaklaşım, yasal gerekçelendirmenin biçimsel ve maddi boyutlarının yanı sıra, usul boyutunu da dikkate almaktadır.⁹⁰

⁸⁶ Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 3.

⁸⁷ Atienza, Manuel, “Hukuki Pozitivizm Sürdürülebilir Bir Hukuk Kuramı Mıdır?”, (çev. Gökçe Çataloluk), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 2, 2008, s. 364.

⁸⁸ Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 2.

⁸⁹ Karaca, Meriç Seyhan, “Perelman’ın Yeni Retorik’inde Dinleyici Kitlesinin Rolü”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014. Perelman, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, (trans. John Wilkinson and Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, London 1971.

⁹⁰ Dimiřkovsk, Ana, “(Dia)logical Reconstruction of Legal Justification”, p. 160.

Finlandiyalı hukuk kuramcısı Aulis Aarnio da hukuksal yorumların gerekçelendirilmesine dair çözümlerler yapmaktadır. Hukuk normlarının yorumunun yargı kararlarının oluşturulması sürecinde kritik bir rol oynamasından ötürü Aarnio, normların yorumunun gerekçelendirilmesiyle ilişkili bir teori geliştirmeyi, hukuk teorisinin temel görevlerinden birisi olarak kabul etmektedir. Ancak burada sorun teşkil eden durum, hukuki yorumun gerekçelendirilmesine yönelik koşullarla ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Aarnio'ya göre, gerekçelendirmenin rasyonel olabilmesi için argümantasyon sürecinin rasyonel biçimde yürütülmesi ve bu sürecin nihai sonucunun hukuk camiası tarafından kabul görmesi gerekmektedir. Ona göre hukuki yorumların gerekçelendirilmesiyle ilişkili teori, hukuki tartışmaların rasyonel koşullarını belirleyen *usuli unsura* ve nihai sonucun kabul edilebilirliğini oluşturan *maddi unsura* sahip olmak durumundadır. Aarnio'nun teorisinin usule ilişkin bileşeni, hukuki tartışmaların gerekçeye ilişkin rasyonalite kurallarını formüle etmektedir. Maddi unsura ilişkin bileşen ise, hukuki yorumun sonucunun ne zaman kabul edilebilir olacağını ortaya koymaktadır.⁹¹

Aarnio'nun yorum görüşlerinin gerekçelendirilmesi noktasındaki 'dahili ve harici gerekçelendirme' kavramları önem arz etmektedir. Nitekim yorum görüşünün gerekçelendirme süreci ve diyalogun şekli, 'dahili ve harici gerekçelendirme' kavramlarıyla ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Aarnio'da bir gerekçelendirmenin sağlamlığının koşulu, gerekçelerin rasyonel açıdan kabul edilebilir olmasına bağlılık göstermektedir. Gerekçenin rasyonel olması, tartışmanın rasyonalitesini de gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda 'dahili gerekçelendirmede' yorum, belirli öncüllerden kabul edilmiş çıkarım kurallarına uygun biçimde üretilmektedir. 'Harici gerekçelendirmede' ise, öncüllerin geçerliliği ile 'çıkartım kuralları' gerekçelendirilmektedir. Aarnio'ya göre, hukuk camiası tarafından genel olarak kabul edilen sonucun, yorumun çeşitli kıyaslamalardan tümdengelimli olarak türetilbileceği kuralları belirlemek olanaklı görünmemektedir. Zira onun teorisi, hukuksal bir yorumun gerekçesini değerlendirmek adına çeşitlenen rasyonalite normlarına 'içgörüler' sunmaktadır. Onun teorisinde gerekçelendirmeyi değerlendirirken hem usuli hem de maddi normların etkin olması, genel ve spesifik yasal rasyonalite kriterlerinin dikkate alınması açısından önem arz etmektedir.⁹²

Bir diğer argümantasyon teorisi olarak Aleksander Peczenik'in (1937-2005) hukukta transformasyonlar teorisi (*theory of legal transformations*), hukuki bir kararın rasyonel biçimde gerekçelendirilmesine yönelik sorunları yanıtlamayı amaçlamaktadır. Peczenik'e göre hukuki bir kararı gerekçelendirmek için,

⁹¹ Bkz., Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 155-157.

⁹² Bkz., Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 170-172.

kararın salt hukuki gerekçelerle değil, genel rasyonel gerekçelerle de haklılığı gösterilmesi icap etmektedir. Bundan ötürü ona göre, bağlamsal açıdan ‘yeterli hukuki gerekçelendirme’ ve ‘derin gerekçelendirme’ olmak üzere iki farklı gerekçelendirme biçimi bulunmaktadır. Birinci gerekçelendirme biçimi, kararın hukuk geleneği bağlamında yeterince savunulabileceğini göstermektedir. İkinci gerekçelendirme biçimi ise, yasal başlangıç noktalarının ve tartışma kurallarının genel ahlaki gerekçelere atıfta bulunarak savunulabileceğini öne sürmektedir. Peczenik, hukuki bir kararın rasyonel gerekçelendirilmesi adına gerekli olan bu iki gerekçelendirme yöntemi için bir teori geliştirmektedir. Burada iki gerekçelendirme biçimi, onun teorisinin iki bileşeninde yansıtılmaktadır. İlk bileşen, bir yasal gerekçenin hangi gereksinimleri karşılaması gerektiğini açıklamaktadır. İkinci bileşen ise, derin bir gerekçelendirmenin karşılaması gereken gereksinimleri belirtmektedir.⁹³

Sonuç olarak, yargısal bir kararın ‘rasyonel’ biçimde gerekçelendirilmesi noktasında argümantasyon teorileri önemli bir çerçeve sunmaktadır. Argümantasyon teorileri, bir kararın salt hukuki gerekçelerle değil aynı zamanda rasyonel olarak da gerekçelendirilmesi gerektiği düşüncesi üzerine yoğunlaşmaktadır. Nitekim bu teorilerin amacını, argümanların ‘mantıkçı,⁹⁴ retorik, diyalojik vd.’ zeminde çözümlenmesi ve yetkin biçimde gerekçelendirilmesi düşüncesi oluşturmaktadır. Bundan ötürü yargısal kararların gerekçelendirilmesinde farklı argümantasyon modellerinin ‘tanıtlayıcı, kanıtlayıcı, temellendirici ve ikna edici’ yorumlama aktının, yargısal edimin meşruiyet zemini açısından kurucu bir işlev gördüğü ifade edilebilir.

5. Uygulamada Gerekçe Sorunu: Gerekçesizlik Modelleri

Adil yargılanma hakkının temel bir unsurunu oluşturan ‘gerekçeli karar’ hakkı, yargılama faaliyetinde yoğun biçimde hak ihlallerinin yaşandığı esaslı sorunlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yerleşik içtihatlarında ‘gerekçenin mahiyetine, kapsamına ve gerekçesizlik modellerine’ ilişkin kavramsal bir çerçeve oluşturmuştur. Bu kapsamda sunulan makul gerekçenin; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuki düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekmektedir. Zira ‘ tarafların ilgili dava açısından hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri adına gerekçenin

⁹³ Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, p. 176.

⁹⁴ Hukuksal usavurum ve yasaların mantıksal yorumuna ilişkin çözümlemeler konusunda bkz., Atalay, Ahmet Halûk, “Bir Hukuk Mantığı Var mıdır?”, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015.

usûlüne uygun biçimde oluşturulması, hükmün hangi nedenle içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuyla yer bırakmayacak açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması’ zorunluluk arz etmektedir.⁹⁵

Ancak yine de yargı kararlarında ‘gerekçe’ olarak nitelendirilen ifadeler, genellikle ‘olayın oluş biçimine, bilirkişi raporundaki açıklamalara, tanık anlatımlarına göre suçun unsurlarının gerçekleştiği, sanığın geçmişteki ve yargılamadaki durum ve kişiliği’ gibi soyut ve genel açıklamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁶ Bundan ötürü gerekçenin kapsamına ilişkin bir değerlendirme yapılması icap etmektedir. Özellikle genel nitelikteki ifadelerin ve ‘takdire’ ilişkin konuların gerekçe olarak sunulması sorununun üzerinde durulması gerekmektedir.⁹⁷ Bu durum uygulamada birtakım gerekçesizlik motifleri üretmektedir.

Bu kapsamda uygulamada karşılaşılan ilk gerekçesizlik motifi; belirsiz yasa maddelerinin tekrar edilmesi, bilgilenmeyi ve denetlemeyi kısıtlayan bir temellendirme olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemelerin, yargılanarak hükme dönüşen bir uyuşmazlığa ilişkin gerekçeleri, bir başka kararın gerekçesi olarak kullanmaları, iç dinamikleri yadsıyan ya da ondan beslenmeyi yok sayan bir diğer gerekçesizlik modelidir. Her bir tekil dava için farklı biçimde düzenlenmesi gereken tutanaklar, ‘kes, kopyala, yapıştır’ yöntemiyle davaların kendine özgülüğünü dikkate almamakta ve her bir olay aynılaştırılarak ya da benzeştirilerek düzenlenmektedir. Her ne kadar bu durum, tarafları ve konuları aynı olan uyuşmazlıklarda zaman açısından yargı mensuplarına yarar sağlasa da ‘gerekçe sapmasına’ yol açma riski taşımaktadır. ‘Kes, kopyala, yapıştır’ yöntemiyle benzer tutanaklardan beslenen gerekçeler giderek birbirinden farksızlaşmaktadır. Bu tür gerekçesizlik modeli, teknolojik olanaklara koşut biçimde ortaya çıkan ve giderek etkin ve süreklilik arz eden yapısal bir kusura dönüşmektedir.⁹⁸

Dış gerekçe noksanı ise, yargıcın yargılama sonunda verdiği hükmün dayanağı olan maddi ve hukuki unsurları göstermemesi anlamına gelen bir gerekçesizlik motifidir. Böylece karara esas teşkil eden maddi ve hukuki unsurların gösterilmemesi, ‘tam gerekçesizlik’ durumuna yol açmaktadır. Kararda gerekçeye yer verilmiş olmasına rağmen, gerekçe ile karar arasında mantıksal bir ilişkiselliğin bulunmaması durumu da ‘tam gerekçesizlik’

⁹⁵ İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara 2018, s. 199.

⁹⁶ Aşçıoğlu, Çetin; “Yargıda Gerekçe Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 48, 2003, s. 110.

⁹⁷ Bkz., Işıktaç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, s. 171-172.

⁹⁸ Şeker, Hilmi, *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, Yeditepe Üniversitesi Yayinevi, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 1152.

olarak değerlendirilmektedir. Diğer yanda iç gerekçe noksanı ise; dikkate alındığı takdirde kararın sonucunu değiştirecek biçimde esaslı olan unsurların tartışmaya alınmaması durumu olarak ifade edilmektedir. Elde edilen bütün unsurların tek başına ve birlikte değerlendirilmesinde doğru hususlardan hareket edildiği halde, mantıksal açıdan yanlış sonuçlara varılması durumunda da ‘gerekçe noksanı’ bulunmaktadır.⁹⁹

Bu çerçevede uygulamada çok sık rastlanılan somut gerekçeden yoksun biçimde uygulanan ‘tutuklama tedbirine’ ilişkin değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu probleme yönelik olarak farklı çerçevelerde tartışmalar yürütülmektedir. Doktrinde kimi hukukçular ‘uzun yargılama’ sorununu; kimileri suç ve ceza siyasetinde devam eden aksaklıkların bir yansıması olarak ‘tutuklamanın bir cezalandırma aracına dönüşmesini’; diğer bazıları ise ‘ihlas-ı rey’ endişesiyle tutuklama kararlarında somut gerekçe göstermekten imtina edilmesini dikkate sunmaktadır.¹⁰⁰

Ancak yine de tutuklama kararı verilebilmesi için yasada öngörülen koşulların maddi olgularla desteklenecek şekilde ‘gerekçelendirilmiş’ olması gerekmektedir.¹⁰¹ Hukuk uygulamasında tutuklama kararlarında somut gerekçelerin sunulmaması; ‘Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde bulunduğu mutlak gerekçe göstermesi ve adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını hukukî ve fiili yönleriyle açıklaması gerektiği’ (CMK md. 101/1) hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca CMK 289/1-g maddesi uyarınca, bir yargı kararının gerekçelendirilmemesi, temyiz sürecinde ‘mutlak bozma’ nedeni olarak kabul edilmektedir. Yargısal kararların gerekçelendirilme yükümüne ilişkin yukarıda zikredilen yasal düzenlemeler bulunmakla birlikte, yargı pratiğinde ilgili düzenlemelere aykırılık teşkil edecek biçimde ‘gerekçelendirme’ sorunu devam etmektedir. Bu noktada uygulamadan kaynaklanan gerekçelendirme sorununu bertaraf edebilmek adına, etkin bir ‘gerekçe denetiminin’ yapılması icap etmektedir.¹⁰²

Nitekim söz konusu olaylara ilişkin olarak sunulan gerekçeler, tutuklamanın yasal nedenlere uygunluğunu tespit etme işlevi görmektedir. Aynı zamanda ilgili olayda sanığın ve müdafinin, tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek etkili bir savunma yapabilmesini ve ilgili itiraz merciinin de

⁹⁹ Işıktaç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, s. 173.

¹⁰⁰ Şen, Ersin; Özdemir, Bilgehan, “Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gerekçesizlik Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 1, 2013, s. 15.

¹⁰¹ Yenisey, Feridun; Oktar, Salih, “İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3153.

¹⁰² Ünver, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 422.

denetimini gerçekleştirebilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu noktada ifade etmek gerekirse, kararda sunulan gerekçenin, ‘mantıklı ve ikna edici olmasının yanı sıra aynı zamanda olayla ilgili birbiriyle çelişen ifadelerle yer vermemesi’ gerekmektedir. Bundan ötürü salt tutuklama nedeninin -kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunması hali- belirtilmiş olması, kararın gerekçeli olarak yazıldığı anlamına gelmemektedir. Tutuklamaya ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenlere ilişkin değerlendirmelerde gerekçe göstermek gerektiği halde, uygulamada tutuklama kararları yeterli gerekçe içermemekte, tutuklama halinin devamına ilişkin kararlarda sürekli benzer veya aynı ifadelerle yer verilmekte, kaçma veya delilleri karartma tehlikesine ilişkin gerekçeler hiçbir şekilde açıklanmamaktadır.¹⁰³

Tam da bu noktada tutuklama kararlarında ‘gerekçenin derinliğine’ ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin olayla ilgili delillerinin gerekli ölçüde ve mahkemenin tutukluluk durumunun devamı hakkındaki kararının uygunluğunu denetlemesini olanaklı kılacak biçimde ayrıntılı olması gerektiği ifade edilebilir. İlk derece mahkemesinin, ‘*kuvvetli suç işleme şüphesinin*’ devam ettiği kanaatini taşıması durumunda, üst derece mahkemesinin değerlendirmesinde kullanabileceği kadar ayrıntılı biçimde gerekçe yazılmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesinin gerekçesinde ortaya koyması gereken hususları yoğun bir biçimde genişletmek de isabetli değildir.¹⁰⁴ Bu noktada Alman Yüksek Eyalet Mahkemesinin (*Oberlandesgericht*) tutuklama kararlarının ‘gerekçelerinin derinliği’ (*tiefe der argumentation*) ile ilgili içtihatları, Anayasanın güvence altına aldığı bireysel hakların hukuk kurallarına etki ettiğine ilişkin bir örnek teşkil etmektedir. İçtihatlarda belirtilen koşullar ile temel özgürlük hakkı birey bakımından etkili bir yasal hakka dönüşmektedir.¹⁰⁵

Sonuç olarak yargıçlar, ‘dava yükünün fazla olması veya ihsas-ı rey’ gibi çeşitlenen birtakım nedenlerden ötürü ‘yetersiz gerekçelendirme’ ya da ‘gerekçelendirmeden’ kararlar üretse de mahkemelerin ‘*kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme*’ yükümlülüğü bulunmaktadır. Bundan ötürü ‘adil yargılanma hakkını’ güvencesizleştirecek yapısal sorunların izale edilmesi icap etmektedir. Bu meyanda yargı mercilerinin insan kaynağı yetersizliğinden ötürü üstlenmek durumunda kaldıkları yoğun ‘dosya yükü’, etkin biçimde yargısal adaletin tecelli etmesini güçleştirmektedir. Birtakım

¹⁰³ Bkz., Centel, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. 1-2, 2011, s. 58-92.

¹⁰⁴ Scholz, Peter, “Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin Derinliği”, (çev. Zehra Başer Doğan), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 143-144, 2016, s. 185.

¹⁰⁵ Scholz, Peter, “Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin Derinliği”, s. 193.

yargısal sorunların ve kısıtların var ettiği bu olumsuz durum, doğrudan ilgili hak alanının ihlaline neden olabilmektedir.¹⁰⁶

6. Yargısal Karar Yazım Metodolojisi

Yargısal adaletin içkin kurumsal otoritesi ve ezoterik gücü, inşâi ve icrâi nitelikteki ‘sözlerinden’ ya da kurmuş olduğu hüküm veya kararlardan kaynaklanmaktadır. Öyle ki demokratik hukuk devleti anlayışına göre yargıçların vermiş olduğu kararlar saygıyı hak ettiği ölçüde yargısal adaletin meşruiyeti kabul edilmektedir. Böylece bir meşruiyet göstergesi olarak kabul edilen yargısal kararlar, aynı zamanda kamuya açık nitelikte bir yazınsal ‘fikir beyanı’ olarak değerlendirilmektedir. Bu yüzden kamuya açık bir yazınsal metin olarak takdim edilen yargısal kararların, ‘dil, üslup ve biçim’ unsurları açısından analizi gerekmektedir.¹⁰⁷

Yargısal kararlar, maddi içeriği kadar yazınsal biçimi açısından da dikkate değer bir edebi tür oluşturmaktadır. Öyle ki “*yargısal kararların yazım biçimi hâkimin mührü*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁸ Bundan ötürü yargıçların performatif yetilerini değerlendirmenin bir yolu da vermiş oldukları kararlar üzerinden düşüncelerine nüfuz edebilmektir. Zira metne dökülen kararlar hem yargıcın düşüncesini yansıtmakta hem de onun muhakeme yetisini açığa çıkarmaktadır. Yargısal sürecin kurucu öznesi olan yargıç; kararlarında davaya ilişkin tespit edilen sorunları rasyonelleştirmekte, olguları izah etmekte, gerçekleri belirgin kılmakta ve uyumsuzlukları çözüme kavuşturmaktadır.¹⁰⁹

Bundan ötürü her bir yargı kararının kendine özgü bir ‘dil yapısı’ ve ‘söz dinamiği’ bulunmaktadır. Yargılama sürecinde ve sonrasında vermiş olduğu kararlarla konuşan yargıç, söz-söylem biçimi ve ideolojik itki açısından son derece monolojiktir.¹¹⁰ Kuşkusuz her bir yargısal gerekçelendirme edimi, onu gerçekleştiren yargıç kadar eşsiz bir nitelik taşımaktadır. Zira yargıçlar, vermiş oldukları kararları temellendirebilmek adına ‘bireysel yazı stilleri, çeşitlenen argümantasyon teorileri ve muhakeme yetilerini’ kullanmaktadır.¹¹¹ Bu nedenle

¹⁰⁶ Kılıç, Muharrem, “Türk Yargı Adaletinde Reform Perspektifi ve Politikalar”, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, Rapor, İstanbul 2019, s. 16.

¹⁰⁷ Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, Nu. 237, 2008, p. 237.

¹⁰⁸ Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, p. 249.

¹⁰⁹ Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, p. 237.

¹¹⁰ Ferguson, Robert A., “The Judicial Opinion as Literary Genre”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 2, Nu. 1, 1990, p. 205.

¹¹¹ Roszkowsk, Stanislaw G., “Move Analysis of Legal Justifications in Constitutional Tribunal Judgments in Poland: What They Share and What They Do Not”, *International Journal of Semiot Law*, Vol. 33, 2020, p. 582.

Amerikan hukuk sisteminde yargı kararları, hem eşsiz nitelikte kişisel bir ‘edebi ürün’ hem de Amerikan siyasi yaşamında ‘etkili ve sürekli bir yazınsal eser’ olarak değerlendirilmektedir.¹¹²

Her ne kadar yargı kararları etkili bir ‘yazınsal eser’ olarak kabul edilse de yargıçlar, kimi zaman somut olaya ilişkin değerlendirmelerin yetersiz bir biçimde yapıldığı, gerekçeden yoksun kararlara imza atmaktadır. Karar yazma sürecini hızlandırmak adına kimi zaman yargıçlar, ‘şablon metin’ kullanma eğilimi göstermektedir. Dava yükünü azaltma amacına matuf olarak ‘formül karar’ (*boiler plate*) kullanmak, bilgi ve bağımsız düşünme açısından ‘hızlı ve ucuz’ bir ikame aracı olarak değerlendirilmektedir. Yargılamaya esas davanın konusu ve niteliği ne olursa olsun yargıçların, ‘standart kararlar’ yazma kolaycılığından uzak durmaları gerekmektedir. ‘Formül karar’ kullanmak yerine yargıçların mahkeme önünde belirli gerçekler doğrultusunda gerekçeli karar yazmalarının, ‘adil yargılanma hakkı’ açısından daha yerinde bir usul olacağı noktasında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Zira ‘formül karara’ başvuran bir yargıcın, her bir dava ve olaya ilişkin farklılık gösteren gerçekleri veya konuları görmezden gelme riski söz konusudur. Halbuki bir yargıcın esaslı görevi, ‘hukukun bütünlüğünü’ ve ‘içkin dinamizmini’ muhafaza etmektir. ‘Formül karar’ kullanılmak suretiyle oluşturulan ‘seri üretim kararlar’ (*cookie-cutter decisions*), her bir davanın biricikliği anlayışını göz ardı etmektedir. Bu durum, yargısal kararın muhatapları açısından bir ‘hak kaybı’ doğurma riskini de beraberinde getirmektedir.¹¹³

Yargısal karar yazım süreçlerine ilişkin başlıca diğer sorun alanları ise ‘kelime kalabalığı; kararın muğlak ifadeler içermesi; kesinlik ve açıklıktan uzak ifade biçimi; metinsel örgüde organizasyon eksikliği; gösteriş ve mizah’ olarak sıralanabilir. Bu kapsamda karar yazımında karşılaşılan başlıca sorunlardan birisi, karar yazımında gereğinden fazla bilgi aktarmaya çalışmak ve konuyu ayrıntılı biçimde ele alma anlamına gelen kelime kalabalığıdır (*wordiness*).¹¹⁴ Bir diğer sorun alanı, kararların kesin ve açık olmayan ifadelerle yazıya dökülmesidir. Ancak bazı kararlarda ‘adli yazarlar’ olarak nitelendirilen yargıçların kimi zaman basit ve anlaşılır bir karar yazma yeteneğinden yoksun oldukları gözlenmektedir.¹¹⁵

Adli yazımdaki bir diğer sorun alanı ise, üretilen kararların metinsel örgüsü açısından ‘organizasyon eksikliğinin’ bulunmasıdır. Biçimsel açıdan iyi organize

¹¹² Ferguson, Robert A., “The Judicial Opinion as Literary Genre”, p. 202.

¹¹³ Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, p. 302.

¹¹⁴ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, Federal Judicial Center 2013, p. 20.

¹¹⁵ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 20.

edilmiş bir karar, metinsel yapısında öncüllerden ilkelere ve ilkelerden sonuçlara kadar mantıksal bir akıl yürütme sürecini yansıtmak durumundadır. Kararı var eden bu metinsel organizasyon, okuyucunun gerekçeleri başlangıçtan sonuca kadar kolay biçimde takip etmesini sağlayan bir yol haritası sunmaktadır. Her ne kadar yargı kararlarının ‘kısa ve öz’ olması esas ilke olarak kabul edilse de yargıçların, kararın muhataplarının takip edebilmesi için gerekçelerini yeterli düzeyde ayrıntılandırmaları gerekmektedir.¹¹⁶

Yargı kararlarında ‘mizah unsuru içeren ifadeler’ yer verilmesi ise bir diğer sorun alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bazı yorumcular yargı kararlarının yazımında mizahın kullanılmasını desteklerken, diğer bazıları da mizah içeren ifadelerin taraflara ‘saygısızlık’ olarak değerlendirileceğini ve davanın esasından uzaklaşılmasına yol açacağını öne sürmektedir. Yargı kararlarında kişilik haklarına aykırılık teşkil edecek biçimde tarafları küçük düşüren veya onları alaya alan ifadelerden kaçınılması gerekmektedir. Nitekim kararda davanın tarafları hakkında alay içeren ifadelerin kullanılması, genel olarak adalet sistemine ve tarafsızlık ilkesine zarar vermekle kalmayıp, yanı sıra ‘tarafsız yargıç’ imajını da zedelemektedir.¹¹⁷

Yargı pratiğinde karşılaşılan problematik alanlardan birisi de ‘adli intihal’ (*judicial plagiarism*) meselesidir. Özellikle Amerikan yargı sisteminde temel tartışma konularından birisini oluşturan ‘adli intihal’ meselesi, sonuçları itibarıyla akademik yazında karşılaşılan etik ihlallerden farklılık arz etmektedir. Bu noktada Amerikan yargısında vuku bulan bir davada öne sürülen ‘adli intihal’ iddiası dikkat çekicidir. İlgili olayda avukatlar, Florida’daki bir yargıç heyetinin mahkeme kararını açıklarken ‘adli intihal’ yaptığını öne sürerek ilgili kararın bozulması için kanun yoluna başvurmuştur. Bu olayda avukatlar, mahkeme heyetinin davalı bütün şirketlerinin dilekçelerinden ‘usulsüz’ biçimde alıntılama yapmak suretiyle davacıların ‘yargılama haklarını’ ihlal ettiğini öne sürmüştür. Yargıya taşınan bu iddia üzerine verilen kararda, ‘yargıçların yargısal kararlarında intihal yapma olasılığının bulunmadığı’ ifade edilmiştir. Ayrıca yargıçların, beyan ettikleri yargısal görüşleri için herhangi bir ‘telif hakkı’ talebinde bulunmalarının söz konusu olamayacağı karara bağlanmıştır.¹¹⁸ Buna göre yargıçların kararlarında davanın taraflarının dilekçelerinde yer alan ifadeleri kaynak göstermeden kullanmaları intihal olarak değerlendirilmemektedir. Bu görüşe göre yargıçların nihai amacı, yazınsal bir eser oluşturmak değil uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktır.¹¹⁹

¹¹⁶ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 21.

¹¹⁷ Hori, Lucas K., “Bons Mots, Buffoonery, and the Bench: The Role of Humor in Judicial Opinions”, *UCLA Law Review*, Vol. 16, 2016, p. 37.

¹¹⁸ Friedman, Peter, “What is a Judicial Author?”, p. 530.

¹¹⁹ Stern, Simon, “Copyright Originality and Judicial Originality”, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 63, Nu. 3, 2013.

Yargıçların intihalsuçlaması açısından bağışıklığını öne süren bu tür görüşlere rağmen, söz konusu yaklaşıma katılmak pek mümkün görünmemektedir. Zira ‘adli intihal’, ‘hukukun üstünlüğü’ ve ‘yargının bağımsızlığı’ ilkelerine zarar vermenin yanı sıra, bir bütün olarak yargıya olan güveni de zedeleyici bir etik ihlal durumu yaratmaktadır. Nitekim bilerek veya özensiz biçimde başkalarının sözlerini ya da argümanlarını kendisine atmış gibi beyan eden bir yargıcın, vicdani kanaatine göre kendi kararını oluşturduğu ifade edilemez. Sonuçta bu mesleki etik ihlalin, kamuoyu nezdinde yargı kararlarına olan güveni ciddi biçimde erozyona uğratması kaçınılmazdır.¹²⁰

Bundan ötürü tüm bu sorunları bertaraf edecek biçimde yargıçların adli yazım sürecinde takip etmesi gereken ve yazılan kararın kalitesini etkileyen birtakım ‘karar yazım metodolojileri’ oluşturulması önem arz etmektedir.¹²¹ Bu karar yazım metodolojileri kapsamında ilk olarak yargıçların, yargısal kararı yazmadan önce, ilgili olay ve durumları nasıl ve ne biçimde ifade edeceğini netlikle belirlemesi gerekmektedir. Karar yazım sürecinde yargıçlar, ilgili kararın kapsamını ve hedef kitleyi göz önünde bulundurmak durumundadır. Söz konusu kararda maddi gerçekler olayın akışına uygun biçimde sıralanmalı, sorunlar tespit edilmeli ve olaya uygulanacak hukuk kuralları belirlenmelidir. Bir diğer ifadeyle yargıcın, yargısal kararı bileşenlerine ayırması gerekmektedir. Öyle ki yargıç, karar yazımına başlamadan önce zihinsel olarak bir ‘ön değerlendirme’ ile karara varmak durumundadır. Bu süreçte davaya ilişkin olgusal gerçeklerin yazılı olarak belirlenmesi, kararın gerekçelendirilmesi sürecinin ilk aşamasını oluşturmaktadır.¹²² Kararın yazım aşamasında ‘ana hatların’ belirlenmesi, bir yargıcın düşüncelerini yetkinlikle düzenlemesine yardımcı olmaktadır. Karara yönelik ‘ana hatlar’; yargıç veya bir kâtip tarafından hazırlanan resmi yazılı bir taslak, önemli gerçeklerin, sorunların ve tartışılacak noktaların kaba bir taslağı ya da yalnızca yazılı olmayan bir zihinsel çerçeve gibi çeşitlenen biçimlerde tezahür edebilmektedir.¹²³

Bu çerçevede, karar yazımına ilişkin sözü edilen sorun alanlarına dair çözümleyici iki metodolojik yaklaşıma yer verilecektir. İlk olarak, ABD Federal Yargı Merkezi’nin yayımlamış olduğu ‘Yargıçlar İçin Cep Rehberinde’ (*Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*) yer alan metodolojiler incelenecektir. Bu kapsamda ilgili rehberde yer alan yönergeler, yargıçların sözü edilen gereksinimleri karşılayacak nitelikte karar yazmalarına yardımcı olmayı amaçlamaktadır. İlgili yönergeye göre bütünlüklü bir yargı kararı,

¹²⁰ <https://ljmgreen.com/2017/04/06/on-judicial-plagiarism/>, Erişim tarihi: 10.05. 2021.

¹²¹ Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, p. 244.

¹²² Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 8.

¹²³ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 10.

‘davanın niteliği, usul ve sonucuna ilişkin giriş niteliğinde bir açıklama; karar verilecek konuların açıklanması; maddi gerçeklerin beyanı; geçerli yasal ilkelerin tartışılması ve sorunların çözümü; düzenleme ve gerekli talimatları’ içermek durumundadır. Yargı kararlarında dava dosyasında taraflarca sunulan uyuşmazlık noktaları netlikle tanımlanmalı, davaya ilişkin maddi gerçekler ortaya konulmalı ve uyuşmazlığa ilişkin çözülmesi gereken ayrıntılar açık ve gerekçeli biçimde ele alınmalıdır. Kararın açık ve mantıklı biçimde metne dökülmesi, dava taraflarının ya da diğer ilgili okurların kararı kolaylıkla anlamasını olanaklı kılacaktır. Bu kapsamda özellikle yargı kararının uzun veya sofistike olması durumunda başlıklar ve alt başlıkların oluşturulması ve yanı sıra numaralandırmanın yapılması, karar sistematığının daha işlevsel hale gelmesini olanaklı kılacaktır.¹²⁴

Olaya ilişkin sorunların açık ve net biçimde ifade edilmesi, yargı kararlarının yapıtaşını oluşturmaktadır. Bu yönüyle uyuşmazlıkların ilgili kararlarda açık ve net biçimde ifade edilmesi; sorunların formüle edilme, olgulara ilişkin değerlendirme ve yasal ilkelerin ilgili olaya uygulanış biçimi açısından önem arz etmektedir.¹²⁵ Bir yargısal kararda yasal ilkelerin yetkinlikle tartışılarak somut olaya uygulanması, yargı kararının özünü teşkil etmektedir. Bu ilkeler, mahkemenin ulaştığı sonucun rasyonel bir temele ve mantıksal bir çerçeveye dayandığını göstermektedir.¹²⁶

Burada ele alacağımız ikinci metodolojik yaklaşım, Avustralyalı yargıç Linda Dessau ile Avustralya Eyalet Mahkemesi eski yargıcı Tom Wodak tarafından belirlenen karar yazımının yedi temel aşamasında görülmektedir. Bu yaklaşım, yargısal kararların ‘yapı’ ve ‘içerik’ olmak üzere iki temel bileşenini aşan bir metodolojik anlayışı yansıtmaktadır. Onlara göre yargı kararlarında ‘karar yapısının’ kritik önemi bulunmaktadır. İyi yapılandırılmış bir yargısal karar, ‘açık’ ve ‘özlü’ bir anlatım ile muhakeme sürecinin yetkin biçimde tamamlanmasını sağlamaya yardımcı olmaktadır. Yargı kararları, başlangıçtan sonuca kadar mantıklı ve organize biçimde yapılandırılmalıdır. Bu kapsamda Yargıç Dessau ile Wodak tarafından karar yazımı için yedi temel adım belirlenmiştir.¹²⁷ Yargıçlar tarafından ortaya konulan karar yazım metodolojisinin ilk adımı; dilekçelerin, somut olaya ilişkin olay örgüsünün ve davaya ilişkin diğer adli belgelerin duruşmadan önce dosyalanmasıdır. Bu adımda, yargıçların karar yazımı öncesinde somut olaya ilişkin not alma yönteminin, karar yazımının ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmıştır.¹²⁸

¹²⁴ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 13.

¹²⁵ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 14.

¹²⁶ Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, p. 16.

¹²⁷ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps To Clearer Judgment Writing”, [http://mja.gov.au/Site/Upload/GR/Title%20NO.182\(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no182%20pdf\).pdf](http://mja.gov.au/Site/Upload/GR/Title%20NO.182(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no182%20pdf).pdf), Erişim tarihi: 21.04.2021.

¹²⁸ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

Dessau ve Wodak’a göre karar yazımına ilişkin ikinci adım ise; yargısal kararın ilk sayfasının etkin biçimde kullanılmasıdır. Yargı kararlarının ilk sayfası, davanın temel argümanlarına ilişkin bilgilere yer vermekte ve yargı kararının akış şemasını haritalandırmaktadır. Ancak kararın ilk sayfasında ‘taraf savunmaları, mevzuat veya içtihat’ gibi ayrıntılara detaylandırılmış biçimde yer verilmemeli, kararın bu bölümünde daha çok somut olay ve olgular kısa ve öz biçimde açıklanmalıdır. Ayrıca yargısal karar, davaya konu olan olayın arka planını anlaşılır biçimde izah etmelidir.¹²⁹

Somut olaya ilişkin olay örgüsünün ve olguların açık ve net biçimde ele alınması, karar yazımının üçüncü adımını oluşturmaktadır. Genellikle yargı kararları, savunmalara ilişkin açıklamalar da dahil olmak üzere davanın geçmişine dair açıklamalarla başlamaktadır. Davanın arka planına ilişkin açıklamaların uzun ve ayrıntılı biçimde ele alınması kararın okunmasını zorlaştırmaktadır. Bundan ötürü karar verilmesi gereken konuların anlaşılması için gerekli olmadığı sürece kararda bu tür açıklamalara yer verilmemesi gerekmektedir. Bazı durumlarda davanın geçmişini veya olayların oluş sırasına göre anlatımını ortaya koymak gerekli olabilmektedir. Ancak davanın geçmiş olay örgüsünün ayrıntılı biçimde yazılmasının çoğu durumda gereklilik arz etmediği ifade edilmektedir. Nitekim yargıç ve tarafların davaya ilişkin her adımın ayrıntılı biçimde ele alınması, muhataplar açısından kararın okunmasını güçleştirmektedir. Bundan ötürü davaya ilişkin olguların ayrıntılandırılmadan ele alınması kararın muhatapları açısından önem arz etmektedir. Zira yargısal kararlarda yalnızca karara varılan durum ile ilgili gerçekler veya olay örgüsünün dahil edilmesi daha isabetli olacaktır.¹³⁰

Karar yazımına ilişkin somut olay açısından ilgili yasa maddelerinin tespit edilmesi dördüncü adım olarak belirlenmiştir. Yargıcın karara varırken somut olaya uygulanması gereken yasal ilkeleri belirlemesi ve ortaya koyması bir yargı kararının esas unsurunu oluşturmaktadır. İlk derece mahkemeleri kararlarında genellikle kapsamlı hukuki tartışmaya yer vermemektedir. Ancak yüksek yargı mercilerinde yasal ilkelerin ve olguların daha kapsamlı biçimde doktrinsel tartışmalar çerçevesinde değerlendirildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. Temyiz mahkemeleri, genellikle hukuk normlarını ilk derece mahkemelerine kıyasla daha derin bir biçimde tartışmaktadır.¹³¹

Karara ilişkin bir sonuç bölümünün yer alması karar yazımının beşinci adımını oluşturmaktadır. Kararın başlangıç bölümü, davadaki olaylara ilişkin tanıtıcı bilgiler içerirken, sonuç kısmı başlangıç bölümünde belirlenen her bir olay ve olgulara yönelik çözümlemeler içermektedir. Burada yargıcın somut davaya ilişkin vermiş olduğu kararı ‘açık’ ve ‘net’ biçimde ifade

¹²⁹ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

¹³⁰ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

¹³¹ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

etmesi gerekmektedir. Olaya ilişkin çözümlemelerin yer aldığı kararın sonuç bölümünde, daha önce tartışılmamış ‘kural, ilke veya olaylar’ değerlendirme konusu yapılmamalıdır. Yargıcın karara ilişkin hükmü, karar metninin sonunda yer almalıdır. Nitekim karara ilişkin varılan hükmün karar metninin en sonunda yer alması, somut olaya ilişkin değerlendirmelerin mantıksal bir akış içerisinde görülmesini sağlamaktadır.¹³²

Her bir yargıcın kendi karar yazım tarzını oluşturması ise karar yazım sürecinin altıncı adımı olarak belirlenmiştir. Oluşturulan karar yazım tarzında yargılamaya ilişkin hususların anlaşılır olması adına yalın bir dilin kullanılması gerekmektedir. Gereklik arz eden durumlar istisna olmak üzere kararın dilinin anlaşılır olmasını sağlamak amacıyla teknik hukuk dili ve hukuk jargonunun kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu durum yargıçların yapay ve basit bir yazı stili kullanmaları anlamına gelmemektedir. Daha ziyade bu, yargıçların olağan ve mantıklı ifadeler kullanmaları anlamına gelmektedir. Burada her bir yargıcın kendine özgü bir ifade tarzı ve üslup biçiminin olması beklenmektedir. Ancak yine de kararlar, kararın muhatapları açısından anlaşılır bir dil ve üsluba sahip olmalıdır. Karar yazım aşamasının bu adımı bir diğer önem arz eden husus; kararlarda, başlıklar ve alt başlıklar için numaralandırılmış paragrafların oluşturulmasıdır. Kararda başlıklandırma ve alt başlıklandırma yapılması kararın ilgili bölümünün kolaylıkla bulunması açısından önem arz etmektedir. Ayrıca böyle bir başlıklandırma, değerlendirilmesi gereken tüm olay ve olguları göstermekte ve yargıçların olaya ilişkin esaslı unsurları görmesine yönelik bir öz-değerlendirme imkanı sunmaktadır.¹³³

Karar yazımına ilişkin son adımı ise, karar taslağı hazırlandıktan sonra bu taslak üzerinden kararın yeniden yazılması evresi oluşturmaktadır. Burada ifade edilmelidir ki karara yönelik bir taslak hazırlamak zorlu bir süreçtir. Ancak bu noktada en zorlu sürecin, karar taslağının hazırlanmasından sonra başladığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda taslak üzerinde karara ilişkin yetkin bir tanzim ve tasnifin yapılması, ilgili kararın daha ‘net, kapsamlı, tutarlı, kısa ve özlü’ biçimde metne dökülmesini olanaklı kılmaktadır.¹³⁴ Nitekim Avrupa Bakanlar Komitesinin (*Committee of Ministers of the Council of Europe*) de vurguladığı üzere gerekçelendirme yükümlüğü çerçevesinde kararlarını temellendiren yargıçlar, söz konusu kararlarda gerekçelerini ‘açık, net ve anlaşılır’ biçimde ve dilde ortaya koymak durumundadır.¹³⁵

Karar yazımına ilişkin metodolojik yaklaşımları ifade ettikten sonra

¹³² Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

¹³³ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

¹³⁴ Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”.

¹³⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 Sayılı Tavsiye Kararı.

Ülkemizde de yakın tarihte¹³⁶ kamuoyu ile paylaşılan “T.C. Danıştay Başkanlığı Karar Yazım Rehberinde (2020)”¹³⁷ bir karar metninin ‘*şekline, üslubuna ve içeriğine*’ dair şablonlara yer verildiği vurgulanmalıdır. İlgili Rehberde karar yazımına örnek teşkil etmesi adına ‘karar yazım örnekleri’ bulunmaktadır. ‘Danıştay Karar Yazım Şekli Geliştirme Kurulunca’ “*karar şekillerinin yeknesaklaştırılması, uyumsuzluğa konu bütün iddia ve itirazların ortaya konularak karşılanması, karar yazım şekillerinin ve gerekçelerinin daha nitelikli hale getirilmesi, uyumsuzluk taraflarının kararın haklılığı ve meşruiyeti konusunda ikna edilmesi amacıyla*” şablonlar oluşturulmuştur.¹³⁸

Benzer biçimde Türkiye Adalet Akademisinin de gerekçeli karar yazımına yönelik ‘*Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Çalışması*’ bulunmaktadır. İlgili çalışma kapsamında, ‘hâkim ve savcılar ile hâkim ve savcı adaylarının, yargı kararlarının gerekçelendirilmesi konusunda yeterli bilgi ve beceri’ kazanmaları amaçlanmaktadır.¹³⁹ Ayrıca, meslek öncesi ve meslek içi eğitim faaliyetleri ile eğitim sistemini geliştirme amacına matuf olarak ilk defa hâkim ve savcı adaylarına yönelik eğitim müfredatında ‘Kararların Dili’ modülüne yer verilmiştir. İlgili modül, ‘daha okunabilir, akıcı ve anlaşılabilir’ bir yargı dilinin oluşturulmasını amaçlamaktadır.¹⁴⁰ Diğer yandan Avrupa Birliği tarafından finanse edilen ‘*Hâkim ve Savcı Adaylarının Staj Verimliliğinin ve Etkinliğinin Artırılması Projesi*’ (2019-2021)¹⁴¹ kapsamında, ‘Duruşma Yönetimi ve Karar Yazma Eğitim Modülü’ hazırlanmıştır. İlgili modülde gerekçeli karara ilişkin hususlara yer verilmektedir.¹⁴²

Bu noktada ayrıca uygulamadan kaynaklı sorunların çözülmesi adına ‘Yargı Reformu Strateji Belgesinde’¹⁴³ “*yargı mensuplarının insan hakları konusundaki*

¹³⁶ Danıştay Başkanlığı Karar Yazım Rehberi, 30 Nisan 2021 tarihinde Danıştay’ın kurumsal internet sitesinde paylaşılmıştır. İlgili Rehber’e ulaşmak için bkz., <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf>, Erişim tarihi: 09.05.2021.

¹³⁷ Danıştay Başkanlığı, *Karar Yazım Rehberi*, Ankara 2020.

¹³⁸ Danıştay Başkanlığı, 2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu, s. 150.

¹³⁹ Türkiye Adalet Akademisi, “Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması”.

¹⁴⁰ <https://www.taa.gov.tr/haber/turkiye-adalet-akademisinde-kararlarin-dili-dersi>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

¹⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İspanya Krallığı Hâkimler Genel Kurulu arasında 15 Mart 2019 tarihinde bir sözleşme imzalanmıştır. ‘TR 15 IPA JH 10 19 Hâkim ve Savcı Adaylarının Staj Verimliliğinin Artırılması’ Eşleştirme Projesinin amacı; yargının bağımsızlığı, kalitesi, etkililiği ve etkinliğinin artırılmasıdır. Bu doğrultuda, hâkim ve savcı adaylarının eğitiminin verimliliğinin ve etkinliğinin Avrupa standartları da gözetilerek artırılması hedeflenmektedir. Bkz., <https://adaylik.adalet.gov.tr/Sayfa/proje-ozeti341>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

¹⁴² Ruiz, Florencio Rodríguez; Ortiz Rodríguez, Carmen, “Duruşma Yönetimi ve Karar Yazma Eğitim Modülü”, <https://adaylik.adalet.gov.tr/Resimler/160220211117durusma-yonetimi-ve-karar-yazma-egitim-modulupdf.pdf>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

¹⁴³ Yargı Reformu Strateji Belgesi, “...c) Başta tutuklamaya ilişkin olmak üzere kararların

farkındalık ve duyarlılığını artırma” (1.3) hedefini zikretmemiz gerekmektedir. Bu amaçla, insan hakları konusunda eğitici etkinliklerin düzenlenmesi ve yargı kararlarının insan hakları temelinde gerekçelendirilebilmesi için gerekli olan bilgisel donanım ve yetkinliği temin edebilmek adına birtakım eğitim faaliyetleri öngörülmüştür.¹⁴⁴ Yargı Reformu Strateji Belgesinde öngörülen amaçlar doğrultusunda 2 Mart 2021 tarihinde kamuoyu ile paylaşılan İnsan Hakları Eylem Planında, ‘*Gerekçeli Karar Hakkının Güçlendirilmesi*’ ikinci hedef olarak belirlenmiştir. İlgili hedef doğrultusunda, ‘mahkeme ve savcılık kararlarının, Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında belirlenen standartları da karşılayacak şekilde yeterli, ikna edici ve anlaşılabilir olmasına ilişkin meslek öncesi ve meslek içi eğitim faaliyetleri’ öngörülmüştür.¹⁴⁵

Sonuç olarak adli yazım metodolojisine ilişkin kapsamlı çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Karar yazımına ilişkin bu metodolojik yaklaşımların odak noktası, kararların ‘kısa, açık ve net’ olması gerektiği fikri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Aynı zamanda karar dilinin sade olmasının kararın muhatapları açısından bir gereklilik olmasından ötürü kararlarda teknik hukuk dilinin ve jargonunun kullanılması eleştiri konusu yapılmaktadır. Ancak her ne kadar yargı kararlarının nihai amacı yargıçların taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturup bu konudaki kararını kamuoyuna deklare etmek olsa da karar dilinin hukuk terminolojisinden feragat edecek biçimde yalınlaştırılması isabetli bir yaklaşım değildir. Zira belirli bir kavram şeması ve buna özgülenmiş terminolojik yapısı bulunan hukuk dili, hukuksal anlamın kendinde açındığı ‘öz yurdunu’ oluşturmaktadır.

SONUÇ YERİNE

Ontolojik kökeni insanın ‘bilme isteğine’ dayandırılabilen gerekçelendirme edimi, yargı kararlarının mantıksal dayanağını oluşturmaktadır. Yargısal edimin asli öznesi olan yargıçlar, hukuku ‘anlama, yorumlama ve uygulama’ sürecinde gerekçelendirilmesi gereken birtakım kararlar üretmektedir. Gerekçelendirme edimi, yargıcın varmış olduğu karara ilişkin bir argümantasyon kurma çabası olarak değerlendirilmektedir. Bundan ötürü yargılama pratiğinde yargı kararlarının rasyonel biçimde gerekçelendirilmesi önem arz etmektedir. Gerekçeli karar, karar vericilerin kamuoyuna ve hukuk sistemine ‘hesap verebilirliğini’ olanaklı kılarak demokratik siyasal sistemi tahkim etmenin bir yolu olarak nitelendirilmektedir. Demokratik siyasal

gerekçelendirilmesi hususunda eğitim çalışmaları düzenlenecektir.” Bkz., https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf, Erişim tarihi: 16.05.2021.

¹⁴⁴ Kılıç, Muharrem, “Türk Yargı Adaletinde Reform Perspektifi ve Politikalar”, s. 22.

¹⁴⁵ Bkz., <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

sistemlerde gerekçelendirme yükümlülüğü, ‘meşruiyet ilkesi’ temelinde bir ‘gereklilik’ olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuki gerekçelendirme, uygun bir bağlamda ileri sürülen her türlü yasal bakış açısı için gerekçelendirici argümanlar ortaya koymak olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda felsefi bir perspektiften hukuki gerekçelendirme, bir tür rasyonel gerekçelendirme olarak ele alınmaktadır. Bir diğer ifadeyle yargılama faaliyeti açısından yargıçların nasıl karar aldıkları ve kararı gerekçelendirdikleri salt muhakeme süreci olarak değerlendirilmemektedir. Aynı zamanda yargısal edimin bir çıktısı olarak hukuki gerekçelendirme, demokratik siyasallığın ‘politik ve etik meşruiyetini’ güvence altına almaktadır. Bu kapsamda iki liberal teori olarak Rawls’un ‘kamusal akıl doktrini’ ile Dworkin’in ‘anayasal demokrasi anlayışı’, demokratik hukuk devletinde gerekçelendirmenin önemini açıklamaktadır.

Adil yargılanma hakkının temel bir unsurunu oluşturan ‘gerekçeli karar’ hakkı, yargılama faaliyetinde yoğun bir biçimde hak ihlallerinin yaşandığı esaslı sorunlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse de AİHM, yerleşik içtihatlarında ‘gerekçenin mahiyetine, gerekçenin kapsamına ve gerekçesizlik modellerine’ ilişkin kavramsal bir çerçeve oluşturmuştur. Ancak yine de yargı kararlarında sözde ‘gerekçelendirme’ adına yazılan ifadeler, ‘olayın oluş biçimini anlatan, ilgili yasal hükümleri tekrarlayan’ soyut ve genel açıklamalardır. Her ne kadar yargı kararlarının gerekçelendirilmesinin gereği anayasal düzeyde güvence altına alınmış olsa da gerekçenin ‘kapsamına ve şekline’ ilişkin genel bir kural bulunmamaktadır. Bundan ötürü bir hukuk kuralının yorumunun yetkin ve yeterli biçimde nasıl gerekçelendirileceğine ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yargı kararlarının gerekçelendirme biçimlerine ilişkin söz konusu sorunlar, hukuki yorumlamadaki muhakeme yöntemleri ve türleriyle ilişkili olarak değerlendirilebilir.

Tam da bu noktada hukuki argümantasyon teorileri, hukuk normlarının uygulanmasının somut görünümü olan yargı kararlarının gerekçelendirilmesi noktasında karşımıza çıkmaktadır. Argümantasyon teorileri, yargısal kararların gerekçelendirilmesinin salt formel terimlerle yürütülmemesini, aynı zamanda kararların maddi, pragmatik ve diyalojik açıdan da değerlendirilmesinin gereğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede yargısal kararların rasyonel biçimde gerekçelendirilmesi noktasında başta ‘mantıkçı, retorik ve diyalojik’ olmak üzere birden çok argümantasyon yaklaşımları bulunmaktadır.

Yargı kararlarının gerekçelendirilmesine ilişkin bir diğer sorun alanı, ‘dava yükünün fazlalığı’ veya ‘ihzas-ı rey’ gibi birtakım yapısal sorunlara bağlı olarak kararları ‘gerekçelendirmeme’ ya da ‘yetersiz gerekçelendirme’ pratiğinin yaygınlık kazanmasıdır. Söz konusu yapısal sorunlar öne sürülerek, kimi zaman gerekçelendirme yükümünün ihlaline kimi zaman da ‘şablon kararlar’

üzerinden ‘fason gerekçelerin’ oluşturulmasına tanık olunmaktadır. Bu noktada ilgili yapısal sorunların çözüme kavuşturulması gereklilik arz etmekle birlikte tek başına yeterli değildir. Zira yargısal kararların yeterli ve yetkin biçimde gerekçelendirilmesi meselesinin odak noktasını, bizatihi yargılayan öznenin ‘bilişsel kapasitesi, düşünsel derinliği ve deneyimsel birikimi’ oluşturmaktadır. Bu bilgi-birikimsel yetkinlik düzeyi, pratik akıl yürütmenin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca yargı kararlarının içeriksel anlamda yetkin biçimde gerekçelendirilmesinin, kalıplaşmış veya şablonlaştırılmış bir anlatım tekniği ile üretilmesi mümkün değildir. Zira bütün unsurlarıyla her bir yargısal sürecin kendine özgü tekilliğinin klişeleşmiş formül kararlara indirgenmesinin, yargı adaletini ve buna ilişkin hak alanlarını ihlal edeceği aşıkardır. Bu yönüyle yargısal kararların yetkinlikle gerekçelendirilmesinin, kendine özgü düşünsel yapısı ve kurgusu açısından özgün bir retoriksel anlatı olduğu vurgulanmalıdır. Bu noktada yargıcın gerekçeli kararı, yalnızca somut dava taraflarını değil, meşruiyet ilkesi çerçevesinde tüm ulusal kamuoyunu ikna etmeye yönelik retoriksel bir argümantasyon olarak geliştirilmelidir.

Yargısal karar yazımına yönelik biçimde metodolojik yaklaşımların belirlenmesi, kararların yetkinlikle gerekçelendirilmesi açısından bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim karar yazım usulüne ve hukuk metodolojisine uygun biçimde gerekçelendirilmiş yargısal kararların ortaya konulması ve bu kararların gerek taraflar açısından gerekse de ulusal kamuoyu tarafından benimsenmesi ya da içselleştirilmesi meşruiyet ilkesi açısından büyük önem arz etmektedir. ‘Hukuki belirlilik’ ve ‘öngörülebilirlik ilkesi’ gereğince yargı kararlarının anlaşılabilirliği ve mantıksal bir temele dayandırılması, varılan hükmün dayanakları ile nedeninin açıklanması, yurttaşların ve yargının temel süjelerinin ‘hukuk devletine’ ve ‘adalete’ olan güvenini artırıcı bir işlev görmektedir.

Yurttaşlar açısından bir insan hakkı olarak kabul edilen gerekçeli kararın, yargılama pratiğini rasyonelleştirici ve meşrulaştırıcı bir etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle yargısal karar yazımına ilişkin hem hukuk öğretimi hem de meslek öncesi eğitim düzeyinde özgün eğitim modüllerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik doğrultusunda hukuk öğretimi müfredatlarına, ‘hukuki argümantasyondan karar yazım metodolojisine; hukuk mantığından retoriğe’ varıncaya kadar ‘adli yazım’ becerisini geliştirecek modüllerin dahil edilmesi icap etmektedir. Bu çerçevede yakın zaman önce kamuoyu ile paylaşılan ‘*Danıştay Karar Yazım Rehberine*’ benzer uygulama rehberlerinin, adli yargı mercilerini de kapsayacak biçimde yayımlanmasına yönelik çalışmaların yapılması önem arz etmektedir.

Bu noktada ilgili yargı mercileri tarafından ‘Karar Yazım Rehberlerinin’ oluşturulması, özgün bir karar sistematığının geliştirilebilmesi ve adli yazımın yetkinleştirilebilmesi adına hayati önemi sahiptir. Söz konusu yetkinliğin temini noktasında yargı mensuplarına ‘gerekçeli karar yazımına’ ilişkin meslek içi eğitim imkanlarının sürdürülebilir biçimde sunulması gerekmektedir. Böylelikle yargıçların hem ‘dil ve üslup’ hem de ‘anlam ve içerik’ olarak daha yetkin biçimde kararları gerekçelendirerek metne dökmesi olanaklı hale gelecektir. Böylece ‘yaşayan hukukun’ dinamik göstergesi olarak gerekçelendirilmiş yargısal kararlar hem hukuk doktrini ve içtihat hukukunun hem de insan hakları temelinde genel hukuk sisteminin gelişimi noktasında yaşamsal ve yaratıcı bir rol üstlenecektir.

Sonuç olarak yargısal aklın meşruiyet ilkesi olarak gerekçelendirme ediminin yetkinlikle ifası noktasında geliştirilecek olan tüm bu eğitsel faaliyetler ve metodolojik çerçeveler büyük önem arz etmektedir. Ancak bütün bunların yanı sıra hem kurumsal kapasitenin geliştirilmesi hem de bireysel yetkinliğin artırılması noktasında esas dönüştürücü unsur ‘adli kültür’ oluşturmaktadır. Tüm kurucu öge ve özneleriyle yargı mesleğinin icra edildiği *habitatı* deyimleyen ‘adli kültürün’, ‘mesleğe yaraşırılık’ ile ‘ehliyet ve özen’ ilkeleri çerçevesinde geliştirilen bir yargısal *habitus* üretmesi önem arz etmektedir. İdeal anlamda içselleştirilmiş bir bilinç düzeyine ve geliştirilmiş bir davranış kuralına dönüşmesi beklenen bu *habitus* (özen kültürü), rafine bir kurum kültürünün inşasını olanaklı kılacaktır. Bütün yargısal iş ve işlemlerin icrasında tezahür etmesi beklenen söz konusu *habitusun*, yargı camiasına egemen olan bir kurumsal iklime dönüşmesi beklenmektedir. Bu noktada ‘adli kültürü’ yozlaştırıcı nitelikteki özensizlikleri dışlayacak olan bu kurumsal iklim, tüm yargısal iş ve işlemler açısından bir üst denetleyici ilkeyi oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Amnesty International, *Fair Trial Manual*, Amnesty International Publications, 2. Baskı, Birleşik Krallık 2014.
- Aristoteles, *Retorik*, (çev. Ari Çokona), Türkiye İş bankası Kültür Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2019.
- Aşçıoğlu, Çetin, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 48, 2003.
- Atalay, Ahmet Halûk, “Bir Hukuk Mantığı Var mıdır?”, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, Kasım-Aralık 2015.
- Atienza, Manuel, “For a Theory of Legal Argumentation”, *Rechtstheorie*, Vol. 21, 1990.
- Atienza, Manuel, “Hukuki Pozitivizm Sürdürülebilir Bir Hukuk Kuramı Mıdır?”, (çev. Gökçe Çataloluk), *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 2, 2008.

- Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi, 18 (2015) Nolu Görüş, CCJE (2015) 4.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010) 12 Sayılı Tavsiye Kararı.
- Beck, Luke, “The Constitutional Duty to Give Reasons for Judicial Decisions”, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 40, Nu. 3, 2017.
- Bekri, M. Nedim, “Gerekçeli Karar Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2014.
- Bulygin, Eugenio, “Hukuki Argümantasyon Kuramına Karşı Normatif Pozitivizm”, (çev. Gökçe Çataloluk) *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. LXVI, S. 2, 2008.
- Centel, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. 1-2, 2011.
- Cohen Mathilde, “Reason-Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, Nu. 2, 2008.
- Cohen, Mathilde, “Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision Makers Lie”, *Depaul Law Review*, Vol. 59, Nu. 1091, 2010.
- Cohen, Mathilde, “When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach”, *Washington ve Lee Law Review*, Vol. 72, Nu. 1, 2015.
- Council of Europe Committee of Ministers, “On the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities”, Resolution (77) 31, 1977.
- Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights: Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strazburg 2020.
- Crubellier, Michel, “Aristotle on the Ways and Means of Rhetoric”, *Approaches to Legal Rationality*, (eds. Dov M. Gabbay, Patrice Canivez, Shahid Rahman, Alexandre Thiercelin), Springer Science+Business Media, Dordrecht Heidelberg, London, New York 2010.
- Danıştay Başkanlığı, 2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu.
- Danıştay Başkanlığı, *Karar Yazım Rehberi*, Ankara 2020.
- Dimiřkovsk, Ana, “(Dia)logical Reconstruction of Legal Justification”, *Revus*, Vol. 19, Nu. 19, 2013.
- Diñkol, Abdullah, “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

- Dymitruk, Maria, “The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13, 2019.
- Epstein, Daniel Z, “Rationality, Legitimacy, & The Law”, *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 7, Nu. 1, 2014.
- Fabreguettes, M. P., *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2019.
- Ferguson, Robert A., “The Judicial Opinion as Literary Genre”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 2, Nu. 1, 1990.
- Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer 2017, Second Edition.
- Frank, Jeromy, “What Courts Do in Fact”, Part One, *Illinois Law Review*, Vol. 26, Nu. 6, 1931-1932.
- Freeman, Samuel, “Public Reason and Political Justifications”, *Fordham Law Review*, Vol. 72, Nu. 5, 2004.
- Friedman, Peter, “What is a Judicial Author?”, *Mercer Law Review*, Vol. 62, Nu. 2, 2011.
- Gentry, Glenn, “Rawls and Religious Community: Ethical Decision Making in the Public Square”, *Christian Bioethics*, Vol. 13, Nu. 2, 2007.
- Hasnas, John, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, Nu. 84, 1995.
- Heper, Altan, “Hukuki Argümantasyon Teorisi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 16. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008.
- Hori, Lucas K., “Bons Mots, Buffoonery, and the Bench: The Role of Humor in Judicial Opinions”, *UCLA Law Review*, Vol. 16, 2016.
- Işıқтаç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitapevi, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- Joyce J., George, *Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges*, Federal Judicial Center 2013.
- Karaca, Meriç Seyhan, “Perelman’ın Yeni Retorik’inde Dinleyici Kitlesinin Rolü”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 26. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014.
- Kılıç, Muharrem, “Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 31, 2017.

- Kılıç, Muharrem, “Türk Yargı Adaletinde Reform Perspektifi ve Politikalar”, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, Rapor, İstanbul 2019.
- Lebovits, Gerald; Curtin, Alifya V.; Solomon, Lisa, “Ethical Judicial Opinion Writing”, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 21, Nu. 237, 2008.
- Metin, Sevtap, “Hukuksal Argümantasyon Teorisi ve Hukuk Uygulamasındaki Görünümü”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 8. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (çev. Şevki Özbilen), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014.
- Özkök, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, 2002.
- Perelman, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, (trans. John Wilkinson and Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, London 1971.
- Rawls, John, *Law of Peoples with The Idea of Public Reason Revisited*, Harvard University Press, Massachusetts 1999.
- Rawls, John, *Politik Liberalizm*, (çev. Mehmet Fevzi Bilgin), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2019.
- Redondo, Cristina, *Reasons For Action and The Law*, (eds. Francisco J. Laporta; Aleksander Peczenik; Frederick Schauer), First Edition, Springer 1999.
- Reeves, Anthony R., “Reasons of Law: Dworkin on the Legal Decision”, *Jurisprudence*, Vol. 7, Nu. 2, 2016.
- Roszowski, Stanislaw G., “Move Analysis of Legal Justifications in Constitutional Tribunal Judgments in Poland: What They Share and What They Do Not”, *International Journal of Semiot Law*, Vol. 33, 2020.
- Rumble, Wilfrid E., “Rule-Scepticism and the Role of the Judge: A Study of American Realism”, *Journal of Public Law*, Vol. 15, 1966.
- Scholz, Peter, “Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin Derinliği”, (çev. Zehra Başer Doğan), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 143-144, 2016.
- Scurich, Nicholas, “Styles of Argumentation in Judicial Opinions (Legitimizing Judicial Decisions)”, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 14, Nu. 1, 2018.
- Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and The Legal Process School”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, Nu. 2, 2013.
- Silva, Jaqueline M., “Integrity and Consistency of Court Decisions in Ronald Dworkin’s Framework As A Way of Tackling The Problem Involving

- Conflict Between Fundamental Indigenous Rights and The Legal Certainty of Landowners”, *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 12, Nu. 1, 2016.
- Simon, Dan; Scurich, Nicholas, “Lay Judgements of Judicial Decision-Making”, Legal Studies Research Paper Series, 2011.
- Spaak, Torben, “Legal Positivism, Law’s Normativity, and the Normative Force of Legal Justification”, *Ratio Juris*, Vol. 16, Nu. 4, 2003.
- Stern, Simon, “Copyright Originality and Judicial Originality”, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 63, Nu. 3, 2013.
- Sunay, Zühal Aysun, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri”, *Danıştay Dergisi*, S. 143, 2016.
- Sunay, Zühal Aysun, *İptal Davalarında Gerekçeli Karar Hakkı*, Seçkin Yayınları, Birinci Basım, Ankara 2016.
- Şeker, Hilmi, “İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/Yozlaşan Gerekçe”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 108, 2013.
- Şeker, Hilmi, “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 65, S. 2, 2007.
- Şeker, Hilmi, *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Şen, Ersin; Özdemir, Bilgehan, “Tutuklama Uygulamalarına Bir Bakış: Tutuklamada Gerekçesizlik Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 1, 2013.
- Trajanoska, Ana Dimiškowska, “The Logical Structure of Legal Justification: Dialogue or “Trialogue”?”, *Approaches to Legal Rationality*, (eds. Dov M. Gabbay, Patrice Canivez, Shahid Rahman, Alexandre Thiercelin), Springer Science+Business Media, Dordrecht Heidelberg London New York 2010.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 4. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.
- Ülker, Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.
- Ünver, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukukunda Avrupa Hukukuna Uyum Çalışmaları Bağlamında Üçüncü Yargı Paketinin Genel Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013.
- Waldron, Jeremy, “Public Reason and Justification in the Courtroom”, *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. I, Nu. 1, 2007.

Yenisey, Feridun; Oktar, Salih, “İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

Atagün, Ömer Faruk, “Gerekçeli Karar Hakkı ve Bireysel Başvuru Kararları”, <https://www.omeratagun.com/files/Gerekceli%20Karar%20Hakk%C4%B1%20ve%20Bireysel%20Basvuru%20Ornekleri.pdf>, Erişim tarihi: 05.05.2021.

Dessau, Linda; Wodak, Tom, “Seven Steps to Clearer Judgment Writing”, [http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.182\(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no182%20pdf\).pdf](http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.182(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no182%20pdf).pdf), Erişim tarihi: 21.04.2021.

<https://adaylik.adalet.gov.tr/Sayfa/proje-ozeti341>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

<https://lsolum.typepad.com/legaltheory/>, Erişim tarihi: 05.05.2021.

<https://ljmgreen.com/2017/04/06/on-judicial-plagiarism/>, Erişim tarihi: 10.05.2021.

<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23122019162931YRS_TR.pdf, Erişim tarihi: 16.05.2021.

<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/karar-yazim-rehberi.pdf>, Erişim tarihi: 09.05.2021.

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim tarihi: 07.05.2021.

https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, Erişim tarihi: 07.05.2021.

<https://www.lawprose.org/lawprose-lesson-165-ruling-vs-opinion-vs-judgment-etc/>, Erişim tarihi: 15.05.2021.

<https://www.taa.gov.tr/haber/turkiye-adalet-akademisinde-kararlarin-dili-dersi>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

Ruiz, Florencio Rodríguez; Ortiz Rodríguez, Carmen, “Duruşma Yönetimi ve Karar Yazma Eğitim Modülü”, <https://adaylik.adalet.gov.tr/Resimler/160220211117durusma-yonetimi-ve-karar-yazma-egitim-modulupdf.pdf>, Erişim tarihi: 16.05.2021.

Türkiye Adalet Akademisi, “Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması”, https://vizyon.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/yargi_kararlarinda_gelistirme_calismasi.pdf, Erişim tarihi: 07.05.2021.

MEDENİ YARGIDA İDDİANIN DARALTIILMASI VE BU NEDENLE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Reducing of the Claim in Civil Proceedings and Problems Arising from It

Cenk AKİL*

Geliş Tarihi: 09.11.2020

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Hukukumuzda yargılamanın sürüncemede kalmasının önlenmesi amacıyla iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kabul edilmiştir. İddianın daraltılması ise anılan yasağın kapsamına girmemektedir. Davacı iddiasını çoğunlukla bir kısmından feragat etmek yahut bir kısmını geri almak suretiyle daraltmaktadır. Davacının iddiasından kısmen feragat etmesi durumunda feragat ettiği kısmı daha sonra dava etmesi caiz değildir. Davacının iddiasının bir kısmını geri alması ise davalının rıza göstermesine bağlıdır. İddianın miktar (niceliksel) olarak daraltılması mümkün olduğu gibi içerik (niteliksel) olarak daraltılması da mümkündür. İddianın teknik anlamda ne zaman değiştirilip ne zaman daraltıldığı çözümü güç bir sorun teşkil etmektedir.

Anahtar Sözcükler: Medeni usul hukuku, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, iddianın daraltılması, ıslah, davanın geri alınması

ABSTRACT

The ban on expanding or modifying the claim or defense was adopted in order to prevent the proceedings from being protracted. Reducing of the claim is not covered by the aforementioned prohibition. The plaintiff often reduces his claim by renouncing or withdrawing part of it. In case the plaintiff partially waives his claim, it is not permissible to sue the part he waived once more. The plaintiff's withdrawal of some of his claim depends on the consent of the defendant. It is possible to reduce down the claim numerically as well as in terms of content. If a claim is modified technically poses a difficult problem to solve.

Keywords: Law of civil procedure, prohibition of expansion and modification of the claim, reducing of the claim, amendment, withdrawal.

* Prof. Dr., Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilcenk@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3662-0124.

GİRİŞ

Medeni yargılama hukukumuzda yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek gayesiyle iddianın (ve savunmanın) değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kabul edilmiştir¹. Anılan yasakla tarafların dilekçelerin karşılıklı verilmesinde sonra iddia veya savunmalarını genişletemeyecekleri hükme bağlanmıştır (bkz. HMK m. 141/1, c. 2).

Görüldüğü üzere sevk edilen hükümle iddianın “genişletilmesi” ve “değiştirilmesi” yasaklanmış, buna karşılık “iddianın daraltılması” kapsam dışında bırakılmıştır. Başka bir deyişle, “iddianın daraltılması” söz konusu yasağa tâbi değildir². Belirtmek gerekir ki, iddianın daraltılması ile de esasen son kertede iddia değiştirilmiş olmaktadır. Bu nedenle belki de burada iddianın yasağa tâbi olmayan değişikliğinden bahsetmek daha doğru olabilirdi³. Bununla birlikte, biz de bu çalışmada, yasağın istisnalarından biri olarak alışılageldiği şekliyle “iddianın daraltılması” tabirini kullanmaya devam edeceğiz.

Davacı, başta yargılama sırasında davada kısmen haksız çıkacağını öngörerek olası yargılama giderlerinden kurtulmak olmak üzere çeşitli sebeplerle iddiasını daraltmak isteyebilir⁴.

İddianın ne zaman daraltıldığının tespit edilmesi yukarıda anılan yasağın uygulama alanının tayini bakımından son derece önemlidir. Zira, Kanun’da iddianın değiştirilmesi açıkça yasak kapsamına alınmışken iddianın daraltılmasından bahsedilmemiştir. Dolayısıyla iddianın değiştirilebilmesi için karşı tarafın (davalının) muvafakatine ya da (bu mümkün olmazsa) ıslaha ihtiyaç duyulmaktadır (HMK m. 141/2). Buna karşılık, iddianın daraltılması yasak kapsamında olmadığından⁵ ıslah yoluna başvurulması da gündeme gelmeyecektir⁶. İddianın daraltılması için çeşitli yöntemlere başvurulabilir. Bu meyanda davacı iddiasının bir kısmından feragat edebileceği gibi (HMK m. 307), iddiasının (davanın) bir kısmını geri de alabilir (HMK m. 123)⁷.

¹ Richard Walther, “Klageaenderung und Klagerücknahme”, NJW 1994, s. 425; Saim Üstündağ, İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 4-5; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2019, s. 404.

² Üstündağ, Yasak, s. 159; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. B., İstanbul 2015, s. 477; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2020, s. 207.

³ Bkz. Leo Rosenberg/Karl-Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. B., München 2018, § 99 kn. 14.

⁴ Uğur Bulut, “Islah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması”, İzBD, Mayıs 2018, s. 22.

⁵ Aynı yönde: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. B., 2016, s. 1656

⁶ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017, s. 2240.

⁷ Karş. Muhammet Özkes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 1514-1515; Bulut, s. 21.

I. İDDİANIN DARALTIILMA TÜRLEİİ

İddianın daraltılma türlerine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Üstündağ'a göre, iddianın daraltılması iddianın meblağ/miktar olarak azaltılması yahut bir hukuki talebin kullanılmasının daha hafif bir şekline geçiş tarzında tecelli edebilir⁸. Buna göre, daralma miktar bakımından (niceliksel) olabileceği gibi, içerik (niteliksel) bakımdan da olabilir⁹. Meselâ eda davasından tespit davasına geçiş halinde talep sonucunun içerik itibarıyla sınırlandırılması söz konusudur. Keza, ödeme talebinden bir yere tevdi talebine, mülkiyet iddiasından rehin iddiasına, mülkiyetin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasından irtifak hakkının zamanaşımı ile kazanılmasına ya da boşanma davasından ayrılık davasına geçişte iddianın içerik itibarıyla daraltılmasından bahsedilebilir¹⁰.

Kuru ise iddianın daraltılmasının kısmi feragat ya da kısmi geri alma şeklinde tecelli edebileceğini belirttikten sonra buna dava konusunun on bin liradan yedi bin liraya indirilmesi ile mirasta iade davasının tenkis davasına dönüştürülmesini örnek göstermiştir¹¹.

Konuyu detaylı olarak ele alan *Yılmaz*'a göre ise iddianın daraltılması kapsamında üç farklı ihtimalden bahsedilebilir. İlk ihtimalde davacı iddiasını (talebini) aynı çizgide azaltmaktadır. Örneğin davacı 10.000 TL'lik iddiasını daha sonra 7.000 TL'ye düşürmektedir. İkinci ihtimalde davacı birden fazla talepten oluşan iddiasını sayıca azaltma yoluna gitmektedir. Davacının kazandırıcı zamanaşımına dayanan zilyetlik iddiasını öne sürerek açtığı ve davalının dava konusu tarlaya el atmasının önlenmesini ve tarlanın tapuya tescilini talep ettiği bir davada daha sonra tescil istemini terk etmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Son ihtimalde ise davacı başlangıçta ileri sürdüğü iddiasını nitelik ve/veya nicelik olarak daha dar bir iddia ile ikame etmektedir. Söz gelimi, davacının iddiasını; edim davasından tespit davasına, mirasta iptal davasından tenkis davasına, belli bir tutarın ödenmesinden söz konusu tutarın belli bir yere yatırılmasına, ödeme yerine teminat gösterilmesi talebine çevirmesinde durum böyledir¹². Yazara göre ilk iki ihtimal iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbidir; buna karşılık, üçüncü ihtimalde yasak kapsamına giren bir değişiklik söz konusu değildir. Şu halde yazarın iddianın içerik itibarıyla daha hafifiyle değiştirilmesini teknik anlamda "iddianın daraltılması" değil, "iddianın değiştirilmesi" olarak kabul ettiği söylenebilir.

⁸ Üstündağ, Yasak, s. 157.

⁹ Üstündağ, Yasak, s. 160. Alman hukuku bakımından aynı yönde: Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang, Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B., München 2017, § 264 kn. 5.

¹⁰ Üstündağ, Yasak, s. 160.

¹¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. B., İstanbul 2001, s. 1703.

¹² Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. B., Ankara 2013, s. 329-330.

Meriç'e göre iddianın daraltılmasından maksat dava konusu edilen hususun miktar olarak azaltılmasıdır. Buna karşılık, iddianın içerik olarak değiştirilmesi iddianın daraltılması değil, değiştirilmesi sayılmalıdır. Bu cümleden olarak eda davasının tespit davasına dönüştürülmesi hâlinde talebin daraltılması değil, değiştirilmesi söz konusudur¹³.

Aslan da iddianın daraltılmasından iddianın sadece rakamsal olarak, yani miktar (meblağ) olarak azaltılmasını anlamaktadır. Yazara göre, iddianın meblağ olarak değil de, içerik olarak daraltılması durumunda esasen teknik anlamda “iddianın daraltılmasından” değil, “iddianın değiştirilmesinden” bahsetmek gerekir ki, bu ise iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağına tâbi bir duruma işaret etmektedir¹⁴.

Kanaatimizce iddianın sadece rakamsal olarak değil ve fakat bir hukuki talebin kullanılmasının daha hafif/az şiddetli bir şekline geçişte de iddianın daraltılması söz konusudur. Diğer bir deyişle, iddia miktar olarak daraltılabileceği (azaltılabileceği) gibi, içerik olarak da daraltılabilir (azaltılabilir)¹⁵. Bu itibarla, yukarıda da belirtildiği üzere, söz gelimi, ödeme talebinin bir yere tevdi talebine çevrilmesi, eda davasından tespit davasına, mülkiyet hakkı iddiasının rehin hakkı iddiasına ya da kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet hakkının kazanıldığına ilişkin iddianın aynı şekilde irtifak hakkının kazanıldığı iddiasına dönüştürülmesi hâllerinde iddianın daraltılmasından bahsedilecektir. Esasen hukuk uygulamamızda da bu görüşün kabul edildiğini gösteren örneklerle rastlamak mümkündür. Nitekim Yargıtay bir kararında mirasta iade davası ile tenkis davasını karşılaştırmış ve mirasta iade davasının tenkis davasına nazaran daha geniş bir talep olduğunu ifade etmiştir¹⁶. Yargıtay başka bir kararında ise mirasta muvazaaya dayalı tapu iptal ve tescil davasının mirasta tenkis davasına çevrilmesini iddianın değiştirilmesi değil daraltılması olarak kabul etmiştir¹⁷.

¹³ Meriç, s.135-136; Rolf Gross, Klageaenderung und Klagerücknahme, Frankfurt am Main 1959, s. 37; Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. B., 2016, s. 1846.

¹⁴ Kudret Aslan, Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Ankara 2016, s. 508.

¹⁵ Alman hukuku bakımından aynı yönde: Hans Prütting/Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, 1. B., München 2010, § 265, kn. 5.

¹⁶ “... Dava mirasta iadeye ilişkin olup, son oturumda istek tenkise dönüştürülmüştür. **Mirasta iade, tenkise oranla daha geniş kapsamlı olduğu için** duruşma sırasında ıslaha gerek kalmaksızın tenkise çevrilmesi mümkündür. Öyle ise uyuşmazlığın tenkis hükümleri çerçevesinde inceleme yapıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken ıslah yapılmadığından ve ayrıca tenkis davası açılabilceğinden söz edilerek ret karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...” 2. HD 27.02.1979, E. 1979/1483, K. 1979/1617 (ABD 1979/3, s. 79).

¹⁷ “... Davacı, miras bırakını tarafından yapılan temlikin muvazaa ile illetli olduğunu ileri sürerek tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuş, yargılama sırasında 13.4.1987 tarihli dilekçesiyle davasını (tenkise) dönüştürmüştür. Davalı, dönüştürme işleminin, (isteğin

II. İDDİANIN DARALTIMASI İLE DEĞİŞTİRİLMESİNİN AYIRT EDİLMESİ

İddiada yapılan değişikliğin teknik anlamda iddianın daraltılması mı yoksa değiştirilmesi mi olduğunun belirlenmesi çok önemli usuli bir takım sonuçlara yol açmaktadır. Gerçekten de şayet iddia teknik anlamda değiştirilmiş ise, bu durum HMK m. 141/1, c. 2 uyarınca iddianın değiştirilmesi yasağı kapsamına girecek ve bunun için karşı tarafın muvafakatine ya da (bu mümkün olmazsa) ıslaha ihtiyaç duyulacaktır. Buna karşılık, yapılan değişiklik (teknik anlamda) iddianın daraltılmasından ibaret ise bu sefer yasak söz konusu olmayacak ve dolayısıyla ıslah yoluna da başvurulmayacaktır. Ne var ki, yukarıda değinildiği üzere, bu farkın sınırlarını çizebilmek kolay değildir. Bu zorluk uygulamaya da yansımakta ve bu nedenle uygulamada hukuken isabetli olmayan bir takım sonuçlara varıldığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında aynen şu sözlere yer vermiştir: “**Davacılar**, *dava dilekçesinde çekişmeli taşınmazın yarı payının bedelinin murisleri tarafından ödendiği halde davalı adına kayıt oluşturulduğunu ileri sürerek muvazaa hukuksal nedenine dayanıp iptal ve tescil istemişlerdir. Ancak; sonraki dilekçelerinde taşınmaz üzerindeki binanın tamamının muris tarafından yapıldığını belirterek payları oranında bina bedelinin tahsilini istemişlerdir. Başka bir anlatımla müddeabihî bedele dönüştürmüşler, bu suretle isteklerini sınırlamışlardır. Hemen belirtilmelidir ki, davacılar müddeabihî değiştirmedikleri gibi arttırmamışlar, bilakis daha aza indirgemişlerdir...*”¹⁸.

Yargıtay’ın bu kararda ortaya koyduğu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira burada davacılar dava konusu bedele dönüştürmekle iddialarını teknik anlamda değiştirmişlerdir ki, bu değişiklik için karşı tarafın muvafakatini almaları ya da (bu mümkün olmazsa) ıslah yoluna başvurmaları gerekmektedir.

Bu konuda başka örneklerle rastlamak da mümkündür. Nitekim Yargıtay, Dünyaca tanınmış marka sayılma talebinin, Türkiye’de tanınmış marka sayılma talebi şeklinde daraltılmasının¹⁹; tahliye ve kira alacağının tahsili davasının

genişletilmesi) niteliğinde olduğunu söyleyerek (onaylarının bulunmadığını) savunmuştur. Mahkemece, istem iddianın genişletilmesi olarak kabul edilmiş ve davalının da onayı bulunmadığından bahisle tenkis hükümlerinin olayda uygulanamayacağı sonucuna varılarak hüküm kurulmuştur. Oysa, **tenkis isteği (müddeabihînin artırılması) niteliğinde kabul edilemez. Çünkü** ‘çoğun içerisinde azın da bulunduğu’ **kuralı** göz önünde tutulursa muvazaa isteklerinin tenkise dönüştürülmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur...” 1. HD 28.12.1987, E. 1987/10273, K. 1987/13038 (YKD 1988/4, s. 470-471; Kuru, Usul II, s. 1703-1704).

¹⁸ 1. HD 6.7.1999, E. 1999/5776, K. 1999/7702 (ABD 1999/4, s. 145-146).

¹⁹ “... Davacı, davalı dilekçesinde, davanın hukuki sebebini açıklarken; “davalının L&M markasının, sigaralar üzerindeki Türkiye’de ve bütün dünyada bilinmekte olup, bu sigaraların Avrupa’da Orta Doğu’da ve başka kıtalardaki en az 50 ülkede satılmakta olduğunu, markanın Türkiye’de tescilli olup, geniş ölçüde kullanıldığını ve ilanlara konu edildiği” ileri sürdüğüne göre, esasen asıl davada, davacı markasının “tanınmış marka” olduğu iddia edilmiş bulunmaktadır. Bu haliyle dahi, davacı markasının “tanınmış marka”

sadece kira alacağının tespiti davasına çevrilmesinin²⁰ ve alacak talebinin miktar olarak azaltılmasının ıslahla mümkün olduğunu içtihat etmiştir²¹.

Kanımızca anılan kararlarda ulaşılan sonuç isabetli değildir. Zira örnek olarak verilen kararlara temel teşkil eden hadiselerde iddianın daraltılması söz konusudur. Bu ise yasağa tâbi değildir. İddianın daraltılması -davacının iradesine göre- iddianın (davanın) kısmen geri alınması yahut davadan kısmen feragat şeklinde gündeme gelmiş olabilir ki, bu hâllerde ise ıslaha başvurulması caiz değildir.

İddianın -teknik anlamda- ne zaman daraltılıp ne zaman değiştirildiğini tespit sadedinde baştan kesin kriterler koymak mümkün olmadığından, her bir somut olayın münferiden değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, yapılan değerlendirme neticesinde iddianın teknik anlamda değiştirildiği sonucuna varılırsa, bunun mümkün olabilmesi için davalının muvafakatine yahut (bu mümkün olmazsa) ıslah yoluna başvurulması gerekmektedir. Acaba aynı şey iddianın daraltılması için de söylenebilir mi? Başka bir deyişle, davalı muvafakat göstermezse davacı ıslah yoluna başvurmak suretiyle iddiasını

-
- olup olmadığının araştırılması zorunludur. Hal böyleyken, yargılama sırasında davacı vekili 7.10.1997 tarihli dilekçesi ile, dava konusunun, “davacı markasının Türkiye’de çok tanınmış bir marka olduğunun tespitine” yönelttiklerini ve talebi böylece ıslah ettiklerini belirterek taleplerini daraltmış olup, bunda usul kurallarına bir aykırılık bulunmadığı gibi...”* 11. HD 02.03.1999, E. 1999/1154, K. 1999/1718 (Yılmaz, Islah, s. 332; hukuki.net).
- ²⁰ “...**Dava dilekçesinde 605.000.000 lira kira alacağı ve tahliye istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir...** Somut olayda, **davacı 22.03.2004 tarihli ıslah dilekçesi ile (talep sonucunu daraltarak HUMK. md.185/1) 1.01.2003 tarihinden itibaren kira parasının tespitini istemiştir. Henüz tahkikat bitmeden yapılan bu usul işlemi (ıslah talebi) süresinde yapılmış olduğuna göre ıslah doğrultusunda yargılama yapılması gerekir. Bu itibarla yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi isabetli bulunmamıştır...**” 3. HD, 26.04.2005, E. 2005/4390, K. 2005/4612 (Yılmaz, Islah, s. 332-333; legalbank-net).
- ²¹ “... Davacı, dava dilekçesi ile 2.770.961.936.564.-TL’nin faizi ile birlikte tahsilini istemiştir. Yargılama aşamasında 08.02.2002 tarihli dilekçesi ile davasını ıslah ederek 892.955.484.930.-TL’nin faizi ile birlikte ödetilmesini istemiştir. Davalı vekili ise, davacının talebinin HUMK’nun 83. md. kapsamında yerinde olmadığını, asıl dava edilen miktar esas alınmak üzere vekâlet ücretinin davacıdan alınmasını istemiştir. Mahkemece 12.04.2002 ve 18.04.2002 tarihli duruşmalarda ara kararı ile ilk **davaya konu edilen değerin esasa girildikten sonra**, ıslah sureti ile **davacı tarafından 892.955.484.930.-TL’na indirgenmesi** ve aradaki farktan dolayı davacının HUMK’nun 86 ve 87. mad. hükmünce vekâlet ücreti talep ettiği dikkate alınarak, bu farka ilişkin nisbi vekâlet ücretinin yatırılması için davacıya kesin süre verilmiş, davacı ara kararı gereğini yerine getirmemiştir. Mahkemece ise davacının ara kararını yerine getirmediği göz ardı edilerek, ıslah edilen miktar esas alınmak suretiyle kabul ve reddedilen miktara göre vekâlet ücretine hükmedilmiştir. HUMK’nun 86. md. gereği ıslah eden taraf, bu tarihe kadar olan dava giderleriyle, karşı taraf için mahkemece takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkûm olmuş gibi derhal mahkeme veznesine ödemeye mecburdur. Aksi halde ıslah yapılmamış sayılır. Dava konusu olayda da davacı verilen sürede mahkeme kararını yerine getirmediğinden, artık davasını ıslah etmemiş sayıldığı kabulü gerekir...” 13. HD 03.03.2005, E. 2005/1965, K. 2005/3194 (Yılmaz, Islah, s. 322-323; legalbank-net).

daraltabilir mi? İddianın daraltılmasından sadece miktar/meblağ olarak azaltılmasını anlayan bir görüşe göre, bu caizdir²².

Kanaatimizce pozitif hukukumuz çerçevesinde ıslah yoluyla iddianın daraltılması caiz değildir. Zira HMK m.141’de iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesinin yasak olduğu açıkça ifade edilmesine karşın iddianın daraltılmasına değinilmemiştir. Bize göre, ıslah yoluna başvurmak suretiyle iddianın daraltılamamasının yegâne sebebi bahsi geçen kanuni düzenlemedir. Bu nedenle anılan engelin ortadan kaldırılabilmesi için kanun değişikliğine gidilmesi gerekmektedir.

III. İDDİANIN DARALTILMASININ HÜKÜM VE SONUÇLAR

İddianın daraltılmasının hüküm ve sonuçları belirlenirken davacının iradesi dikkate alınır. Buna göre, davacı iddiasını daraltırken dava dışına çıkardığı kısmı daha sonra dava etme kastıyla hareket etmiş olabileceği gibi, ondan tamamen vazgeçmiş de olabilir. Şayet davacının dava kapsamı dışına çıkardığı kısmı bir daha dava etmeme niyetiyle hareket ettiği açıkça anlaşılmaktaysa davacının o kısımdan feragat ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşılık, davacı dava dışına çıkardığı kısmı daha sonra tekrar dava etme hakkını saklı tutma niyetiyle hareket etmişse o zaman da davanın geri alınması gündeme gelebilecektir ki, her iki durumda da dava açılmamış sayılacağından²³ davacı dava kapsamı dışına çıkardığı kısmı daha sonra tekrar dava konusu edebilecektir.

Yargıtay ise verdiği pek çok kararda az önce anılan türde herhangi bir ayırıma gitmeden iddianın daraltıldığı hallerde direkt olarak davadan kısmen feragat edildiği sonucuna varmıştır:

“Davacı taraf asıl dosyada dava dilekçesi ile 66.000 TL ecrimisil talep etmiş, 20.04.2010 tarihli dilekçesi ile talebini 207.586 TL olarak ıslah etmiş ve bu rakam üzerinden harcı tamamlamış, daha sonra 05.06.2014 tarihli dilekçesi ile 74.257,42 TL ecrimisil alacağını hüküm altına alınmasını istemiştir. Birleşen dosyada ise dava dilekçesi ile 237.000 TL ecrimisil talep etmiş, 05.06.2014 tarihli dilekçesi ile ecrimisilin 101.868,11 TL olarak hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davacının talep sonucunu azaltması davayı değiştirme sayılmaz. Bu nedenle talep sonucunun azaltabilmesi için

²² Bkz. Kuru, Usul IV, s. 4049; Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 136. Konuyu iddianın (davanın) geri alınması bağlamında ele alan bir görüşe göre ise ıslah karşı tarafın rızasının alınmadığı her durumda başvurulabilecek genel bir yol değildir; bu nedenle ıslah yoluna başvurulmak suretiyle iddia (dava) geri alınamaz (Bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 400). Bu görüşe paralel bir diğer görüşe göre de davacının ıslah yoluyla iddiasını (davasını) geri almasına cevaz verilmesi durumunda o yeni davada da bu yola başvurulabilecek ve bu yöntem ilanihaye devam edebilecektir (Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 274).

²³ Bkz. HMK m.123/1, c. 2.

kural olarak davalının muvafakatine ihtiyaç olmadığı gibi, ıslah yoluna başvurulmasına da gerek yoktur. Davacının talep miktarını azaltması kısmi feragat anlamına gelir. Bu nedenle, davacının asıl davada 20.04.2010 tarihli dilekçesi ile talep ettiği 207.586 TL asıl dava için ve birleşen davada dava dilekçesi ile talep ettiği 237.000 TL birleşen dava için dava değeri olduğu, davacı tarafın 05.06.2014 tarihli dilekçesi ile fazlaya ilişkin talebinden feragat etmiş olduğu kabul edilmelidir. O halde; davacı tarafça harcı tamamlanan dava değerleri esas alınarak ve sonradan feragat edilmiş olan miktarlar gözetilerek ecrimisil yönünden bir karar verilmesi gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir...”²⁴;

“... 6100 sayılı HMK’nın 176/1. maddesine (HUMK’un 83. maddesi) göre, “ taraflardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir.” Davacının beyanı bir usul işlemi olmayıp maddi hukuka taalluk eden kısmi feragattir. Doktrinde buna talep sonucunun daraltılması da denilmektedir. Davacının talep sonucunu azaltması davayı genişletme ya da değiştirme sayılmaz. Tam veya kısmi feragat için karşı tarafın iznine ve ayrıca bunun için ıslah yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Davacı talebini 7.350,00 TL olarak belirterek talebini küçültmüştür. O halde, mahkemece, davacının kısmi feragat niteliğindeki beyanı dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...”²⁵.

Bilindiği üzere, 1086 sayılı mülga HUMK döneminde Yargıtay kısmi dava açılırken açıkça saklı tutulmamış kısımdan zımnen feragat edilmiş sayılacağı yönünde pek çok karar vermişti. Kanun koyucu sevk ettiği HMK m.109/3 hükmü ile kısmi dava açılması durumunda bakiye kısımdan feragat için açık irade beyanını aramak suretiyle söz konusu içtihatlarda dile getirilen görüşü benimsemediğini açıkça ortaya koymuştur. Kanaatimizce aynı düşünce iddianın daraltılması bakımından da geçerli olmalıdır. Kaldı ki, feragatin açık ve kesin olarak yapılması mecburiyeti her şeyden önce feragatin yenilik doğuran bir hak olmasından ve bu nedenle şarta bağlı olarak kullanılamamasından kaynaklanmaktadır²⁶. Onun için davacının iddiasını kısmen feragat yoluyla daraltmak istemesi durumunda bunun açıkça anlaşılması gerekmektedir²⁷. Öte yandan, Yargıtay’ın kabul ettiği şekilde, daraltılan iddia (talep) bakımından direkt feragat edildiği sonucuna varılması yerine davacının iradesinin ne yönde

²⁴ 8. HD, 04.03.2020, E. 2018/6871, K. 2020/2120. Benzer yönde: 9. HD, 08.02.2018, E. 2017/1065, K. 2018/2178; 9. HD, 05.02.2019, E. 2015/30089, K. 2019/2707; 13. HD, 04.06.2020, E. 2018/2025, K. 2020/4222. Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

²⁵ 13. HD, 30.06.2020, E. 2017/4147, K. 2020/5500 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

²⁶ Leyla Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 143. Benzer yönde: Necip Bilge/Ergun Önen, 3. B., Ankara 1978, s. 351; Murat Atalı, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. B., İstanbul 2017, s. 2019.

²⁷ Bulut, s. 30.

olduğunun açıklığa kavuşturulması amacıyla hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m.31) uyarınca davacıya dava dışı bıraktığı kısımdan feragat edip etmediğini sorması daha doğru olacaktır.

SONUÇ

İddia meblağ/miktar olarak daraltılabileceği gibi, içerik olarak da daraltılabilir. Bu bağlamda davacı iddiasının bir kısmından feragat edebileceği gibi, iddianın (davanın) bir kısmını (ya da birden fazla talep varsa bazısını) davalının rızasıyla (HMK m.123) geri alabilir.

Yargıtay'ın iddianın daraltılması hâlinde davacının iradesini araştırmadan doğrudan kısmi feragatte bulunulduğu sonucuna varması isabetli değildir. Zira bu sonuca varılabilmesi için davacının kısmi feragatte bulunma iradesi açık bir şekilde anlaşılmalıdır; bu konuda belirsizlik olması durumunda hâkim HMK m.31 uyarınca davacıya beyanını açıklamalı ve davacının iradesinin kısmi feragat değil de, iddianın (davanın) geri alınması yönünde olması durumunda ise davalının muvafakati de aranmalıdır.

İddianın bilhassa içerik olarak daraltılması ile değiştirilmesi arasındaki farkın önceden kesin çizgilerle birbirinden ayrılması kanaatimizce mümkün olmadığından bu konudaki yaşanan güçlüklerin aşılması için kanun değişikliğine gidilmeli ve iddianın ıslah suretiyle daraltılabileceği açıkça hükme bağlanmalıdır.

KISALTMALAR CETVELİ

| | |
|-------|---|
| B. | : Bası |
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| dn. | : dipnot |
| E. | : Esas |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HMK | : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| HUMK | : 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İzBD | : İzmir Barosu Dergisi |
| K. | : Karar |
| Karş. | : Karşılaştırınız |
| kn. | : kenar notu |
| m. | : madde |
| s. | : sayfa |
| S. | : sayı |

KAYNAKÇA

- Akyol Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usûl Hukuku, 6. B., Ankara 2020.
- Atalı, Murat: Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. 3, 15. B., İstanbul 2017.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2019.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, 3. B., Ankara 1978.
- Brunner, Alexander/Gasser, Dominik/Schwander, Ivo: Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. B., 2016.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2020.
- Bulut, Uğur: “İslah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması”, İzBD, Mayıs 2018, s. 15 vd.
- Gross, Rolf: Klageaenderung und Klagerücknahme, Frankfurt am Main, 1959.
- Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. B., İstanbul 2001, (Kuru, Usul II).
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, 6. B., İstanbul 2001.
- Meriç, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang: Zivilprozessordnung, Kommentar, 14. B., München 2017.
- Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. B., İstanbul 2015.
- Prütting, Hans/Gehrlein, Markus : ZPO Kommentar, 1. B., München 2010.
- Sutter-Somm, Thomas/Hasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. B., 2016.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 18. B., München 2018.
- Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.
- Üstündağ, Saim: İddia Müdafaaının Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, (Üstündağ, Yasak).
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.
- Walther, Richard: “Klageaenderung und Klagerücknahme”, NJW 1994, s. 423 vd.
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. 2, 3. B., Ankara 2017.
- Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 4. B., Ankara 2013, (Yılmaz, İslah).

BREXIT'İN AB'NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARİ ÜZERİNDE DOĞURACAĞI ETKİLER

*The Effects of Brexit on Treaties Under International Law
Which the EU is a Party to These Treaties*

Ayşe Füsün ARSAVA*

Geliş Tarihi: 09.11.2020

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

AB üyesi bir devlet olarak İngiltere çok sayıda uluslararası anlaşmanın tarafı olarak karşımıza çıkmaktadır. AB'nin Çalışma Usul-leri Hakkındaki Sözleşme'nin AB'den çıkma-ya ilişkin 50. maddesi AB'den çıkmanın taraf olunan anlaşmalar üzerinde doğuracağı etki-leri düzenlememektedir. Ekseri uluslararası hukuk anlaşması da bu tür düzenlemeler iç-ermemektedir. Bu nedenle Brexit'in uluslara-rası anlaşmalar üzerinde doğuracağı etkilerin genel uluslararası hukuka, özellikle Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde kısmen kodifiye edilen teamül hukukuna göre ce-vaplandırılması gerekmektedir. Şüphesiz tüm anlaşmalar için aynı cevapların verilmesini mümkün kılan, genel geçerliliğe sahip kural-lar bulunmamaktadır. Bu cevapların anlaşma taraflarına ve anlaşmanın içeriğine göre fark-lılık gösterdiği görülmektedir. AB'nin özelli-kle münhasır yetkileri alanında yapmış olduğu anlaşmalardan Brexit ertesinde İngiltere bakı-mından hak ve yükümlölük doğması mümkün değildir. Buna karşılık AB'nin ve üye devlet-lerin birlikte taraf olduğu karma anlaşmaların prensip olarak İngiltere bakımından bağlayı-cılığı prensip olarak devam edecektir. Mak-a-lede Brexit'in bir taraftan İngiltere'nin, diğ-er taraftan AB'nin uluslararası hukuk anlaşma-larından doğan hakları ve yükümlölükleri üze-rindeki etkileri incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: AB'nin münhasır yetkileri, AB'nin paylaşılmış yetkileri, Kar-ma Anlaşmalar, *clausula rebus sic stantibus*, anlaşmaların sona ermesi

ABSTRACT

The United Kingdom is the party to sev-eral international treaties as a EU member. The Article 50 of the Treaty on the Func-tioning of the European Union about the withdrawal from EU membership does not regulate the effects of the withdrawal on in-ternational treaties. The greater part of inter-national treaties does not involve such effects too. It is necessary to answer the effects of Brexit on international treaties pursuant to general international law, especially custom-ary law codified partly in the Vienna Con-vention on the Law of Treaties. Undoubtedly, there are no rules about such effects in inter-national law for all treaties. Such effects may differ from each other in terms of parties and the content of treaties. It is impossible that the treaties the EU concluded especially within its exclusive competence may impose rights and responsibilities for the United Kingdom after the Brexit. On the other hand, the mixed treaties to which the EU and member states are parties together will continue to bind the United Kingdom. In the article, the effects of Brexit on the rights and responsibilities of the United Kingdom and the EU deriving from international treaties will be assessed.

Keywords: EU's exclusive competences, EU's shared competences, Mixed Treaties, *clausula rebus sic stantibus*, termination of treaties.

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID ID:0000-0003- 2275-7664.

GİRİŞ

AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 50. maddesi AB üyeliğinin sona ermesi ertesinde AB'nin yalnız olarak yahut üye devletlerle birlikte yapmış olduğu anlaşmaların ayrılan (ex) AB üyesi devlet ve AB bakımından etkilerini düzenlememektedir.

Uluslararası Hukuk anlaşmalarının kendilerinin böyle bir durumda nasıl bir prosedür uygulanacağına ilişkin düzenlemeler içermesi mümkün olmakla beraber AB tarafından yapılan anlaşmalar istisnai olarak bu tür düzenlemeler içermektedir.¹ İngiltere ve AB üyeliği devam eden 27 üye devlet arasında yapılan Brexit anlaşması da konuyu bağlayıcı olarak düzenlenmemiştir. 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 1. maddesinin sözleşmenin sadece “devletler arasında” yapılan anlaşmalara uygulanmasını öngörmesi nedeniyle, Viyana Sözleşmesi bu bağlamda uygulama bulmamaktadır. AB'nin bir devlet olmayıp, uluslararası örgüt teşkil etmesi AB'nin taraf olduğu anlaşmalara Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin doğrudan uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Devletler ve uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ve uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin 1986 tarihli (Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi II) anlaşma henüz yürürlüğe girmemiştir. Kaldı ki, AB bu anlaşmada taraf değildir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin belli bölümleri uluslararası teamül hukukunu kodifiye etmektedir. Buna göre örneğin, anlaşmanın akdi esnasındaki mevcut koşulların sonradan öngörülmeleyen nedenlerle esaslı değişikliğe uğraması,² anlaşmadan çekilme yahut anlaşmanın sona erdirilmesi için geçerlidir. Bu kurallar kodifiye edilen teamül hukuku olarak devletler ve uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ve uluslararası örgütler arasında yapılan anlaşmalara ilişkin 1986 tarihli anlaşmanın kimi bölümleri için de geçerlidir. Kodifiye edilen teamül hukuku ışığında Brexit'in uluslararası hukuk anlaşmalarının tarafı İngiltere ve AB bakımından doğuracağı etkilerin ortaya konulması mümkündür. Geçiş dönemine ilişkin müzakere dokümanları uluslararası hukuk anlaşmalarının geçerliliğinin devamını öngörmektedir.

I. BREXİT'İN İNGİLTERE'NİN VE ÜÇÜNCÜ TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİNE ETKİSİ

AB uluslararası hukuk süjesi olarak uluslararası hukuk muvacehesinde kendi yetkileri alanında uluslararası hukuk anlaşmaları yapma yetkisine sahiptir.³ Birlik Hukuku açısından da AB'nin uluslararası hukuk anlaşmaları

¹ Robert G. Volterra, Brexit Negotiations Series: “The Impact of Brexit on the UK's Trade with Non-EU Member States under the EU's Mixed Free Trade Agreements”, 17.05.2017,bknz.: <https://www.law.ox.ac.uk>, 29.11.2020

² EuGH, 16.6.1998, Rs. C-162/96 (A.Racke GmbH&Co. v. Hauptzollamt Mainz), Slg. I-3655, Rn.24)

³ Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/ Martin Nettesheim: Europarecht, §38,Rn.8,

akdi için aynı şekilde yetki sahibi olması gerekmektedir.⁴ Bu durumu AB'nin açık ve zımni yetkilerini anlaşmalarda nihai olarak düzenleyen hükümler teyit etmektedir. Bu yetkiler AB'nin iç yetkileri gibi farklı nitelikli olabilir. Diğer bir ifade ile bu yetkiler münhasır, üye devletlerle paylaşılmış veya paralel (üye devletlerin yetkilerini zedelemeyen) yetkiler şeklinde kullanılabilir. Birliğin dış yetkisinin somut durumda ne tür bir yetki olduğu AB anlaşmalarının genel kuralları muvacehesinde belirlenmektedir.⁵ Bu dayanak ışığında AB ve üçüncü taraf (üçüncü taraf olarak devlet yahut uluslararası örgütler anlaşılmaktadır) arasında yapılan ticaret anlaşmalarının ve diğer anlaşmaların üç kategoride ele alınması mümkündür:

AB'nin üye devletlerin katılımı olmaksızın münhasır yetkisine istinaden yaptığı anlaşmalar;

AB'nin ve üye devletlerin birlikte taraf olduğu karma anlaşmalar;

AB'nin üye devletlerle ve diğer üçüncü devletlerle birlikte taraf olduğu strüktürel (kurumsal) çok taraflı anlaşmalar (Birlik Hukukunda kullanılan terminolojiye göre bu anlaşmaların aynı zamanda karma anlaşmalar olarak kategorize edilmesi mümkündür). Bu çok taraflı anlaşmalar üçüncü devlet ve diğer tarafta AB ve AB üyesi devletler arasında bilateral (ikili) ilişkiler düzenleme hedefi gütmemekte, daha çok kurumsal düzenlemeler yapmaktadır.

1. AB Tarafından Yapılan Anlaşmalar

a. AB'nin Anlaşma Yapma Yetkisi

Kimi uluslararası hukuk anlaşmaları için AB münhasır bir yetkiye sahiptir; kimi diğer anlaşmalar için ise AB'nin ve üye devletlerin paralel yetkileri söz konusudur. Bu anlaşmaların bağlayıcılık etkisi bakımından anlaşma tarafları arasındaki ilişkinin ve Birlik içindeki durumun birbirinden ayrı ele alınması gerekmektedir.

aa - AB'nin Münhasır Yetkileri

AB münhasır yetkilere sahip olduğu takdirde yalnız olarak anlaşma yapma yetkisi kullanır. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 2. madde, 1. fıkrasına göre bu alanlarda sadece AB yasama yetkisi ve bağlayıcı hukuki tasarruflar yapma yetkisi kullanılabilir. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 3. madde, 1. fıkrası AB'nin münhasıran yetki kullanabileceği politika alanlarını saymaktadır:

- Gümrük Birliği;
- İç pazarın işleyişine ilişkin rekabet kuralları;
- Avro alanında olan üye devletler için para politikası;

7. Aufl. 2016, C.H. Beck, München, §38, Rn. 8; Ingolf Pernice: Völkerrechtliche Verträge internationaler Organisationen, ZaöRV 48 (1988), 229, 231 vd.

- Ortak balıkçılık politikası çerçevesinde denizin biyolojik kaynaklarının korunması;
- Ortak ticaret politikası.

Birlik bunun dışında anlaşma yapma yetkisinin bir Birlik Hukuku tasarrufunda öngörülmesi yahut intern yetkilerin kullanılması için gerekli olan, aksi halde ortak kuralların ihlâlinin söz konusu olabileceği durumlarda uluslararası anlaşmalar akdetme yetkisine sahiptir. AB, AET'nin ve AT'nin hukuki halefi olması nedeni ile geçmişte AT yahut AET tarafından yapılan anlaşmalar uygulanmaya devam etmektedir.

bb - Paralel Yetkiler

AB bunun dışında paralel yetkilerin söz konusu olduğu durumlarda üye devletler anlaşma tarafı olmaksızın anlaşma yapma yetkisi kullanabilir. Paralel yetkilerin söz konusu olduğu alanlarda Birlik subsidiarite (*yetki ikâmesi*) ilkesine istinaden yetki kullandığı nispette o alan AB'nin yetki alanına dahil olmaktadır. Bu kategori anlaşma örnekleri olarak:

- AT ve Kanada arasında Şarap ve Alkollü İçecek Ticaretine İlişkin Anlaşma;⁶ AT tarafından yapılan bu anlaşma AB'nin münhasır yetkilerine giren ticari düzenlemeler içermektedir;
- AT ve Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Şarap Ticaretine İlişkin Anlaşma;⁷ AT tarafından yapılan bu anlaşma AB'nin münhasır yetkisine giren ticari hükümler içermektedir;
- Bir tarafta AB ve Avrupa Atom Enerji Topluluğu ve diğer tarafta Kosova arasında yapılan İstikrar ve Ortaklık Anlaşması;⁸ Anlaşma Birlik adına sadece AB tarafından imzalanmıştır. Anlaşma, ortaklık anlaşmaları bakımından alışılmamış şekilde üye devletlerin karma anlaşma yapılması taleplerini önlemek için sadece AB'nin münhasır yetkisine giren hükümler içermektedir.⁹

cc - Anlaşmaların Bağlayıcılık Etkisi

Uluslararası hukuka göre anlaşmada sadece AB taraf olduğu için bu anlaşmalarla sadece AB bağlıdır. AB hukukuna göre ise bu anlaşmalar sadece AB'yi değil, üye devletleri de bağlamaktadır. Zira bu anlaşmalar AB Hukukuna göre AB müktesebatından sayılmaktadır.

⁶ ABİ.2004 Nr.L 35.3

⁷ ABİ.2002 Nr.L 28.4

⁸ ABİ.2016, Nr.L 71.3

⁹ Ramses A.Wessel: Consequences of Brexit for International Agreements Concluded by the EU and its Member States, CMLRev. 55(2018), 101, 114 vd.

b. Brexit'in Sonuçları

İngiltere'nin AB'den ayrıldığı tarihten itibaren Birlik Hukukunun İngiltere bakımından bağlayıcılık etkisi sona ermektedir. AB anlaşmasının 50. maddesi ayrılma anlaşmasının AB'nin yaptığı uluslararası anlaşmalar bakımından sonuçlarını düzenlememektedir. Genel Uluslararası Hukuka göre söz konusu bu anlaşmaların geçerlilik alanı daralacak, diğer bir ifade ile bu anlaşmalar AB üyesi kalan devletlerin ülkelerinde uygulanmaya devam edecektir. İngiltere Brexit ertesinde bu anlaşmalardan doğan hakları iddia etmek ve bu anlaşmalardan doğan mükellefiyetlerin altına girmek durumunda değildir.¹⁰

İngiltere ancak bütün bunları kenara bırakarak ticari ortaklarına Brexit ertesinde şimdiye dek geçerli koşullarla ilişkilerini sürdürme iradesini bildirebilir. Bu konuda üçüncü devletle mutabakat olduğu takdirde AB'nin münhasır yetkisine istinaden yaptığı anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerle İngiltere'nin mümkün olduğu nispette ilişkilendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu durum anlaşmaya katılma üzerinden gerçekleştirebileceği gibi, üçüncü devletle ticari ilişkilerin devamı için içeriği prensip olarak aynı olan ayrı bir anlaşma ile sağlanabilecektir.

Anlaşmalar ticari konulara ilişkin olduğu takdirde anlaşmanın Dünya Ticaret Hukukunun gerekliliklerine uyması gerekmektedir. Dünya Ticaret Hukuku bir serbest ticaret alanı yahut gümrük birliği ilişkisi söz konusu olmadığı nispette ticari ortaklar arasında ayrımcılık yapılmamasını öngörmektedir. Gümrük Birliği yahut serbest ticaret anlaşması bağlamında yapılan geçiş dönemi düzenlemeleri ayrımcılık yasağının istisnası olarak kabul edilmektedir.¹¹ Ortaya çıkan bir başka sorun da İngiltere'nin hangi tarihten itibaren bu müzakereleri yapma yetkisine sahip olacağıdır. Brexit anlaşması geçiş döneminde yürürlüğe girecek anlaşmaların, bu anlaşmalar AB'nin münhasır yetki alanında olduğu takdirde AB tarafından onayını öngörmektedir.

2. AB ve Üye Devletler Tarafından Ortak Olarak Yapılan Karma Anlaşmalar

a. Karma Anlaşmaların Türleri ve Bu Anlaşmaların Yapılma Gerekçesi

Gerek AB, gerekse AB üyesi devletler tarafından birlikte imzalanan çok sayıda uluslararası hukuk anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalar ekseri AB'nin münhasır yetkisinin bulunmadığı, AB'nin ve üye devletlerin paylaşılmış yetkilerinin bulunduğu alanlarda yapılmaktadır. Bu anlaşmaların, kısmen sadece üye devletlerin yetkili olduğu alanlara ilişkin olması durumunda da karma anlaşmalar olarak yapılması mümkündür.

¹⁰ Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann: bknz. E.Grabitz/M.Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2018, Art.216 AEUV, Rn.37

¹¹ Thomas Voland: Sailing Uncharted Waters-For How long? On Transitional Post-Brexit Trade Arrangements; bknz.: <https://verfassungsblog.de>, 29.11.2020

Söz konusu alanlar AB anlaşmalarında belirlenmektedir. AB'nin paylaşılmış yetki alanına giren veya üye devletlerin münhasır yetki alanına giren bir konuda uluslararası hukuk muvacehesinde anlaşma yapma yetkisi olsa da, böyle bir anlaşmanın AB tarafından yalnız olarak yapılması Birlik Hukukuna göre mümkün değildir. AB bu anlaşmayı AB Hukukuna göre üye devletlerle birlikte yapma mükellefiyeti altındadır. Zira Birlik Hukukuna göre anlaşma yapma yetkisi AB ve üye devletler arasında paylaştırılmıştır.¹²

Birliğin münhasır yetkisinin olduğu kimi durumlarda da karma anlaşmaların yapılması söz konusu olmaktadır. Komisyon geçmişte AB'nin münhasır yetkisi olmakla beraber anlaşmaya üye devletlerin katılımını ve bu şekilde anlaşmanın karma olarak yapılmasını onaylamıştır. Münhasır yetki alanına giren bir anlaşmanın karma anlaşma olarak yapılması üye devletlerin ilgili anlaşmaya ilişkin onay iradelerini açık olarak kullanmak istemeleri durumunda gündeme gelmektedir. Diğer durumlarda taraf üçüncü devletler sembolik yahut pratik nedenlerle özellikle anlaşmadan doğan mükellefiyetlerin üye devletler tarafından da takibini sağlamak için karma anlaşma yapılmasını gündeme getirmektedir.¹³

Birlik Hukukunda bu anlaşmaların karma anlaşma olarak akdedilmesi öngörülmemekle birlikte, bu anlaşmalar için karma anlaşmalar için geçerli aynı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Aynı şekilde zorunlu olmamakla beraber Birliğin ve üye devletlerin paralel yetkilerinin söz konusu olduğu durumlarda karma anlaşmaların yapılması mümkündür.¹⁴ Bütün devletlere açık olan strüktürel çok taraflı uluslararası hukuk anlaşmalarının da karma anlaşmalar kategorisinde sayılması mümkündür. Bu kategori Brexit ertesinde özel hukuki sorun doğurmaya adaydır.

b. Karma Anlaşmanın Bağlayıcı Etkisi

Karma anlaşmanın Birliğin münhasır yetkilerine ilişkin olmayan münferit hükümleri tüm anlaşmayı etkilemektedir.¹⁵ Üye devletler bu nedenle AB'nin münhasır yetki alanlarına ilişkin düzenlemelerden doğan taahhütler yanı sıra, AB'nin münhasır yetki alanları dışında kalan düzenlemelerden doğan taahhütleri de kabul etmektedir. AB de aynı şekilde tüm anlaşmanın tarafı

¹² Niele Behrends/Philipp Kubucki/Hannes Rathke: Das Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur; bknz. <https://www.bundestag.de>, 9vd., 29.11.2020

¹³ Stefan Lorenzmeier: "multilaterale Verträge mit bilateraler Erfüllungsstruktur"; bknz.: E.Grabitz/M.Hilf/M.Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2018, Art.216AEUV, Rn.15

¹⁴ Kirsten Schmalenbach, Art.216 AEUV Internationale Übereinkünfte, bknz.: C.Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EuV/AEUV, Rn.5, 5.Aufl. 2016, München, Wien

¹⁵ Juliane Kokott: sog. "Pastis-Formel", Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-13/07 (Kommission v. Rat), ECLI:EU:C:2009:190, Rn.121; Kirsten Schmalenbach: *ibid*

olması nedeni ile (üye devletlerin münhasır yetkilerine giren alanlarda sadece kısmi uluslararası hukuk tasarruf ehliyeti olmasına karşın) uluslararası hukuk muvacehesinde tüm anlaşma bakımından taahhüt altına girmektedir.¹⁶ Anlaşma tarafı üçüncü devlet hangi mükellefiyetin hangi yetkiye istinat ettiğinden bağımsız olarak, hem her bir AB üyesi devletten, hem de AB'den anlaşmadan doğan mükellefiyetlerin yerine getirilmesini isteyebilecektir. Yetki taksimi Birliğin intern bir konusu olarak mütalâa edilmektedir.¹⁷ Bu durum anlaşmada yahut anlaşma akdi bağlamında yapılan bildirilerde özel düzenlemelerin öngörülmesi halinde geçerli değildir. Birlik Hukuku muvacehesinde anlaşmanın AB bakımından bağlayıcılığı anlaşmanın üye devletlerin münhasır yetkisine girmeyen kısımları için doğmaktadır.¹⁸ Birlik Hukukundan doğan bağlayıcılık İngiltere bakımından şüphesiz Brexit ile sona ermektedir.

c. Brexit'in Sonuçları

Brexit ile uluslararası hukuk muvacehesinde anlaşmaların bağlayıcılığının sona erip ermediği yahut anlaşmaların sona erdirilip erdirilemeyeceği mütecanis olarak cevaplandırılmamaktadır. Brexit ile anlaşmaların tümüyle yahut asgari kısmen otomatik olarak bağlayıcılığının sona erdirilip erdirilemeyeceği konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Hakim olan görüşe göre anlaşmanın bağlayıcılığının tarafların birinin bildirimi ile sona erdirilmesi mümkündür. Bağlayıcılığın sona erdirilmesi anlaşmayı sona erdirme yahut anlaşmadan çekilme hakkı şeklinde gündeme gelmektedir. Geçici uygulanan karma anlaşmalar bakımından özel durumlar söz konusudur.

aa – Anlaşmaların Bağlayıcı Etkisinin Otomatik Olarak Sona Ermesi

Hakim olan görüşe göre İngiltere'nin karma anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülüklerinin Brexit ile otomatik olarak sona ereceğine ilişkin kimi emareler bulunmaktadır.

i - İngiltere'nin Taraf Olma Statüsünü Kaybetmesi

İngiltere, Brexit ertesinde anlaşmalara taraf olma statüsünü şeklen kaybetmesi ve anlaşmaların geçerlilik alanının dışında kalması nedeniyle *ipso iure* bu anlaşmalarla bağlı olmayacaktır. Karma anlaşmaların çoğunun AB'yi ve üye devletleri anlaşma tarafı olarak tanımlayan hükümler içerdiği görülmektedir; örneğin bir tarafta AB ve üye devletlerin, diğer tarafta Kore Cumhuriyeti'nin yer aldığı Eylül 2010 tarihli serbest ticaret anlaşmasının 1.2 maddesinde AB anlaşmasından ve AB'nin Çalışma Usulleri Hakkında Sözleşme'den doğan yetkiler çerçevesinde anlaşma tarafı olarak AB yahut

¹⁶ EuGH Rs. C-316-91 (EP v. Rat), Slg.1994, I-653

¹⁷ Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur, EUV/AEUV, 6.Aufl. 2017, München, Art.216, AEUV, Rn.15

¹⁸ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme, md.216, fık.2

üye devletler yanı sıra AB ve üye devletler gösterilmektedir. Anlaşmanın dibacesinde üye devletler liste halinde gösterilmiştir. Bu dayanak ışığında AB üyesi olması nedeniyle İngiltere'nin söz konusu anlaşmaların tarafı olduğu kabul edilmektedir. Bu anlaşmaların AB bakımından geçerlilik alanının AB anlaşmalarının uygulanma alanı ile sınırlı olduğu ortaya çıkmaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 29. maddesine göre Uluslararası Hukuk anlaşmalarının anlaşmada farklı bir irade ortaya konulmadığı takdirde anlaşma taraflarının tüm egemenlik alanlarında geçerli olacağı kabul edilmiştir. Anlaşmaların geçerlilik alanıyla ilgili bu düzenlemeler AB'nin üye devletlerde etki gösteren anlaşmalar akdedilebileceğine ilişkin iradeyi ortaya koymaktadır. Anlaşmaların geçerlilik alanını belirlemeye ilişkin bu düzenlemelerde AB'den ayrılma durumunu düzenleyen özel bir irade ortaya konulmamıştır. Aksi bir tutum bu düzenlemelerin geniş yorumlanması sonucunu doğuracaktır. Bununla beraber AB'nin taraf olduğu anlaşmalara İngiltere'nin kendi devlet niteliği ile taraf olmadığına ilişkin bu çerçevede ileri sürülen yaklaşım, Uluslararası Hukukun devletlerin kendi nitelikleri ile anlaşmalara taraf olmaları ile AB üyesi olarak taraf olmaları arasında ayrım yapmaması nedeni ile kabul görmemektedir. Devletler uluslararası örgüt üyesi olarak da kendi devlet nitelikleri ile anlaşma tarafı olarak bağitlanabilmektedir.

ii – İcrai Hükümler

İngiltere'nin AB'den ayrılması ile karma anlaşmaların icrası gereken hükümlerinin gereğini yerine getirme mükellefiyetinin düşeceği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre Brexit sonrasında yükümlülüklerinin yerine getirilmesi mümkün olmayan karma anlaşmaların sona ermesi gerekmektedir.¹⁹ Bu görüşe karşı *pacta sunt servanda* prensibinin bir parçası olarak devamlılık prensibi (Kontinuitaets-prinzip) ileri sürülmektedir. Brexit'in karma anlaşmaların yorumu ve uygulanması bağlamında ilave zorluklar yaratması ve anlaşmanın akdi esnasında mevcut koşulların değişmesi nedeniyle anlaşmanın sona erdirilmesi veya anlaşmanın askıya alınmasını gündeme getirmesi mümkündür. Ancak bu durumdan zorunlu olarak anlaşmanın bağlayıcılığının ortadan kalkması sonucu çıkmamaktadır. Kimi anlaşmaların sistematığı ve lâfzı anlaşmaların bilateral özelliğini ortaya koysa da, bu durum İngiltere'nin anlaşmaların bağımsız tarafı olma gerçeğini otomatik olarak ortadan kaldırmamaktadır. Bunun sonucu olarak Brexit ertesinde karma anlaşmalardan doğan haklar ve mükellefiyetler otomatik olarak varlığını kaybetmemektedir. Bu nedenle münferit durumda anlaşmanın bağımsız uluslararası hukuk süjesi olarak AB tarafından mı, tüm üye devletler tarafından mı akdedildiğinin araştırılması en sağlıklı yoldur. Üye devletlerin anlaşmayı

¹⁹ Markus W.Gehring: 'Trade Relations will Remain Unchanged' Post-Brexit, claims Lord Lawson-Hardly, University of Cambridge; bkzn.: <http://blogs.lse.ac.uk>, 29.11.2020

birlikte akdetmesinin söz konusu olduğu durumlarda anlaşmanın geçerlilik alanıyla ilgili düzenlemenin Brexit'ten sonra da anlaşmanın İngiltere'de uygulanmaya devam etmesini sağlayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu açıklamalar karma anlaşmaların geçerlilik alanına ilişkin düzenlemelerinin Brexit ertesinde zorunlu olarak otomatik şekilde anlaşmanın sona ermesine yol açmadığını ortaya koymaktadır. Bunun dışında anlaşma tarafı olarak AB yahut AB üyesi devletler; AB ve üye devletler olarak tanımlanması mümkündür; bir tarafta AB ve üye devletler ve diğer tarafta Kore arasında Eylül 2010 tarihli serbest ticaret anlaşmasının 1.2. maddesinin (ABİ.2011 Nr.L.27, 1) anlaşma tarafları olarak AB veya üye devletler yahut AB ve üye devletler olarak tanımladığı görülmektedir. Her ne kadar geçici yürürlüğe konulan Kanada ile yapılan serbest ticaret anlaşması AB ve üye devletleri birlikte tek bir anlaşma tarafı olarak tanımlamış olsa da, bu tanım zorunlu olarak anlaşma tarafının uluslararası hukuk statüsünü sınırlamamaktadır.²⁰ Bu durumu özellikle ilgili anlaşmanın dibacesi ortaya koymaktadır. Anlaşmalarda dibacelerde kural olarak –CETA’da olduğu gibi– tüm üye devletler teker teker sayılmaktadır. Üye devletler anlaşmaları münferiden onaylamaktadır.

iii – AB Üyeliği ve Anlaşmalarda Taraf Olma Statüsünün Birbirinden Ayrılmazlığı

İngiltere’nin anlaşmalara taraf olma statüsünü AB üyesi olması ile açıklayan yaklaşıma göre Brexit ertesinde İngiltere’nin karma anlaşmalardan ayrılması gerekmektedir. İngiltere’nin Brexit ertesinde karma anlaşmalardan ayrılması anlaşmaların diğer tarafları bakımından *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanmasını gündeme getirebilir.²¹ AB Adalet Divanı buna karşılık karma anlaşmaların icrası bağlamında her ne kadar içtihatlarda her zaman açık görülme de üye devlet ve Birlik yetkileri arasında ayırım yapmaktadır.

bb – Karma Anlaşmaların Koşullara Bağlı Olarak Bağlayıcılığının Devamı

Karma anlaşma hükümleri arasında ayırım yapılması, karma anlaşmaların Brexit ertesinde bağlayıcılığının otomatik olarak sona ermemesi, İngiltere’nin AB’den bağımsız olarak bu anlaşmalara taraf olmasına bağlıdır. Kimi yazarlar karma anlaşma hükümlerini üye devletlerin yetki alanına ve AB’nin yetki alanına giren alanlar olarak ikiye ayırmaktadır.²² Bu ayırım esas alınarak

²⁰ CETA 1.1.md’de anlaşma tarafları olarak “AB veya üye devletler yahut AB ve üye devletler” belirlenmiştir

²¹ Hubert Isak, Nach dem Brexit: Weitere Differenzierung der Union nach innen und nach außen?, bkz.: Lorenzmeier/ H.P.Folz (Hrsg.), Recht und Realität, FS für C.Vedder, 2017, s.172-193

²² Rafael Leal-Arcas: The European Community and Mixed Agreements, European Foreign Affairs Review 6 (2001),

karma anlaşmaların Brexit ertesinde bağlayıcılığı belirlenmektedir. Karma anlaşmalarda yer alan söz konusu yetkilerin kapsamını belirlemek şüphesiz olağanüstü zordur. Yetkilerin tam olarak kategorize edilmesi her bir karma anlaşmada yer alan yetkilerin türüne bağlıdır.²³

i – Paralel Yetkiler

Bir anlaşma AB ve üye devletlerin paralel yetkilerine istinat ettiği takdirde her ikisinin de tasarruf yetkisi olması nedeniyle anlaşmanın AB ve üye devletler tarafından birbirinden bağımsız olarak yapılması mümkündür. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 4. madde, 1. fıkrası muvacehesinde tüm üye devletlerin ortak olarak tasarrufta bulunduğu ve onaylamak zorunda oldukları paylaşılmış yetkilere göre yapılan karma anlaşmalardan farklı olarak paralel yetkilere göre yapılan karma anlaşmalarda her bir üye devletin AB'nin yanı sıra tasarrufta bulunma olanağı bulunmaktadır. Bu durumu gerek üye devletleri bireysel olarak, gerekse AB'yi münhasıran yetkili kılan ve mükellef kılan anlaşma metinleri teyit etmektedir. Örneğin, Avrupa Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankasının kurulmasına ilişkin anlaşma her bir anlaşma tarafına, üçüncü devletlere yahut uluslararası fonlara finansal katkı mükellefiyeti getirmektedir.²⁴

ii – Çakışan Yetkiler

Birbirleriyle çakışan yetkilerin iki türlü ortaya çıkması mümkündür. Bu çakışma ya münhasır yetkiler alanında ya da paylaşılmış yetkiler alanında ortaya çıkabilir.²⁵ Bu durum anlaşmalarda kural olarak düzenlenen bir konu değildir. Anlaşmalarda her ne kadar yetki sınırlarıyla ilgili düzenleme bulunsa da bu düzenlemelerin açık olmadığı ve taraf olarak AB yetkilerinin anlaşma değişiklikleri ile genişletilmesi ışığında güncellenmediği görülmektedir.²⁶

iii – AB'nin ve Üye Devletlerin Birbirlerini Tamamlayan Münhasır Yetkilerinin Yer Aldığı Karma Anlaşmalar

Karma bir anlaşmanın gerek AB'nin münhasır yetki alanına giren, gerekse üye devletlerin münhasır yetki alanına giren hükümleri içermesi mümkündür. Bu tür anlaşmaların prensip olarak iki boyutu itibariyle ele

s.483 vd.

²³ Allan Rosas: Mixed Union – Mixed Agreements, bkzn.: Martti Koskenniemi (Hrsg.), International Law Aspects of the European Union, 1998, Martinus Nijhoff Publishers, s.125,128 vd.

²⁴ ABl.1990, Nr.L372, 4

²⁵ Maurits Dolmans: Problems of Mixed Agreements: Division of Power within the EEC and the Right of Third States, 1985, Asser Institute, The Hague, 25,39 vd.

²⁶ Andrés Delgado Casteleiro: EU Declarations of Competence to Multilateral Agreements: A Useful Reference Base?, European Foreign Affairs Review, Volume 17(2012), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 491 vd.

alınması gerekmektedir.²⁷ Bir anlaşmanın örneğin bir bölümünde ticareti, diğer bölümünde güvenlik politikasını düzenlemesi mümkündür. Bir taraftan Avrupa Topluluğu ve üye devletler, diğer tarafta İsrail arasında yapılan Avrupa-Akdeniz Ortaklığı Anlaşması bu çerçevede örnek bir anlaşma olarak birbirini tamamlayan münhasır yetkiler içermektedir. Anlaşma üye devletler, Avrupa Topluluğu ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu tarafından imzalanmıştır ve siyasi diyalog konusunda hükümler içermektedir. Bu hükümler bölgesel güvenlik ve istikrarı iyileştirmeye ilişkindir. Bu özellikleriyle söz konusu hükümlerdeki yetkiler üye devletlere ait yetkililerdir. Anlaşma bununla beraber AB'nin münhasır yetkisine giren malların serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeler de içermektedir. Her bir üye devlet, bu meyanda İngiltere anlaşmaya kolektif şekilde üye devlet olarak taraf olmuştur. Bir tarafta AB ve Atom Enerji Topluluğu, üye devletler diğer tarafta Ukrayna arasında yapılan ortaklık anlaşması Ukrayna, AB üyesi devletler, AB ve Avrupa Atom Enerji Topluluğu tarafından imzalanmıştır.²⁸ Anlaşmada üye devletlerin yetki alanına giren alanlar olarak barış ve istikrarı sağlamak, korumak ve güçlendirmek hedefi yanı sıra, AB'nin münhasır yetki alanına giren ekonomik ve ticari ilişkilere ilişkin hedefler de yer almaktadır. İngiltere de dahil olmak üzere üye devletler anlaşmada kolektif şekilde üye devletler olarak taraf statüsüne sahiptir.

iv – Paylaşılmış Yetki Alanında Yapılan Karma Anlaşmalar

AB ve üye devletlerin paylaşılmış yetki kullandığı alanlarda yapılan karma anlaşmalarda AB ve üye devletlerin yetkileri birbirinden ayrılmaz bir ilişki içindedir.²⁹ Bu durum AB Adalet Divanı'nın, üye devletlerin bağımsız uluslararası hukuk anlaşması yapma yetkisinin AB'nin paylaşılmış yetki alanında yasama tasarrufu yaptığı andan itibaren sona ereceğini ortaya koyan içtihadında ifadesini bulmaktadır.³⁰

v – Sonuç

Karma bir anlaşmanın bağlayıcılığının devamı anlaşmada öngörülen yetkilere istinaden yapılan değerlendirmeye bağlıdır. Paralel yetkilerin esas olduğu karma anlaşmalar bu anlaşmaların üye devletleri ve AB'yi aynı şekilde muhatap alması nedeni ile tüm kapsamı ile AB'den ayrılan üye devlette uygulanmaya devam eder. Aynı durum paylaşılmış yetkilere göre yapılan karma anlaşmalar için de geçerlidir. Buna karşılık birbirini tamamlayan münhasır yetkilerin beraberliğinden hareket eden anlaşmaların AB'den ayrılan devletler

²⁷ Allan Rosas: *ibid*

²⁸ ABl. 2015, Nr.L 321, anlaşma 1.9.2017'de yürürlüğe girmiştir

²⁹ Philipp Allot: Adherence and Withdrawal from Mixed Agreements, bkzn.: David O'Keeffe/ Henry G. Schermers (ed.), *Mixed Agreements*, 1983, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 118 vd.

³⁰ EuGH, 2/91 anlaşma yapılmasına ilişkin danışma görüşü için bkzn.: Slg.1993, I-1061, Rn.19-34

için bağlayıcılığı sadece kendi münhasır yetkilerine istinat eden bölümleri için söz konusudur. AB'nin münhasır yetkilerine istinat eden hükümlerin bağlayıcılığı AB'den ayrılan üye devlet için sona erer ve anlaşma bilateral olarak AB ve üçüncü taraf arasında geçerli olur. Bu anlaşmaların AB'nin münhasır yetkilerine ilişkin bölümlerinin icra yükümlülüğü üye devletlere değil, AB'ye aittir. Paylaşılmış yetkilere istinaden yapılan karma anlaşmalarda yetkilerin birbirinden ayrılması söz konusu değildir. AB'den ayrılan devletin karma anlaşma ile bağlılığı sona erer; karma anlaşmanın bağlayıcılığı sadece AB için devam eder.

cc – Karma Anlaşmaların Bağlayıcı Etkisinin Otomatik Olarak Kabul Edilmesi

Karma anlaşmaların türleri arasında ayırım yapmaksızın AB'den ayrılma durumunda hepsinin bağlayıcılığının devamının da görüş olarak temsil edildiği görülmektedir.³¹ Bu görüşe göre tüm karma anlaşmaların birbirinden ayırt edilmeksizin aynı şekilde değerlendirilmesi, bu anlaşmaların bütünü itibarıyla tüm taraflar için üye devletler dahil olmak üzere bağlayıcılığının devam etmesini gerektirmektedir. Bunun aksi bir durum ancak anlaşmanın akdi esnasında yapılan bildiri veya başka bir yöntemle kabul edilebilir.

Karma anlaşmaların ayırım yapılmaksızın tüm hükümleri ile bağlayıcılığının devamına ilişkin görüşün Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 2. madde 1. fıkrasına istinat ettiği görülmektedir. Söz konusu hükümde anlaşma tarafı devlet için anlaşmanın yürürlüğü esas alınmaktadır. Bu durum yürürlükteki karma anlaşmalar bakımından İngiltere için söz konusudur. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin *pacta sunt servanda*'yı kodifiye eden 26. maddesi yürürlüğe giren anlaşmaların anlaşma taraflarını bağlamasını ve anlaşma taraflarının anlaşmaları iyi niyetle yerine getirmemükellefiyetini öngörmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 27. maddesi aynı şekilde anlaşma taraflarının anlaşmadan doğan mükellefiyetlerini yerine getirmeme gerekçesi olarak ulusal hukuka istinat edemeyeceğini öngörmektedir. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 46. madde, 1. fıkrası anlaşma tarafı devletlerin anlaşma ile iç hukukta öngörülen yetki normlarının ihlâl edildiği gerekçesine istinaden anlaşmadan doğan yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınamayacağını öngörmektedir. Üye devletler ve AB arasındaki yetki taksimi intern bir konu oluşturmaktadır. Ulusal hukuk ihlallerine istinaden uluslararası anlaşma yükümlülüklerinden kaçınılmasını reddeden Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 26. ve 27. maddeleri bu bağlamda dayanak olarak kabul edilmektedir. Federal bir devletin eyaletlere ait yetkileri ihlâli, uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmemesine nasıl gerekçe

³¹ Guillaume van der Loo/Steven Blockmans: The Impact of Brexit on the EU's International Agreements, CEPS Commentaries; bknz.: www.ceps.eu

oluşturmuyor ise, AB ve üye devletler arasındaki yetki taksimi hükümlerinin ihlâlinin de supranasyonalite prensibi ışığında anlaşmanın sona ermesine yol açmaması gerekmektedir.³² Bu şekilde AB'den çıkma per se (kendiliğinden) İngiltere'nin anlaşmalardan doğan yükümlülüklerinin ortadan kalkmasına yol açmayacaktır. Bu sonuç anlaşmanın diğer tarafı bakımından anlaşmanın hangi bölümlerinin hangi taraflar için bağlayıcı olduğu yahut bağlayıcı olmadığı konusundaki tereddüdün ortadan kaldırılması açısından işlevseldir.

dd – İngiltere'nin veya AB'nin yahut Üçüncü Devletin Anlaşmayı Sona Edirme yahut Anlaşmadan Çekilme Hakkı

Yukarıda açıklanan gerekçeler ışığında karma anlaşmalar Brexit ertesinde de prensip olarak İngiltere için bağlayıcıdır. Şüphesiz anlaşmada öngörüldüğü takdirde anlaşmanın sona ermesi söz konusu olacaktır. Bunun ötesinde anlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin imkânsızlığı veya *clausula rebus sic stantibus* ilkesine istinat edilmesi mümkündür.

i – Anlaşmanın Sona Erme Nedenlerinin Öngörülmesi

Karma anlaşmaların Brexit ertesinde İngiltere'yi prensip olarak bağlaması söz konusu olsa da, kimi karma anlaşmaların anlaşmanın feshi ihbarına ilişkin hükümler içerdiği görülmektedir. Anlaşma taraflarının her zaman Brexit bağlamında da bu hakkı kullanması mümkündür.³³ İngiltere'nin karma anlaşmalardan Brexit ertesinde ayrılması diğer anlaşma taraflarının anayasasına da bağlı kılınabilir (krş.: II. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 54. maddesi). Aynı şekilde bu bağlamda anlaşmaların değiştirilmesi ile ilgili prosedürün uygulanması da düşünülebilir.

ii – Ülkesel Alana İlişkin Atıf

Yukarıda işaret edildiği üzere çoğu anlaşmanın geçerlilik alanına ilişkin düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu geçerlilik alanı AB anlaşmalarının ortaya koyduğu üzere genellikle AB alanı ile sınırlıdır. Geçerlilik alanına ilişkin yapılan bu atıf şüphesiz bir üye devletin AB'den çıkması ile anlaşmanın geçerlilik alanının otomatik olarak değişmesi sonucunu vermemektedir; diğer bir ifade ile AB'den çıkan üye devlet bakımından zorunlu olarak anlaşmanın sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır. Geçerlilik alanı ile ilgili bu düzenlemeler ancak kimi hak ve yükümlülüklerin Brexit ertesinde uygulanmasına imkân vermeyebilir. Böyle bir durumda ülkesine yönelik hak iddialarının ve yükümlülüklerin muhatabı olan üye devletin AB'den çıkmakla uluslararası hukuk anlaşmasının uygulama alanı dışında kalması mümkündür.³⁴

³² Matthias Goldmann: Völkerrechtliche Vereinbarungen und direkte Demokratie, ZaöRV 78(2018), 281,287; Knut Ipsen: Völkerrecht, 7.Aufl. 2018, §18, Rn.21

³³ Ramses A.Wessel: You Can Check Out Any Time You Like, but Can You Really Leave?, International Organisations Law Review 13(2016), issue 2, 197-209

³⁴ Paolo R.Vergano/Tobias Dolle: The Trade Law Consequences of Brexit, European Journal

Bu durum örneğin Topluluk ve İsrail arasında yapılan anlaşmanın (Avrupa-Akdeniz Anlaşması) 8. maddesinde öngörülen ithalat ve ihracat vergileri yasağı için yahut anlaşma taraflarının gazın iletimi gibi konularda bölgesel işbirliğini teşvik için önlemler alma (anlaşmanın 51. madde 2.fıkrası) mükellefiyeti bağlamında ortaya çıkabilir. Anlaşmanın 8. maddesinin lâfzı İngiltere için değil, AB için yükümlülük öngörmektedir. Anlaşma taraflarının bölgesel işbirliği konusunda anlaşmanın 51. maddesinde öngörülen yükümlülük ise buna karşılık üye devletlere getirilmektedir. Anlaşmalarda ülkesellik ilişkisi olmayan, siyasi diyalogla ilgili, geçerlilik alanı belirtilmeyen tüm üye devletlere getirilen yükümlülüklerin de yer alması mümkündür. Böyle bir durumda Brexit ertesinde karma anlaşmadan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilip getirilemeyeceği, öngörülen bir hakkın iddia edilip edilemeyeceği somut normun yorumuna bağlı olacaktır.

iii – İmkânsızlık Durumu

Anlaşmada bir ülkesellik atfı olmadığı takdirde İngiltere'nin AB'den çıkmasının anlaşmadan doğan mükellefiyetlerini yerine getirmesini imkânsız kılıp kılmadığı, diğer bir ifade ile imkânsızlık nedeni ile anlaşmadan çekilme yahut anlaşmayı sona erdirmeye sebebinin doğup doğmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.³⁵ Bu bağlamda AB üyeliğinin ilgili uluslararası hukuk anlaşması bakımından hukuki dayanak oluşturması önem taşımaktadır. AB'den çıkma ile bu dayanak AB'den çıkan devlet bakımından ortadan kalkmaktadır. Brexit sonucu olarak AB üyeliğine bağlı olan veya AB alanında kalmaya bağlı olan yükümlülüklerin yerine getirilmesi imkânsız olmaktadır. İmkânsızlığa istinat edilmesine karşı anlaşmanın icrası bakımından vazgeçilmez olan objelerin kaybolma veya zarar görmesini esas alan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 61. madde lâfzı ileri sürülmektedir. 61. madde hükmü öncelikle objektif imkânsızlığı esas almaktadır. Diğer taraftan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin sistematik yorumu da imkânsızlık durumunun reddini gerektirmektedir. Esasa ilişkin hususların değil de, sadece koşulların değişikliği prensip olarak 62. maddenin uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Yeni bir hukuki durumun ortaya çıkışı buna karşılık ancak sıkı koşullarla kabul edilmektedir. Anlaşmaların hükümsüzlüğünü, dolayısı ile anlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilememesini *ius cogens* normların ihlâline bağlayan Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 64. maddesi bu durumu teyit etmektedir. İmkânsızlık durumu söz konusu olsa dahi, İngiltere'nin bu imkânsızlık durumuna istinat edip edemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 61. madde, 2. fıkrası devletlerin Uluslararası Hukuka aykırı şekilde imkânsızlığa kendisinin yol

of Risk Regulation, Vol. 7, Issue 4(2016), Cambridge University Press, s.795-800

³⁵ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 61.md.)

açtığı durumlarda yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaklarını öngörmektedir. AB'den çıkma AB anlaşmasının 50. maddesi muvacehesinde diğer üye devletlere karşı bir anlaşma ihlali oluşturmamaktadır. Ancak AB'den çıkmanın üçüncü devletlere karşı anlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini zorlaştırması ve imkânsız hale getirmesi durumunda AB'den çıkan devletin, bu sorunların ortaya çıkmasında kendisinin sorumlu olduğunu ve diğer anlaşma taraflarının AB'den çıkmanın sonuçlarına katlanmak zorunda olmadıklarını dikkate alması gerekmektedir.

iv. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi

Brexit'in karma anlaşmalar üzerindeki etkisinin anlaşmanın akdine esas olan koşulların sonradan önemli ölçüde değişikliğe uğraması ilkesi (*rebus sic stantibus*) ışığında da değerlendirildiği görülmektedir.³⁶ Anlaşma taraflarının anlaşma ile bağlı olma iradelerine esas teşkil eden koşulları, ortaya çıkan yeni koşullar önemli ölçüde değiştirdiği takdirde anlaşmanın sona erdirilmesi, anlaşmadan çekilme veya anlaşmayı askıya alma (*clausula rebus sic stantibus ilkesi*) konuları gündeme gelebilir.³⁷

Normun istisnai karakteri icabı olarak Uluslararası Adalet Divanı bu çerçevede yapılan taleplerin kabulünü oldukça kapsamlı koşullara bağlamaktadır. Buna göre değişikliğe uğrayan koşulların anlaşma taraflarının anlaşma ile bağlanma iradelerinin önemli dayanağı olması gerekmektedir. Bunun ötesinde değişikliğin öngörülemez olması ve yerine getirilecek yükümlülükler üzerinde önemli ölçüde etki doğurması, değişiklik getirmesi gerekmektedir.³⁸ Bir üye devletin AB'den ayrılmasının öngörülebilir olup olmadığı her şeyden önce anlaşmanın akdi tarihine bağlıdır. AB'den ayrılma ilk kez 2007'de Lizbon Sözleşmesi ile kabul edilmiştir (Lizbon Sözleşmesi 2009'da yürürlüğe girmiştir). Teorik olarak AB'den çıkma daha önce de tartışma konusu olsa da, uygulamada bu konu 2009 ertesine kadar zikredilmeye değer şekilde tartışılmamıştır. Bunun sonucu olarak 2000'li yılların sonuna kadar AB'den ayrılma öngörülebilir bir konu olarak mütalâa edilmemiştir. Lizbon Sözleşmesinin yapılması ve yürürlüğe girmesi ertesinde de uzun yıllar AB anlaşmasının 50. maddesinin uygulanması gündeme gelmemiştir. 2013 yılında o tarihte başbakan olan David Cameron'un referandumu gündeme getirmesine kadar İngiltere'nin AB'den çıkma düşüncesi sadece soyut bir nitelik taşımaktaydı. AB'den çıkma hakkının Lizbon Sözleşmesi'nde kabul edilmiş olması da AB'den çıkmayı uygulamada olanaklı ve öngörülebilir kılmamaktaydı. Bu olasılık öngörülmüş olsaydı Uluslararası Hukuk anlaşması

³⁶ Wolff Heintschel von Heinegg, *Treaties, Fundamental Change of Circumstances*, bkzn.: MPEP II, 2006

³⁷ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, md.62, fık.1

³⁸ Uluslararası Adalet Divanı kararı için bkzn.: ICJ Report, Fs.1997, 7, Rn.102 vd.

olarak Lizbon Sözleşmesi'nin AB'den potansiyel bir çıkışın sonuçlarını düzenlemesi gerekirdi.

İngiltere'nin AB üyeliği birçok karma anlaşmanın yapılmasında önemli bir dayanak olmuştur. İngiltere'nin iç pazarın parçası olarak yükümlülüklerini yerine getireceği varsayılmıştır.³⁹ Bunun dışında üçüncü devletler bakımından İngiltere'nin AB üyeliği anlaşmanın akdinde önemli bir motivasyon nedeni oluşturmuş olabilir. İngiltere'nin AB'den ayrılması sonrası üçüncü devletlerin bu esastan hareketle anlaşmanın akdi koşullarında önemli değişikliğe istinat etmesi mümkündür. İngiltere'nin de keza söz konusu anlaşmanın amacı ve hedefi ışığında AB'ye üyeliğinin anlaşma ile bağlanma iradesinde dayanak oluşturduğunu ileri sürmesi mümkündür. Anlaşma tarafları bu nedenle anlaşmanın akdi koşullarında esaslı değişiklik olduğunu, karma bir anlaşmanın paylaşılmış yetkiye istinaden değil, siyasi yahut sembolik nedenlerle veya kimi yükümlülükler riayeti temin için AB ve üye devletler tarafından birlikte yapılmış olduğunu iddia edebilir.

Bir tarafta Afrika devletler grubu üyeleri, Karayip bölgesi ve Pasifik okyanusu devletleri, diğer tarafta Avrupa Topluluğu ve üyeleri arasında yapılan ortaklık anlaşmasını Avrupa Topluluğu ve üye devletler imzalamıştır.⁴⁰ Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi arasında cereyan eden davada AB Adalet Divanı anlaşmanın karma bir anlaşma olarak Afrika-Karayip-Pasifik devletleri – AET + üye devletler arasında bilateral karakterli bir ilişki kurduğunu saptamıştır.⁴¹ AB ve Kanada arasında yapılan şimdiye kadar kimi bölümleri itibariye yürürlüğe giren ekonomi ve ticaret anlaşması (CETA) AB'nin münhasır yetkilerine istinat etmekle beraber ticari işlerden sorumlu AB Komisyon Üyesi Cecilia Malmström'ün ifade ettiği gibi CETA anlaşması siyasi nedenlerle karma anlaşma olarak tüm üye devletler tarafından imzalanmıştır.⁴² Bu açıklamalar Brexit'in yeni bir devletin AB'ye katılmasına nazaran çoğu karma anlaşmalar bakımından akdin yapılması esnasındaki koşullarda daha önemli değişikliklere yol açacağını göstermektedir.

v – Diğer Anlaşmalar

Anlaşma taraflarının anlaşmanın akdine ilişkin iradelerinin oluşmasında İngiltere'nin AB üyeliğinin önemli bir rol oynamadığı durumlarda Brexit'in akdin yapılmasına ilişkin koşullarda önemli değişikliğe yol açtığı kabul edilmemekte, bunun sonucu olarak da karma anlaşmanın zorunlu olarak sona ermesi söz konusu edilmemektedir. Koşullarda esaslı değişikliğin olduğu kabul edilen anlaşmalar için de anlaşmanın sona ermesi, anlaşmadan çekilme ve

³⁹ Markus W.Gehring: Brexit and EU-UK Trade Relations with Third States, EU Law Analysis, 6.3.2016

⁴⁰ ABl. 2000, Nr.L, 195

⁴¹ EuGH, 2.3.1994, Rs. C-316/91, Parlamento – Konsey, Slg.1994, s.625

⁴² bkzn.: <http://europa.eu>, 29.11.2020

anlaşmanın askıya alınması AB'den ayrılmanın otomatik bir sonucu değildir. Prensip olarak öncelikle bu iradeyi ortaya koyan anlaşmayı sona erdirmeye prosedürünün başlatılması gerekmektedir.

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 65. ve 67. maddeleri anlaşmaların sona erdirilmesi ve askıya alınması için detaylı prosedür hükümleri öngörmektedir. Bu kuralların uluslararası teamül hukukunda yer alıp almadığı açık değildir. AB Adalet Divanı bu düzenlemelerin dayanağının uluslararası teamül hukuku olduğunu reddetmiş ve Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin anlaşmaların sona erdirilmesine ilişkin hükümlerinin iki yahut daha ziyade devlet arasında yapılan anlaşmalara uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda 65. ve 67. maddelerde zikredilen tüm hususların gereğinin yerine getirilmesinin gerekmediğini ifade etmiştir.⁴³ Uluslararası Adalet Divanı ise buna karşılık prosedür hükümlerinin prensip olarak uluslararası teamül hukukunu yansıttığını, bunların iyi niyete istinat eden prosedür prensipleri olduğunu ifade etmiştir.⁴⁴

İngiltere anlaşmanın sona erdirilmesine ilişkin iradesini bildirdiği takdirde üçüncü devletle ilişkinin kesilmesi veya anlaşmadan çekilme gündeme gelecektir. Şayet üçüncü devlet çekilme hakkını kullanırsa, bu irade İngiltere ve aynı zamanda AB için geçerli olacaktır. Bunun dışında İngiltere'nin kendisi, AB yahut anlaşma tarafı üçüncü devlet İngiltere'nin AB'den çıkmasını vesile kabul edip, yeni bir anlaşma ile mevcut anlaşmanın kimi koşullarının benzerinin düzenlenmesini yahut mevcut anlaşmanın geçerlilik süresinin müzakere edilmesini talep edebilir. Bu tür bir müzakerenin başarısız olması halinde anlaşmanın, anlaşmanın akdi esnasındaki mevcut koşulların esaslı değişikliğe uğraması gerekçesine istinaden sona erdirilmesi riske girebilir. İngiltere'nin AB alanına açıkça atıf bulunan anlaşmalarda taraf statüsünü koruyabilmesi, anlaşma taraflarının anlaşmayı bir protokol ile değiştirmesine bağlıdır.⁴⁵

Anlaşmaların geçerliliğinin devamına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Uluslararası Adalet Divanı, Divanın yetkisinin kabul edildiği ve müzakereler yoluyla bir çözüm bulunamadığı durumlarda yetki kullanabilir. Sonuç olarak bir karma anlaşmanın tarafları Brexit'in anlaşmanın akdine esas olan koşullarda esaslı bir değişikliğe yol açması halinde anlaşmayı sona erdirmeye, anlaşmadan çekilme yahut anlaşmayı askıya alma hakkını kullanabilir. Bu durum büyük ihtimalle İngiltere'nin münhasıran AB üyeliği ile bağlantılı olarak yaptığı anlaşmalar için söz konusu olabilir.

⁴³ EuGH, 16.6.1998, Rs. C-162/96, A.Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz, Slg.1998, I-3655, Rn.59

⁴⁴ ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 25.9.1997, ICJ Reports 1997, p.7, Rn.109

⁴⁵ Ramses A.Wessel, Consequences of Brexit for InternationalAgreements Concluded by the EU and its Member States, CMLRev. 55(2018), 122

ee – Geçici Olarak Uygulanan Karma Anlaşmalar

Karma bir anlaşmanın kimi hükümleri belli koşullarla anlaşma daha yürürlüğe girmeden onay öncesi uygulanabilir.⁴⁶ Bu durum genellikle Konsey'in almış olduğu bir kararla, AB'ye "geçici uygulama" imkânı veren anlaşmayı imzalama yetkisi vermesi ile mümkün olmaktadır. AB uygulamasında karma ticari anlaşmaların üye devletlerin tümünün onayı gerçekleşmeden geçici olarak uygulanmaya başladığı görülmektedir. Şimdiye dek geçici olarak uygulanan karma anlaşmalar, AB üyesi olması nedeni ile anlaşmayı henüz onaylamamış olsa da İngiltere bakımından da yürürlüğe girmiştir. Bu şekilde İngiltere anlaşmadan doğan yararları AB üyesi olmasına istinaden (anlaşma tarafı olmasına istinaden değil) anlaşmayı henüz onaylamadan elde etmiştir. Büyük bir ihtimalle İngiltere'nin Brexit'e kadar imzalamadığı ve onaylamadığı geçici uygulanan anlaşmalar Brexit ertesinde İngiltere'de uygulanmayacaktır. Anlaşmayı imzalamaması ve onaylamaması nedeniyle İngiltere anlaşma tarafı olarak kabul edilmeyecektir. Anlaşmanın geçici uygulanmasına ilişkin olarak AB adına alınan Konsey kararı açık şekilde karma anlaşmanın AB'nin yetki alanına giren bölümlerine ilişkindir.⁴⁷ Anlaşmadan doğan hak ve yükümlülüklerin AB üyeliğine istinat etmesi nedeniyle geçici uygulanan anlaşma Brexit ertesi İngiltere'nin hak ve yükümlülükleri üzerinde herhangi bir hukuki etkiye sahip olmayacaktır. Bu şekilde şu anda geçici uygulanan çok sayıda karma anlaşma Brexit ertesinde İngiltere için hükümsüz olacaktır. Bu durum kimi Doğu ve Orta Afrika devletleri ve Kolombiya, Peru ile yapılan ticari anlaşmalar bakımından söz konusu olacaktır.⁴⁸ Buna karşılık AB'den çıkmadan önce onaylanan anlaşmalar AB'den çıkan devlet için uluslararası hukuk muvacehesinde bağlayıcıdır. Bu anlaşmalar İngiltere tarafından farklı bir irade ortaya konuluncaya kadar uygulanmaya devam edecektir. Bu sonuç Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 25. madde, 2. fıkrasında anlaşmaların geçici uygulanması ile ilgili uluslararası hukuk kuralından doğmaktadır. Anlaşmaların geçici uygulanmasına ilişkin 25. madde, 2. fıkrasına göre geçici uygulanan anlaşmanın yahut anlaşmanın belli bölümlerinin geçici uygulanması, anlaşmanın taraflarından birinin diğerlerine geçici uygulamaya son verme iradesinin bildirmesi ile, diğer bir ifade ile anlaşma tarafı olmak istemediğini bildirmesi ile son bulur.

3. Strüktürel Çok Taraflı Anlaşmalar

Kimi kapsamlı anlaşmaları sadece AB değil, İngiltere de bağımsız bir anlaşma tarafı olarak imzalamıştır. Bu anlaşmalar belli objektif kriterleri yerine

⁴⁶ AB Konseyi'nin uluslararası anlaşmalardaki rolü için bkz.: <<http://www.consilium.europa.eu>>, 29.11.2020

⁴⁷ BVerf., 13.10.2016 tarihli kararı, bkz.: 2BvR 1368/16; BVerfGE 143, 65 vd.

⁴⁸ Markus W.Gehring, EU Law Analysis, 6.3.2016

getiren tüm devletlere açıktır. Bu kriterler İngiltere'nin AB üyeliğini koşul olarak öngörmemektedir. Genel uluslararası hukuka göre bu tür anlaşmalar Brexit ertesinde de İngiltere'ye uygulanabilir. Bu durum her şeyden önce anlaşmanın akdi esnasındaki mevcut koşullarda sonradan esaslı değişikliğin ileri sürülemediği anlaşmalar için söz konusudur. Bu tür bir anlaşmanın taraflarının AB üyesi olmayan bir devletin AB anlaşmasına katılmasını varsayması olağandır. AB üyesi olmayan devletlerin AB'ye katılması öngörülmeven veya anlaşmanın akdine esas olan koşullarda önemli bir değişiklik olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde AB üyesi bir devletin AB'den çıkması da bu tür anlaşmalar için olağan bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu tartışmalarda AB perspektifinden karma anlaşmalar dar yorumlanmakta ve düzenleyici hükümlerin paylaşılmış yetkilere istinat ettiği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda anlaşmanın diğer taraflarına Brexit ertesi bildirim yapılması ve protokol ile yeni duruma uyum sağlanması gerekli görülmektedir. AB ve üye devletler tarafından akdedilen Enerji Şartı Anlaşması bakımından kimi yazarlar İngiltere'nin AB'den bağımsız olarak anlaşma tarafı olması nedeniyle anlaşmaya taraf statüsünün devam edeceğini kabul etmektedir.⁴⁹

Bu anlaşma kategorisi bakımından İngiltere'nin anlaşmalarda taraf statüsünü koruması bununla beraber tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Brexit ile ortaya çıkacak ekonomik ve diğer değişikliklerin İngiltere'nin anlaşmalardan doğan spesifik yükümlülüklerini yerine getirmesine izin vermeme ihtimali yüksektir. Kurumsal (strüktürel) multilateral (çok taraflı) anlaşmalardan doğan mükellefiyetler aşağıda Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve İklim Değişikliğini Önleme anlaşması örneğinde ele alınmaktadır.

a – Marakeş Anlaşması

Dünya Ticaret Örgütü Marakeş Anlaşması ile kurulmuştur.⁵⁰ AB, bir uluslararası örgüt olan Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu üyelerindendir. AB Adalet Divanı'nın danışma görüşü muvacehesinde AB üyesi devletler de kurucu anlaşmaya katılmıştır. AB Adalet Divanı Dünya Ticaret Örgütü Nihai Anlaşmasının ve onu takip eden anlaşmaların AB Hukuku açısından hem AB'nin, hem de üye devletlerin birlikte yetki kullanabileceği karma bir anlaşma olduğundan hareket etmiştir.⁵¹

Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasının XI: 1. maddesine göre İngiltere Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu üyesidir ve bu üyeliği Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasının XV. maddesine göre anlaşmadan çekildiğini bildirmesine kadar devam edecektir. İngiltere'nin Dünya Ticaret Örgütü üyeliği tereddüt konusu

⁴⁹ Andreas Gunst: , Brexit: What Should Energy Companies Do Know?, DLA Piper, 24.6.2016; bknz.: <www.dlapiper.com>, 29.11.2020

⁵⁰ United Nations Treaty Series, Bd.1867, Nr.I-31874

⁵¹ EuGH, Gutachten 1/94, Slg.1994 (WTO), I-5267

olmasa da İngiltere'nin Dünya Ticaret Örgütü üyeliğinden doğan yükümlülükleri muvacehesinde şimdiye dek AB ile paylaşılan yükümlülüklerinin yeniden müzakere edilmesi gerekmektedir. İngiltere'nin Gümrük Birliğini terk etmesi ile beraber, İngiltere prensip olarak AB gümrük vergisine tâbi olacaktır. Bununla bağlantılı olarak Gümrük ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) muvacehesinde AB için geçerli olan gümrük tarifesi ve AB'nin hizmet edimi ticaretine ilişkin genel anlaşma listesinin (GATS) bundan böyle İngiltere'ye uygulanması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla İngiltere Dünya Ticaret Örgütü'ne üyelik koşullarını müzakere etmek zorundadır.⁵² Bu beklentiler İngiltere'nin Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerinin AB üyeliği koşuluna bağlı olduğu varsayımına istinat etmektedir. Şüphesiz AB'den çıkış otomatik olarak İngiltere'nin kurucu üye olarak Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerini etkilemeyecektir. Aynı şekilde Dünya Ticaret Örgütü anlaşmasının *erga omnes partes* uygulanabilir kuralları da İngiltere bakımından geçerli olmaya devam edecektir (bu çerçevede Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması, 1994 tarihli Gümrük ve Ticaret Genel Anlaşması (II. madde hariç), TRIPS Anlaşması ve Uyuşmazlıkları Çözme Prosedürüne İlişkin Anlaşma söz konusudur). Karmaşık olan durum İngiltere'nin AB kaynaklı hak ve yükümlülüklerinin, iç pazara erişim hakları ve yükümlülükleri bağlamında ortaya çıkacak olmasıdır (örneğin İngiltere'nin gümrük kontenjanları yahut sübvansiyon taahhütleri bağlamındaki payı). Hukuki bakış açısından İngiltere'nin bu çerçevede durumunun değişmeyeceği ileri sürülebilir.⁵³ Ancak şüphesiz İngiltere'nin Dünya Ticaret Örgütü içindeki hukuki durumunu belirleyen zorlukların çıkması olasıdır. Bu problemlere açıklık sağlanması İngiltere'nin hak ve yükümlülüklerinin müzakerelerle belirlenmesine bağlıdır.

Bu amaçla İngiltere ticari ortaklarına 24.07.2018'de, 1980 tarihli prosedürde öngörülen koşullara uyum sağlanması için bir öneri yapmıştır.⁵⁴ Bu metin kontenjan ve taahhütleri AB ve İngiltere arasında taksim etmiştir. Buna karşı olarak ancak ABD, Çin, Brezilya ve Meksika'nın da aralarında bulunduğu 20'nin üzerinde devlet çekince koymuştur.⁵⁵ Bu durum İngiltere üzerinde liberalleşme baskısını oldukça arttırmakta ve kapsamlı, uzun soluklu müzakere sinyali vermektedir. AB yükümlülüklerinin açık olmaması bu durumu

⁵² Katrin Fernekess/Solveiga Palevicienė/Manu Thadilkaran, The Future of the United Kingdom in Europa – Exit Scenarios and Their Papers, 2013, The Graduate Institute, Centre for Trade and Economic Integration, Genève 54 vd

⁵³ Lorand Bartels: The UK's Status in the WTO after Brexit, bknz.: Robert Schütze/Stephen Tierney (Hrsg.), The United Kingdom: "Federalism" Within and Without", anlaşma tasarısı için bknz.: <http://ssrn.com>, 29.11.2020

⁵⁴ 24.07.2018 tarihli "United Kingdom Submits Draft Schedule to the WTO Outlining Post-Brexit Goods Commitments" için bknz.: <<http://www.wto.org>>, 29.11.2020

⁵⁵ Jim Brunsten: Trade Partners Attack EU Plan for Post-Brexit Import Quotas. Financial Times 12.11.2018, bknz.: <https://www.ft.com>, 29.11.2020

zorlaştırmaktadır. Gümrük, kontenjan ve tarım sübvansiyonlarına ilişkin taahhütler 2004 tarihlidir. Söz konusu tarihten itibaren yeni koşullara uyan şekli düzenlemeler hariç çok şey değişmiştir. Yeni anlaşmanın İngiltere'nin imtiyazlı muamele görmesini sınırlayarak, değişen durumu dikkate alması ve Dünya Ticaret Örgütü'nün gerekliliklerini karşılaması gerekmektedir.⁵⁶

b – İklim Değişikliğini Önleme Anlaşması

Kyoto-protokolü 11.12.1997'de yürürlüğe girmiş ve 16.02.2005 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.⁵⁷ Kyoto protokolü iklim değişikliği ile etkin mücadele için mümkün olduğu kadar çok üye kazanmak istemektedir. Şu an için 192 üye sayısına erişilmiştir. Gerek AB, gerekse üye devletler protokolü 29.04.1998'de imzalamıştır. AB kendi emisyon ticaret sistemini yürürlüğe koymuş olsa da tüm AB üyesi devletler protokole taraftır. Protokolün amacının Brexit ertesinde AB emisyon ticareti sistemi dışında kalan İngiltere'nin protokoldeki taraf statüsünü koruması yönünde olduğu kabul edilmektedir.

Aynı şekilde Paris anlaşmasını da İngiltere AB yanı sıra, AB üyesi olarak kendi adına imzalamış ve onaylamıştır.⁵⁸ Paris Anlaşması'na ilişkin yükümlülüklerin genel bir paket olarak kabul edilmesinden ve paketin 27 devlet için müzakere edilse idi farklı şekillenebileceğinden hareketle, bu bağlamda da *clausula rebus sic stantibus* ilkesine istinat edilmesi söz konusu olabilir. AB içinde de aynı şekilde yükümlülüklerin intern müzakerelerin bir sonucu olarak kabul edilmesi nedeniyle bir takım tartışmaların doğması muhtemeldir. Intern olarak AB içinde kabul edilen hususlar üye devletlerin yaklaşımlarını ve oy ağırlıklarını yansıtmaktadır. İngiltere'nin AB'den ayrılması kaçınılmaz olarak AB'nin intern ilişkilerinde siyasi dengelerin değişimine yol açacaktır.⁵⁹

Bir kısım yazarlar bu konunun AB ve İngiltere arasında intern bir konu olduğunu, uluslararası hukuk anlaşmalarını ilgilendirmedığını ileri sürmektedir.⁶⁰ İngiliz ekonomi bakanlığı da iklim değişikliğine ilişkin yönergesinde “No-Deal-Szenario” görüşünü temsil etmiştir. Bu tablo İngiltere'nin kendi hukukuna istinaden anlaşma tarafı olduğunu ve anlaşmanın buna göre İngiltere için Brexit ertesinde AB üyeliğinden bağımsız olarak geçerli olmaya devam edeceğini ortaya koymaktadır.⁶¹ Diğer anlaşma

⁵⁶ Maïke Schäfer: Die Rechtsstellung des Vereinigten Königreichs in der WTO nach dem Brexit, bkz.: Christian Tietje/ Gerhard Kraft/Christian Kumpan (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 147, Nov.2017, 10 vd.

⁵⁷ United Nations Treaty Series, Bd.2303, 162

⁵⁸ UN Depositary Notifications CN 869 ve CN 335

⁵⁹ Diarmuid Torney: What Will Brexit Mean for Climate Change?, bkz.: <http://www.rte.ie>, 29.11.2020

⁶⁰ Brexit: Application of International Agreements to the UK, Thomson Reuters Practical Law, 2018, 12 vd.

⁶¹ Department of Business, Energy and Industrial Strategy, Guidance. Meeting Climate Change

taraflarının yeniden müzakere talebi yapıp yapmayacağı ileride görülecektir. Federal Almanya'nın görüşüne göre İngiltere'nin Paris anlaşmasından doğan uluslararası hukuk yükümlülükleri Brexit'ten etkilenmeyecektir. Federal Alman hükümeti,⁶² AB ve İngiltere arasında halâ müzakerelerin devam ettiğine ve İngiltere hükümetinin İşbirliği Anlaşmasının akdine ilişkin bir yeşil ışık yaktığına gönderme yapmıştır.⁶³ Bu çerçevede şüphesiz GATT bünyesinde söz konusu olan gümrük kontenjanlarından farklı bir durum söz konusudur. Gümrük kontenjanlarından farklı olarak Paris anlaşmasının tarafları arasında değiş-tokuş ilişkisi olarak görülmeyen NDCs seviyesi için ortak çabalar söz konusudur. Bu nedenle kimi devletlerin müzakerelerde özel bir ağırlığı yoktur. Paris Anlaşması bağlamında bu nedenle İngiltere öngörülen amaçlara ilişkin iradesini devam ettirdiği takdirde kimi devletlerin itirazları Dünya Ticaret Örgütü'nde yapılan itirazlara nazaran daha az etkili olacaktır.

II. BREXİT'İN AB VE DİĞER ÜYE DEVLETLER ÜZERİNDE DOĞURACAĞI ETKİLER

Kimi durumlarda İngiltere'nin AB'den çıkması AB'nin yahut AB üyesi diğer devletlerin uluslararası hukuk anlaşmalarından doğan hak ve yükümlülüklerini etkileyecektir. AB anlaşmalarına ilişkin olarak AB üçüncü devletlere anlaşmaların geçerlilik alanının daraldığını bildirecektir. Bu bildirim üçüncü devletlere AB'ye yeni bir üye katılması durumunda yapılan bildirim ile aynı fonksiyona sahiptir;⁶⁴ kimi yazarlara göre bu bildirim hatta zorunludur.⁶⁵ Üçüncü devlet bakımından Brexit'e ilişkin bildirim uluslararası hukuk anlaşmasının uygulanma alanının kendisi bakımından 64 milyonluk bir nüfus olarak daralması nedeniyle *clausula rebus sic stantibus* ilkesine istinat edebilme imkânı nedeniyle önem taşımaktadır. Bu bağlamda şüphesiz anlaşmaların geçerlilik alanının dinamik olarak değişebileceğinin üçüncü devletler tarafından varsayılması gerekli bir durumdur. AB tarafından da anlaşmaların askıya alınması ve sona erdirilme hakkının kullanılması yahut Brexit'in anlaşma koşullarında önemli değişikliğe yol açması halinde *clausula rebus sic stantibus*'a istinat edilmesi mümkündür. Kural olarak AB bu hakkı sadece tüm üye devletleri kapsayacak şekilde kullanabilir; örneğin AB ve Commonwealth üyesi Dominika arasında yapılan anlaşmanın 8. madde, 7. fıkrası kısa süreli ikâmetler için vize muafiyeti getirmektedir.⁶⁶

Requirements if there's no Brexit Deal, bknz.: <<http://www.gov.uk>>, 29.11.2020

⁶² BT-Drs. 19/5007, 9). AB'nin ulusal katkı paylarının tespitine ilişkin Effort-Sharing-Decision çerçevesinde (Nationally Determined Contributions-NDCs)

⁶³ BT-Drs.19/5007, 10

⁶⁴ Hırvatistan'ın AB'ye katılımı için bknz.: ABl. 24.04.2012, Nr. L 112, 10 vd.

⁶⁵ Guillaume van der Loo/Steven Blockmans: The Impact of Brexit on the EU's International Agreements, CEPS Commentaries, bknz.: www.ceps.eu, 29.11.2020

⁶⁶ bknz.: ABl. 2015, Nr. L 173, 21 vd.; Birlik bu anlaşmayı askıya alabilir veya fesh edebilir

İhtimal dışı olmakla birlikte karma anlaşmalardan doğan mükellefiyetlerin yerine getirilmesinin AB için veya üye devletler için imkânsız hale gelmesi tasavvur edilebilir; örneğin coğrafi konum nedeniyle anlaşmadan doğan mükellefiyetin sadece İngiltere tarafından yerine getirilebilmesi mümkün olması yahut AB'nin İngiltere'nin iç pazar ve gümrük birliğinde kalması koşuluna bağlı olarak anlaşmayı akdetmesi gibi. Böyle bir durumda AB söz konusu sözleşmeyi *clausula rebus sic stantibus* ilkesine istinaden sona erdirmeye, anlaşmadan çekilme yahut anlaşmayı askıya alma konusunu gündeme getirebilir. Kurumsal nitelikli çok taraflı anlaşmalar anlaşmada uyum yahut değişikliğin gerekli olup olmadığı konusunda bir değerlendirmeye tâbi olmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması için AB'nin de Brexit nedeniyle GATT ve GATS için öngörülen listeleri yeniden müzakere etmesi gerekmektedir.

III. BREXİT ANLAŞMASININ GEÇİŞ KURALLARINDA DÜZENLENDİĞİ ÖLÇÜDE ANLAŞMALARIN İNGİLTERE'DE GEÇİCİ OLARAK GEÇERLİ KALMASI

İngiltere ve AB arasında yapılan Brexit anlaşmasında geçiş döneminde İngiltere'de sadece Birlik Hukukunun yahut Birlik Hukukunun belli bölümlerinin değil, taraf olunan uluslararası hukuk anlaşmalarının da geçerliliğinin devamı öngörülmektedir. Şüphesiz bu düzenlemeler uluslararası hukukun öngördüğü sınırlamalara tâbidir.

1. Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçerliliğine İlişkin Olarak Brexit Anlaşmasında Yapılan Düzenlemeler

Mart 2018'de AB Komisyonu Brexit Anlaşması tasarısına ilişkin yaklaşımını açıklamıştır. İngiltere ile AB Anlaşmasının 50. maddesinde öngörülen müzakerelerin hazırlığı ve yürütülmesi bağlamında AB Komisyonu "Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community" başlıklı bir metin hazırlamıştır.⁶⁷ Nihai metne dönüşen tasarıda İngiltere'nin geçiş döneminde AB'nin münhasır yetkileri alanında yaptığı anlaşmalardan veya karma anlaşmalardan doğan mükellefiyetlerle bağlı kalacağı kabul edilmiştir.⁶⁸ Bununla beraber İngiltere'nin temsilcisi bu anlaşmalarla oluşturulan kurulların (Gremium) toplantılarına, İngiltere bu kurullara kendi hukukuna istinaden üye olduğu yahut AB tarafından davet edildiği takdirde katılabilecektir. AB ve İngiltere arasında yapılan geçiş anlaşması düzenlemelerinin Uluslararası Hukuk açısından üçüncü devletleri etkilemesi muhtemeldir. Brexit Anlaşmasının 129. madde 1. fıkrasında uluslararası anlaşma yükümlülüklerinin bağlayıcılığının devamı ile ilgili

⁶⁷ 19.03.2018 tarihli "Positionspapier" metni için bkz.: <http://ec.europa.eu>, 29.11.2020

⁶⁸ 14.11.2018 tarihli Brexit Anlaşması tasarısının 129.md., 1.fıkrası

olarak yapılan sınırlama bu nedenle prensip olarak uygun görülmektedir. AB'nin ve İngiltere'nin bir Uluslararası Hukuk anlaşmasından doğan hakların geçici geçerliliğine ilişkin bir düzenlemeyi üçüncü devletin katılımı olmaksızın kabul etmesi mümkün değildir. Üçüncü devlet *pacta tertiis* kuralına göre taraf olmadığı bir anlaşma ile bağlı değildir.⁶⁹ İngiltere'nin Brexit ertesinde prensip olarak karma anlaşmanın tarafı olarak kaldığı görüşü esas alındığı takdirde Brexit Anlaşmasının 129. madde 1. fıkrası öncelikle beyanî etki göstermek durumundadır. Bu yaklaşım AB'nin yalnız olarak yaptığı anlaşmalar bakımından ise inşai etki gösterecektir.

İngiltere'nin anlaşmadan doğan haklarının devam ettiğine ilişkin üçüncü devlete sadece bir bildirim yapılmasının yeterli olacağı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Ancak AB'ye yeni bir üyenin katılmasından farklı olarak bu olanak anlaşmanın geçerlilik alanının değişmesi nedeniyle sınırlı olarak kullanılabilir. Bu nedenle üçüncü devletle protokol hakkında, mektup teatisi yahut anlaşma ile oluşturulan ortak bir kurulda uzlaşmaya varılması gerekmektedir. Üçüncü devletle anlaşma tarafı olarak bir anlaşma yapılması düşünülebileceği gibi, tüm tarafların koşulların bilinci içinde davranarak Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. madde 3. fıkrası muvacehesinde anlaşmanın yorumlanarak uygulanmasına devam edilmesi mümkündür.

2. İngiltere'nin Geçiş Döneminde Uluslararası Hukuk Anlaşmalarını Müzakere Yetkisi

İngiltere Brexit Anlaşmasının 129. madde 4. fıkrasına göre geçiş döneminde AB'nin münhasır yetki alanına giren konularda Uluslararası Hukuk anlaşmalarını müzakere edebilir, bu anlaşmaları imzalayabilir ve onaylayabilir. Ancak bu anlaşmaların AB'nin bu konuda onay vermesi istisnası dışında İngiltere'de Brexit öncesi yürürlüğe girmemesi gerekmektedir.⁷⁰ Öngörülen bu düzenleme Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesinde öngörülen *Irrelevanz* teori (ulusal hukukun uluslararası taahhütlerde mazeret oluşturmaması) muvacehesinde AB Hukuku ve Uluslararası Hukuk anlaşmaları arasında uyumsuzluk ihtimalini ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. AB belli alanlarda Uluslararası Hukuk anlaşmalarının akdinde münhasır yetki kullanmaktadır. Yetkiler arasında bir çatışma doğmaması için Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesi esas alınarak Brexit anlaşmasında İngiltere'ye AB'nin münhasır yetkilerine ters düşen anlaşma yapmama mükellefiyeti getiren hüküm öngörülmüştür. Brexit öncesi bu anlaşmaları yürürlüğe sokmama mükellefiyeti getiren yasak, uluslararası

⁶⁹ Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi II, md.34

⁷⁰ İngiltere için böyle bir yetkilendirme ancak Konsey tarafından yapılabilir (29.01.2018 tarihli doküman için bkzn.. Council of the European Union XT 21012/18, Outcome of Proceedings, item.3)

teamül kuralı olan sadakat ve iyi niyet ilkesi ışığında İngiltere'nin sadakat içinde işbirliği mükellefiyetini yerine getirmesini temin edecektir. İngiltere Dünya Ticaret Örgütü'nde veya Avrupa Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütünde olduğu gibi bağımsız üye olduğu veya benzer bir statüye sahip olduğu takdirde uluslararası örgütlerde sadakat içinde işbirliği prensibinin gereği olarak Birlik çıkarları ile uyuşmayan tutum almaktan kaçınmakla mükelleftir.⁷¹ Prensibin doğal olarak tek taraflı uygulanması söz konusu değildir. Bu prensibin AB için de geçerli olması ve AB'nin belli kapsamda aynı şekilde İngiltere'nin çıkarlarını dikkate alması gerekmektedir.

Anlaşmaların geçerliliğinin devamına ilişkin mutabakatın dinamik yorumlanarak anlaşma değişikliklerinin de bu bağlamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun somut durum esas alınarak yapılması uygundur. Bu bağlamda dikkat çekici olan husus anlaşmanın belli alanlar için İngiltere'yi anlaşmalara riayet ve onları iç hukuka transforme etmekle mükellef kılmasıdır. Brexit Anlaşmasının 2. maddesinde yer alan “Non-Regression” kuralı Annex 2, 4. fıkrasında açıkça Paris Anlaşmasına atıf yapmaktadır. Brexit Anlaşmasının 5. maddesi Uluslararası Hukukta çalışma ve sosyal standartla ilgili Annex 4, Brexit Anlaşmasının Atom Hukuku Anlaşmasına ilişkin 82. maddesi bu çerçevedeki örneklerdir. Birlik Hukukunun geçiş döneminde geçerliliğini korumasına ilişkin düzenlemenin (*acquis communautaire*) dinamik anlaşılması gerekmektedir. Bu anlaşmalara AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 216. maddesine göre Birlik tarafından yapılan Uluslararası Hukuk anlaşmaları da dahildir. Uluslararası Hukuk anlaşmalarına ilişkin düzenleme ancak özel bir düzenleme olarak dinamik yorum prensibini devre dışı bırakmaktadır. AB'nin münhasır yetkisine giren anlaşmaların üçüncü devletle yapılan müzakerelerde geçerlilik kapsamının ortaya konulması bu nedenle önem taşımaktadır. Örneğin anlaşmanın geçerlilik alanına ilişkin bir yorum İngiltere'nin anlaşma değişiklikleri ile de bağlı olması gibi bir sonuç doğurabilir. Karma anlaşmaların değişikliği için buna karşılık her anlaşma tarafının, diğer bir ifade ile İngiltere dahil her üye devletin onay vermesi gerekmektedir. Geçiş döneminde AB'nin münhasır yetki alanında yeni akdedilen anlaşmalarla İngiltere'nin bağlı olup olmayacağı konusu açık değildir. “Department for Exiting the European Union”un yaklaşımını ortaya koyan belge Uluslararası Hukuk anlaşmalarının geçerliliğinin devam edeceğini öngörmektedir. Bu durum İngiltere'nin mevcut anlaşmalardan hareket ettiğine, münhasır yetki alanlarında yapılan yeni anlaşmalardan hareket etmediğine işaret etmektedir.

IV. SONUÇ

Brexit'in AB'nin uluslararası taahhütlerine etkisi Uluslararası Hukuk ışığında açıklanmaktadır. Bu etkilerin karma anlaşmalarda her bir somut durum için ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumu teyiden İngiltere Uluslararası Ticaret Bakanlığı (United Kingdom Department for International Trade) her bir anlaşmanın ayrı incelenmesini gerekli addetmiştir.

Bu bağlamda sadece Brexit'in anlaşma koşullarında esaslı bir değişikliğe (*rebus sic stantibus*) yol açıp açmadığı değerlendirmesi yapılmayıp anlaşma koşullarında ortaya çıkan değişikliklerin anlaşma taraflarına, aynı zamanda İngiltere'ye anlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma olanağı verip vermediği ele alınmaktadır. Brexit ertesinde anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilememesi her bir anlaşmanın spesifik gerekliliklerinin incelenmesini gerektirmektedir. Örneğin kimi serbest ticaret anlaşmaları belli mallara ve üreticilere tercihli muamele öngörmektedir. Bu durum kural olarak malların spesifik menşeleri esas alınarak kabul edilmektedir. İngiltere'nin AB'den çıkması, İngiltere'nin katkısının ortadan kalkması nedeniyle AB'nin taahhütlerini yerine getirilmesini zorlaştırabilir. Genel Uluslararası Hukuk anlaşma tarafı bir devletin anlaşmadan çekilmesinin doğuracağı sonuçlar bakımından kimi enstrümanlara sahiptir. Ancak uygulamada uluslararası ilişkilerde duyulan güven ve açıklık gereksiniminin AB, AB'den ayrılan üye devlet ve anlaşma tarafı üçüncü devlet arasında müzakerelerle sorunlara özgü spesifik çözümlerin tercih edilmesine yol açması muhtemeldir.

Kısaltmalar

| | |
|--------|--|
| Abl. | Amtsblatt (<i>der Europaeischen Union</i>) |
| Art. | Artikel (<i>madde</i>) |
| Aufl. | Auflage (<i>bası</i>) |
| BT-Drs | Bundestag-Drucksache |
| CEPS | Centre for European Policy Studies |
| GATT | Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması |
| GATS | General Agreement on Trade in Services (<i>Hizmet Ticareti Genel Anlaşması</i>) |
| Hrsg | Herausgeber (<i>editör</i>) |
| Rn | Randnummer |
| Rs | Rechtssache |
| TRIPS | Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung |

KAYNAKÇA

- Allan Rosas, Mixed Union–Mixed Agreements, bknz.: Matti Koskenniemi (ed.), *Internationale Law Aspects of the European Union*, 1998, Martinus Nijhoff Publishers
- Andrés Delgado Casteleiro, EU Declarations of Competence to Multilateral Agreements: A Useful Reference Base?, *European Foreign Affairs Review*, Volume 17(2012), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn
- Andreas Gunst, Brexit: What Should Energy Companies Do Know?, DLA Piper, 24.6.2016; bknz.: <www.dlapiper.com>
- Diarmuid Torney, What Will Brexit Mean for Climate Change?, bknz.: <<http://www.rte.ie>>
- Guillaume van der Loo/Steven Blockmans, The Impact of Brexit on the EU's International Agreements, CEPS Commentaries, bknz.: www.ceps.eu
- Hubert Isak, Nach dem Brexit: Weitere Differenzierung der Union nach innen und nach außen?, bknz.: Lorenzmeier/H.P.Folz (Hrsg.), *Recht und Realität*, FS für C.Vedder, 2017, 172,193
- Ingolf Pernice, Völkerrechtliche Verträge internationaler Organisationen, *ZaöRV* 48 (1988), 229,231 vd.
- Juliane Kokott, sog. "Pastis-Formel", Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-13/07 (Kommission v. Rat), ECLI:EU:C:2009:190, Rn.121
- Katrin Fernekess/Solveiga Palevčienė/Manu Thadikkaran, *The Future of the United Kingdom in Europa – Exit Scenarios and Their Papers*, 2013, The Graduate Institute, Centre for Trade and Economic Integration, Genève 54 vd.
- Kirsten Schmalenbach, Art.216 AEUV Internationale Übereinkünfte, bknz.: C.Calliess/M.Ruffert (Hrsg.), *EuV/AEUV*, Rn.5, 5.Aufl. 2016, München, Wien
- Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 7.Aufl. 2018, §18, Rn.21
- Lorand Bartels, The UK's Status in the WTO after Brexit, bknz.: Robert Schütze/Stephen Tierney (Hrsg.)
- Maike Schäfer, Die Rechtsstellung des Vereinigten Königreichs in der WTO nach dem Brexit, bknz.: Christian Tietje/Gerhard Kraft/Christian Kumpan (Hrsg.), *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 147, Nov.2017, 10 vd.
- Markus W.Gehring, Brexit and EU-UK Trade Relations with Third States, *EU Law Analysis*, 6.3.2016
- Markus W.Gehring, 'Trade Relations will Remain Unchanged' Post-Brexit, claims Lord Lawson-Hardly, University of Cambridge; bknz.: <http://blogs.lse.ac.uk>

- Maurits Dolmans, Problems of Mixed Agreements: Division of Power within the EEC and the Right of Third States, 1985, Asser Institute, The Hague, 25,39 vd.
- Matthias Goldmann, Völkerrechtliche Vereinbarungen und direkte Demokratie, ZaöRV 78(2018)
- Monika Polzin, Der verrechtlichte Ausnahmezustand Art. 15 EMRK und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 78(2018), CH&Beck Verlag, München
- Niele Behrends/Philipp Kubucki/Hannes Rathke, Das Gutachten des EuGH zum EU-Freihandelsabkommen mit Singapur; bknz. <https://www.bundestag.de>, 9vd.
- Paolo R.Vergano/Tobias Dolle, The Trade Law Consequences of Brexit, European Journal of Risk Regulation, Vol. 7, Issue 4(2016), Cambridge University Press, p.795-800).
- Philipp Allot, Adherence and Withdrawal from Mixed Agreements, bknz.: David O'Keeffe/Henry G. Schermers (ed.), Mixed Agreements, 1983, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston
- Rafael Leal-Arcas, The European Community and Mixed Agreements, European Foreign Affairs Review 6 (2001)
- Ramses A.Wessel, Consequences of Brexit for International Agreements Concluded by the EU and its Member States, CMLRev. 55(2018), 101, 114 vd.
- Ramses A.Wessel, You Can Check Out Any Time You Like, but Can You Really Leave?, International Organisations Law Review 13(2016), issue 2
- Robert G.Volterra, Brexit Negotiations Series: "The Impact of Brexit on the UK's Trade with Non-EU Member States under the EU's Mixed Free Trade Agreements", 17.05.2017, bknz.: <https://www.law.ox.ac.uk>
- Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur, EUV/AEUV, 6.Aufl. 2017, München, Art.216, AEUV, Rn.15
- Stefan Lorenzmeier, "multilaterale Verträge mit bilateraler Erfüllungsstruktur"; bknz.: E.Grabitz/M.Hilf/M.Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2018, Art.216 AEUV, Rn.15
- Silja Vöneky/Britta Beylage-Haarmann, bknz.: E.Grabitz/M.Nettesheim (hrsg.), Das Recht der Europaeischen Union, 2018, Art.216 AEUV, Rn.37
- Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, §38, Rn.8, 7.Aufl.2016, C.H.Beck, München
- Thomas Volland, Sailing Uncharted Waters-For How long? On Transtional Post-Brexit Trade Arrangements; bknz.: <https://verfassungsblog.de>
- Wolff Heintschel von Heinegg, Treaties, Fundamental Change of Circumstances, bknz.: MPEP II, 2006

KİRAYA VERENİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

Lessor's Responsibility Arising from the Defect

Hayrunnisa ÖZDEMİR* - Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ**

Geliş Tarihi: 18.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Kira sözleşmesinde, kiraya veren en önemli borçlarından birisi de ayıptan doğan sorumluluktur. Kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasının sonucu olarak kiraya veren, teslimden önceki ayıplardan olduğu gibi teslimden sonraki ayıplardan da sorumlu tutulmuştur. Kiraya verenin ayıplardan sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu m.304-308 arasında düzenlenmiştir. Kiraya verenin ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için kiralananın ayıplı olması, kiracının kiralananındaki ayıpları bilmemesi, sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olması ve ayıpların kiracıdan kaynaklanmıyor olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Kira sözleşmesinde, satış ve eser sözleşmelerinden farklı olarak gözden geçirme ve bildirim, külfet olarak değil, borç olarak düzenlenmiştir. Kiraya verenin ayıptan sorumlu olması için kusurlu olmasına gerek yoktur. Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunda, başlangıçtaki ayıplarda kiracı borçlunun temerrüdü hükümlerinden de yararlanabileceği gibi Kanunda kendisine tanınan ayıbın giderilmesini isteme, kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme, kira bedelinden indirim yapılmasını isteme ve sözleşmeyi feshi hakkından da yararlanabilir. Kiraya verenin kusurlu olması halinde kiracı, seçimlik hakları ile birlikte tazminat da talep edebilecektir. Bu çalışma kapsamında kira sözleşmesinde kiraya verenin ayıplardan sorumluluğunun şartları ve sonuçları Yüksek Mahkeme Kararları ile açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayıptan Doğan Sorumluluk, Kira Sözleşmesi, Kiraya Veren Sorumluluğu.

ABSTRACT

One of the most important obligations of the lessor in a lease agreement is the responsibility arising from the defect. As a result of the lease agreement having continuous performance, the lessor is held responsible for the defects after delivery as well as for the defects before delivery. Responsibility of Lessor arising from the defect is regulated in the Law of Obligation (NO.6098) between 304-308 articles. Leased should be defective, irresponsibility agreement are not exist and defects are not attributed to tenant clauses have to meet to keep lessor responsible from defects. In the lease contract, in contrary to the sales and work contracts reviewing and notification is regulated as an obligation rather than a burden. The lessor does not need to be faulty to keep responsible for defect. In responsibility of lessor arising from defect, tenant can benefit default of debtor in initial defects provisions as well as fulfillment of defect, request replacement of the leased with free from defects, request discount on lease fee or annul the contract with regard to Law of Obligation. In case of lessors found faulty, tenant can also claim for damages with above mentioned rights stemming from Law of Obligation. Within the scope of this study, the conditions and the results of lessor's responsibility in defects in a lease agreement will be explained the Supreme Court Decisions.

Key Words: Responsibility Arising from the Defect, Lease Agreement, Responsibility of the Lessor.

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Öğretim Üyesi, hayrunnisazdemir@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4121-7014.

** Enerji Uzmanı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, serhatkucukcapraz@gmail.com, ORCID ID:0000-0003-2760-9126.

GİRİŞ

Kira sözleşmesinin tarafları, kiracı ve kiraya verendir. Tam iki tarafa borç yükleyen kira sözleşmesinde, tarafların sahip olduğu haklar kadar yerine getirmekle yükümlü oldukları borçları da bulunmaktadır. Kiraya verenin, kiralananı sözleşmede belirlenen kullanıma elverişli şekilde teslim etme ve sözleşme süresince bu halde bulundurmak borcunun karşılığında, kiracının da kira bedelini ödemesi esaslı borçlardandır. Kiraya veren, kiralananı elverişli şekilde teslim etmek ve bu halde bulundurmak borcunu ayıp nedeniyle yerine getiremezse, TBK m. 304 ila 308 uyarınca sorumluluğu doğacaktır.

Kiraya verenin ayıptan sorumluluğunun özellikleri; ayıptan sorumluluk asli borç niteliğindedir¹, Kanun hükümlerine dayanmaktadır², kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir.³ Ayıptan doğan sorumluluk, TBK m.301 uyarınca sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli şekilde teslim edilmesi ve sözleşme süresince bu halde bulundurulması borcunun uzantısı niteliğindedir.⁴ Kiraya verenin ayıplardan doğan sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, hâkim olan görüş, kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun borcun gereği gibi ifa edilmemesinin yani kötü ifanın özel bir görünümü olduğudur.⁵

Kanun koyucu kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin TBK m.304'te önemli ayıplar ve önemsiz ayıplarda başvurulabilecek hükümlerde ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracıya iki hak tanımıştır. Bunlar; kiralananın ayıplı teslimini reddederek borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilme imkânı ve kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklı seçimlik haklara başvurabilme imkânıdır. Bu seçimlik haklar; ayıbın giderilmesini isteme, kira bedelinde indirim yapılmasını isteme, kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep, zararın giderilmesini isteme ve önemli ayıplar da sözleşmeyi fesih hakkıdır.

Bu çalışmada ayıp kavramı, kiraya verenin ayıplardan sorumluluğunun şartları ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

¹ Abdullah Aktaş, *Kiraya Verenin Kiralananındaki Ayıptan Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s.23-24.

² Beyza Nuhoglu, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.27.

³ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt: 1, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.152.

⁴ Sezer Çabri, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.19.; İnceoğlu, s.112; Mehmet Deniz Yener, *Kira Sözleşmesi ve Özellikle 6098 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler*, 1. Bası, Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.12; Nur Bihter Tutulmaz, *Kiraya Verenin Ayıptan Dolayı Sorumluluğu*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2019, s.62.

⁵ Nuhoglu, s.8; İnceoğlu, s.114.

GENEL OLARAK

Kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu⁶ m.299 ila 392 arasında düzenlenmiştir. TBK m.299'da *"Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır.

Kira sözleşmesi rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç doğuran, ivazlı bir sözleşmedir.⁷ Kira sözleşmesinin tanımından çıkan sonuca göre sözleşmenin unsurları, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmak ve bunun karşılığında kiracının da kira bedelini ödemek hususunda tarafların anlaşmasıdır.⁸

TBK uyarınca, kira sözleşmesinde kiraya verenin borçları; kiralananı kiracıya teslim, kiracının güvenliğini sağlama, vergi ve benzeri yükümlülüklerle katlanma, yan giderlere katlanma, ayıptan sorumluluk ve zapttan doğan sorumluluktur. Kiracının borçları; kira bedelini ödeme, temizlik ve bakım giderlerini ödeme, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma borçlarıdır.

KİRA SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI, TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Ayip hukukumuzda çeşitli kanunlarda tanımlanmış olmakla birlikte TBK'da sadece satış sözleşmesi kapsamında tanımlanmış ve diğer sözleşmelerde bu tanımdan yararlanılması yoluna gidilmiştir. Buna göre ayıp, TBK m.219'da *"Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran ve önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından sorumlu olur."* şeklindedir.

A. Kira Sözleşmesinde Ayıp Kavramı

Kira sözleşmesine ilişkin olarak doktrinde de ayıp konusunda çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. EREN ayıbı *"kiralanan şeyde kiraya veren tarafından bildirilen veya dürüstlük kuralı uyarınca şeyde bulunması gereken (beklenen) niteliklerdeki eksiklik"* olarak tanımlamıştır.⁹ ARAL-AYRANCI

⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihinde kabul edilmiştir. 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun yürürlük tarihi 01.07.2012'dir.

⁷ İnceoğlu, s.32-33

⁸ İnceoğlu, s.8-16; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 362-364.

⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.333.

ayıbı “kiracının kiralananı sözleşmede öngörülen amaca uygun olarak kullanmasını imkansız kılan veya önemli ölçüde azaltan vasıf eksikliklerinin bulunması” olarak tanımlamıştır.¹⁰ AKKURT-ERDOĞAN-TOKAT ayıbı “kira konusu eşyanın vaat edilen yahut varsayılan vasıflarında eksiklik veya yokluk” olarak tanımlamıştır.¹¹ İNCEOĞLU ayıbı “kiraya verenin bildirdiği niteliklerin kiralanda bulunmaması ya da kullanım amacı bakımından değerini ve ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya azaltan eksiklikler ve bozuklukların mevcudiyeti” olarak tanımlamıştır.¹² YALÇINDURAN ayıbı “kiralananın, kira sözleşmesiyle öngörülen kullanma amacına uygun vasıflardan yoksun olması” şeklinde tanımlamıştır.¹³ ÇABRİ ayıbı, “kiralananın sözleşmeye elverişli şekilde kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren veya ortadan kaldıran ya da kullanım değerini azaltan eksiklikler” şeklinde tanımlamıştır.¹⁴ TÜREL ayıbı, “teknik olarak kiralananın sözleşme şartlarına uygun olarak kullanılmasını engelleyen; maddi ve manevi olumsuzluklar” şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ AKYİĞİT ayıbı, “kiralananın sözleşmedeki amacına uygun kullanımıyla bağdaşmayan olgular” olarak tanımlamıştır.¹⁶ Tüm bu tanımlara bakılarak ayıp; kiralananın, kullanımını etkileyen, bulunması gerekli olan veya kiraya verenin bulunacağını vaat ettiği niteliklerin bulunmaması hali olarak tanımlanabilir.

B. Ayıp Türleri

Ayıp kavramı farklı şekillerde sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma bazı durumlarda önem arz ettiği için kısaca üzerinde durmakta fayda vardır. Sınıflandırma ayıbın niteliğine göre; maddi, manevi, hukuki ve ekonomik ayıp olarak yapılmıştır. Ayıbın mevcut bulunduğu ana göre ise, başlangıçtaki ve sonraki ayıp şeklinde yapılmıştır. Ayıbın önem derecesine göre, önemli ve önemsiz ayıp olarak yapılmıştır. Diğer bir sınıflandırma ise açık ve gizli ayıp şeklindedir.¹⁷

¹⁰ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.280.

¹¹ Sinan Sami Akkurt/ Kemal Erdoğan/ Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.409.

¹² İnceoğlu, s.116.

¹³ Türker Yalçınduran, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ayıp Nedeniyle Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Kiracının Erken Tahliye Etme İmkânı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.29, S.2, 2013, s.66.

¹⁴ Çabri, s.88-89

¹⁵ Erol Türel, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.121.

¹⁶ Ercan Akyiğit, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.82.

¹⁷ Hatice Kübra Meydaneri, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu*, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.26.

1. Ayıbın Mevcut Olduğu Ana Göre

Başlangıçtaki ayıp, kiraya verenin kiralananı teslimi sırasında mevcut olan veya teslimden sonra oluşmuş ancak teslim edilmeden önceki sebeplere dayanan ve kiralananın beklenen kullanım amacını yerine getirmesine engel olan ayıptır.¹⁸ Başlangıçtaki ayıpta kiraya verenin sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmemiştir.¹⁹ Başlangıçtaki ayıbın tespitinde kiralananın kullanım amacı ile tarafların iradesine bakılması gerekmektedir.²⁰ Başlangıçtaki ayıba, kiralananı kullanmak için gerekli olan izin ve ruhsatların alınmamış olması örnek verilebilir.²¹ Sonraki ayıp, kiralananın tesliminden sonra ortaya çıkan ayıptır. Sonraki ayıba kiralananın camlarının genişlemesi sonucu patlaması, duvarların boyalarının dökülmesi örnek verilebilir.²² Ayıbın mevcut olduğu ana göre ayıp sınıflandırmasının yapılmasının sebebi kiracının başvuracağı imkânların değişmesinden kaynaklıdır.²³ Kira sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olmasının sonucu olarak kiraya verenin kiralananı kiracıya teslimi ile borcu sona ermemekte ve sözleşme süresince sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde bulundurması gerekmektedir.²⁴

2. Ayıbın Önemli Olup Olmamasına Göre

Önemli ayıp, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanımını önemli ölçüde azaltan²⁵ veya ortadan kaldıran esaslı ve kiracının kiralananı kabul etmesinin objektif olarak ondan beklenemeyeceği ayıptır.²⁶ Önemli ayıplar,

¹⁸ Yavuz C., s.392; Yener, s.13; Eren, 2019, s.334; Meydaneri, s.29.

¹⁹ Akyiğit, s.83.

²⁰ Çabri, s.110.

²¹ Eren, 2019, s.334.

²² Eren, 2019, s.334; Arif Atanlian, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Kira Sözleşmesinde Kiraya Veren Borçları Özellikle Aıptan Sorumluluğu*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2017, s.118.

²³ Ümmühan Kaya, *Türk Hukukunda Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.35; Meydaneri, s.29.

²⁴ Mustafa Alper Gümüş, *"Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.118; Çabri, s.112; Yener, s.14; Semih Yünlü, *Kira Sözleşmesinde Aıptan Sorumluluk*, 1. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020, s.61; Yargıtay 14. HD 04.07.2005 T 2005/6204 E 2005/6853 K Yünlü, s.62.

²⁵ Yargıtay bir kararında, *pirinçlerin depolanması amacıyla kiralanan yerin, yağmur sonucu su basarak pirinçlerin kullanılmaz hale geldiğini, davalı kiraya verenin yağmur iniş boruları ve ilgili tesisatı yeterli ve gerektiği şekilde yapıp temin etmediğini belirtmiş, bu hususun kiralananı kullanıma elverişli halde bulundurma yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle söz konusu zararın davalı kiraya veren tarafından karşılanmasına hükmetmiştir*. Yargıtay 11. HD. 21.04.1998 T 1997/10387 E 1998/2629 K Nuhoğlu, s.57

²⁶ Gümüş, s.113.; Çabri, s.116; İnceoğlu, s.121; Kaya, s.60; Aktaş, s.55.; Türel, s.112; Efrail Aydemir, *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.110; Atanlian, s.121.; Yener, s.14; Meydaneri, s.31; Eren, 2019, s.335; Nihat Yavuz, *Kira Hukuku*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.121; Yünlü, s.71.

niteliği itibarıyla büyük ve sürekli zarara yol açan ayıplardır.²⁷ Önemli ayıba soğuk iklim koşullarına sahip bir konumdaki evin yeterince ısıtılmaya uygun olmaması, konutun sağlık açısından yaşanılmayacak derecede rutubetli olması, kiralananın yapı kullanma izninin bulunmaması, kiralananın depreme dayanıklı olmaması²⁸, kiralananın kışın yağın yağmurlar sonucunda küflenmesi²⁹, örnek verilebilir.³⁰ Önemli olmayan ayıp, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanımını önemli ölçüde azaltmayan, buna rağmen kullanıma bağlı kiracının umduğu edim yararına zarar veren ayıplardır.³¹ Kiralananın kapısının tam kapanmaması, camların çatlat olması bu ayıba örnek gösterilebilir.³²

Ayıbın önemli olup olmasına göre ayırım TBK m.304-305'te yapılmıştır. Ayıbın önemli olup olmamasında kiracının sahip olacağı haklar değiştiği için bu sınıflandırma önem arz etmektedir.³³ Kiralananın önemli ayıplarla tesliminde kiracının kiralanayı kabul etmeme hakkı olduğu gibi sözleşmeyi fesih hakkı da vardır.³⁴

3. Diğer Ayıp Türleri

Niteliğine göre ayıp; maddi ayıp, kiralananın kullanım elverişliliğini azaltan, kusur ve eksiklikler olarak tanımlanabilir.³⁵ Maddi ayıba örnek olarak, kiralanın taşınmazın camlarının kırık olması, kapıların tam kapanmaması veya zorlanarak kapanması, büfe olarak kiralanın bir yerin elektrik bağlantısının bulunmaması³⁶, kiralanın arabanın frenlerinin az tutması örnek gösterilebilir.³⁷ Manevi ayıp, kiralananın kullanımını fiziksel yönden etkilememekle birlikte sözleşmede amaçlanan kullanımını manevi olarak güçleştiren rahatsız edici durumlardır.³⁸ Manevi ayıbın kaynağı kiraya veren olabileceği gibi onun dışında diğer kiracılar, üçüncü kişiler de olabilir.³⁹ Kiraya veren üçüncü kişilerin manevi ayıbını mülkiyet hakkına dayanarak önlemek zorundadır.⁴⁰ Manevi ayıba, gürültü yapma, duman kokusu yayma, kiracının hakaret ve tehdide maruz kalması, korkutucu hayvanın girişe başıboş olarak

²⁷ Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.373.

²⁸ Yargıtay 6. HD. 17.12.2015 T 2015/7564 E 2015/11172 K

²⁹ Yargıtay 3.HD. 25.03.2019 T 2017/6595 E 2019/2530 K

³⁰ İnceoğlu, s.122; Kaya, s.60; Ataman, s.121; Eren, 2019, s.335.

³¹ İnceoğlu, s.123.; Yavuz C., s.390; Yener, s.14; Yünlü, s.71.

³² Yavuz, s.121.

³³ Çabri, s.115; Aktaş, s.55; Nuhoğlu, s.53; Ataman, s.120-121.

³⁴ Kaya, s.35; Aydoğdu/Kahveci, s.372.

³⁵ Kaya, s.52; Aktaş, s.36; Yener, s.12

³⁶ Yargıtay 4. HD. 09.02.2016 T 2015/15993 E 2016/1412 K

³⁷ Kaya, s.53; Aydoğdu/Kahveci, s.230

³⁸ Çabri, s.104; Aktaş, s.38; Ataman, s.110; Meydaneri, s.28

³⁹ Nuhoğlu, s.40; Yargıtay 13. HD. 12.04.1996 T 1996/3139 E 1996/3683 K İnceoğlu, s.132; Kaya, s.58; Eren, 2019, s.334; Meydaneri, s.28

⁴⁰ Yavuz, s.128

koyulması örnek verilebilir.⁴¹ Hukuki ayıp, kiralananın sözleşmede belirtilen amaçta kullanılma imkânını azaltan veya ortadan kaldıran kamu hukuku kısıtlamalarının bulunması halidir.⁴² Hukuki ayıba, taşınmazda bulunan eksiklikler sebebiyle işyeri ruhsatı alınamaması, iskân izninin bulunmaması örnek gösterilebilir.⁴³ Hukuki ayıp konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, kiralanan yer için alınması gerekli ruhsatın alınamayacağının baştan belli olduğu durumlarda kiracının hukuki ayıbı bilmediğini savunarak kiraya verenin sorumluluğuna gidilmesinde kiracı tacir ise basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün de göz önünde bulundurulması gerektiğidir.⁴⁴ Hukuki ayıpta dikkat edilmesi gereken bir nokta da bunun kiraya verenin zapttan sorumluluğu ile karıştırılmaması gerektiğidir. Hukuki ayıpta, kiracı kiralananı sözleşme amacına uygun olarak hukuki sebeplerle kullanamamakta iken zaptta kiracının kiralananı kullanamaması kira konusu üzerinde, üçüncü bir şahsın üstün hakkının varlığından kaynaklanmaktadır.⁴⁵ Ekonomik ayıp, kiralananın beklenen ekonomik kazancın elde edilmesine engel durumların kiralanda varlığı halinde söz konusu olur.⁴⁶ Ekonomik ayıba, kiralanan iş yerinde, kiraya veren tarafından vaat edilen iş hacminin sağlanamaması örnek gösterilebilir.⁴⁷

Kanunda niteliğine göre ayıp sınıflandırması yapılmamakla birlikte doktrinde ve mahkeme içtihatlarında bu yönde ayırım yapılmıştır.⁴⁸ Bu ayırımın tarafların başvuracakları imkânlar konusunda bir önemi bulunmamaktadır.

⁴¹ Gümüş, s.108; Yavuz C., s.393; Kaya, s.58; Eren, 2019, s.334; Aydoğdu/Kahveci, s.230; Yavuz, s.127; Yargıtay HGK. 02.10.2013 T 2013/66 E 2013/1417 K

⁴² Gümüş, s.108; Çabri, s.96; Kaya, s.56; Nuhoğlu, s.42; İnceoğlu, s.128; Aktaş, s.41; Yener, s.12; Yavuz, s.127; Meydaneri, s.28; Yünlü, s.66

⁴³ Aktaş, s.42; İskân izninin bulunmamasını kiralananın kullanımını etkilemediği için ayıp olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı yönündeki görüş için Bkz. İnceoğlu, s.128-129; Meydaneri, s.29; Bkz. Yargıtay 6. HD. 16.03.2016 T 2015/5213 E 2016/2040 K Kurak, s.110-111

⁴⁴ İnceoğlu, s.139; Yünlü, s.90; Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar "Kiracı kiralananındaki ayıbı öğrendikten sonra kiralananı mevcut hali ile kabul ederek, tadilatlar yapmış Yasadan kaynaklanan hakkını kullanarak sözleşmeyi feshetmemiş ve... kiralananı tasarrufunda bulundurmıştır. Hukuki ayıbın davacının bildirdiği... tarihinde öğrenildiği kabul edilse dahi davacı kiracı tacir olup, basiretli bir tacir gibi davranması, ileriye yönelik yatırım ve projelerinde gerekli hassasiyet ve özeni göstermesi gerekir. Davacı kiracının sözleşmeyi feshetmekte haklı olduğundan söz edilemeyeceğinden kiralananı tahliye ettiği tarihe kadar kira bedellerinden sorumlu olup, peşin ödediği kira bedelinin iadesini isteyemez." şeklindedir. Y. 6. HD. 26.10.2015 T., 2015/8104 E., 2015/9006 K. Benzer yöndeki karar için Bkz. İzmir BAM. 6. HD. 12.03.2019 T 2018/262 E 2019/416 K; Yargıtay 6. HD. 07.04.2014 T 2013/12935 E 2014/4435 K

⁴⁵ Nuhoğlu, s.42; Kaya, s.57; Atanian, s.113

⁴⁶ Çabri, s.101-102; Kaya, s.55; Aktaş, s.45; Atanian, s.114; Yavuz, s.126; Meydaneri, s.29

⁴⁷ Yalçınduran, s.67; İnceoğlu, s.129; Eren, 2019, s.334

⁴⁸ İnceoğlu, s.127

Ayıbın açık veya gizli olmasına göre ayırım; açık ayıp, basit bir inceleme ile herkes tarafından görülebilecek türden ayıptır.⁴⁹ Gizli ayıp, basit bir inceleme ile fark edilemeyen ancak daha sonradan kullanmakla ortaya çıkan ayıplardır.⁵⁰ Kiracı, gizli ayıbı fark ettiğinde kiraya verene bunu bildirmelidir. Aksi halde ayıptan doğan haklarından feragat ettiği kabul edilir.⁵¹ Kiralanan konutun elektrik ve su tesisatının bulunmaması açık ayıba, duvarların zaman içerisinde nemlenmesi sonucu rutubet oluşması ve doğal gaz tesisatının ilk kez kullanılması ile tesisattan su sızıntısı olması gizli ayıba örnek teşkil eder.⁵²

C. Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Özellikleri

TBK m.301 uyarınca kiraya veren, kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli şekilde teslim etmeli ve sözleşme süresince bu halde bulundurulmalıdır.⁵³ Bunun karşılığında kiracı da kira bedelini ödemelidir. Kiralananın teslim sırasında veya sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda kiraya verenin sorumlu tutulmaması taraflar arasında kira sözleşmesi ile kurulan dengeyi bozacağı için kanun koyucu, kiraya vereni kiralananın ayıplı olmasından sorumlu tutarak oluşabilecek dengesizliği gidermiştir.⁵⁴

Kiraya verenin ayıptan sorumluluğunun niteliğinin asli borç mu tali borç mu olduğu doktrinde tartışılmıştır. Kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan asli borcu TBK m.301 uyarınca sözleşmeye uygun olarak teslim etmek ve sözleşme süresince bu şekilde tutmaktır. Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu 301 inci maddenin uzantısı olarak kabul edilirse ayıptan sorumluluğun niteliğinin de asli borç olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak bunun aksine maddenin uzantısı olarak kabul edilmezse ayıptan doğan sorumluluğun kiralananı teslim ve kullanıma elverişli tutma borcuna nazaran tali nitelikte olduğu söylenebilecektir.⁵⁵ Ayıptan doğan sorumluluğun tali nitelikte olduğunun kabulü halinde tali borçlar, asli borca tabi olduğu için kira sözleşmesinin sona ermesi halinde ayıptan doğan borçlar da sona erecektir.⁵⁶ Ancak ayıptan doğan borçlar kanunen düzenlenmiş ve kira sözleşmesinin sona ermesi ile sona ermeyeceği için bizim bu konuda katıldığımız görüş kira

⁴⁹ Aktaş, s.52; Meydaneri, s.33

⁵⁰ Aydemir, s.113; Meydaneri, s.33

⁵¹ Nuhoğlu, s.53.; Yavuz, s.130

⁵² Aktaş, s.54; Ataman, s.120

⁵³ Satış ve eser sözleşmesinden farklı olarak, kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olmasından dolayı, teslimden önceki ayıplardan olduğu gibi teslimden sonraki ayıplardan da kiraya veren sorumlu tutulmuştur. Yargıtay HGK. 30.09.1981 T 1979/3-372 E 1981/657 K Yünlü, s.56

⁵⁴ Aktaş, s.6; Meydaneri, s.35

⁵⁵ Aktaş, s. 23-24

⁵⁶ Nuhoğlu, s.26

sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğun asli nitelikte olduğudur.⁵⁷ Kira sözleşmesinin kullandırma amacı güden sürekli sözleşme olmasından dolayı, sözleşmeye uygun teslim etme ve sözleşme süresince bu halde bulundurma asli borcunun yerine getirilebilmesi için kiralananın ayıplı olmaması da gerekeceği için ayıptan doğan borcun asli borç olduğunun kabulü gerekir.⁵⁸

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu kanun hükümlerine dayanmaktadır.⁵⁹ Bunun sonucu olarak kira sözleşmesinde hüküm bulunmasa da kiralananın amaçlanan kullanıma elverişli olarak teslim edilmemesi halinde ayıp hükümlerine doğrudan başvurulabilecektir.⁶⁰ Kiraya veren sözleşme ile kiralananın niteliklerini vaat etmişse bu durumda vaat edilen niteliklerin kiralanda bulunmaması durumunda sözleşmeye dayanılarak ayıp hükümlerine gidileceği için sözleşmede vaat edilen nitelikler için sorumluluğun sözleşmeden doğduğu söylenebilecektir.⁶¹

Kiraya verenin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olmasına gerek yoktur.⁶² Kanun koyucu kiraya verenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul etmiş ve sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan kiracıyı koruma amacını gütmüştür.⁶³ Bu düzenleme, kiraya verenin kusursuzluğunu ispat ederek, ayıba rağmen sözleşmeye devam etmek zorunda kalan kiracının mağduriyetini önlemektedir. Kiraya verenin ayıbın oluşmasında kusuru varsa TBK m.308 gereği ayıp dolayısı ile kiracının kullanacağı seçimlik haklarla birlikte, ayıp dolayısıyla oluşan zararı da talep edebilir.⁶⁴

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu, kiralananın TBK m.301 uyarınca sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli şekilde teslim edilmesi ve sözleşme süresince bu halde bulundurulması borcunun uzantısı niteliğinde kabul edilmektedir.⁶⁵ TBK m.301'de *"bu hüküm, konut ve çatılı iş yeri kiralarda kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz."* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeden çıkan sonuç ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin konut ve çatılı iş yeri kiralarda nispi emredici nitelikte diğer kira sözleşmelerinde ise yedek hukuk

⁵⁷ Kaya, s.38; Aktaş, s.24

⁵⁸ Çabri, s.63

⁵⁹ Çabri, s.65; Nuhoglu, s.27; Ataman, s.87

⁶⁰ Kaya, s.36

⁶¹ Çabri, s.66; Aktaş, s. 25-26

⁶² Gümüş, s.113; İnceoğlu, s.152; Yavuz C., s.397; Kaya, s.39; Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.203; Türel, s. 112.; Yener, s.15.; Aydoğdu-Kahveci, s.375

⁶³ Çabri, s.66; Aktaş, s. 26; Ataman, s.88

⁶⁴ Meydaneri, s.39

⁶⁵ İnceoğlu, s.112

kuralı niteliğinde olduğudur.⁶⁶ Taraflar sorumsuzluk anlaşması yaparak kiracı aleyhine olmayacak şekilde ayıp hükümlerini değiştirebileceklerdir. Bununla birlikte diğer kira sözleşmelerinde sorumsuzluk anlaşmasına genel işlem koşulu olmayacak şekilde kiracı aleyhine düzenleme de yapabilirler.

Kiraya verenin ayıplardan doğan sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlar, ayıp sorumluluğunu, yanılma hükümlerine göre açıklayan görüş, sözleşme müzakerelerinde kusur hükümlerine göre açıklayan görüş, kötü ifa hükümlerine göre açıklayan görüş, varsayım esasına göre açıklayan görüş, hakkaniyet esasına göre açıklayan görüş, kendine özgü müessese olduğu esasına göre açıklayan görüş ve tehlike esasına göre açıklayan görüştür.⁶⁷ Ayrıca bu sorumluluğu borçlunun temerrüdünün özel bir hali olarak kabul eden bir görüş de vardır. Bu görüş doktrinde hâkim görüş değildir.⁶⁸ Borçlunun temerrüdü borç muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi hali iken, kiraya verenin ayıptan sorumluluğunda borç ifa edilmektedir.⁶⁹ Dolayısı ile ayıptan sorumluluğun hukuki niteliği, borçlunun temerrüdünün özel hali olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Doktrinde hâkim olan görüş kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun borcun gereği gibi ifa edilmemesinin yani kötü ifanın özel bir görünümü olduğu yönündedir.⁷⁰ Bu görüş, borcun gereği gibi ifa edilmemesinde borçlunun kusurunun aranmasına rağmen kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olması sebebiyle tam olarak örtüşmese de diğer görüşlerden daha fazla kabul görmüştür.⁷¹

KİRAYA VERENİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları doktrinde maddi şartlar ve şekli şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷² Biz de bu ayrım doğrultusunda inceleme yapacağız.

A. Maddi Şartlar

Kiraya verenin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan maddi şartlar; kiralanda bir ayıbın bulunması, kiralananın ayıp sebebiyle sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli olmaması, kiralandaki ayıbın açık ayıp olmaması, tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmamış olması ve kiracının ayıbın oluşmasında kusurunun bulunmamasıdır.

⁶⁶ Çabri, s.142; Meydaneri, s.40

⁶⁷ Bu görüşlerin ayrıntısı için Bkz. Aktaş, s. 8-19; Çabri, s.48 vd.

⁶⁸ İncoğlu, s.113

⁶⁹ Meydaneri, s.41

⁷⁰ Nuhoğlu, s.8; Çabri, s.64; İncoğlu, s.114; Yener, s.12; Meydaneri, s.42; Yünlü, s.54

⁷¹ Aktaş, s.14

⁷² Eren, 2019, s.333

1. Bir Ayıp Mevcut Olmalıdır

Ayıptan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için kiralananın, sözleşmede amaçlanan kullanımına elverişliliğini etkileyen niteliklerin bulunmaması veya sözleşmede, kiraya veren tarafından vaat edilen niteliklerin kiralanda bulunmaması gerekir.⁷³ Kiralandanda bulunması gereken nitelikler olağan koşullar dikkate alınarak belirlenecektir. Kiracı, kiralananı özel bir kullanım amacı ile kiralamışsa bu amaca uygun özelliklere de sahip olması gerekmektedir.⁷⁴ Örneğin sebze deposu için kullanılacak bir yerin kiralandmasında kiracı bu hususu kiraya verene belirtti ise bu durumda deponun soğutma sisteminin bulunmaması, sebze naklinde soğutmalı tırın soğutma sisteminin olmaması, Antalya'da kiralanan arabada klima olmaması ayıp olarak nitelendirilebilecektir. Kiraya verenin kiralanda bulunacağını açıkça bildirildiği niteliklerin bulunmaması hali de ayıp olarak nitelendirilmektedir.⁷⁵ Buna örnek olarak kiraya verenin kiralanan taşınmazın yerden ısıtılmalı olduğunu açıkça beyan etmesine rağmen tesisatının bozuk olması sebebiyle kiralananın yerden ısıtılamaması da ayıp olarak nitelendirilebilir.

Ayıbın üçüncü kişiden, kiralananın kullanımından veya doğa olayından⁷⁶ kaynaklanmasının önemi yoktur. Kiraya veren, şartlarının oluşması hâlinde sorumlu olacaktır.⁷⁷ Ayıbın sınıflandırılmasının kiraya verenin sorumlu olmasında önemi yoktur. Ayıp maddi, hukuki, manevi, önemli veya önemsiz olsa da kiraya veren sorumludur. Sorumluluk dolayısı ile başvurulacak hükümler değişse de sorumlu olma durumu değişmeyecektir.

2. Kiralananın Ayıp Sebebiyle Sözleşmede Öngörülen Kullanıma Elverişli Olmaması

Kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna gidilebilmesi için, kiralanda mevcut veya sonradan oluşan ayıbın, kiralananın sözleşme ile amaçlanan kullanımına engel olacak bir ayıp olması gerekir.⁷⁸ Bu ayıp kiralandan beklenen faydayı azaltabileceği gibi tamamen faydalanılamamasına da sebebiyet verebilir. Kiralandandan beklenen faydanın tespitinde tarafların sözleşme ile belirledikleri iradeleri açıkça bunlara bakılmalı, taraf iradeleri açık

⁷³ Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 805; Gümüş, s.107; Yavuz, s.389

⁷⁴ Meydaneri, s.53; Yargıtay bir kararında yönetim planında mesken olarak görülen yerin işyeri olarak kiralandmasından dolayı diğer kat malikince açılan tahliye davası sonucunda kiraya vereni ayıptan sorumlu tutmuştur. Yargıtay 13. HD. 10.02.2005 T 2004/10361 E 2005/1983 K Yünlü, s.58

⁷⁵ Gümüş, s.109

⁷⁶ Yargıtay kiralanan konutun bulunduğu binanın arka bahçesindeki duvardan büyük bir kaya parçasının yuvarlanarak kiralananı kullanılamaz hale getirmesinde kiraya verenin ayıptan sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 3. HD. 01.04.2019 T 2017/6943 E 2019/2772 K

⁷⁷ Atanlan, s.107

⁷⁸ Karahasan, s.807; Yavuz C., s.393; Kaya, s.61; Aktaş, s.57; Aydoğdu/Kahveci, s.376

değilse kiralananın niteliği somut olaya göre içinde bulunulan bölge örf ve âdeti dikkate alınarak belirlenmelidir.⁷⁹ Örneğin, iş hacminin yüksek olduğu vaadiyle bir dükkân kiraya verilmesi durumunda, bu dükkânın kiracının beklediği oranda iş yapmaması halinde kiralananın beklenen faydanın sözleşme ile amaçlanan faydayı sağlamamış olduğu açık olacağı için bu durumda ayıptan doğan hakların kullanılması mümkündür. Kiraya verenin kiracı ile rekabet edilecek üçüncü bir kişiye aynı alanda kiracılık hakkı vermeyeceğine ilişkin bir taahhüdü yoksa kiraya verenin, üçüncü kişiye aynı amaçla yer kiralamış olması durumunda, ayıptan doğan sorumluluğa gidilemez.⁸⁰

3. Kiralanandaki Ayıbın Gizli Olması

Kiraya verenin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için kiralananadaki ayıbın teslim sırasında kiracı veya onu temsil eden kişiler tarafından açıkça görülemeyen, sonradan ortaya çıkan bir ayıp olması gerekir.⁸¹ Sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan ve kiracının bildiği ayıplardan kiraya veren sorumlu tutulmamalıdır.⁸² Bu durum TBK’da kira sözleşmesi başlığında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak satış sözleşmesinde yer alan TBK m.222’de yer alan “*Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir.*” hükmünün kira sözleşmesine de kıyasen uygulanması suretiyle kiraya verenin açık ayıplardan sorumlu olmadığı bunları kiracının görerek kira sözleşmesine rıza gösterdiği kabul edilmektedir. Kiracının bilerek kabul ettiği eksiklikleri daha sonra ayıp olarak sunması da TMK m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁸³ Kiracı açık ayıplara rağmen kiralananı kabul etmiş ancak üçüncü kişilerin fiilleri sonucunda veya kendiliğinden öngörülemeyen bir şekilde artarsa bu ayıplardan kiraya veren sorumlu olmalıdır.⁸⁴

Kiracı, sonradan ortaya çıkan ayıbı kiraya verene bildirmemişse ayıptan doğan haklarından feragat etmiş sayılır.⁸⁵ Kiracı, sözleşme yapılırken var olan ayıbı bilmesine rağmen sözleşme yapmışsa, bu ayıp sebebiyle kiraya verenin sorumluluğuna gidilemez.⁸⁶ Bu durumda da kiracının ayıptan doğan

⁷⁹ Karahasan, s.807; Yavuz C., s.393; Kaya, s.62; Aktaş, s.58; Nuhoglu, s.57; Atanian, s.124; Yener, s.13; Meydaneri, s. 55-56

⁸⁰ Yargıtay 6. HD. 24.06.2014 T 2014/5432 E 2014/8331 K

⁸¹ Eren, 2019, s.335

⁸² Karahasan, s.807; Yavuz C., s.393; Yünlü, s.75

⁸³ Nuhoglu, s. 58-59; Kaya, s.64; Atanian, s.125; Yener, s.16; Meydaneri, s.56; Aral/Ayrancı, s.281 vd;

⁸⁴ Gümüş, s.109; Yünlü, s.78-79

⁸⁵ Karahasan, s.807; Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu bir karar “*Açık ayıp niteliğindeki bozukluklara rağmen kiracının uzun bir süre kiralananı mevcut hali ile kullanması ve bu konuda uyuşmazlık çıkartmaması, kiracının kiralananı mevcut hali ile kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir. Böylesi bir durumda kiraya veren bozukluklardan sorumlu tutulamaz.*” şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 08.07.2014 T 2014/5543 E 2014/9146 K; Kaya, s.65

⁸⁶ Çabri, s.147; Türel, s.115

haklarından feragat ettiği kabul edilmektedir.⁸⁷ Ancak kiracı ayıbı biliyor ve kiraya veren de bu ayıbın giderileceğini beyan ederek sözleşme yapıyorsa bu durumda kiraya verenin sorumluluğu devam etmektedir.⁸⁸ Bununla birlikte sözleşmenin kurulduğu sırada kiracı tarafından biliniyor olsa bile sağlık için tehlike arz eden ayıplardan kiraya verenin sorumluluğunun devam etmesi TMK m.23'ün bir gereğidir.⁸⁹

4. Geçerli Bir Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Kiracının ayıp dolayısı ile kiraya verene başvurabilmesinin bir diğer koşulu da taraflar arasında sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunmamasıdır.⁹⁰ Taraflar her ne kadar sorumsuzluk anlaşması yapabilecek olsalar da bunun istisnaları Kanunda belirtilmiştir.

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun, TBK m.301'de düzenlenen borcun uzantısı niteliğinde olmasının sonucu olarak TBK m.301 hükmü ayıptan doğan sorumluluk açısından da uygulama alanı bulacaktır. TBK m.301 hükmü *“Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.”* şeklindedir. Bu hükümden çıkan sonuç sorumsuzluk anlaşmasında istisnaların konut ve çatılı işyeri kiralaları ile diğer kira sözleşmeleri olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerektirir.

Kiraya verenin ayıptan sorumlu olmayacağı yönünde yapılacak sorumsuzluk anlaşması konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine kararlaştırılamamaktadır.⁹¹ TBK m.301 emredici olarak düzenlendiği için bu yönde yapılacak sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüz olacaktır.⁹²

⁸⁷ İnceoğlu, s.134; Aral/Ayrancı, s.281vd; Atanlian, s.126; Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar *“Alt kira sözleşmesinin hususi şartlar bölümünün 11. maddesindeki açık düzenleme davacı alt kiracı tarafından bilinmekte olup kiralanan taşınmazın ruhsatının bulunmadığını bile bile taşınmazı kiralamıştır. Bu durumda davacı kiracının sözleşmeyi feshetmekte haklı olduğu kabul edilemez. Davacı kiracı kiralananı tahliye ve teslim etmemiş olup, dava tarihi ve yargılama aşamasında tasarrufunda bulundurduğundan kira bedellerinden sorumludur. Bu nedenle peşin ödediği kira bedelinin iadesini ve depozito bedelinin iadesini isteyemez.”* şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 04.04.2016 T 2015/6420 E 2016/2685 K; Yargıtay 6. HD. 21.01.2014 T 2013/5511 E 2014/586 K

⁸⁸ Nuhoğlu, s.59; İnceoğlu, s.135; Kaya, s.65; Yener, s.15; Yünlü, s.118

⁸⁹ İnceoğlu, s.135; Yener, s.17; Yünlü, s.79; Yargıtay HGK. 28.03.2001 T 2001/225 E 2001/287 K Yünlü, s.160

⁹⁰ İnceoğlu, s.142; Yavuz C., s.395; Eren, 2019, s.337; Yünlü, s.71

⁹¹ Kaya, s.67; Acar, s.169

⁹² İnceoğlu, s.143; Aktaş, s.63; Aral/Ayrancı, s.229; Atanlian, s.127; Yener, s.18; Eren, s.345; Meydaneri, s.50

Adi kira sözleşmelerinde, kiraya verenin ayıptan dolayı sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir. Ancak bunun da istisnası sorumsuzluk hükmünün genel işlem koşulları içerisinde yer almamasıdır.⁹³ Genel işlem koşulu TBK m.20’de “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmıştır. Kiraya verenin ayıplardan doğan sorumluluğunu sınırlandıran veya ortadan kaldıran sözleşme hükmü, kiraya veren tarafından genel işlem koşulu olarak müzakere edilmeksizin kiracıya sunuldu ise bu sözleşme hükmü geçersiz olacaktır.

Bununla birlikte adi kira sözleşmelerinde yapılabilecek sorumsuzluk anlaşmasının diğer sınırı da TBK m.115’de düzenlenen borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olmasıdır.⁹⁴

5. Kiracının Ayıba Kendi Kusuruyla Sebebiyet Vermemiş Olması

TBK’da bu yönde açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kiralanda ortaya çıkan ayıp kiracının kendi kusurundan kaynaklanıyorsa bu durumda kiraya verenin sorumluluğuna gidilemez.⁹⁵ Kiralanandaki ayıp kiracının kendi kusurundan kaynaklanmasına kiracının kiralananı kötü kullanması sonucu kiralanda ortaya çıkan eksik ve bozukluklar örnek gösterilebilir.⁹⁶ Ayıbın kiracıdan kaynaklandığını ispat yükü kiraya verenin üzerindedir.⁹⁷

Kiralananın ayıplı hale gelmesinde kiracı ile birlikte yaşayanların da kusurunun bulunması kiracının sorumluluğunu doğuracaktır.⁹⁸ Kiracının bu sorumluluğu TBK m.116’da düzenlenen yardımcı kişilerin sorumluluğuna benzetilmektedir.⁹⁹

Kiracı kiralananı özenli kullansa bile gidermekle yükümlü olduğu olağan kullanımlardan kaynaklanan eksiklik ve bozukluklardan kiraya veren değil

⁹³ Kaya, s.67

⁹⁴ Çabri, s.142; Kaya, s.69; Türel, s.115; Aktaş, s.63-64; Yener, s.19; Meydaneri, s.51-52; Yargıtay 11. HD. 19.02.2002 T 2002/1079 E 2002/1394 K Yünlü, s.72-73

⁹⁵ Gümüş, s.116; Çabri, s.154; İnceoğlu, s.146; Yavuz C., s.397; Atanılan, s.128; Yener, s.15; Aydoğdu/Kahveci, s.375; Yünlü, s.80

⁹⁶ Bu konuda Yargıtay vermiş olduğu bir kararda kiracının kusuru ile kullanılmaz hale getirdiği otomobil için kiraya verenin sorumlu tutulamayacağını, kiralananın, kiracının kusuru olmaksızın kötüleşmiş veya bozulmuş olması durumunda kiraya verenin sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Yargıtay 13. HD. 25.03.1981 T 1479 E 2104 K Çabri, s.154-155; Nuhoğlu, s.64; İnceoğlu, s.145-146; Meydaneri, s.57

⁹⁷ Yünlü, s.82

⁹⁸ Çabri, s.154; Bu konuda kiracının rızası ile kiralananı giren her bireyin kiracının yardımcı kişisi olarak kabul eden bir görüş vardır.; Kaya, s.66; Yener, s.15; Yünlü, s.83

⁹⁹ Meydaneri, s.57.

kiracı sorumludur.¹⁰⁰ Bu sonuca “*Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür*” şeklindeki TBK m. 317’den ulaşılabilir.¹⁰¹ Örneğin, olağan kullanım sonucu çatlayan muslukların yaptırılması kiraya verenin değil kiracının yükümlülüğündedir.

B. Şekli Şartlar

1. Kiracının Kiralananı Gözden Geçirme ve Bildirim Yükümlülüğü

TBK’da kiracının gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.¹⁰² Kira sözleşmesi bu yönüyle satış ve eser sözleşmesinden ayrılmaktadır.¹⁰³ Bu durum kira sözleşmesinin sürekli sözleşme olması dolayısı ile bir defaya mahsus gözden geçirmenin sözleşme niteliğine uygun düşmemesindendir.¹⁰⁴

Kiracı kiralanda ortaya çıkan ayıpları kiraya verene bildirmelidir. Bu durum TBK m.318’de “*Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur.*” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Burada “gecikmeksizin” ifadesi önemlidir. Bunun yorumlanması için TMK m. 2’ye başvurulması gerekir. Ayıbın anlaşılmasından itibaren vakit geçirilmeksizin kiralayana bildirmesi gerekir. Aksi halde kiracı ayıbı kabul etmiş sayılır. Yargıtay da önüne gelen bir olayda ayıbın görünür olmasına rağmen kira sözleşmesi başladıktan yedi ay sonra bildirmesini kabul etmemiştir¹⁰⁵

¹⁰⁰ Atanılan, s.129; Yener, s.15; Yünlü, s.88

¹⁰¹ Aktaş, s.65

¹⁰² Kaya, s.70; Acar, s.203

¹⁰³ Aral/Ayrancı, s.283; Gümüş, s.116; Yavuz, s.129

¹⁰⁴ Aktaş, s.65-66; Nuhoglu, s.65; İnceoğlu, s.149; Kaya, s.70; Atanılan, s.129; Meydaneri, s.58; Eren, s.337; Yavuz, s.129

¹⁰⁵ “....Davacı, davalı kiraya verene ait taşınmazın 02/08/2013 tarihli protokol ve 14/08/2013 başlangıç tarihli, beş yıl süreli kira sözleşmesi ile kiralandığını, kiralananın kafe olarak kullanılmasının kararlaştırıldığını, kira parasının yıllık peşin olarak ödendiğini, mecurun sözleşmeye uygun kullanılması için tadilat yapıldığı esnada binanın ana yapısı itibariyle kullanıma elverişli olmadığının tespit edildiğini, bu nedenle kiralananın 06/03/2015 tarihinde anahtarının Notere teslimi ile tahliye edildiğini, kiralana 392.663,16 TL masraf yapıldığını belirterek şimdilik 25.000,00 TL fazla ödenen kira bedeli ile 5.000,00 TL yapılan masraf bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı, davacıya kiralanan taşınmazın kafe olarak dizayn edilmiş olduğunu, bu nedenle sözleşmeye uygun kullanılmasının mümkün olduğunu, davacının yeni kira dönemi başladıktan 7 ay sonra ihtar çektiğini, ayıbın 1 yıl geçtikten sonra anlaşılacak olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, odaların birleştirilmiş vaziyette teslim edildiğini, nitekim bir önceki kiracının da kiralananı zaten bu şekilde kullandığını, davacının ödediği kiralaları isteme hakkının bulunmadığını, kiralana yapıldığı iddia edilen masrafların istenemeyeceği...” Yargıtay 3 HD. 01.07.2020 T 2020/2392 E 2020/3811 K

Ayıp bildirimi satış sözleşmesi ve eser sözleşmesinde külfet olarak düzenlenmişken, kira sözleşmesinde ayıp bildirimi borç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁶ Bildirimin niteliğinin borç olarak düzenlenmesinin sonucu olarak, bildirimin yapılmaması durumunda kiracının tazminat sorumluluğunun doğmasıdır.¹⁰⁷ Doktrindeki hâkim görüşe göre; kiracının ayıpları fark etmesine rağmen kiraya verene bunları bildirmemesi halinde ayıptan doğan haklarından feragat etmiş sayılması¹⁰⁸ ve kiralanda oluşan ayıp kaynaklı zararlardan sorumlu olması gerektirir.¹⁰⁹ Aksi görüş ise, ayıbın bildirilmemesi dolayısı ile oluşan zarardan kiracının tazminatla sorumlu olması fakat ayıptan doğan haklarına halel gelmeyeceği yönündedir.¹¹⁰

Kiracının ayıp bildiriminin şekline ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kiracı ayıp bildirimini sözlü, e-mail kanalıyla veya yazılı olarak yapabilir.¹¹¹ Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapmasında yarar vardır.¹¹² Ayıp bildirimi kiraya verene veya temsilcisine yapılabilir. Kiracı, ayıpları gecikmeksizin kiraya verene bildirmelidir.¹¹³

KİRAYA VERENİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

Kanun koyucu kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin TBK m.304'te *“Kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.”* şeklinde

¹⁰⁶ Çabri, s.150; Yünlü, s.94

¹⁰⁷ Aktaş, s.66; Nuhoğlu, s.66; Aydoğdu/Kahveci, s.380

¹⁰⁸ Yargıtay 3. HD. 18.06.2019 T 2017/8068 E 2019/5516 K Yünlü, s.101

¹⁰⁹ İnceoğlu, 2014, s.149; Yener, 2018, s.18; Meydaneri, 2019, s.59; Yargıtay 3. HD. 10.10.2018 T 2017/4139 E 2018/9876 K; Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu bir karar, *“Kiracı, kiralanan nesneyi olduğu gibi kabul ederse (onaylarsa) ya da haklarında vazgeçerse kiralayanın sorumluluğu ortadan kalkar. Kiracının bozukluğu bilmesine rağmen kira sözleşmesini kayıtsız ve şartsız yenilemesi halinde de bir onaylama hali bulunmaktadır. Bir vazgeçme (feragat) açık ya da üstü kapalı olabilir. O halde kiracının bozukluğu (ayıbı) bildiği ve buna rağmen (ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin) şeyi kabul ettiği yahut kirayı ödemeye devam ettiği veya sözleşmeyi yenilediği takdirde ayıp dolayısıyla tazminat veya kira bedelinin indirilmesini yahut ayıbın giderilmesini istemek haklarından halin icaplarına göre feragat etmiş sayılabilir.”* şeklindedir. Yargıtay 3. HD. 22.01.2009 T 2008/20910 E 2009/377 K; Benzer yönde karar için Bkz. Yargıtay 3. HD. 01.06.2006 T 2006/4757 E 2006/6802 K Yünlü, s.118

¹¹⁰ Nuhoğlu, s.67

¹¹¹ Yünlü, s.107

¹¹² Eren, s.337; Aydoğdu/Kahveci, s.377; Tacirler arasında yapılan bir ayıp bildiriminde Türk Ticaret Kanunu m.18 göz önünde bulundurularak buna uygun şekilde bildirim yapılmalıdır. Yargıtay HGK. 25.05.2016 T 2014/861 E 2016/632 K; Yünlü, s.107-109

¹¹³ Aktaş, s.67; Meydaneri, s.60

düzenleme önemli ayıplar ve önemsiz ayıplarda başvurulabilecek hükümlerde ikili bir ayrıma gitmiştir. Düzenlemeden çıkan sonuca göre, kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracıya iki hak tanmıştır. Bunlar; kiralananın ayıplı teslimini reddederek borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilme imkânı ve kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklı hükümlere başvurabilme imkânıdır.¹¹⁴ Kiracı, kiralananın ayıplı olması halinde, bu imkânlardan birisini kullanması gerekmektedir. Bu imkânlardan birisini kullanmaksızın kiralananı kullanmaya devam ederse kira bedelini ödeme yükümlülüğü de devam edecektir.¹¹⁵

A. Borçlunun Temerrüdü Hükümlerine Dayanılması

TBK m.304 uyarınca kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulabilecektir. Borçlunun temerrüdü, borçlunun yüklenilen edimini sözleşmeye aykırı olarak geç ifa etmesidir.¹¹⁶ TBK m.125'te borçlunun temerrüde düşmesi halinde başvurabileceği seçimlik haklar aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme, sözleşmeden dönme ve menfî zararın tazminini isteme hakkı olarak düzenlenmiştir.¹¹⁷ Bu haklardan aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme hakkı kira sözleşmesinin niteliği gereği uygulanamaz mahiyettedir.¹¹⁸ Kiracının sözleşmeden dönme ve müspet zararın tazminini istemesi için kural olarak kiraya verene süre vermesi gereklidir. Kira sözleşmesinde teslim anında bu hükmün uygulanmasına gerek kalmadığı için bu hakkın kullanılması gereksiz olacaktır.¹¹⁹

Kiraya verenin ayıplı teslimini kabul etmek istemeyen kiracının temerrüt hükümlerine başvurabilmesi için borçlunun temerrüdünün şartlarının mevcut olması gerekmektedir.¹²⁰ Borçlu temerrüdünün şartları; edimin ifası

¹¹⁴ Çabri, s.157; İncoğlu, s.155; Yavuz C., s.399; Kaya, s.76-77; Aktaş, s.68; Meydaneri, s.61; Yünlü, s.117

¹¹⁵ Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar "*Davacı kiracı, kiralananın TBK 301. maddesine uygun teslim edilmediğini belirterek sözleşmenin başlangıcından itibaren ödediği kira ve aidat bedellerinin iadesini talep etmekte ise de kendisine tanınan seçimlik haklarından hiçbirisini kullanmamış, sözleşmeyi feshetmemiş, kira indirimi davası açmamış, kiralanan taşınmazı dava tarihinden sonra ... teslim etmiştir. Bu durumda, davacı kiracının tahliye tarihine kadar kira ve aidat ödeme yükümlülüğü devam ettiğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.*" şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 30.03.2016 T 2015/6863 E 2016/2522 K; Yargıtay 3. HD. 17.05.2018 T 2017/8491 E 2018/5421 K; Yünlü, s.157

¹¹⁶ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.1117

¹¹⁷ Nuhoglu, s.73; Kaya, s.77; Türel, s.113; Aydemir, s.112; Aydoğdu/Kahveci, s.382

¹¹⁸ Aksi görüş ve açıklama için Bkz. İncoğlu, s.159-160; Meydaneri, s.65

¹¹⁹ Tutulmaz, s. 74-75

¹²⁰ Aral/Ayrancı, s.283; Atanlian, s.136; Yener, s.20

mümkün olmalıdır, borç muaccel olmalıdır, borçluya ihtar yapılmış olmalıdır, alacaklı edimi kabule hazır olmalıdır, borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkı bulunmamalıdır, ifa etmeme borca aykırı bir davranış olmalıdır. Borçlu temerrüdü için borçlunun kusurlu olması da aranmamaktadır.¹²¹ Bu şartlar kira sözleşmesi için uyarlandığında; kiralananın teslim anında önemli bir ayıp taşınması, kiraya verenin ifayı teklif etmiş olması, kiracının ifayı kabul etmemiş olması ve kiraya verenin ayıptan sorumlu olması gerekir.¹²² Kiraya verene ihtar çekilmesine gerek yoktur. İhtarın amacı borcun ifa zamanının geldiğini hatırlatmaktır. Kira sözleşmesinde, kira bedelinin ödenme zamanının kiraya verene hatırlatılmasına gerek yoktur.¹²³

1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı İsteme

Ayıplı kiralananı kabul etmek istemeyen kiracı aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebilir. Bu seçimlik hak TBK m.125/1’de “*Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içerisinde borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kiracının bu hakkını kullanabilmesi için kiraya verene süre vermesi ve bu süre içerisinde kiraya veren kiralananı ayıpsız bir şekilde teslim etmemeli veya kiraya verene süre verilmesini gerektirmeyen bir durum olmalıdır.¹²⁴ Kiracı kiralananın ayıpsız tesliminden dolayı yeni bir mal kiralamak zorunda kalmışsa bu süre zarfında ödemiş olduğu bedeli de gecikme tazminatı olarak isteyebilir.¹²⁵ Gecikme tazminatı için kiraya verenin kusurlu olması gereklidir.¹²⁶ Kiraya verenin, kiralananın ayıplı hale gelmesinde kusuru olmadığını ispatla gecikme tazminatı ödemekten kurtulması mümkündür.¹²⁷

2. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazminini İsteme

Kiraya verenin önemli ayıpla kiralananı teslim etmek istemesi halinde kiracı sözleşmeden dönme ve menfi zararın ödenmesini isteyebilir.¹²⁸ Bu durum TBK m.125/3’te “*Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın*

¹²¹ Kira sözleşmesine bu şartların uyarlanması için Bkz. Çabri, s.164 vd.; Eren, 2019, s.1119-1126

¹²² Necat Kurak, *Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.97

¹²³ İncoğlu, s.158; Meydaneri, s.63

¹²⁴ Yünlü, s.123

¹²⁵ İncoğlu, s.158

¹²⁶ Yünlü, s.123

¹²⁷ Çabri, s.182; İncoğlu, s.159; Meydaneri, s.64

¹²⁸ Yargıtay 3. HD. 11.05.2000 T 2000/4180 E 2000/4495 K; Çabri, 2013, s.185-186.

giderilmesini de isteyebilir." şeklinde ifade edilmiştir. Menfi zarar, kiracının kira sözleşmesinin hükümsüz kalması sebebiyle uğramış olduğu zarardır.¹²⁹ Menfi zararların talep edilebilmesi için kiraya verenin kusurlu olması gerekmektedir.¹³⁰ Menfi zararın kapsamına sözleşme giderleri girmektedir.¹³¹ Kira sözleşmesinin kurulması için yapılan (tapuya şerh verilmesi) ve boşa çıkan masraflar (emlakçıya verilen komisyon, kiralanan için malzeme alınması gibi), kaçırılan sözleşme fırsatları da kiraya verenden talep edilebilecektir.¹³² Kiraya verenin sorumluluktan kurtulmak için hem ayıbın oluşmasından hem de verilen sürede ayıbın giderilmemiş olmasında kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekir.¹³³ Kiracının yapacağı dönme beyanı herhangi bir şekle bağlı değildir.¹³⁴

B. Teslimden Sonra Ortaya Çıkan Ayıp Nedeniyle Kiracının Hakları

TBK m.304'te önemli ayıp-önemli olmayan ayıp ayrımı yapılmıştır. Kiraya veren önemli ayıpla teslimi teklif etmiş ve kiracı kabul etmişse veya kiralananındaki ayıp önemsizse bu durumda kiracının TBK m.305'te düzenlenen seçimlik haklardan birisini kullanması gerekmektedir. Bu seçimlik haklar; ayıbın giderilmesini isteme hakkı, kira bedelinde indirim yapılmasını isteme hakkı, kiralanan ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep hakkı, zararın giderilmesini isteme hakkı ve önemli ayıplarda sözleşmeyi fesih hakkıdır.¹³⁵

1. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

Kiracının kiralananı teslim aldıktan sonra kiralananın ayıplı hale gelmesi durumunda başvurabileceği ayıbın giderilmesi hakkı TBK m.306'da "*Kiracı, kiraya verenden kiralananındaki ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir; bu sürede ayıp giderilmezse kiracı, ayıbı kiraya veren hesabına giderir ve bundan doğan alacağını kira bedelinden indirebilir veya kiralananın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Ayıbın giderilmesini isteme hakkı aynen ifa niteliğindedir ve diğer seçimlik haklar kullanılmadan önce tüketilmesi gereken bir yoldur.¹³⁶ Ayıbın giderilmesini

¹²⁹ Çabri, s.186

¹³⁰ İnceoğlu, s.159

¹³¹ Meydaneri, s.66

¹³² Çabri, s.186

¹³³ İnceoğlu, s.159

¹³⁴ Çabri, s.186

¹³⁵ Kaya, s.80; Türel, s.113.

¹³⁶ Gümüş, s.127; Çabri, s.197; Nuhoglu, s. 75-76; İnceoğlu, s.168; Yavuz C., s.403; Aydoğdu/Kahveci, s.384; Kurak, s.99; Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar; "*Kiralananın sözleşme ile amaçlanan kullanılmaya elverişli bir halde bulunmadığından dolayı akdin feshini isteyen kiracının öncelikle uygun bir süre tayin ederek, bu ayıbın bu zaman zarfında bertaraf edilmesini istemesi ve bunun gerçekleşmemesi halinde, akdi fesihte haklı olduğunu kanıtlaması gerekir. Böyle bir ihtar olmaksızın ve sözleşme süresi sona*

isteme hakkı kiracının kira sözleşmesindeki mevcut durumunu koruma amacı taşımaktadır.¹³⁷ Kiracının bu talepte bulunabilmesi için kiracının gidermekle yükümlü olduğu bir ayıbın olmaması gerekir.¹³⁸

Ayıbın giderilmesi hakkı, her türlü ayıp halinde istenebilir.¹³⁹ Bu hakkın kullanılabileceği süre konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bu sürenin kiracının ayıbı kabul ettiğini düşündürtecek kadar uzun bir süre olmaması gerekir.¹⁴⁰ Ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanımı durumunda kiracının kiraya verene uygun bir süre vermesi gereklidir.¹⁴¹ Kiraya verene verilecek olan süre dürüstlük kuralı çerçevesinde ayıbın niteliğine ve somut olaya göre değişiklik gösterecektir.¹⁴² Kiraya veren verilen süre içerisinde kiralananındaki ayıbı giderirse kiracı sadece ayıptan kaynaklı zararının giderilmesini isteyebilecektir. Ayıp verilen süre içerisinde giderilmez ise kiracı ayıbı kiraya veren hesabına TBK m.113 uyarınca(nama ifa)kendisi giderebilir ve masrafları kira bedelinden indirebilir. Kiracı ayıp nedeniyle uğradığı zararlar birlikte diğer seçimlik haklarını da kullanabilme imkânına sahiptir.¹⁴³ Kiraya verene süre verilmesinin fayda sağlamayacağı hallerde kiracının süre vermeksizin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği doktrinde kabul edilmektedir.¹⁴⁴ Kiraya verenin kiralananındaki ayıpları giderdiği için kiracıdan masrafları talep etme hakkı yoktur.¹⁴⁵ Ancak ayıbın oluşmasında kiracının da kusurunun bulunması halinde kusuru oranında kiracıya rücu imkânı vardır.¹⁴⁶

TBK m.306/1'de kiracıya kiralananındaki ayıpları kiraya verenin uygun süre içerisinde gidermemesi halinde, kiraya veren hesabına bu ayıpları giderme hakkı tanınmıştır.¹⁴⁷ Bu yola başvurulabilmesi için kiralananın ayıplı olması, olağan bakım ve onarım kapsamında ayıpları kiracının gidermekle yükümlü olmaması ve kiraya verene bildirilmesi ve uygun süre verilmesine rağmen

erdikten sonra, kiracının akdi haklı nedenlerle feshettiğini ileri sürmesi MK 2. Maddesindeki iyyinet kuralları ile bağdaşmaz..” şeklindedir. Yargıtay 13. HD. 19.06.2003 T 2003/4076 E 2003/8059 K;Yünlü, s.127-128

¹³⁷ Aktaş, s.74; Meydaneri, s.69

¹³⁸ Aral/Ayrancı, s.233

¹³⁹ Gümü, s.122.; Kaya, s.81; Eren, s.339

¹⁴⁰ Akyiğit, s.85

¹⁴¹ Aktaş, s.75; Nuhoğlu, s.76; Aydemir, s.114; Yener, s.22; Yavuz, s.132; Meydaneri, s.69

¹⁴² Akyiğit, s.85; İnceoğlu, s.170; Kaya, s.81; Atanlian, s.148; Meydaneri, s.70; Yünlü, s.129

¹⁴³ Aktaş, s.75

¹⁴⁴ Meydaneri, s.71

¹⁴⁵ Yavuz C., s.403

¹⁴⁶ Atanlian, s.148; Meydaneri, s.71

¹⁴⁷ Atanlian, s.149; Aydemir, s.114; Yünlü, s.134

ayıpları gidermemiş olması veya süre verilmesine gerek olmayan bir halin bulunması¹⁴⁸ gerekmektedir.¹⁴⁹

Önemli olmayan ayıplarda kiracının ayıpları gidermek için hâkim iznine gerek yokken önemli ayıpların kiraya veren hesabına giderilebilmesi için TBK m.113 uyarınca hâkim iznine gerek vardır.¹⁵⁰ Ayıbın önemli olup olmaması, ayıbın derecesi ve masraflar dikkate alınarak tespit edilir.¹⁵¹ Bu konuda önemli olsun olmasın tüm ayıplarda hâkim iznine gerek olmaksızın ayıbın giderilebileceğini savunan bir görüş de vardır.¹⁵²

¹⁴⁸ Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar; *"Somut olayın özelliğine göre camların kırılmasında onarımın beklemeden yapılmasında zorunluluk vardır. Çünkü onarılması gerekli olan nesne kiralananın her türlü dış etkenlerden korunmasını sağlayan camdır. Bu nitelikte ve hemen giderilmesi zorunlu olan ufak tefek ayıp için bk.m.251/son gereğince kiralayana önel vermek; sonraca sonucunu beklemek, kiralananadaki nesneleri korumadan yoksun bırakır. Bir an için kiralayanın, kiralanda oturması sırasında olayın meydana geldiği ve camların kırıldığını kabul edelim böyle bir olasılıkla kiralayanın da yaptırma durumu ile kaşı karşıya bulunduğu, olayların normal akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşer. Öyleyse kiralayanın kendisinin bile beklemeden yerine getirmek zorunluluğunda olduğu bir ayıp için, kiracısından K M.251/son fıkrası hükmünün arkasına sığınarak savunmada bulunması için MK m.2 maddesindeki objektif iyi niyet kurallarına da aykırılığı oluşturur."* şeklinde. Yargıtay 13. HD. 07.07.1982 T 1982/4330 E 1982/5144 K.; Tutulmaz, s.77

¹⁴⁹ Çabri, s.215; Aktaş, s.77; Yavuz C., s.404-405; Yavuz, s.131-134; Meydaneri, s.72; Yargıtay 6. HD. 30.11.1992 T 1992/12940 E 1992/13867 K; Yünlü, s.129

¹⁵⁰ Karahasan, s.813; Aral/Ayrancı, s.235; Gümüş, s.126; Çabri, s.223; İnceoğlu, s. 174-180; Kaya, s.85; Acar, s.222; Yener, s.23; Eren, 2019, s.340; Kurak, s.100; Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar *"...kiralayan sözleşme süresince kiralananadan meydana gelen bozuklukları ve eksikleri kiracının bir kusuru yoksa gidermekle yükümlüdür. Sonradan ortaya çıkan ayıplar nedeniyle kiralananın tamir ve bakım gereksinimi doğarsa kiracı bozuklukların önemine ve niteliğine göre kiraya verene bu durumu bildirmek ve tamiri konusunda uygun bir süre vermekle yükümlüdür. Kiracının onarımı kiraya verenin hesabına yaptırabilmesi BK. 97/1 maddesi (6099 sayılı TBK.'nın 113/1 md.) uyarınca hâkimden izin alma koşuluna bağlı tutulmuştur. Ne var ki ihbar ve izin koşuluna uymamış olsa bile yapılan giderlerin, vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde kiraya verinin bu yüzden zenginleştiği tutar oranında istenebilmesi gerekir."* şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 10.12.2013 T 2013/4525 E 2013/16572 K; Yargıtay 13. HD. 27.01.2003 T, 2002/12092 E, 2003/677 K; Yargıtay 3. HD. 18.09.2019 T 2018/1520 E 2018/8632 K Yünlü, s.134-135

¹⁵¹ Kaya, s.85; Aktaş, s.78; Meydaneri, s.72-73

¹⁵² Aydoğdu/Kahveci, s.386; Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar *"...kiralayan sözleşme süresince kiralananada meydana gelen bozuklukları ve eksikleri kiracının bir kusuru yoksa gidermekle yükümlüdür. Ayrıca BK'nun 251/2 maddesi gereğince kiracı bazı koşulların varlığı halinde(esaslı olmayan ufak tefek ayıplar) kiralayanın hesabına eksiklikleri gidermekte izinlidir. Sonradan ortaya çıkan ayıplar nedeniyle kiralananın tamir ve bakım gereksinimi doğarsa kiracı bozuklukların önemine ve niteliğine göre kiraya verene bu durumu bildirmek ve tamiri konusunda uygun bir süre vermekle yükümlüdür. Kiracının onarımı kiraya verenin hesabına yaptırabilmesi BK. 97/1 maddesi (6098 sayılı TBK.'nın 113/1 md.) uyarınca hâkimden izin alma koşuluna bağlı tutulmuştur."* şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 17.06.2014 T 2013/14892 E 2014/7953 K

Kiracı, kiraya veren hesabına giderttiği önemli ayıpların masrafını, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak talep edebilir.¹⁵³ Kiracı bu masrafları kiraya verenden talep edebileceği gibi kira bedelinden de indirebilir.¹⁵⁴ Bununla birlikte TBK m.307'den farklı olan bir kira bedelinden indirim yapılmasını talep edebilir. Ayıbın kiraya veren hesabına gidertilmesi durumunda kira bedelinden indirim yapılması talebi, tek seferlik bir indirim olup seçimlik hak olarak düzenlenmiş olan kira bedelinden indirim yapılmasından farklıdır.¹⁵⁵

2. Kiralananın Ayıpsız Benzeri İle Değiştirilmesini İsteme Hakkı

Kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkının kullanılabilmesi için kiraya verene verilen uygun süre vermeli ve verilen süre içerisinde ayıbın giderilmemiş olması gerekmektedir.¹⁵⁶ Süre vermenin dürüstlük kuralı gereğince gereksiz olduğu durumlarda kiracı bu hakkı süre vermeksizin kullanabilecektir.¹⁵⁷ Bu hak ayıbın niteliği önemli olsun olmasın kullanılabilir.¹⁵⁸ Kiracıya tanınan kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Hâkim görüş, ayıbın giderilmesini isteme hakkının özel görünümü olduğu ve dolayısı ile aynen ifa talebinin devamı niteliğinde olan bir seçimlik hak olduğu yönündedir.¹⁵⁹

Kiracının bu hakkı kullanabilmesi için kiralananın misli eşya olması gerektiği yönünde doktrinde hâkim bir görüş vardır.¹⁶⁰ Bu görüşe, misli olmayan eşyaların da muadili ile değiştirilmesinin mümkün olduğu gerekçesi ile katılmıyoruz.¹⁶¹ Buna örnek, kiralananın ayıplı bir konut olması durumunda kiraya verenin muadil bir konutu varsa bunu kiracıya teklif etmesi verilebilir.

Kiracının bu hakkını kullanabilmesi için dürüstlük kuralı gereği, kiraya verenden bunun beklenebiliyor olması gerekmektedir.¹⁶² Değiştirme masraflarına da kiraya verenin katlanması gerekmektedir. Kiracının ayıbın giderilmesi talebi ve uygun süre verilmesine rağmen ayıp giderilmez ve

¹⁵³ Aktaş, s.79; Nuhoglu, s.82; Kaya, s.86-87; Atanlian, s.150; Yener, s.23; Yargıtay 13. HD. 06.03.1994 T 1994/1699 E 1994/3373 K Yünlü, s.136-137

¹⁵⁴ Kaya, s.85; Kurak, s.99

¹⁵⁵ Kaya, s.86; Meydaneri, s.73

¹⁵⁶ Kaya, s.94; Acar, s.224; Yünlü, s.145

¹⁵⁷ İnceoğlu, s.183

¹⁵⁸ Kaya, s.88; Gümüş, s.133

¹⁵⁹ Gümüş, s.131; Çabri, s.285; Kaya, s.95; Aktaş, s.85; Atanlian, s.162; Meydaneri, s.74; Yünlü, s.145

¹⁶⁰ Aktaş, s.86; Aral/Ayrancı, s.236; Nuhoglu, s.90; Acar, s.225.; Türel, s.127; Atanlian, s.162; Eren, s.343; Meydaneri, s.75

¹⁶¹ Gümüş, s.132; Çabri, s.288; İnceoğlu, s.184-185; Kaya, s.96; Aydoğdu/Kahveci, s.393; Yavuz C., s.409; Yener, s.26; Kurak, s.101; Yünlü, s.145

¹⁶² Gümüş, s.132; Aktaş, s.86; Kaya, s.95; Yener, s.27; Aydoğdu/Kahveci, s.392-393

kiracı kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakkını kullanırsa kiraya veren, kiralananın ayıpsız benzerini kiracıya temin etmek zorundadır. Kiraya veren kiralananın ayıpsız benzerini kiracıya teslim ederek borcundan kurtulabilecektir.¹⁶³

3. Kira Bedelinden İndirim Yapılmasını İsteme Hakkı

Kiralananın ayıplı olması halinde kira bedelinden indirim yapılmasını isteme hakkı TBK m.305'te "*Kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, ... kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını...isteyebilir.*" şeklinde düzenlenmiş ve bu hakkın şartları da TBK m.307'de "*Kiracı, kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı halinde, bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir.*" düzenlemesi ile somutlaştırılmıştır.

Kira bedelinden indirim yapılmasını talep hakkı, ikincil nitelikte seçimlik bir haktır.¹⁶⁴ Bu hak ayıbın giderilmesi hakkı ile birlikte ve ayrı olarak ileri sürülebilecektir.¹⁶⁵ Kira bedelinden indirim yapılmasını isteme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için ayıbın önemli olmasına gerek yoktur.¹⁶⁶ TBK m.307'den çıkan sonuca göre, ayıbın kiralananın kullanımını etkileyen önemli önemsiz tüm ayıplarda, kira bedelinden indirim yapılması istenebilir.¹⁶⁷

Kira bedelinden indirim yapılacak olan süre kiraya verenin ayıbı öğrenmesinden ayıbın giderilmesine kadar olan süredir.¹⁶⁸ Yapılacak olan indirim de ayıpla orantılı bir indirim olacaktır.¹⁶⁹ Bu açıdan kiracının hakkına hanel gelmemesi için ayıbı öğrenir öğrenmez TBK m.318 gereği ayıbı kiraya verene bildirmelidir.¹⁷⁰ Burada amaç kira sözleşmesi ile kurulan edim

¹⁶³ Meydaneri, s.76

¹⁶⁴ Çabri, s.234

¹⁶⁵ Gümüş, s.130; Yünlü, s.167

¹⁶⁶ Gümüş, s.128

¹⁶⁷ Çeşitli görüşler için Bkz. Akyiğit, s.86; İnceoğlu, s.197-198; Atanılan, s.156; Aksi görüş için Bkz. Yener, s.25-26; Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar "*... kira bedelini indirme sadece önemli bozukluklardan, bir başka söyleyişle sözleşme uyarınca kullanmanın önemli azalmasından dolayı caizdir...*" Yargıtay 3. HD. 28.09.1998 T 1998/9053 E 1998/9860 K Yünlü, s.169

¹⁶⁸ Çabri, s.249; İnceoğlu, s.205; Atanılan, s.155; Yargıtay bu hususta bir kararında "*... Bu nedenle ayıp ihbarının tebliği tarihi öncesini de kapsayacak şekilde kira bedelinin indirilmesine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...*" Yargıtay 3. HD. 20.03.2019 T 2017/6665 E 2019/2371 K Yünlü, s.171

¹⁶⁹ Türel, s.127; Aydemir, s.115; Yargıtay bu hususa bir kararında "*Ayıp, kiralananın hangi oranda amaca uygun kullanımını etkilemişse, bedelde indirimin de o oranda yapılması gerektiği, hususu tartışmasıdır.*" diyerek değinmiştir. Yargıtay 3. HD. 17.04.2019 T 2017/7137 E 2019/3472 K

¹⁷⁰ Aral/Ayrancı, s.238; Türel, s.123; Tutulmaz, s.82; Yargıtay 3.HD. 25.03.2019 T 2017/6595 E 2019/2530 K; Yargıtay 3. HD. 24.09.2019 T 2017/8625 E 2019/7055 K

dengesinin ayıpla kiracı aleyhine değişmesini önlemektir.¹⁷¹

Kiracının bu hakkını ne zaman kullanması gerektiğine ilişkin doktrinde bir görüş, bu hakkın geriye dönük olarak kullanılabileceğini savunmaktadır. Aksi görüş ise, kira bedelinden indirim isteme hakkının geriye dönük olarak kullanılamayacağını savunmaktadır.¹⁷² Bu konuda bizim katıldığımız görüş ise, kira bedelinden indirim isteme hakkının hem geriye hem de ileriye dönük olarak da kullanılabileceği yönündedir.¹⁷³ Yargıtay bu konuda dava tarihinden önceki kira bedellerinden indirim yapılamayacağını savunmaktadır.¹⁷⁴

Kiracının bu seçimlik hakkını nasıl ileri sürmesi gerektiği konusunda da bir görüş bu hakkın mahkeme yoluyla kullanılmasına gerek olmadığı yönündedir.¹⁷⁵ Aksi görüş ise, kiracının bu hakkını mutlaka mahkeme yoluyla kullanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁷⁶ Bu konuda kiracının mahkeme yoluna başvurmadan da bu hakkını ileri sürebileceğini eğer kiraya veren indirim hakkının kullanılmasına itiraz ederse veya indirim miktarında anlaşılamazsa mahkeme yoluna başvurulması gerektiği kanaatindeyiz. Kira bedelinden indirim yapılması için dava açılmışsa dava bedel indirimi ile sonuçlanana kadar, tam kira bedelinin kiraya verene ödenmesi gerekir.¹⁷⁷

Kira bedelinden uygun indirimin nasıl yapılacağı konusunda üç metot vardır. Bunlar; mutlak metot, tazminat metodu ve nispi metottur. Mutlak metoda göre, kiralananın ayıplı ve ayıpsız benzerinin değerleri arasındaki fark oranında indirim yapılmalıdır.¹⁷⁸ Tazminat metoduna göre, tarafların kararlaştırdıkları kira bedeli ile kiralananın ayıplı değeri arasındaki fark oranında indirim yapılmalıdır.¹⁷⁹ Nisbi metoda göre, kiralananın ayıplı değeri, ayıpsız değerine oranlanır ve tarafların kararlaştırdıkları kira bedeli ile çarpılarak indirim yapılacak miktar bulunur.¹⁸⁰ Nisbi metot TBK m.307’de ayıpla orantılı indirim ibaresi kullanılarak yasal olarak kabul edilmiştir.¹⁸¹ Nispi metotta kullanılan

¹⁷¹ Gümüş, s.129; Aktaş, s.87; Nuhoğlu, s.91; Atanlian, s.153; Meydaneri, s.77

¹⁷² Kaya, s.93; Meydaneri, 2019, s.77; Yargıtay seçimlik haklardan birisi kullanıldıktan sonra geriye dönük olarak kira bedelinden indirim talep edilemeyeceği görüşündedir. Yargıtay 6. HD. 17.06.2014 T 2013/14892 E 2014/7953 K

¹⁷³ Gümüş, s.130; İnceoğlu, s.205; Atanlian, s.157; Yargıtay 6. HD. 22.01.2015 T 2014/5834 E 2015/700 K

¹⁷⁴ Yargıtay 6. HD. 12.11.2014 T 2014/8108 E 2014/12346 K; Yargıtay 3. HD. 17.04.2019 T 2017/7137 E 2019/3472 K Yünlü, s.179

¹⁷⁵ İnceoğlu, s.204; Kaya, s.93; Kurak, s.100

¹⁷⁶ Atanlian, s.155; Aral/Ayrancı, s.238; Yavuz, s.137; Meydaneri, s.78

¹⁷⁷ Yargıtay 6.HD. 16.10.2000 T 5809/8803 K Akyiğit, s.88

¹⁷⁸ Nuhoğlu, s.98; Atanlian, s.158

¹⁷⁹ Nuhoğlu, s.98; Atanlian, s.159

¹⁸⁰ Çabri, s.247; Nuhoğlu, s.99

¹⁸¹ İnceoğlu, s.207; Atanlian, s.161; Eren, s.342; Yavuz C., s.408; Meydaneri, s.78-79; Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karar “...mahkemece davacının talebinin açıklattırılarak,

formül somut bir örnekle açıklanacak olursa kiralananın ayıpsız değeri 5000 TL, tarafların belirledikleri kira bedeli 4000 TL ve kiralananın ayıplı değerinin 2000 TL olduğu varsayımında formül uygulanırsa;

- İndirim miktarı= $(4000 \times 2000) / 5000$
- İndirim miktarı=1600
- İndirimli kira bedeli=4000-1600
- İndirimli kira bedeli=2400 olarak bulunur.

4. Sözleşmeyi Fesih Hakkı

Kiracının, kiralananın ayıplı olması halinde sahip olduğu sözleşmeyi fesih hakkı TBK m.305/2'de ve 306/2'de düzenlenmiştir. TBK m.305/2'de yapılan düzenleme "*Önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.*" şeklindedir. TBK m.306/2'de yapılan düzenleme ise "*Ayıbın, kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi ve verilen sürede giderilememesi halinde kiracı, sözleşmeyi feshedebilir.*" şeklindedir.

Bununla birlikte kira sözleşmesine, TBK m.126'da sürekli edimli sözleşmelere ilişkin "*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*" hükmü de uygulanabilecektir.

TBK m.305'te düzenlenen fesih hakkının kullanılabilmesi için ayıbın önemli bir ayıp olması gerekmektedir.¹⁸² Önemli olmayan ayıplarda 305 inci maddeye dayanarak fesih hakkı kullanılamayacaktır.¹⁸³ TBK m.306'da düzenlenen fesih hakkının kullanılabilmesi için ayıbın kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması veya önemli ölçüde engellemesi gerekmekte ve kiraya verene ayıbın giderilmesi için verilen uygun süreye rağmen ayıbın giderilmemiş olması gereklidir.¹⁸⁴ TBK m.124 uyarınca kiraya

talep neticesinin semenin tenziline ilişkin olduğu anlaşıldığı takdirde bu bedelin, dairemizin istikrar kazanan uygulama ve içtihatlarına göre kabul gören nisbi metod uygulanarak bulunması gerekir. Nisbi Metod ise; Ödenecek Bedel=(Kararlaştırılan Bedel x Ayıplı Değer)/ Ayıpsız Bedel şeklinde orantı kurularak yapılması gereken yöntemdir." şeklindedir. Yargıtay 13. HD. 18.03.2014 T 2013/9483 E 2014/7575 K; Yargıtay 3. HD. 28.09.1998 T 1998/9053 E 1998/9860 K Yünlü, s.175

¹⁸² İncoğlu, s.187; Acar, s.226

¹⁸³ Çabri, s.253; Ataman, s.166; Yünlü, s.148

¹⁸⁴ Akyiğit, s.88; İncoğlu, s.188; Kaya, s.97; Aktaş, s.99; Aydoğdu/Kahveci, s.395 Yargıtay işyeri ruhsatı alınamıyor olmasının önemli ayıp saymıştır. Ancak ruhsatın alınamamasında kiraya verenin kusuru yoksa taşınma masraflarından kiraya verenin sorumlu tutulamayacağını da belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 6. HD. 20.10.2016 T 2015/10347 E 2016/6101 K; Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karar "Mahkemece uygun süreli ihtar verilmeden gönderilen

verene uygun süre verilmesini gerektirmeyen haller varsa bu durumda kiracı doğrudan sözleşmeyi fesih hakkını kullanabilecektir.¹⁸⁵

Fesih beyanı, tek taraflı, kabule bağlı olmayan bir irade beyanıdır.¹⁸⁶ Fesih beyanının kullanılması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.¹⁸⁷ Bunun kira sözleşmesindeki istisnası, TBK m.348’de konut ve çatılı iş yeri kiralalarında fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için yazılı yapılması gerektiğidir.¹⁸⁸

Kiracının fesih beyanı kiraya verene ulaştığında hüküm ve sonuç doğuracak ve kira sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erecektir.¹⁸⁹ Fesih sonucunda kira sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte fesih dolayısı ile kiracının uğramış olduğu zararlar söz konusu olacaktır. TBK m.126 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla kiracı bu zararını tazmin edebilecektir.¹⁹⁰

Kiracının sözleşmeyi fesih hakkını kullanması durumunda feshe kadar geçen süre için kiracının kira bedelinden indirim talep edilemeyeceği hususuna değinmek gerekmektedir. Bu konuda bir görüş, bunun mümkün olduğunu diğer görüş mümkün olmadığını savunmaktadır.¹⁹¹ Biz bu konuda fesih hakkı ile birlikte kira bedelinden indirim yapılmasını isteme hakkının da kullanılmasının mümkün olduğu görüşündeyiz. Yargıtay kiracıya tanınan seçimlik haklardan birisinin kullanılmasından sonra geriye dönük kira bedelinden indirim yapılamayacağı görüşündedir.¹⁹²

Fesih, sürekli edimli kira sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirecektir. Bu durumda, feshe kadar ifa edilmiş olan edimler varlığını sürdürecektir ancak fesih sonrası edimler sona erecek ve fazlaya ilişkin ödenmiş bedeller de sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri istenebilir.¹⁹³

C. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı

Kiracının, kiralananın ayıplı olması halinde başvurabileceği bir diğer hak da zararının giderilmesini talep etme hakkıdır. Bu hak TBK m.305/1’de de

fesih ihtarinin haksız olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru değildir.” şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 24.11.2014 T 2014/2091 E 2014/12909 K; Yargıtay 13. HD. 19.06.2003 T, 2003/4076 E 2003/8059 K Yünlü, s.149

¹⁸⁵ Gümüş, s.124; Türel, s.123; Kaya, s.98; Aktaş, s.100; Atanlian, s.166; Yener, s.29; Meydaneri, s.80; Yünlü, s.151

¹⁸⁶ Çabri, s.254; Aktaş, s.98; Atanlian, s.165

¹⁸⁷ İncoğlu, s.190

¹⁸⁸ Çabri, s.277; İncoğlu, s.190; Meydaneri, s.80

¹⁸⁹ İncoğlu, s.191; Türel, s.114

¹⁹⁰ Atanlian, s.167; Meydaneri, s.80

¹⁹¹ Meydaneri, s.81; Yünlü, s.156

¹⁹² Yargıtay 6. HD. 17.06.2014 T 2013/14892 E 2014/7953 K; Aksi yöndeki Yargıtay kararı, Yargıtay 3. HD. 20.09.2001 T 2001/6727 E 2001/7921 K Yünlü, s.156-157

¹⁹³ Yargıtay 3. HD. 14.02.2019 T 2017/4450 E 2019/1110 K Yünlü, 2020, s.153-154

“...Ancak zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden anlaşılabileceği üzere tazminat talep etme hakkı tek başına kullanılabileceği gibi diğer seçimlik haklarla birlikte de kullanılabilir.¹⁹⁴ TBK m.308’de yer alan düzenleme “*Kiraya veren, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, kiralananın ayıplı olmasından doğan zararları kiracıya ödemekle yükümlüdür.*” şeklindedir. Bu hüküm TBK m.112’de düzenlenen borcun hiç ve gereği gibi ifa edilmemesinin kira sözleşmesindeki özel görünümü niteliğindedir.¹⁹⁵

Kiracının, kiralananın ayıplı olması sebebiyle tazminat talep edebilmesi için zararın kiraya verenin borca aykırı davranışından(kusurundan) kaynaklanması gerekmektedir.¹⁹⁶ Kiraya verenin kira sözleşmesindeki asli borcu kiralananı, sözleşmede kararlaştırılan şekilde teslim etmek ve sözleşme süresince bu halde bulundurmaktır. Kiralananın ayıplı olması halinde kiraya verenin asli borcuna aykırı davrandığı söylenebilecektir. Bununla birlikte ayıp kiracının kusurundan kaynaklanıyorsa da tazminat talep etme hakkı yoktur.¹⁹⁷

Kiracının, kiraya verenden ayıp dolayısı ile tazminat talebinde bulunabilmesinin bir diğer koşulu da ayıp dolayısı ile kiracının zarara uğramış olmasıdır.¹⁹⁸ Bu şart TBK m.308’de açıkça ifade edilmiştir. Kiracının zararı, kiralananı kullanamaması veya ayıp sebebiyle eşyalarının zarara uğraması şeklinde olabileceği gibi ya da manevi olarak zarara uğraması şeklinde de olabilir.¹⁹⁹ Kiracının, ayıp dolayısı ile kiraya verenden talep edebileceği zarar müspet zarardır.²⁰⁰ Müspet zarar, edim ifa edilseydi alacaklının malvarlığı değeri ile edimin ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının mevcut malvarlığı değeri arasındaki farktır. Bu zararın kapsamına, kiralananın değerinin azalması, tamir masrafları, kazanç kayıpları gibi değerler girmektedir.²⁰¹ Zararın varlığını ispatlamakla yükümlü olan taraf kiracıdır. Zararın miktarını kiracı ispatlayamazsa bu durumda hâkim bu miktarı TBK m.50/2’de düzenlenen hakkaniyet esaslarına göre belirleyecektir.²⁰²

¹⁹⁴ Çabri, s.292; İnceoğlu, s.212; Kaya, s.103; Aktaş, s.96; Meydaneri, s.82; Yünlü, s.185

¹⁹⁵ Yavuz C., s.414; Meydaneri, s.82

¹⁹⁶ Aktaş, s.94; Yener, s.30; Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu karar, “*dava konusu taşınmaz, kiracı tarafından eski malikten işyeri olarak kirallanmış olsa da imar planında otopark olmaması sebebiyle iş yeri açma ve çalışma ruhsatı alınamamış olması sebebiyle kiracı, yeni malike ayıp ihbarında bulunmuş ve ayıbın uygun süre içerisinde giderilmesini istemiştir. Kiracının, ayıbın giderilmemiş olması sebebiyle akdin feshi haklı olsa da yeni malik kiraya verenden tazminat talep edilemez.*” şeklindedir. Yargıtay 6. HD. 24.10.2016 T 2015/10347 E 2016/6101 K Kurak, s.113-116

¹⁹⁷ Meydaneri, s.82-83

¹⁹⁸ Çabri, s.293; Türel, s.143; Atanılan, s.169

¹⁹⁹ Aktaş, s.95.

²⁰⁰ Gümüş, s.133; Eren, s.343.

²⁰¹ Meydaneri, s.84.

²⁰² Aktaş, s.96; Meydaneri, s.83.

Zararın miktarından, kira bedelinden indirim yapılmışsa veya zarar dolayısı ile bir gelir elde edilmişse bunlar indirilecektir.²⁰³

Kiracının ayıp sebebiyle tazminat talep edebilmesi için bir diğer şart da kiraya verenin kusurlu olmasıdır.²⁰⁴ Bu durum TBK m.308'de açıkça ifade edilmiştir. Zararın giderilmesini talep hakkı diğer seçimlik haklardan kusur aranması gerektiği için farklıdır.²⁰⁵ Kiraya veren, ayıp dolayısı ile oluşan zararı ödemekten, kusuru olmadığını ispatla sorumluluktan kurtulabilir.²⁰⁶ Kiraya veren, yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumludur. Bununla birlikte ayıbın oluşmasında kiracının da kusuru varsa TBK m.52 uyarınca tazminat oranından indirim yapılacaktır.²⁰⁷

Kiraya verenin, ayıp dolayısı ile tazminat ödemesi için diğer gerekli şart, ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır.²⁰⁸ Bu illiyet bağını ispat yükü kiracıya aittir. Kiracının TBK m.318 uyarınca ayıbı bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda tazminat talebinde bulunamayacağını savunan görüşler mevcuttur.²⁰⁹

D. Kiraya Verene Tanınan Seçimlik Haklar

TBK'da kiracıya tanınan seçimlik hakların yanında kiraya verene de TBK m.306/3 ve 4'te kiraya verene de seçimlik haklar tanınmıştır. Bunlar TBK m.306/3'te düzenlenen kiralananın ayıbı gidermek yerine ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi ve TBK m.306/4'te düzenlenen kiraya verenin kiralananın

²⁰³ Meydaneri, s.84.

²⁰⁴ Çabri, s.305; Türel, s.143; Atanlian, s.171; Yargıtay bir kararında “*Davacı taraflar arasında düzenlenen beş yıllık kira sözleşmesine güvenerek, spa / fitness / spor merkezi olarak kullanmak üzere kiraladığı taşınmaza kullanma amacına yönelik olarak bir takım faydalı ve zorunlu harcamalar yapmış, kendisine göre bir iş ve müşteri çevresi oluşturmuş olarak ticari faaliyetini sürdürmekte iken henüz birinci kira yılı yeni sona erdiğinde taşınmazın bir başkasına satılması dolayısıyla tahliye tehdidi altında kalarak kiralananı tahliye etmek zorunda kalmıştır. Her ne kadar mahkemece taşınmazın üçüncü kişiye satılmasının kiracılık ilişkisini etkileyemeyeceği, davacının cebri icra sonucu değil, kendi isteği ile kiralananı tahliye ettiği, hakkında açılmış bir tahliye davası ve alınan bir tahliye kararı bulunmadığı, kiralananın başlangıçta kullanılmaya elverişli şekilde davacıya teslim edildiği belirtilerek, davanın reddine karar verilmiş ise de, davalı kiraya veren yukarıda açıklandığı üzere kiralananı kiracılık süresince kullanmaya elverişli halde bulundurmamış, sözleşmeye aykırı davranarak, kiralananı üçüncü kişiye satmak suretiyle davacı kiracının tahliye tehdidi altında kalmasına ve sonuçta da tahliye edilmesine yol açmıştır*” diyerek kiracının tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 6. HD. 21.01.2014 T 2013/15959 E 2014/579 K; Yargıtay 3. HD. 08.07.2004 T 2004/8423 E 2004/7719 K Yünlü, s.185

²⁰⁵ Aktaş, s.96; Meydaneri, s.85

²⁰⁶ Kaya, s.105; Aral/Ayrancı, s.239

²⁰⁷ Kaya, s.105; Meydaneri, s.85

²⁰⁸ Çabri, s.304; İnceoğlu, s.212; Kaya, s.104; Türel, s.143; Atanlian, s.172

²⁰⁹ Meydaneri, s.86

ayıpsız benzerini hemen vermesi ve kiracının uğradığı zararların gidererek seçimlik hakları kullanmasının önlenmesidir.

1. Kiralananadaki Ayıbı Gidermek Yerine Ayıpsız Benzeriyle Değiştirme Hakkı

TBK m.305/1'de ve 306/1'de kiralananın ayıplı olması halinde kiracıya, kiralananadaki ayıbın giderilmesini talep hakkı verilmiştir. Ancak TBK m.306/3'te "*Kiraya veren, kiralananadaki ayıbı gidermek yerine, uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirebilir.*" şeklinde düzenleme yapılarak kiraya verene de kiralananadaki ayıbı gidermek yerine kiralananın ayıpsız benzerini kiracıya teslim etmek hakkı verilmiştir. Bu hakkı kiraya verenin kullanması ayıbın giderilmesinin masraflı olması, zaman alacak olması ve dolayısı ile ayıbı gidermenin kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesinden daha uygun olacağı durumlarda mümkündür.²¹⁰

Maddede geçen uygun süre ifadesinin ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu konuda bir görüşe göre uygun sürenin ayıbın giderilmesi için verilen süre anlaşılırken diğer bir görüş kiraya verenin kiralananı temini ve kiracıya teslim etmesi gereken süre anlaşılmaktadır.²¹¹ Kanaatimizce bu ifadenin kiracı lehine ve düzenlemenin mantığına uygun olabilmesi için kiralananın ayıpsız benzerini sağlamaya yetecek ve en geç ayıbın giderilmesi gereken süreyi aşmayacak bir süre anlaşılmalıdır.²¹²

Kiralananın ayıpsız benzerini temin etmek ve kiracıya teslim etmek masraflarını kiraya veren katlanmalıdır.

2. Kiraya Veren Kiralananın Ayıpsız Benzerini Hemen Kiracıya Vermek ve Kiracının Uğradığı Zararı Karşılama Hakkı

Kiralananın ayıplı olması halinde, kiracıya seçimlik haklar tanınmıştır. Kiraya verene de kiracının bu seçimlik hakları kullanmasını önleme hakkı tanınmıştır. Bu hak TBK m.306/4'te "*Kiraya veren, kiracıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek, onun seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere kiraya verenin bu hakkını kullanabilmesi için, kiralananın ayıpsız bir benzerini temin ederek hemen vermesi ve kiracının kiralananın ayıplı olmasından dolayı uğramış olduğu zararın tamamının giderilmesi şarttır.²¹³

Düzenlemede diğer dikkat çekilmesi gereken husus kiralananın ayıpsız benzerinin verilmesi gereken zaman olarak hemen ifadesinin kullanılmasıdır.

²¹⁰ Aktaş, s.102; Meydaneri, s.87

²¹¹ Meydaneri, s.87

²¹² İncoğlu, s.223

²¹³ Ataman, s.179

Bu ifadeden anlaşılması gereken kiraya verenin ayıbı öğrenir öğrenmez bu hakkını kullanması ancak bu süre zarfında kiracının seçimlik haklarını kullanmamış olması gerekmektedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Bu konuda aksi bir görüş, hemen ifadesinin geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır.²¹⁴

Kiraya verenin bu hakkını kullanması durumunda kiracının bunu kabul etmemesi durumunda bunun sonuçlarının ne olacağı belli değildir. Bu konuda bizim görüşümüz, kiracının herhangi bir zararının olmamasına rağmen kiraya verenin bu teklifini kabul etmemesi dürüstlük kuralına uygun düşmeyeceği için kiracının, seçimlik haklarını kullanmaktan feragat ettiğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir.²¹⁵

SONUÇ

Kira sözleşmesinde kiraya verenin asli borcu TBK m.301’de düzenlenen kiralananı sözleşmeye uygun biçimde teslim etmek ve sözleşme süresince bu halde bulundurmaktır. Kiraya veren kiralanda sözleşme yapılırken var olan veya sonradan ortaya çıkan ayıplardan da sorumludur. Kiralananın ayıplı olması da sözleşmede amaçlanan kullanımı engelleyeceği ve kiraya verenin sözleşmeden doğan asli borcunu yerine getirmemiş sayılmasına sebep olacağı için ayıptan doğan sorumluluğun temeli TBK m.301’e dayanmaktadır.

Ayıp kavramı hukukumuzda bir kanun yapma tekniği olarak, sadece satış sözleşmesinde tanımlanmış ve diğer sözleşmelerde de bundan yararlanılması yolu tercih edilmiştir. Ayıp kavramı farklı şekillerde sınıflandırılmıştır. Sınıflandırma ayıbın niteliğine göre, mevcut bulunduğu ana göre önem derecesine göre ve ayıbın hemen fark edilebilir olup olmamasına göre kriterleri esas alınarak yapılmıştır.

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun özellikleri; ayıptan doğan sorumluluk TBK m.301’in uzantısı olarak kabul edilirse asli borç niteliğindedir. Ayıptan doğan sorumluluk, kanun hükümlerine dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluktur, hukuki nitelik olarak da doktrinde genel kabul kötü ifa olduğu yönündedir.

Kiraya verenin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için gerekli şartlar maddi ve şekli şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi şartlar; kiralanda bir ayıbın bulunması, kiralananın ayıp sebebiyle sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli olmaması, ayıbın gizli ayıp olması, tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmamış olması ve kiracının ayıbın oluşmasında kusurunun bulunmamasıdır. Şekli şart ise, kiracının kiralananı gözden geçirme ve bildirim borcudur.

²¹⁴ Meydaneri, s.88

²¹⁵ Meydaneri, s.88; Aksi görüş için Bkz. Gümüş, s.135

Kiralananın ayıplı olması sözleşmede edimler arası dengeyi sağlamak için kiracıya seçimlik haklar tanınmıştır. Bu haklardan TBK m.304'te kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracıya iki hak tanınmıştır. Bunlardan ilki, kiralananın ayıplı teslimini reddederek borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilme ve kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kaynaklı hükümlere başvurabilme imkânıdır. TBK m.125'te borçlunun temerrüde düşmesi halinde başvurabileceği seçimlik haklar aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme, sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini isteme hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu haklardan aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme hakkı kira sözleşmesinin niteliği gereği uygulanamaz mahiyettedir.

Kiraya veren önemli ayıpla teslimi teklif etmiş ve kiracı kabul etmişse veya kiralalandaki ayıp önemsizse bu durumda kiracının TBK m. 305'te düzenlenen seçimlik haklardan birisini kullanması gerekmektedir. Bu seçimlik haklar; ayıbın giderilmesini isteme hakkı, kira bedelinde indirim yapılmasını isteme hakkı, kiralanın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini talep hakkı, kira bedelinden indirim yapılmasını talep hakkı ve önemli ayıplarda sözleşmeyi fesih hakkıdır. Kiraya veren bu seçimlik haklarla birlikte veya ayrı olarak ayıp dolayısı ile uğramış olduğu zararın giderilmesini de talep edebilir.

Kiraya verene de kiracıya tanındığı gibi seçimlik haklar tanınmıştır. Bunlar TBK m.306'da düzenlenen kiralalandaki ayıbı gidermek yerine kiralananın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi ve kiraya verenin kiralananın ayıpsız benzerini hemen vererek ve kiracının uğradığı zararları gidererek kiracının seçimlik haklarını kullanmasını önlemektir.

Kira sözleşmesi gibi sürekli edimli sözleşmelerde, taraflar arasındaki edim dengesinin korunması amacıyla, sözleşmenin zayıf tarafının korunması gerekmektedir. Bu açıdan ayıp hükümleri sürekli edimli sözleşmelerde zayıf tarafı korumaya yönelik olmalı ancak zayıf tarafı korumak adına sözleşmenin diğer tarafı için haksızlık oluşturacak boyutta da olmamalıdır.

KISALTMALAR CETVELİ

| | |
|------------|-----------------------|
| C. | : Cilt |
| E. | : Eser |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| m. | : madde |
| S. | : Sayı |
| s. | : sayfa |
| ss. | : sayfalar arası |
| T. | : Tarih |
| TBK | : Türk Borçlar Kanunu |
| Y. | : Yıl |

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk, ***Kira Hukuku Şerhi***, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Akkurt, Sinan Sami/Kemal, Erdoğan/Hüseyin, Tokat, ***Borçlar Hukuku***, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019
- Aktaş, Abdullah, ***Kiraya Verenin Kiralananındaki Ayıptan Sorumluluğu***, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016
- Akyiğit, Ercan, ***6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi***, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- Aral, Fahrettin/Hasan Ayrancı, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, 9. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- Atanılan, Arif, ***6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Kira Sözleşmesinde Kiraya Veren Borçları Özellikle Ayıptan Sorumluluğu***, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2017
- Aydemir Efrail, ***Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku***, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016
- Aydoğdu, Murat/Nalan, Kahveci, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- Çabri, Sezer, ***Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu***, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Eren, Fikret, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 24. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019
- Eren, Fikret, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019
- Gümüş, Mustafa Alper, ***“Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi***, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- İnceoğlu, Murat, ***Kira Hukuku Cilt 1***, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014
- Karahasan, Mustafa Reşit, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002
- Kaya, Ümmühan, ***Türk Hukukunda Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu***, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- Kurak, Necat, ***Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar***, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- Meydaneri, Hatice Kübra, ***Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu***, Ufuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019

- Nuhoğlu, Beyza, ***Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu***, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013
- Tutulmaz, Nur Bihter, ***Kiraya Verenin Ayıptan Dolayı Sorumluluğu***, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2019
- Türel, Erol, ***Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri***, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015
- Yalçınduran, Türker, “Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ayıp Nedeniyle Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Kiracının Erken Tahliye Etme İmkânı”, ***Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***, C.29, S.2, 2013
- Yavuz, Cevdet, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014
- Yavuz, Nihat, ***Kira Hukuku***, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara
- Yener, Mehmet Deniz, ***Kira Sözleşmesi ve Özellikle 6098 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler***, 1. Baskı Yalın Yayıncılık, İstanbul, 2018
- Yünlü, Semih, ***Kira Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk***, 1. Basım, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2020

İNTERNET KAYNAKLARI

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

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>

İDARE HUKUKU YAKLAŞIMIYLA REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPISAL TEDBİRLER

*Structural Remedies in the Law on the Protection of Competition with the
Administrative Law Approach*

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

Geliş Tarihi: 27.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, 24.06.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7246 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin büyük bölümü, Avrupa Birliği rekabet mevzuatı ekseninde gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kuruluna, Kanun'un belirli maddelerinin ihlalinin tespiti üzerinde yapısal tedbir kararı alma yetkisi verilmiştir. Kanun'un değiştirilen 9. maddesine göre, yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. İdare hukuku yönüyle incelendiğinde yapısal tedbirlerin, idari kolluk faaliyeti içerisinde ex post denetim sonucu tesis edilen bir idari işlem olduğu belirtilmelidir. İçerik olarak bakıldığında, yapısal tedbirlerin idari tedbir veya idari yaptırım niteliğinde değerlendirilmesine ilişkin yorum farklılıkları oluşabilecektir. Yapısal tedbirler, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir ekonomik kolluk işlemidir. Böylece ciddi ve ağır sonuçları olan idari kolluk işlemine ilişkin kanuni düzenlemenin, idari usul ve takdir yetkisinin kullanımı açısından belirsizlikler taşıdığı ifade edilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu, yapısal tedbirler, davranışsal tedbirler, idari tedbirler.

ABSTRACT

Significant changes have been made in the Law No. 4054 on the Protection of Competition with Law No. 7246, which entered into force on 24.06.2020. Most of the said changes were made within the framework of the European Union competition legislation. In this context, the Competition Board has been given the authority to take a decision of structural remedy on violation of certain articles of the Law. With the amended article 9 of the Law, structural remedies are applied only in cases where the behavioral remedies introduced earlier have yielded no results. When examined from the administrative law aspect, it should be noted that the structural remedies are an administrative act taken as a result of an ex-post supervision established within the framework of administrative police activities. Considering the content, differences in interpretation may occur regarding the evaluation of structural remedies as administrative measures or administrative sanctions. Structural remedies are an economic police act that interferes with fundamental rights and freedoms, especially property rights. It should be stated that the legal regulation on administrative police act, which has such serious and severe consequences, has uncertainties in terms of administrative procedure and the use of discretionary power.

Keywords: Law on the Protection of Competition, Competition Board, structural remedies, behavioral remedies, administrative measures.

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8032-0976.

GİRİŞ

24.06.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan, 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("7246 sayılı Kanun") ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("4054 sayılı Kanun") değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte; taahhüt ve uzlaşma usullerinin öngörülmesi, "de minimis" istisnasının getirilmesi, idareye yerinde inceleme yetkisi verilmesi başta olmak üzere, idarenin ve teşebbüslerin bu alandaki faaliyetlerini etkileyen, Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyumlu yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Ayrıca bu değişiklikler, rekabetin korunması amacıyla görevli ve yetkili Rekabet Kurumunun idari teşkilat yapısına ve personeline yönelik düzenlemeler de içermektedir.

AB mevzuatına uyum sağlama çabası çerçevesinde 7246 sayılı Kanun ile getirilen önemli düzenlemelerden bir diğerini, Rekabet Kurulunun rekabet ihlaline son verme amacıyla "tedbir" ismi altında alacağı yeni kararlar oluşturmaktadır. Buna göre, 4054 sayılı Kanun'un değişen 9. maddesinde¹ "davranışsal ve yapısal tedbir" kavramlarına yer verilmiş ve idarenin söz konusu tedbir kararlarını uygulama esasları düzenlenmiştir. Çalışmamızda, 4054 sayılı Kanun'da yer verilen yapısal tedbir kararları, idare hukuku boyutuyla değerlendirilecek ve bu kararların uygulanması açısından çeşitli hukuksal tespitler ve öneriler getirilecektir.

I. EX POST DENETİMİN SONUCU OLARAK YAPISAL TEDBİRLER

4054 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu, Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için "gerekli tedbirleri" almakla görevli ve yetkilidir. Kanun'un geneli incelendiğinde Rekabet Kurulunun, öngörülen sebeplere dayanarak

¹ "İhlale Son Verme

Madde 9 – (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/3 md.) Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlale orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir.

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikayette bulunabilir.

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir."

birtakım tedbirler alabildiği görülmektedir. Söz konusu tedbirler, kamu düzeni ihlali halinde bu düzeni onaran ve geri getiren nitelikte, idarenin alacağı *ex post* denetim faaliyetinin bir sonucudur. 4054 sayılı Kanun'da Rekabet Kurulunun bu kapsamda alabileceği kararlar, Kanun'daki ifadeleriyle şu şekilde sıralanabilir;

- “Davranışsal tedbirler” (m. 9)
- “Geçici tedbirler” (m. 9)
- “Yapısal tedbirler” (m. 9)
- “Diğer tedbirler” (m. 10, 11)

Ekonomik kamu düzenini sağlamakla görevli ve yetkili olan Rekabet Kurulu, rekabet ihlali halinde rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları içeren söz konusu kararları alabilir. Çalışmamızın temel konusu olan “yapısal tedbirler”, kanun koyucunun düzenleme şekli çerçevesinde idare hukuku boyutuyla ele alınacak ve benzer yöndeki diğer “tedbirler”le olan ilişkisi incelenecektir.

A. Yapısal Tedbirin Ön Koşulu: Davranışsal Tedbirlerin Sonuç Vermemesi

4054 sayılı Kanun’a göre yapısal tedbirlerin uygulanması için öngörülen ön koşul davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesidir. Bu doğrultuda yapısal tedbir kararının alınmasını gerektiren ön koşul incelenecektir.

i. Davranışsal Tedbirlerin Kapsamı

7246 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre yapısal tedbirlere, ancak davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulacaktır. Dolayısıyla yapısal tedbirin ön koşulunu “davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesi” hali oluşturmaktadır. Davranışsal tedbirlerin sonuç verip vermediğinin tespiti idare tarafından yapılacaktır.

Kanun’da davranışsal tedbirlerin içeriğine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili madde düzenlemesinin “*rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışlar*” olarak davranışsal tedbirlerin kapsamını belirlediğini söyleyebiliriz. OECD’nin çalışmasından yola çıkarak davranışsal tedbirler, (behavioral remedies/non-structural remedies), teşebbüslere belirli bir eylemi gerçekleştirme konusunda olumlu bir yükümlülük getirerek veya belirli bir davranışta bulunmalarını yasaklayarak, onların rekabeti engelleme yeteneklerini kontrol etmeyi amaçlayan tedbirler olarak ifade edilebilir.² Davranışsal tedbirlerin kendi içinde de ayrımlar olduğu

² OECD, *The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences*, s. 22, <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

literatürde görülmektedir. Örneğin davranışsal tedbirler, belirli eylemleri gerçekleştirmeye yönelik olumlu bir yükümlülük olarak pozitif (olumlu) davranışsal tedbirler ve belirli bir şekilde davranma yasağı çerçevesinde negatif davranışsal tedbirler olarak sınıflandırılmaktadır.³

Davranışsal tedbir ile idare, teşebbüse yönelik bir nev'i "*emir*" veya "*yasak*" iradesini yansıtan kararlar alabilir. Sözleşme koşullarının değiştirilmesi veya geri çekilmesi, bir altyapıya erişim sağlama, fiyatların veya indirimlerin değiştirilmesi, sözleşmeyi feshetme, bilgi alışverişinde bulunma gibi davranışsal tedbir kararları⁴ kendi için idarenin emir veya yasak iradesini yansıtmaktadır. Davranışsal tedbirler sınırlayıcı olmamak şartıyla aşağıdaki yükümlülükleri içerebilir;

- Üçüncü şahıslara, belirli malları, hizmetleri veya teknoloji lisanslarını sağlama yükümlülüğü,
- Üçüncü şahıslara, ayrımcılık yapmadan belirli tesislere veya ağlara erişimini sağlama yükümlülüğü,
- Üçüncü şahıslara, belirli ürünleri geliştirme veya belirli hizmetleri sağlama yetenekleri için gerekli olan belirli bilgileri sağlama yükümlülüğü,
- Önceden müşterek olarak teklif edilen iki veya daha fazla malın ayrıştırma yükümlülüğü,
- Belirli hizmetleri bir malın satışına bağlamama yükümlülüğü,
- Belirli indirim programlarının teklifini durdurma yükümlülüğü,
- Müşteriler arasında fiyat ayrımı yapmama yükümlülüğü,
- Belirli bilgileri birkaç firma arasında veya tek bir firma içindeki iş birimleri arasında paylaşmama yükümlülüğü (bilgi güvenlik duvarları).⁵

"Çin Seddi"ne benzetilen davranışsal tedbirler, ilgili teşebbüsün; fiyatlar, tedarik yükümlülükleri, ürün özellikleri, sözleşmeler veya iç organizasyon önlemleri gibi pazardaki davranışıyla ilgili belirli eylemleri gerçekleştirmesini veya belirli eylemlerden kaçınmasını gerektirmektedir.⁶ Davranışsal tedbirlerin, teşebbüslerin pazar güçlerini kullanmalarını engellemeye odaklandığı ifade

³ OECD, **a.g.e.**, s. 24.

⁴ Mariusz Swora/Jacek Kamiński, "Bringing in Liquidity and Transparency when the Power Sector is Consolidated: The Duty to Trade on the Power Exchange", **Review of Economics and Institutions**, Vol. 8, No. 1, Article 3, 2017, s. 10.

⁵ OECD, **Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases**, Note by the European Commission, 16.05.2006, https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_june_remedies_sanctions.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

⁶ Cyril Ritter, "How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?", **Journal of European Competition Law & Practice**, Vol. 7, No. 9, 2016, s. 595.

edilebilir. Bu yönüyle davranışsal tedbirlerin özel girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü ile temas halinde olduğu belirtilmelidir.

ii. 7246 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönemde Davranışsal Tedbirlerin Durumu

7246 sayılı Kanun değişikliği öncesinde 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde idi;

“Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tesbit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”

Mülga fıkra, davranışsal tedbir ibaresinin geçmediği görülmektedir. Ancak açık bir şekilde tedbir sözcüğü yer almasa da *“rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar”* ifadesi çerçevesinde 7246 sayılı Kanun değişikliğinden önceki dönemde de Rekabet Kurulunun davranışsal tedbir kararı verebilmesinin mümkün olduğu belirlenebilir. Bu dönemde, ilgili madde fıkrasında ismen yer almasa da Rekabet Kurulunun davranışsal tedbirin içeriğine giren kararlar alma yetkisine sahip olduğu, 4054 sayılı Kanun'un 2. ve 27. maddeleri çerçevesinde mümkündür.

Mülga madde fıkrası çerçevesinde Rekabet Kurulunun, teşebbüslere ihlale son vermesi için her türlü davranışsal yükümlülük getirebileceği ve ihlale son verme adına her türlü davranışsal tedbire hükmetme yetkisine sahip olduğuna şüphe olmadığı öğretilmişir.⁷ Bu kapsamda Rekabet Kurulunun, hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama veya münhasırlık gibi rekabet bozucu uygulamalarını yasaklamak suretiyle yasaklayıcı tedbirlere başvurulabileceği gibi, teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi gibi düzenleyici tedbirlere de başvurma yetkisine sahip olduğu açıklanmıştır.⁸

Bir Rekabet Kurulu kararının;

“Malların üretim ve arz miktarını fırınların bağımsız olarak bizzat tespit etmeleri gerekirken, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası (c) bendinde belirtilen fiili gerçekleştirmek suretiyle aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan yasağı ihlal ettikleri belirlenen, yukarıda yer verilen

⁷ Aydın Öztunalı, **Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 164.

⁸ Sinan Bozkuş, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 100, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2010, s. 66.

teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri ile fırın kapatmak veya fırınların üretim miktarını belirlemek suretiyle arz miktarını belirlememeleri, kendilerine üye fırınları da aralarında anlaşmalar yaparak veya uyumlu eylemlerle aynı fiili işlememeleri hususunda bilgilendirmeleri;

suretiyle ihlale son verilmesi gereğinin 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca ilgili teşebbüs birliklerine bildirilmesine ..." şeklindeki sonuç kısmında davranışsal tedbir kararının örneği görülmektedir.⁹

Yine; "...Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş. ve AK DEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş.'den oluşan dikey bütünleşik yapının 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde rekabet ihlali niteliğinde olan uygulamalarına son vermesi gerektiğine ..." şeklindeki karar ile de Rekabet Kurulunun davranışsal tedbir uyguladığı ifade edilebilir.¹⁰

B. Yapısal ve Davranışsal Tedbirlerin Temel Koşulu: İhlalin Tespiti

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasına göre Rekabet Kurulu; 4., 6. veya 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse öncelikle davranışsal tedbirler uygular. Bu ihlalin tespiti, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya Rekabet Kurulu tarafından re'sen yapılmaktadır. Kanun'a göre, meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikâyetinde bulunabilir. (m. 9/2) Bu açıdan hem yapısal tedbirin hem de davranışsal tedbirin uygulanmasındaki temel koşul, Kanun'un söz konusu maddelerinin ihlal edildiğinin idarece tespit edilmesi olarak belirlenebilir.

Davranışsal tedbir kararının sebep unsurunu ihlalin varlığı teşkil etmektedir. Kanun'un 4. maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı ve yasak olduğunu kabul ederken, buna ilişkin özellikli halleri ve ispat yükünü düzenlemiştir. Kanun'un 6. maddesi, hâkim durumun kötüye kullanılmasının hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirlemiş ve özellikli halleri sıralamıştır. Kanun'un 7. maddesi ise hangi tür birleşme ve devralmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirlerken, Rekabet Kurulunun *ex ante* denetim yetkisi olan izin şartını öngörmüştür.

7246 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde esas alındığı ifade edilen AB'nin rekabet hukuku mevzuatına, tedbirler açısından değinmek gereklidir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın ("The Treaty on the Functioning of the European Union") 101. ve 102. maddelerinde rekabet hukukuna yönelik olan düzenlemeler yanında, "Antlaşmanın (Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın)

⁹ Rekabet Kurulunun 99-49/536-337 sayılı ve 27.10.1999 tarihli kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/10/20001004.htm#3> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

¹⁰ Rekabet Kurulunun 18-06/101-52 sayılı ve 20.02.2018 tarihli kararı, https://www.lexpera.com.tr/Appendix/REKABET_TR/RK801D20180220D2016123K180610152_259065230_1.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

81 ve 82. Maddelerinde Belirtilen Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin 16 Aralık 2002 tarih ve 1/2003/EC sayılı Konsey Tüzüğü (1/2003 sayılı Tüzük)¹¹ öne çıkmaktadır. 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. maddesine göre, işlenen ihlalle orantılı ve ihlali etkin bir şekilde sona erdirmek için gerekli davranışsal ve yapısal tedbirlerin uygulamaya konulabileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan 1/2003 sayılı Tüzük'te, yapısal tedbirlere ilişkin olarak öncesinde bir davranışsal tedbir kararı alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yönüyle, 7246 sayılı Kanun'da, esas alınan 1/2003 sayılı Tüzük'ten farklı bir yaklaşımın benimsendiği belirtilmelidir.

II. YAPISAL TEDBİRLERİN KAPSAMI

Yapısal tedbirler, *“teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri”* şeklinde, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Kanun'da davranışsal tedbirde olduğu gibi yapısal tedbirler için de bir tanım getirilmemiştir. OECD'nin bir çalışmasında yapısal tedbirler (structural remedies) tüm bir iş biriminin devri de dahil olmak üzere, maddi veya maddi olmayan varlıklara ilişkin mülkiyet haklarının devredilmesiyle piyasanın yapısını etkin bir şekilde değiştiren bir önlemler olarak tanımlanabilir.¹²

Yapısal tedbirler, yasaklanan faaliyetlerin niteliğine göre kamu otoritesi tarafından farklı içerikte kararlar alınmasını sağlamaktadır. Bir tanıma göre yapısal tedbir, tüm bir iş biriminin devri de dahil olmak üzere, maddi veya maddi olmayan varlıklara ilişkin mülkiyet haklarının devredilmesi yoluyla piyasanın yapısını etkin bir şekilde değiştiren, eski ile gelecekteki mal sahibi arasında devam eden herhangi bir ilişkiye yol açmayan bir tedbirdir.¹³ 7246 sayılı Kanun değişikliği ile Rekabet Kurulunun uygulayacağı yapısal tedbirler ise teşebbüslerin;

- belirli faaliyetlerini yahut
 - ortaklık paylarını ya da
 - mal varlıklarını devretmeleri,
- şeklinde belirlenmiştir.

Yapısal tedbirler, piyasa gücünün yapısal nedenlerinin ortadan kaldırılmasına odaklanmaktadır. Yapısal tedbirlerin, genellikle tarafların devam eden faaliyetlerinin tamamının ya da bir kısmının elden çıkarılması yoluyla piyasayı yeniden yapılandırmayı amaçlarken, davranışsal tedbirlerin

¹¹ Council Regulation (Ec) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

¹² OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences, s. s. 25.

¹³ OECD, Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases, s.7.

fiyat kontrolleri, ayrımcılık karşıtı hükümler gibi araçlarla piyasa yapısındaki değişimi kontrol etmeyi amaçladığı ifade edilmiştir.¹⁴

4054 sayılı Kanun'daki düzenleme değerlendirildiğinde, davranışsal tedbirlere göre yapısal tedbirlerin, temel hak ve özgürlükler alanına doğrudan müdahaleler içerdiği belirtilebilir. Yapısal tedbirler, özel girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü yanında mülkiyet hakkıyla da ilişkilidir. Örneğin, birleşmelerde uygulanan “ayrıştırma” (divestiture), bir rekabet sorununu önlemek için birleşen teşebbüslerin belirli faaliyetlerinin, ortaklık paylarının vs. üçüncü bir tarafa devredildiği yaygın bir tedbirdir. Birleşmelerde uygulanan davranışsal tedbirler, birleşen teşebbüslerin sözleşmelerine yönelik kısıtlamalar içerebilirken; yapısal tedbirler birleşmeye dahil olan teşebbüslerin işletmelerinin elden çıkarılmasını içerebilmektedir.¹⁵

4054 sayılı Kanun'da yapısal tedbir konusu olabilecek kararlar sınırlandırılırken, davranışsal tedbirlerin konusunu belirlemede ise idarenin takdir yetkisi daha geniş tutulmuştur. Ancak rekabetin denetlenmesine dair uluslararası mevzuat incelendiğinde farklı türde kararların da yapısal tedbirlerin konusuna girebildiği belirtilmelidir. Örnek olarak payların bir kısmının veya tamamının elden çıkarılması, teşebbüsün veya varlıkların organize edilmiş kısmının elden çıkarılması, bağlı ortaklığın elden çıkarılması, şirketin bölünmesi vs.¹⁶ Bu tedbirler konusu gereği, davranışsal tedbirlerden farklı olarak bir idarenin sonrasında bir izlemeyi gerektirmediği “tek seferlik” kararlar olarak nitelendirilmektedir.¹⁷ Davranışsal tedbirlerin esnekliği ve tersine çevrilebilirliği, onları değişen piyasa gerçekleriyle başa çıkmada rekabet otoritesi için üstün araçlar haline getirirken; yapısal tedbirler genellikle geri döndürülemezdir. Bu açıdan beklenen faydaları sağlamadığı tespit edilirse veya teşebbüslere aşırı yük bindirdiği tespit edilse dahi yapısal tedbirler değiştirilemez nitelikteki tedbirler olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun'daki yapısal tedbiri “son çare” olarak düşünmüştür. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az altı ay süre verilmesi söz konusudur. Kanun koyucu, davranışsal tedbir uygulanmadan doğrudan yapısal tedbir uygulanmasını kabul etmemiştir.

¹⁴ Ömer Volkan Yazar, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:168, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2020, s. 4. Müellif burada tedbir yerine “çözüm” sözcüğünü kullanmıştır.

¹⁵ OECD, **Merger Remedies**, 2003, s. 108, <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

¹⁶ Swora/Kamiński, **a.g.m.**, s. 10.

¹⁷ Frank P. Maier-Rigaud, “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law”, Ed. Philip Lowe, Mel Marquis/Giorgio Monti, **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law**, 2016, s. 209.

AB antitröst politikasının, davranışsal çözümlerin yapısal çözümlerin üzerinde uygulanmasına öncelik verdiği, çünkü antitröst soruşturmalarının tipik olarak doğası gereği davranışsal olan ihlallerle ilgili olduğu; öte yandan Amerika Birleşik Devletleri'nde, basit ve nispeten kolay uygulanmaları nedeniyle yapısal tedbirlerin tercih edildiği öğretilde belirtilmektedir.¹⁸ 7246 sayılı Kanun değişikliğinin sebebi olan 1/2003 sayılı Tüzük'te AB politikasındaki bu önceliğin izdüşümü bulunmaktadır. Tüzük'te yapısal tedbirlerin, yalnızca eşit derecede etkili davranışsal tedbir bulunmadığında veya eşit derecede etkili davranışsal tedbirin ilgili teşebbüs için yapısal tedbirden daha külfetli olacağı durumlarda uygulanabileceği öngörülmüştür. Böylece teşebbüs için davranışsal tedbir daha külfetli olacağı durumda yapısal tedbir kararı alınabilmesi imkânı öngörülmüştür. Oysa 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede, Rekabet Kurulunun yapısal tedbir uygulayabilmesi öncesinde bir davranışsal tedbir uygulaması koşuluna bağlanmıştır. 1/2003 sayılı Tüzük'te, söz konusu koşulun bulunmamasının nedeni esasen kendi içinde tutarlıdır. Zira davranışsal tedbirlerin; gereksiz işlem maliyetleri ortaya çıkarabildiği, verim olmadığında maliyetli olduğu, üçüncü şahıslara potansiyel zarar verebildiği ve rekabet etme teşvikini azaltabildiği yönünde farklı dezavantajları da içerdiği belirtilmektedir.¹⁹ Davranışsal çözümün uygulanıp uygulanmadığının devamlı izlenme gerekliliği de rekabet otoriteleri için önemli bir maliyet kaynağı olabileceği ileri sürülmektedir.²⁰ 1/2003 sayılı Tüzük, davranışsal tedbirler ve yapısal tedbirler arasında bir öncelik sıralaması yapmamıştır. Bu yönüyle Tüzük'ün çizdiği sınırlarla tedbir türünü belirlemede idareye verdiği seçme hakkının, 4054 sayılı Kanun'da yer verilmemesi eleştirilebilir.

A. Yapısal Tedbir Kararlarının Alınmasındaki Diğer Usul Kuralları

1/2003 sayılı Tüzük'te yer almayan bir süre koşulu da 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede öngörülmüştür. Buna göre, yapısal tedbire uyulması için teşebbüs veya teşebbüs birliklerine en az altı ay süre verilmesi şeklinde bir koşul getirilmiştir. Dolayısıyla teşebbüsün, rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları yerine getirmesi ve faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmesi için en az altı aylık süresi bulunmaktadır.

¹⁸ Sherzod N. Tashpulatov, "The Impact of Behavioral and Structural Remedies on Electricity Prices: The Case of the England and Wales Electricity Market", *Energies*, MDPI, Open Access Journal, Vol. 11(12), 2018, s. 2. Bununla birlikte AB Birleşme Yönetmeliği kapsamında hareket ederken ise bunun tam tersi bir yaklaşım içerisinde olduğu da öğretilde ifade edilmiştir, Peter Lexiadis/Elsa Sependa, "Structural Remedies Under European Union Antitrust Rules", *Competition Law Journal*, Structural Remedies: A Unique Antitrust Tool, Concurrences 2-2013, s. 23.

¹⁹ Swora/Kamiński, *a.g.m.*, s. 10.

²⁰ Cihan Bilaçlı, *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:147, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2017, s. 12.

İdarenin yapısal tedbir kararı alması bakımından Rekabet Kurulunun “ara kararı” ve “nihai kararı” şeklinde 4051 sayılı Kanun'dan doğan bir ayrıma da işaret etmek gerekmektedir. Kanun'un 9. maddesindeki tedbirlerin uygulanma zamanı açısından işaret edilen kilit kavram “nihai karar”dır. “*Nihai Karar*” başlıklı Kanun'un 48. maddesinde sadece kararın alınma usulü açısından düzenlenmiştir. Kanun'un 51. maddesinin son fıkrasındaki “*Nihai karar haricindeki diğer kararlar ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar ve işlemler için ...*” ifadesi sebebiyle, Rekabet Kurulunun idari tedbir kararlarının nihai karar olamayacağı söylenebilir. Ancak 9. maddenin yeni halinde, yapısal tedbirlerin nihai kararda bildirileceğinden ve davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesinden bahsedilmektedir. Bu durumda yapısal tedbir kararının nihai karar şeklinde alınacağı ifade edilebilir. Davranışsal tedbirin ise hangi kararla alınacağı konusunda madde metninde açık bir ifade bulunmamaktadır. Öte yandan yapısal tedbir kararı alma usulü konusunda bir belirsizlik de bulunmaktadır. Öncelikle davranışsal tedbir kararının (ara karar veya nihai karar) alınması, sonrasında davranışsal tedbirin sonuç vermediğinin nihai kararla tespiti, akabinde ise yapısal tedbirin nihai kararla alınması şeklinde bir süreçten bahsedilebilir mi? Sonuç olarak 7246 sayılı Kanun'un değişiklik metni kendi içinde belirsiz bir idari usul süreci yaratmıştır. Bu idari sürecin, adsız düzenleyici işlemler kategorisine giren ikincil mevzuat ile aydınlatılabileceğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda dahi sürece dair genel esasların 4054 sayılı Kanun'da düzenlenmemesini bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz.

Ekleme gerekir ki, terminoloji açısından nihai kararları veya tedbir kararları arasındaki ayrımın, idari işlem teorisi bakımından ise bir anlamı bulunmamaktadır. Her ikisi de bir idari işlem olan nihai karar veya tedbir kararı, idari işlemin haiz olduğu özellikleri taşıdığı surette idari dava konusu edilebilecektir.

B. 7246 sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönemde Yapısal Tedbirlerin Durumu

7246 sayılı Kanun öncesindeki dönemde, yapısal tedbirlerin konusunu oluşturan kararların 4054 sayılı Kanun'da yer almadığı görülmektedir. Rekabet Kurulunun, 16.06.2011 tarihinde yayımladığı ve adsız düzenleyici işlem niteliğindeki “Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz”da “*çözümler*” sözcüğü ile davranışsal ve yapısal çözümlerden bahsedilse de farklı idari usul ve esaslara tabi olduğundan (tarafarca önerilmesi gibi), bu çözümlerin 7246 sayılı Kanun'la getirilen tedbirlerle aynı hukuki niteliğe sahip olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Öte yandan, Kanun'da açıkça düzenlenmese de 7246 sayılı Kanun değişikliği öncesindeki 9. madde düzenlemesinin, kendisine yapısal tedbir kararı alma

yetkisini verdiğini ifade eden bir Rekabet Kurulu kararı söz konusudur. Rekabet Kurulu söz konusu kararında, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında;

“ ‘Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun'un dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.’ şeklinde açıkça yer verildiği üzere Kurulun yapısal tedbirler alma konusunda tam yetkili kılınmıştır.” şeklinde değerlendirme yapmıştır.²¹

7246 sayılı Kanun öncesindeki dönemde verilen bu karar, Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanun'da açıkça tanınmayan bir yetkiyi kendinde görmesi anlamına geldiği belirtilerek eleştirilmiştir.²² Öğretide Aslan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Kurul'un davranışsal tedbirler alabileceğini ancak yapısal tedbirler almaya yetkisinin olmadığını ifade etmiştir.²³ Benzer yönde, yapısal bir tedbir olan ayırıştırmanın, 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlali nedeni ile Kanun'un 9. maddesi kapsamında öngörülememesi gerektiği belirtilmiştir.²⁴ Nitekim Rekabet Kurulunun bir kararındaki karşı oyda, “işletmelerdeki hisselerinizi satın veya işletmeleri paylaşın” şeklindeki yapısal tedbiri almaya veya böyle bir sonuca götürecek kararı vermeye 4054 sayılı Kanun'un imkan tanımadığı açıklanmıştır.²⁵

Bir başka çalışmada, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun yapısal tedbirler almasının kolay olduğu; ancak 4. ve 6. maddeler bakımından yapısal tedbir kararı almaya ne ölçüde muktedir olduğu ve bunun ne şekilde uygulanabileceğinin çok tartışmalı olduğu söylenmiştir.²⁶ Nitekim farklı bir görüşte, 4054 sayılı Kanun'da sadece birleşme ve devralma işlemleri bakımından yapısal tedbirlerin (ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine

²¹ Rekabet Kurulunun 12-10/328-98 sayılı ve 08.03.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=68b0aca9-4d90-4748-b6a5-74809edf3c49> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

²² Bozkuş, **a.g.e.**, s. 66.

²³ Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, 4. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2007, s.801.

²⁴ Mahmud Esad Özek, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Ayırıştırma Uygulamaları ve Türk Telekom Özelleştirmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yayımlanmamış, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, 2016, s. 60.

²⁵ Rekabet Kurulunun 02-06/51-24 sayılı ve 01.02.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8079180b-c9fb-4211-a7b3-8f65edef5828> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

²⁶ Öztunalı, **a.g.e.**, s. 165-166.

iadesi, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlik ve devri gibi) açıkça düzenlendiğine ve bu tedbirlere Rekabet Kurulunun uygulamalarında başvurulduğuna işaret edilmiştir.²⁷

4054 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana 11. madde bir değişime uğramamıştır. Söz konusu 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre; birleşme veya devralmanın 7. maddenin 1. fıkrası kapsamına girdiğine karar verilmesi, yani hukuka aykırı ve yasak bir birleşme veya devralma olması halinde, Rekabet Kurulu para cezası ile birlikte;

- Birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine;
- Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına;
- Şartları ve süresi Rekabet Kurulu tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine;
- Bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına;
- Ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Söz konusu tedbirler arasında sayılan “*şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine*” şeklindeki bir karar, birleşme ve devralma işlemleri için ayırıştırma olarak ele alınabilecek yapısal bir tedbir karakterine dönüşebilme ihtimalini taşımaktadır. Çünkü burada davranışsal tedbirden farklı olarak tek seferde uygulanarak sonuç doğuran ve 7246 sayılı Kanun'daki pay veya malvarlığı devri şeklindeki bir kapsama sahip olan tedbir mekanizması söz konusudur.

Tabi buradaki asıl sorun mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki bir idari kararın, tedbir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunudur. Zira, 7246 sayılı Kanun ile “yapısal tedbir” şeklindeki sözcük grubuna yer verilip verilmemesi o kararının hukuki niteliğini değiştirmeyecektir. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere idari yaptırım ve idari tedbirler arasındaki ayrım oldukça siliktir. Bu doğrultuda eğer 7246 sayılı Kanun'da yapısal tedbir olarak kabul edilen kararlar sadece birer “tedbir”den ibaret ise, lafzi olarak açıkça ifade edilmese de 7246 sayılı Kanun'un yürürlüğü önceki dönemde, 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre Rekabet Kurulunun yapısal tedbir kararı alma

²⁷ Şirin Güven, “Açıklamalar”, Rekabet Derneği'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Çalışmaları Webinarı, **Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika**, S. 136, Temmuz 2020, s.33.

yetkisinin bulunduğu ifade edilebilir. Ancak 7246 sayılı Kanun’da yapısal tedbir olarak kabul edilen kararlar birer “yaptırım” olarak değerlendirilir ise 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre ,7246 sayılı Kanun’un yürürlüğü önceki dönemde Rekabet Kurulunun aldığı kimi kararların idari yaptırım olarak ele alınması söz konusu olacaktır.

III. YAPISAL TEDBİR KARARI İLE BAĞLANTILI OLAN KARARLAR: GEÇİCİ TEDBİRLER VE GÖRÜŞ BİLDİRME

4054 sayılı Kanun’da yapısal ve davranışsal tedbirlerle benzer bir şekilde, Rekabet Kurulunun ex post denetimi sonucunda aldığı geçici tedbir ile görüş bildirme şeklinde aldığı kararlara yer verilmiştir. Bu kararların, yapısal tedbirlerden farkı bu başlıkta değerlendirilecektir.

A. Geçici Tedbirler

4059 sayılı Kanun’un 9. maddesinin son fıkrasında geçici tedbirlerden bahsetmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir. Kanun’un değerlendirilmesinden, geçici tedbirlerin ara karar şeklinde alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Öğretide geçici tedbir kararının, “ihtiyadi tedbir” kararı olarak da nitelendirildiği görülmektedir.²⁸

Yargı kararlarında geçici tedbir niteliğindeki Rekabet Kurulu kararlarının örneklerine rastlamak mümkündür. Örneğin Danıştaya yansıyan bir uyuşmazlıkta, “... *şikayetçiye ihlalden önceki duruma uygun ve durumu koruyucu nitelikte olmak üzere günlük 300 ton klinkerin 29 ABD doları fiyatla sağlaması yolunda*” bir geçici tedbir kararının verildiği görülmektedir.²⁹ Danıştay bu kararında geçici tedbirin, sadece ihlalden önceki durumun iadesini sağlayıcı, ihlâlin devamını önleyici nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır.³⁰ Yüksek Mahkeme, geçici tedbir kararının, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri ihlalden önceki şartlara taşımak yerine, onları cezalandırma amacını taşıyacak bir karar olmadığını işaret etmiştir.

²⁸ Ali Kaya, **Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 311.

²⁹ Danıştay 13. Dairesi, T. 26.12.2006, E. 2005/132, K. 2006/4944, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

³⁰ Burada dava konusu geçici tedbir kararı; çimento satışı işi ile iştigal eden şirket tarafından dilekçe ile, kendilerine klinker sağlayan davacı şirketin arz kısıtlaması ve mal talebini caydırıcı fiyatlandırma yaparak mamul madde olan çimento pazarındaki rekabeti engellemeye çalıştığı, doğması muhtemel, ciddi ve telafi olunamayacak zararların önlenmesi amacıyla davacı şirketin klinker sağlamaya devam etmesini teminen geçici tedbir kararı alınması talebinde bulunması üzerine alınmıştır.

Bir başka Danıştay kararında “9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınması” şeklinde bir geçici tedbir kararı dava konusu edilmiştir. Mahkeme ise “... verilen kararlar kısa süreli olan fuarda kiralamanın hangi koşullarda yapılacağı belirlenmek suretiyle dönüşü olmayan inşai bir durum yaratılması, nihai karar aşamasında ihlâl olmadiğı yolunda bir karara varılması durumunda şikâyet edilen yönünden güç durumlar doğacağı ihtimali, 4054 sayılı Yasanın ihlâl edildiğinin tespiti halinde ise Yasada öngörülen para cezalarının uygulanabileceğı ve şikâyetçinin zararlarını tazmin olanağının bulunduğu gözönüne alındığında, dava konusu kararın verilecek nihai karardan daha fazla etkiye sahip olduğı” gerekçesiyle dava konusu kararın geçici tedbir niteliğı taşımadığını saptamıştır.³¹

B. Görüş bildirme

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, Rekabet Kurulunun 1. fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceğı de kabul edilmiştir. Bu yönde örnek bir kararı Danıştaya yansıyan bir uyumsuzlukta verebiliriz;

“... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'nin başvurusuna ilişkin olarak, ... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'ye 4054 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca ... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'nin özel servisinde ... marka araçların bakım onarımında kullanmak üzere talep ettiğı yedek parçaların yetkili servislerce satışını engellemesi durumunda, haklarında 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem başlatılacağı yönünde görüş bildirilmesini ...”³²

Mahkeme söz konusu kararında, Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasındaki görüş bildirimi hususunu şu şekilde açıklamıştır: İhlalin tespit edilememesi ve önaraştırma aşamasında ihlal konusu olayın tamamen açıklığa kavuşturulması imkânının varlığı ihtimalinde; ihlalin soruşturma açılmasını gerektirmeyecek ölçüde hafif olması ve/veya soruşturma açılmadan da ihlalin tüm etkileriyle ortadan kaldırılabileceğı ya da ihlalin tüm etkileriyle sona erdirilmiş ve *antirekabetçi* zararın telafi edilmiş olması veya yapısal engeller ve yasal düzenlemeler nedeniyle rekabete tam olarak açılmamış pazarlarda ihlal oluşturabilecek davranışların saptanması halinde, Rekabet Kurulunun soruşturma açılmasına gerek olmaksızın Kanun'da öngörülen diğer tedbirlere başvurabileceğı de açıktır. Bu noktada yapılan önaraştırma kapsamında ihlal

³¹ Danıştay 13. Dairesi, T. 16.01.2009, E. 2006/5600, K. 2009/568, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

³² Danıştay 13. Dairesi, T. 31.03.2015, E. 2011/339, K. 2015/1257, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

tespit edilememekle birlikte teşebbüslerin Rekabet Kurulu kararı sonrasındaki dönemde rekabetin korunması hakkında dikkat edilmesi gereken hususlar, Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bildirebilir.

IV. İDARI YAPTIRIM VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KESİŞİMİNDE YAPISAL TEDBİRLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapısal tedbirler, gerek idarenin ekonomik kolluk faaliyetinin sonucu olarak bir ihlalin karşılığında uygulanan idari işlem olması vesilesiyle idari yaptırım kavramıyla ilişkili olduğu gibi; devletin ekonomiye müdahalesi niteliğinde kararlar olduklarından temel hak ve özgürlükler yönüyle de ele alınması gereken idari kararlardır.

A. İdari Yaptırım Kavramı Açısından Yapısal Tedbirler

İdarenin ex post denetim faaliyetinin temel sonuçları, idari tedbirler ve idari yaptırımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak idari tedbir ve idari yaptırımlar arasındaki ilişki, idare hukukunda belirsiz ve tartışmalı bir alan olarak kalmaya devam etmektedir. Başta mevzuattan kaynaklı olmak üzere yargı kararlarında, idarenin işlemlerinde ve öğretide bu konuda farklı bakış açıları bulunmaktadır. Örneğin; ihalelere katılmaktan yasaklama kararını Anayasa Mahkemesi idari tedbir olarak ele almışken³³, Danıştay, bu kararın idari yaptırım niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Öncelikle terminoloji açısından bir *karmaşa* halinin bulunduğu belirtilmelidir. Tedbir ve yaptırım kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu alanda genel kanun niteliğindeki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak kabul edilmiştir. Kanun'daki idari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak gösterilmiştir. Rekabet Kurulu, yukarıda yer verilen kararında “*Yapısal Yaptırım Uygulama Yetkisi*” başlığı altındaki değerlendirmede “*yapısal tedbirler alma*” ifadesini kullanmıştır.³⁵ 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. maddesinde kullanılan “remedies” sözcüğü karşılığı, 4054 sayılı Kanun'da tedbir olarak yer almıştır. Rekabet terimleri sözlüğünde³⁶ remedies sözcüğü, çözümler/tedbirler/koşullar sözcükleriyle eşleştirilmiştir. 7246 sayılı Kanun öncesindeki döneme

³³ Anayasa Mahkemesi, T. 14.01.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, RG. 28.04.2010/27565.

³⁴ Danıştay 13. Dairesi, T. 25.12.2012, E. 2011/4274, K. 2012/4033, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

³⁵ Rekabet Kurulunun 12-10/328-98 sayılı ve 08.03.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=68b0aca9-4d90-4748-b6a5-74809edf3c49> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

³⁶ Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu, 2019, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(btc0eomrt04k35zdrrnnrk0\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?listedeAra=tedbir](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(btc0eomrt04k35zdrrnnrk0))/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?listedeAra=tedbir) (Erişim Tarihi: 06.01.2021).

baktığımızda Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuzu'nda, Rekabet Kurulunun söz konusu Kılavuz'da “tedbir” yerine “çözüm” sözcüğünü kullandığı görülmektedir. Yine önceki dönemde çalışmalarda, “davranışsal yaptırımlar” ve “yapısal yaptırımlar” ya da “davranışsal çözümler” ve “yapısal çözümler” şeklinde kullanımlar da tercih edilmiştir.³⁷

“Bir hukuk kaidesinin muhtevi bulunduğu emir yahut yasağa uygun hareketi sağlayan vasıta”³⁸ olarak tanımlanan yaptırım, bir hukuk kuralının ihlali sebebiyle uygulanan, zorlama ve cezalandırma iradesini yansıtan sonuçlardır. İdari yaptırımlar; kanunun açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlanabilir.³⁹ İdari tedbir ise kural olarak, kamu düzeninin ihlalinin önce uygulanan, önleyicilik, caydırıcılık ve engelleyicilik özelliğine sahip niteliğine sahip idari işlemlerdir. Dolayısıyla idari tedbirler, idari yaptırım kararlarının alınması yani ihlalin önlenmesi için bir *emniyet supabı* işlevi gören, idari yaptırımın uygulanma sebebi gerçekleşmeden devreye sokulan kararlardır. Bu anlamda öğretide farklı görüşler olmakla birlikte idari tedbirlerin, idari yaptırımların bir türü olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 38’de yer alan ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırımlar açısından uygulanmasını öngörmüştür.⁴¹ Dolayısıyla idari tedbir ve idari yaptırım ayrımı, uygulanacak hukuk bakımından önem taşımaktadır. Yapısal tedbirlerde bu ayrım iki farklı yönden yapılabilir; 4054 sayılı Kanun’a göre faaliyetin, ortaklık payının ve malvarlığını devri bir tedbir

³⁷ Özge Karaeçe, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 167 vd.; Yazar, **a.g.e.**, s. 3 vd.

³⁸ Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.18, S. 2, 1963, s.117.

³⁹ İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar, Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985, s. 35. Anayasa Mahkemesi kararında verilen tanım şu şekilde örnek verilebilir: “Öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara ‘idari yaptırım’ denilmektedir.”, Anayasa Mahkemesi, T. 21.09.2004, E. 2002/100, K. 2004/109, RG. 04.08.2006/26249.

⁴⁰ Farklı yöndeki görüşler için bkz. Ali D. Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 11 vd. Bir çalışmada “önleyici idari yaptırımlar” olarak idari tedbirler değerlendirilmiştir, Aydın Akgül, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 122. Bir diğer görüşe göre idari tedbirler, önleyici nitelikteki idari yaptırımlar olarak ifade edilmekle birlikte, bazı idari tedbirlerde ortada yapılmış icrai nitelikte bir yaptırım olmadığı ve bu durumlarda yaptırım niteliğini taşımayan idari tedbirlerden söz edilebilecektir, Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 207 vd.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, T. 10.01.2013, E. 2012/93, K. 2013/8, RG. 28.03.2013/28601.

olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda yapısal tedbir kararı, hem özel girişim özgürlüğüne hem de mülkiyet hakkına doğrudan müdahale etmektedir. Yapısal tedbir kararına uyulmadığı durumda ise Rekabet Kurulu, idari yaptırım kararı alacaktır. Tabi burada belirsiz olan husus, idari tedbirlerde idari yaptırımların yararlandığı ceza hukuku ilkelerinin geçerli olup olmadığıdır. Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ölçülülük ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi, ne (non) bis in idem ilkesi gibi ilkelerin idari yaptırımlarda uygulanmaktadır. İdari tedbirlerde ise idari işlemler için öngörülen genel hukuka uygunluk ölçütlerinin ve varsa o alana ilişkin spesifik idari usul kurallarının uygulanmasının yeterli olacağı belirtilmektedir.⁴² Bu durumda 4054 sayılı Kanun'daki yapısal tedbirler, idari yaptırım olarak düzenlenmediğinden ceza hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülebilir. Zira Kanun'un 9. maddesi göz önüne tutulduğunda, yapısal tedbirlerin idari yaptırım kararlarından önce uygulanması gereği ortaya çıkmaktadır.

Nitekim 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerin kamuoyunda eleştirilmesi akabinde Rekabet Kurulu; *“Rekabet Kurumunun ‘ortaklık payını ya da malvarlığını devret’ diyebileceği, Kurumun bu tedbire ihbar, şikâyet, bakanlık talebi üzerine veya resen karar verebileceği, iktidara itiraz edenlerin yargılanmasında kullanışlı bir işlev gören ihbar ve şikâyet yolunun sermaye şirketlerine doğru da sopaya dönüşeceği”* şeklinde belirttiği iddialara karşı getirdiği açıklamada, yapısal tedbire uyulmaması halinde de el koyma, zorla sattırma gibi bir yetkinin değil idari para cezası yaptırımının söz konusu olacağını belirtmiştir.⁴³

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, para cezası ile birlikte, ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eski maliklerine iadesine veya üçüncü kişilere temlikine ve devrine ve gerekli görülen diğer tedbirlerin alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde uyarınca idari yaptırım ve idari tedbir kararları aynı anda alınabilmektedir. Ayrıca Danıştayın yaklaşımı çerçevesinde bir idari işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesinde işlemin isminden ziyade içeriğinin dikkate alınması gerektiğinden, yapısal tedbir olarak alınan kararın bir idari yaptırım niteliğine sahip olduğu da ileri sürülebilecektir. Yine “Otonom kavramlar doktrini” uyarınca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir idari yaptırımı, iç hukuktaki nitelendirmelerle bağlı kalmayarak ve “suç isnadı” kavramını geniş şekilde ele alarak, adil yargılanma hakkının ihlali yönüyle ele alabilmektedir.⁴⁴ Benzer yönde, yakın tarihte

⁴² Ulusoy, a.g.e., s. 23.

⁴³ Kamuoyu Açıklaması (5.6.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

⁴⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 08.07.1976, Başvuru No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Cour (Plénière), Engel c. Pays-Bas, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-62037?TID=ihgdqbxnfi> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

Anayasa Mahkemesi de Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezasını, lehe olan kanunun uygulanma ilkesi yönünden suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur.⁴⁵ Bu yönlerden bakıldığında yapısal tedbirlerin, idari yaptırım niteliğine sahip oldukları ve Anayasa'nın 38. maddesindeki ceza hukuku güvencelerinden yararlanma imkânının olduğu da ileri sürülebilmesinde hukuki dayanaklar mevcuttur. Kanun'da orantılılık ilkesinin gözetilmesi, tedbir kararının bir *ceza* olarak algılanmasının önüne geçebilecek midir? “Tedbir” ismi altında düzenlese de faaliyetin, ortaklık payının ve malvarlığının devri şeklindeki bir yapısal tedbir kararının, teşebbüsle ilgili özel girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkını sınırlandırdığı unutulmamalıdır.

B. Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale Açısından Yapısal Tedbirler

İdari tedbir ve idari yaptırım kavramları bakımından farklı değerlendirmelere açık olsa da yapısal tedbirlerin, temel hak ve özgürlükler alanını sınırlandıran bir idari işlem olduğu sabittir. Bu yönüyle somut olayda uygulanan yapısal tedbirlerin, Anayasa'nın 13. maddesine uygunluk testinden geçirilmesi gerekmektedir. Çünkü, temel hak ve özgürlüklerin bir kolluk işlemi ile sınırlandığı her durumda Anayasa madde 13 de uygulama alanı bulmalıdır. Yapısal tedbir kararının alınmasında, bir kolluk işlemi ve özel olarak ekonomik kolluk işlemi olarak, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkeler gözetilmelidir.

Kanun koyucu yapısal tedbirleri sınırlı olarak sıralamıştır. Bu yönüyle hem kanunilik hem de hukuki belirlilik ilkeleri karşılanmaktadır. Muhatabı üzerinde ciddi hukuksal sonuçlar doğuran söz konusu tedbirlerin, ikincil mevzuata bırakılmaması hukuka uygun bir yaklaşımdır.⁴⁶ İdare hürriyeti bağlayıcı bir ceza vermemekle birlikte, idari tedbir veya idari yaptırım kararları ile kimi zaman yöneldiği özne açısından ağır ve ciddi sonuçlar yaratabilmektedir. Dolayısıyla, kanunilik ilkesinin sağlanması Anayasa'nın 35 ve 48. maddelerine uygun düşeceği gibi, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edilen idarenin kanuniliği ilkesini de gözetecektir. Öte yandan, yapısal tedbir kararı verilirken kullanılan takdir yetkisinin oluşumunda, tarafların dinlenme ilkesi ve savunma ilkesinin madde metninde öngörülmemesinin hukuken belirsiz bir alan ortaya koyduğu da belirtilmelidir.

Davranışsal ve yapısal tedbirlerin, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmasına 4054 sayılı Kanun'da işaret edilmiştir.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 17.06.2020, Başvuru No. 2016/8342, Onmed Tıbbi Ürünler Paz. ve Dış. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, RG. 20.09.2020/31260.

⁴⁶ Danıştay, idarenin kanuni belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğinden, bir satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesi yolundaki idari yaptırım uygulanmasına ilişkin dava konusu yönetmelik hükmünü kanuna aykırı bulmuştur. Danıştay 13. Dairesi, T. 25.12.2006, E. 2005/9375, K. 2006/4919, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

Ölçülülük ilkesi açısından bakıldığında, orantılılık ve gereklilik ilkeleri ilgili madde metninde sağlanmıştır. Elverişlilik unsuru yönünden ise bir ifade yer almamaktadır.⁴⁷ Ölçülülük ilkesi (principe de proportionnalité) kanunların uygulanmasında kişilerin hak alanına karışan işlemler yapılması söz konusu olduğunda, bunun öngörülen amaçla orantılı olmasını, yapılacak işlemin gerçekten gerekli olmasını ve nihayet işlemin en elverişli biçimde yapılmasını ifade eder.⁴⁸ Hem 1/2003 sayılı Tüzük'te hem de 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde idarenin tedbir uygulama yetkisi, orantılılık ilkesi ile sınırlıdır. Bu çerçevede bir ihlali sona erdirmek için teşebbüse uygulanan tedbirin amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olması, yani ihlal edilen kurallara uygunluğun yeniden tesisini aşmamasını gerekir.⁴⁹ Tüzük'ün giriş bölümünde (m. 12), ihlal gerçekleştirilmeden önce teşebbüsün yapısındaki değişikliklerin, yalnızca teşebbüsün yapısından kaynaklanan kalıcı veya tekrarlanan bir ciddi ihlal riski bulunduğu durumlarda orantılı olacağı belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu, kamuoyundaki eleştirilere cevap verdiği açıklamasında; AB Komisyonu tarafından yapısal çözümler eşit derecede etkili davranışsal çözüm bulunmadığı veya eşit derecede etkili davranışsal çözüm yolunun ilgili teşebbüs için yapısal çözümden daha külfetli olacağı durumlarda doğrudan doğruya emredilebildiği halde ülkemiz için bu yöntem tercih edilmemiş olduğunu; ihlal tespiti üzerine öncelikle davranışsal tedbirlerin uygulanmasının, bunların da sonuç vermediğinin yeni bir soruşturma sonucunda tespit edilmesi üzerine yapısal tedbirlerin bildirilmesinin, bu durumda da orantılılık ve zorunluluk ilkelerine uyumlu olunmasının hüküm altına alındığını belirtmiştir.⁵⁰ Aynı metinde; fiili durumda bir soruşturmanın ortalama 1,5 yıl sürdüğünü; ilk soruşturmada doğrudan yapısal tedbir öngörülemeyeceğini; ikinci soruşturmanın sonunda yine aynı ihlal riskinin ilgili teşebbüsün mevcut yapılanmasından kaynaklı olarak devam ettiği sonucuna ulaşılması halinde bu tedbirin gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Bu durumda dahi yapısal tedbirin yalnızca zorunluluk arz eden kısımlarla ilgili ve ihlalle orantılı düzeyde olacağını açıklamıştır.

⁴⁷ “Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, gereklilik ulaşmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olması yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”, Anayasa Mahkemesi, T. 10.10.2018, Başvuru No. 2017/23849, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. Başvurusu, RG. 12.12.2018/30625.

⁴⁸ Tekin Akıllıoğlu, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE, Ankara, 1983, s. 93.

⁴⁹ Per Hellström/Frank P. Maier-Rigaud/Friedrich Wenzel Bulst, “Remedies in European Antitrust Law”, **The Antitrust Law Journal**, Vol. 76, 2009, s. 49

⁵⁰ Bkz. dp. 43.

7246 sayılı Kanun'un gerekçesinde, yapısal tedbirlerin “istisnai bir yetki” olduğu ve bu açıdan teşebbüslere “hukuki güvence” tanıdığı belirtilmiştir. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulabilecek yapısal tedbirin, istisnai bir yetki olarak hukuki güvenceyi sağladığı ifadesi kanımızca sıkıntılıdır. Zira idari tedbirlerin uygulanma gerekçelerine bakıldığında, hangi türde olursa olsun tedbir kararı alma yetkisi olağan bir yetkidir ve takdir yetkisine dayanır. Yapısal tedbir kararının sebep unsurunun belirlenmesinde, Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin Kanun'da çizilen çerçevede oldukça geniş olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte Kanun metninde yapısal tedbir için “başvurulabilir” yerine “başvurulur” sözcüğünün tercih edilmesi de diğer bir soru işaretidir. Bu tercih, metinde yeterlilik fiili kullanılmadığından, davranışsal tedbirin sonuç vermediği durumda yapısal tedbire başvurmanın zorunlu olduğu yorumuna götürmektedir. Bu zorunluluk dışında takdir yetkisi, davranışsal tedbirin sonuç verip vermediği ve hangi yapısal tedbire başvurulacağı hususlarında önem kazanacaktır.

Yapısal tedbirlere yönelik getirilen eleştirilerde, idareye, mülkiyet hakkına Anayasa'ya aykırı olarak müdahale yetkisinin verilmesi üzerinde durulmaktadır. Özellikle 7246 sayılı Kanun'un yapım sürecindeki meclis komisyonlarında verilen muhalefet şerhlerinde mahkeme kararı olmaksızın yapısal tedbir kararı alınmasının, Anayasa'nın mülkiyet hakkına dair maddesine aykırı düştüğü belirtilmiştir.⁵¹ Bu konuda belirtmek gerekir ki, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurum, diğer ismiyle bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumunun, özel girişime yönelik kolluk tedbirleri ve yaptırımları uygulaması bu kurumun var oluş sebebidir. Mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler sadece Rekabet Kurumuna değil, ekonomik kamu düzeninin diğer sektörlerindeki idareler için de örneğin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi benzer yetkiler kanunlarda tanınmıştır. Dolayısı ile idari tedbirlerin ve idari yaptırımların en önemli özelliği olan yargı kararına dayanmaksızın tesis edilebilmeleri, bu yetkilerin alınmasında da mahkeme kararı alınması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak yargı kararının aranmaması, böylesi ağır yetkilerin kullanılmasında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair hukuki güvencelerin de önemi daha fazla artırmaktadır.

Yapısal tedbirlerin konu unsuru olan üç karar da mülkiyet hakkını sınırlandıran idari işlemlerdir. Rekabet hukukunun kendine özgü dinamiği içinde bu tedbir kararlarının alınması bir ihtiyaç olarak görülebilir ki 7246 sayılı Kanun'un gerekçesinden anlaşılabileceği üzere, uluslararası mevzuatın da

⁵¹ Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, s. 24 vd., 51. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

öngördüğü bir yetki kullanımı söz konusudur. Tabi burada hukuk normunun sadece pozitif hukuk açısından değerlendirilmesi eksik bir değerlendirme olacaktır. Günün sonunda uygulamada ortaya çıkan yapısal tedbir kararını somut olaya özgü olarak da değerlendirmek gerekecektir. Anayasal ilkelere ve Kanun'daki esaslara uygun olarak alınan bir yapısal tedbirin, teoride hukuka uygun olacağı inancı muhakkaktır. Çünkü burada teşebbüsün mülkiyeti, kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlandırılacaktır.

Rekabet Kurulunun yapısal tedbir kararı, onun ekonomik kolluk yetkisinin kullanımının bir sonucudur. Bu yetki ise ekonomik kamu düzeninin korunması ve kollanması amacıyla, Anayasa'nın 167. maddesi gereğince tanınmış bir yetkidir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun var oluş sebebi gereği alacağı tedbir ve yaptırım kararları kamu yararına, ekonomik kamu düzeninin ve rekabetin korunması amaçlarıyla bağlı olacaktır. Bu amaçlar ile bireysel (teşebbüs) yararın korunması amaçlarının dengelenmesi, Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin belirtilen ilke ve esaslara uygun olarak kullanılmasıyla sağlanacaktır. 4054 sayılı Kanun'un en önemli özelliklerinden biri, Danıştay tarafından ifade edildiği gibi⁵² "özel bir idari usul yasası" olarak tasarlanması, Rekabet Kurulunun görev ve yetkilerini kullanırken izleyeceği usullerin ayrıntılı olarak kanun hükmüne bağlanmıştır. Anayasal ilkelere ve Kanun'daki esaslara aykırı olarak alınan, kamu yararı, ekonomik kamu düzeninin ve rekabetin korunması amacıyla alınmayan yapısal tedbir kararı, idarenin takdir yetkisini sakatlayacağı gibi işlemin sebep ve konu unsuru ile amaç unsurunu da sakatlayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, yapısal tedbirlerin uygulanmasına ilişkin idari usul kanun koyucu tarafından ihmal edilmiştir.

Yapısal tedbir kararlarının içeriğine benzer olan bankacılık mevzuatında tedbir olarak öngörülen banka devri, işlem yasaklama gibi kimi idari işlemlerle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 1 Numaralı Protokolün mülkiyetin korunmasına ilişkin 1. maddesinin ihlal edildiğine yönelik İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları bulunmaktadır.⁵³ Mahkeme; mülkiyet hakkına yapılan müdahalede, hukuka uygunluğun, kamu yararının ve hak sahibi ile toplumun yararı arasında adil bir dengenin varlığının belirlenmesi gerektiğini işaret etmektedir. Yapısal tedbirin hukuka uygunluk testinden geçmesi için söz konusu ölçütler en nihayetinde takdir yetkisinde somutlaşmaktadır. Bu açıdan

⁵² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.08.04.2010, E. 2006/2169, K. 2010/562, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).

⁵³ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 23.10.2012, Başvuru No. 6334/05, *Affaire Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquie*, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-113828"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (Erişim Tarihi: 12.01.2021); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 21.07.2014, Başvuru No. 31833/06 ve 37538/06, *Case of Cingilli Holding A.Ş. and Cingilloğlu v. Turkey*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CINGILLI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-159592"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

da Rekabet Kurulunun yapısal tedbir gibi aldığı kararların arka planındaki dinamiğini, düzenleyici ve denetleyici kurum olarak kamu tüzel kişiliği ve sahip olduğu özerklik oluşturmaktadır.

7246 sayılı Kanun'a ilişkin mecliste verilen muhalefet şerhlerinde ise Rekabet Kurulunun fiilen idari özerkliğini yitirdiği ifade edilmiştir.⁵⁴ Konumuzu aşmamak adına belirtmek gerekir ki Kurul'un takdir yetkisini, *"Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez."* hükmüne bağlı olarak kullanması kendi kuruluş kanunun gereğidir. Danıştay da Rekabet Kurulu gibi üst kurulların özerk olduklarını ve merkezi idarenin hiyerarşi ve idari vesayet denetimine tabi tutulmadıklarına işaret etmiştir.⁵⁵ İdareye kamu düzeninin korunması amacıyla ve kamu yararı doğrultusunda tanınan yapısal tedbir gibi etkisi büyük kararların, bu kurumların her türlü baskı gruplarından, siyasetten ve özel kişilerin telkini altında kalmadan, bağımsız ve tarafsız karar vereceği anlayışına dayalı olduğu belirtilmelidir. Avrupa Konseyi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararının 5. maddesinde, idarenin takdir yetkisini kullanırken, kararının özel kişilerin hak ve menfaatleri üzerindeki her türlü olumsuz etkisi ile takip ettiği amaç arasında uygun bir denge sağlaması ve aldığı hiçbir önlemin aşırı olmaması öngörülmüştür.⁵⁶

Dolayısıyla, devletin ekonomiye müdahalesinin bir yöntemi olan idarenin ekonomik kolluk faaliyeti içinde yapısal tedbirler, kamu hukuku ve ekonomi ekseninde var olan ihtiyaç üzerine kurgulanmışlardır. Ancak bu ihtiyacın gerekliliği, *hukuka uygunluk bloku* dediğimiz ilke ve kurallara bağlanmıştır. Rekabetin korunması amacıyla özel hukuk kişilerine uygulanacak ve temel hak ve özgürlükleri etkileyecek yapısal tedbir uygulama yetkisinin, anayasal ilkelere uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun'da yapısal tedbir kararlarının alınmasına yönelik idari usul açısından zayıf görülebilecek düzenlemelerdeki eksikliğin giderilmesi yönünde çalışmalar yapılmasını önerebiliriz.

⁵⁴ Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, s. 24, 31-32; Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 3. Yasama Yılı 98. Birleşim 11/Haziran/2020 Perşembe, s. 120-121; https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=23459&P5=H&page1=121&page2=121 (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

⁵⁵ Danıştay 5. Dairesi, T. 07.11.2008, E. 2006/532, K. 2008/5466. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).

⁵⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d5bb1 (Erişim Tarihi: 21.01.2021).

SONUÇ

4051 sayılı Kanun'da, özellikle AB rekabet hukuku mevzuatıyla uyum sağlama gerekçesi ile 7246 sayılı Kanun'la değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerden bir bölümünü, idarenin bu alandaki denetim faaliyetine yönelik alacağı kararlar oluşturmaktadır. Bu doğrultuda 4051 sayılı Kanun'da, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yönelik ex post denetim faaliyetinin bir sonucu olarak Rekabet Kuruluna yapısal tedbirler uygulama yetkisi verilmiştir. Rekabet Kurulu, Kanun'da öngörülen koşullar çerçevesinde yapısal tedbirlere başvuracaktır. Yapısal tedbirlerin varlığı, 7246 sayılı Kanun'daki değişikliklerin de kaynağı olan AB mevzuatına dayanmaktadır. Ancak çalışmamızda değerlendirdiğimiz üzere, Türk hukukunda öngörülen yapısal tedbirler ile AB mevzuatındaki yapısal tedbirlere yönelik düzenlemelerin birebir örtüşmediği görülmektedir. AB mevzuatından farklı olarak 4051 sayılı Kanun'da idarenin yapısal tedbir uygulayabilmesi, öncesinde bir davranışsal tedbir uygulaması koşuluna bağlanmış ve bir süre sınırı getirilmiştir. Bu açıdan, tedbir türünü belirlemede idareye bir seçme hakkı tanınmaması eleştirilebilir.

Öte yandan, yapısal ve davranışsal tedbir kararlarının alınmasında izlenecek idari usulün belirlenmesinde Kanun'da bir boşluk olduğu belirtilebilir. Türk idare hukuku açısından idari usul konusundaki belirsizliğin ortaya çıkardığı hukuki sorunlar düşünüldüğünde, 4051 sayılı Kanun'da bu konuda bir düzenleme boşluğuna yer verilmemesi düşünülebilirdi. Bu gerekliliğin, Rekabet Kurumunun adsız düzenleyici işlemleriyle doldurulmasının ise kanunilik ilkesini karşılamayacağı belirtilmelidir. Ayrıca Kanun'da geçen geçici tedbirlerin, davranışsal tedbirlerin ve diğer tedbirlerin nelerden oluşacağı hususunda bir belirsizlik vardır. Örneğin davranışsal tedbir veya yapısal tedbir geçici tedbir olarak da uygulanabilir mi? Geçici tedbirler ile birlikte incelendiğinde, Kanun'un 9. maddesindeki idari tedbirlere yönelik belirlilik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar olduğu tespit edilebilir.

Yapısal tedbirler, “tedbir” sözcüğü ile idari tedbirler kategorisinde ele alınabilse de içeriği bakımından temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale getirmektedir. Bu bakımdan, idare hukukumuzda belirsiz ve tartışmalı diğer bir konu olan idari tedbir ve idari yaptırım kavramlarıyla birlikte ele almak gerekecektir. Özellikle yargı önüne taşınan uyuşmazlıklarda, idare hukuku ilkeleri yanında ceza hukuku ilkelerinin de bu “tedbirler” için işletilip işletilemeyeceği yönünde bir tartışma doğabilecektir. Mülkiyet hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik ciddi sonuçlar doğurabilecek yapısal tedbirler, idarenin ekonomik kolluk yetkisini kullanımının bir sonucudur. Bu minvalde, yapısal tedbir kararlarının, anayasal ilkelere ve kanuna dayanılarak kullanılması gerektiği ilk başta belirtilebilir bir olgudur. Dolayısıyla doğrudan bir temel hak ve özgürlüğe müdahale getiren yapısal tedbir kararlarında, amaç ve araç arasındaki adil ve makul bir dengeyi

aşmayacak şekilde idarenin takdir yetkisini kullanması esas olmalıdır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun bir idari tedbir tasarımı yapabilmesi, ihlali iyi bir şekilde tanımlamış ve tespit etmiş olmasına bağlıdır. Rekabeti tesis eden etkili bir hukuk yolunun teşebbüse empoze edilmesi için idarenin, farklı hukuki dengeleri hassas bir terazide gözetmesi gerektiği hususu, yapısal tedbirler konusunda ön plana çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE, Ankara, 1983.
- Bılaçlı, Cihan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devrallmalarda Davranışsal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, 4. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2007.
- Bozkuş, Sinan, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 100, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2010.
- Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d5bb1 (Erişim Tarihi: 21.01.2021).
- Council Regulation (Ec) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.18, S. 2, 1963.
- Güven, Şirin, “Açıklamalar”, Rekabet Derneği'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Çalışmaları Webinarı, **Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika**, S. 136, Temmuz 2020.
- Hellström, Per/Maier-Rigaud, Frank P./Bulst, Friedrich Wenzel, “Remedies in European Antitrust Law”, **The Antitrust Law Journal**, Vol. 76, 2009.
- Kamuoyu Açıklaması (5.6.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

- Karaege, Özge, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Kaya, Ali, **Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Lexiadis, Peter/Sependa, Elsa, “Structural Remedies Under European Union Antitrust Rules, **Competition Law Journal**, Structural Remedies: A Unique Antitrust Tool, Concurrences 2-2013.
- Maier-Rigaud, Frank P., “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law”, Ed. Philip Lowe, Mel Marquis/Giorgio Monti, **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law**, 2016.
- Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).
- OECD, **Merger Remedies**, 2003, <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2021).
- OECD, **Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases**, Note by the European Commission, 16.05.2006, https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_june_remedies_sanctions.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- OECD, **The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences**, <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- Özay, İl Han, **İdari Yaptırımlar, Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985.
- Özek, Mahmud Esad, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları ve Türk Telekom Özelleştirmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yayımlanmamış, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, 2016.
- Öztunalı, Aydın, **Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ritter, Cyril, “How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?”, **Journal of European Competition Law & Practice**, Vol. 7, No. 9, 2016.

- Swora, Mariusz/Kamiński, Jacek, “Bringing in Liquidity and Transparency when the Power Sector is Consolidated: The Duty to Trade on the Power Exchange”, **Review of Economics and Institutions**, Vol. 8, No. 1, Article 3, 2017.
- Tashpulatov, Sherzod N., “The Impact of Behavioral and Structural Remedies on Electricity Prices: The Case of the England and Wales Electricity Market”, **Energies**, MDPI, Open Access Journal, Vol. 11(12), 2018.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 3. Yasama Yılı 98. Birleşim 11/Haziran/2020 Perşembe, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=23459&P5=H&page1=121&page2=121 (Erişim Tarihi: 12.01.2021).
- Ulusoy, Ali D., **İdari Yaptırımlar**, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Yasin, Melikşah, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yazar, Ömer Volkan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:168, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2020.

CEZA MUHAKEMESİNDE DAVAYA KATILMA VE 6284 SAYILI KANUNDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

*Civil Party Participation in Criminal Proceedings and the Problems Arising
from the Implementation of Law no. 6284*

Recep DOĞAN*

Geliş Tarihi: 19.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Bu makalede öncelikle davaya katılma kurumu ve ceza muhakemesi açısından sorunlu bir alan olmaya devam eden ceza davasına kimlerin katılabileceği hususu tartışılacak, ardından davaya katılma müessesesinin 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da ne şekilde düzenlendiği açıklanacaktır. 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinde davaya katılmaya ilişkin olarak yer alan muhakeme hukukuna ilişkin özel hükümlerin kaleme alınış şekline kaynaklanan sorunlar, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın davaya katılma yetkisinin kapsamı, hukuki niteliği, davaya katılma yetkisinin kullanılması için ceza davasının Bakanlığa bildiriminin zorunlu olup olmadığı ve Bakanlığın katılan olarak yer aldığı davalarda vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekli gereklemediği, konuya ilişkin Yargıtay ve mahkeme kararları ışığında tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: ceza muhakemesi, davaya katılma, mağdur, suçtan zarar gören, 6284 sayılı Kanun

ABSTRACT

This article discusses the concept of civil party participation in criminal proceedings, and explains the problems arising from the implementation of the Act on the protection of women and the family against violence and the prevention of violence (Law no. 6284). In this context, firstly, the problems arising from the article 20/2 of the Act which sets out the right of the Ministry of Family and Social Services to intervene and take part in criminal proceedings, and the scope of the Ministry's right to intervene will be investigated. Then, in the light of the rulings of the Court of Appeal and other courts, the issues of whether it is compulsory to inform the Ministry about the trial to use its right to intervene, and whether it is necessary to award the representative of the Ministry the standard attorney's fee will be explored.

Keywords: criminal proceeding, civil party participation in criminal proceeding, victim, person affected by the crime, Law no.6284

* Dr. LL.M., PhD, Keele University UK, recepdogan06@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7739-3071.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukumuzda, kamu adına dava açma görevi Cumhuriyet savcısına verilmiş olup iddia makamının Cumhuriyet savcısı tarafından temsil edilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, ceza davasına Cumhuriyet savcısı dışında kişilerin davayı yönlendirmek adına katılması ve yürütmesi istisnai bir durumdur. Bununla birlikte ceza muhakemesi hukukunda mağdur ve suçtan zarar görenin bir muhakeme süjesi olarak davaya dâhil olma ve davayı yönlendirme yetkisi açıkça kabul edilmiş (CMK m.237) ve kendilerine önemli haklar tanınmıştır (CMK m.234 vd.).¹ Kamu davasına katılma bu haklardan biri olup böylece mağdurun veya suçtan zarar görenin ceza muhakemesinde bir muhakeme objesi olarak tanık sıfatıyla muhakemede yer almasının yanında, bir muhakeme süjesi olarak da davada yer alması kabul edilmiştir.²

Bu makalede öncelikle davaya katılma kurumu ve ceza muhakemesi açısından sorunlu bir alan olmaya devam eden ceza davasına kimlerin katılabileceği hususu açıklanacaktır. Ardından davaya katılma müessesesinin 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da ne şekilde düzenlendiği, bu Kanun'da davaya katılmaya ilişkin olarak yer alan muhakeme hukukuna ilişkin özel hükümler ile 5271 sayılı CMK arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğine dair sorunlar tartışılacaktır. Bu bağlamda, 6284 sayılı Kanun'da yer alan davaya katılma yetkisinin kapsamı, hukuki niteliği ve korunan hukuki menfaat açıklanacak, davaya katılma yetkisinin kullandırılması için ceza davasının Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na (Bakanlık) bildiriminin zorunlu olup olmadığı ve Bakanlığın katılan olarak yer aldığı davalarda vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekip gerekmediği tartışılacaktır. Tüm bu hususlara ilişkin olarak, mahkemelerin

¹ CMK' nın 234. maddesine göre, mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresinde, delillerin toplanmasını isteme, Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, kovuşturmayaya yer olmadığı yönündeki karara karşı itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Kovuşturma evresinde ise mağdur ile şikâyetçinin duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkı bulunmaktadır.

² Akın Boyacı, "Ceza Muhakemesinde Davaya Katılma", İÜHFİM, 2013, C. 71, S. 1, s.157-159; Ali Rıza Çınar, "Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, C.21, Özel Sayı, s.2806; Cumhuri Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.123; Olgun Değirmenci, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, *TBB Dergisi*, 2008, S.77, s.53.

çelişkili tutum ve kararlarından örnekler verilecek, uygulamada yaşanan sorunlara değinilecektir.

I. KAMU DAVASINA KATILMA

Ceza muhakemesi hukukumuzda kamu davasına katılma CMK'nın 237. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu maddede:

“(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

(2) Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.” hükmü yer almaktadır.

Faile ceza verilirken failin mağdur üzerinde yarattığı zararın göz önüne alınması gerektiği gerekçesiyle davaya katılma müessesesinin ceza muhakemesinde yer alması gereken bir kurum olduğunu savunan görüşlerin yanında, mağdurun davaya katılması halinde mahkemenin tarafsızlığının olumsuz yönde etkileneceği, verilecek cezada artışa sebebiyet vereceği gerekçesiyle davaya katılma kurumuna karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır.³ Bununla beraber, davaya katılmanın amacı, mağdur ve suçtan zarar gören açısından, maddi gerçeğin açığa çıkmasını ve sanığın cezalandırılmasını sağlamak ve böylece şahsi intikam duygularını önlemek, malen sorumlu açısından ise maddi gerçeğin açığa çıkarılarak haklarının korunmasını sağlamak şeklinde açıklanmaktadır.⁴

CMK'nın 237. maddesine göre, davaya katılma hakkı, mağdura, suçtan zarar görene ve malen sorumlu olana kovuşturma aşamasının her evresinde hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduğunu bildirmesi halinde tanınmış bir haktır. Dolayısıyla soruşturma aşamasında ortada açılmış bir kamu davası bulunmadığından davaya katılmadan da söz edilemez.⁵ Bununla beraber, kanun metninde geçen “şikâyetçi olma” ifadesi kanun sistematigi içerisinde, bu maddede geçmemesi gereken ve yanlış anlamalara sebebiyet verecek bir kavramdır. Şikâyet gerek TCK'da gerekse CMK'da kullanılan teknik bir terim olup öncelikle takibi şikâyetle bağlı suçlar için kullanılmaktadır (TCK m.73). Nitekim şikâyet ve şikâyetçi kurumu ayrı bir soruşturma usulü ve muhakeme şartı olarak başlıca CMK'nın 158, 170 ve 174'üncü maddelerinde, yargılamayı yönlendirme ve muhakeme süjesi olarak kendisine tanınan haklardan yararlanma bağlamında ise CMK'nın 233-236 maddeleri arasında ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle, madde metninde geçen “şikâyetçi olma”

ibaresini, “suçtan zarar gördüklerini,⁶ suçtan mağdur olduklarını⁷ ya da failin cezalandırılmasını istediklerini⁸ belirterek” şeklinde anlamak gerekir. Bu bağlamda, ilgilinin failin cezalandırılmasını istemesi, davayı takip etme iradesini ortaya koyacak şekilde tanık dinletmek istemesi, keşif talep etmesi,⁹ duruşmaya vekâletnamesi bulunan avukat göndermesi veya soruşturmanın genişletilmesi talebini içeren dilekçe vermesi¹⁰ bile örtülü bir katılma talebi olarak değerlendirilmektedir.¹¹

Yine kendisine katılma hakkı verilmiş olanlardan CMK’nın 2/i maddesinde sadece malen sorumlu tanımlanmış olup mağdura veya suçtan zarar görene dair herhangi bir tanım yapılmamıştır. Dolayısıyla davaya katılma hakkına sahip olanlar arasında malen sorumlu dışındaki sùjeler olan mağdur ve suçtan zarar görenin tespitinin her suçun unsurlarına göre, genel hükümler, mahkeme içtihatları ve öğretide yer alan görüşler doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir. Ancak CMK’da yer alan düzenlemelere bakıldığında mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının belli bir sistematik içinde kullanılmadığı görülmektedir. CMK’nın bazı maddelerinde “mağdur” (m.12/4, m.22/1, m.66/6, m.84/1), bazı maddelerinde “suçtan zarar gören” (m.172/1, m.237/1) bazı maddelerinde de “suçtan zarar gören mağdur” (m.127/5, m.131/2) kavramlarına yer verilmiştir.¹² Aynı şekilde, davaya katılmaya, mağdur ve şikâyetçinin haklarına ilişkin olarak CMK’da yer alan düzenlemelere bakıldığında, söz konusu kavramlar arasındaki sınırın daha da belirsizleştiği ve kavram kargaşasına yol açıldığı görülmektedir.¹³

Nitekim CMK’nın 234. maddesinde mağdur ile şikâyetçinin hakları düzenlenirken, mağdur ve şikâyetçinin kovuşturma evresinde; duruşmadan haberdar edilme ve kamu davasına katılma hakkına sahip olduğu belirtilmiş, daha sonra davaya katılmayı düzenleyen 237. maddede ise mağdur, suçtan

⁶ Erdener Yurtcan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.164.

⁷ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.477.

⁸ Centel/Zafer, s.801; Mahmut Koca, “Temyiz Yolunda Davaya Katılma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Y.5, S.18, s.11.

⁹ Mehmet Beyhan Seçkin, Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, Y.8, S. 15, s.641.

¹⁰ Boyacı, s. 168.

¹¹ Ancak Koca’ya göre, CMK’nın 238. maddesinin açık hükmü karşısında Yargıtay’ın esnek tutumunun aksine, dilekçe, sözlü beyanın tutanağa bağlanması ve duruşmada şikâyetçi olduğunun belirtilmesi dışında kanunda belirtilmeyen şekilde yapılan katılma istekleri geçerli değildir, Koca, s.12-13. Aynı yönde bkz. Çınar, s.2821.

¹² A. Caner Yenidünya/Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 121.

¹³ Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Y.61, S.2, s.662; Centel/Zafer, s. 794-795.

zarar gören ve malen sorumlu olanların davaya katılma hakkına sahip oldukları hükmüne yer verilmiştir. Ardından Kanun'un 234. maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinin 6. alt bendinde mağdur ve şikâyetçinin kanun yollarına başvurma hakkı, davaya katılmış olmaları koşuluna bağlanmıştır. CMK'nın 260. maddesinin ilk fıkrasında ise “Kanuna göre katılan sıfatını kazanmış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya *katılan sıfatını alabilecek surette zarar görmüş* bulunanlar için” kanun yollarına başvurma hakkı bulunduğu öngörülmüştür.

CMK'nın 260. maddesi uyarınca, kanun yollarına başvurulması için davaya katılmış olmaya gerek yoktur. Davaya katılmamış olsalar bile *katılan sıfatını alabilecek surette zarar görenler* de kanun yollarına başvurabileceklerdir. Kanun yollarına başvurma hakkı bulunanlar yönünden de bu iki hüküm arasında çelişki bulunmaktadır.¹⁴ Çünkü Kanun'un davaya katılmayı düzenleyen 237. maddesinde, mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanların katılma hakkına sahip oldukları öngörüldükten sonra, 260. maddede, sadece zarar gören kavramıyla yetinilmemiş, “katılan sıfatını alabilecek surette” zarar görenlere kanun yoluna başvurma hakkı tanınmıştır. Oysa 237. madde gereğince katılan sıfatını kazanmak için suçtan zarar görme veya suçun mağduru olmak yeterlidir; katılan sıfatını gerektiren başka bir nitelik yoktur. Bu hükümde yer alan “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar gören” kavramının doğrudan doğruya zarar görmeyi veya aşağıda açıklanacağı üzere özel kanunlar gereğince suçtan zarar gördüğü karine olarak kabul edilen kamu kurumlarını kastettiği ya da bu kişilerin “suçtan zarar görmelerine rağmen ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davadan haberdar edilmemiş”¹⁵ kişiler olabileceği düşünülebilirse de kanundaki düzenlemelerde bir zafiyet olduğu ve kavramların bir sistematiikten uzak olarak kullanıldığı izahıtan varestedir.

Dolayısıyla davaya katılma hakkı kapsamında kimlerin katılma talebinde bulunabileceğinin belirlenmesi için öncelikle mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu kavramlarının açıklanması, ardından bu makalenin konusunu oluşturan 6284 sayılı Kanun'da olduğu gibi bazı kamu kurumlarının özel kanunlarda yer alan bazı düzenlemelere dayanarak kamu davasına katılması halinde devletin davadaki sıfatının tartışılması gerekir. Katılmanın amaçlarından biri de suçtan zarar gören veya mağdur sıfatıyla davaya yön verilmesini sağlamak olduğuna göre, devlet adına bazı kamu kurumlarının yargılamaya yön vermek üzere bir kamu davasına katılmasının haklı bir gerekçesinin olması gerekir. Bir başka deyişle, devletin kamu davasına katılmak suretiyle, sanığın menfaatlerine baskın gelen, sanığın menfaatlerinden daha üstün, korunması ve kollanması gerekli olan bir menfaati korumak adına davaya müdahale etmesi

¹⁴ Katoğlu, s.662-663; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.395.

¹⁵ Koca, s.25; Çınar, s.2819, 2826.

gerekir. Aksi takdirde silahların eşitliği prensibine aykırı olarak yargılamada sanık aleyhine bir durum yaratılmış olur. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

II. KATILMA TALEBİNDE BULUNABİLECEKLER

A. Mağdur

Suçun mağduru ya da suçun pasif süjesi konusunda doktrinde iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, suçla korunan hukuksal menfaatin sahibi mağdur iken¹⁶ ikinci görüşe göre suçun mağduru suçun konusunun ait olduğu kişidir.¹⁷ O halde suçun mağduru kavramından, suç fiilinden zarar gören herkesi değil, suçla korunan hukuksal menfaatin sahibini ya da suçun konusunun ait olduğu kişiyi anlamak gerekir. Bu bağlamda, birinci görüş ele alındığında kasten öldürme suçunda hukuksal menfaat olarak bir kişinin yaşam hakkı korunduğundan bu hakkın sahibi mağdur iken¹⁸ ikinci görüşe göre suçun konusunu insan hayatı oluşturduğundan varlığına son verilen hayatın sahibi mağdur olmaktadır.¹⁹ Dolayısıyla kasten öldürme suçunda öldürülen kişi mağdur, öldürülen kişinin yakınları ise suçtan zarar görendir.

Suçun mağduru ile suçtan zarar gören sıfatları çoğu zaman aynı kişide birleşir. Örneğin malvarlığına karşı suçlarda suçun mağduru ile suçtan zarar gören sıfatlarının aynı kişide birleşmesi mümkündür. Bununla birlikte, sadece suçtan zarar gören sıfatından hareketle kişinin ayrıca suç mağduru da olduğunu söylemek yanıltıcı olur. Çünkü ceza hukuku da dâhil olmak üzere hukuk alanında süje daima kişidir. Nitekim 5237 sayılı TCK bağlamında mağdur ancak gerçek bir kişi olabilecek iken²⁰ tüzel kişilerin ise doktrinde aksini savunanların varlığına rağmen²¹ kanaatimizce 5237 sayılı TCK sistemi içinde mağdur sayılmaları mümkün değildir. Karşıt görüşte olanlara göre, tüzel kişilerin suçun mahiyetinin izin vermesi halinde malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun mağduru olabileceği belirtilmektedir.²² Bu görüşü savunan yazarlara göre örneğin, sigorta bedelini almak maksadıyla malını tahrip etme

¹⁶ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.190; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s.250; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7 Bası, Beta, İstanbul, 2019, s.192; Veli Özer Özbek/Koray Doğan /Pinar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.211; Katoğlu, s.660-661.

¹⁷ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s.223.

¹⁸ Zafer, s.193.

¹⁹ Özgenç, s.223.

²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.211; Özgenç, s.224; Öztürk/Erdem, s.190

²¹ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.250; Zafer, s.192-193, Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2012, s. 107.

²² Toroslu, s. 107.

suçunda (TCK m.158/k) sigorta şirketi suçun mağduru veya pasif süjesidir.²³ Ancak tüzel kişilerin mağdur sayılabileceğini belirten bazı yazarların, geniş anlamda ve dar anlamda mağdur ayrımı yaptıkları, suçla korunan hukuki menfaatin sahibi sıfatıyla gerçek kişileri, toplulukları, tüzel kişileri ve devleti mağdur kabul ederken, bu suçların maddi konusunun aynı zamanda gerçek kişilerden oluşması halinde bu kişileri geniş anlamda mağdur ya da suçtan zarar gören olarak niteledikleri görülmektedir.²⁴ Dolayısıyla mağduru suçtan zarar gören kavramı üzerinden tanımlamak veya suçtan doğrudan zarar gören ile eşitlemek her zaman doğru sonuç vermeyebilir. Örneğin, aralarında insan bedeni üzerinde işlenen öldürme ya da yaralama suçlarının da olduğu birçok suç bakımından tüzel kişilerin suçun mağduru olması mümkün değildir. Genel hakaret suçlarında olduğu gibi bazı suçlar bakımından ise suça ilişkin kanuni tanımdan hareketle, tüzel kişilerin bu suçların mağduru olması mümkün gözükmemektedir.²⁵

Bazı suçların mağdurunun belirsiz veya gayri muayyen olduğu, bu suçlarda mağdur olarak belirli bir kişi veya kişi grubundan bahsedilemeyeceği, ihlal edilen menfaatin genel olarak belirsiz bir topluluğa ait olduğu ya da suç teşkil eden fiilin gayri muayyen sayıda bireyi hedef aldığı belirtilmektedir.²⁶ Nitekim genel tehlike yaratan suçlar (TCK m.170 vd.), çevreye karşı suçlar (TCK m.181 vd.) ve adliye karşı suçlarda (TCK m.267 vd.) genel olarak toplumu oluşturan bütün bireylerin mağduriyetinden söz edilmektedir.²⁷ Ancak bu tür mağduru belirsiz suçlarda dahi mağdur toplumda yaşayan herkestir. Dolayısıyla mağduru olmayan suç yoktur.²⁸ Nitekim günümüzde fazla kabul görmemekle beraber, her suçun biri devamlı genel, yani her suç için ortak, diğeri ise özel, yani suçtan suça değişebilen iki ayrı pasif süjesi olduğu, her suçta genel kamusal bir menfaatin ihlal edildiği ve bu menfaatin sahibi olarak devletin her suçun genel ve ortak pasif süjesi olduğu kabul edilmektedir.²⁹ Bunun dışında, birden çok kişiye ait bir konutun dokunulmazlığının ihlal edilmesi, birden çok maliki olan bir malın çalınması, bir grup şahsa hakaret edilmesinde olduğu gibi ihlal edilen menfaat veya varlığın sahibi birden fazla olduğunda ortada birden fazla mağdur da olabilecektir.³⁰

²³ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.250; Zafer, s.193.

²⁴ Zafer, s.193.

²⁵ Katoğlu, s.662; Özgenç, s. 224-226; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 114-115; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Aruç, Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 7702-7703.

²⁶ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.250; Toroslu, s.108.

²⁷ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.250; Şahin, s.124; Toroslu, s.108-109; Yenidünya/İçer, s.121.

²⁸ Özgenç, s.224-225.

²⁹ Toroslu, s.107.

³⁰ Soyaslan, Ceza Hukuku, s.250; Toroslu, s.109.

Bununla beraber, yukarıda kısmen değinildiği üzere mağdur kavramı şikâyetçi kavramından da farklıdır. Takibi şikâyeteye bağlı suçlarda, suç ile doğrudan ihlal edilen hakkın sahibi olarak mağdur yetkili makamlara bildirimde bulunabilir, yani şikâyetçi olabilir. Bir başka deyişle şikâyet hakkını kullanan kişi aynı zamanda mağdur olabilir. Ama şikâyet kavramı suç ile ihlal edilen hakkın sahibini nitelemek üzere kullanılan bir kavram değildir. Şikâyet ve şikâyetçi ihlal edilen bir hak dolayısıyla yetkili makamlara bildirimde bulunan kişiyi nitelemek için kullanılmaktadır.³¹ Dolayısıyla şikâyetçi mağdur olabileceği gibi mağdur dışında kanunun izin verdiği bir kişi de olabilir. Nitekim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gereğince koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakların ihlal edilmesi suretiyle işlenen ve kanunun 71 ve 72. maddesinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak, kanunun 75. maddesinde şikâyet hakkı hem fikir ve sanat eseriyle ilgili hak sahiplerine hem de bunların üye bulundukları meslek birliklerine tanınmıştır. Meslek birlikleri burada suç ile ihlal edilen hakkın sahibi olmadıkları gibi ihlal sebebiyle doğrudan zarar gören konumunda da olmadıklarından mağdur kabul edilemezler. Ama ihlali yetkili makama bildirmek konusunda yetkilendirildiklerinden şikâyetçi konumundadırlar.³²

Burada sorulması gereken soru devletin bu menfaat ihlalinden kaynaklanan suçun genel pasif süjesi olma konumunun suçun asıl ve özel pasif süjesi olan mağdurdan ayrı bir varlığa sahip olup olmadığıdır. Bir başka deyişle, pasif özel süjenin mağdur veya şikâyetçi sıfatıyla kendisine tanınan bir haktan vazgeçmesi halinde, devletin mağdurdan bağımsız olarak bu hak iddiasını sürdürme olanağı var mıdır? Bu makalenin konusunu oluşturan 6284 sayılı Kanun kapsamında olduğu gibi şiddet mağdurunun takibi şikâyeteye bağlı suçlarda şikâyetten veya davaya katılmaktan vazgeçtiği hallerde halen devlete yönelik bir menfaat ihlalinden söz edilmesi mümkün müdür? Şikâyetçi takibi şikâyeteye bağlı suçlarda suçtan zarar görenden başkası olmadığına göre, asıl süje hakkından vazgeçse bile devlet suçun genel pasif süjesi sıfatıyla, mağdur, şikâyetçi veya zarar görene tanınmış hakları kullanabilir mi? Bu hususta bir açıklık olmamakla beraber, şikâyet konusunda mağdurların birden çok olması halinde her bir mağdurun şikâyet hakkını diğerinden bağımsız olarak kullanacağı, dolayısıyla mağdurlardan birinin şikâyetçi olması veya şikâyetinden vazgeçmesi halinde diğerlerinin haklarının etkilenmediği ifade edilmektedir.³³

Yine kanun yoluna başvurma konusunda mağdur için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurun iradelerinin çelişmesi halinde, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 gün

³¹ Yenidünya/İçer, s.121.

³² Yenidünya/İçer, s.122.

³³ Seçkin, s.625.

ve 2008/56 E., 2008/156 K. sayılı kararında zorunlu vekilin iradesinin esas alınacağına karar verildiği, buna ilişkin kuralın, mağdur yönünden de kıyasen uygulama olanağının bulunduğu, bunun sonucu olarak da CMK' nın 234. maddesi uyarınca şikâyet konusunda mağdur ve zorunlu vekilin iradelerinin çelişmesi halinde mağdur için atanan zorunlu vekilin, sanıktan şikâyetçi olduğuna yönelik iradesine üstünlük tanınması gerektiği belirtilmektedir.³⁴ Dolayısıyla gerçek kişi mağdurların şikâyet hakkı ve zorunlu vekillik kurumu kapsamında olmasına rağmen, yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında, kanımızca 6284 sayılı Kanun kapsamında yer alan suçlarda, mağdur davaya katılmaktan veya şikâyetten vazgeçse bile Bakanlığın vazgeçmenin şiddet mağduruğunun çıkarlarına uygun olmadığı ya da vazgeçme kararının cebir, korkutma veya tehdit ile alındığına kanaat getirmesi ve davayı takip etmekte fayda görmesi halinde, Bakanlığın davaya katılma ve takip konusundaki iradesine üstünlük tanınmalıdır.³⁵

B. Suçtan Zarar Gören

Görüldüğü üzere, suç teşkil eden fiil ile bir hakkı, hukuki bir menfaati veya hukuken korunan bir yararı ihlal edilen kişi mağdurdur, suçtan zarar gören ise suç teşkil eden fiilin neticelerinden doğrudan etkilenmiş kişidir.³⁶ Dolayısıyla suçtan zarar gören, mağdur kavramından daha geniş bir kavramdır. Nitekim öğretide, suçtan zarar gören kavramına ilişkin olarak, zarar görmenin doğrudan ve dolaylı olup olmadığı esas alınarak “dar anlamda” ve “geniş anlamda” suçtan zarar gören tanımları yapılmaktadır.³⁷ Suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki yararı doğrudan doğruya zedelenen ya da ihlal edilen kişi “dar anlamda” suçtan zarar görendir.³⁸ Buna göre, suçtan doğrudan doğruya etkilendiği için yaralama suçunda vücut bütünlüğü zarar gören, hakaret suçunda saygınlığı zedelenen, tehdit suçunda kendini güvende hissetmeyen ve psikolojik dengesi bozulan kişi suçtan zarar görendir. Bu suçlardan dolayısıyla etkilenen, yani yaralanan, tehdit edilen veya hakaret

³⁴ Boyacı, s.169-170; Çınar, s.2814.

³⁵ Sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas yapılamayacağını belirten Koca'ya göre, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı isabetli olmayıp, şüpheli veya sanığın, çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması halinde kendisine atanan zorunlu müdafii için CMK'nın 266/3 maddesinde tanınan sanığın iradesine aykırı olarak kanun yoluna başvuru hakkının, mağduru zorunlu vekili için kıyasen uygulanması mümkün değildir, Koca, s.17-20.

³⁶ Kunter/Yenisay/Nuhoglu, s.373.

³⁷ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü/Özdem Özyayın (Editör, Bahri Öztürk), Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.179.

³⁸ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.234.

edilen kimsenin üzülen veya utanan yakınları hakları doğrudan doğruya ihlal edilmediği için zarar gören değildir.³⁹ Görüldüğü üzere bu görüş suçtan zarar gören kavramını mağdur ile eşitlemektedir.⁴⁰

Buna karşılık suç ile korunan haklı çıkarı zedelenen kişi “geniş anlamda” suçtan zarar görendir.⁴¹ Gerçekten de suçtan zarar görme kavramının “süjelik” veya “hak sahipliği” kavramlarından arındırılarak, korunması gereken haklı çıkar sahipliği şeklinde geniş yorumlanması zorunlu ve gereklidir. Nitekim yukarıda da kısmen değinildiği üzere, suç teşkil eden fiil ile ihlal edilen hakkın veya menfaatin hamili, süjesi olarak mağdur suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören kimse hukuki ilişkinin tarafıdır ve iddiası sadece hukuki bir nitelik taşır.⁴² Dolayısıyla bir kimsenin haklı bir çıkarı suç teşkil eden bir davranış ile zedelenmiş ise ve bu zedelenmenin derecesi ancak bu kişinin yargılamaya katılması ile belli bir ölçüde giderilebilecek ve kendisine bir tatmin sağlanabilecek ise bu kimselerin de “geniş anlamda suçtan zarar gören” olarak kabul edilmesi gerekir.⁴³ Ancak bu şekilde öldürme, yaralama, hakaret veya tehdit suçlarında suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsenin yakınları davaya suçtan zarar gören sıfatıyla katılabilir.

Ayrıca suç teşkil eden hukuka aykırı davranışın sonuçlarının hangi hallerde doğrudan, hangi hallerde dolaylı zarara neden olduğunu belirlemek hiç de kolay değildir.⁴⁴ Nitekim suçtan zarar gören kavramının kanun koyucu tarafından tanımlanmamış olmasından kaynaklanan belirsizlik, Yargıtay tarafından da kabul edilmekte olup her olayın somut koşullarına göre suçtan zarar görenin belirlenmesi gerektiği, haklı bir çıkarı zedelenen kişiye ceza kovuşturmasına katılma konusunda istekliliği göz önüne alınarak haklı görüldüğünde suçtan zarar gören sıfatının tanınması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁵ Ancak Yargıtay suç teşkil eden eylemden tüzel kişiliğin dolaylı zarar görmesini katılma hakkı için yeterli görmeyip doğrudan doğruya zarar görülmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁶

³⁹ Öztürk ve diğerleri, s.179.

⁴⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.234.

⁴¹ Öztürk ve diğerleri, s.179.

⁴² Değirmenci, s.42; Öztürk ve diğerleri, s.180.

⁴³ Öztürk ve diğerleri, s.180.

⁴⁴ Toroslu, s. 106.

⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15.07. 2008 tarih ve 2008/95 E., 2008/195 K., 07.02.2012 tarih ve 2011/5-350 E., 2012/27 K. sayılı kararları.

⁴⁶ Yargıtay Birinci Ceza Dairesi 16.04.2014 tarihli ve 2014/5332 E., 2014/2497 K. sayılı ilamında, ... Barosuna kayıtlı bir avukatın öldürmeye teşebbüs eyleminin mağduru olduğu bir olayda, ... Baronun suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği ve hükmü temyiz etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle baro vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermiştir, aktaran: Seçkin, s.644. Yine Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi 18.02.2019 tarih ve 2019/1115 E., 2019/3125 K. sayılı kararında, Sağlık Bakanlığı personeli olan katılanlara yönelik

Bu nedenle, Hakeri ve Ünver suçtan zarar gören kavramını tanımlamak yerine koşullarının belirlenmesinin daha yararlı olacağını belirtmektedir.⁴⁷ Buna göre, suçtan zarar görenin sağ olması gerekir, dolayısıyla öldürme suçunun mağduru suçtan zarar gören olamaz. İkincisi suçtan zarar gören katılma yoluyla muhakemede bir süjelik elde etme veya taraf olma talebinde bulunduğu ve nihayetinde birtakım yetkiler kullanacağından suçtan zarar görenin dava ehliyetine sahip olması gerekir. Bunun için de suçtan zarar görenin temyiz kudretine sahip olması, reşit olması ve kısıtlı olmaması gerekir. Ancak kanımızca kendi görüşlerini serbestçe ifade etme olgunluğuna erişmiş mümeyiz küçükler bakımından şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olan davaya katılma hakkının kullanılması için reşit olma şartı aranmamalıdır. Nitekim Yargıtay da 15 yaşından büyüklerin şikâyet ve dolayısıyla davaya katılma hakkını kanuni temsilciden bağımsız olarak kullanabileceğini belirtmektedir.⁴⁸ Üçüncüsü ortada bir ceza davası olmalı ve bu davaya katılma talebinde bulunulmalıdır. Dördüncüsü suçtan zarar görenin şikâyetçi olması, daha doğrusu suçtan zarar gördüğünü ve suç dolayısıyla mağduriyetinin bulunduğunu mahkemeye beyan etmiş olması gereklidir.⁴⁹ Hal böyle olmakla birlikte Ünver ve Hakeri'nin suçtan zarar gören kavramını dar yorumladıkları, suç teşkil eden fiil tarafından hukuksal yararı doğrudan ihlal edilen kimseyi suçtan zarar gören olarak kabul ettikleri görülmektedir.⁵⁰ Aynı görüşte olan Koca'ya göre de, suçtan zarar gören kavramından, mağdurun dışında, suçun konusuna yönelik saldırıdan hakları doğrudan ihlal edilen kişiler anlaşılmalıdır. Bu nedenle, bir kimsenin suçtan zarar gören olup olmadığı belirlenirken, o kişinin suçun konusuna yönelik saldırıdan subjektif bir hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Dolayısıyla suç teşkil eden fiil ile kişinin haklı çıkarının zedelenmiş olması veya ilgilinin sırf suçun işlenmesinden etkilenmiş olması suçtan zarar görmek bakımından yeterli değildir.⁵¹

Suçtan zarar gören kavramının bazı hallerde geniş, bazı hallerde dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz durumunda suçtan zarar gören kavramının geniş, şikâyet ve kamu davasına katılma durumunda ise dar anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.⁵² Ancak kanaatimizce sanığın haklarını esaslı

kasten yaralama suçu bakımından Sağlık Bakanlığı'nın doğrudan suçtan zarar gören sıfatı bulunmadığından, Sağlık Bakanlığı Kamu Hastaneleri Kurumu açısından verilen katılma kararının hükümsüz olduğuna karar vermiştir, aktaran: Seçkin, s.644.

⁴⁷ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.295.

⁴⁸ Yargıtay 1. CD. 22.11.2007 tarih ve 8442 K sayılı karar, aktaran: Ünver /Hakeri, s.298.

⁴⁹ Ünver/Hakeri, s.295-296.

⁵⁰ Ünver/Hakeri, s.298.

⁵¹ Koca, s.7-8.

⁵² Öztürk ve diğerleri, s.179; Şahin, s.125. Karşı görüşte olan Koca'ya göre, "suçtan zarar gören

bir şekilde kısıtlamadığı sürece şikâyet konusunda da suçtan zarar gören kavramı geniş yorumlanmalı, sadece takibi şikâyete bağlı suçlarda değil, re'sen soruşturulan suçlarda da suçtan dolaylı olarak zarar görenin davaya katılma hakkı olduğu kabul edilmelidir.⁵³ Nitekim Yargıtay ölen nişanlısından bebek bekleyen kişinin müstakbel eşini kaybetmesiyle haklı bir çıkarının zedelendiğini, sanığın cezalandırılması yönünde psikolojik bir beklenti içine girdiğini gerekçe göstererek davaya katılma hakkının olduğunu kabul etmiştir.⁵⁴ Suçtan zarar görme durumuna ilişkin olarak zarar kavramının tehlike kavramını da içine alacak şekilde geniş anlaşılması gerekmektedir. Böylece tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından zarar görenden bahsedilebilecek, bu davalara katılma söz konusu olabilecektir. Yine suçtan zarar görenin zararının sonradan ödenmiş olması suçtan zarar görenin sıfatında bir değişikliğe yol açmamaktadır.⁵⁵ Nitekim soruşturma evresinde zararın tazmin edilmiş olması sebebiyle suçtan zarar görenin faili affettiğini, cezalandırılmasını istemediğini söylemesi, suçtan zarar görenin kovuşturma evresinde davaya katılmasına engel bir durum yaratmamaktadır. Aslında burada, teknik anlamda bir şikâyetten vazgeçme söz konusu olmayıp; suçtan zarar görenin faili affettiğine dair bir beyanı söz konusudur. Aksi takdirde takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetten vazgeçilmesiyle soruşturma süreci kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanacak, dava açılmadığı için davaya katılma da söz konusu olmayacaktır. Ancak kovuşturma evresinde şikâyetten vazgeçen suçtan zarar görenin kovuşturma evresinde davaya katılma hakkı ortadan kalkmaktadır.⁵⁶

1412 sayılı mülga CMUK döneminde suçtan zarar gören kimsenin davaya katılabilmesi için suçtan doğrudan zarar görmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Nitekim mülga Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü (SHÇEK) bünyesinde bakım ve korunma altına alınan çocuklara ilişkin olarak CMUK döneminde Yargıtay SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün korunmaya muhtaç çocuklara bakmak, iş ve meslek sahibi yapmak ve topluma yararlı kişiler olarak yetiştirmelerini sağlamak ile görevli ve yükümlü olduğundan, korunmaya muhtaç çocuklara karşı işlenen suçlar yönünden SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün suçtan doğrudan doğruya zarar gördüğünü ve davaya katılma

kavramının duruma göre dar, duruma göre geniş yorumlanabileceğine ilişkin görüş kabul edilemez. Hukuk güvenliği ve keyfiliğin önlenmesi bakımından, kavrama verilecek anlam, kavramın geçtiği her müessese bakımından aynı şekilde anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır” Koca, s.6.

⁵³ Aynı yönde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.375.

⁵⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.07.2008 tarih ve 2008/9-95 E., 2008/195 K. sayılı kararı.

⁵⁵ Şahin, s. 125.

⁵⁶ Centel/Zafer, s.795.

hakkının olduğunu kabul etmekte idi.⁵⁷ CMK ise hem mağdura hem de suçtan zarar görene davaya katılma hakkı vererek bu tartışmalara son ermiştir. Bu şekilde tüzel kişiler suçtan zarar gören sıfatını kazanabilmektedir.⁵⁸ Bununla beraber, bazı kanunlarda bazı kurumların suçtan zarar gören sıfatından bağımsız olarak davaya katılma haklarının bulunduğu özel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda mesela:

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında, kanun kapsamında yer alan suçlara ilişkin olarak verilen takipsizlik kararının veya düzenlenen iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirileceği ve Hazine avukatı'nın yazılı başvuruda bulunması hâlinde Maliye Bakanlığı'nın, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacağı hükmü;

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesinde, kanun kapsamında tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkemenin, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine göndereceği ve başvurusu üzerine, ilgili gümrük idaresinin açılan davaya katılan olarak kabul edileceği hükmü,

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 115. maddesinde Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olduğu, bu başvurunun muhakeme şartı niteliğinde olduğu, başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneğinin Kurul'a tebliğ edileceği ve Kurul'un aynı zamanda katılan sıfatını kazanacağı hükmü;

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesinde 5411 sayılı Kanun'da belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlı olduğu, bu başvurunun muhakeme şartı niteliğinde olduğu, Kanun'un 160. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında açılacak zimmet ceza davalarında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta

⁵⁷ Y 5CD.17.6.1998- 2025/2581, YKD XXVI, 3 Mart 2000, 478-479, aktaran: Centel/Zafer, s. 796. Bir başka kararda da yine Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, Zihinsel Özürlüler Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi'nde çalıştığı sırada rüşvet aldığı gerekçesiyle hakkında ceza davası açılan ve beraat eden sanık hakkında açılan davaya SHÇEK Genel Müdürlüğü tarafından yapılan müdahale talebinin reddedilmesini uygun bulmamış, sanık hakkında disiplin cezası uygulayarak memuriyetten çıkarma cezası vermeye yetkili olan Genel Müdürlüğün işlenen suçtan doğrudan zarar gördüğünü dolayısıyla davaya katılma hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. (5. CD. 09.04. 1997 tarih ve 97/1133 E, 97/1367 K. sayılı karar, Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1999, s.118, aktaran: Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.375.)

⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.562-563.

Fonu'nun davaya katılma hakkı olduğu başvuru tarihinden itibaren müdahil sıfatını kazanacağı hükmü,

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Ek-1 ve Ek-2. maddesinde kooperatifler ve üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile memurları hakkında görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardan dolayı açılan kamu davalarına, tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köy işleri Bakanlığı'nın (Tarım ve Orman Bakanlığı) yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın davaya katılma hakkının olduğu hükmü;

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasında, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği hükmü yer almaktadır.

Tüm bu özel kanunlarda davaya katılma hakkı söz konusu kamu kurumlarına mağdur veya suçtan zarar gören konumlarına bakılmaksızın doğrudan doğruya verilmiş olup 5411 sayılı Kanun ve 6362 sayılı Kanun kapsamında davaya katılma dışında, kamu kurumunca şikâyetle bulunulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bir başka deyişle söz konusu özel kanunlarda, bu tüzel kişilerin suçtan zarar gördüğü *aksi ispat edilemez bir karine olarak*⁵⁹ kabul edilmiş ve başvuruda bulunmaları halinde başka bir değerlendirme yapılmaksızın davaya katılabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak bu özel kanunlar içerisinde 6284 sayılı Kanunun 20/2. maddesi diğer kanunlara göre daha özensiz bir şekilde kaleme alınmış, bu kanunda yer alan muhakeme hukukuna ilişkin özel hükümler ile 5271 sayılı CMK arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğine dair herhangi bir hükme 6284 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Bilindiği üzere CMK'da, TCK'nın 5. maddesinde olduğu gibi bu Kanun ile diğer kanunlar arasında ilişkiyi düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, CMK ile özel kanunlarda yer alan muhakeme hukukuna ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanacağını öncelik-sonralık, özellik-genellik ilişkisi kapsamında belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum 6284 sayılı Kanun'un uygulanması kapsamında birçok soruna yol açmakta olup tüm bu hususlar aşağıda ayrıntılarıyla tartışılacaktır.

C. Malen Sorumlu

CMK'nın 2/i maddesine göre, malen sorumlu, “*yargılama konusu için hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişi*”

⁵⁹ Centel/Zafer, s. 798; Çınar, s.2815.

ifade etmektedir. Örneğin kaçak bir eşyayı ya da hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliklerini bilmeden alan kişi malen sorumlu olarak kabul edilebilir.⁶⁰ Bununla beraber, malen sorumlu, mağdur ve suçtan zarar gören ile karşılaştırıldığında esas itibarıyla işlenen fiilden etkilenenler arasında fiilin karşı tarafında faile ilişkin kısımda yer almaktadır. Mağdura ve suçtan zarar görene hakkını araması ve davaya yön vermesi için tanınan davaya katılma hakkının malen sorumluya da tanınması, kanımızca da gerek bu kurumun amaçları,⁶¹ gerekse mantık kurallarıyla⁶² tam olarak örtüşmemektedir. Çünkü menfaatleri sanıkla aynı yönde bulunan bir kimsenin, başka bir deyişle sanığın mahkûm olmasından olumsuz olarak etkilenecek bir kimsenin,⁶³ şikâyetçi olduğunu belirterek iddia makamının yanında yer alması ve davaya katılması halinde, bu kimseden iddia makamına yardımcı olup maddi hakikatin gerçekleşmesini sağlamaya yardımcı olması beklenemez. Bu tür bir yargılama süjesinin maddi hakikatin bulunmasından çok, kendi menfaati doğrultusunda hareket edip savunmanın yanında hareket edeceği aşikârdır. Karşı görüşte olan Koca'ya göre, mağdur ve suçtan zarar gören ile beraber malen sorumluya da davaya katılma hakkının tanınması bir tezat teşkil etmemektedir. Çünkü Koca'ya göre, davaya katılma kurumu CMK'da savcıdan bağımsız ve fakat ona yardımcı bireysel iddia makamı olarak davayı yönlendirmeye imkân veren bir müessese olarak düzenlenmiş değildir. Davaya katılma müessesesi, yargılanan uyuşmazlıktan hakları etkilenecek kişilerin davayı yönlendirmesine imkân sağlayan bağımsız bir müessese olarak düzenlenmiştir ve dolayısıyla katılanın her zaman savcıya yardımcı olması gerekmez. Bu itibarla, Koca'ya göre, CMK'nın, yargılanan uyuşmazlıktan hakları etkilenecek olan malen sorumluya da davaya katılmak suretiyle davayı yönlendirme imkânı sağlaması herhangi bir tezat teşkil etmemektedir.⁶⁴

III. AİLE VE SOSYAL HİZMETLER BAKANLIĞI'NIN DAVAYA KATILMA YETKİSİNİN GEREKÇESİ VE KORUNAN MENFAAT

1412 sayılı mülga CMUK'un 365. maddesinden farklı olarak CMK'nın 237. maddesinde davaya katılan mağdur veya suçtan zarar görene, ceza davasında şahsi haklarını talep etme olanağı tanınmamıştır. Dolayısıyla davaya katılan kimse sadece sanığın cezalandırılmasını isteyerek iddia makamına yardımcı olabilecektir. Oysa 6284 sayılı Kanun kapsamında davaya katılmanın esası savcıya yardım prensibine dayanmamaktadır. 6284 sayılı Kanun uyarınca davaya katılma, şiddet uygulayan sanığa göre daha güçsüz konumda olan

⁶⁰ Yenidünya/İçer, s. 159.

⁶¹ Çınar, s.2811; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.563.

⁶² Centel/Zafer, s.798.

⁶³ Centel/Zafer, s.798.

⁶⁴ Koca, s.9.

mağdurun haklarının savunulabilmesi için mağdurun güçlendirilmesi ve dolayısıyla sanığın ve savunmanın haklarının esaslı bir biçimde daraltılması gerektiği prensibine de dayanmamaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere devlet adına bazı kamu kurumlarının kamu davasına katılmasının kabulü için sanığın menfaatlerine baskın gelen ve bu nedenle daha çok korunması ve kollanması gereken bir menfaatin korunması adına davaya müdahale edilmesi gerekir. Aksi takdirde, silahların eşitliği prensibine aykırı olarak yargılamada sanık aleyhine bir durum yaratılmış olur. Bu bağlamda, 6284 sayılı Kanun kapsamında devletin kamu davasına katılması, devletin şiddet eylemlerinin önlenmesi, etkili bir soruşturmanın yürütülmesi, failin cezalandırılması ve zararın tazmin edilmesi konusunda azami dikkat ve özenin sarf edilmesi için gerekli hukuki ve diğer önlemleri alması ve böylece adalet duygusunu tatmin etmesi prensibine dayanır. Bir başka deyişle şiddet içeren vakalarda devletin 6284 sayılı Kanun gereğince davaya müdahale etmesi “özen yükümlülüğüne” dayanır.⁶⁵

Devlet, kural olarak kamu gücünü kullanan ve bu nedenle kendisine sorumluluk atfedilebilecek kişilerin neden olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bu nedenle kamu gücünü kullanmayan kimselerin neden olduğu zararlardan veya özel alanda “devlet dışı aktörlerin” neden olduğu zararlardan devletin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası, devletin bu zararın oluşmasını önleme konusunda gerekli özeni göstermemesi ve gerekli tedbirleri almaması halidir. Bu durumda, devletin “özen yükümlülüğünden” kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur.⁶⁶ Bu yükümlülük kapsamında, şiddet eylemlerinin önlenmesi, etkili bir şekilde soruşturulması, failin cezalandırılması, mağdurun zararlarının tazmin edilmesi, mağdura koruma ve destek sağlanması konusunda azami dikkat ve özenin sarf edilmesi için gerekli hukuki ve diğer önlemlerin alınması devletin sorumluluğundadır.

Bu nedenle özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmesi amacıyla devletin ve Bakanlığın davaya müdahalesi, iddia ve savunma arasında mevcut olması gereken silahların eşitliği prensibinde dengeyi sanık aleyhine bozmaktan çok, şiddet fiilini önleyemeyen devletin şiddetle mücadele konusunda üstlendiği diğer yükümlülükleri özenle yerine getirmesine hizmet eder. Yine şiddet unsuru içeren davaların Bakanlığa bildirilmesi, Bakanlığın devlet adına özen yükümlülüğünden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi için ihbar niteliğinde olup Bakanlığın konumu ihbar edilenden öteye geçmemektedir. Oysa hâlihazırda, şiddet unsuru içeren iddianameler hazırlanırken, Bakanlığın şikâyetçi veya suçtan zarar gören sıfatıyla iddianamede yer aldığı, kamu davası açılmamış olmasına ve

⁶⁵ Recep Doğan, “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016, C.74, S. 2, s.92

⁶⁶ Doğan, s.92-93.

teknik olarak ortada dava bulunmamasına rağmen Bakanlığa müdahil sıfatıyla iddianamelerde yer verildiği, Bakanlığın taraf olarak yer almadığı ve davaya katılma dilekçesi dahi sunmadığı davalarda verilen kararların Bakanlığa tebliğ edildiği ve yine bu kararlarda da Bakanlığa talebi olmamasına rağmen “katılan” veya “müşteki” sıfatının mahkemelerce verildiği görülmektedir. Tüm bu hususlar karine olarak suçtan zarar gören Bakanlığın davadan haberdar edilmemesi ve müdahale hakkının kullandırılmaması halinde düzenlenen iddianamelerin mahkemelerce reddedileceği veya tesis edilen hükmün bozulacağı endişesine dayanmaktadır. Oysa ihbar yükümlülüğünün mahkemenin yapacağı bir muhabere işlemiyle her halükarda yerine getirilmesi mümkün olup ceza muhakemesinin kurum ve kurallarının bu şekilde değiştirilmesine veya esnetilmesine gerek bulunmamaktadır.

IV. AİLE VE SOSYAL HİZMETLER BAKANLIĞI’NIN DAVAYA KATILMA YETKİSİNİN KAPSAMI

6284 sayılı Kanun’un davaya katılmaya ilişkin 20/2. maddesinde:

“Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir” hükmü yer almaktadır. Bununla beraber, Kanun’un kapsamı 1. maddesinde “şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek” şeklinde belirlenmiştir.

6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesinin lafzına bakıldığında, mağdur veya suçtan zarar gören konumuna bakılmaksızın davaya katılma hakkı Bakanlığa doğrudan doğruya verilmiş olup Bakanlığın suçtan zarar gördüğü *aksi ispat edilemez bir karine olarak*⁶⁷ kabul edilmiş ve başvuruda bulunması halinde başka bir değerlendirme yapılmaksızın davaya katılabileceği ifade edilmiştir. Ancak, 6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesi, ceza davasına katılma konusunda özel hükümler içeren diğer kanunlara göre daha özensiz bir şekilde kaleme alınmış, bu Kanun’da yer alan muhakeme hukukuna ilişkin özel hükümler ile 5271 sayılı CMK arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğine dair herhangi bir hükme 6284 sayılı Kanun’da yer verilmemiştir.

6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesine bakıldığında Bakanlığın müdahale yetkisinin kapsamına giren davaların temel unsurunu, kadın, çocuk, aile bireyleri ve ısrarlı takip mağdurlarına yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet uygulama tehlikesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla Bakanlık, bu kişilere yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet uygulama tehlikesi dolayısıyla

⁶⁷ Centel/Zafer, s. 798; Çınar, s.2815.

açılan idarî, cezaî, hukukî her tür dava ve çekişmesiz yargıya katılabilecektir. 6284 sayılı Kanun’a ilişkin tasarının TBMM’de görüşüldüğü tutanaklara bakıldığında, söz konusu görüşmelerin 24. Dönem 2. Yasama Yılı 76. Birleşimde 8 Mart 2012 tarihinde yapıldığı, 20.maddeye ilişkin tartışmaların 73 sayfalık birleşim tutanağının 59 ve 61.sayfalarında yer aldığı, ancak tutanakta düzenlemenin amacına ilişkin bir tartışmanın olmadığı görülmektedir.⁶⁸ Yine 181 sıra sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı’nın Adalet Komisyonu’nca hazırlanan komisyon raporunda da maddenin amacına dair kanun gerekçesinde tatmin edici herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.⁶⁹ Ancak Adalet Komisyonu’nun Kanun tasarısına ilişkin olarak yaptığı görüşmelere ilişkin tutanaktan, aslında Bakanlığın kamuoyunda infial yaratan toplu taciz veya tecavüz olarak tarif edilen çok failli cinsel istismar ve cinsel saldırı suçlarına müdahil olmak istediği, müdahale hakkının idari yargı ve çekişmesiz yargı işlerinde neden Bakanlığa verildiğinin Komisyon Başkanı tarafından dahi tam olarak anlaşılamadığı, sonradan ortaya çıkabilecek ve önceden öngörülemeyen sorunlarla mücadele etmek adına, müdahale yetkisinin geniş tutulduğu görülmektedir. Bununla beraber Komisyon görüşmeleri sırasında “kadınlara ve çocuklara karşı şiddetin önlenmesi kapsamında kurulmuş olan kadın ve çocuk hakları örgütleri ile sivil toplum kuruluşlarına” da davaya katılma hakkının tanınması için önerge verildiği, ancak bunun kabul edilmediği görülmektedir.⁷⁰

Bilindiği üzere CMK’da TCK’nın 5. maddesinde olduğu gibi CMK ile diğer kanunlar arasında ilişkiyi düzenleyen bir hüküm bulunmadığından, CMK ile özel kanunlarda yer alan muhakeme hukukuna ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanacağını öncelik-sonralık, özellik-genellik ilişkisi kapsamında belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum, 6284 sayılı Kanun’un uygulanması kapsamında birçok soruna yol açmaktadır. Her şeyden önce, 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Kanun davaya katılma yetkisinin kapsamının belirlenmesi konusunda CMK’ya göre hem daha yeni hem de daha özel bir kanun olması sebebiyle evveliyetle uygulanması gereken bir kanundur. Bu nedenle, kamu davasına katılmaya ilişkin olarak 6284 sayılı Kanun’da açıkça düzenlenmeyen hususlarda, CMK’nın ilgili hükümleri, 6284 sayılı Kanun’un 1/2-a maddesi gereğince, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olmadığı sürece kıyasen uygulanabilecektir. Çünkü söz konusu düzenlemede 6284 sayılı Kanun’un uygulanmasında

⁶⁸ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21143&P5=-B&page1=61&page2=61. Erişim tarihi:13.01. 2021.

⁶⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>. Erişim tarihi:13.01. 2021.

⁷⁰ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=344. TBMM Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi.24, Yasama Yılı.2, s.89-94. Erişim tarihi:13.01. 2021.

ve gereken hizmetlerin sunulmasında “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ...ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır” hükmüne açıkça verilmiştir.

Davaya katılmanın esaslı unsurunu içeren şiddet kavramıyla ilgili olarak, Kanun’un 2/1-d maddesinde şiddet: “kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış” şeklinde tanımlanmıştır.

Yine Kanun’un 2. maddesinde;

Ev içi şiddet: “şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” şeklinde tanımlanmış,

Kadına yönelik şiddet ise, “kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış” şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu tanımların, 6284 sayılı Kanuna da dayanak teşkil eden⁷¹ ve hâlihazırda 19/3/2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁷² ile feshedilmesi uygun görülen, “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” nin⁷³ 3. maddesinde yer alan “kadınlara yönelik şiddet”, “aile içi şiddet”, “kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” tanımlarının kanımızca eksik ve aynı zamanda amaca hizmet etmekten uzak kötü bir çevirisine dayandığı görülmektedir. Ancak kadına karşı şiddetle mücadelede sunulacak koruyucu, önleyici ve destekleyici tedbirlerin kapsamını ve devletin müdahale alanını oldukça geniş tutmayı amaçlayan bu şiddet tanımlarının, davaya katılma gibi doğrudan ceza muhakemesinin alanına giren kurum ve kavramların içeriğini belirlemede yetersiz kaldığı açıktır. Özellikle suçların tasnifinde ve genel suç teorisinde kullanılan hiçbir sınıflamaya dayanmayan bu tür tanımlamalardan yola çıkılarak, kamu davasına katılma yetkisinin kapsamına giren suçların belirlenmesi oldukça güçtür.

Gerçekten 6284 sayılı Kanunun 20/2. maddesi Bakanlığın müdahale yetkisini belirlerken, TCK’da yer alan hangi suçlara Bakanlığın müdahale

⁷¹ 6284 sayılı Kanun, m.1/2-a.

⁷² 19/3/ 2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 20/3/ 2021 tarihli ve 31429 sayılı Resmi Gazete.

⁷³ 08/3/ 2012 tarihli ve 28227 sayılı mükerrer Resmi Gazete.

etmesi gerektiğini tek tek saymamış, yukarıda da aktarıldığı üzere, şiddet unsuru barındıran her suça ilişkin kamu davasına müdahale etmeye olanak verir şekilde kaleme alınmıştır. Verilen şiddet tanımında ise suçun maddi unsuru olan fiilin içeriğinde yer alan hareket ve davranış kavramları herhangi bir sistematığe dayanmaksızın birbirinin yerine özensiz kullanılmıştır. Hatta bazı kavramlar, tekrar kendisiyle tanımlanmıştır. Nitekim kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesine veya acı çekmesine yönelik tehdit ve baskı tanımlanırken, tekrara kaçılmış tehdit veya baskının, fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı içerdiği belirtilmiştir.

Dolayısıyla Kanun'un 2/1-d maddesinde yer alan “şiddet” tanımından hareket edildiğinde, Bakanlığın davaya katılma yetkisinin kapsamı iki alt kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye, maddi unsurunda kişinin (kadın, çocuk, aile bireyi, ısrarlı takip mağduru), fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya *sonuçlanması muhtemel* hareketleri içeren her türlü suç girmektedir. Tanımda yer alan sonuçlanması “muhtemel hareketler” deyimini sebebiyle tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmış suçlar da Bakanlığın müdahale yetkisinin kapsamındadır.

İkinci kategoride ise kişinin (kadın, çocuk, aile bireyi, ısrarlı takip mağduru), fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesine veya acı çekmesine yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış yer almaktadır. Görüldüğü üzere, bu kategoride, kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesine veya acı çekmesine yönelik tehdit ve baskı tanımlanırken, tekrara kaçılmış, tehdit veya baskının fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı içerdiği tekrar belirtilmiştir.

Tüm bu zafiyet ve belirsizliğe rağmen, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan mağdura zarar veren veya acı çekmesine yol açan ya da yol açması muhtemel hareketler ile bu tür zarar vermeye veya acı çektirmeye yönelik tehdit, baskı, ya da özgürlüğün engellenmesini içeren davranışlarda Bakanlığın müdahale yetkisi bulunmaktadır. Hal bu olmakla birlikte gerek Yargıtay'ın gerekse yerel mahkemelerin Bakanlığın müdahale yetkisini fiziki şiddet barındıran yaralama, öldürme, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları ile fiziki şiddet tehlikesi içeren tehdit suçları ve fuhuş⁷⁴ suçu ile sınırlı tutmak istediği, Kanun'un 20/2. maddesini Kanun'un ruhuna ve amacına aykırı olarak eski alışkanlıkların ve uygulamaların etkisiyle yorumladığı görülmektedir.

⁷⁴ Yargıtay Onsekizinci Ceza Dairesi'nin fuhuş suçundan açılan davalarda Bakanlığın davaya katılma yetkisinin olduğuna dair 12.03. 2020 tarih ve 2019/9588 E., 2020/6003 K.; 13.06.2019 tarih ve 2019/1324 E., 2019/10555 K. sayılı kararları.

Nitekim hakaret suçu (TCK m.125) kapsamında, kişinin saygınlığının zedelendiği, kişinin üzüntüye uğradığı, suç oluşturan fiilin mağdurun psikolojik açıdan zarar görmesine ve acı çekmesine yol açtığı, dolayısıyla bünyesinde psikolojik şiddet içeren hareketleri barındırdığı açık olmasına rağmen, hakaret suçunun 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi kapsamında yer almadığı ve Bakanlığın müdahale yetkisinin olmadığı mahkemelerce kabul edilmektedir.⁷⁵ Yine hukukumuzda hâlihazırda ayrı bir suç olarak düzenlenmeyen, ancak Adalet Bakanlığınca açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı'nda ayrı bir suç olarak düzenlenmesi planlanan "ısrarlı takip"⁷⁶ suç kapsamında, ısrarlı takip mağdurlarının 6284 sayılı Kanun'un kapsamında olduğu Kanun'un 1. maddesinde açıkça belirtilmesine rağmen, ısrarlı takibin tipik bir görünüm biçimi olan ve TCK'nın 123.maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu⁷⁷ ile TCK'nın 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun⁷⁸ herhangi bir tatmin edici gerekçeye yer verilmeksizin, 6284 sayılı Kanun'da öngörülen davaya katılma yetkisinin kapsamına giren bir suç olmadığı kabul edilmektedir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m.109) yönünden yine Yargıtay Dairelerinin kararları arasında tutarlılık bulunmamaktadır. Bakanlığın çocuğa karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, davaya katılma hakkının bulunduğu Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi tarafından kabul edilmekte iken⁷⁹ mağdurun yetişkin olduğu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Bakanlığın davaya katılma yetkisinin

⁷⁵ Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 16.12. 2020 tarih ve 2019/2728 E., 2020/2753 K.; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 11.09.2019 tarih ve 2019/200 E., 2019/2038 K., Adana Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi'nin 15.03. 2018 tarih ve 2018/527 E., 2018/564 K.; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi'nin 17.12. 2020 tarih ve 2020/936 E., 2020/1031 K.; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi'nin 30.10.2020 tarih ve 2019/2722 E., 2020/2223 K.; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 08.11.2017 tarih ve 2017/2863 E., 2017/2837 K.; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 10.11. 2017 tarih ve 2017/2845 E., 2017/2861 K.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi'nin 17.11.2020 tarih ve 2020/1287 E., 2020/2476 K. sayılı kararı.

⁷⁶ İnsan Hakları Eylem Planı. Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye, Mart 2021, Adalet Bakanlığı, s.70, 75. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> Erişim tarihi: 04.04.2021.

⁷⁷ Mersin 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10.11. 2017 tarih ve 2017/410 E., 2017/674 K. sayılı kararının istinaf incelemesine ilişkin Adana Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi'nin 15.03. 2018 tarih ve 2018/527 E., 2018/564 K. sayılı kararı.

⁷⁸ Erzincan 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 09.05.2019 tarih ve 2018/568 E., 2019/556 K. sayılı kararının istinaf incelemesine ilişkin Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi'nin 12. 10. 2020 tarih ve 2019/1615 E., 2020/894 K. sayılı kararı.

⁷⁹ Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 24.12. 2019 tarih ve 2019/20305 E., 2019/15690 K. sayılı kararı.

olmadığına karar vermiştir.⁸⁰ Oysa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kişinin, fiziksel veya psikolojik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan ve özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren fiziksel veya sözlü davranışlar dolayısıyla şiddet içerdiği açık olup Bakanlığın bu suça ilişkin açılan davalara katılma yetkisinin olduğu tartışmasıdır.

Yine yağma suçunun (TCK m.148-150) mağdurun ekonomik açıdan zarar görmesine neden olduğu açık olmasına ve bu husus 6284 sayılı Kanun'un 2/1-d maddesinde şiddet olarak tanımlanıp Kanun'un 20/2. maddesi gereğince şiddet içermesi sebebiyle Bakanlığın davaya katılma yetkisinin sınırları içinde kalmasına rağmen, Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin birçok kararında bu suça ilişkin olarak açılan davalarda Bakanlığın davaya katılma yetkisinin bulunmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda Altıncı Daire, 6284 sayılı Kanun gereği ayırt etme gücüne sahip bireyin lehine koruyucu ve/veya önleyici herhangi bir tedbir kararı alınmaması halinde; Bakanlığın aile içi işlenen yağma suçunda doğrudan ve/veya dolaylı bir zarar gören konumunda olmadığına ve davaya katılma yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.⁸¹ Yine bir başka kararında Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi:

“6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Şiddetin Önlenmesine” dair kanunda, yağma suçuna ilişkin ceza davalarına Aile ve Sosyal (Hizmetler) Bakanlığının katılabileceğine dair özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hal böyle olunca; Bakanlığın katılma isteminin genel hükümlere göre sonuca bağlanması zorunludur. 5271 sayılı CMK'nın 237. maddesinde suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişilerin davaya katılabileceği belirtilmektedir. Öte yandan, Ceza Genel Kurulu'nun 24.12.1965 gün ve 5855 sayılı kararında vurgulandığı üzere katılma talebinin kabulüne esas teşkil edecek zarardan, maksat suçtan doğrudan doğruya meydana gelen ve gelmesi umulan zarardır. Dolaylı olarak meydana gelebilecek zarardan davaya katılmak mümkün değildir. İdarenin toplumun genel yapısının bozulmadan korunmasına yönelik keyfiyeti, yağma suçunda aranan doğrudan zararı içermez.” gerekçesiyle Bakanlığın davaya katılma yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.⁸² Bu karardan da anlaşıldığı üzere Yargıtay 6284 sayılı Kanun'da yer alan hususları tartışmak yerine, 1965 yılında verilen Ceza Genel Kurulu kararını gerekçe göstererek davaya katılma müessesesini eski uygulamalar ışığında yorumlamayı tercih etmiştir.

⁸⁰ Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 05.03.2019 tarih ve 2019/243 E., 2019/1373 K. sayılı kararı.

⁸¹ Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 08.02. 2018 tarih ve 2017/3252 E., 2018/1021 K., 26.11.2018 tarih ve 2018/2611 E., 2018/7243 K. sayılı kararları.

⁸² Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi'nin 19.12. 2018 tarih ve 2018/2821 E., 2018/8195 K. sayılı kararı.

Aynı şekilde bazı mahkemeler 6284 sayılı Kanun'un 2/1-b maddesinde "ev içi şiddet" için verilen "şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşırsa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet" şeklindeki açık tanımı görmezden gelmiş, 6284 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un hükümleri doğrultusunda yorum yapmayı tercih etmiştir. Nitekim aynı çatı altında yaşamayan iki kardeş arasında meydana gelen kasten yaralama suçuna ilişkin bir kararında İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi "Kanun'da ailenin bir tanımının yapılmadığı, genel olarak aile kavramının aynı çatı altında birlikte yaşayan kardeşler ile eşler, alt ve üstsoydan oluşan çekirdek aile bireylerini kapsadığı, somut olayda kardeş olan katılan Sevgi ile sanık Erkan'ın aynı adreste ve evde yaşamamaları nedeniyle aynı ailenin bireyleri olarak kabulünün mümkün olmadığını" belirterek Bakanlığın davaya katılma yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu kararda mahkeme, 6284 sayılı Kanun'un artık aramadığı ve 6284 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un koruma tedbirleri için gerekli gördüğü "aynı çatı altında yaşama" kriterini geri getirmeye çalışmıştır.⁸³ Ayrıca en azından kadına yönelik şiddet eylemi kapsamında Bakanlığın davaya katılma yetkisi içinde değerlendirilmesi gereken kız kardeşe yönelik şiddet eylemi bu kapsamda dahi değerlendirilmemiştir.

Davaya katılmanın esaslı unsurunu içeren şiddet kavramıyla ilgili olarak Kanun'un 2/1-d maddesinde getirilen "şiddet" tanımının davaya katılma gibi doğrudan ceza muhakemesinin alanına giren kurum ve kavramların içeriğini belirlemede yetersiz kaldığı ve 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinin diğer kanunlara göre özensiz bir şekilde kaleme alınmış olduğu her ne kadar tarafımızca kabul edilse de, herhangi bir hükmün yorumunda açık kanun hükümleri yerine yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerindeki yorumu tercih etmenin, kanımızca, mantıklı veya hukuki herhangi bir izahatı bulunmamaktadır.

V. VEKÂLET ÜCRETİ SORUNU

19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 ve 168. maddeleri ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince,⁸⁴ kamu davasına katılma üzerine, mahkûmiyete ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş

⁸³ Foça Asliye Ceza Mahkemesinin 04.04. 2019 tarih ve 2018/1125 E., 2019/611 K. sayılı kararının istinaf incelemesine ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 08.12. 2020 tarih ve 2020/138 E., 2020/2372 K. sayılı kararı.

⁸⁴ Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nca yayımlanan 24.11. 2020 tarihinden itibaren geçerli 2021 yılı asgari ücret tarifesinin 14. maddesi, 24/11/2020 tarihli ve 31314 sayılı Resmi Gazete.

ise kendisini vekil aracılığıyla temsil ettiren katılan lehine Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde belirlenen ücretin avukatlık ücreti olarak sanığa yükletilmesi gerekmektedir.

Ancak 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi gereğince Bakanlığın müdahil olarak katıldığı davalarda, Bakanlık lehine vekâlet ücretine hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda, Yargıtay'ın çeşitli ceza daireleri ile özellikle Ondördüncü Ceza Dairesi arasında görüş ve uygulama farkları bulunmaktadır. Yargıtay Birinci⁸⁵ ve Üçüncü Ceza Dairesi'nce⁸⁶ vekâlet ücretine hükmedilmesi yönünde verilen kararlar yanında, Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin gerekçelerini benimseyen Yargıtay Dördüncü⁸⁷ ve Onsekizinci⁸⁸ Ceza Dairelerince vekâlet ücretine hükmedilmemesi yönünde verilen kararlar da mevcuttur. Vekâlet ücretine ilişkin olarak bu bağlamda, Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi birçok kararında, Anayasa'nın 41 ve 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi gereğince Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi nedeniyle açılan davalara katılabileceğini, ancak Bakanlığın davaya katılmasının doğrudan Anayasa ve kanundan kaynaklanan ve Bakanlığa yüklenen koruma ödevine ilişkin bir kamu görevi olduğunu belirtmektedir. Davaya katılma halinde CMK'nın 237 ve devamı maddelerindeki katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudan zarar görme şartının Bakanlık için söz konusu olmadığını belirten Ondördüncü Ceza Dairesi, mahkûmiyet halinde suçtan doğrudan zarar gören sıfatıyla davaya katılan diğer kişiler lehine zaten vekâlet ücretine hükmedildiğini, Bakanlık lehine de sanığın ikinci bir vekâlet ücretine mahkûm edilmesi halinde sanığın maddi zarara uğratılacağını, bunun da hakkaniyete uygun olmayacağı gerekçesiyle, 6284 sayılı Kanun kapsamında müdahil olduğu davalarda Bakanlık vekillerine katılan vekili sıfatıyla vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar vermektedir.⁸⁹

Ancak bu anlayış mevcut hukuki düzenlemelere aykırı bulunmaktadır. Öncelikle, Bakanlığın Anayasa'dan ve Kanundan kaynaklanan bir yetkiyi

⁸⁵ Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin 15.05.2019 tarih ve 2019/925 E., 2019/2790 K., 29.06.2020 tarih ve 2019/3890 E., 2020/1511 K., 07.11.2018 tarih ve 2017/1557 E., 2018/4532 K., 23.09.2019 tarih ve 2019/2485 E., 2019/3862 K., 22.06.2020 tarih ve 2020/602 E., 2020/1375 K., 28.09.2020 tarih ve 2020/2587 E., 2020/2032 K. sayılı kararları.

⁸⁶ Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin 17.05.2017 tarih ve 2016/11827 E., 2017/6516 K. sayılı kararı.

⁸⁷ Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi'nin 11.03. 2020 tarih ve 2019/8235 E., 2020/5123 K., 16.09.2020 tarih ve 2020/1355 E., 2020/10191 K., 12.03. 2020 tarih ve 2019/8522 E., 2020/5314 K. sayılı kararları.

⁸⁸ Yargıtay Onsekizinci Ceza Dairesi'nin 12.03. 2020 tarih ve 2019/9588 E., 2020/6003 K., 13.06.2019 tarih ve 2019/1324 E., 2019/10555 K. sayılı kararları.

⁸⁹ Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin 10.04.2019 tarih ve 2018/10436 E., 2019/8991 K., 06.01.2020 tarih ve 2016/7180 E., 2020/49 K. sayılı kararları.

kullanarak davaya katıldığı, bu nedenle kendisine katılan vekili sıfatıyla vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği gerekçesi, Anayasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmüyle çelişir. Çünkü Bakanlığın Anayasa’da ve Kanun’da yer almayan bir yetkiyi kullanması düşünülemeyeceği gibi Anayasa’da ve Kanun’da yer alan bir yetkiyi kullandığı gerekçesiyle bazı haklardan mahrum kılınması veya diğer katılan vekillerinden ayrı bir muameleye tabi tutulması da düşünülemez. Dolayısıyla kaynağını Anayasa’dan ve 6284 sayılı Kanun’dan alan bir yetkiyi kullanan Bakanlığın bu meşru yetkiyi kullandığı gerekçesiyle ayrımcı bir muameleye tabi tutulması, başlı başına başka bir gerekçe veya izahata ihtiyaç duyulmaksızın hukuka aykırılık teşkil eder.

İkincisi, yukarıda açıklandığı üzere, birtakım özel kanunlarda yer alan hükümlerin lafızlarına bakıldığında, kamu kurumlarının belli suçlardan zarar gördüğü *aksi ispat edilemez bir karene olarak*⁹⁰ kabul edilmiş ve başvuruda bulunmaları halinde başka bir değerlendirme yapılmaksızın davaya katılabilecekleri kabul edilmiştir. Aksi ispatlanması mümkün olmayan bu karinenin, Yargıtay tarafından vekâlet ücreti bağlamında suçtan doğrudan zarar görülmediği gerekçesiyle çürütülmeye çalışılması yerinde değildir. Çünkü kanun koyucunun kendisine vermediği suçtan doğrudan zarar görülüp görülmediğini değerlendirme yetkisini, Yargıtay yorum yoluyla elde etmeye çalışmaktadır. Dahası diğer özel kanunlar gereği davaya katılan ve suçtan doğrudan zarar görmeyen Hazine ve Maliye Bakanlığı vekiline, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu vekiline, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu vekiline, Sermaye Piyasası Kurulu vekiline vekâlet ücretine hükmedilirken ASHB vekili için ücret takdir edilmemesi anlaşılır değildir.

Üçüncüsü, Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi’nin bu içtihadı ve gerekçesi Bakanlığın katılan sıfatıyla yer aldığı davalarda Bakanlık vekilini zorunlu vekil olarak görmesi anlayışına dayanmaktadır. Oysa zorunlu vekillik sistemi CMK’nın 234 ve 239. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK’nın 234. maddesine göre, mağdur veya şikâyetçi vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir. Yine aynı madde hükmüne göre, mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın kendisi için bir vekil görevlendirilir. Benzer bir hüküm CMK’nın “katılanın hakları” başlıklı 239. maddesinde de yer almakta olup buna göre, “mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir. Mağdur veya suçtan zarar

⁹⁰ Centel/Zafer, s. 798; Çınar, s.2815.

görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.”

Bu hükümler göz önüne alındığında, Bakanlığın katılan olarak yer aldığı davalarda Bakanlık vekilini Baro tarafından atanan zorunlu vekil ile eşitlemeye çalışmak hiçbir mantıki kural ile açıklanamaz. Bakanlık vekili, Bakanlık ile arasındaki ücret sözleşmesine veya devlet memuru olması sebebiyle 657 sayılı Kanun’da düzenlenen özlük haklarına göre maaş karşılığı çalışan bir avukattır. Baro tarafından da tayin edilmez. Bakanlık tüzel kişiliği dışında kimseyi temsil etmez ve kural olarak Bakanlığın taraf olduğu uyuşmazlıklar dışındaki işlerde avukat sıfatıyla yer alamaz. Nitekim Bakanlık ile vekili arasındaki vekâlet ilişkisinin kaynağı da - ücrete ilişkin hükümleri farklılık göstermekle beraber - Avukatlık Kanunu ve bu Kanunun 163. maddesi gereğince oluşan avukatlık sözleşmesidir. Buna karşılık, mağdur için görevlendirilen zorunlu vekil için arada özel vekâletnameye dayalı vekil-müvekkil ilişkisi olmasa dahi vekillik ücreti, “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin”⁹¹ 8. maddesi kapsamında ödenmektedir.

Bu hükme göre, zorunlu vekilin ücreti, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı ayrı olmak üzere, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden ayrı olarak hazırlanan “Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife” gereğince Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten ödenecektir. Zorunlu vekile dahi ücret ödenirken, Bakanlığın katılan sıfatıyla yer aldığı davalarda arada bir avukatlık sözleşmesi olmadığı veya Bakanlığın suçtan doğrudan zarar görmediği gerekçesiyle Bakanlık vekiline katılan vekili sıfatıyla ücret tayin etmemek eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yine zorunlu vekillğe ilişkin ücret Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik kapsamında hazine tarafından karşılanmakta iken katılan vekilinin ücretini yargılama gideri olarak sanık ödeyecek, herhangi bir kamu kaynağı kullanılmayacaktır. Ancak Yargıtay’ın bu konuda da farklı uygulamaları olup Yargıtay İkinci ve Üçüncü Ceza Dairesi zorunlu vekil ücretinin yargılama giderine eklenmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-c maddesine açıkça aykırı bulmaktadır.⁹² Yargıtay’ın bu uygulamasına göre tarifeye göre ödenmesi gereken vekillik ücreti maliye hazinesinde bırakılacak, yargılama giderlerinden sayılmayacak ve sanığa yükletilemeyecektir. Dolayısıyla zorunlu vekil için Maliye hazinesinden ödeme

⁹¹ 02/3/2007 tarihli ve 26450 sayılı Resmi Gazete.

⁹² Yargıtay İkinci Ceza Dairesi’nin, 15.11.2017 tarih ve 2015/11460 E, 2017/11892 K sayılı; Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi’nin 25.09.2017 tarih ve 2017/6367 E, 2017/11448 K sayılı ilamları.

yapılmasını kabul eden Yargıtay'ın, 6284 sayılı Kanun ve Avukatlık Kanunu kapsamında sanık tarafından ödenecek bir ücreti yeni mali külfet yaratacağı gerekçesiyle ödenmesini uygun görmemesi anlaşılır değildir.

Ondördüncü Ceza Dairesi'nin 2020 yılı içinde verdiği kararlara bakıldığında, Dairenin genel yaklaşımı Bakanlığın doğrudan suçtan zarar görmediği gerekçesiyle vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği yönündedir.⁹³ Buna karşılık hâlihazırda, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vekiline katılan vekili sıfatıyla ücret ödenmemesi konusunda, Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin 21.02.2019 tarih ve 2018/7458 E., 2019/7439 K., 10.04.2019 tarih 2018/10436 E., 2019/8991 K. sayılı kararları gerekçe gösterilerek Adalet Bakanlığı'na Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'ne yapılan kanun yararına bozma talepleri Avukatlık Kanunu ve Asgari Ücret Tarifesi'nin açık hükümleri gerekçe gösterilerek reddedilmiş,⁹⁴ Dördüncü Ceza Dairesi'ne yapılan kanun yararına bozma talepleri ise kabul edilmiştir.⁹⁵ Söz konusu kararlarda, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 13.12.2019 tarih, 2019/6 E., 2019/7 K. sayılı kararına atıf yapan Dördüncü Ceza Dairesi Bakanlığın davaya katılma hakkının olduğu, ancak CMK'nın 237 ve devamı maddelerinde düzenlenen kamu davasına katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudan zarar görme şartının, bu davalarda ilgili Kurum için aranmaması sebebiyle yargılamayı yürüten mahkemenin, anılan Kurumu davadan haberdar etme zorunluluğunun bulunmadığını, bahsedilen nitelikteki ceza davalarında, adı geçen Kurumun davaya katılmasının, devletin, Anayasadan kaynaklanan ailenin korunması görevinin bir parçası olduğunu, kamu görevi taşıması nedeniyle, sanık hakkında mahkumiyet yahut hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde, kendisini vekil ile temsil ettiren Bakanlık lehine, sanık aleyhine vekalet ücretin hükmedilmemesi gerektiği sonucuna varıldığını belirtmiştir.

Hâlihazırda, vekâlet ücretine hükmetmeyen ilk derece mahkemesi kararlarını düzelterek vekâlet ücretine hükmeden⁹⁶ veya başka gerekçelerle

⁹³ Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin 06.01. 2020 tarih ve 2016/7180 E., 2020/49 K., 23.06.2020 tarih ve 2019/6126 E., 2020/2577 K., 07.07.2020 tarih ve 2019/7160 E., 2020/3136 K., 11.02.2020 tarih ve 2018/7404 E., 2020/1079 K., 02.07.2020 tarih 2020/1489 E., 2020/2901 K., 24.06.2020 tarih ve 2018/7871 E., 2020/2647 K., 24.02.2020 tarih ve 2018/6742 E., 2020/1428 K., 23.06.2020 tarih ve 2020/2252 E., 2020/2566 K., 09.03.2020 tarih ve 2019/6611 E., 2020/1847 K. sayılı kararları.

⁹⁴ Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin 09.07.2020 tarih ve 2020/3784 E., 2020/9106 K., 11.02. 2019 tarih ve 2019/822 E., 2019/2521 K., 21.09.2020 tarih ve 2020/19465 E., 2020/11216 K. sayılı kararları.

⁹⁵ Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi'nin 11.03. 2020 tarih ve 2019/8235 E., 2020/5123 K., 16.09.2020 tarih ve 2020/1355 E., 2020/10191 K., 12.03. 2020 tarih ve 2019/8522 E., 2020/5314 K. sayılı kararları.

⁹⁶ İstanbul Anadolu 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 07.07.2020 tarih ve 2019/338 E., 2020/108 K. sayılı kararının istinaf incelemesine ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesi'nin 01.12.2020 tarih ve 2020/1386 E., 2020/1691 K. sayılı kararı.

beraber bozma suretiyle vekâlet ücretine hükmedilmesini sağlayan istinaf mahkemesi kararları⁹⁷ mevcut olduğu gibi Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin 2018/7458 E. ve 2019/7439 K. sayılı ilamını gerekçe göstererek vekâlet ücretine hükmetmeyen ilk derece ve bölge adliye mahkemesi kararları da mevcuttur.⁹⁸

Son zamanlarda, karar içeriğinde vekâlet ücreti hususu tartışılmamakla beraber Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 13.12. 2019 tarih ve 2019/6 E., 2019/7 K. sayılı kararını gerekçe göstererek vekâlet ücreti hükmetmeyen ilk derece mahkemesi kararları da mevcuttur.⁹⁹ Oysa aşağıda da açıklanacağı üzere, söz konusu içtihadı birleştirme kararında uyuşmazlığın konusunun “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı” hususunu kapsadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. İçtihadı birleştirme kararında vekâlet ücretine ilişkin tartışma olmadığı gibi Bakanlığın suçtan doğrudan zarar görmemesi sebebiyle ceza davasına katılamayacağı ve vekâlet ücretine hükmedilemeyeceği şeklinde ayrıksı uygulamalara gidilmesini haklı çıkaracak herhangi bir açıklamaya da gerek gerekçede gerekse karşı oy yazılarında yer verilmemiştir.

VI. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yargıtay suçtan zarar görenin veya mağdurun bu sıfatının gereği olarak, CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve CMK'nın mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan tesis edilen hükümlerin bozulmasına karar vermektedir.¹⁰⁰

⁹⁷ Fethiye 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 12. 12. 2019 tarih ve 2019/807 E., 2019/1300 K. sayılı kararının bozulmasına ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 09.10.2020 tarih ve 2020/856 E., 2020/1729 K. sayılı kararı, Milas 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21.5.2019 tarih ve 2019/300 K. sayılı kararının bozulmasına ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi'nin 20.09.2019 tarih ve 2019/2728 E., 2019/2832 K. sayılı kararı.

⁹⁸ Fethiye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 20.03.2018 tarih ve 2018/30 E., 2018/75 K. sayılı kararının onanmasına ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesi'nin 11.06.2020 tarih ve 2019/595 E., 2020/430 K., sayılı kararı, Erzincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 28.06.2018 tarih ve 2018/47 E., 2018/166 K. sayılı kararını bozan Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 3. Ceza Dairesi'nin 09.10.2020 tarih ve 2018/2664 E., 2020/1543 K. sayılı kararı.

⁹⁹ Marmaris 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19.11.2020 tarih ve 2019/879 E., 2020/499 K. sayılı kararı.

¹⁰⁰ Yargıtay Yirmibirinci Ceza Dairesi'nin 20.04.2015 tarih ve 2015/662 E., 2015/285 K. sayılı ilamı, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi'nin 09.02.2015 tarih ve 2014/27914 E., 2015/4647

Ancak 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca Bakanlığın duruşmalardan haberdar edilmesi zorunluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin Yargıtay'ın farklı dairelerinin farklı içtihatları bulunmakta olup söz konusu içtihat aykırılığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 9 Şubat 2020 tarihli ve 31054 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.12.2019 tarih ve 2019/6 E., 2019/7 K. sayılı kararıyla giderilmiştir.

Söz konusu kararda, kanun koyucunun katılma hakkına yer verdiği özel kanunlarda ilgili kurum ve kuruluşların kamu davasından haberdar edilmesini ayrıca düzenlediği, bu nedenle 6284 sayılı Kanun'da Bakanlığın kamu davasından haberdar edilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak getirilmeyen ihbar mükellefiyetinin içtihat yoluyla zorunlu tutulmasının kanun koyucunun iradesine aykırılık oluşturacağı ve Kanun'da yer almayan bir zorunluluğun mahkemelere yüklenilmesi sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.

Ardından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararında şu gerekçelere yer verilmiştir:

“Kolluk birimlerince 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak kendine intikal edilen tüm olaylar, henüz soruşturma aşamasındayken Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerine bildirilecek olup bu Merkezler anılan madde uyarınca iş ve işlemlerini Bakanlık bünyesindeki il müdürlüklerine bağlı olarak yürüteceğinden Bakanlık bu aşamada 6284 sayılı Kanun kapsamına giren eylemlerden haberdar olmaktadır...”

Bu minvalde mahkemelerin, Bakanlığın kovuşturmaya başlanılmadan önce bilgisinde olan eylemlere ilişkin açılan kamu davalarından Bakanlığı haberdar etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira Bakanlık soruşturma aşamasında bilgi sahibi olduğu ve Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri aracılığıyla takip ettiği hukuki sürece ilişkin katılma hususundaki takdir hakkını kullanabilecektir...

Esasen 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan şiddet kavramının geniş bir alanı barındırması nedeniyle birçok ceza davası bu kapsama girebileceğinden kanun koyucu bilinçli olarak her davanın ihbar edilmesi zorunluluğunu getirmemiş, Bakanlığın soruşturma aşamasında haberdar olduğu veya kovuşturma aşamasında bir şekilde öğrendiği kamu davalarına ilişkin katılmaya dair takdir hakkını kullanmasını tercih etmiştir.

K. sayılı ilamı, Yargıtay Onyedinci Ceza Dairesi'nin 27.09.2017 tarih ve 2015/21383 E., 2017/10588 K. sayılı ilamı, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin 15.02.2017 tarih ve 2016/6195 E., 2017/427 K., 28.03.2016 tarih ve 2016/944 E., 2016/1542 K. sayılı ilamı.

Tüm bu açıklamalar ışığında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir.”

Neticede karşıt görüşlerin varlığına rağmen, 6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına karar verilmiştir.

Oysa karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere

“6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında mahkemelerin Bakanlığa ihbarda bulunmasının zorunlu olmadığına kabulü, kadın cinayetleri başta olmak üzere bu kapsama giren diğer suçlara ilişkin mücadele ve faillerin etkili bir şekilde cezalandırılmasını sağlamak bakımından Devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hak ihlali sonucunu doğurabilecektir.

[Bu nedenle], uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacıyla uygun olarak CMK’nın 234. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince, kamu davasına katılma hakkı bulunan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın davadan haberdar edilmesi gereklidir.”¹⁰¹

Yine açılan ceza davasının Bakanlığa bildirilmesine gerek olmadığı yönünde bu tür bir tutum yukarıda açıkladığımız üzere, devletin şiddet olarak kabul edilen eylemlerin önlenmesine, koruma ve destek sağlamaya, şiddet eylemlerinin etkili bir şekilde soruşturularak faillerin cezalandırılmasına, mağdurun zararlarının tazmin edilmesine yönelik yükümlülüklerini kapsayan “özen yükümlülüğüne” de aykırı olacaktır.

SONUÇ

Birtakım özel kanunlarda, kamu kurumlarının belli suçlardan zarar gördüğü *aksi ispat edilemez bir karine* olarak kabul edilmiş ve başvuruda bulunmaları halinde başka bir değerlendirme yapılmaksızın davaya katılabilecekleri kabul edilmiştir. Bu özel düzenlemeler arasında, 6284 sayılı Ailenin Korunması

¹⁰¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 9/2/2020 tarihli ve 31054 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 13.12.2019 tarih ve 2019/6 E., 2019/7 K. sayılı kararında yer alan birinci karşı oy yazısı.

ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un davaya katılmaya ilişkin 20/2. maddesi, diğer kanunlara göre daha özensiz bir şekilde kaleme alınmış, bu Kanun'da yer alan muhakeme hukukuna ilişkin özel hükümler ile 5271 sayılı CMK arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğine dair herhangi bir hükme Kanun'da yer verilmemiştir. CMK ile 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinde yer alan muhakeme hukukuna ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanacağını, öncelik-sonralık, özellik-genellik ilişkisi kapsamında belirlenmesi gerekmektedir.

Bununla beraber, 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi Bakanlığın davaya katılma yetkisini belirlerken, TCK'da yer alan hangi suçlara ilişkin davalara Bakanlığın katılabileceğini tek tek saymamış, şiddet unsuru barındıran tüm davalara katılmaya olanak verir şekilde kaleme alınmıştır. Hâlihazırda 19/3/2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı¹⁰² ile feshedilmesi uygun görülen İstanbul Sözleşmesi'nden uyarlanan ve 6284 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen "şiddet" tanımlarında ise suçun maddi unsuru olan fiilin içeriğinde yer alan hareket ve davranış kavramları herhangi bir sistematiğe dayanmaksızın birbirinin yerine özensiz kullanılmıştır. Hatta bazı kavramlar, tekrar kendisiyle tanımlanmıştır. Kadına karşı şiddetle mücadelede sunulacak koruyucu, önleyici ve destekleyici tedbirlerin kapsamını ve devletin müdahale alanını oldukça geniş tutmayı amaçlayan bu "şiddet" tanımlarının, davaya katılma gibi doğrudan ceza muhakemesinin alanına giren kurum ve kavramların içeriğini belirlemede yetersiz kaldığı açıktır. Özellikle suçların tasnifinde ve genel suç teorisinde kullanılan hiçbir sınıflamaya dayanmayan bu tür tanımlamalardan yola çıkılarak, kamu davasına katılma yetkisinin kapsamına giren suçların belirlenmesi oldukça güçtür.

Yine, hakaret (TCK m.125), kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (TCK m.123), müstehcenlik (TCK m.226), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m.109) ve yağma (TCK m.148-150) suçlarında kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesine yol açan bir unsur bulunmadığı, bu suçların şiddet içermediği ve dolayısıyla bu suçlara ilişkin davalarda Bakanlığın davaya katılma yetkisinin bulunmadığına dair Yargıtay Ceza Dairelerinin ve yerel mahkemelerin yorum ve kararları her türlü mantıki çıkarsamadan uzaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 ve 168. maddeleri ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince, kamu davasına katılma üzerine, mahkûmiyete ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde katılan Bakanlık vekili lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken, özellikle Yargıtay Ondördüncü Ceza Dairesi'nin Bakanlığın katılan sıfatıyla yer aldığı

¹⁰² 19/3/2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, 20/3/ 2021 tarihli ve 31429 sayılı Resmi Gazete.

davalarda Bakanlık vekilini zorunlu vekil olarak gören ve vekâlet ücretine hükmetmeyen kararları açıkça dayanaktan yoksundur. Kanun koyucunun vermediği bir değerlendirme yetkisini kullanarak, Bakanlığın suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği, bu nedenle vekâlet ücreti yönünden davaya katılması halinde suçtan doğrudan zarar görenlerle aynı muameleye tabi tutulamayacağı anlayışı hukuken başka türlü nitelenemez.

6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 13.12.2019 tarih ve 2019/6 E., 2019/7 K. sayılı kararı da devletin şiddeti önleme konusunda göstermesi gereken "özen yükümlülüğü" kavramının içeriğine ve standartlarına aykırıdır.

Tüm bu açıklamalar, 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinin yeniden ele alınıp, kanuni düzenlemenin CMK ve TCK'nın kurum ve kavramlarıyla uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, suçun hukuki konusundan hareketle şiddet içeren ve işlenmesi halinde Bakanlığın davaya katılması uygun görülen suçların 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinde tek tek sayılması en uygun çözüm olacaktır. Ancak bu zorunluluk yukarıda aktardığımız bazı mahkeme kararlarına da yansıdığı üzere, 6284 sayılı Kanun'un 20/2. maddesinin yorumunda açık kanun hükümleri yerine, yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerindeki yorumu tercih etmeyi, kanımızca, hiçbir şart ve koşulda haklı kılmaz. Bu nedenle, gerek Yargıtay'ın gerekse yerel mahkemelerin Bakanlığın davaya katılma yetkisini fiziki şiddet barındıran yaralama, öldürme, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları gibi suçlarla sınırlı tutmak isteyen eski alışkanlıklarından ve uygulamalarından vazgeçerek, Kanun'un 20/2. maddesini Kanun'un ruhuna ve amacına uygun olarak yorumlaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Boyacı, Akın, "Ceza Muhakemesinde Davaya Katılma", İÜHFM, 2013, C. 71, S. 1, s. 157-176.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Çınar, Ali Rıza, "Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, C.21, Özel Sayı, s. 2801-2836.

- Değirmenci, Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *TBB Dergisi*, 2008, S.77, s.33-86.
- Doğan, Recep, “Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016, C.74, S. 2, s. 89-122.
- Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Y. 61, S.2, s.657-693.
- Koca, Mahmut, “Temyiz Yolunda Davaya Katılma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Y.5 S.18, s.1-28.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Kırıt, Yasemin F. Saygılar/Akcan, Esra Alan/Tütüncü, Efser Erden/Özaydın, Özdem, (Editör, Bahri Öztürk), *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 17.Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Seçkin, Mehmet Beyhan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020,Y.8, S. 15, s.621-664.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş, Ankara, 2012.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, 6. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Yenidünya, A. Caner/ İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yurtcan, Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER İŞİĞINDA ANA BABANIN ERGİN ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİNİ KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*The Parents' Duty of Maintaining the Education and Care of their Adult
Child in Line with the Recent Developments in the Swiss Law*

Derya ATEŞ*

Geliş Tarihi: 25.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Ana babanın bakım yükümlülüğü, soybağına bağlı olarak çocuğun bakımı, korunması ve eğitimi için yapılması gereken masrafları kapsar. Bu yükümlülük kural olarak çocuğun ergin olması ile sona erer. Ancak TMK m.328/II hükmü çerçevesinde ergin çocuğun eğitimi sona erene kadar yükümlülüğün uzatıldığı görülmektedir. Yükümlülüğün kapsamı hem çocuğun eğitimini erginliğine kadar tamamlamamış olmasına, hem de çocuğun eğitim masraflarını karşılayanın ana babadan beklenebilir olmasına bağlıdır. Ana babanın ergin çocuklarına karşı sahip oldukları bir diğer istisnai yükümlülük ise TMK m.364'de yer alan yardım nafakasıdır. Türk Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğe ve TMK m.328/II hükmüne rağmen Yargıtay'ın kararlarında hala, ana babanın ergin çocuğa bakım yükümlülüğünü yardım nafakası olarak değerlendirmeye devam ettiği görülmür.

Günümüzde artan ve farklılaşan meslek dalları da göz önünde bulundurulduğunda; ergin çocuğun ekonomik özgürlüğünü kazanmasına ve kendi yolunu çizebilmesine imkân tanıyacak süreyi ana/baba desteği ile sağlamak şüphesiz büyük önem taşır. İşte bu desteğin sınırları da hem ergin çocuğun hak kaybına uğramaması hem de ana baba ile olan karşılıklı menfaat dengesinin korunabilmesi adına doğru tespit edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Velayet, bakım nafakası, yardım nafakası, eğitim nafakası, ergin çocuk

ABSTRACT

The parents' duty of maintaining care covers the care, protection and education along with the relevant expenses of the child with maternal and paternal bond.

This duty comes to an end as a rule when the child becomes an adult. However, in line with Turkish Civil Code (TCC) article 328/II, this duty is extended until the education of the adult child is complete. The scope of this duty depends on both the child's completion of their education until they become an adult and on whether the education expenses can be expected to be met by the parents or not. Another exception on the parents' duty for their adult child is specified in TCC's article 364, as "duty of assistance". Regardless of the amendment in TCC and the article 328/II under TCC, it is seen that the Judicial Council still assesses the "duty of maintaining care" as "duty of assistance".

Considering the increasing and changing fields of occupation, providing the adult child a sufficient time with the parents' support for their economic freedom and threading their path is without a doubt of crucial importance. The limits of this support should be set accurately, in order to prevent the adult child from forfeiture and to protect the balance of mutual advantage between the adult child and the parents.

Keywords: Parental Custody, duty of maintenance, duty of assistance, maintenance of education, adult child

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, deryaates@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7895-9906.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku Kitabında, “*Soybağının Hükümleri*” başlığı ile hısımlık ilişkilerini düzenlemektedir. Bu bölümde yer alan hükümler ana baba ve çocuk arasında soybağının kurulması ile doğrudan doğruya ortaya çıkan hak ve yükümlülüklerle ilişkindir. Bir başka ifade ile bu ayırımda, soybağı kurulmuş olan çocuklar ile ana babaları arasında var olan, fakat mutlaka *velayete bağlı olmayan* karşılıklı hak ve yükümlülükler hüküm altına alınır. Bu yükümlülüklerden çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan masrafları karşılama, daha genel bir ifade ile bakım yükümlülüğü; kural olarak çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. (m.328) Bununla birlikte TMK m.328/II düzenlemesi:

“Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.”

ifadesi ile ana babanın bakım borcunu ergin çocuğun eğitimi tamamlanana kadar uzatmakta ve yükümlülüklerini, çocuğun masraflarını karşılamaları yönünden beklenebilir olma ölçütü ile sınırlamaktadır.

Ana babanın küçük çocuklarına bakma yükümlülükleri herhangi bir şarta bağlı değilken; ergin çocuklar yönünden kural olarak böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Diğer yandan kanun koyucu Türk Medeni Kanunu kapsamında, ana babanın ergin çocuğa bakım ve nafaka ödeme yükümlülüğü yönünden iki ayrı istisna getirir. Bunlardan birincisi, ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuklarına bakım yükümlülüğü (m.328/II), diğeri ise, ana babanın yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan çocuklarına nafaka ödeme yükümlülüğüdür (m.364). Yargıtay kararlarında eğitime devam eden ergin çocuğa ödenen nafakanın hukuki sebebinin TMK. m. 328/II yanında, TMK.m.364 hükmüne dayandırılarak yardım nafakası olarak kabul edildiği görülmekte olup aşağıda da ele alacağımız gibi Yüksek Mahkemenin *özel ve genel hüküm* ayırımına gitmediği görülmektedir.

743 sayılı Önceki Medeni Kanun’da mevcut olmayan TMK. m.328/II, mevzuatımıza ilk olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile girmiştir. Bu hükümle bir yandan yargısal içtihatların ortaya çıkardığı *gerçek boşluk* kanun hükmüyle doldurulmuş, diğer taraftan ise ergin oldukları halde öğrenimlerine devam eden çocuklar yasal bir desteğe kavuşmuştur¹. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, hüküm Kaynak İsviçre Medeni Kanun’un 277. maddesi göz önünde tutularak ve 1984 tarihli öntasarının 248. maddesi örnek alınarak hazırlanmıştır. İsviçre Medeni Kanun’unda konuyla ilgili ilk düzenleme 1 Haziran 1996 tarihinde yürürlüğe giren 277. maddenin ikinci fıkrasında metne alınmış, ancak düzenlemede ön tasarıdan farklı olarak “çocuk hala eğitime devam ediyorsa” ifadesi yerine “*çocuğun henüz uygun bir eğitimi yoksa*”

(*l'enfant n'a pas encore de formation appropriée*) ifadesine yer verilmiştir². İsviçre Medeni Kanununa 1 Ocak 2017 tarihinde eklenen 276a maddesi ise Türk Medeni Kanununda birebir karşılığı bulunmayan bir hüküm olup; ana babanın bakım yükümlülüğü yönünden öncelik ilkelerini düzenlemektedir³.

Bu çerçevede biz de çalışmamız kapsamında ana babanın genel olarak bakım ve eğitim yükümlülüğüne değindikten sonra, ergin çocuk yönünden yükümlülüğün hukuki niteliğini, nafaka davasının şartlarını, nafakanın süresini, öncelik kurallarını ve nafaka davasının tarafları ile nafakanın miktarının tespitini Türk ve İsviçre Hukukları yönünden güncel yargı kararları ile birlikte ele alarak inceleyeceğiz.

I. GENEL OLARAK ANA BABANIN BAKIM VE EĞİTİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Ana babanın çocuklarına karşı tabii hukuk kuralından doğan bakma ve yetiştirme yükümlülüğü TMK.m.327'de pozitif hukuk normu haline getirilmiş ve çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama ana babaya birlikte ait olan bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir⁴. Çocuk ile ana baba arasında soybağının kurulması ile kanundan doğan bakım ve eğitim yükümlülüğü velayet hakkına sahip olmaya bağlı kılınmamıştır. Bir başka ifade ile, velayet hakkı ana babanın her ikisinden veya sadece birinden alınmış olsa bile, onlar yine de bu giderleri karşılamakla yükümlüdürler. Zira bu durum velayetin değil, ana baba olmanın bir sonucudur. Nitekim Türk Medeni Kanunu m.350/I'de "velayetin kaldırılması halinde ana babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüklerinin devam ettiği" açıkça ifade edilir.

Çocuk için bakım giderlerinin yapılıp yapılmaması ana babanın mutlaka varlıklı olmalarına bağlı değildir. Hatta çocuğun kedine ait mallarının veya gelir ve kazancının bulunması dahi, ana babayı bu yükümlülüğünden kurtarmaz⁵. Ancak çocuğun mallarının gelirini onun bakım ve eğitime sarf etmek hakları bulunduğu gibi (m.355/I) eğer çocuk evde kendileriyle birlikte yaşamakta ise, ondan kendisinin bakımı için uygun katkıda bulunmasını isteme hakları da vardır. (m.359/II) Bunun yanında çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli giderlerin bizzat çocuğun kendisine ait olan mallardan karşılanması kural olarak mümkün değildir. Fakat TMK.m.327/II'e göre *ana baba yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamaları gerektirdiği yahut olağanüstü*

² RO 1995 1126; FF 1993 I 1093.

³ RO 2015 4299; FF 2014 511.

⁴ TMK.m.327 madde gerekçesi. Bkz. Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M.Alper, Türk Özel Hukuku Cilt:3, Aile Hukuku, İstanbul, 2019, s.354.

⁵ Akıntürk/Ateş, s.400, Dural/Öğüz/Gümüş, s.355, Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, s.121 vd.; Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s.1174-1175.

herhangi bir sebebin varlığı halinde hâkim, çocuğun mallarından kendisinin bakımı ve eğitilmesine yetecek belli bir miktarın sarfı için ana ve babaya izin verebilir⁶.

Türk Medenî Kanununda velayetin kapsamı başlığı altında çocuğun eğitimi; genel eğitim (m.340/II), meslekî eğitim (m.340/II) ve dinî eğitim (m.341) şeklinde düzenlenir.⁷ Ana babanın imkanları dahilinde ve çocuğa uygun olarak verecekleri eğitimin, çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini zedelemeyecek bir eğitim olması gerekir⁸.

Çocuğun genel ve mesleki eğitimini düzenleyen TMK.m.340/II ile, ana babaya çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama zorunluluğu getiren TMK.m.327/I birlikte değerlendirildiğinde, aslında ana babanın yükümlülüğünün çocuğun sadece temel ihtiyaçlarının karşılanması ve genel bir eğitim verilmesi ile sınırlı olmadığı görülür. Aynı zamanda çocuğun ileride kendi ayakları üzerinde durabilmesi ve hayatını sürdürebilmesi için gerekli olan mesleğe sahip olmasını sağlama yükümlülüklerinin de bulunduğu açıktır. Aslında meslek eğitimi devam eden ergin çocuğa eğitimi sona erene kadar ana babanın desteğinin devam etmesi gerektiği yönünde düzenlenen TMK.m.328/II'nin ratio legisi de tam olarak bu noktada anlam bulur. Bu hükme göre; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Çünkü çocuğa uygun mesleki eğitime sahip olma yeterliliği sağlamak (m.340/II), ana babanın sahip oldukları otoritelerinin ötesinde velayet sona erse dahi sahip oldukları bakım ve eğitim yükümlülüğünün bir parçasıdır⁹.

Ana baba çocukla birlikte yaşıyorsa çocuğa bakım borcunu, barınma, yiyecek, kıyafet, gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması şeklinde yerine getirebileceği gibi, özellikle çocuğun ana babadan ayrı yaşadığı durumlarda çocuk ihtiyaçları için bir miktar para, yani nafaka ödenmesi şeklinde de yerine getirilmesi mümkündür. İsviçre hukukunda ana baba ile birlikte yaşayan çocuğun doğal bakımı için “Entretien Naturel/Naturalunterhalt”, para olarak ve nafaka şeklinde yapılan ödemeler içinse “Pension alimentaire/Geldunterhalt” kavramları kullanılmaktadır. Bunlardan çocuğun günlük temel ihtiyaçlarına ait olan doğal bakım, sadece çocuğun ana ve/veya babası ile birlikte onların himayesinde yaşadığı sürelerde geçerli kabul edilir.

TMK.m.327/I çerçevesinde çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması yönünde ana babaya getirilen bu yükümlülük ana bakımından çocuğun doğumuyla, baba bakımından ise soybağının kurulması ile başlar ve kural olarak da çocuk ergin olana kadar devam eder¹⁰. İşte kuralın istisnasını oluşturan TMK.m.328/II, eğitimi devam eden ergin çocuğa ana ve/veya babasından nafaka talep edebilme imkânı tanımaktadır. Bu nafakaya doktrin ve yargı kararlarında

“eğitim nafakası” da denilir¹¹.

II. ERGİN ÇOCUK YÖNÜNDEN ANA BABANIN BAKIM VE EĞİTİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. NAFAKANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Medeni Kanunu sistematigi içinde nafaka yükümlülüklerinin *bakım nafakası* ve *yardım nafakası* olmak üzere ikiye ayrıldıkları görülür¹². Eşlerin birbirleri ile çocuklarına bakma ve geçindirme yükümlülüklerine bağlı olan nafaka ile ana babanın çocuklarına karşı yüklendikleri bakım ödevine dayanan nafakalar *bakım nafakasıdır*. Hısımlar arasındaki yardımlaşma fikrine dayanan ve yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan belirli hısımları yoksulluktan kurtarmak için ödenen nafakalar ise *yardım nafakası* olarak kabul edilir. Bakım ve yardım nafakaları arasında kapsam, yükümlülükler, hukuki sebep ve öncelik sırası gibi pek çok farklılık bulunmaktadır¹³. Bakım nafakası yükümlüsü bulunduğu ve nafakayı ödeyecek gücü olduğu sürece, yardım nafakasına başvurulamaz¹⁴.

Görülmektedir ki *her nafaka ilişkisi temelini aslında bir yükümlülüğten alır*. O halde nafakanın türünün belirlenmesinde kanun koyucunun nafakayı düzenlerken esas aldığı yükümlülüğün türünün dikkate alınması gerekir. Buna göre;

Ergin çocuk yönünden; *ana babanın çocuklara karşı yükümlü olduğu bakım nafakaları* TMK.m.327 kapsamında ana babanın *çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğüne* dayanır. Bu yükümlülük doğrudan doğruya kanundan doğan ve velayet hakkından bağımsız olarak soybağı ilişkisine dayalı tek taraflı bir yükümlülüktür. Yükümlülüğün çocuğun kişisel malvarlığından bağımsız olması, ayrıca ödenecek nafakanın kapsamının da ana babanın ekonomik gücü dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Bu yönüyle söz konusu nafaka daha kapsamlıdır. Çünkü zorunlu ihtiyaçların karşılanması ile sınırlandırılmamıştır. Bakım ve eğitim giderlerini karşılama somut olayda çocuğun sübjektif durumunun gerektirdiği bakım ve eğitim ihtiyaçlarına göre belirlenir¹⁵.

Ana babanın çocuklara karşı yükümlü olduğu yardım nafakası ise, TMK.m.364 kapsamında belirlenen hısımların birbirlerine karşılıklı olarak yardım etmek yükümlülüklerine dayanır. Bu yönüyle tek taraflı bir yükümlülük değildir. Madde düzenlemesi eş ile ana babanın bakım borçlarına ilişkin hükümleri saklı tutarak, yardım nafakasının aslında bakım nafakasına göre tali nitelikte olduğunu da vurgulamaktadır¹⁶. Şu hâlde çocuğun nafaka talebi, ana baba tarafından bakım nafakası ile karşılanabildiği sürece, ana babadan veya diğer yardım yükümlülerinden TMK m.364 uyarınca nafaka talep edilemez. Ana babanın çocuk lehine yardım nafakası ödemesi, çocuğun yardım edilmediği

takdirde yoksulluğa düşecek olması şartına bağlı olduğu gibi takdir edilecek miktar da çocuğu yoksulluktan kurtaracak, objektif olarak geçimi için zorunlu kabul edilecek miktar ile sınırlıdır. Yoksulluğa düşme kavramı kişinin yaşamı, geçimi ve bakımı için zorunlu vasıtaları kendi olanakları ile temin edemeyecek olmasını ifade eder¹⁷. Yoksul durumda olan kişinin yalnızca barınma, beslenme, giyim, tedavi, vb. zorunlu temel ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda nafakaya hükmedilir. Oysa bir bakım nafakası niteliğinde olan eğitim nafakası, kural olarak çocuğun sosyal durumuna uygun ihtiyaçlarına göre tayin edilir ve bu anlamda çocuğun zorunlu ihtiyaçları yanında sosyal, kültürel ihtiyaçları ile eğitim masraflarını da kapsamaktadır¹⁸. Dolayısıyla yardım nafakası nafaka alacaklısının kişisel ihtiyaçlarına göre tespit edilmediğinden sübjektif değil; objektif olarak nafaka alacaklısının geçinebilmesi için gerekli vasıtalarla sahip olup olmadığına göre tespit edilir¹⁹.

Yargıtay kararları incelendiğinde, ana babanın bakım yükümlülüğünün TMK m.328/I uyarınca, erginliğin kazanılması ile kendiliğinden sona ereceği ifade edilerek, TMK m. 328/II uyarınca hükmedilecek nafakanın, TMK m.364 anlamında yardım nafakası olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁰. Bu durumun bir sebebi yukarıda da açıklandığı üzere 743 sayılı Önceki Medeni Kanun'da düzenlemenin yer almaması ve bu nedenle eğitimi devam eden ergin çocuğun ana babaya karşı yardım nafakası hükümlerine göre talepte bulunma imkanının bulunması idi. Maddenin yürürlüğe girmesi ile birlikte hem önceden var olan gerçek kanun boşluğu doldurulmuş hem de genel hüküm ile boşluğun doldurulması yönündeki ihtiyaç ortadan kalkmıştır.

¹⁷ Köprülü/Kaneti, s.295-296; Tekinay, s.590; Dural/Öğüz/ Gümüş, s.343; Akıntürk/Ateş s.449; Öztan, s.1210 vd.

¹⁸ Tekinay, s.587; Türkmen, s.2757.

¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.343; Tekinay, s.587; Öztan, s.1202.

²⁰ Örnek bkz. Yargıtay 3.HD. 23.02.2004, E.2004/1453, K.2004/1195: "... Davacı reşit olup, Üniversitede okuduğundan bahisle nafaka talebinde bulunmuş olduğuna göre, mahiyeti itibarıyla (TMK.'nın 328/2 – 364/1 mad) istenilen nafaka yardım nafakası niteliğindedir. Mahkemece, yanlış nitelendirme sonucu "tedbir ve iştirak nafakası" olarak hüküm oluşturulması doğru değilse de, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, ... "dava tarihinden geçerli olmak üzere aylık 250.000.000 TL yardım nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine" sözlerinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilmesine..." Yargıtay 3.HD. 6.6.2017, 19061/9116; 3.HD. 11.5.2009, 2009/7140-8306; 12.HD. 18.7.2005, 2005/12338-16008; 2.HD. 16.6.2004, 2004/6821-7920; 12. HD. E. 2005/12338, K.2005/16008, T.18.7.2005, YKD C.31, Kasım 2005, S.11, s.1760; Köseoğlu/Kocağa, s.219-231; Birinci Uzun, Tuba, Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2018, s.115 vd.; Çelikel, s.143 dpn.417. Çelikel TMK m.328/ II'ye göre ödenecek nafakayı iştirak nafakası olarak görmemekle birlikte, bunu bir yardım nafakası olarak nitelendirmektedir (s.143-144); Türkmen, s.2755, dpn.202.

Türk ve İsviçre hukuklarında kabul edilen görüş ise, TMK. m.328/II uyarınca ergin çocuk lehine hükmedilen nafakasının *bakım nafakası* olduğu yönündedir²¹. Bizce de TMK m.328/II'in kanun sistematigi içindeki yeri ve lafzı dikkate alındığında, ana babanın küçük çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü, bakım nafakası niteliğindedir. TMK.m.328/II'nin lafzında açıkça “*ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuklarına yardım etmekle değil, bakmakla yükümlü oldukları*” düzenlenir. Yükümlülüğün velayet hakkına değil soybağına bağlı kılınmış olması da *doğrudan doğruya kanundan doğan bir borç ilişkisi* yaratır. Ergin çocuğa eğitimi müddetince ana babası tarafından ödenmesi gereken bakım ve eğitim masrafları, çocuk yönünden yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması şartına da bağlı değildir. Kaldı ki TMK. m.328/II ana babanın bakım yükümlülüğünün süresine ilişkin genel kuralı koyan TMK. m.328/I düzenlemesinin istisnası niteliğindedir²². Elbette eğitimi devam eden ergin bir çocuk isteğine göre eğitim nafakası veya yardım nafakası talebinde bulunabilir. Ancak eğitim nafakası (TMK. m.328/II) istemesinin mümkün olduğu bir durumda, yardım nafakası (TMK. m.364) talep etmesi beklenemez. Çünkü eğitim nafakası ergin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli tüm giderleri kapsayarak yardım nafakasından daha geniş kapsamlıdır. Zira yardım nafakasından nafakanın kapsamı nafaka alacaklısının zorunlu ve temel ihtiyaçları ile sınırlıdır. Diğer yandan kanun gereği bakım nafakası yardım nafakasından önce gelir ve ödeme gücü olan bakım nafakası yükümlüsü bulunduğu sürece, yardım nafakasına başvurulamaz²³. Nafakanın

²¹ İsviçre Hukuku yönünden bkz. Piotet, Art.277; Guilloid Olivier/ Burgat Sabrina, Droit des familles, Bâle 2018 N279 vd.; Meier, s.4-53; Hegnauer Cyril/Meier Philippe, Droit suisse de la filiation, Berne 1998, N.20-22 vd.; Cottier, Michelle, L'enfant sujet de droit: bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, Le droit en question : *mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*. Genève, 2017, s.81-100; Henriod, Vincent, L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, thèse, Lausanne 1999; Stettler, Martin, L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs (art.277 al.2 CCS), *RJB* 1992 133 vd; Stettler, Martin, L'obligation d'entretien des parents à l'égard d'enfants majeurs, *RDT* 1982 7 vd. FamPra.ch 2014 138 vd. Türk Hukuku yönünden bkz. Dural/ Öğüz/Gümüş, s.358; Öztan, s.712; Serozan, s.246; Baygın, s.445 vd.; Türkmen, s.2712; Sonat, s.243; Bozova, s.6; Aksi yönde bkz. Özdemir, s.68-69; Çelikel, Serdar; Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Ankara 2012, s.144; Ruhi, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara 2005, s.144, Bozdağ, Gonca Gülfem: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka, Ankara 2015, s.94. Bkz. Gökkaya, Vildan: “Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Ana ve Babası Tarafından Verilen (Eğitim Nafakasının) Nafakanın Hukuki Niteliği ve Nafakaya Hükmedilebilme Koşulları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.91, S.4, 2017, s.274 vd; Birinci Uzun, Tuba, Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2018, s.93.

²² Piotet, s.277, N.6; Henriod, Vincent; L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, Lausanne 1999, s.57 vd.

²³ Tekinay, s.592; Serozan, s.246; Dural/Öğüz/Gümüş, s.345; Öztan, s.1202-1203.

hukuki niteliği belirlenirken nafaka talebine esas oluşturan “yükümlülüğün türü, niteliği ve kapsamı değerlendirilmeli”; bu bağlamda ana babanın ergin olan ya da olmayan çocuğa karşı sahip olduğu bakım ve eğitim yükümlülüğünün sırf çocuğun ergin olması sebebiyle nitelik değiştirmesi beklenmemelidir. Kaldı ki ergin çocuk yönünden bakım ve eğitim kapsamında nafaka talebinin yardım nafakası olarak değerlendirilmesi durumunda nafakaya hükmedilebilmesi için TMK. m.328/II şartları yanında “yoksulluğa düşme” şartının da aranması gerekeceği açıktır. Aynı şekilde çocuk için hükmedilen nafakanın da eğitim masraflarını kapsamaktan ziyade, çocuğu yoksulluktan kurtaracak miktar ile sınırlı tutulması sonucunu da doğuracaktır ki bu durum en başta TMK. m.328/II’in ratio legisine aykırıdır.

B. NAFKA DAVASININ ŞARTLARI

a. Çocuğun Ergin Olması

TMK. m.328/II kapsamında ana babanın ergin çocuğa karşı bakım ve eğitim yükümlülüğünün devam edebilmesinin ön şartı çocuğun ergin olmasıdır. Madde kapsamında kanun koyucunun “*belirli bir yaş öngörmemesi ve ergin olmayı*” esas almış olması sebebiyle, çocuğun erginliği hangi şekilde kazandığının bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile çocuğun, normal erginlik yaşı olan 18 yaşını doldurması, (m.10) ya da erken erginlik durumlarından biri ile erginlik kazanması arasında bir fark bulunmaz (m.11/II, m.12). Evlenme yoluyla ergin olan (m.11/II) veya mahkeme kararıyla ergin kılınan çocuklar (m.12) kural olarak nafaka talebinde bulunamaz²⁴. Diğer yandan evlenme ile kazanılan erginliğin, küçük çocuğun ehliyetini tam ehliyetli yapması, *velayeti sona erdirerek artık evlilik birliği içinde eşler arası bakım ve dayanışma yükümlülükleri doğurması* sebepleriyle aşağıda da inceleneceği üzere özel olarak değerlendirilmelidir. Zira böyle bir durumda eşlerin dayanışma yükümlülüğü ile (TMK m. 185/III) ile ana babanın bakım yükümlülüğünün yarışması söz konusudur.²⁵

TMK.m.328/II kapsamında nafaka talep edilebilmesinin ilk şartı bu sebeple ergin çocuğun talebidir. Zira ergin çocuğun talebi olmadan, hâkim tarafından re’sen bu nafakaya hükmedilemeyeceği gibi, ergin çocuk için ana babanın isteği ile de bu nafakaya hükmedilmesi mümkün değildir²⁶.

²⁴ Ergin kılınma halinde iştirak nafakası talep edilememesi hususunda Çelikel, s.143. Köseoğlu/Kocaağa, s.219; Zevkliler/Acabey/Gökyayla; s.278.

²⁵ Serozan evlenmeye kazanılan erginlikte ana babanın bakım borcunun sona ermeyeceği görüşündedir. Serozan, s.245. Bu durumda ana babanın bakım yükümlülüğünün eşlerin dayanışma yükümlülüğünden önce geldiğini düşünen Hegnauer gibi yazarlar bulunmakla birlikte aksi yönünde Bkz. Köseoğlu/Kocaağa, s.219.

²⁶ Örnek olarak bkz. 2.HD., E.2006/12505, K.2007/233, T.23.1.2007; 3.HD. E.2003/13569, K.2003/13370, T.10.11.2003.

İsviçre Hukuku yönünden 20 olan erginlik yaşı, 07.10.1994 tarihli Kanunla 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren 18 yaşının doldurulması olarak belirlenmiş olup; Medeni Kanununun ergin kılınmayı (*émancipation*) düzenleyen 15 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple erken erginlik imkânı bulunmayan İsviçre’de, 18 yaş maddenin uygulanması bakımından (İMK.m.277) bir tür eşik gibi kabul edilir. Eğitim sistemi ve toplumsal yapı itibariyle nüfusun sadece çok küçük bir kısmının 18 yaşından önce mesleki eğitimini tamamladığı İsviçre’de, bu yaşlarda yüksek öğretim ve mesleki eğitim pek çok çocuk yönünden devam etmektedir. Bu sebeple doktrinde erginlik yaşının 20’den 18’e indirilmiş olmasının, hukuki özerklik ile ekonomik bağımsızlık arasında tutarsızlık yarattığı; artık hükmün (İMK.m.277) istisna olarak değerlendirilmemesi gerektiği fikri doğmuştur²⁷.

b. Ergin Çocuğun Eğitiminin Devam Etmesi

TMK.m.340/II’de yer alan “*Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar*” düzenlemesi, m.328/II kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenmesinin “genel ve mesleki eğitim” yönünden korunduğunu göstermektedir. Bir başka ifade ile, çocuğun ergin olduktan sonra devam ettiği ya da edeceği her türlü eğitim madde kapsamında değildir. Bu hükümle amaçlanan çocuğun ergin olmadan önce başlayan genel ve meslekî eğitiminin, çocuk ergin olduktan sonra da devam ederek çocuğun eğilim ve yeteneklerine uygun biçimde geçimini ve ekonomik olarak kendilerine yetebilecek düzeyde meslek edinme imkânını sağlamaktır²⁸.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Türk Medenî Kanununda velayetin kapsamı başlığı altında çocuğun eğitimi, genel eğitim (m.340/II), meslekî eğitim (m.340/II) ve dinî eğitim (m.341) şeklinde düzenlenir. Bunlardan dini eğitim, velayet hakkına bağlı olarak ana babaya tanınan eğitim hakkı olduğundan ve 341.madde açıkça “*Ergin, dinini seçmekte özgürdür*” düzenlemesini içerdiğinden, 328/II kapsamında değildir. Bu sebeple madde içeriğindeki eğitim kavramı, gerek çocuğun yetiştirilip, büyütülmesi ve terbiye edilmesi anlamına gelen genel eğitimi, gerek “formasyon” anlamındaki meslek eğitimine karşılık gelmektedir²⁹. Bununla birlikte genel anlamda çocuğun yetiştirilmesi, çocuğa terbiye verilmesi anlamında eğitim, erginlikten sonra devam ettiği takdirde tabiatı gereği nafaka yükümlülüğü doğurabilecek tür ve nitelikte bir eğitim değildir.

Mehaz İsviçre Medeni Kanununun 277/II’nin ilk halinde kullanılan “*çocuk hala eğitime devam ediyorsa (Formation)*” ifadesi maddede yapılan değişiklik ile “*çocuğun uygun bir eğitimi yoksa (formation appropriée)*”

²⁹ Grassinger, s.25.

şeklinde düzenlenmiş ve kanun koyucu tarafından uygun mesleki eğitim vurgusu yapılmıştır³⁰. Ana babanın ergin çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü, çocuk ekonomik bağımsızlığını kazanana kadar devam ettiğinden *formasyon* terimi ile çocuğa *ekonomik bağımsızlık* kazandıracak olan eğitim anlatılmak istenmektedir. Dolayısıyla aslında madde kapsamında ifade bulan, belirli bir okul ya da meslek eğitiminin ötesinde, erginlikten önce ilköğretim ile başlayıp meslek eğitimi de içine alacak şekilde geniş düşünülmesi gereken bir süreçtir.

Türk eğitim sisteminde eğitim aşamaları, genel itibariyle isteğe bağlı okul öncesi eğitim, zorunlu ilköğretim ve zorunlu ortaöğretim ile yükseköğretimden oluşur. Bunlardan okul öncesi ve ilköğretim döneminde çocuklara sadece genel ve temel eğitim verilmekte iken ortaöğretim kurumlarının bir kısmında genel eğitim, diğer bir kısmında ise mesleki eğitim verilmektedir. Ortaöğretimlerini genel eğitim olarak tamamlayan çocukların mesleki eğitimleri çoğunlukla yükseköğretim kurumlarında tamamlanır. Yükseköğrenim veren eğitim kurumları ise üniversiteler, fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezleridir³¹.

Madde kapsamında mesleki eğitim (formasyon) kavramı, genel eğitim veren ortaöğretim ya da lise diploması almak veya müzik, spor gibi bir alanda özel yeterlilik sahibi olmak ile eş anlamlı değildir. Çocuğun zorunlu eğitiminden başlayıp yetenekleri ve yeterlilikleri doğrultusunda bir alanda mesleki yeterlilik sahibi olmasına kadar geçen tüm süreci içine alır³². Bu süreçte yer alan eğitimler değerlendirilirken, mesleki yeterliliğe erişmek için temel oluşturan eğitimlerin de aynı kapsam içinde yer aldığı unutulmamalıdır³³. İsviçre Federal Mahkemesi ticari yönden belli bir olgunluğa erişmenin ve hatta

³⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Piotet, Art.277; Fountoulakis, Christina/Khalfi, Bastien/Moos, Celine/Zufferey, Mathieu; Patrimoine de la famille Entretien, Régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, 2016, Résumé des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille, s.319. Diğer yandan hükümde yapılan bu değişiklik maddenin hâkim tarafından daha geniş yorumlanmasına da imkân tanımıştır. Federal Mahkemenin de kararlarında işlediği üzere, çocuğun ergin olduktan sonra değişebilecek ya da gelişebilecek olan yetenek ve eğilimlerinin de dikkate alınacağı, tek başına çocuk ya da ana baba tercihlerinin mutlak bir önceliği bulunmadığı karşılıklı ve gerçekçi bir çözüme ulaşmanın amaçlandığı açıktır. Bu yönde bkz. Meier/Stettler, N.1201, Meier, s.4, n.8; n.11 vd. 23 Ağustos 2017 tarihli Federal Mahkeme kararı: TF 5A_97/2017, 5A_114/2017, c 3.3.1 et c.9.1, yine 25 Ocak 2016 tarihli Federal Mahkeme Kararı: TF 5A_664/2015, c.2.1, ve kararın referansı olan ATF 115 II 123 c.4d, JdT 1992 I 270.

³¹ İsviçre eğitim sistemi için bkz. www.educationsuisse - Le système de formation en Suisse, Ayrıca Meier, s.4, n.11 vd.

³² Meier, s.4, n.9.

³³ Meier, s.4, n.12, 13.

kazanç sağlamanın, halihazırda devam eden bir eğitim süreci varsa tek başına mesleki eğitimin tamamlandığı anlamı taşımayacağına özel olarak işaret etmektedir³⁴.

Ülkemizde meslek liseleri ve teknik liseler ortaöğretim düzeyinde eğitim sağladığından ergin çocuğun mesleki eğitimi yönünden ilk akla gelen *ön lisans* ve *lisans eğitimidir*. Yargıtay ön lisans ve lisans eğitimlerini TMK.m.328/II kapsamında değerlendirmekte³⁵; aynı uygulamayı tartışmalı olmakla birlikte *yüksek lisans eğitimi* için de kabul etmekte ancak *doktora eğitimi*ni madde dışında tutmaktadır³⁶.

Çocuğun aslında ergenliğinden önce başlayan ve mesleki eğitimi de içine alan bu süreçteki kurslar ya da sınav hazırlıkları çoğu zaman uygun mesleki eğitime başlayabilmek için geçilmesi gereken hazırlık aşamalarıdır³⁷. Özellikle ülkemizde lisans eğitimine hazırlık aşamasındaki *üniversiteye hazırlık kursları* ve *destekleri* neredeyse zorunluluk haline gelmiştir. Yargıtay uygulamaları da bu kurslar bakımından genel olarak TMK.m.328/II'nin uygulama bulması yönündedir³⁸. İçeriklerine bakılmak kaydı ile *meslek edindirme kursları*,

³⁴ Piotet, Art.277 N.9; 8 Eylül 2006 tarihli TF 5C_249/2006 c.3.2.3. Fountoulakis/Khalfi/ Moos/Zufferey, s.319.

³⁵ Örnek karar olarak bkz. Yargıtay 3.HD., 10.4.2017, 11042/4984; Yargıtay 3 HD., 20.11.2014, 8275/15298. Diğer yandan alternatif eğitim türlerinden açıköğretim, ikinci öğretim, ekstern eğitim ve uzaktan eğitim ön lisans ve lisans programları da çocuğun mesleki eğitimiyle ilgili olmak koşuluyla bu kapsamda sayılmalı, ana babanın nafaka yükümlülüğü bu süreçte de devam etmelidir. Bu eğitim türlerinde, ergin çocuğun çalışma imkânının olması, yardım nafakasından farklı olarak, ana babanın nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz; ancak bu durum nafaka miktarının tespitinde göz önünde bulundurulabilir. Türkmen, s.2722. Üniversite ve Yüksek Okullar yönünden aynı durum İsviçre Hukuku yönünden de geçerlidir. Meier, s.4, n.18-20; Meier/Stettler, N.1198. Ayrıca bkz. ATF 117 II 127 c.3b, JdT 1992 I 285; ATF 124 V 64 c.4b; 8 Kasım 20047 tarihli TF 5C_205/2004.

³⁶ Örneğin Yargıtay 3.HD., 19.10.2015, 8392/16069; Yargıtay 2.HD.'nin 21.04.2005, 4124/6578 sayılı kararlarında üst mahkeme yüksek lisans eğitimi yapan ergin çocuğun nafaka talep edebileceğini karar vermiştir. Buna karşın Türkmen'e göre, yüksek lisans eğitimi, her ne kadar mesleki eğitim bakımından faydalı olsa da esasen zorunlu olmayan bir süreçtir. Bu nedenle, yüksek lisans eğitimi dolayısıyla ana babadan eğitim nafakası istenemez; koşulları oluşuyorsa ancak yardım nafakası istenebilir. Türkmen, s.2722. Doktora eğitimi yönünden ise bkz. Öztan, s.1062. Yüksek lisans ve doktora ayırımı yapmaksızın, lisansüstü eğitimin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Baygın, s.123. İsviçre Hukuku yönünden ise özellikle İMK.m.277/II'de yapılan değişiklikten sonra, çocuğun potansiyeli ve kapasitesi mevcut olduğu ölçüde tamamlayıcı nitelikte eğitim olarak ana baba çocuğa yüksek lisans veya doktora eğitimi de sağlamakla yükümlü sayılacağı görüşü baskın görüştür. Bu yönde bkz. Piotet, Art.277, N.9. Diğer görüşler için bkz. Meier/Stettler (n.5), N.1205, dipn.2807, Meier, s.4, n.20; ayrıca bkz. ATF 117 II 372 c.5aa, JdT 1994 I 563.

³⁷ Meier, s.4, n.18-19. Bu konuda İsviçre Federal Mahkeme kararı örnekleri için bkz. ATF 114 II 205 c. 3b. Yine ATF 117 II 127 c. 3b, JdT 1992 I 285 ve Federal Mahkemenin 8 Aralık 2006 tarihli kararı: TF 5C.249/2006, c.3.2.3.

³⁸ Örnek olarak bkz. Yargıtay 3.HD., 23.11.2004, 12906/12874, Yargıtay 3.HD., 9.9.2015, 5197/13790. Yargıtay 3.HD. 08.03.2004, 1842 / 1768; Aynı yönde bk. Yargıtay 3. HD.

mesleki eğitimi tamamlayıcı nitelikteki *yabancı dil kursları* ile *sertifika programlarının* da çocuğun meslek eğitimi bakımından zorunlu olması halinde, aynı kapsamda yer aldığı kabul edilir³⁹.

TMK.m.328/II'de yer alan “*Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa*” ifadesini çocuğun eğitimine ergin olmadan önce başlamış olması gerektiği şeklinde yorumlayan yazarlar bulunmakla birlikte⁴⁰, doktrinde baskın görüş hükmün salt lafzi yorumunun doğru olmadığı yönündedir⁴¹. İsviçre hukukunda, çocuğun erginlikten sonraki eğitimi önceki eğitiminin bir parçası olarak kabul edilmekte ve nafaka yükümlülüğünün doğması geniş anlamda meslek yaşamının, eğitimin bütünü içinde planlanmış olması şartına bağlı tutulmaktadır⁴². Ancak bu durum, erginliğe kadar mesleki eğitim tercihleri belirgin olmayan çocuklar yönünden tereddüt yaratabileceğinden eleştirilmekte ve çocuğun belirli bir meslek alanındaki motivasyonu, bu eğitimi almak yönündeki çabası, isteği gibi kriterlerin ölçü alınması gerektiği savunulmaktadır⁴³.

Bir faaliyetin tek başına kazanç sağlayıcı olması o eğitimin meslek eğitimi olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Eğitimin kazanç sağlama özelliğinden başka hususlar da bulunmalıdır: Bunlar öğrenilen faaliyetin ilgili çevrede meslek olarak kabul görmesi ve uygulanabilmesi; söz konusu

21.07.2005, 8046/8241 sayılı ve Yargıtay 3. HD 07.10.2008, 15718/16244 sayılı kararlar için bk. Sonat, s.255 vd.; Ruhi, s.152 vd. KPSS kursları yönünden ise, Yargıtay 3. HD., 4.5.2017, 15392/6543 kararında, ergin çocuğun üniversite mezunu olduğu; mezun olduğu okul itibarıyla hemen iş bulma imkânının bulunmadığı ve işe girebilmek için KPSS kursuna gittiği belirtilmiş ve okumakta olan kişinin kendi emek ve geliriyle yaşamını sürdürememesi halinde, eğitimi tamamlanıncaya kadar, ana babasından nafaka isteyebileceği ifade edilmiştir. Yargıtay 3.HD., 9.3.2015 tarihli kararında da eğitim masrafları devam ettiği için, açık öğretim fakültesinde okuyan ve KPSS kursuna giden ergin çocuğa bağlanan nafakanın kaldırılmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Birinci Uzun, s.95-96.

³⁹ Bkz. Yargıtay 3 HD., 3.6.2002, 5897/6316. Türkmen, s.2723. Öztan zorunlu avukatlık stajının bu duruma örnek oluşturduğunu belirtmektedir. Öztan, s.1062. Ana babanın staj eğitimi karşılama yükümlülüğü, Avukatlık Kanunu'nda avukatlık stajı yapan kişiler için çalışma engelini öngörölmüş olması ve staj süresince stajyerlere verilen kredinin geçimi sağlamaya yeterli olmamasına dayandırılmaktadır. Bu nedenle ana babanın bakım yükümlülüğü, mahkemede yapılan stajın ilk altı ayı bakımından mutlak olarak kabul edilirken, avukat yanında yapılan ikinci altı aylık staj bakımından, ergin çocuğun yanında staj yaptığı avukattan geçimini sağlamaya yetecek bir ücret almıyor olması şartına bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yönde bk. Ruhi, s.154. Aksi yönde İnal, s.45.

⁴⁰ Stettler, Martin, L'obligation d'entretien des parents à l'égard d'enfants majeurs (art. 277 al. 2 CCS), RDT 1982/1, s.9.

⁴¹ Bu görüşe göre, devam eden eğitimin çocuk ergin olmadan önce başlamış olması şart değildir. Ergin olduktan sonra meslek eğitimi almaya başlayan çocuk da ana babadan TMK.m.328/II uyarınca nafaka talep edebilir. Öztan, s.1059; Baygın, s.122.

⁴² Bu konuda bkz. Stettler, Martin, L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs (art. 277 al. 2 CCS), Evolution de la Jurisprudence et de la doctrine, RJB 1992 s.128.

⁴³ Stettler, s.136-137.

faaliyetin öğrenilmesinin belirli bir okula devam edilmesini gerektirmesi; bu okulda söz konusu faaliyete ilişkin bilgilerin yanı sıra asgari bir genel eğitimin de veriliyor olması ve nihayet verilen eğitimin bir diploma ile belgelendirilmiş olmasıdır⁴⁴.

Erginlik öncesi çocuğun eğitimi konusunda karar alma yetkisi velayet hakkına sahip ana babaya aittir. (TMK m.339/I) Diğer yandan kanun koyucu, *“Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar”* düzenlemesi ile (TMK m.339/III) çocuğun bakım ve eğitimi gibi önemli konularda alınacak kararlarının da *çocuğun olgunluk ölçüsü* ile sınırlı olmasını istemektedir. Çocuğun kendi ile ilgili konularda bizzat karar alabilecek olgunluğa eriştiği noktada velayetin de kalkması ile birlikte ana babanın çocuk adına karar almak yetkisi ortadan kalkar. O halde kural olarak çocuğun genel ve mesleki eğitimi seçme yetkisi ana babaya aittir ve ana baba bu yetkiyi çocuğun olgunluk ölçüsü ve menfaatine uygun olacak şekilde kullanmakla yükümlüdür⁴⁵.

Çocuğun aldığı eğitimin geçimi için gerekli ekonomik olanakları sağlamaya uygun olması gerekir. Bir mesleki eğitimin *uygunluk* değerlendirmesini yapabilmek için, çocuk tarafından tamamlanan eğitimin kendisine bazı alanlarda ekonomik özgürlük sağlaması tek başına yeterli olmaz. Aynı zamanda TMK.m.340/II kapsamında yetenek ve eğilimlerine uygun düşmesi de beklenir. Genel eğitim yönünden ana babanın seçim yetkisinin zorunlu temel eğitimin sonuna kadar devam edeceği kabul edilir⁴⁶. Mesleki eğitim yönünden ise, çocuk yeterli olgunluğa erişene kadar ana babada olan karar alma yetkisi, çocuk meslek seçimi konusunda yeterli olgunluğa eriştikten sonra artık ana baba ve çocuk tarafından *birlikte* alınmalıdır⁴⁷. Bu noktada ana babanın rolü, çocuğun olgunluk ölçüsü ve yetenekleri doğrultusunda yönlendirilmesi, yanlış seçimler yapmasına engel olunması ve bu yönde tavsiyelerde bulunması ile sınırlıdır. *İsviçre Federal Mahkemesi* kararlarında, çocuğun ergin olduktan sonra yetenek ve eğilimlerinin değişebileceği ya da gelişebileceğini, ancak yine de tek başına çocuğun ya da tek başına ana babanın eğitim tercihlerinin önceliği bulunmadığı; karşılıklı, şartlara uygun ve gerçekçi bir eğitim çözümü bulunmasının amaçlanması gerektiğini ifade eder⁴⁸.

⁴⁴ Henriod, s.70.

⁴⁵ Hegnauer, art. 277, N. 37. 31 Vez, Parisima; Commentaire Romand, CC, Bale 2010, Art.301, N.5. Ayrıca bkz. Fountoulakis/Khalifi/Moos/Zufferey, s.321.

⁴⁶ Meier/ Stettler, N.486.

⁴⁷ Meier/Stettler, N.487.

⁴⁸ 23 Ağustos 2017 tarihli Federal Mahkeme kararı: TF 5A_97/2017, 5A_114/2017, c.3.3.1 et c.9.1, yine 25 Ocak 2016 tarihli Federal Mahkeme Kararı: TF 5A_664/2015, c.2.1, ve kararın referansı olan l'ATF 115 II 123 c.4d, JdT 1992 I 270. Federal Mahkeme özellikle madde metninde 1994 tarihinde yapılan değişiklik sonrası, çocuğun erginlik öncesi aldığı eğitim

Çocuğun *birden fazla mesleki eğitim alanına* eğilimi var ise, ana babanın yükümlülüğü, bu alanlardan hangisinin çocuğun beklentilerine, yetenek ve eğilimlerine en çok uyduğunu tespit edip, çocuğa bu yönde mesleki eğitim sağlamakla sınırlıdır⁴⁹. Çocuk ergin olduktan sonra mesleki eğitimi değiştirmek isterse, değişiklik isteğinin ciddi ve samimi olup olmadığı gibi hususları da göz önünde bulundurarak somut durumun özelliklerine bakılmalıdır⁵⁰. Meslek eğitimi tamamlamış bir çocuğun ikinci bir eğitim yapmak istemesi halinde ana babanın nafaka yükümlülüğü kural olarak devam etmez⁵¹. Ancak ilk eğitim ve ikinci eğitim arasında bir bağlantı varsa, istisnaen ana baba eğitim nafakası ödemekle yükümlü kılınabilir⁵². Zira ilkiyle hiçbir bağlantısı bulunmayan yeni ve ikinci bir eğitim almaya başlamak ile temel eğitimi tamamlayıcı nitelikteki bir eğitim almaya başlamayı birbirinden ayırmak gerekir. İlkinde doğal olarak TMK.m.328/II'nin uygulanmaması beklenirken; ikinci durumda ailenin ekonomik olarak bir elverişsizliği bulunmuyorsa ya da tamamlayıcı eğitim için

ile ergin olduktan sonra alacağı mesleki eğitim arasında sıkı bir bağ olması gerekmediği, eğitimlerin bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde kararlar vermişti. Ancak şu anki uygulamada eğitimlerin birbirine uygunluğu daha fazla dikkate alınmaktadır. Bu konuda bkz. ATF 127 I 202 c 3e; 8 Aralık 2006 Tarihli Federal Mahkeme kararı: TF 5C 249/2006, c.3.2.2; yine ATF 115 II 123 c.4b, JdT 1992 I 270; ATF 118 II 97 c.4a, JdT 1994 I 341.

⁴⁹ Meier/Stettler, N.459.

⁵⁰ Örneğin, sağlık durumu gibi nedenlerden meslek değişimi zorunluluğu söz konusu ise eğitim masraflarının ödenmesine karar verilebilir. Bu konuda bkz. Köseoğlu/Kocaağa, s.218. Türkmen ise, ilk eğitim sürecinin başlarında olmak kaydıyla, çocuğun eğitimi değiştirmesi bir defaya mahsus makul görülebileceği düşüncesindedir. Türkmen, s.2723. İsviçre hukuku yönünden ise, İMK.m.277/II hükmün çocuğun ergin olduktan sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimlerinin dikkate alınmasına sınırlı biçimde olanak verdiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, ergin olduğu anda çocuğun mesleki tercihleri henüz şekillenmemiş ve herhangi bir mesleki eğitim almamış ise, İMK.m.277/II uyarınca ergin çocuğun talep edebileceği eğitimin belirlenmesinde, çocuğun erginlik anından sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimleri dikkate alınır. Buna karşın, çocuk ergin olduğu an itibarıyla yetenek ve eğilimlerine uygun olan bir mesleki eğitim almış ise, çocuğun bu andan sonra ortaya çıkan farklı yetenekleri veya eğilimleri, ana babanın nafaka yükümlülüğünü canlandırmaz. Bu yönde bkz. Henriod, s.60.

⁵¹ Grassinger, s.32, 33. Eski İMK.m 277/II'ye ilişkin olarak, çocuğun ergin olduktan sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimlerinin dikkate alınmayacağı, çocuk yetenek ve eğilimlerine uygun bir eğitim almış ise, erginlik anından sonra keşfettiği yetenek ve eğilimlerine uygun ikinci bir mesleki eğitimi talep edemeyeceği görüşü benimsenmektedir. Bk. ATF 115 II 123; Henriod, s.59.

⁵² Meier'e göre, İsviçre Federal Mahkemesinin ana babanın ergin çocuk bakımından sadece tek bir mesleki eğitim için bakım ve eğitim yükümlülüğünün var olduğu yönündeki içtihadı genel olarak faydalı gibi görülmekle birlikte; ikinci eğitim, uzmanlaşma ya da tamamlayıcı eğitim kural olarak madde kapsamında değerlendirilmeli ve dikkate alınmalıdır. Meier, s.4, n.16. Aynı yönde dipnot 25'de belirtilen yazarlar: Aeschlimann S./Schweighauser J.; Allg. Bem. Art. 276-293 ZGB, N 56 ss, FamKomm Scheidung, vol. I, Berne 2017 (n. 10), Art. 276-293 N59; BK-Hegnauer C.; Berner Kommentar, Art. 270-295 ZGB, Berne 1997 (n. 10), Art. 277 N80.

erginlik sonrasında çok geç kalınmamışsa hüküm kural olarak uygulanmalıdır⁵³. Diğer yandan ana babanın çocuğa uygun bir meslek eğitimi sağlama imkanları bulunduğu halde, çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun olmayan başka bir eğitimi bizzat seçerek çocuğa dayatmaları durumunda yükümlülüklerinin ihlali sonucu doğacağından, böyle bir durumda ana babanın çocuğun gerçek yetenek ve eğilimlerine uygun ikinci bir eğitimi sağlamak yükümlülükleri doğabilir⁵⁴.

c. Ergin Çocuğun Bakım ve Eğitim Masraflarının Karşılanmasının Ana Babadan Beklenebilir Olması

TMK m.328/II kapsamında ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitime devam etmesinin yanı sıra, durum ve koşullara göre nafaka ödemenin ana babadan beklenebilir olması gerekir. Beklenebilirlik ölçüsü somut durum ve koşullara göre değişken⁵⁵ olup bu tespiti yapacak olan hâkimin geniş takdir yetkisi vardır⁵⁶. O halde hâkim hakkaniyete göre (TMK m.4) somut olaydaki durum ve koşulları değerlendirmelidir. Bu değerlendirme yapılırken elbette öncelikle ana babanın ekonomik durumları dikkate alınmalı, ayrıca hâkim tarafından çocuk ile ana baba arasındaki kişisel ilişkiler, çocuğun başarısı, yeteneği, ilgisi, eğitimin süresi gibi hususlar da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷. Beklenebilirlik değerlendirmesine esas alınan bu unsurları en genel haliyle “ *tarafların ekonomik durumları* ” ve “ *tarafların kişisel ilişkileri* ” yönünden ele almak mümkündür.

1. Nafaka Alacaklısı ve Nafaka Yükümlülerinin Ekonomik Durumları Yönünden

Nafaka ödemesinin beklenebilir olup olmadığının tespiti için hem nafaka yükümlüsü olan ana babanın hem de nafaka alacaklısı olan çocuğun ekonomik durumlarının incelenmesi gerekir. İnceleme çocuk lehine ergin olmadan önce hükmedilen nafakalardan ve tarafların erginlik öncesi dönemdeki şartlarından bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁵⁸. Ana babanın ergin olan ve olmayan çocuk yönünden bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülükleri hem çocuğun ihtiyaçları hem de ana babanın hayat şartları ile ödeme güçleri göz

⁵³ Meier, s.4, n.16.

⁵⁴ Piotet, N.13; Henriod, s.84.

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.324.

⁵⁶ Serozan herhalde zayıf konumda olan çocuğu koruma düşüncesinden hareketle bu hükmün mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiği görüşündedir. Serozan s.245.

⁵⁷ Akıntürk/Ateş, s.401; Baygın, s.122; Kılıçoğlu, s.493; Öztan, s.1059; Türkmen, s.2725, Birinci Uzun, s.96.

⁵⁸ Çocuk ergin olmadan önceki nafaka düzenlemesi, beklenebilirlik koşulu için ölçü değildir. Beklenebilirlik koşulu, açılan davada hüküm tarihine en yakın tarihteki duruma göre belirlenmelidir. Bu nedenle, çocuk ergin olmadan önce çocuk için hükmedilmiş bir iştirak nafakası var ise, bunun eğitim nafakası olarak devam etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ana baba boşandıktan sonra iştirak nafakası vermemiş olsa bile, koşulları varsa, ergin çocuk için eğitim nafakası ödemekle yükümlüdür. Türkmen, s.2731.

önünde bulundurulurken belirlenir. (TMK m.330/I)

Çocuk ergin olmadan önce ana baba, bakım ve eğitim masraflarını kendi malvarlıklarından karşılamak ile yükümlü kılınmış olup⁵⁹, bu yükümlülük kanun koyucu tarafından çocuk malvarlığından bağımsız ve ayrı tutulmuştur⁶⁰. Ana babanın ergin çocuk yönünden bakım yükümlülüğü kural olarak sona erdiğinden, çocuğun kendi mali olanakları ile bakım ve eğitim masraflarını karşılaması beklenir. Bu imkânı bulunan ergin çocuk için artık ana babanın ekonomik durumundan bağımsız olarak; bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğünden bahsedilemez⁶¹. Zira ergin çocuk eğitim ve bakım masraflarını karşılamak için, kendisinden beklenebilir olan tüm girişimlerde bulunmakla yükümlüdür⁶². Buna göre, fiilen kazanç getirici bir işte çalışmıyor olsa dahi, eğitimi devam ettiği sırada bir işte çalışması kendisinden beklenebilir ise, çocuğun bu işten elde edebileceği varsayımsal kazanç oranında ana babanın bakım yükümlülüğü ortadan kalkar⁶³. Gelir getiren bir işte çalışmanın çocuktan beklenebilir olması için ise, şüphesiz söz konusu işte çalışmanın çocuğun aldığı eğitime engel teşkil etmemesi gerekir⁶⁴. Bununla birlikte çocuğun gelirinin

⁵⁹ İsviçre Hukukunda ise ergin olmayan çocuğun bakım masraflarını çalışma karşılığı elde ettiği geliri veya başka mali olanakları ile karşılamasının beklenebilir olduğu durumlarda, ana babanın bakım yükümlülüğünden kurtulacağı öngörülmektedir. (İMK.m.276/III) Ergin çocuk yönünden evliyetle uygulanan bu hüküm sebebiyle ana babanın İMK.m.277/II uyarınca erginlikten sonra bakım yükümlülüğünün devam etmesi için, çocuğun eğitimini kendi mali olanakları ile karşılayamayacak olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu yönde bkz. Henriod, s.130 vd.

⁶⁰ TMK m. 327/II'de, ana babaya, mali olanaklarının çocuğun bakım ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemesi halinde, bu masrafları karşılamaya yönelik olarak, mahkemeden izin almak suretiyle çocuğun malvarlığının sermaye kısmından harcama yapabilme yetkisi tanınmış olması ayrıca TMK m. 356/I uyarınca, çocuğun malvarlığının parasal nitelikteki sermaye kısmını, hâkimden izin alması gerekmeksizin, çocuğun bakım ihtiyaçları için sarf edebilmesi yönünde bk. Serozan, s.270 vd; Baygın, s.122, Sonat, s.264.

⁶¹ Piotet, N.17.

⁶² Çocuk için eğitimi sırasında çalışmak, kendi ekonomik özgürlüğünü kazanmak kesinlikle faydalı olsa da, eğitimi devam eden ergin çocuğun eğitiminde göstermesi gereken özeni ve gayreti, ayırdığı zamanı sınırlaması bakımından da dikkate alınmalıdır. Bu konuda bkz. Piotet, N.17; Meier/Stettler (n. 5), N.1210 dipn. 2814.

⁶³ Bakım yükümlüsü ana baba yönünden İsviçre Hukukunda belli hesaplama yöntemleri bulunmakla birlikte (%20), ergin çocuğun destek ihtiyacının hesaplanmasına bu tür yöntemler bulunmamakta kanun hükümlerinde (*Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*) yer alan hesaplama yöntemlerine göre yapılmakta ve çocuğun ihtiyaçları ile ilgili prensip olarak belirlenecek *genişletilmiş asgari geçim miktarına* varsayımsal hesaplamalar yapılmaktadır. Örnek olarak bkz. 2 Eylül 2016 tarihli TF 5A_481/2016, c.2.2; 1 Ocak 2014 tarihli TF 5A_959/2013 c.9; 11 Aralık 2013 tarihli TF 5A_627/2013 2013, c.7.2. Ayrıca 27 Mart 2017 tarihli TF 5A_776/2016 du 27 mars 2017, c.3 bkz. Meier, s.4, n.47-48, dipn. 97. Yine varsayımsal kazançla ilgili bkz. 11 Eylül 2005 tarihli TF 5C_150/2005, c.4.4: 27 Mart 2017 tarihli TF 5A_776/2016 c.6.2: Meier/Stettler (n. 5), N 1210, dipn.2814.

⁶⁴ Henriod, s.137-138.

yetersiz olduğu durumlarda, kazancı nafakanın belirlenmesinde göz önünde bulundurularak hâkim tarafından değerlendirilir. (TMK m.330) İsviçre Federal Mahkemesi ergin çocuğun tamamen ya da kısmen ekonomik özgürlüğe sahip olup olmadığı değerlendirmesinde *bilhassa ergin çocuğun aldığı eğitime paralel kazanç sağlayıcı davranışlarda bulunabilecek olmasını, küçüklükte kazandığı mallarını, sosyal güvenlik ödemelerini, karşılıksız kazandırmaları ve anne ile babanın ekonomik durumundan bağımsız olarak verilen bursları* dikkate almaktadır⁶⁵. Aynı değerlendirme çocuğun kendi mallarının bakım ve eğitimi için yeterli olduğu haller için de geçerlidir. Genel kural ergin çocuğun malvarlığında yer alan sermaye değerlerinin, çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamında yer aldığı; malvarlığının geliri ile parasal nitelikli sermaye kısmı dışında kalan değerlerinin ise, bu kapsama dahil olmadıkları yönündedir⁶⁶.

Ergin çocuk yönünden nafaka ödemesinin beklenebilir olmasında, ana babanın ödeme gücü de önem taşır. Ödeme gücü, kendi geçimleri için gerekli olanlar dahil olmak üzere tüm gelirleri, malvarlığı ve kazanılması muhtemel kar beklentileri de dikkate alınarak hesaplanır⁶⁷. Dolayısıyla kendi geçimini sağlama imkânı bulunmayan ana baba yönünden bu tür bir katkı beklenemez⁶⁸. Zira ergin çocuk için ihtiyaç duyulan bakım ve eğitim masrafları yeme, içme,

⁶⁵ Bu katkılar doğrudan çocuğa yapılabileceği gibi, çocuk lehine ana babaya da yapılabilir. Çocuğun maddi kaynakları genellikle tüm masraflarını karşılamaya yetmediğinden ana babanın borcunu kısmen karşılamaktadır. Doğrudan madde kapsamında olmayan ve yükümlülüğü ikincil olan üvey ana baba ve büyük anne büyük baba yahut üçüncü kişilerin katkıları da dikkate alınır. Diğer yandan özellikle burslarla ilgili bkz. 7 Şubat 2017 tarihli TF 5A_442/2016 et 5A_443/2016 c.4.4.4. Burslar genellikle ailenin ekonomik durumuna bağlı olarak verildiğinden ebeveynlerin ergin çocuğa bakım yükümlülüğü yönünde mahkeme kararı verildiğinde kesilebilmektedir. 12 Şubat 1998 tarihli TF 2P_95/1997 JAB 1998 385. Daha detaylı bilgi için bkz. Meier, s.4, n.26-27, dipn.101.

⁶⁶ Henriod, s.133; Piotet, N.17. Çocuğun malvarlığından elde ettiği gelirler, kural olarak ergin çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamına dahil kabul edilmek gerekir. Zira öğretilde bu tür sermaye değerlerinin yedek nafaka niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun ergin olmasının, bu malvarlığı değerlerinin tahsis edildiği amaçta değişiklik yaratmaması gereklidir. Keza, ergin çocuk, malvarlığının sermaye kısmına dahil olan, sermaye biçimindeki ödemeleri, tazminat ve benzeri parasal nitelikteki edimleri de, kendi bakım ve eğitim masrafları için sarf etmekle yükümlüdür. Bu sonuç, doğrudan doğruya çocuğun eğitiminin karşılanmasına yönelik yapılan parasal nitelikteki kazandırmalar bakımından evleviyetle kabul edilmek gerekir. Örneğin ana baba veya bir üçüncü kişi tarafından çocuğun eğitiminin karşılamak üzere çocuk adına bir banka hesabına yatırılan paranın bu nitelikte bir edim teşkil etmesi gibi. Bkz. Henriod, s.133-135. Ayrıca Sonat, s.265-266.

⁶⁷ Çelikel, s.140.

⁶⁸ Örneğin kendi yoksulluk nafakası alma durumunda olan ana/babadan ergin çocuk için bakım ve eğitim masraflarını karşılamasının beklenemeyeceği gibi. Yargıtay da hiçbir geliri ve malvarlığı bulunmayan, işsiz veya çalışmayacak durumda olup da kendi geçimini dahi başkalarının katkılarıyla sağlayan ana veya babanın çocuk için nafakayla yükümlü tutulmasını mümkün görmemektedir. Çelikel, s.141; Baygın, s.127. Öztan, s.1058; Kılıçoğlu, s.493.

giyinme ve barınma gibi temel ihtiyaçlardan biri olmayıp, çocuk için yapılması beklenen fedakarlığın daha sınırlı takdir edilmesi gerekir. Bu sebeple ana baba yönünden nafaka yükümlülüğü kendi zorunlu ihtiyaçlarının karşılanabildiği noktadan sonra *beklenebilir* olur. Zorunlu ihtiyaçların tespiti somut olaya göre değişebileceğinden; hâkim tarafından ana babanın sosyal durumu, ekonomik şartları, geçim kaynakları, sağlık durumları gibi hususların bütün ve varsayımsal olarak değerlendirilmesi gerekir. Kaldı ki ana babanın ekonomik gücünün iyi olması ve kendi geçimini sağlamanın üstünde bulunması halleri de tek başına beklenebilir olmak için yeterli kabul edilemez⁶⁹.

İsviçre Hukukunda beklenebilir olma yani ana babanın ödeme gücünün varlığı, ergin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli katkı miktarı düşüldükten sonra bakım yükümlüsünün asgari yaşam standardını sağlayacak bir gelire sahip olmasına bağlıdır⁷⁰. Federal Mahkeme, nafaka yükümlüsü yönünden zorunlu ihtiyaçların parasal değerini belirledikten sonra yükümlünün asgari gelir tutarından %20 oranında fazla olmasına bağlı kılmaktadır⁷¹. Bir başka ifade ile, ergin çocuğun bakım ve eğitimi için sağlanacak olan katkı düşüldükten sonra nafaka yükümlüsü ana babanın temel ihtiyaçlarını karşılamaları için gereken tutarı en az %20 oranında aşacak bir gelire sahip olmaları durumunda ödeme güçlerinin bulunduğu kabul edilir. Ancak Federal Mahkeme bu orantılanmayı her zaman kesin olarak uygulamamakta; bilhassa çocuğun erginlik sınırını aşmaya çok yakın olduğu ve yükümlülük süresi kısa olan durumlarda yahut ergin çocuk için seçilen eğitimin ana babanın açık rızası ile kabul edildiği hallerde farklı uygulayabilmektedir⁷².

Ana babanın ekonomik gücü yanında çocuğun başarısı, yeteneği, mesleki eğitime olan ilgisi gibi hususlar da beklenebilir olma değerlendirmesinde dikkate alınır⁷³. Bu noktada eğitimin süresi de önemlidir⁷⁴. Ana baba yönünden ödeme gücünün hesabında çocuğun aldığı burs hesaba katılmaz. Ancak böyle bir burs varsa hâkim tarafından nafaka miktarının belirlenmesinde hesaba alınır⁷⁵.

⁶⁹ Cottier, s.87; TF 5A_179/2015, 29.05.2015, TF 5A_64/2015, 02.04.2015.

⁷⁰ Henriod, s.142; Meier/Stettler, N.647; Piotet, N.19.

⁷¹ ATF 132 III 209 c.2.3, JdT 2006 I 95; ATF 127 I 202 c 3g; ATF 118 II 97 c.4b, JdT 1994 I 341; 30 Temmuz 2011 tarihli TF 5A_785/2010 c.4.1; 31 Mayıs 205 tarihli TF 5C_53/2005, c.6.1; 27 Ocak 2004 tarihli TF 5C_238/2003 c.2; 8 Mayıs 203 tarihli TF 5C_5/2003, c.3. Meier, s.4, n.23; Meier/Stettler, (n.5), N.1210 dipn. 2814; Piotet, N.19.

⁷² Örnek olarak bkz. ATF 118 II 97 c.4b, JdT 1994 I 341; Farklı orantılarla verilen karar örnekleri için bkz. 7 Ekim 2002 tarihli TF 5P_280/2002, c.2.1. 29 Mayıs 2015 tarihli TF 5A_179/2015, c.5.3. 29 Kasım 2017 tarihli TF 5A_20/2017 c.8.2. Meier, s.4, n.24, 25.

⁷³ Akıntürk/Ateş, s.401; Baygın, s.122; Kılıçoğlu, s.493; Öztan, s.1059; Türkmen, s.2725.

⁷⁴ Akıntürk/Ateş, s.401.

⁷⁵ Türkmen, s.2733. *Türkmen'e* göre; ana babanın ekonomik durumu ve mali gücü, çocuğun devlet üniversitesi yerine ücretli bir vakıf üniversitesinde veya yurtdışında bir üniversitede

2. Nafaka Alacaklısı ve Nafaka Yükümlülerinin Kişisel İlişkileri Yönünden

Ergin çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılayanın ana baba için beklenebilir olmasındaki bir diğer kriter de ana baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkilerdir. Şüphesiz TMK. m.328/II çerçevesinde nafaka yükümlülüğü altına girecek olan ana babanın ergin çocuğun aile hukukundan doğan *genel davranış yükümlülüklerini* ihlal etmemesini bekleme ve isteme hakkı vardır. Bu yükümlülükler en genel çerçevesi ile TMK. m.322 düzenlemesinde yer alan karşılıklı yardımlaşma, saygı ve anlayış gösterme ile ailenin onurunu gözetmektir. Yükümlülüklerin ihlali halinde ana babanın ergin çocuğa bakım ve eğitim desteği vermesi beklenemez. Aynı şekilde aşağıda da inceleneceği üzere, seçtiği eğitim için yeteneği olmayan veya gerekli ciddi çalışmayı sarf etmeyen, kendisinden beklenen makul bir süre içinde mesleki eğitimi tamamlamayan ergin çocuğa da ana babası nafaka vermekle yükümlü değildir.

İsviçre Hukukundaki güncel içtihatlarla göre; ana babanın eğitimi devam eden ergin çocuk karşısındaki bakım ve eğitim yükümlülüğü, koşulların ve bilhassa taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin bütününe bağlıdır⁷⁶. Ana baba ve çocuk arasında sadece çocuğa atfedilebilen davranışlarla kişisel ilişkinin kurulmaması olması da bakım ve eğitim nafakasının bütün olarak reddine sebep olabilir⁷⁷. Diğer yandan Yüksek Mahkemeye göre, “*haklı neden*” ile “*beklenebilir olma*” tespitinde hâkim, somut durum ve koşulları değerlendirerek karar vermelidir.

İsviçre Federal Mahkemesinin 09.04.2015 tarih ve TF 5A_137/2015 sayılı kararında; bir çocuğun boşanmış ebeveynine karşı genel davranış yükümlülüklerini ihlal eden hareketleri karşısında; boşanmanın çocukta doğurabileceği travmatik duygular ve yine boşanmadan kaynaklanabilecek gerginlikler de dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı kararda Federal Mahkeme ne babanın ne de oğlunun ilişkideki kopmadan tek başına sorumlu olmadığına; dolayısıyla sadece bir

okumaya yetecek durumdaysa, ana baba, çocuğun meslekî eğitimine ilişkin olması şartıyla çocuğun bu dönemdeki bakım ve eğitim giderlerini de karşılamak zorundadır. Buna karşılık, ana babanın ekonomik durumu ve malî gücü yeterli değilse, ergin çocuk ana babasından ayrı yaşamaya karar vermişse ve eğitim nafakası talep ediyorsa bunun sebep olduğu ek masrafları kendisi karşılamalıdır. Örneğin, ana babasının yaşadığı şehirde dilediği bölümü okuma imkânı olan bir çocuğun, buna rağmen şehir dışında bir üniversiteye kaydolmayı tercih etmesi gibi. Buna karşılık, çocuğun ana babasından ayrı yaşamayı haklı bir nedene dayanıyorsa, çocuğun ayrı yaşamamasından kaynaklı masrafları da karşılamalıdır. Örneğin, çocuğun okumak istediği bölümün ana babanın yaşadığı şehrin dışında bir yerde olması gibi.

⁷⁶ TF 5A_137/2015, 09.04.2015, c.5.1; TF 5A_64/2015, 02.04.2015, c.5.1.1. 40 ATF 111 II 411, c.2; ATF 113 II 374, c.2 et 4; ATF 117 II 127, c.3b; ATF 129 III 375, c.4.2. Ayrıca bkz. Cottier, s.87.

⁷⁷ Cottier, s.87, TF 5A_64/2015, 02.04.2015, c.5.1.1; ATF 113 II 374, c.2.

tarafın kusuruna dayanılamayacağına hükmetmiştir⁷⁸. Aralarındaki ilişkide yaşanan kopukluktan tek başına çocuk sorumlu olmadığı ve kendisine yükletilebilecek büyük bir hatası da bulunmadığı müddetçe, yaşanan durumun babanın bakım ve eğitim yükümlülüğünü yerine getirmemesi yönünde haklı bir gerekçe oluşturamayacağı da kararda vurgulanmaktadır. İsviçre doktrininde önceden de savunulan görüşlere paralel olarak gelişen bu içtihadın sonucu olarak, ergin çocuğun boşanma sonrası ebeveyninden biri ile ilişkisinin kopmasında sadece ona yükletilebilecek bir kusurun varlığının düşünülmemesi görüşü benimsenmektedir⁷⁹. Diğer yandan küçük ile ana baba arasında kişisel ilişkiler değerlendirildiğinde küçükün yaptığı davranışların gelecekte ayırt etme gücüne sahip ergin olduğunda bakım ve eğitim yükümlülüğünü kaybetme tehlikesi yaratmaması da gerekir. Bu sebeple anılan kararda; ergin çocuğun küçüklük döneminde yaptığı davranışlardan değil ancak erginlik dönemi sonrası tutum ve davranışlarından sorumlu olabileceği bizce de haklı olarak kabul edilmektedir. Şüphesiz ki ana babasına saygı göstermeyen ergin çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin ebeveyni tarafından karşılanması zorunluluğundan bahsedilemez. Ancak bu değerlendirmeler yapılırken çocuğun sahip olduğu tüm haklarından mahrum bırakılmaması adına sorumluluğun daha dar yorumlanması gerekir⁸⁰.

⁷⁸ Cottier, s.87. Ayrıca bkz. Fountoulakis/Khalfi/Moos/Zufferey, s.320-321.

⁷⁹ Meier/Stettler, n.1216, Cottier, s.87-88. Aslında bu karar İsviçre boşanma hukukunda, bakım ve eğitim yükümlülüğü ile kusuru birbirinden ayıran revizyonlara da uygundur. Bununla birlikte Federal mahkeme kusur kavramından tamamen vazgeçmemektedir. Basel kantonunda verilen bir başka kararda, baba ile kızı arasındaki ortak kusur sebebiyle katkıda indirimle gidilmiş ve karar Federal Mahkeme tarafından eleştirilmemiştir. TF 5A_179/2015, 29.05.2015, RMA2015 s.431 Federal mahkeme böylece bu noktaya kadar ucu açık olan sorunu da çözüme ulaştırmıştır: ortak kusur durumunda nafakada indirimin kabul edilebilirliği. Cottier ise bu kararı boşanma ve ayrılık sonrası karmaşılaşan ilişkilerdeki dinamikler düşünüldüğünde, ailedeki böylesi bir dağılma anında aile üyelerinin sorumluluklarına değer kazandırmayı tercih etmenin doğru olmadığı görüşü ile eleştirmektedir. Yazara göre; “Bu karar bazı genç erginleri, diğerleri hayatlarının o bölümünü kapatmışken kendi acı çocuklukları ile karşı karşıya getirebilmektedir. Aile toplumun özel ve ayrıcalıklarla korunan bir grubu olsa da eşit davranma konusunda hali hazırda bazı sorunlar doğabilmektedir. Zira çocuğun yüksek eğitimine devam etmesi için gereken yükümlülükler ana babanın yerine getirmek zorunda kılındığı yardım nafakası değil genel yükümlülüklerdir. Ayrıca ailenin yüksek gelire sahip olması da tek bir sebep olarak çocuğa ana babasından burs almak hakkı kazandırmamalıdır.” Cottier, s.88.

⁸⁰ Örnek Federal Mahkeme kararı olarak bkz. 7 Şubat 2017 tarihli TF 5A_442/2016 et 5A_443_2016 c.4.1; 29 Mayıs 2015 tarihli 5A_179/2015 c.3.1; 9 Nisan 2015 tarihli 5A_137/2015 c.5.2; 2 Nisan 2015 tarihli 5A_64/2015 c.3 et c.5.2. İsviçre Hukukunda *Rumo-Jungo*, *Meyer* gibi kimi yazarlar boşanma durumunda bakım yükümlülüğünün ancak mal rejimi tasfiyesinde hâkime tanınan takdir yetkisi ve İMK.m.125/3 hükmü uyarınca reddedilebileceği görüşündedir. Bununla birlikte Meier İMK.m.123/3 hükmünün dar yorumlanmasının nafaka yükümlüsü ebeveynleri yeterince korumayacağı görüşünde olup; içtihatlarda karşılaşılan ergin çocuğun yaşının 18-22 yaş aralığında bulunmasına göre yapılan orantılanmaların ve farklılıkların mümkün olduğu görüşündedir. Meier, s.4, n.31, dipn.123.

Diğer yandan, ergin çocuğun ana babası ile var olan ilişkisini sürdürmek ya da iletişim kurmak istememesi haklı sebeplere dayanıyorsa artık saygı yükümlülüğünün ihlalden söz edilemez. Tıpkı çocuğun haysiyetsiz yaşam süren veya kendisine şiddet uygulayan ana babasıyla kişisel ilişki kurmak istememesi durumlarında olduğu gibi.

C. NAFAKANIN SÜRESİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere nafakanın mesleki eğitim süresi boyunca verilmesi gerekir. Bununla birlikte kanun koyucu ana babanın yükümlülüğünü kesin ve belirli bir süreye ya da yaşa bağlı olarak düzenlememiştir⁸¹. Beklenen ve olağan olan ergin çocuğun mesleki eğitimini makul süre içinde tamamlamasıdır. *İsviçre Federal Mahkemesi* de kararlarında “bakım ve eğitim yükümlülüğü yönünden kanunun zamanını boşa harcayan bir öğrenciye seyirci kalamayacağını; çocuğun yeteneklerine uygun mesleki eğitimi kazanabilmesi için ilgisinin, alakasının, çalışma azminin belirleyici önem taşıdığını; bununla birlikte zaman zaman göstereceği başarısızlıklar ile bu başarısızlıklara bağlı eğitim süresinde gecikmeler yaşanabileceğini; ancak esas olanın çocuğun gösterdiği sorumluluk olduğunu” vurgulamaktadır⁸².

Çocuğun eğitimini kendi kusuruyla uzattığı hallerde, ana baba nafaka yükümlülüğü altında değildir⁸³. Bunun yanında eğitime verilen geçici aralar, başarısızlıklar veya kısa kesintiler ana baba yönünden nafaka yükümlülüğünü sona erdirmez⁸⁴. Bilhassa eğitime sağlık problemleri, askerlik gibi çocuğa yükletilemeyecek olan haklı sebeplerle verilen aralarda yükümlülüğün devamı esastır⁸⁵. Hatta bu konuda *İsviçre Federal Mahkemesinin* temel eğitimi

⁸¹ Yaş sınırı ile ilgili olarak Serozan, yaş sınırını yirmi yedi olarak belirlerken; (Serozan, s.163); bazı yazarlara göre ise 5510 sayılı Kanunu'nun 34.maddesi kıyasen uygulanmalı ve yirmi beş yaş sınırı esas alınmalıdır. Baygın, s.123; Öztan, s.1060; Birinci, s.96. *İsviçre Hukukunda ise* güncel kanun değişiklikleri sırasında yaş sınırının 25 olarak sabitlenmesi yönünde teklifler yapılmış ancak sosyal bir yükümlülüğünden doğan hakkın kazanımı bakımından bu tür bir üst sınır belirlemenin doğru olmadığı görüşü baskın gelmiştir. Bu yönde bir yaş sınırı belirlenerek yükümlülüğün kaldırılmasının devlete getireceği ekonomik yük de dikkate alınarak yapılan eleştiriler de olmuştur. Meier/Settler, N.1194, Piotet, N.13 Ayrıca bu konuda bkz. ATF 130 V 237 c.3.2; ATF 117 II 127 c.3b, JdT 1992 I 285; ATF 114 II 205 c.3b; Meier, s.4, n.29-30.

⁸² Bkz. 25 Ocak 2016 tarihli TF 5A_664/2015 c.2.1; 5 Aralık 2008 tarihli 5A_563/2008 c.4.1; 5 Mayıs 2004 tarihli 5C_40/2004 c.4.1; ayrıca ATF 114 II 205 c.3b s.; ATF 117 II 127 c.3b, JdT 1992 I 285. Meier, s.4.n.16.

⁸³ Akıntürk/Ateş, s.402.

⁸⁴ Nitekim Yargıtay, yerel mahkemenin bu konuda tereddüt oluşturan “sırf bir okul dönemine mahsus” nafaka bağlanmasına dair hükümden bu ifadeyi çıkararak “olağan yüksek öğrenim süresi boyunca” şeklinde düzeltmiştir 3.HD. E.2010/4089, K.5645, T.1.4.2010, Köseoglu/ Kocağa, s.220. Çocuğun eğitiminin, hastalık, askerlik, vb. haklı görülebilecek bir nedenle kesintiye uğraması halinde de bu süreler eğitim süresinin sonuna eklenir. Dural/Öğüz/ Gümüş, s.324. Bu konuda ayrıca bkz. Piotet, N.11; Meier/Settler, N.1204.

⁸⁵ Bilhassa sağlık problemleri ile ilgili verilen aralar için bkz. Henriod, s.96. Bkz. 27 Mayıs

tamamlandıktan sonra oldukça iyi gelir sağlayan bir işte çalışmaya başlayarak eğitime ara veren çocuğun, kazanç sağlayan işini bırakıp mesleki eğitime devam etmek istediği bir olayda İMK.m.277/II'nin (TMK.m.328/II) uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir⁸⁶. Bununla birlikte, çocuğun eğitime ara vermesi, herhangi bir haklı sebebe dayanmıyor ya da çocuğun ara verdiği eğitime devam ettiği takdirde bunu tamamlaması olası gözüküyor ise, ana babanın eğitim sağlama yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilebilir⁸⁷. Diğer yandan çocuğun, bu arada kazanç getirici bir faaliyette bulunmuş olması da ana babanın eğitim yükümlülüğünü sona erdirmeyecektir. Ancak ergin çocuğun eğitime uzun bir süre devam etmemesi halinde, geçen sürenin mesleki eğitimin devam edeceği yönünde yaratacağı şüphe de dikkate alınarak çocuğun eğitimini sona erdirdiği hususunda zımnî iradesinin varlığı kabul edilir⁸⁸.

Çocuğun meslekî eğitiminin tamamlanmasıyla ana babanın çocuğa bakma ve nafaka ödeme yükümlülüğü de sona erer. Hâkimin nafakaya hükmederken eğitim süresiyle sınırladığı durumlar dışında nafakanın kaldırılması talebinin de yine dava yoluyla hâkimden talep edilmesi gerekir. (TMK m.331) Bu imkân yükümlülük şartlarında zamanla ortaya çıkan değişiklikler için de mümkündür. Hâkim tarafından sürenin tespitinde esas alınan “*çocuğun uygun mesleki eğitimini tamamlaması*” olup; eğitimini tamamlayan çocuğun bir işte çalışmaya başlaması ya da başlayamaması değerlendirmede ayrıca önem arz etmez.

D. ÖNCELİK KURALLARI

Türk Medeni Kanunu ergin çocuğun bakım ve eğitim yükümlülüğü ile eşlerin karşılıklı bakım yükümlülüğü ya da küçük çocuğun bakım yükümlülüğü çatıştığında öncelik ilkeleriyle ilgili özel bir düzenleme içermemektedir. İsviçre Hukuku yönünden ise 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren son değişiklikle birlikte Kanuna eklenen 276a maddesi küçük çocuğun bakım yükümlülüğü ile ilgili *öncelik ilkesini* açıkça metne almıştır⁸⁹. Bu yeni düzenlemeye göre “*ergin*

2017 tarihli Federal Mahkeme kararı: TF 5A_776/2016, c.5.4.

⁸⁶ ATF 107 II 406 c. 2a, JdT 1983 I 511; ATF 118 II 97 c.4a, JdT 1994 I 341. Ayrıca 25 Ocak 2016 tarihli TF 5A_664/2015c. 2.1. Bu konuda ayrıca bkz. Meier, s.4, n.10-11.

⁸⁷ Henriod, s.94. Aksi yönde bkz. Öztan, s.621. Lise öğrenimine ara veren, evlenip boşanan ergin çocuğun lise eğitime devam etmek için nafaka talep edemeyeceği yönünde bk. Ruhi, s.151 dn.56: Yargıtay 3.HD. T.14.06.2004 6816/6537 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Sonat, s.256-257.

⁸⁸ Türkmen, s.2741.

⁸⁹ İsviçre’de madde değişikliği sırasında yapılan çalışmalarda hem küçük hem de ergin çocuk yönünden ana babanın yükümlülüğünün eşitlik ilkesi üzerine oturtulması da teklif edilmiş; öneri ergin çocuğun yarı zamanlı bir işte çalışma, burs başvurularında bulunma ve dolayısıyla kendi bakımını üstlenebilme imkanları varken küçük çocuğun tamamen ana babaya bağlı bulunması sebepleri ile kabul görmemiştir. Kaldı ki zaten hüküm emredici değildir. Bu konuda ayrıca bkz. Guillod, Olivier; Patrimoine de la famille Entretien, Régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, 2016, Menus propos sur l’entretien de la

olmayan çocuğa ait bakım yükümlülüğü, aile hukuku kapsamındaki diğer bakım yükümlülüklerinden önceliklidir; ancak haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim, bilhassa bakım katkısı hakkına sahip ergin çocuğa zarar vermekten kaçınmak adına aksine hükmedebilir.” Doğrudan hâkimin takdir yetkisine yapılan bu atıf ile (TMK m.4; İMK.m.4) aslında kuralın aksinin düzenlenmesinden çok hâkim tarafından menfaat dengelerine uygun bir çözüm yaratılabilmesine imkân sağlanmaktadır⁹⁰. Örneğin küçük ve ergin çocukların yaşları birbirine çok yakın olduğunda ya da ergin çocuğun bir sakatlığı bulunduğu durumlarda hâkim bu tür bir değerlendirmeye gidebilir⁹¹.

Yukarıda da açıklandığı üzere küçük çocuğun eğitimi için ana babadan beklenen katkı ile ergin çocuğun eğitimi için beklenen katkı aynı değildir. Zira küçüğün bakım ihtiyacı aslında “hayati ve temel ihtiyaçlarından” kaynaklanırken, ergin çocuk yönünden ihtiyaç duyulan eğitim desteği aynı öncelikte yaşamsal bir desteği içermez. Kaldı ki TMK.m.326 uyarınca küçük çocuk yönünden bakım yükümlülüğü kişisel ilişkinin varlığına ve niteliğine bağlı olmaksızın ana babaya karşı aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerini ihlal etse dahi, devam eden bir yükümlülüktür. Bu sebeple her iki yükümlülüğün çatıştığı durumlarda önceliğin küçüğe ait yükümlülükten yana kullanılması hayatın olağan akışı içinde anlamlı olmakla birlikte; hâkim tarafından mutlaka her somut olayın özel olarak değerlendirilmesi de gerekir.

Eşler arasında var olan bakım yükümlülüğü ile ergin çocuğun yükümlülüğü yarıştığında ise eşlerin karşılıklı bakım yükümlülüğünün ergin çocuğun nafaka talebi karşısında önceliği bulunduğu kabul edilmektedir⁹². İsviçre Federal Mahkemesi *ergin çocuğun bakım masraflarının, eşlerin asgari ve zorunlu ihtiyaçları dikkate alınmadan değerlendirilemeyeceğine* kararlarında açık bir dille yer vermektedir⁹³. Bununla birlikte, çocuğun evlenmesinin tek başına ana babayı bakım ve eğitim yükümlülüğünden kurtarmayacağı, halihazırda ödenen bir nafaka varsa katkı payının eşin ekonomik kaynaklarına göre yeniden değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla evliliğin anne ve babaları yükümlülükten kurtaran doğal ve tabi bir sebep gibi görülemeyeceği görüşü baskın olarak kabul görmektedir⁹⁴.

famille après la fin de l’union, s.169-170.

⁹⁰ İMK.m.276a metinde hakimin takdir yetkisine göndermede bulunulurken alışılmış terminolojiden farklı olarak “*des cas düment motivés/in begründeten Fällen*” kavramları kullanılmıştır. Kanun dili olarak *haklı sebep, yasal gerekçe, önemli sebep* gibi kavramlar yerine ilk olarak İMK.m.160/3 hükmünde kullanılan bu terimin tekrarlanması terminoloji birliğine gösterilmesi gereken dikkat yönünde eleştiriler de almıştır. Meier, s.4, n.19.

⁹¹ Örnekler için bkz. Meier, s.4, n.19-20.

⁹² ATF 132 III 209 c.2.3, JdT 2006 I 95; Meier/Stettler (n. 5), N.1063. Ayrıca bkz. 3 Şubat 2015 tarihli TF 5A_823/2014 c.5.4; 29 Mart 2016 tarihli 5A_36/2016, c.3, Meier, s.4, n.20.

⁹³ ATF 132 III 209 c.2.3, JdT 2006 I 95. Bu konuda bkz. Meier, s.4, n.21.

⁹⁴ Piotet, N.18; Meier/Stettler (n. 5), N.1213. Örn. bkz. ATF 128 III 161, JdT 2002 I 472, 23

E. NAFKA DAVASI ve DAVANIN TARAFLARI

Ana babaya ait bakım yükümlülüğünün ergin çocuk yönünden nafaka borcuna dönüştüğü durumlarda talebin dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir. *Nafaka alacaklısı* olan ergin çocuk mesleki eğitimi tamamlamamış olmak şartı ile ana babasının en az birinden nafaka talebinde bulunabilir. Dolayısıyla dava hakkı nafaka alacaklısı konumundaki ergin çocuğun bizzat kendisine aittir⁹⁵. Ergin çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olup, tam ehliyetli olmasına gerek yoktur. (TMK m.329/III) Sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan ergin çocuk yönünden yasal temsilcinin çocuk adına dava açma hakkının bulunduğundan söz edilebilir.

Çocuğun nafaka talep edebilmesi için ana ve/veya babayla bir soybağı ilişkisi bulunması gerekmele birlikte⁹⁶ soybağının hangi yolla kurulduğu nafaka yönünden bir değişiklik yaratmaz. Bu sebeple mesleki eğitimi devam eden evlat edinilen çocuk için de nafaka imkânı bulunur. Zira evlat edinme ile ana babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edinene geçmekte olup (TMK m.314/1) biyolojik ana babanın yükümlülükleri evlat edinenin eğitim masraflarını karşılayamadığı durumlarda tali olarak doğar⁹⁷. Diğer yandan eğitimi devam eden ergin çocuğa destek veren ana ya da babadan birinin, diğer ebeveyne karşı bu davayı açma hakkı yoktur⁹⁸.

TMK.m.328/II çerçevesinde nafakanın erginlik öncesi dönemde talep edilmesinin mümkün olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar erginlikten önceki dönemde nafakaya hükmedilmesi için açılacak davanın türü ve bu davada dava hakkının kime ait olduğu hususları ile ilgili olarak, nafaka yükümlüsü ana baba arasında devam eden bir boşanma veya ayrılık davasının mevcut olup olmamasına göre farklılık gösterir. Zira bilindiği üzere devam eden bir boşanma veya ayrılık davasında ana babanın çocuğa karşı yükümlü olduğu nafakaya, boşanma veya ayrılık hükmünün bir ferisi olarak iştirak nafakası adı altında hükmedilirken; ana baba arasında devam eden bir boşanma veya ayrılık davası söz konusu değil ise, nafaka talebinin bağımsız bir dava ile ileri sürülmesi gerekir.

Erginlikten önce açılan boşanma veya ayrılık davası bulunmadan bağımsız bir dava ile TMK.m.328/II kapsamında nafaka talebinde bulunulup bulunulamayacağı hususu kanunda açıkça hükme alınmamıştır. Maddenin dar yorumlanması halinde, nafakanın maddi şartı olan erginlik gerçekleşmediğinden

Temmuz 2003 tarihli TF 5P_29. Meier, n.4, n.28.

⁹⁵ Stettler, s.142; Stettler/Meier, N.654.

⁹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.323.

⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.309; Öztan, s.457.

⁹⁸ Örnek olarak bkz. Yargıtay 2.HD., 23.1.2007, 12505/233: “Annenin, ergin çocuk adına (eğitimi devam ediyor olsa bile) nafaka talep etme hakkı bulunmamaktadır”. Yine Yargıtay 2.HD., 22.10.2013, 10251/23928:”. Yargıtay 2.HD., 15.5.2014, 9081/11344.

bu imkân bulunmayacaktır. Bununla birlikte doktrinde genel olarak kabul edilen görüş; maddenin geniş yorumlanması ve çocuğun üstün menfaati ilkesi ile TMK.m.329 uyarınca erginlikten önce açılan nafaka davasında çocuk ergin olduktan sonra devam edecek veya doğrudan doğruya erginlik anından itibaren başlayacak şekilde nafakaya hükmedilebileceği yönündedir⁹⁹. Burada çocuğun genel ve mesleki eğitim sürecinin (TMK m.340) erginlik anında tamamlanamayacağını hüküm anında öngörülebilir olması gerekli ve yeterlidir¹⁰⁰. Şüphesiz ki bu değerlendirmede çocuğun eğitim hayatında gösterdiği tutarlılık ve başarı ile erginlikten sonra da eğitimine devam etmek yönündeki isteği dikkate alınmalıdır¹⁰¹.

Diğer yandan bilindiği üzere boşanma veya ayrılık davalarında velayet hakkı kendisine bırakılmayan eşin çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katkı yükümlülüğü TMK.m.327 kapsamında *iştirak nafakası* ile karşılanmaktadır¹⁰². İştirak nafakasının velayet ilişkisine olan bu bağlılığı sebebiyle boşanma veya ayrılık davası ile ve çocuğun ergin olmasından önce açılması gerekir. Zira çocuğun erginliği ile birlikte velayet de sona erer. Küçük çocuk için ödenen iştirak nafakasının, çocuğun ergin olması halinde, kendiliğinden eğitim nafakasına dönüşmesi ve devam etmesi ise mümkün değildir¹⁰³. Bununla birlikte ergin olmadan önce açılan ayrılık veya boşanma davasında hâkimin resen veya talep üzerine TMK.m.328/II uyarınca erginlikten sonraki döneme ilişkin nafakaya hükmedip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Zira “*boşanma davasında hâkim tarafından çocuğun erginliğinden sonraki döneme ilişkin olarak da eşin katkı payının belirlenebileceğini*” hükme bağlayan İMK.m.133’e benzer bir düzenleme Türk Medeni Kanunu’nda yer almaz¹⁰⁴.

⁹⁹ Stettler, s.143; Meier/Stettler, N.657; Piotet, N.22. Ayrıca bkz. Fountoulakis/Khalifi/Moos/Zufferey, s.320-321.

¹⁰⁰ Piotet, N.22. Meier, s.31. Erginlikten önce açılan bu tür bir davada dava açma hakkı ayırtedme gücüne sahip küçüğün kendisine ait olmalıdır. (TMK.m.329) Akıntürk/Ateş, s.402; Dural/Öğüz/Gümüş, s.338; Baygın, s.123; Ruhi, s.137. İsviçre Hukuku yönünden madde hükmü dava hakkının sadece çocuğa ait olduğu ile sınırlı tutulduğundan bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bkz. Meier/Stettler, N.1022.

¹⁰¹ Fountoulakis/Khalifi/Moos/Zufferey, s.320; Meier, s.32,33, n.61 vd.

¹⁰² Akıntürk/Ateş, s.316; Öztan, s.756 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s.144; Ruhi, s.108.

¹⁰³ Türk Hukuku yönünden örnek olarak bkz. Yargıtay 2.HD., 17.2.2016, 447/2843 sayılı kararında iştirak nafakasının ayrıca bir mahkeme kararı olmaksızın çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden ortadan kalktığı; eğitimi devam eden ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, mutlaka ergin çocuk tarafından bir nafaka davası açılmış olması gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s.492; Olgaç, S.Can, “*Ergin Olup da Eğitimine Devam Eden Çocuk Lehine İştirak Nafakasının Devamı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme*”, Terazi Hukuk Dergisi, S.73, 2012, s.24-29. İsviçre Hukuku yönünden bkz. Meier/Stettler, N.1036.

¹⁰⁴ Meier/Stettler, N.65. 30 Ağustos 2017 tarihli bir Federal mahkeme kararında, çocuğun küçüklüğünde belirlenen ve nafaka yükümlüsünün kazancına artış oranı olmadan bağlanan nafaka için, erginliğe geçişte hemen son verilmesine gerek olmadığı; nafaka yükümlüsünün

Bu konuda ilk görüş, iştirak nafakası yükümlülüğünün çocuğun ergin olması ile birlikte kendiliğinden ortadan kalktığı; bu sebeple ergin olma tarihini aşacak şekilde iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği, erginlik sonrası bizzat çocuk tarafından ayrı ve bağımsız bir dava açılması gerektiği yönünde olup, bazı Yargıtay kararları da bu doğrultudadır¹⁰⁵. İkinci görüş ise, her ne kadar iştirak nafakası erginlik ile birlikte kendiliğinden sona erse de çocuğun erginlik sonrası eğitimine devam edeceği öngörülebiliyor ise, eğitimin normal tamamlanma süresi ile sınırlı olmak kaydı ile, erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedilebileceği yönündedir¹⁰⁶. Yargıtay'ın bu yönde de kararları mevcuttur¹⁰⁷. Bizce bu noktada öncelikle iştirak nafakası ile TMK.m.328/II kapsamındaki eğitim nafakasının birbirinden farklı olduğunun altını çizmek gerekir. Her ne kadar iki nafaka da bakım nafakası olarak kabul edilse de iştirak nafakasının erginlikle birlikte devam edemeyecek olması ve çocuğun aldığı eğitime bağlı olmaması gibi önemli farklılıkları vardır. En temel ve esaslı farklılık ise nafaka alacaklısı yönünden ortaya çıkar. Zira iştirak nafakasında nafaka alacaklısı, velayet kendisine bırakılan eş olup küçük çocuğun talebine bağlı bulunmaksızın hâkim tarafından resen dahi nafakaya hükmedilebilir¹⁰⁸. Buna karşılık eğitim nafakasında nafaka alacaklısı eğitimi devam eden ergin çocuktur ve hâkim tarafından resen nafakaya hükmedilemez. Yine eğitim nafakasında iştirak nafakasından farklı olarak ergin çocuk ile ana baba arasındaki kişisel ilişkiler, çocuğun kendi malları ve gelirin bulunması

ödeme gücünün yeniden hesaplanmasını talep edeceği durumlar geldiğinde (İMK.m.286) dikkate alınması gerektiğine hükmedilmiştir. 30 Ağustos 2017 tarihli TF 5A_119/2017 c.8. Bu karar, nafakanın bağlandığı zamana bağlı olarak çocuklar arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Zira kanun koyucu zaten küçük çocuğu daha avantajlı şartlarla korumakta iken bir de nafakanın bağlandığı an itibarıyla de ayrıcalık tanımak doğru değildir. Meier, s.4, n.24. *Fountoulakis/Khalifi./Moos/Zufferey* ise TF, 29.08.2013, ATF 139 III 401 (5A_808/2012), kararına göndermede bulunarak erginlik öncesi verilen bu tür bir hâkim kararının çocukta ileriki dönemde mesleki eğitimi yönünden güven oluşturduğu fikrindedir. *Fountoulakis/Khalifi/Moos/Zufferey*, s.320-321.

¹⁰⁵ Bu noktadan sonra talep edilen nafakanın yardım nafakası olduğu hakkında bkz. Ruhi s.165; Öztan, s.475. Örnek Yargıtay kararları için bkz. YHGK'nun 31.01.1962, 2/44-12 sayılı kararı için bk. Bozovalı, s.59 vd. Bkz. 2.HD. 08.03.2002, 2130/3242; 2.HD. 17.09.2003 10282/11461. Sonat, s.282.

¹⁰⁶ Bozovalı, s.61; Sonat, s.282. Karşı yönde bkz. Dural/Öğü /Gümüş, N.767; Olgaç, s.26. İsviçre hukukunda konunun İMK.m.133/I hükmü ile düzenlenmesinden önceki dönemde bu konudaki tartışmalar için bk. Stettler, s.146

¹⁰⁷ Çocuğun eğitimi devam ediyor ise, iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünün de devam edeceği, ergin çocuğun ayrı bir dava açmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. 3.HD. 15.02.2011, E.2010/22576, K.2011/1865: "... 328/II hükmüne göre, ana babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına rağmen eğitimi devam ettiği takdirde kalkmamakta devam etmektedir. Çocuğun MK 364. maddesi uyarınca ayrı dava açmasına lüzum yoktur. Sonat, s.282, dipn.174.

¹⁰⁸ Akıntürk/Ateş, s.316; Öztan, s.759; Tutumlu, s.367-368; Türkmen, s.2752.

gibi hususlar da nafakanın takdirinde önem arz eder. Aynı yönde olmak üzere, kimi Yargıtay kararlarında iştirak nafakasının çocuğun ergin olması ile birlikte yardım nafakası olarak devam edeceği yönündeki görüş de yukarıda açıklandığı üzere nafaka alacaklısındaki farklılıklar ve TMK.m.328/II'nin yardım nafakası olmaması sebepleri ile yine isabetli değildir¹⁰⁹. Kaldı ki eğitim nafakasının iştirak nafakası ve yardım nafakası ile olan temel farklılıkları da dikkate alındığında; küçük çocuk için ödenen iştirak nafakasının, çocuğun ergin olması halinde, kendiliğinden eğitim nafakasına dönüşmesi ve devam etmesi bizce de mümkün değildir.

Nafaka yükümlüsü, eğitimi devam eden ergin çocuğa bakmakla yükümlü olan ana veya babadan biri veya her ikisidir. Eğitimine devam eden ergin çocuk, bu davayı, ana veya babadan yalnızca birine karşı açılabilir. Açılan nafaka davasında davacı ergin çocuğun ispat etmesi gereken husus, eğitiminin devam ettiği olup, ayrıca nafaka ödemesinin ana veya babadan beklenebilir olduğunun ispatına gerek yoktur¹¹⁰. Beklenebilir olma konusunda ispat nafaka yükümlüsü ana baba yönünden önem taşır. Nafaka davasında ödeme gücü esas alınacağından durum ve şartlara göre ana babadan birinin ödeme gücünün bulunmaması diğerinin tek başına yükümlülüğü yerine getirmesi sonucu doğurabilir. Tekrar belirtmek gerekir ki nafaka yükümlülüğü yönünden ana babanın evli olmalarının ya da çocukla birlikte ortak bir hayat sürmelerinin ve hatta velayet hakkına sahip olmalarının bir önemi yoktur. Bununla birlikte ergin çocuğun ebeveynlerden biri ile birlikte yaşıyor olması, yanında yaşadığı ana babanın nafaka ödemesi gerekip gerekmediği ya da miktarı yönünden hâkim tarafından ayrıca değerlendirilir. Zira çocuğun ana veya babadan biri ile birlikte yaşadığı durumlarda genellikle çocuğun bakımı da karşılanmaktadır.

Üvey ana babanın ise doğrudan nafaka yükümlülüğü bulunmamakta, TMK.m.338 uyarınca üvey çocuklara göstermesi gereken özen, ilgi ve yardım yükümlülüğü ise kanun koyucu tarafından küçük çocuklar ile sınırlandırılmaktadır. Her ne kadar ergin çocuk yönünden öncelikli ve asli nafaka yükümlüsü soybağı ilişkisi içinde bulunduğu ebeveynleri olsa da; bizim de katıldığımız görüşe göre, çocuğun soybağı ile bağlı olduğu ana babadan birinin ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da küçük çocuk yönünden üvey ana babanın yükümlülüklerini karşılamış olması ve erginlik sonrası diğer eşin tek başına bakım ve eğitim yükümlülüklerini karşılayabilecek durumda bulunmaması gibi hallerde eşlerin dayanışma yükümlülüğü çerçevesinde eğitim desteği talep edilebilmelidir¹¹¹.

¹⁰⁹ Feyzioğlu, s.390; Tekinay, s.280-281, dpn. 55; Akıntürk/Ateş, s.317; Dural/Öğüz/Gümüş, s.141; Öztan, s.366; Ruhi, s.73; Türkmen, s.2753-2754.

¹¹⁰ Türkmen, s.2738.

¹¹¹ Akyüz, bu yükümlülüğün, bakım ve eğitim giderlerine katkı şeklinde olduğunu, ancak

Dava kanun koyucu tarafından çocuğun eğitim süresi içinde talep edilebilir kılınmış olup ayrıca herhangi bir süre şartına bağlı tutulmamıştır. Bu sebeple ergin çocuk eğitimi sona erene kadar davayı açabilir ve hâkim tarafından karar, dava tarihindeki şartlar esas alınarak kurulur. Bu davada, görevli mahkeme, aile mahkemesidir; genel yetki kuralı uyarınca yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri mahkemesidir.

F. NAFAKANIN KAPSAMI VE MİKTARI

TMK m. 328/II, eğitimi devam eden ergin çocuğa bakma yükümlülüğünü öngörürken, TMK. m.327 düzenlemesi çerçevesinde ana babanın bakım borcu; çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli bütün giderleri içine alır. Bakım yükümlülüğünün kapsamına; yiyecek, giyecek, barınma, eğitim ve öğrenim giderleri ile tedavi, sağlık, ulaşım, dinlenme, eğlence, kültürel gereksinimler, boş zamanları değerlendirme ve cep harçlığı da girer¹¹². Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli ve zorunlu olmayan, lüks sayılabilecek giderler için nafaka isteminde bulunulamaz¹¹³.

Hâkim nafaka miktarını belirlerken, TMK.m.330'da yer alan üç kriteri dikkate almak zorundadır. Bunlardan biri çocuk ile, diğer ikisi ise nafaka yükümlüsü ana baba ile ilgilidir. Buna göre nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları ile kendisine dava açılan ana ve/veya babanın hayat şartları ve ödeme güçleri göz önünde bulundurularak belirlenir. (TMK m.330/I)

Davacı ergin çocuk yönünden, çocuğun ihtiyaçları dikkate alınırken varsa geliri de hâkim tarafından değerlendirilir. Bakım ve eğitim giderleri bakımından yapılan hesaplamalarda hâkim çocuğun öğrenimini sürdürebilmesi için gerekli olan vasıtaları sağlamaya yetecek miktarda nafakaya hükmederken çocuğun yaşı, eğitim ve sağlık durumu, yaşam şekli de takdir yetkisi kapsamındadır¹¹⁴.

Ana babanın hayat şartları, onların çalışma imkanları, sağlık durumları, bulundukları sosyal durum, ülkenin ekonomik gerçekleri ve günümüzün geçim şartları da göz önünde bulundurularak belirlenir. Ödeme güçleri ise daha dikkatle incelenmesi gereken ölçüttür. Zira hâkimin belirleyeceği nafaka

gerçek ana veya babanın çocuğa bakamaması halinde söz konusu olduğunu ifade etmektedir (s.196-197). Ancak bu durumda da çocuğun üvey ana babasıyla olan kişisel ilişkileri dikkate alınmalıdır. Bunun dışındaki durumlarda kural olarak üvey ana babanın eğitim nafakası ödeme yükümlülüğü olmamalıdır. Ancak, bu durumda bile eşler arasında dayanışma yükümlülüğü (TMK m. 185/III) uyarınca üvey ana baba, diğer eşe yardım etmek suretiyle dolaylı olarak zaten ergin çocuğun eğitime katkıda bulunmaktadırlar. Türkmen, s.2749.

¹¹² Baygın, s.121; Akıntürk/Ateş, s.402; Köprülü/Kaneti, s.199; Bozovalı, s.45.

¹¹³ Akıntürk/Ateş, s.402.

¹¹⁴ Çocuğun ücretli özel bir eğitim kurumunda öğrenim görüyor olması, yetenekleri doğrultusunda özel bir eğitim alması gibi faktörler nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Örneğin, ana baba özel yeteneği nedeniyle konservatuvarda öğrenim görmek isteyen çocuğuna bakmak ve eğitimi sağlamakla yükümlüdür. Baygın, s.126.

miktari, nafaka ödeyecek ana ve/veya babanın da zarurete düşmesine, yaşam biçiminin esaslı surette değişmesine, ekonomik varlığının tehlikeye girmesine ve geçim düzeyinin nafaka alacaklısı çocuktan kötü duruma düşmesine sebebiyet vermemelidir¹¹⁵. Hâkim tarafından yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere beklenebilir olma değerlendirmesi yapılırken ana baba çocuğun giderlerine eşit olarak değil, güçleri oranında katılmak zorundadırlar. Çocuğun ana babadan birinin yanında yaşayarak eğitimi sürdürmesi halinde çocuğun birlikte yaşadığı ana babanın yaptığı doğal bakım masrafları da dikkate alınarak, diğer ebeveynin katkı miktarı hesaplanır¹¹⁶.

Ergin çocuğun tamamen ya da kısmen ekonomik özgürlüğe sahip olup olmadığı da yine ana babanın nafaka yükümlülüğü yönünden önem arz eder. Bu sebeple *bilhassa ergin çocuğun aldığı eğitime paralel kazanç sağlayıcı davranışlarda bulunabilecek olmasının, küçüklükte kazandığı mallarının, sosyal güvenlik ödemelerinin, karşılıksız kazandırmaların ve anne babanın ekonomik durumundan bağımsız olarak verilen bursların da dikkate alınması gerekir*¹¹⁷. Aynı değerlendirme çocuğun kendi mallarının bakım ve eğitimi için yeterli olduğu haller için de geçerlidir. Genel kural ergin çocuğun malvarlığında yer alan sermaye değerlerinin, çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamında yer aldığı; malvarlığının geliri ve parasal nitelikli sermaye kısmı dışında kalan değerlerinin ise, bu kapsama dahil olmadıkları yönündedir¹¹⁸.

¹¹⁵ Ergenekon, s.93; Akıntürk/Ateş, s.402-403.

¹¹⁶ Çocuğun yanında kaldığı ana babanın sağladığı barınma, giyecek, yiyecek gibi doğal bakım giderleri, çocuğun toplam ihtiyaçlarına oranla, o ana veya babanın malî gücüne göre sağlaması gerekli miktardan az ise, bu durumda o taraftan da doğal bakım yanında parasal katkı yapması talep edilebilir veya böyle bir talep yok ise, diğer tarafın ödeyeceği nafaka miktarında bu durum göz önünde bulundurulur. Gençcan, s.671; Türkmen, s.2744. İsviçre Hukukunda evlilik birliği içinde bulunmayan ana/babanın bakım yükümlülüklerinin tespiti hakkında bkz. Guillo, s.171-175.

¹¹⁷ Çocuğun maddi kaynakları genellikle tüm masraflarını karşılamaya yetmediğinden ana babanın borcunu kısmen karşılamaktadır. Doğrudan madde kapsamında olmayan ve yükümlülüğü ikincil olan üvey ana baba ve büyük anne büyük baba yahut üçüncü kişilerin katkıları da bu değerlendirmelerde dikkate alınır. Diğer yandan özellikle burslarla ilgili bkz. 7 Şubat 2017 tarihli TF 5A_442/2016 et 5A_443/2016 c.4.4.4. Burslar genellikle ailenin ekonomik durumuna bağlı olarak verildiğinden ebeveynlerin ergin çocuğa bakım yükümlülüğü yönünde mahkeme kararı verildiğinde kesilebilmektedir. 12 Şubat 1998 tarihli TF 2P_95/1997 JAB 1998 385. Daha detaylı bilgi için bkz. Meier, s.4, n.26-27, dipn.101.

¹¹⁸ Henriod, s.133; Piotet, N.17. Çocuğun malvarlığından elde ettiği gelirlerin, kural olarak ergin çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamında kabul edilmesi gerekir. Zira öğretilde bu tür sermaye değerlerinin yedek nafaka niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun ergin olması, bu malvarlığı değerlerinin tahsis edildiği amaçlarda değişiklik yaratmaz. Keza, ergin çocuk, malvarlığına dahil olan, sermaye biçimindeki ödemeleri, tazminat ve benzeri parasal nitelikteki edimleri de, kendi bakım ve eğitim masrafları için sarf etmekle yükümlüdür. Bu durum, doğrudan doğruya çocuğun eğitiminin karşılanmasına yönelik yapılan parasal nitelikteki kazandırmalar bakımından evleviyetle kabul edilmelidir. Örneğin ana baba

Ergin çocuğun ana babanın yalnız birinden nafaka talebinde bulunduğu durumlarda; talepte bulunulan ebeveynin haklarını ve yetkilerini diğer ebeveynin hak ve yetkilerine oranla daha dengede kullanıp kullanmadığına bakmak gerekir. Zira böyle bir durumda diğer ebeveyn koşullara göre çocuğun bakımına nakdi edimler ile katkı sağlamak zorunda da tutulabilir. Kaldı ki zaten bu durum ebeveynliğin doğası gereği sahip olunan bakım ve eğitim yükümlülüğüne bağlı bir durumdur¹¹⁹. Ana babanın, her ne kadar TMK. m.327 uyarınca ortak bakım yükümlülükleri bulunsa da; TBK.m.162 ve devamı anlamında çocuk karşısında müteselsil bir borçluluklarının varlığından söz edilemez.¹²⁰ Burada önemli olan yargılama esnasında nafaka talebi ile karşılaşan ebeveynin diğer ebeveynin katkı ve yardım sağlayabileceği hususları açıkça belirterek bu sayede kendi maddi yükümlülüğünde indirim yapılmasını istemesidir. Aksi takdirde yükümlülüğü diğer ebeveynden bağımsız ve ayrı olarak hesaplanır¹²¹.

Nafaka her ay peşin olarak ödenir. Hâkim istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir (TMK m.330/II-III). Durumun değişmesi hâlinde hâkim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır (TMK m.331)¹²². Hâkimin nafakanın kaldırılması ya da yeniden belirlenmesi yönünde verdiği kararlar, bir önceki kararı düzeltme amacını değil, değişen yeni şartlara uygun karar verme amacını taşır¹²³.

SONUÇ

Soybağı kurulmuş olan çocuklar ile ana babaları arasında *velayete bağlı olmayan* bakım yükümlülükleri, çocuğun bakımı yanı sıra eğitimi ve korunması için gerekli olan masrafları da kapsar. Medeni Kanun ana babanın küçük

veya bir üçüncü kişi tarafından çocuğun eğitimini karşılamak üzere çocuk adına bir banka hesabına yatırılan paranın bu nitelikte bir edim teşkil etmesi gibi. Bkz. Henriod, s.133-135. Ayrıca Sonat, s.265-266.

¹¹⁹ Bu konuda örnek İsviçre Federal Mahkeme Kararları olarak bkz. 15 Mart 2016 tarihli TF 5A_643/2015, c. 7.1; 29 Mayıs 2015 tarihli 5A_179/2015 c. 6.1; 28 Haziran 2012 tarihli 5A_186/2012 c. 6.2.2; 18 Aralık 2008 tarihli 5A_685/2008, c. 3.2; 16 Ağustos 2007 tarihli 5A_57/2007, c. 6; 8 Kasım 2004 tarihli 5C_205/2004 c. 6.2. Meier, s.4, n.25.

¹²⁰ Meier/Stettler (n. 5), N.1214.

¹²¹ Bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin 29 Mayıs 2015 tarihli TF 5A_179/2015, c. 6.2. Meier, s.4, n. 25-26.

¹²² İsviçre Hukuku yönünden ergin çocuğa hükmedilen nafaka miktarının uyarlanması hakkında bkz. Meier, s.32, 37, 38; Guillod/Burgat, n.10, N 297. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin 2 Ekim 2013 tarihli TF 5'a_445/2012 c. 4.4 kararı.

¹²³ ATF 137 III 604 c. 4.1.1; ATF 131 III 189 c. 2.7.4, JdT 2005 I 324; ATF 120 II 177 c. 3'a, JdT 1997 I 315; 2 Temmuz 2018 tarihli TF 5A_788/2017 c. 5.1. Meier, s.32, n.74.

çocuklarına bakma yükümlülüklerini şarta bağlamaz iken; ergin çocuklar yönünden kural olarak böyle bir yükümlülük öngörmemiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun ergin çocuklar lehine iki istisna getirdiği görülür. Bunlardan ilki, eğitimi devam eden ergin çocuklara bakım yükümlülüğü (TMK m.328/II), diğeri ise, yardım etmedikleri takdirde yoksulluğa düşecek çocuklara nafaka ödeme yükümlülüğüdür (TMK m.364).

Çocuğun genel ve mesleki eğitimini düzenleyen TMK.m.340/II ile, ana babaya çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama zorunluluğu getiren TMK.m.327/I birlikte değerlendirildiğinde, aslında ana babanın yükümlülüğünün çocuğun sadece temel ihtiyaçlarının karşılanması ve genel bir eğitim verilmesi ile sınırlı olmadığı görülür. Mesleki eğitimi devam eden ergin çocuğa eğitimi sona erene kadar ana babanın desteğinin devam etmesi gerektiği yönünde düzenlenen TMK. m.328/II'nin ratio legisi de tam olarak bu noktada anlam bulur. Bu hükme göre; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler. Bu durum ana babanın sahip oldukları otoritelerinin ötesinde velayet sona erse dahi yerine getirmeleri gereken bakım ve eğitim yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Yargıtay kararlarında eğitime devam eden ergin çocuğa ödenen nafakanın hukuki sebebinin TMK m.364'e dayandırılarak yardım nafakası olarak kabul edildiği görülmektedir. Aslında bu durumun ilk sebebi Yüksek Mahkemenin Önceki Medeni Kanun zamanında var olan gerçek kanun boşluğunu TMK.m.328/II'nin doldurduğunu gözden kaçırması ve genel hüküm özel hüküm ayırımına rağmen yerleşik içtihatlarını sürdürmesidir. Bilindiği üzere *her nafaka ilişkisi temelini bir yükümlülükten alır*. Dolayısıyla nafakanın türü belirlenirken esas alınması gereken öncelikle kanun koyucunun hangi yükümlülüğü esas aldığını belirlemektir. Yükümlülüğün türü, niteliği ve kapsamı değerlendirildiğinde de ana babanın sahip olduğu bakım ve eğitim yükümlülüğünün sırf çocuğun ergin olması sebebiyle nitelik değiştirmesi beklenemez. Kaldı ki ergin çocuk yönünden bakım ve eğitim talebinin yardım nafakası olarak değerlendirilmesi durumunda nafakaya hükmedilebilmesi için “yoksulluğa düşme” şartının da aranması gerekeceği açıktır. Aynı şekilde çocuk için hükmedilen nafakanın eğitim masraflarını kapsamaktan ziyade, çocuğu yoksulluktan kurtaracak miktar ile sınırlı tutulması sonucu da doğuracaktır ki bu durum en başta TMK m.328/II hükmünün ratio legisine aykırıdır. Bakım nafakası niteliğindeki yükümlülüğün velayete değil soybağına bağlı kılınmış olması da *doğrudan doğruya kanundan doğan bir borç ilişkisi* yaratır. Ergin çocuğa eğitimi müddetince ana babası tarafından ödenmesi gereken bakım ve eğitim masrafları, çocuk yönünden yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması şartına bağlı değildir. Öte yandan bakım nafakası kanun gereği

yardım nafakasından önceliklidir ve ödeme gücü olan bakım nafaka yükümlüsü bulunduğu süreçte, tali nitelikteki yardım nafakasına başvurulamaz.

Ana babanın ergin çocuğa karşı bakım ve eğitim yükümlülüğünün devam edebilmesinin ön şartı çocuğun ergin olmasıdır. Bununla birlikte çocuğun ergin olduktan sonra devam ettiği ya da edeceği her türlü eğitim madde kapsamında değildir. Amaç çocuğun ergin olmadan önce başlayan genel ve meslekî eğitiminin, çocuk ergin olduktan sonra da devam ederek çocuğun eğilim ve yeteneklerine uygun biçimde geçimini ve ekonomik olarak kendilerine yetebilecek düzeyde meslek edinme imkânını sağlamaktır. Çocuğun aldığı eğitimin geçimi için gerekli ekonomik olanakları sağlamaya uygun olması gerekir. Bir mesleki eğitimin *uygunluk* değerlendirmesini yapabilmek için, çocuk tarafından tamamlanan eğitimin kendisine bazı alanlarda ekonomik özgürlük sağlaması tek başına yeterli olmaz; aynı zamanda yetenek ve eğilimlerine uygun düşmesi de beklenir. Ergin çocuğa nafaka ödenebilmesi için, çocuğun eğitime devam etmesinin yanı sıra, durum ve koşullara göre nafaka ödemenin ana babadan beklenebilir olması da gerekir. Beklenebilir olma ölçüsü somut durum ve koşullara göre değişken olup bu tespiti yapacak olan hâkimin geniş takdir yetkisi vardır. Hâkim değerlendirmesinde ana babanın ekonomik durumlarını, çocuk ile ana baba arasındaki kişisel ilişkileri, çocuğun başarısını, yeteneğini, ilgisini, eğitimin süresini göz önünde bulundurmalıdır.

Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanun'unun aksine, ergin çocuğun bakım ve eğitim yükümlülüğü ile çatışabilecek diğer yükümlülüklerle ait özel bir düzenleme içermemektedir. Küçük çocuğun eğitimi için ana babadan beklenen katkı ile ergin çocuğun eğitimi için beklenen katkı aynı olmayıp; küçüğün bakım ihtiyacı "hayati ve temel ihtiyaçlarından" kaynaklanırken, ergin çocuk yönünden ihtiyaç duyulan eğitim desteği aynı öncelikte yaşamsal bir destek değildir. Bu sebeple iki yükümlülüğün çatıştığı durumlarda önceliğin küçüğe ait yükümlülükten yana kullanılması hayatın olağan akışı içinde anlamlı olmakla birlikte; hâkim tarafından mutlaka somut olayın özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Eşler ile ergin çocuğun bakım yükümlülüğü yarıştığında ise eşlerin karşılıklı yükümlülüğünün ergin çocuğun nafaka talebi karşısında önceliği bulunduğu; bununla birlikte çocuğun evlenmesinin tek başına ana babayı bakım ve eğitim yükümlülüğünden kurtarmayacağı, evliliğin anne babaları yükümlülükten kurtaran doğal ve tabi bir sebep gibi görülemeyeceği görüşü kabul görmektedir.

Çocuğun erginliğinden önceki bir dönemde bağımsız nafaka davası ile TMK.m.328/II kapsamında nafaka talebinde bulunulup bulunulamayacağı maddenin geniş yorumlanmasına bağlıdır. Çocuğun üstün menfaati ilkesi, TMK.m.329 ve eğitim hayatında gösterdiği başarı, istek, tutarlılık dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Diğer yandan TMK m.328/II'e göre çocuğa

ödenen nafaka ile iştirak nafakası arasındaki temel farklılıklar dikkate alındığında; küçük çocuk için ödenen iştirak nafakasının, çocuğun ergin olması halinde, kendiliğinden eğitim nafakasına dönüşmesi ve devam etmesi ise mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya:** Türk Medeni Hukuku II, Aile Hukuku, İstanbul, 2020.
- AKYÜZ, Emine:** Çocuk Hukuku, Ankara 2012,
- BAYGIN, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba:** Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2018, s.89-125.
- BOZOVALI, Haluk:** Mevzuattaki Son Değişikliklerle Öğretide ve Uygulamada Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul, 1990.
- BUCHER, Andreas:** Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, in: La famille dans les relations transfrontières, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- COTTIER, Michelle:** L'enfant sujet de droit : bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, Le droit en question : mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley. Genève: Schulthess éd. Romandes, 2017, s.81-100
- ÇELİKEL, Serdar:** Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukukî Sonuçları, Ankara, 2012.
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper:** Türk Özel Hukuku, C.3, Aile Hukuku, İstanbul, 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi:** Aile Hukuku, İstanbul, 1986.
- FOUNTOULAKİS, Christiana/KHALFİ, Bastien/ MOOS, Céline/ ZUFFEREY, Mathieu:** Patrimoine de la famille Entretien, Régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, 2016, (Edt: *Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo*); Résumé des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille, s.241-332.
- GÖNENSAY, Samim:** Medeni Hukuk, C.II, Aile Hukuku, İstanbul, 1937.
- GRASSİNGER, G. Elçin:** Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009.
- GUILLOD, Olivier/BURGAT, Sabrina:** Droit des familles, Bâle 2018.

GUILLIOD, Olivier: Patrimoine de la famille Entretien, Régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, 2016, (Edt: *Christiana Fountoulakis, Alexandra Jungo*); Menus propos sur l'entretien de la famille après la fin de l'union, s.161-176.

HEGNAUER, Cyril/MEIER, Philippe: Droit suisse de la filiation, Berne, 1998.

HENRIOD, Vincent: L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, thèse, Lausanne, 1999.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara, 2017.

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul, 1985-1986.

KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulamaları, Bursa 2011.

MEIER, Philippe/STETTLER, Martin: Droit suisse de la filiation, Genève/Zurich, 2014.

MEIER, Philippe: Entretien de l'enfant Majeur-Un Etat des Lieux, *JdT* 2019 II, s.4-53.

OLGAÇ, S. Can: "Ergin Olup da Eğitime Devam Eden Çocuk Lehine İştirak Nafakasının Devamı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 73, 2012, s.24-29.

ÖZTAN Bilge: Aile Hukuku, Ankara, 2015.

PİOTET, Denis: Commentaire Romand, Code Civil I, Art.1-359 CC, Bale 2010.

RUHİ, A.Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara, 2005.

SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal: Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul, 1960.

SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2017.

SONAT, Ali: Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S.1, s.235-291.

STETTLER, Martin: L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs (art. 277 al. 2 CCS), Evolution de la Jurisprudence et de la doctrine, *RJB* 1992 133-147.

STETTLER, Martin: L'obligation d'entretien des parents à l'égard d'enfants majeurs, *RDT* 1982 7 vd. *FamPra.ch* 2014 138 vd.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990,

TÜRKMEN, Ahmet: Eğitim Nafakası, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr.
Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, s.2707-2764.

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku,
İstanbul, 1965.

VEZ, Parisima: Commentaire Romand, Code Civil I, Art.1-359 CC, Bale
2010.

YABANCILARIN ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETLERİNE DAİR BİR DEĞERLENDİRME

An Evaluation on Work Permit Exemptions for Foreigners

Talat KAYA*

Geliş Tarihi: 02.02.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Yabancıların Türkiye’de çalışmaları esas itibariye çalışma izni almalarına bağlıdır. Bazı yabancılar ise işin niteliği gereği çalışma izni almaktan muaf tutulmuştur. Çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti mekanizmaları; mahiyetleri, verilme gerekçeleri ve doğurdukları sonuçlar bakımından birbirlerinden farklı özellikleri haizdirler. Bununla birlikte ÜİK’te çalışma izni muafiyeti kurumunun pek çok yönüyle çalışma iznine atıfla düzenlenmesi; bazı durumlarda çalışma izni muafiyetinin mahiyetine uygun düşmemiş, bazı yerlerde ise kafa karışıklığına neden olmuştur. Bu tür olumsuzlukların giderilmesi bakımından ÜİK ve ilgili kanunlarda birtakım değişiklik ve düzeltmelerin yapılması gerekmektedir. İlave olarak ÜİK’in yürürlüğe girmesinin üzerinden dört buçuk yıla yakın bir zamanın geçmesine rağmen halen çıkarılmayan uygulama yönetmeliğinin bir an evvel çıkarılarak kanunun uygulanması bakımından gerekli açıklığın sağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çalışma İzni Muafiyeti, Çalışma İzni, Çalışma Hakkı, Yabancı, ÜİK

ABSTRACT

In essence, foreigners need a work permit to work in Turkey. Some foreigners, however, are exempted from obtaining work permits due to the nature of the circumstances. Work permit and work permit exemption are two different mechanisms, in terms of characteristics, natures, reasons for issuance and consequences. However, regulation of work permit exemptions in the International Labour Force Law (ILFL) with reference to the work permit in many aspects, does not only comply with the nature of the work permit exemption, but also cause confusions. In order to eliminate such problems, some adjustments and amendments should be made in the ILFL and related laws. In addition, it is necessary to provide the necessary clarity in terms of the implementation of the ILFL by enacting the implementation regulation, which has not been issued yet despite four and a half years have passed since the entry into force of the ILFL.

Keywords: Work permit exemption, Work permit, Right to Work, Foreigner, ILFL

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, talat.kaya@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5535-6819.

GİRİŞ

Milletlerarası hukuk devletlere, yabancıları ülkelerine kabul konusunda genel bir yükümlülük yüklememektedir¹. Başka bir anlatımla, devletler egemenlik hakları kapsamında kural olarak ülkelere girecek ve ikamet edecek kişileri belirleme konusunda serbestiye sahiptir². Olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından, ülkede oturmasına izin verilen yabancıya ise, hayatını idame ettirmesi için temel insan haklarından olan çalışma hakkı/ hürriyetinin tanınması gerektiği öne sürülmüştür³. Ne var ki; gerek uluslararası düzenlemeler, gerek Anayasa’da ifadesini bulan bu düşüncenin pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır. Uygulamada gelişmiş, gelişmekte olan veya en az gelişmiş ülke statüsüne bakılmaksızın neredeyse tüm devletler kamu güvenliği, kamu yararı ve kamu sağlığı gibi gerekçeler yanında ekonomik düzenin ve çalışma hayatının korunması gayesiyle yabancıların çalışmasını sınırlandırmış veya izne tâbi kılmıştır⁴. Bu bağlamda uluslararası uygulamada yabancıların çalışma hakları konusunda izin esasının geçerli olduğunu ifade etmek yanıltıcı olmayacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti de kuruluşundan itibaren yabancıların ülkemizde çalışmalarını özel kanunlar ile çeşitli iş kolları bakımından yasaklamış veya izne tâbi tutmuştur⁵. 2003 yılında kadar dağınık bir görünüm arz eden mevzuat

¹ Fügen Sargın, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme ve Çalışma Hakları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni C:17, S:1-2, 2011, s. 330; Gülören Tekinalp, Türk Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, 2003, s.38; Musa Aygül, Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancıların Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, 2019, s. 23; Vahit Doğan, Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020, (Yabancılar) s. 45.

² Hiç şüphesiz, bazı şartları taşıyan yabancıların uluslararası korunması gibi özel amacı haiz milletlerarası anlaşmalar yoluyla devletler kendi iradeleri ile yabancıları ülkeye kabul konusunda yükümlülük üstlenebilir. Bu kapsamda örneğin, 1951 tarihinde imzalanmış olan ve Türkiye tarafından 1961 yılında onaylanan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin 33’üncü maddesi âkit devletlerin mülteciyi ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir içtimai zümreye mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayat veya hürriyetinin tehdit edileceği ülkelere sığınma hakkı veya iade etmelerini yasaklar. “Geri gönderme yasağı” olarak da anılan bu ilke uyarınca sözleşme tarafı devletler bu durumdaki mültecileri ülkelere kabulde yükümlüdürler. Bkz. Aygül, s. 24; Neva Övünç Öztürk, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:2, 2016, s. 421-422.

³ Aygül, s. 180.

⁴ Aysel Çelikel/ Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 25. Baskı, Beta Yayınları, 2020, s. 177; Bilgin Tiryakioğlu, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 46, S: 1, 1997, s. 80; Doğan, Yabancılar, s. 197-198; Mücahit Yılmaz, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, On iki Levha Yayınları, 2017, (Yılmaz M.) s. 20.

⁵ Yabancıların Türkiye’de çalışma hakları konusunda tarihsel geçmiş için bkz. Çelikel/ Öztekin Gelgel, s. 176-179.

yapısı⁶, anılan yılda çıkarılan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK)⁷ ile tek bir çatı altında birleştirilmeye çalışılmış, yabancıların çalışma hakkı ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın (ÇSGB)⁸ vereceği izne tâbi kılınmıştır⁹. Söz konusu Kanunun kabulünün gerisinde, küreselleşme olgusu ve artan uluslararası ekonomik rekabete uyum sağlama açısından nitelikli yabancı işgücüne duyulan ihtiyaç, AB uyum süreci ve özellikle 2000'li yıllardan sonra ülkemizin göç bakımından hedef ülke hâline gelmesi gibi gerekçeler yatmıştır¹⁰. Bununla birlikte YÇİHK ihtiyaca cevap vermemiş, özellikle ülkemize yönelik artan göç baskısı daha seçici davranılmasını gerekli kılmış, nitelikli işgücü ihtiyacının hissedildiği kimi alanlarda ise esneklik sağlayan bir mekanizmaya gereksinim duyulmuştur¹¹. Netice olarak 2016 yılında YÇİHK'nın yerini almak üzere Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)¹² yürürlüğe konulmuştur. UİK nitelikli işgücünün ülkemizde çalışması bakımından YÇİHK'ya kıyasla daha liberal bir yaklaşım benimsese de, diğer yabancıların çalışması konusundaki izin sistemini korumuştur¹³. UİK uyarınca da Türkiye'de çalışmak isteyen yabancılar kural olarak çalışma izni almakla yükümlüdürler¹⁴.

Diğer yandan gerek mülga YÇİHK gerek UİK bazı yabancıları çalışma izninden muaf tutmuştur. Mülga YÇİHK çalışma izni almaktan muaf tuttuğu yabancıları kapsamının da dışında tutmuş, ancak istekleri hâlinde bu kişilere Bakanlıkça çalışma izni muafiyet teyit belgesi verileceğini hükme bağlamıştır. UİK ise çalışma izninden muaf tutulan yabancıların iş ve işlemlerinin UİK hükümlerine göre yürütüleceğini açık bir şekilde vurgulayarak, bu kişileri de kapsamına almıştır. Hatta UİK, çalışma izninden muaf tuttuğu yabancıların çalışma izni muafiyet belgesi almasını şart koşmuş, çalışma izni muafiyet başvurularının değerlendirilmesini ise çalışma izninin değerlendirilmesine dair

⁶ 2003 yılından önce Yabancıların çalışma hakları ilgili mevzuat yapısı hakkında bilgi için bkz. Tekinalp, s. 129-172.

⁷ RG: 06/03/2003; 25040.

⁸ 9 Temmuz 2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemine geçiş sonrasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile birleştirilerek Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na dönüştürülmüş ise de, 21 Nisan 2021 tarihli ve 31461 Sayılı Resmi Gazete yayınlanan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Kurulması ile Kamu Personel İşlemlerinin Yürütülmesine İlişkin Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile anılan bakanlıklar yeniden ayrılmıştır.

⁹ 4817 sayılı mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK), Genel Gerekeçesi, s. 3-4, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c006/tbmm22006038ss0038.pdf> (Erişim tarihi 16.01.2021).

¹⁰ Aygöl, s. 95-96.

¹¹ 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekeçesi (UİK Genel Gerekeçesi), s. 19. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf> (Erişim tarihi 29.10.2020).

¹² RG: 13/08/2016; 29800.

¹³ Çelikel /Öztekin Gelgel, s. 183.

¹⁴ Çelikel /Öztekin Gelgel, s. 184.

hükümlere gönderme yaparak düzenlemiştir. Dahası çalışma izni muafiyetinin mahiyeti, geçerliliği ve iptali gibi hususları, çalışma izni ile birlikte düzenleyerek adeta bu iki kurumu birbirine yaklaştırmıştır. Yabancıların çalışma haklarını inceleyen yazarlar da kanundaki bu yaklaşımı esas alarak çalışma izni muafiyeti konusunu çalışma izni içerisinde incelemeyi yeğlemişlerdir. Nitekim doktrinde yabancıların çalışma izni muafiyeti konusunu özel olarak ele alan bir çalışmaya rastlanılmamıştır.

Yabancıların ülkemizde çalışmaları bakımından esas kurumun çalışma izni olduğu konusunda tereddüt yoktur. Keza yabancıların ülkemizde çalışmaları açısından çalışma izni muafiyetinin ikincil seviyede bir kullanım alanına sahip olduğu konusunda da duraksama yoktur. Bununla birlikte mahiyeti, verilme gerekçesi ve sonuçları bakımından çalışma izninden farklı özellikleri haiz olan çalışma izni muafiyeti kurumunun sanki bir tür çalışma izniymiş gibi ele alınmasının yanı sıra bu kurum ile ilgili pek çok konunun çalışma iznine atıfla veya çalışma izni ile aynı hükümde düzenlenmesinin yerindeliğinin tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, UİK'te çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilecek yabancılar ve çalışma alanlarının yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesine karşın, kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana dört buçuk yılı aşkın bir zamanın geçmesine rağmen uygulama yönetmeliğinin çıkarılmamış olması ayrı bir tenkit konusudur.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, bu çalışma; çalışma izni muafiyeti kavramını, gerekçesini ve mahiyetini de dikkate alarak konuya eğilmeye çalışacaktır. Konu dört kısım altında incelenecektir. İlk kısımda çalışma izni muafiyeti kavramının anlaşılması bakımından yabancıların Türkiye'de çalışmaları ile ilgili genel esaslar açıklanacaktır. İkinci kısımda çalışma izni muafiyeti kavramı ile çalışma izni muafiyetinin gerekçesi ve mahiyeti; üçüncü kısımda ise çalışma izni muafiyeti alabilecek yabancılar konusu ele alınacaktır. Dördüncü kısımda çalışma izni muafiyeti başvuru usul ve esasları ile çalışma izni muafiyetinin sağladığı haklar, geçerliliği ve iptali meseleleri incelenecektir. Her bir kısım, incelenen konunun niteliğinin gerektirmesi hâlinde alt başlıklara ayrılacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise UİK uygulama yönetmeliğinin henüz çıkarılmamış olduğu da göz önüne alınarak, uygulamaya yön göstermek bakımından konuyla ilgili görüşlerimiz ortaya konulacaktır.

I. YABANCILARIN TÜRKİYE'DE ÇALIŞMASI İLE İLGİLİ GENEL ESASLAR

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)¹⁵; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHUS)¹⁶ ve Avrupa

¹⁵ RG: 27/05/1949; 7217.

¹⁶ RG: 11/08/2003; 25196.

Sosyal Şartı (AŞŞ)¹⁷ gibi uluslararası metinlerde çalışma hakkının temel insan haklarından olduğu vurgulanmaktadır¹⁸. Benzer şekilde Anayasa'nın 48'inci maddesi "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" ifadesini, 49'uncu maddesi ise "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*" düzenlemesini içermektedir. Söz konusu hükümler temel hak ve hürriyetlerden olan çalışma hakkı konusunda Anayasa'nın vatandaşlar ile yabancılar arasında eşitlik esasını benimsediğini göstermektedir¹⁹. Gerek uluslararası anlaşmalar gerek Anayasa ile benimsenen eşitlik anlayışı mutlak değildir²⁰. Pratikte de çalışma hakkı konusunda vatandaş yabancı eşitliğinin sağlanabilmesinin olanağı yoktur²¹.

Nitekim Anayasa'nın 16'ncı maddesi "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*" hükmünü havidir. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin korunması konusunda iki önemli güvenceyi içeren (sınırlamanın kanunla yapılması ve milletlerarası hukuka uygun olması) Anayasa'nın bahse konu hükmü uyarınca yabancıların çalışma hak ve özgürlükleri kısıtlanabilecektir²². Anayasa'nın kabul etmiş olduğu bu esaslar temelinde ÜİK yabancıların Türkiye'de çalışmalarını izin sistemine bağlamıştır²³. ÜİK'in 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları veya çalıştırılmalarının yasak olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır.

¹⁷ RG: 14/10/1989; 20312.

¹⁸ Bu konuda İHEB m.23/1 "*Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.*", ESKHUS m.6/1 "*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin özgürce seçtiği ya da benimsediği bir işte çalışarak yaşamını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içeren çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için uygun girişimlerde bulunur.*", AŞŞ Bölüm 1/1 ise "*Herkes, özgürce edinebildiği bir işte çalışarak yaşamını sağlama fırsatına sahiptir.*" ifadesini içermektedir. Uluslararası belgelerde yer verilen çalışma hakkı ve güvencesi konusunda daha detaylı bir açıklama için bkz. Aydoğan Asar, Yabancılar Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020, s. 267-272; Aygöl, s. 39-60.

¹⁹ Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2018, s. 217.

²⁰ Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 137-139.

²¹ Asar, s. 267.

²² Hediye Ergin, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, 2017, s. 16; Ekşi, s. 217.

²³ Yabancıların ülkemizde çalışması bakımından izin sistemi esas olmakla birlikte, başka esaslar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin Turizmi Teşvik Kanunu m.18 kontenjan esasını benimsemiştir. Anılan hüküm uyarınca belgeli işletmelerde çalıştırılan yabancı personel miktarı toplam personelin %10'unu geçemeyecektir. Keza ÜİK m.12 uyarınca yabancıların çalışma izinleri sektör, meslek, işkolu veya mülki veyahut coğrafi alan itibarıyla karşılıklılık ilkesi çerçevesinde sınırlanabilecektir. Yine diş hekimliği, veterinerlik ve avukatlık gibi bazı meslekler yabancılar için yasaklanmıştır. İzin esası dışında yabancıların Türkiye'de çalışmaları bakımından geçerli olabilecek diğer esaslar konusunda bkz. Aygöl, s. 92.

Çalışma izni, UİK m. 3/1(c)'de “*Bakanlıkça resmî bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izni*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. UİK m.7 uyarınca çalışma izni başvuruları yurt içinde doğrudan ÇSGB’ye, yurt dışında ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılacaktır²⁴. Yurt dışından yapılan çalışma izni başvuruları diplomatik temsilciliklerce ÇSGB’ye iletilecektir. ÇSGB başvuruları esas olarak uluslararası işgücü politikası temelinde takdir yetkisini kullanarak değerlendirecektir²⁵. Uluslararası işgücü politikası kavramı Türk hukuk sistemine UİK ile birlikte girmiştir²⁶. UİK m.4/2 bahse konu politikanın “*uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dikkate alınarak*” belirleneceğini hükme bağlamıştır. Yabancılar verilecek çalışma izni konusunda “uluslararası işgücü politikası” kavramının merkeze alınması; Kanunun bir yandan yurt dışından ülkemize yönelen artan göçün çalışma hayatı üzerindeki etkilerini düzenlenmeyi, diğer yandan ise rekabete dayalı uluslararası ekonomik düzende nitelikli yabancı iş gücünün ülkemize çekilmesini amaçladığını göstermektedir²⁷. Bu hususlar UİK’in genel gerekçesinde açık olarak vurgulanmıştır²⁸.

Diğer yandan önemle vurgulanmalıdır ki; çalışma izni başvuruları yalnızca UİK kapsamında değil, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ile özel düzenlemeler içeren kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde de değerlendirilecektir²⁹. Örneğin özel kanunlar ile yabancıların avukatlık, noterlik, eczacılık, veterinerlik ve turist rehberliği gibi belli meslekleri yapmaları

²⁴ UİK m.7/2’ye göre çalışma izni başvuruları yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilir. Yetkili aracı kurum: Kanunun 3(i)’inci maddesinde nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluş olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte bilgimiz dâhilinde Bakanlık henüz bir aracı kuruma yetki vermemiştir.

²⁵ Aygül, s. 105; UİK öncesinde de idare yabancılar çalışma izni verme konusunda takdir yetkisini haizdir. Bu yönde bir çalışma için bkz. Halil Alperen Işık, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkının Hukuki Niteliği ve Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015; <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim tarihi 17.01.2021).

²⁶ Yılmaz M., s. 103.

²⁷ Çelikel /Öztekin Gelgel, s. 182-183.

²⁸ UİK Genel Gerekçesi, s. 19.

²⁹ Asar, s. 274-275; Doğan, Yabancılar, s. 200.

yasaklanmış, mimarlık ve mühendislik ile doktorluk gibi meslekleri yapmaları ise sınırlandırılmıştır³⁰. Bu kapsamda yabancıların çalışmalarına kapatılan meslekler konusunda yapılan çalışma izni başvuruları reddedilecek, kısıtlama uygulanan meslekler bakımından ise özel kanunlarda öngörülen sınırlamalara riayet edilecektir.

Yapılan çalışma izni başvurusunun olumlu olarak değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, başvurusuna uygun olarak kanunda öngörülen izin türlerinden birisi verilir. Bu izin türlerinden ilki; genel çalışma izni olan süreli çalışma iznidir³¹. UİK m.10/1 uyarınca iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla yabancıya en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir. Çalışma izni süresinin ilerleyen dönemlerde ise uzatılması mümkündür. Yabancıya aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir. Ancak, çalışma izninin farklı bir işveren yanında çalışmak üzere yapılması hâlinde, çalışma izni ilk kez yapılan başvuru gibi değerlendirilerek bir yıla kadar çalışma izni verilmektedir (UİK m.10/2). Süreli çalışma izni alan yabancı, ayrıca vize ve ikamet izni için başvurmaya gerek olmaksızın, ülkede ikamet edebilecek ve çalışma hayatına katılabilecektir³².

UİK'te düzenlenen ikinci izin türü, yabancıyı imtiyazlı yabancı statüsüne sokan süresiz çalışma iznidir³³. Bu izin türüne uzun dönem ikamet izni³⁴ veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar başvurabilecektir. Süresiz çalışma izni olan yabancı ise özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancıların seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur (UİK m.10/4). Bu iki izin türü dışında Türkiye'de kendi adına ve hesabına çalışacak yabancılar bağımsız çalışma iznine müracaat edebilecektir (UİK m.10/ 5-7). Bağımsız çalışma izni de süreli ve süresiz izin türlerinde olduğu gibi uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilecek, ancak bu izin türleri bakımından öngörülen süre sınırlamalarına tâbi olmaksızın süreli olarak düzenlenecektir (UİK m.10/ 8).

³⁰ Yılmaz M., s. 23-27.

³¹ Aygöl, s. 137.

³² UİK Genel Gerekçesi, s. 20.

³³ Aygöl, s. 138.

³⁴ Uzun dönem ikamet izni; YUKK m.42 uyarınca Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan yabancılara verilen ikamet izni türüdür. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Sena Çörtoğlu Koca, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2016/2, 2016, s. 69-75.

Yukarıda yer verilenlere ilave olarak, UİK bazı yabancıların çalışma izinlerini farklı esaslara tâbi kılmıştır. Bunlardan ilki Turkuaz Kart almaya hak kazanan yabancılardır. UİK uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi olan yabancılara Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu³⁵ önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre Turkuaz Kart verileceğini hükme bağlamıştır. Turkuaz Kart, çalışma iznini de içeren kolaylaştırılmış bir uygulama olup, temel amacı nitelikli işgücünün ülkemize çekilmesidir³⁶. İlk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilen Turkuaz Kart, bu süre sonunda süresiz Turkuaz Kart’a çevrilebilmekte ve sahibine süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanma imkânı, eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet izni vermektedir³⁷.

Çalışma izninin farklı esaslara bağlandığı ikinci grubu UİK’in istisnalar başlıklı dördüncü bölümü kapsamında düzenlenen yabancılar oluşturmaktadır. Söz konusu bölüm beş maddeden müteşekkildir. Bu hükümler “çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar” (m.16) yanında, “uluslararası koruma kapsamında olan yabancılar” (m.17), “serbest bölgelerde çalışacak yabancılar” (m.18), “yabancı öğrenciler” (m.19) ve “yabancı mühendis ve mimarlar”ı (m.20) konu almaktadır. Anılan maddelerde sayılan yabancılar, çalışma izninden muaf değildir. Aksine, bu kişilerin Türkiye’de çalışma hayatına katılmaları için mutlak suretle çalışma izni almaları gerekir³⁸. Ancak bu başvurular, Kanunda diğer çalışma izni türleri için öngörülen genel esaslardan farklı değerlendirilecektir³⁹. Örneğin m.16 kapsamına giren yabancılar⁴⁰

³⁵ 9 Temmuz 2018 tarihinde Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sonrasında çıkarılan 703 sayılı KHK ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu’nun oluşumunu ve çalışma usullerini belirleyen UİK’in 4’üncü maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve UİK’e eklenen EK 1’inci madde ile “*Mevzuatta Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kuruluna yapılmış olan atıflar; Cumhurbaşkanınca belirlenen kurul veya mercie yapılmış sayılır.*” hükmü getirilmiştir. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Aygül, s. 107-109.

³⁶ Bengül Kavlak, “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen bir Yenilik: Turkuaz Kart”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 2, 2019, s. 343; Ergin, s. 40; Mesut Aygün, “Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde”, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 37 S: 2, 2018, s. 183; Yılmaz M., s. 108.

³⁷ Kavlak, s. 447-450.

³⁸ Aygül, s. 144.

³⁹ Berk Demirkol, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2018, s. 462-463.

⁴⁰ Çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancıları açıklayan UİK m. 16 hükmü şu şekildedir: “(1) Bakanlıkça belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olarak;

için; çalışma izni başvurusunun reddi ve çalışma izni türleri konularında birtakım istisnalar tanınabilecektir. Getirilecek istisnaların neler olacağı ve nasıl uygulanacakları çıkarılacak uygulama yönetmeliği ile açıklanmaya muhtaçtır⁴¹. UİK m.17 ilâ m.20 kapsamına giren özellikler olan yabancıların çalışma izinlerinin değerlendirilmesi konusunda ise; belli bir makamın olumlu görüşünün alınması, çalışma izni başvurularının belli bir makam üzerinden gelmesi ve bu kişilerin çalışmalarının geçici bir süreye bağlanması gibi genel hükümlerden sapan birtakım istisnalara yer verilmiştir. Ayrı bir çalışmanın konusu oluşturabilecek bu hususlara, incelememizin amacı göz önünde bulundurularak değinilmeyecektir. Bununla birlikte bu yabancıların ancak çalışma izni olarak ülkemizde çalışabilecekleri bir kez daha vurgulanmalıdır.

Genel esasları yukarıda açıklandığı üzere; yabancılar ülkemizde temel olarak UİK kapsamında çalışma izni alarak çalışabilirler. Bununla birlikte, UİK m.6/3 diğer kanunlar ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancıların, UİK'e göre çalışma izni almadan ülkemizde çalışabileceğini hükme bağlamıştır. UİK m.6/4 ayrıca 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK) 28'inci maddesine göndermede bulunarak bu madde de zikredilen kişilerin çalışma haklarının saklı olduğuna vurgu yapmıştır. Bu bağlamda UİK m.6/3 ve 4'te bahsedilen yabancılar çalışma izni alma yükümlülüğü dışında tutulmuştur⁴².

-
- a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,
 - b) Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,
 - c) Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye'de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilen, ç) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen,
 - d) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı,
 - e) Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşı,
 - f) 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru,
 - g) Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan,
 - ğ) Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan,
 - h) Alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye'ye gelen,
 - ı) Sınırötesi hizmet sunucusu, yabancılara bu Kanunun 7 nci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin istisnalar tanınabilir."

⁴¹ Asar, s. 288.

⁴² UİK m.6/3 ve 4 ile çalışma izni alma yükümlülüğü dışında tutulan yabancılar esas itibarıyla çalışma izni muafiyeti başlığı altında incelenmeye müsaittir. Zira "muafiyet" kavramının kelime anlamından hareket edildiğinde, çalışma izni muafiyetinin çalışma izni almak için öngörülen usul ve esasa dair yükümlülüklerin dışında tutulan tüm yabancıları kapsadığı

Hâlihazırdaki uygulamamız çerçevesinde UİK m.6/3 kapsamında diğer kanunlar ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerle çalışma izni yükümlülüğü dışında tutulan yabancılara ilişkin örneği mülteciler ve ikincil koruma sahibi kişiler oluşturmaktadır⁴³. Nitekim YUKK m.83 uyarınca mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsünden yararlanan kişilere uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi verilir. Söz konusu hüküm kimlik belgelerinin aynı zamanda ikamet izni yerine geçeceğini kayıt altına almıştır. YUKK m.89/4(b) ve UİK m.12/1 ise bunlardan mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi yabancıların, statü almalarından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabileceklerini öngörmektedir⁴⁴. Konu Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik⁴⁵ ile daha da açıklığa kavuşturulmuştur. Anılan Yönetmeliğin 4'üncü maddesi mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişilere verilen kimlik belgesinin aynı zamanda çalışma izni yerine geçtiğini, 5'inci maddesi ise, başvuru sahibi ve şartlı mültecilerin çalışma izni almalarının gerektiğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar ülkemizde geçici olarak kalmalarına müsaade edilen şartlı mültecilerin aksine, Türkiye'de uluslararası koruma statüsü sona erinceye kadar kalıcı olarak kalmalarına izin verilen mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler, çalışma iznine gerek olmaksızın ülkemizde çalışabileceklerdir⁴⁶.

sonucuna ulaşılır. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere UİK çalışma izni muafiyetini daha spesifik bir anlamda ele almış ve bu müessesenin kapsamını dar tutmuştur. Öte yandan, gerek gerekçe gerek sonuçları bakımından UİK m.6/3 ve 4 kapsamında çalışma izni alma yükümlülüğü dışında tutulan yabancıların statüsü UİK anlamında çalışma izninden muaf tutulan yabancıların statüsünden farklıdır. Açıklanan nedenlerle bu inceleme de çalışma izni muafiyeti kavramını UİK'te yer verilen anlayışa uygun olarak ele alacak, UİK m.6/3 ve 4'te yer verilen yabancılar için, 6'ncı maddenin gerekçesinde yer verilen ifadeye uygun olarak çalışma izni yükümlülüğü dışında tutulma ifadesini benimseyecektir.

⁴³ Öte yandan, UİK m.6/3 kapsamında çalışma izni yükümlülüğü dışında tutulan diğer bir yabancı grubunu ise çalışma izni muafiyeti tanınan kişiler oluşturmaktadır ki; bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁴⁴ Uluslararası koruma başvuru sahipleri ile şartlı mülteciler ise yukarıda değinildiği üzere "Uluslararası koruma kapsamında olan yabancılar" başlıklı UİK m.17 uyarınca istisnai çalışma izni kapsamında uluslararası koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabileceklerdir. Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi ve UİK m.17'nin başlığı ve içeriği konusunda tutarsızlık konusunda bkz. Mustafa Erkan, "Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri, Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin İş Piyasasına Erişiminin Değerlendirilmesi," Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C:37, 2018, s. 231-235.

⁴⁵ RG: 26/04/2016; 29695.

⁴⁶ Aygün, s. 176; Erkan, s. 235-236.

Çalışma izni alma yükümlüğü dışında tutulan diğer bir grubu ise, önemine binaen UİK m.6/4 ile ayrıca düzenleme konusu yapılan, 5901 sayılı TVK m.28 kapsamındaki özel statülü⁴⁷ yabancılar oluşturmaktadır. Kendilerine tanınan hakları göstermek bakımından Mavi Kart düzenlenen bu kişiler doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile bu kişilerin üçüncü dereceye kadar olan altsoylarından müteşekkildir⁴⁸. Mavi Kartlılar TVK m.28 uyarınca millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, yine aynı maddede belirtilen istisnalar⁴⁹ dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Bunlar “bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde” bulunmak dışında “kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak” çalışmak da dâhil olmak üzere tüm işlerde bağımlı veya bağımsız olarak çalışma imkânına sahiptir. Üstelik TVK m.28’de bu kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları konusunda özel kanunlardaki düzenlemelerin saklı olduğuna dair bir hükme yer verilmemiştir⁵⁰. Bu nedenle Mavi Kartlılar, avukatlık, diş hekimliği, eczacılık ve veterinerlik gibi özel kanunlar ile yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilen meslekleri de icra edebileceklerdir⁵¹.

Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kişilere Mavi Kart verilmesinin en temel gerekçesi, bu kişilerin yurt dışında ikamet ettikleri ülkenin vatandaşlığına geçmeleri nedeniyle karşılaşılabilecek dezavantajlı durumun ortadan kaldırılmasıdır⁵². Mavi Kart öncesi dönemde başta Avrupa ülkeleri olmak üzere yurt dışında yaşayan pek çok Türk vatandaşı, ikamet ettikleri ülkenin çifte vatandaşlığı yasaklaması nedeniyle, Türk vatandaşlığını bırakıp bırakmama konusunda ikilemde kalmış; Türk vatandaşlığından ayrılanlar ise yabancı statüsüne düşmeleri nedeniyle

⁴⁷ TVK m. 28 kapsamında olanlar dışında, Türkiye’de uzun dönem ikamet hakkına veya süresiz çalışma iznine sahip olan yabancılar, Turkuaz kart sahipleri ile Türk soylu yabancılar da özel statülü yabancılar konumundadırlar. Bununla birlikte, TVK m. 28 kapsamında olanlar dışındaki diğer özel statülü yabancılar Türkiye’de çalışmak için izin almak zorundadır.

⁴⁸ TVK m. 28/4 uyarınca “Cumhurbaşkanı gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.”

⁴⁹ TVK m.28 uyarınca; bu kişilerin, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bunun dışında kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbidirler.

⁵⁰ Çörtoğlu Koca, s. 85.

⁵¹ Aygül, s. 56-57; Demirkol, s. 427.

⁵² Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, 16 Baskı (Tıpkı Basım), Savaş Yayınevi, 2020, (Vatandaşlık), s. 128-129.

Türkiye’de birtakım zorluklar ile karşılaşmıştır⁵³. Bu zorlukların farkına varan kanun koyucu, bir taraftan bu kişilerin Türkiye ile irtibatlarını sağlamak, diğer yandan ise yabancı statüsüne geçen bu kişilerin Türkiye’de karşılaşacakları zorlukları hafifletmek gayesiyle bu kişiler için Mavi Kart statüsünü ihdas etmiştir. Mavi Kartlıların Türkiye’de çalışma haklarının saklı tutulması da bu genel gerekçe etrafında değerlendirilmelidir. Hâl böyle olunca Mavi Kartlıların Türkiye’de çalışma hayatına erişimleri, TVK m.28’de yer verilen istisnalar dışında Türk vatandaşları ile eşit tutulmuştur⁵⁴. Aynı şekilde Mavi Kartlıların Türkiye’de çalışmak bakımından özel bir sebebe dayanmalarına, çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi almalarına gerek bulunmamaktadır⁵⁵. UİK’te de Mavi Kartlılar çalışma izni alacak veya çalışma izni muafiyetinden yararlanacak yabancılar başlığı altında ele alınmamış, yalnızca bu kişilerin çalışma haklarının saklı olduğuna vurgu yapılmıştır.

UİK kapsamında Türkiye’de çalışabilecek son grubu çalışma izninden muaf tutulan yabancılar oluşturmaktadır. Bu incelemenin esas konusunu oluşturan söz konusu yabancılar özel bir sebebe ve belli bir süreye dayalı olarak çalışma izninden muaf tutulmuşlardır. Buna mukabil aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, çalışma izni muafiyeti konusunun UİK’te düzenleniş biçimi eleştiriye açıktır.

II. ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETİ KAVRAMI, ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETİNİN GEREKÇESİ VE MAHİYETİ

Çalışma izni muafiyeti, UİK m. 3(c)’de “*Bakanlıkça resmî bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma izni almaksızın çalışma ve ikamet hakkı veren muafiyet*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım; bir yandan muafiyet tanınan yabancıların çalışma izni almaksızın Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı elde edebileceklerine işaret ederken, diğer yandan bu kişilerin Kanunun kapsamı dışında olmadığını ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla, çalışma izninden muaf olmak Kanunun uygulamasından da muaf olmak anlamına gelmemektedir. Çalışma izninden muaf olan yabancılar ancak Kanunda öngörülen iş ve işlemleri, yine Kanunda öngörülen usul ve esaslara göre yerine getirerek Türkiye’de çalışabilirler⁵⁶.

Yabancıların ülkemizdeki çalışma haklarını kapsayıcı bir şekilde düzenleme amacı güden UİK’in, mülga YÇİHK zamanında uygulama alanı dışında

⁵³ B. Bahadır Erdem, Türk Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, 2019, s. 239.; Doğan, Vatandaşlık, s. 129.

⁵⁴ Doğan, Vatandaşlık, s. 131; Erdem, S. 244; Gülin Güngör, Tâbiyet Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 186-187.

⁵⁵ Demirkol, S. 427; Erdem, s. 243.

⁵⁶ Doğan, Yabancılar, s. 214.

birakılan bu kişileri kapsamına alması takdir edilmelidir⁵⁷. Bu durum çalışma izni muafiyet belgesi alan kişilerin takiplerini kolaylaştırma ve muafiyet kurumunun kötüye kullanımını önlemenin yanı sıra UİK ile YUKK arasında uyumun sağlanmasına da hizmet edecektir⁵⁸. Nitekim, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere UİK m.15 çalışma izni yanında çalışma izni muafiyetinin iptali sebeplerini ayrıntılı olarak düzenlemiş, ayrıca bunların geçerlilik süresi ve Kanunda öngörülen hükümlere uygun olarak kullanılmaması konusunu YUKK'a paralel olarak ele almıştır. İlave olarak, çalışma izni muafiyet belgelerine ikamet izni özelliği kazandırılması nedeniyle de UİK ile YUKK arasında uyum sağlanmıştır⁵⁹. Gerçekten de “çalışma izninin mahiyeti” başlıklı UİK m.12’de çalışma izni muafiyetinin tıpkı çalışma izni gibi YUKK uyarınca ikamet izni yerine geçeceği vurgulanmıştır⁶⁰.

Bazı yabancıların çalışma izninden muaf tutulmalarının gerekçesini ise; Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, diplomatik nezaket, uluslararası ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi amacı yanında çalışma izni muafiyeti kapsamında yapılabilecek işlerin niteliği oluşturmaktadır. Gerçekten de yabancı diplomatik misyon görevlilerinin özel hizmetlerinde çalışacak kişilerin veya Türkiye’ye ithal edilen makine ve teçhizatın montajı, bakım ve onarımı ile kullanımlarına ilişkin eğitimlerin verilmesi için Türkiye’ye geçici olarak gelen yabancıların çalışma statülerinin, Türkiye’nin normal çalışma hayatına katılmak için gelen yabancılarla bir tutulması mümkün değildir. Keza uluslararası ekonomik ilişkilerin gelmiş olduğu seviye; ülkemizde yatırımları bulunan çok uluslu büyük şirketlerin Türkiye’de ikamet etmeyen yönetici ve ortaklarının ülkemizde çalışmalarının kolaylaştırılmasını gerektirir. Aynı şekilde bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler amacıyla geçici olarak Türkiye’ye gelecek yabancıların Türkiye’de çalışmaları farklı bir

⁵⁷ Barış Teksoy, “Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Meseleler”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Edt. Tiryakioğlu Bilgin/Aygün Mesut /Önal Ali /Altıparmak A. Kübra / Kaya Cansu, Yetkin Yayınları, 2016, s. 266.

⁵⁸ Teksoy, s. 266.

⁵⁹ Emre Esen, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınları, 2019, s. 135-136; UİK Genel Gereğesi, s. 19-20.

⁶⁰ Esen, s. 136; Oysa YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m. 55 çalışma izni muafiyeti kapsamında ülkeye giriş yapan yabancıların, ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içerisinde ve her halükârda faaliyetlerine başlamadan önce geliş amaçlarını, ne kadar süre ile ve nerede kalacaklarına ilişkin bilgileri, bulundukları yerin emniyet makamlarına bildirerek ikamet tezkeresi almak zorunda olduklarını öngörmüştür. UİK’in Geçici 1’inci maddesi gereğince; UİK’in uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin henüz yürürlüğe konulmamış olması nedeniyle, YÇİHK Uygulama Yönetmeliği halihazırda yürürlüktedir. Buna mukabil, bahse konu Yönetmelikte öngörülen ikamet tezkeresi alma zorunluluğu UİK m.12’ye aykırı düşmesi nedeniyle uygulanmayacaktır.

bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Hülasa; bazı yabancıların ülkemizdeki faaliyetlerinin çalışma izninden muaf tutulması işin niteliği gereğidir⁶¹.

UİK uyarınca, çalışma izninden muaf olan yabancılar, çalışma ve ikamet hakkı veren çalışma izni muafiyet belgesi almak zorundadır. Çalışma izni muafiyet belgesi mahiyeti itibarıyla çalışma izni belgesi değildir. Ne var ki; UİK'in çalışma izni muafiyet başvurularının değerlendirilmesi konusundaki düzenlemesi, muafiyet kurumunun bir tür çalışma izniymiş gibi algılanmasına sebep olmaktadır⁶². Nitekim çalışma izni muafiyeti konusunu düzenleyen UİK m.13/4, başvuruların değerlendirilmesi konusunda “çalışma izni başvurusu ve değerlendirilmesi” başlıklı UİK m.7'nin dördüncü, beşinci ve yedinci fıkralarına gönderme yapmaktadır. Söz konusu atıf nedeniyle, çalışma izni muafiyet başvuruları da çalışma izni başvuruları gibi ÇSGB tarafından temel olarak uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilecektir⁶³. Hemen belirtmek gerekir ki; UİK m.13'ün uluslararası işgücü politikasına atıf yapmasında bir sorun bulunmamaktadır. Buradaki asıl mesele birçok bileşenden oluşan uluslararası işgücü politikasının çalışma izni muafiyet başvuruları kapsamında nasıl ele alınacağını düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin uluslararası işgücü politikasının en önemli bileşenlerinden bir tanesi ülkemizdeki istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmelerdir. Bu bileşen çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi konusunda idareye geniş bir takdir hakkı vermektedir. Dolayısıyla UİK'teki mevcut düzenleme çalışma izni muafiyet başvurularının tıpkı çalışma izni başvuruları gibi değerlendirilmesine müsaittir. Kanaatimizce ise; çalışma izni muafiyet başvurularının ülkemizdeki istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler temelinde değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır.

Bu bağlamda, mahiyetleri itibarıyla farklıklar arz eden çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti başvurularının değerlendirilmesinde uluslararası işgücü politikasının tüm bileşenlerine aynı ağırlık verilmemelidir. Çalışma izni muafiyeti konusunda Bakanlığın yapması gereken değerlendirmenin, esas olarak başvuruda bulunan kişinin kanunun aradığı şartları taşıyıp taşımadığıyla sınırlı olması gerektiğini mütalaa etmekteyiz⁶⁴. Bakanlık elbette çalışma izni muafiyet başvurularını, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından denetleyecek ve bu amaçlara matuf olarak takdir yetkisini kullanarak yabancılara çalışma izni muafiyet belgesi vermeyebilecektir⁶⁵. Bununla birlikte,

⁶¹ UİK, Genel Gerekçesi, s. 21.

⁶² Teksoy, S. 265.

⁶³ Teksoy, S. 265.

⁶⁴ Teksoy, S. 265.

⁶⁵ Çalışma izni muafiyet başvurularının değerlendirilmesinde uluslararası işgücü politikasına atıf yapılması nedeniyle; muafiyet başvurularının değerlendirilmesi konusunda Bakanlığın takdir yetkisine haiz olduğunu ilişkin görüş için bkz. Aygül, s.149; Teksoy, s. 265-266.

çalışma izni muafiyet başvurularında Bakanlığın takdir yetkisinin çalışma iznine kıyasla daha dar olması icap eder. Zira “muafiyet” kavramı kelime anlamı itibariyle bir yükümlülüğün bağışık olma veya yükümlülüğün dışında tutulma anlamını taşır⁶⁶. Çalışma izninden muafiyet kavramı da yabancıların çalışma izni almak için öngörülen usul ve esasa dair yükümlülüklerden muaf tutulmalarını gerektirir. Aksine bir tutum; yani kişinin muafiyet için öngörülen şartları taşımasına rağmen, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler gibi gerekçelerle çalışma izni muafiyet belgesinin düzenlenmemesi çalışma izni muafiyetinin amacına ters düşecek, çalışma izni muafiyetini bir anlamda çalışma iznine dönüştürecektir. Bu yönüyle çalışma izni muafiyeti kurumu mülga YÇİHK’da daha isabetli bir şekilde düzenlenmiştir. Mülga YÇİHK’de çalışma izni muafiyet belgesinin teyiden düzenlenmesinin öngörülmüş olmasının çalışma izni muafiyetinin mahiyeti ile daha uyumlu olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan, çalışma izni muafiyeti konusunun çalışma iznine atıfla düzenlenmesini yapısal olarak sorunlu bulsak da; mevcut düzenlemeler kapsamında dahi çalışma izni muafiyet başvurularının çalışma izni başvurularından farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmesinin imkân dâhilinde olduğunu mütalaa etmekteyiz. Esasen UİK m.13 çalışma izni muafiyet başvurularının değerlendirilmesi konusunda, çalışma izninin değerlendirilmesine ilişkin UİK m.7’nin yalnızca belli fıkralarına göndermede bulunmuştur. Bu bağlamda özellikle çalışma izni başvurularının değerlendirilmesi ve çalışma izni puanlama sisteminin oluşturulmasında kullanılacak kriterlerin oluşturulmasını öngören m.7’nin altıncı fıkrasının kapsam dışında bırakılması, çalışma izni muafiyet başvurularının, çalışma izni gibi değerlendirilmemesi gerektiğine işaret eder. Ayrıca UİK m.13’ün çalışma izninin reddini konu alan m.9’a atıf yapmamış olduğu da vurgulanmalıdır. Nitekim çalışma izni başvurularının reddi sebepleri konusunda ayrıntılı bir düzenlemede bulunan UİK m.9’un aksine, m.13 bu konuda yalnızca “*başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılara Bakanlıkça çalışma izni muafiyeti düzenlenir*” ifadesini içermektedir. Aşağıda inceleneceği üzere çalışma izni muafiyeti başvurularının reddi sebeplerinin düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak telakki edilebilecek olsa da; konunun düzenlenmesi açısından çalışma iznine göndermede bulunulmaması yerinde olmuştur. Hülasa; yukarıda yer verilen tüm bu hususlar çalışma izni muafiyeti konusunun çalışma izninden farklı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Konunun UİK’in uygulanmasına ilişkin çıkarılacak Yönetmelik ile bahsettiğimiz görüşler temelinde ele alınmasının mümkün olabileceğini düşünmekteyiz.

⁶⁶ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1992, s. 607.

III. ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETİNDEN YARARLANABİLECEK YABANCILAR

A. Genel

Çalışma izni muafiyeti kapsamında ülkemizde çalışabilecek yabancılar UİK'te bütüncül ve açık bir şekilde düzenlenmemiş, konu Kanunun muhtelif maddelerinde ele alınmıştır⁶⁷. UİK ilk olarak m. 6/3'te "*diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar; bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler.*" hükmünü öngörmüştür. UİK sonrasında ise m.13 ve 14'te çalışma izni muafiyetinden yararlanacak yabancıların bir kısmını tespit etmiştir. Konuyla ilgili son olarak, UİK m.25/1(b)'de çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilecek yabancılar ve çalışma alanlarının esas itibarıyla ÇSGB tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği açıklanmıştır. Ne var ki; UİK'in yürürlüğe girmesinin üzerinden dört buçuk yıla yakın bir sürenin geçmiş olmasına rağmen uygulama yönetmeliği henüz çıkarılmamıştır. Öte yandan UİK Geçici m.1/4'te "*Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu durum YÇİHK Uygulanma Yönetmeliğinin UİK'e aykırı olmayan hükümlerinin çalışma izni muafiyetinden yararlanacak yabancıların belirlenmesinde dikkate alınmasını gerektirmektedir. UİK tüm bunlara ilave olarak m.17/1'de; YUKK m. 89/4'den mülhem olarak uluslararası koruma başvuru sahibi veya şartlı mülteciler ile geçici koruma sağlanan yabancıların belli koşullar dâhilinde çalışma izni muafiyetine başvurabileceği düzenlenmiştir. Bahse konu hükümlerin tümü göz önüne alındığında çalışma izninden muaf olarak Türkiye'de çalışabilecek yabancılar beş grup altında aşağıdaki gibi ele alınabilir.

1. Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ya da Çok Taraflı Sözleşmelerle Çalışma İzninden Muaf Tutulan Yabancılar

UİK m.2 yabancıların çalışma izni yanında çalışma izni muafiyetlerinin Kanun kapsamında olduğunu belirttikten sonra, son fıkrasında "*Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.*" hükmüne yer vermiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, ikili ya da çok taraflı sözleşmelerle birtakım yabancıların çalışma izninden muaf tutulmaları hâlinde, bu kişilerin Türkiye'de çalışmaları için yeniden izin almalarına ihtiyaç kalmayacaktır. Bu durum esasen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaları kanunlardan üstün sayan Anayasa m.90/5'in de doğal bir sonucudur.

⁶⁷ Doğan, Yabancılar, s. 214.

Çalışma izni muafiyeti tanıyan çok taraflı anlaşmalara Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi örnek verilebilir. Ülkemizin de taraf olduğu anılan Sözleşmenin 42'nci maddesinde yabancı diplomatların, diğer yabancıların tâbi olduğu oturma, çalışma izni gibi düzenlemelerden ve kayıtlardan muaf olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir⁶⁸. Çalışma izni muafiyeti tanıyan ikili sözleşmelere ise Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Karadeniz'in Kirliliğe Karşı Korunması Komisyonu Arasında Merkez Anlaşması örnek verilebilir⁶⁹. Anılan Anlaşmanın m.14/2(a) hükmü *"Türk vatandaşı olan ve sürekli olarak Türkiye'de ikamet eden yabancılar dışındaki Sekretarya destek personeli, Sekretarya için verilen hizmetlerle ilgili olarak Türkiye Cumhuriyetinin çalışma ve yabancı emekle ilgili yasa ve yönetmeliklerinin çalışma izni konusunda getirmiş olduğu her türlü yükümlülükten muaf tutulacaklardır"* hükmünü haizdir. Yine Türkiye'nin, Kosova⁷⁰, Tunus⁷¹, Macaristan⁷², Pakistan⁷³ ve Romanya⁷⁴ gibi pek çok ülke ile ikili olarak yapmış olduğu "Kültür Merkezlerinin Kuruluşu, İşleyişi ve Faaliyetleri Hakkında Anlaşma"larda; kültür merkezlerinin, işletme ve anlaşma kapsamındaki faaliyetleri yürütmek amacıyla istihdam edeceği yabancıların çalışma izninden muaf tutulacağı belirtilmiştir. Uluslararası sözleşmeler ile çalışma izninden muaf tutulan yabancılar ile ilgili son olarak, bu yabancıların çalışma izni muafiyet belgesi de alma mecburiyetinde olup olmadıkları veyahut bunun nasıl tanzim edileceği noktasında ilgili sözleşmenin dikkate alınması gerektiğini belirtmek isteriz.

2. Uluslararası Ekonomik İlişkilerin Geliştirilmesi Amacıyla Çalışma İzninden Muaf Tutulan Yabancılar

Günümüz uluslararası ekonomik ilişkileri hiç olmadığı kadar gelişmiş ve karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Öyle ki; uluslararası ekonomik sistemde varlık göstermek isteyen ülkeler bakımından yabancı yatırımların önemi artmış, uluslararası ticaret ise ekonominin önemli bir bileşeni hâline gelmiştir. Türkiye dâhil pek çok ülke, bir yandan yabancı yatırımcılara çeşitli teşvikler ve kolaylıklar sağlamakta, diğer yandan ise uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi ve kolaylaştırılması konusunda adımlar atmaktadır. Yabancılar hukuku bağlamında ise, gerek yabancı yatırımcı ve tacirlerin ülkeye girişi ve çıkışlarının kolaylaştırılmasına gerek bunların ihtiyaç duyduğu esnek iş organizasyonlarının oluşturulmasına yönelik mekanizmaların tesis edilmesine çalışılmaktadır.

⁶⁸ RG: 12/09/1984; 18513.

⁶⁹ RG: 07/08/2003; 25192.

⁷⁰ RG: 11/08/2015; 29442.

⁷¹ RG: 23/06 /2017; 30105

⁷² RG: 11/02 /2015; 29264

⁷³ RG: 07/06 /2017; 30089.

⁷⁴ RG: 03/06 /2015; 29375.

Nitekim UİK Genel Gerekçesi'nde kanun koyucu yabancı yönetici ve vasıflı elemanların ülkemizde çalışmalarını kolaylaştırmak bakımından yeni düzenlemeler yapılmasının önemine vurgu yapmıştır⁷⁵. Bu inceleme konusu bağlamında ise, UİK ve YÇİHK Uygulanma Yönetmeliği ile uluslararası yatırımlar ve ticari işlemler konusunda önem arz eden bazı yabancıların çalışma izninden muaf olarak ülkemizde çalışmalarına olanak tanınmıştır.

Nitekim UİK m.13/7, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷⁶ (TTK)'ya göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyeleri ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortaklarını çalışma izninden muaf tutmuştur. Söz konusu Kanun hükmü çerçevesinde değerlendirilecek yabancılarda iki özellik aranmıştır. İlk olarak Kanunun sağladığı kolaylık yalnızca TTK'ya göre kurulmuş şirketlerin belli yabancı üyelerine tanınmıştır. Diğer bir anlatımla, yurt dışında kurulan ancak Türkiye'de faaliyet gösteren şirketlerin herhangi bir yönetici veya ortağı bu madde ile öngörülen çalışma izni muafiyetinden yararlanamayacaktır. UİK'in TTK'ya yaptığı atıf, kanun koyucunun yabancı yatırımcıların ülkede şirket kurmalarını tercih ettiğini, böylelikle bir yandan istihdam ve üretim gibi doğrudan yatırımın getirisinden yararlanmayı, diğer yandan şirketin ülke içindeki faaliyetleri nedeniyle oluşacak faaliyetlerden vergi tahsil etmeyi amaçladığını göstermektedir. İkinci olarak TTK'ya göre kurulmuş olsa dahi çalışma izni muafiyetinden tüm şirket ortakları ve yöneticileri yararlanamayacak, yalnızca anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyeleri ile kollektif, komandit, limited ve kooperatif şirketlerinin yönetici olmayan ortakları bu olanaktan faydalanabilecektir.

UİK m.13/7 kapsamında uluslararası ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla çalışma izni muafiyeti tanınan diğer bir grubu sınır ötesi hizmet sunucuları oluşturmaktadır. Sınır ötesi hizmet sunucusu kavramı mevzuatımıza ilk olarak, Anayasamızın 90'ıncı maddesi uyarınca onaylanarak kanun hükmünde olmak üzere iç hukukumuzda aktarılan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kuruluş Anlaşması'nın ekinde yer alan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) ile girmiştir⁷⁷. GATS kapsamında sınır ötesi hizmet sunucusu DTÖ

⁷⁵ UİK Genel Gerekçesi, s. 19.

⁷⁶ RG: 14/02/2011; 27846.

⁷⁷ Uluslararası hizmet ticaretinin serbestleştirilmesini amaçlayan GATS, ülkelerin bu konudaki taahhütlerine temel oluşturmak bakımından hizmet sunum biçimlerini sınır ötesi ticaret, yurt dışında tüketim, ticari varlık oluşturma ve gerçek kişilerin varlığı şeklinde dört başlık (mod) altında toplamıştır. Bunlardan dördüncü mod kapsamında hizmet sunumu; DTÖ üyesi bir ülkenin hizmet sunucusunun, diğer bir üye ülkede, gerçek kişi olarak faaliyet gösterilmesi suretiyle sağlanmasını (ör; danışman, avukat, doktor gibi gerçek kişilerin tabiiyetinde oldukları ülke dışında başka bir ülkede hizmet sunması) içerir. Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Talat Kaya, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarının İç

üyesi bir ülkenin tâbiyetinde bulunan gerçek kişinin, başka bir DTÖ üyesi ülkede fiziksel olarak bulunarak hizmet sunmasını içerir⁷⁸. GATS’da yer alan bu anlayış çerçevesinde UİK m.3/1(f) sınır ötesi hizmet sunucusunu; Türkiye’de hizmet sunumu amacıyla geçici olarak bulunan ve ücretini Türkiye’deki ya da Türkiye dışındaki bir kaynaktan alan yabancı olarak tanımlamıştır⁷⁹. Örneğin uluslararası lojistik operasyonları konusunda uzman bir danışman geçici olarak Türkiye’de bulunarak, buradaki bir lojistik firmasına danışmanlık vermesi hâlinde, UİK kapsamında sınır ötesi hizmet sunucusu olarak değerlendirilecektir. UİK bu kapsamda m.13/7 ile hizmet ticaretinin uluslararası ticaret sistemi içindeki artan önemini gözetenek, daha önce YÇİHK Uygulanma Yönetmeliği ile uluslararası mal ticaretinin geliştirilmesinde rolleri bulunan yabancılar için getirilmiş olan esnekliği sınır ötesi hizmet sunucularına teşmil etmiştir. Anılan hükme göre; Türkiye’de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınır ötesi hizmet sunucuları çalışma izinden muaf tutulacaktır.

UİK yanında YÇİHK Uygulama Yönetmeliği’nde de uluslararası ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla bazı yabancıların çalışma izninden muaf tutulduğu görülmektedir. YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55 hükmü uyarınca;

- Türkiye’ye ithal edilen makine ve teçhizatın montajı, bakım ve onarımı, kullanımına ilişkin eğitiminin verilmesi veya teçhizatı teslim almak veya Türkiye’de arızalanan araçların tamiri amacıyla; Türkiye’ye giriş tarihinden itibaren bir yıl içinde toplam üç ayı geçmemek ve bu durumu ibraz edeceği belgeler ile kanıtlamak koşuluyla gelenler,
- Türkiye’den ihraç edilen ya da Türkiye’ye ithal edilen mal ve hizmetlerin kullanılmasına ilişkin eğitim amacıyla Türkiye’ye giriş tarihinden itibaren bir yıl içinde toplam üç ayı geçmemek ve bu durumu ibraz edeceği belgeler ile kanıtlamak koşuluyla Türkiye’de bulunanlar,

çalışma izni almaktan muaftırlar. Bu hükmün temel amacı ihracat ve ithalat işlemlerinin kolaylaştırılması olup, bu maksatla ülkemize gelen yabancıların çalışma hayatına katılmalarının sağlanması değildir. Öte yandan uluslararası ticari işlemlerin kolaylaştırılmasını teminen bu kapsamdaki yabancılar bir yıl içinde toplam üç ayı geçmemek koşuluyla, Türkiye’ye çoklu giriş imkânı da sağlanmıştır.

Hukukta Uygulanması, Legal Yayınları, 2015, s. 50; Zeynep Çalışkan, “GATS Anlaşması Bağlamında Yabancıların Çalışma Hakları”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Edt. Tiryakioğlu Bilgin/Aygün Mesut /Önal Ali /Altıparmak A. Kübra / Kaya Cansu, Yetkin Yayınları, 2016, s. 227-228.

⁷⁸ Çalışkan, s. 237.

⁷⁹ Çalışkan, s. 237.

3. Diplomatik Nezaket Gereği Çalışma İzninden Muaf Tutulan Yabancılar

UİK m.14 yabancı diplomatik misyonlarının Türkiye’de çalışmalarını kolaylaştırma amacıyla iki grup yabancıya çalışma izni muafiyeti tanımıştır. İlk grubu, yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür kurumlarında ve din kurumlarında görevli yabancılar oluşturmaktadır. Bütün dünyada yabancı ülke diplomatik temsilcilikleri; temsilcilikte görevli diplomatik misyon çalışanları ile temsilcisi oldukları ülke vatandaşlarının eğitim, kültür ve dini ihtiyaçlarını karşılamak bakımından okul, kültür evi veya dini kurumlar açabilmektedir. UİK bu kapsamda söz konusu kurumlarda çalışan yabancıları çalışma izninden muaf tutmuş, ancak bu muafiyeti yalnızca, diplomatik misyonun bağlı birimi olarak teşekkül ettirilenler bakımından tanımıştır. UİK m.14 diplomatik misyonun bağlı birimi sayılmayan okul, kültür ve din kurumlarında çalışacak yabancıların ise ancak çalışma izni alarak Türkiye’de çalışabileceklerini kayda bağlamıştır.

UİK m.14 uyarınca diplomatik nezaket gereği çalışma izninden muaf tutulan diğer bir yabancı grubunu ise; yabancı ülkelerin Türkiye’deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinde diplomatik kadro üyesi, konsolosluk memuru, idari ve teknik kadro üyesi ve konsolosluk hizmetlisi, Türkiye’deki uluslararası kuruluşlarda uluslararası memur ve idari ve teknik personel olarak görev yapan kişilerin özel hizmetinde çalışan kişiler oluşturmaktadır. Bu bağlamda örneğin diplomatik misyon görevlisinin, çocuklarına bakan bakıcısı veya şoförü çalışma izninden muaf olarak Türkiye’de çalışabilecektir.

4. YÇİHK Uygulama Yönetmeliği ile Çalışma İzninden Muaf Tutulan Yabancılar

UİK Geçici m.1 hükmü gereğince yürürlüğü devam eden YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55 ile işin niteliği gereği bazı yabancılar çalışma izninden muaf tutulmuştur⁸⁰. Anılan hüküm uyarınca çalışma izninden muaf tutulan yabancılar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Daimi ikametgâhları yurt dışında olup bilimsel, kültürel ve sanatsal faaliyetler amacıyla bir aydan az, sportif faaliyetler amacıyla dört aydan az süre ile geçici olarak Türkiye’ye gelecek yabancılar,

⁸⁰ YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55 burada sayılanlara ilave olarak iki grubun daha çalışma izninden muaf olduğunu belirlemiştir. Bunlardan ilk grubu Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerle çalışma izninden muaf tutulan yabancılar, ikinci grubu ise uluslararası ekonomik ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla çalışma izninden muaf tutulan yabancılar oluşturmaktadır. Bu gruplarda yer alan yabancılar yukarıda incelendiği için burada yeniden ele alınmamıştır.

- Belgeli turizm işletmelerinin sınırları dışında faaliyette bulunacak fuar ve sirklerde gösteri ve benzeri görevli olarak Türkiye'ye giriş tarihinden itibaren altı ayı geçmemek ve bu durumu ibraz edeceği belgeler ile kanıtlamak koşuluyla bulunanlar,
- İki yılı geçmemek ve eğitim süresiyle sınırlı olmak üzere durumunu ibraz edeceği belgeler ile kanıtlayarak üniversiteler ile kamu kurum ve kuruluşlarına bilgi ve görgülerini artırmak üzere gelen yabancılar,
- Sosyo-kültürel ve teknolojik alanlar ile eğitim konularında altı ayı aşmayan bir sürede Türkiye'ye önemli hizmet ve katkı sağlayabilecekleri ilgili mercilerce bildirilenler,
- Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığının (Ulusal Ajans) yürüttüğü programlar kapsamında gelecek yabancılar,
- Kapsamı ve süresi konusunda Bakanlık, İçişleri ve Dışişleri Bakanlığı ile Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığının mutabakata vardığı uluslararası stajyer öğrenci programları çerçevesinde staj göreceк yabancılar,
- Görev süresi sekiz ayı geçmemek kaydıyla Türkiye'ye gelen tur operatörü temsilcisi yabancılar,
- Sözleşmeleri süreleri ile sınırlı olmak kaydıyla, Türkiye Futbol Federasyonunca veya Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce talepleri uygun bulunan yabancı futbolcular ile diğer sporcu ve antrenörler,
- Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin I/10 Kuralına göre devletlerle yapılan ikili protokoller gereği, ilgili idareden "Uygunluk Onayı Belgesi" almış Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı ve kabotaj hattı dışında çalışan gemilerde görev yapan yabancı gemiadamları,
- Türkiye Avrupa Birliği Mali İşbirliği Programları kapsamında yürütölen projelerde görevlendirilen yabancı uzmanlar.

YÇİHK Uygulama Yönetmeliği ile çalışma izninden muaf tutulan yabancıların iki ortak özelliği bulunmaktadır. İlk olarak bu kişiler Türk çalışma hayatına geçici olarak katılmaktadır. Bunların Türkiye'de çalışmaları 3, 4, 6 veya 8 ay gibi belli bir takvim süresi veyahut sözleşme ya da görev müddeti gibi bir zaman dilimi ile sınırlandırılmıştır. YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55 uyarınca bu süreler uzatılmayacaktır. Üstelik bu kişilerin aynı yıl içinde aynı muafiyet nedenine dayalı Türkiye'de çalışma olanakları kısıtlanmıştır. Nitekim, bilimsel, kültürel, sanatsal ve sportif faaliyetler amacıyla ya da fuar ve sirklerde gösteri ve benzeri görev almak üzere veyahut sosyo-kültürel ve teknolojik alanlar ile eğitim nedeniyle ya da tur operatörü temsilcisi olarak Türkiye'ye gelen yabancılar bir takvim yılı içinde muafiyet hükümlerinden sadece bir kez yararlanabilirler. Ayrıca bu haktan yararlanabilmek için

yabancının daha önce aynı amaçla almış olduğu çalışma izni muafiyet belgesinin bitiş tarihinden itibaren üç ay geçmiş olması şartı aranır. Muafiyet sürelerinden daha fazla çalışılacak olunması durumunda ise, Bakanlıktan çalışma izni alınması zorunludur (YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55/3).

İkinci olarak bu maddede sayılan yabancıların Türkiye’de çalışmaları, normal çalışma hayatına katılma niteliğinde olmayıp, belli bir projeye, programa veya özel bir amaca özgüdür. Dolayısıyla, bu yabancılar kural olarak Türk çalışma hayatındaki kişiler ile rekabet içerisinde değildir⁸¹. Ülkemizde çalışmalarının süre ile sınırlandırılmış olduğu da göz önüne alındığında, özel bir amaca matuf olarak çalışma hayatına katılan bu kişilerin çalışma izninden muaf tutulması işin niteliği gereği ortaya çıkmaktadır. Çalışma izni muafiyet belgesinin amacını aşar şekilde, normal olarak çalışma izni gerektiren bir iş veya meslek hayatına dâhil olmak amacıyla kullanılması hâlinde ise iptali söz konusu olacaktır.

5. Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Çalışmak İsteyen Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri, Şartlı Mülteciler ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancılar

Çalışma izni muafiyeti olarak ülkemizde çalışabilecek diğer bir grubu uluslararası koruma başvuru sahibi⁸², şartlı mülteci ve geçici koruma sağlanan yabancılar oluşturmaktadır. Bununla birlikte bu kişilerin çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmaları süre ve sektör bazlı olarak sınırlamalara tâbi kılınmıştır. Nitekim YUKK m. 89/4(a) ve UİK m.17/1 hükümleri uyarınca; başvuru sahibi veya şartlı mülteciler uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni muafiyeti almak için başvurabileceklerdir⁸³. Öte yandan, bahse konu yabancıların çalışmalarına

⁸¹ Çalışma izninden muaf olan yabancıların ülkemizde çalışmalarının Türkiye’deki yerleşikler açısından rekabet oluşturabileceği bir durum YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m.55/2’de öngörülmüş, ancak bu durumda olanların 1 ay gibi kısa bir zaman sonrasında çalışma izni almaları gerektiği şart koşulmuştur. Anılan hükme göre “*Mesleki hizmetler kapsamında olup, muafiyet hükümlerine tabi yabancı mimar, mühendis ve şehir plancılarının, hizmet sürelerinin bir ayı aşması durumunda akademik ve mesleki yeterliliğini tamamlayarak Bakanlıktan çalışma izni alması, ilgili meslek kuruluşuna geçici üye olması ve ulusal kurum ve kuruluşların uygulamalarına uyması zorunludur.*”

⁸² YUKK m.3’te başvuru sahibi; “uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişiyi”, uluslararası koruma ise “mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü” ifade etmek üzere tanımlanmıştır. YUKK m. 89/4(b) gereğince mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar, statü almalarından itibaren çalışma iznine ihtiyaç olmaksızın bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilirler. Bu statüleri almaları öncesinde ise YUKK m. 89/4(a) kapsamında “başvuru sahibi” statüsünde olmak üzere, uluslararası koruma başvurusu üzerinden altı ay geçmiş olması şartıyla çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi olarak Türkiye’de çalışabilirler.

⁸³ Söz konusu hükümler çalışma izni muafiyeti yanında, başvuru sahibi, şartlı mülteci ve geçici

ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m.9/1 ve Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m. 5/4, bu kişilerin ancak mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışmak üzere çalışma izni muafiyeti alabileceklerini düzenlemektedir. İlginçtir ki; her iki yönetmelikte altı aylık bekleme süresi yalnızca çalışma izni için öngörülmüş, çalışma izni muafiyeti bakımından ise bir belirlemede bulunulmamıştır. Kanaatimizce mahiyetine uygun olarak çalışma izni muafiyeti bakımından bekleme süresi öngörmeyen yönetmelikler konuyu daha isabetli bir şekilde düzenlemiştir. Buna mukabil, hiyerarşik olarak üstte olması nedeniyle UİK'te öngörülen altı aylık bekleme süresine riayet edilmesi gerekmektedir. Buradaki sıkıntının da çalışma izni ve muafiyeti konusunun aynı maddede ele alınmasından kaynaklandığını değerlendirmekteyiz.

Konuyla ilgili son olarak başvuru sahibi, şartlı mülteci ve geçici koruma sağlanan yabancıların ülkemizde çalışma izni muafiyeti kapsamında çalışmalarını bakımından getirilen bu imkânın özellikle son dönemde kırsalda çalıştırılmak üzere eleman temininde güçlük çeken bir sektöre destek olunması amaçlarına yönelik olduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan, sektörde çalışacak kişilerin korunması bakımından Bakanlıkça, bahse konu yabancıların çalışmaları bakımından il ve kota sınırlaması da getirilebilecektir. Ayrıca, bu kapsamda düzenlenecek çalışma izni muafiyet belgelerinin geçerlilik süresi en fazla bir yıl olabilecek, süre sonunda idarenin takdir yetkisi dâhilinde birer yıllık süreler ile uzatılabilecektir.

IV. ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETİ BAŞVURU USUL VE ESASLARI, ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETİNİN SAĞLADIĞI HAKLAR, GEÇERLİLİĞİ VE İPTALİ

A. Çalışma İzni Muafiyet Başvurusu ve Başvuruların Değerlendirilmesi

UİK m.13 uyarınca çalışma izni muafiyeti başvuruları kural olarak yurt içinde ÇSGB'ye, yurt dışında ise yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarına yapılır. Bununla birlikte yurt dışından yapılan başvurular büyükelçilikler veya başkonsolosluklarınca değerlendirilmemekte, karar alınmak üzere Bakanlığa iletilmektedir. Çalışma izni muafiyeti başvuruları yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilir. Bu hâlde de başvurular yetkili aracı kurum tarafından Bakanlığa iletilecektir. Yine diplomatik ve konsüler temsilciliklerin; bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür kurumlarında ve din kurumlarında görevli yabancılar ile diplomatik misyon

koruma sağlanan yabancıların çalışma izinlerini de düzenlemektedir. Bu çalışmanın kapsamı göz önüne alınarak çalışma izni konusu inceleme dışında bırakılmıştır.

çalışanlarının özel hizmetlerinde çalışacak yabancılara ilişkin çalışma izni muafiyet başvuruları da Dışişleri Bakanlığı üzerinden Bakanlığa iletilecektir⁸⁴. Netice itibarıyla farklı kanallardan yapılsa da, çalışma izni muafiyet başvuruları nihai aşamada değerlendirilmek üzere ÇSGB'ye gönderilecektir.

ÇSGB çalışma izni muafiyet başvurularını UİK m.13'ün göndermede bulunduğu “çalışma izni başvurusu ve değerlendirilmesi” başlıklı 7'nci maddenin dört, beş ve yedinci fıkraları uyarınca; asıl olarak uluslararası işgücü politikasına göre; gerek görülen hâllerde ise ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşlerini dikkate alarak değerlendirecektir. Uluslararası koruma başvuru sahibi, şartlı mülteci ve geçici koruma sağlanan yabancılar bakımından ise İçişleri Bakanlığının olumlu görüşünün alınması mecburidir (UİK m.17). Keza diplomatik misyonlarla ilintili başvurularda da İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü aranmaktadır (UİK m.4/4). Öte yandan, tüm çalışma izni muafiyeti başvuruları açısından; başvuruda eksik bilgi veya belgelerin olması hâlinde, bu eksiklikler tamamlanıncaya kadar başvurunun değerlendirilmesi ertelenecek ve mücbir sebep hâli dışında başvurana otuz güne kadar süre tanınarak bilgi veya belge eksikliklerinin tamamlanması istenecektir. Erteleme süresi sonunda eksiklikleri tamamlanmayan başvurular ise reddedilecektir.

Çalışma izninin aksine çalışma izni muafiyeti başvurularının ne kadar zamanda değerlendirilerek karara bağlanacağı konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim UİK m.13, 7'nci maddenin belli fıkralarına göndermede bulunmuş iken değerlendirmelerin otuz gün içerisinde yapılmasını öngören 8'inci fıkraya atıf yapmamıştır. Bu halde başvurunun yapıldığı amaç göz önüne alınarak Bakanlığın başvuruyu makul sürede sonuçlandırması gerekecektir. Her hâlükârda başvurunun 60 gün içerisinde sonuçlandırılmaması hâlinde ilgili, genel hüküm olan İdari Yargılama Usulü Kanunu m.10'dan hareketle başvurusunun reddedilmiş olduğunu var sayarak idari dava açabilecektir.

Bakanlığın başvuruları hangi gerekçeler ile reddedebileceği konusunda ise UİK'te fazlaca bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim çalışma izni başvurularının reddi sebepleri konusunda ayrıntılı bir düzenlemede bulunan UİK m.9'un aksine, m.13 bu konuda yalnızca “*başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılara Bakanlıkça çalışma izni muafiyeti düzenlenir*” ifadesini içermektedir. Bu durum bir ölçüde çalışma izni muafiyetinin mahiyeti ile açıklanabilir olsa da; kanaatimizce çalışma izni muafiyet başvurularının reddi sebeplerinin düzenlenmemiş olması bir eksikliktir. Uygulayıcı ve başvuru sahiplerine yön göstermek bakımından, başvurunun reddi sebeplerinin düzenlenmesinin uygun

⁸⁴ Doğan, Yabancılar, s. 217.

olacağını değerlendirmektedir. Bu bağlamda çalışma izni muafiyet başvuru ve şartlarının yanı sıra, uygun düştüğü ölçüde UİK m.9'da çalışma izni bakımından öngörülen bazı ret sebepleri dikkate alınabilir. Örneğin sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan; YUKK uyarınca ülkeye giriş yasağı konulan, vize verilmeyen veya hakkında sınır dışı etme kararı verilen veyahut kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan; Türkiye Cumhuriyeti'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan başvuruların reddedileceği söylenebilir. UİK'te yer almayan bu hususların en azından çıkarılacak uygulama yönetmeliği ile ele alınması yerinde olacaktır.

B. Çalışma İzni Muafiyetinin Sağladığı İmkânlar

Çalışma izni muafiyeti bir tür çalışma izni değildir ve tanımlı olduğu hak ve olanaklar çalışma iznine kıyasla sınırlıdır. Yine de çalışma izni muafiyet belgesi Türkiye'ye giriş, ikamet ve çalışma konusunda sahibine önemli imkânlar sunmaktadır. Bu bağlamda her şeyden evvel çalışma izni muafiyet belgesine sahip yabancılar ülkeye giriş açısından vize muafiyeti kapsamını içerisindedir⁸⁵. Ne var ki; konunun YUKK'da ele alınış şekli kafa karışıklığına ve tereddüde meydan verebilecek niteliktedir. Nitekim vize muafiyetini düzenleyen YUKK m.12 Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla geçerli çalışma izni bulunanların vize muafiyetinden yararlanacağını hükme bağlamış olmakla birlikte, çalışma izni muafiyet belgesi sahibi yabancılar bakımından herhangi bir belirlemede bulunmamıştır. Oysa YUKK'nın ikamet iznini düzenleyen 27'nci maddesi çalışma izni belgesi yanında çalışma izni muafiyet belgesinin⁸⁶ de ikamet izni tanıdığını açık bir şekilde düzenlemiştir⁸⁷. Aynı Kanunda yabancılara tanınan hakların biri (ikamet izni) açısından çalışma izni yanında çalışma izni muafiyetine vurgu yapılması, diğeri (vize muafiyeti) bakımından ise yalnızca çalışma izninden bahsedilmesi, kanun koyucunun çalışma izni muafiyetinden yararlananlara vize muafiyeti tanımadığı yorumunu doğurabilecek niteliktedir. Hâlbuki YUKK m.27, UİK m.3/1(ç) ve m.12 ile Türkiye'de ikamet ve çalışma hakkı tanınan çalışma izni muafiyeti sahibi yabancılara ülkeye giriş için yeniden vize alma yükümlülüğünün getirilmesi işin doğasına aykırı bir durum yaratacaktır⁸⁸. Aksine bir yorum, yani çalışma

⁸⁵ Asar, s. 57.

⁸⁶ YUKK mülga YÇİHK döneminde çıkarılmış olması nedeniyle “çalışma izni muafiyet teyit belgesi” ifadesini kullanmıştır. Ancak UİK m.26 uyarınca diğer mevzuatta yer alan “çalışma izni muafiyet teyit belgesi” veya “çalışma izni muafiyet belgesi” ibareleri UİK'te yer alan “çalışma izni muafiyeti” şeklinde anlaşılacaktır.

⁸⁷ Esen, s. 136; Rifat Erten, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 1, 2015, s. 24.

⁸⁸ Esasen kanun koyucu yabancıların ülkede kalmaları bakımından vize ve ikamet izni arasında

izninden muaf tutularak ülkemizde ikamet ve çalışmasına izin verilen yabancıların, ayrıca vize almakla yükümlü tutulmaları çifte kontrol anlamına gelebileceği gibi, UİK ve YUKK arasında sağlanmaya çalışılan uyuma da zarar verecektir. Esasen bahsedilen kafa karışıklığı ve tereddüt YUKK'nın yürürlüğe konulmasından iki yıl sonra yayımlanan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁸⁹ ile bir ölçüde giderilmiştir. Anılan Yönetmeliğin m.13/1(b) hükmü çalışma iznine sahip yabancılar gibi, çalışma izninden muaf tutulanların da vize muafiyeti kapsamında olduklarını belirtmiştir. Düzenleme yerinde olmakla birlikte Kanun'da bahsedilmeyen bir hakkın Yönetmelikte ele alınmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu düzenleme vize muafiyetinden yararlanacakların açıklanmasından ziyade, muafiyet kapsamının genişletilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda Kanun içerisinde tutarlılığın ve düzenlemenin yerindeliğinin sağlanması için konunun Kanunda ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz

Çalışma izni muafiyet belgesi yabancıya vizeden muaf olarak Türkiye'ye giriş imkânına ilave olarak ülkemizde ikamet ve çalışma hakkı da vermektedir. Başka bir anlatımla, çalışma izni muafiyeti için öngörülen süre içinde bu kişilerin ikamet iznine başvurmalarına veya çalışmak için başkaca bir işlem yapmalarına gerek bulunmamaktadır. Ne var ki; UİK m. 13/6 gereğince çalışma izni muafiyetiyle Türkiye'de geçirilen süreler kanuni çalışma izni veya ikamet izni sürelerinin hesabında dikkate alınmayacaktır⁹⁰. Yabancı çalışma izni muafiyetiyle Türkiye'de ne kadar süre geçirmiş olursa olsun, bu sebebe dayalı olarak süresiz çalışma veya uzun dönem ikamet izni için başvuramayacak veya Türk vatandaşlığına geçme talebinde bulunamayacaktır. Bu sonuç esas itibarıyla çalışma izni muafiyetinin mahiyeti ile uyumludur. Zira çalışma izni muafiyetinin esas amacı özel durumu haiz bazı yabancıların normal çalışma hayatına katılmaksızın, bu özel durum çerçevesinde ülkede bulunması ve çalışmasına olanak sağlamaktan ibarettir. Bu olanağın çalışma izni gibi değerlendirilip, yabancıların çalışma iznine bağlanan sonuçlardan yararlandırılması çalışma izni muafiyetinin mahiyetine ters düşecektir.

C. Çalışma İzni Muafiyetinin Geçerliliği ve İptali

Çalışma izni ve çalışma izni muafiyetinin geçerliliği ve iptali UİK m.15'te tek bir maddede ele alınmıştır. UİK m.15'in ilk fıkrası çalışma izni ve çalışma

bir işbölümü yapmıştır. Yabancı Türkiye'de 90 güne kadar kalacak ise vize, bu süreden daha fazla kalacak ise ikamet izni almakla yükümlüdür. Kanunda belli şartları sağlayan yabancılar ise vize ve/veya ikamet izni almaktan muaf tutulmuşlardır. Dolayısıyla ülkede bulunmak bakımından ikamet izni muafiyetinden yararlananların yeniden vize almalarının şart koşulması kanunun mantığına aykırı düşecektir. Yabancıların ülkede kalış bakımından vize ve ikamet izni arasında iş bölümü yaptığı konusunda bkz. Esen, s. 119.

⁸⁹ RG: 17/03/2016; 29656.

⁹⁰ Esen, s. 141.

izni muafiyetinin Bakanlıkça iptal edilmediği müddetçe ve düzenlendiği süre için geçerliliğini muhafaza edeceğini öngörmektedir⁹¹. UİK m.15 ikinci fıkrasında ise çalışma izni ve çalışma izni muafiyetinin iptal sebepleri birlikte ele alınmıştır. Anılan hüküm aşağıdaki gibidir:

“(2) *Yabancıнын veya işverenin talebi dışında çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, yabancıнын;*

a) Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye’ye gelmemesi,

b) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması,

c) Bu Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak çalıştığıнын tespiti,

ç) Çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi,

d) Çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığıнын sonradan tespiti,

e) 11 inci madde kapsamında olması ve geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması,

f) 6458 sayılı Kanunun 7 nci, 15 inci ve 54 üncü maddeleri kapsamında olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi,

g) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi,

ğ) Sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması,

h) Turkuaz Kart sahibi olması hâlinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşması, durumlarında iptal edilir.”

Görüldüğü üzere, UİK m.15 genel olarak çalışma izni yanında çalışma izni muafiyetinin; geçerlilik süresinin bitmesi ve kanunda öngörülen hükümlere uygun olarak kullanılmaması, çalışmanın herhangi bir nedenle sona ermesi veya yabancıнын kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasının sakıncalı olduğunun belirlenmesi hâllerinde iptal edileceğini hükme bağlamıştır. Keza aynı madde YUKK’nın ilgili maddelerine atıf yaparak, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti belgesine sahip olan

⁹¹ Asar, s. 282.

kişinin; ülkeye girişi yasaklanan, vize verilmeyecek veya sınır dışı edilecek yabancılardan olması durumunda da çalışma izni ve muafiyetinin ilga edileceğini belirtmektedir. Öte yandan, uluslararası koruma başvuru sahibi, şartlı mülteci ve geçici koruma sağlanan yabancılara tanınan çalışma izni muafiyeti, yukarıda yer verilen sebeplere ilave olarak, uluslararası koruma veya geçici koruma başvuru koşullarının kaybedilmesi veya YUKK uyarınca sağlanan koruma statüsünün son ermesi durumunda da geçerliliğini yitirecektir.

Bu incelemenin amacı doğrultusunda çalışma izni muafiyetinin iptaliyle ilgili olarak bir hususun altı çizilmelidir. UİK m.15'in ikinci fıkrasının giriş kısmı bentler hâlinde sayılan sebeplerin hem çalışma izni hem de çalışma izni muafiyetleri bakımından uygulanabilir olduğu izlenimini vermektedir. Gerçekte ise iptal sebeplerinin tümü, çalışma izni muafiyetleri bakımından uygulanabilir değildir. Bu bağlamda yalnızca çalışma izinleri açısından gündeme gelebilecek e, ğ ve h bentlerinde sayılan sebeplerin çalışma izni muafiyetlerine tatbiki olanağı yoktur. Bu açıdan Kanun değişikliğinin gündeme gelmesi durumunda maddenin yeniden ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Belirtilen bu duruma ayrıca çıkarılacak uygulama yönetmeliğinde de dikkatle yaklaşılmasında fayda görülmektedir.

SONUÇ

UİK yabancıların Türkiye'de çalışma haklarını düzenleyen temel kanundur. Bu nedenle mülga YÇİHK'nın aksine çalışma izninden muaf tutulan yabancıların, UİK kapsamına alınması doğru yönde atılmış bir adımdır. Böylelikle çalışma izninden muaf tutulsa dahi, ülkede çalışan yabancıların tek bir elden takibinin sağlanması, bunun devamı olarak da bu kurumun muhtemel kötüye kullanımlarının önlenmesi amaçlanmıştır. Çalışma izninden muaf tutulan yabancıların UİK kapsamına alınması aynı zamanda UİK ve YUKK'nın yeknesak bir şekilde uygulanmasına olanak sağlamıştır.

Ne var ki; UİK'te çalışma izni muafiyeti kurumunun pek çok yönüyle çalışma iznine atıfla düzenlenmesi bazı durumlarda çalışma izninin mahiyetine uygun düşmemiş, bazı alanlarda boşlukların doğmasına, diğer bazı yerlerde ise kafa karışıklığına neden olan durumların ortaya çıkmasında neden olmuştur. Olumsuz bu neticelerin giderilmesi bakımından gerek YUKK ve gerek UİK'te birtakım değişiklik ve düzeltmelerin yapılması gerekmektedir. İlave olarak, UİK'in yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen dört buçuk yıla rağmen halen çıkarılmayan uygulama yönetmeliğinin bir an evvel çıkarılarak Kanunun uygulanması bakımından gerekli açıklığın sağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun değişikliği veya yönetmelik çalışmalarında çalışma izni muafiyeti konusu ile ilgili olarak yapılması gerekenler konusundaki düşüncelerimiz aşağıdaki gibi sıralanabilir:

- Her şeyden evvel çalışma izni muafiyetinin bir tür çalışma izni olmadığının tespiti gerekir. Çalışma izni muafiyetinin izin olmaması, idarenin muafiyet belgesi başvurularını ancak kanunun aradığı şartlar bakımından kontrolünü gerektirir. Diğer bir anlatımla, çalışma iznine kıyasla çalışma izni muafiyet başvuruları konusunda idarenin takdir yetkisi daha sınırlı olmalıdır. Bu bağlamda çalışma izni muafiyet başvurularının değerlendirilmesi konusunda idarenin “uluslararası işgücü politikası”nın hangi bileşenleri kapsamında takdir yetkisini kullanabileceği, çıkarılacak yönetmelik ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu kapsamda örneğin çalışma izni muafiyeti başvuruları değerlendirilirken uluslararası işgücü politikasının “istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler” bileşenine daha az ağırlık verilebilecekken, “uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler” ve “Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler” bileşenine daha fazla önem verilebilir.
- Çalışma izni muafiyeti kapsamında ülkemizde çalışabilecek yabancılar UİK’te bütüncül ve açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu durum en azından UİK’in uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak yönetmelikte daha sistematik bir şekilde ele alınabilir.
- Çalışma izninin aksine, çalışma izni muafiyetinin reddi sebepleri UİK’te düzenlenmemiştir. Bahse konu hususun en azından çıkarılacak yönetmelikte ele alınması elzemdir.
- Çalışma izni muafiyetinin, vize muafiyetini kapsayıp kapsamadığı konusunda, YUKK’da yer alan düzenleme kafa karışıklığına meydan verebilecek niteliktedir. Oluşan tereddütlerin giderilmesi açısından YUKK’da yapılacak değişiklik ile çalışma izninden muaf tutulanların da vize muafiyeti kapsamında olduklarının belirtilmesi yerinde olacaktır.
- Çalışma izni muafiyetinin geçerliliği ve iptali sebeplerinin çalışma izni ile aynı madde de düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Her bir kurumun kendine has özelliği esas alınarak düzenlemelerin ayrı maddeler hâlinde yapılması, ayrıca konunun çıkarılacak yönetmelikte açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- 4817 sayılı mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK), Genel Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c006/tbmm22006038ss0038.pdf> (Erişim tarihi 16.01. 2021.
- 6735 Sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu Genel Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf> (Erişim Tarihi 29.10.2020).
- ASAR Aydoğan, Yabancılar Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020.
- AYBAY Rona /DARDAĞAN KİBAR Esra, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- AYGÜL Musa, Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılar Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, 2019.
- AYGÜN Mesut, “Vatandaş veya İmtiyazlı Yabancı Olma Yönünde Kabul Edilen Düzenlemelere Sığınmacılar Açısından Eleştirel Bir Bakış: Uzun Dönem İkamet İzni, Turkuaz Kart Sahipliği ve Vatandaşlık Hakkı Çerçevesinde”, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 37 S: 2, 2018, s. 167-194.
- ÇALIŞKAN Zeynep, “GATS Anlaşması Bağlamında Yabancıların Çalışma Hakları” Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Edt. TİRYAKİOĞLU Bilgin/AYGÜN Mesut /ÖNAL Ali /ALTIPARMAK A. Kübra / KAYA Cansu, Yetkin Yayınları, 2016, s. 225-242.
- ÇELİKEL Aysel/ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 25. Baskı, Beta Yayınları, 2020.
- ÇÖRTOĞLU KOCA Sema, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler», Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2016/2, 2016, s. 43-88.
- DEMİRKOL Berk, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2018, s. 421-482.
- DOĞAN Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 16 Baskı (Tıpkı Basım), Savaş Yayınevi, 2020, (Vatandaşlık).
- DOĞAN Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020 (Yabancılar).
- ERKAN Mustafa, “Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri, Uluslararası Koruma Ve Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin İş Piyasasına Erişiminin Değerlendirilmesi,” Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C: 37, 2018, s. 221-247.

- ERTEN Rifat, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, S: 1, 2015, s. 3-51.
- ESEN Emre, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınları, 2019.
- ERDEM B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, 2019.
- ERGİN Hediye, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, 2017.
- EKŞİ Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2018.
- GÜNGÖR Gülin, Tâbiyet Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- IŞIK Halil Alperen, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkının Hukuki Niteliği ve Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015; <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi 17.01.2021).
- KAVLAK Bengül, “Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen bir Yenilik: Turkuaz Kart”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S: 2, 2019, s. 337-362.
- KAYA Talat, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayınları, 2015.
- ÖZTÜRK Neva Övünç, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:2, 2016, s. 393-448.
- SARGIN Fügen, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme Ve Çalışma Hakları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 17 / 1-2 2011, s. 317-354.
- TEKİNALP Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınları, 2003.
- TEKSOY Barış, “Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Meseleler”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Edt. TİRYAKIOĞLU Bilgin/AYGÜN Mesut /ÖNAL Ali /ALTIPARMAK A. Kübra / KAYA Cansu, Yetkin Yayınları, 2016, s. 245-272.
- TİRYAKIOĞLU Bilgin, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 46, S: 1, 1997, s. 67-84.

YILMAZ Mücahit, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, On iki Levha Yayınları, 2017 (YILMAZ M.).

YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1992.

YAPAY ZEKÂNIN CEZAI SORUMLULUĞU

Criminal Liability of Artificial Intelligence

Enes KÖKEN*

Geliş Tarihi: 17.02.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak yapay zekâli varlıkların suç işlemesi ve buna bağlı olarak cezai sorumluluklarının doğması artık hayal ürünü olmaktan çıkmıştır. Önceleri sadece bilim kurgu filmlerinde izlediğimiz bazı olayların artık gerçek hayatta meydana gelmesi ihtimali kaçınılmazdır. Bundan dolayı, yapay zekâli robotların cezai sorumluluğu konusunun incelenmesi zorunlu hale gelmiştir. Şu an itibariyle yapay zekânın hukuki statüsü netlik kazanmadığı için, yapacağımız açıklamalar ileriki yıllarda yaşanacak cezai uyuşmazlıkların temelini atmaya yöneliktir. Bu açıdan çalışmamızda ilk olarak robot ve yapay zekâ kavramları incelenecektir. Devamında yapay zekâyâ kişilik tanınıp tanınmaması konusu ele alınacaktır. Sonrasında ise, ceza hukuku bakımından değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu kapsamda yapay zekânın hareket yeteneğinin bulunup bulunmayacağı, suçun manevi unsuru, iştirak, kusur ve kusur yeteneği ile yaptırım açısından açıklamalarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, robotlar, cezai sorumluluk, iradi hareket, yaptırım.

ABSTRACT

Due to technological developments, the criminalization of artificially intelligent beings and, accordingly, the birth of their criminal responsibilities has ceased to be a figment of imagination. Some of the events that we only watched in science fiction movies before are now possible to occur in real life. Therefore, it has become compulsory to examine the criminal liability of artificial intelligence robots. As of now, the legal status of artificial intelligence has not been clarified. Therefore, the explanations we will make are intended to lay the groundwork for criminal disputes to be experienced in the coming years. Therefore, in our study robot and artificial intelligence concepts will be examined first. Afterwards, the issue of whether or not to recognize personality in artificial intelligence will be discussed. After that, evaluations will be made according to criminal law. In this context, explanations will be made in terms of whether artificial intelligence will have the ability to act, the spiritual element of crime, participation, defect and the ability to defect, and sanctions.

Keywords: Artificial intelligence, robots, criminal liability, voluntary act, sanction.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kueneskoken@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0273-4297.

GİRİŞ

Günümüz çağında gelişen teknolojiye paralel olarak yapay zekâ alanında önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Son yıllarda sıklıkla yapay zekâ algoritmaları¹ geliştirilmekte ve bu konuda deneyler yapılmaktadır. Söz konusu çalışmaların yapılmasının sebebi, başta bilişim, teknoloji ve elektronik olmak üzere insanlığın birçok alanında yapay zekânın kullanılmak istenmesidir. Çağımızda artık hemen hemen her alanda yapay zekâ karşımıza çıkmaktadır².

Yapay zekâ günümüzde her alanda kullanılmakla birlikte, bazı alanlarda kendini fazlasıyla hissettirmektedir. Başta iletişim, bilişim, otonomi, sağlık³, askeri⁴ ve hukuk⁵ alanı olmak üzere birçok alanda yoğun şekilde kullanılmaktadır⁶. Yapay zekânın etki alanı ağırlıklı olarak bilgisayar/yazılım programcılığı, mühendislik, finans, alışveriş, otonomi sanayi⁷, denizcilik sektörü⁸, sağlık⁹, askeri¹⁰ gibi konular olsa da, bunun yanında matematik,

¹ TDK'ya göre algoritma “Orta Çağda ondalık sayı sistemine göre, son zamanlarda ise iyi tanımlanmış kuralların ve işlemlerin adım adım uygulanmasıyla bir sorunun giderilmesi veya sonuca en hızlı biçimde ulaşılması işlemi, Harezmi yolu”, E.T: 10.10.2020; Algoritma kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz., Aydoğdu Yasin, Yapay Zeka ve Robot Hukuku, Aralık, 2020, Udemy, Yapay Zekâ ve Robot Hukuku | Udemy, E.T: 10.01.2021.

² Dülger M. Volkan, “Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 142, Haziran 2018, s. 82; “Son zamanlarda sıklıkla adını duyduğumuz ‘yapay zekâ’ kavramı gündelik hayatta çeşitli kullanımlarla karşımıza çıkmaktadır. Örneğin bize tavsiyelerde bulunan arama motorları, tanıyan olabileceğimiz kişileri gösteren sosyal medya platformları, zevklerimize ve ihtiyaçlarımıza göre öneriler sunan çevrimiçi alışveriş siteleri, sürücüsüz otomobiller ve fabrika ve sanayilerde kullanılan birçok makine gibi sayılarını arttırabileceğimiz alanlarda karşımıza yapay zekâ kavramı çıkmaktadır”, Bkz., Aydoğdu Yasin, “Yapay Zekâ Marifetiyle Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Terörizme Etkileri”, Yeni Nesil Terörizm, ed.: Muhittin İMİL, Ankara, 2020, s. 161.

³ GMG Savunma Mühendislik Sanayi ve Ticaret A.Ş tarafından koronavirüs salgınının yayılımına karşı dezenfektan moleküllerinin kıyafetler ve cansız yüzeylerde 70 saniyeye kadar kalmasını sağlayan dezenfektan kabini üretildi. İlgili haber için bkz., <https://www.dailymotion.com/video/x7t3xlf>, E.T: 21.10.2020.

⁴ Roketsan Ürün Kataloğu, <https://www.roketsan.com.tr/wp-content/uploads/2018/05/UrunKatalogu-2018.pdf>, 2018, s. 13 vd.

⁵ “İngiliz bilim adamlarının yapay zekâ teknolojisi ile ‘robot yargıç’ geliştirdi. Yapay zekânın son ürünü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde (AİHM) görülen davalardan yüzde 79’unun hükmünü doğru tahmin etti.”, Bkz., <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37750409>, E.T: 08.01.2021.

⁶ Cath Corinne/Wachter Sandra/Mittelstadt Brent/Taddeo Mariarosaria/Floridi Luciano, “Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach”, Science and Engineering Ethics, March 2017, s. 2.

⁷ İlgili haber için bkz., <https://shiftdelete.net/mercedes-s-serisi-icin-ar-hud-teknolojisini-tanitti>, E.T: 21.10.2020.

⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., Kara Hacı, “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, SDÜHFD, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 17 vd.

⁹ Yapay zekanın sağlık alanında kullanılması ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Parlak Börü Şafak, “Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 2019, s. 760 vd.

¹⁰ İngiltere silahlı kuvvetleri başkanı General Sir Nick Carter, 2030 yılına kadar ordunun

felsefe, oyun, reklamcılık, psikoloji gibi sosyal, fen ve sağlık bilimlerinin tüm alanlarını kapsadığı söylenebilir¹¹. Ayrıca, bazı yapay zekâ ürünleri insan konuşmalarını anlama ile ulaşım araçlarında ve özellikle askeri simülasyonlarda akıllı yönlendirmeler gerçekleştirmektedir¹².

Sağlık alanında kullanılan teknolojilerin birçoğu yapay zekâ ile çalışmaktadır. Ameliyathanelerde kullanılan cihazlar, röntgen, kan tahlili ve DNA araştırmaları için kullanılan araçlar gibi birçok örnek karşımıza çıkmaktadır. Askeri alanda üretilen birçok silah ve benzeri aletler yapay zekâ ile çalışmaktadır. Örnek olarak havada manevra kabiliyetine sahip füzeler, radara girmeyen savaş uçakları ve insansız hava araçları gösterilebilir¹³.

Yapay zekâ alanının yaşanan gelişmelere ülkeler ve uluslararası örgütler de kayıtsız kalmamaktadır. Nitekim Avrupa Birliği'nin bir organı olan AB Komisyonu tarafından 10 Nisan'da yapay zekâ ile ilgili bildirme yayımlandı. Bu bildirme, Avrupa'nın yapay zekâdaki başarıları ve yatırımları ile Dijital Tek Pazar oluşturulmasına yönelik ilerlemeyi temel almaktadır. Katılan üye devletler Avrupa'nın yapay zekâ konusundaki teknoloji ve endüstri kapasitesini artırma ve kamu sektörü verilerine daha iyi erişim de dâhil olmak üzere bunun kavranmasını hızlandırma, ekonomik büyüme ve yeni nitelikli işler yaratmak gibi şartları bulunmaktadır. Ayrıca, işgücü piyasasının dönüşümü ve Avrupa'daki eğitim ve öğretim sistemlerinin modernize edilmesi gibi sosyo-ekonomik zorlukların ele alınması ile kişisel verilerin gizliliği ve korunması da dâhil olmak üzere, AB temel hak ve değerlerini temel alan yeterli yasal ve etik bir çerçeve sağlanmaktadır¹⁴.

Yapay zekânın kullanım alanı ile ilgili sınır çizmek artık imkânsız denebilecek konumu gelmiştir. Artık hayatın her alanında karşımıza çıktığı ifade edilebilir. Örnek vermek gerekirse hava durumu tahminlerinde yapay sinir ağı modelleri adı verilen yapay zekâ kullanılmaktadır. Sanal ortamda oynanan satranç¹⁵ vb. oyunların yapay zekâ sayesinde oynanıp, kendilerine yüklenen sistem gereği olarak algoritma geliştirmekte ve ona göre oyuna devam etmektedir¹⁶. Yine,

önemli sayıda otonom veya uzaktan kumandalı makinelere sahip olabileceğini söyledi. Carter, "120 bin kişilik ordumuzun yaklaşık 30 bini robotlardan oluşabilir." dedi. İlgili haber için bkz., <https://londragundem.com/ingiltere-ordusunun-dortte-birini-robotlar-olusturacak/>, E.T: 11.11.2020.

¹¹ Holzer Jenny R./Moses Franklin L., "Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges", Studies in Intelligence, Vol. 59, No. 1, March 2015, s. 21 vd.; Calo Ryan, "Robots in American Law", University of Washington School of Law Research Paper, February 2016, s. 3; Sarı Onur, "Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, 2020 (147), s. 252.

¹² Schank Roger C., "Where's the AI?", AI Magazine, Vol.: 12, Number 4, 1991, s. 38.

¹³ Detaylı bilgi için bkz., Sparrow Robert, "Killer Robots", Journal of Applied Philosophy, Vol. 24, No. 1, 2007, s. 63 vd.

¹⁴ <https://digitalage.com.tr/ab-yapay-zeka-bildirgesi-yayimlandi/>, E.T: 10.01.2021.

¹⁵ Gizem Öztürk Dilek, "Yapay Zekânın Etik Gerçekliği", AUSBD, 2019, 2 (4), s. 51.

¹⁶ Güner Cemil, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa

son yıllarda otomobil şirketleri tarafından yapay zekâlı fren sistemi teknolojisi kullanılmaktadır¹⁷.

Teknolojinin hızlı gelişmesiyle birlikte hayatımızın bir parçası haline gelen yapay zekâ, kendisini hukuk alanında da göstermektedir¹⁸. Özellikle teknolojinin gelişmesine bağlı olarak ceza muhakemesi sisteminde çağ atlanmıştır. Ceza muhakemesinde *sanıktan delile gitme sistemi* geçerli iken, artık *delilden sanığa gitme sistemi* geçerlidir. Ceza muhakemesinde hâkim, vicdani delil sistemi kapsamında her delili dikkatli şekilde değerlendirmek zorundadır. 5271 sayılı CMK m. 75 vd. (beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, DNA analizi, fizik kimliğin tespiti, otopsi vs.) ile CMK m. 135 vd. (iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçla izleme) sayesinde bilimsel deliller aşamasına geçilmiştir. Bu deliller tanık açıklaması gibi klasik delillere göre güvenilirliği daha fazladır¹⁹. Yapay zekânın kullanıldığı bu sistemler sayesinde artık hak ihlalleri yaşanmasının önüne geçilebilmektedir. Gelecekte hukuk sistemlerinin yapay zekâ teknolojisi üzerine inşa edilmesi ve hukuk alanındaki ihtiyaçların bu sayede karşılanması kaçınılmaz olacaktır. Sadece delil toplanması ve değerlendirilmesi aşamasında değil, yargılamanın yapılması ve hüküm kurulması aşamalarında da yapay zekânın devreye gireceği muhakkaktır. Ayrıca, yapay zekâ ile ilgili yapılacak hukuki düzenlemeler devletlerin bireysel olarak değil, ortaklaşa yapacakları çalışmalar neticesinde şekillenmesi yaşanacak hukuki ihtilafların daha sağlıklı çözümlenmesine neden olacaktır²⁰.

Yapay zekânın günlük yaşantıya önemli etkilerinin olması, insanlığın gelişimi ve yaşayışının buna göre şekillenmesi öncelikle bu kavramın geniş anlamda hukuk, dar anlamda ceza hukukunun neresinde kalması gerektiği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Ticari şirketlerin sahip oldukları ekonomik güç sayesinde kolaylıkla suç işleyebileceklerinden korkulmuştu. Ancak, ticari şirketler ile ilgili gerekli yasal düzenlemelerin yapılması suretiyle bu korku

Uygulanacak Hukuk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 15, Haziran 2020, s. 232.

¹⁷ Smith Bryant Walker, "Automated Driving and Product Liability", Michigan State Law Review, Vol. 1, 2017, s. 19.

¹⁸ Mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinin modellenmesi, UYAP sisteminde bulunan verilerin yönetilmesi ve yapay zekâ ile donatılmış karar destek mekanizmasının oluşturulması ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Kıyak Emre, "Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 91 vd.

¹⁹ Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sırma Gezer Özge/F. Saygılar Kırıt Yasemin/Özaydın Özdem/Alan Akcan Esra/Erden Tütüncü Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016, s. 328-329.

²⁰ Cerka Paulius/Grigienė Jurgita/Sirbikyte Gintare, "Liability for damages caused by artificial intelligence", Computer Law & Security Review, 31(3), April 2015, s. 377.

giderilmiştir²¹. Buna benzer bir durum yapay zekânın cezai sorumluluğu noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Günümüz çağında yapay zekânın varlığı bilim kurgu olmaktan çıkarak reel hale gelmiştir. Bazı ileri teknolojilerin kullanıldığı yapay zekâ türlerinin kendi kendine karar alabilmesi sorumluluğun kime ait olacağını sorununu gündeme getirmektedir. Bundan dolayı, yapay zekâyı sadece “araç” olarak nitelendirmek isabetli gözükmemektedir. Meydana gelen sorumluluk üretici firmaya mı, yoksa yazılımı yapan kişiye mi veya yapay zekânın kendisine mi ait olduğu tespit edilmelidir. Bu sebeplerden dolayı, tüzel kişilerde olduğu gibi yapay zekâ içinde gerekli yasal düzenlemelerin yapılması zorunluluk haline gelmiştir²².

Yasal düzenleme ihtiyaçlarının ilk sırasında sorumluluk hukukundan kaynaklanan meseleler yer almaktadır. Zira yapay zekânın günümüzde yaygın şekilde kullanılması beraberinde bir takım riskleri de barındırmaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin temelinde matematik, olasılık, istatistik yer almaktadır. İnsanın kısa sürede hesaplayamayacağı birçok veriyi yapay zekâ çok kısa sürede hesaplayıp, analiz edebilmektedir²³. Bu işlemler yapıldığı zaman bazı hatalar oluşabilmekte, bunun neticesinde ise üçüncü kişiler zarar görebilmektedirler²⁴. Dolayısıyla, borçlar hukukundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu ile cezai sorumluluk ortaya çıkmaktadır.

Yapay zekâlı varlıkların hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için hukuki kişiliklerinin olması zorunludur. Günümüz şartlarında robotların ve yapay zekânın hukuki kişiliğinin bulunup bulunmadığı teorik bir sorundan öteye gidememektedir. Buna ek olarak, robotların ve yapay zekânın cezai sorumluluklarının olup olmadığı şimdilik bilim kurgu ürünü olarak kabul edilmektedir. Ancak, günümüz çağında bu şekilde kabul edilse de, ceza hukuku açısından bazı önermeler yaparak, ileriki yıllarda günlük yaşamımızın tamamen yapay zekâ üzerine inşa edileceği düşüncesinden hareketle bu değerlendirmelerin yapılarak şimdiden temelini şekillenmesi, ileriki yıllarda çıkacak cezai uyumsuzlukların önüne geçmek için zorunlu olduğunu düşünmekteyiz. Bu konuda yakın gelecekte yapay zekâ ile ilgili anayasalarda çeşitli düzenlemelerin yer alacağı düşünülmektedir²⁵.

²¹ Koops Bert Jaap/Hildebrandt Mireille/Jaquet-Chiffelle David-Oliver, “*Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2010, s. 499.

²² Özbek V. Özer/Özbek Ceren, “*Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi*”, CHD, Yıl: 14, Sayı: 41, Aralık 2009, s. 604.

²³ Hallevy Gabriel, “*The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*”, Akron Intellectual Property Journal, March 2016, s. 176-177.

²⁴ Sari, s. 252-253.

²⁵ Boyle James, “*Endowed by Their Creator?: The Future of Constitutional Personhood*”, <https://www.brookings.edu/research/endowed-by-their-creator-the-future-of-constitutional-personhood/>, E.T: 17.10.2020.

Çalışmamızda yapay zekâlı robotların (yapay zekâ sistemlerinin) hukuki statülerinin ne olduğu, kişilikleri, hareket yeteneklerinin olup olmadığı, faillik kurumu ile ceza hukuku anlamında sorumluluklarının bulunup bulunmadığı üzerine değerlendirmeler yapacağız. Ayrıca, çalışmamızda genel kavramlar ortaya konulduktan sonra cezai sorumluluk anlamında yapay zekâyâ ilişkin mevcut, benzer ya da tatbik edilebilme ihtimali çerçevesinde önerilen ceza hukuku kurumları tartışılarak, özellikle yapay zekâyâ sahip makinelerin/araçların meydana getirdiği suç teşkil eden fiiller karşısındaki sorumluluğa ilişkin sorunlara ceza hukuku perspektifinden yaklaşımlar getirilmeye çalışılacaktır.

I. ROBOT VE YAPAY ZEKÂ KAVRAMLARI

Robot ve *yapay zekâ* kavramlarının hukuk (ceza hukuku) ile ilişkisi yabancı olduğumuz bir husustur. Çağımızda ceza hukuku alanında yasal bir zemini olmayan bu kavramların ilerleyen yıllarda etkisinin büyük olacağı ifade edilebilir²⁶.

A. Robot Kavramı

Robot kavramı ilk kez Karel Capek isimli Çek yazar tarafından ortaya konulmuştur. Bu kavram, esasında 1920 yılında yazarın bilim kurgu konulu tiyatro eserinin başlığında kullanılmıştır²⁷. Kelime anlamı olarak, Çekçe dilinde ağır iş, hizmetkârlık, zorunlu iş gücü anlamına gelip²⁸, “Robota” kelimesinden türetilmiş ve İngilizceye geçmiştir. Böylece, dünya genelinde kullanılan “robot” kelimesi üretilmiştir. *Robot* ifadesi, kendisini yönetebilen, bağımsız hareket etme yeteneğine sahip olan ve verilen görevleri yerine getirebilen, özünde insanın yapabildiği işleri icra edebilen mekanizmalar olarak tanımlanmaktadır²⁹.

TDK’ya göre robot, “*Belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç*”tır³⁰.

²⁶ Altunç Mehmet Sinan, “*Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Ekim 2014, İstanbul, s. 159.

²⁷ Alexandre F. Maia, The Legal Status of Artificially Intelligent Robots: Personhood, Taxation and Control, Electronic Journal, Master of Laws (LL.M.), Advisor: Erik P. M. Vermeulen, Tilburg University, June 2017, s. 9; Kuşçu Ertan, “Çeviride Yapay Zekâ Uygulamaları”, KKEFD – 2015, Sayı: 30, s. 48; Parlak Börü, s. 759.

²⁸ Ercan Cannur, “*Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri*”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 40, Ekim 2019, s. 23-24; Özbek/Özbek, s. 608-609.

²⁹ Zorlu Mustafa, “*Yapay Zekâ ve Telif Hakkı*”, TBB Dergisi, Mayıs-Haziran 2019, Yıl: 32, Sayı: 142, s. 308-309; World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, Report of COMEST on robotics ethics, Paris, 14 September 2017, s. 4.

³⁰ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T: 14.10.2020.

Altunç'a göre robot, genel olarak bazı fiziksel görevleri elektronik olarak yapmaya programlanan makine olarak tanımlanmaktadır³¹.

Ercan'a göre robot, otonom (özerk) görev yapan ve hareket yeteneğine sahip makinelerdir. Otonom olmaktan anlaşılması gereken, robotun insan tarafından yardım olmaksızın bir takım görevleri icra etmek amacı ile somut şekilde hedefe yönelik bazı tepkiler vermesidir³². Başka bir ifadeyle, herhangi bir dış etki veya kontrol mekanizması olmaksızın kendi kendine bağımsız olarak karar alma yeteneğidir³³.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan bir tanıma göre robot, biyolojik açıdan cansız olan, ancak fiziksel ve zihinsel faaliyet gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş sistemdir. Buna göre robot, fiziksel olarak hareket edebilen, düşünebilen ve karar alabilen bir makinedir³⁴. Robotta bulunması gereken zekâ, kendisine verilen görevi yerine getirmeye ve kendisini yönetmeye yetecek düzeyde olmalıdır³⁵. Bu tanıma uygun olarak robot kavramına iRobot şirketinin ürettiği Roomba marka süpürgeler gösterilebilir. Bu süpürgeler temizlik için evin içinde dolaşmaktadır. Ancak, herhangi bir engelle karşılaştığında karar alabilme yeteneğine sahiptir. Bu sayede süpürge engele çarpmamak için yönünü değiştirebilmektedir. Ayrıca, süpürge çalışırken de herhangi bir insanın kontrol etmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Benzer şekilde, askeri alanda bombaların etkisiz hale getirilmesinde kullanılan ya da ateş altındayken keşif yapabilen robotlar ile NASA'nın Mars'a keşif için gönderdiği robotlar örnek olarak gösterilebilir. Sonuç olarak, robot kavramı dendiğinde, algılama/ hissetme ile hareket yeteneği olan, belirli bir güç kaynağına ve zekâyâ sahip olan makineler anlaşılmalıdır³⁶.

B. Yapay Zekâ Kavramı

Belirli kavramların tanımında olduğu gibi, yapay zekâ üzerinde de gerek kavrama verilen isim tamlaması bakımından gerekse çağrıştırdığı anlamlar bakımından bir görüş birliğine varılmış değildir. Yapay zekânın dünyanın önde gelen robotik bilimcileri tarafından kabul gören bir tanımı Standford Üniversitesi Yapay Zekâ Laboratuvarı müdürü Sebastian Thrun tarafından yapılmaktadır. Thrun yapay zekâyı “karmaşık bir şeyi algılama ve uygun kararlar verme” olarak tanımlamaktadır³⁷. Türk doktrininde bu alanda yapılan

³¹ Altunç, s. 160.

³² Ercan, s. 24.

³³ Sarı, s. 255.

³⁴ Richards Neil M., “How should the law think about robots?”, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf, E.T: 15.10.2020, s. 5.

³⁵ Zorlu, s. 309.

³⁶ Bozkurt Yüksel A. Ebru, “Robot Hukuku”, TAAD, Yıl:7, Sayı:29, Ocak 2017, s. 87-88.

³⁷ Pagallo Ugo, “Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics and the Law”, ECAI 2016-European Conference on Artificial Intelligence, August, 2016, s. 209.

çalışmalardan dili en sade ve her kesimden okuyucuya hitap eden “50 Soruda Yapay Zekâ” kitabının yazarı Boğaziçi Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Bölümü öğretim üyesi Prof. Dr. Cem Say’ın yapay zekâ tanımı şöyledir: “Doğal sistemlerin yapabildiği (zekice olsun veya olmasın) her bilişsel etkinliği (gerekirse bedenleri olan) yapay sistemlere, daha da yüksek başarımlı düzeylerinde nasıl yaptırabileceğimizi inceleyen bilim dalıdır.³⁸” Bozkurt Yüksel’e göre ise yapay zekâ, insanların doğal anlamda sahip oldukları zekâ ile çözdükleri problemleri çözme yeteneğine sahip yazılımdır³⁹.

Yapay zekâ, insan zekâsına özgü olan *algılama, öğrenme, çoğul kavramları bağlama, düşünme, fikir yürütme, sorun çözme, iletişim kurma, çıkarımsama yapma ve karar verme* gibi yüksek bilişsel fonksiyonları veya otonom davranışları sergilemesi beklenen yapay bir işletim sistemidir. Bu sistem aynı zamanda düşüncelerinden tepkiler üretebilmeli (*eyleyici yapay zekâ*) ve bu tepkileri fiziksel olarak dışa vurabilmelidir⁴⁰. Başka bir ifadeyle yapay zekâ, özerk bir sistem olması nedeniyle verileri doğru şekilde yorumlayabilme, verilerden çıkarımlar yapmak suretiyle öğrenme ve öğrendiklerini kullanabilme yeteneği olarak ifade edilebilir⁴¹. Örnek vermek gerekirse, yapay zekâyâ sahip bir taşıma robotu eşyaları nereden alıp, nereye taşıyacağı hususunda karar almakta ve bu kararı uygulamaya geçirmektedir. Yapay zekâ bu işlevi yerine getirirken bir takım hesaplamalar yapmaktadır. Kendince en doğru hesaplamayı yapmasıyla birlikte görevini icra etmektedir⁴².

İlk kez Amerikalı bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından ortaya atılan yapay zekâ kavramının⁴³ net bir tanımı yapılamamaktadır. II. Dünya Savaşı’nın ardından gelişen silah teknolojileri ile beraber bilgisayar teknolojilerinin yeni ortaya çıktığı dönemde, “makinelere düşünebilir mi?” sorusunun Alan Mathison Turing tarafından sorulması ile başlayan süreç yapay zekânın ortaya çıkmasında milat olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

En genel anlamıyla yapay zekâ, algılama, öğrenme, üretme, düşünme, karar ve sonuç çıkarma gibi insan zekâsının yapabildiği fonksiyonları icra edebilen sistemlerdir⁴⁵. Tanımdan anlaşılacağı üzere yapay zekâ cep telefonunda,

³⁸ Say Cem, 50 Soruda Yapay Zekâ, 5. Baskı, İstanbul, 2018, s. 83.

³⁹ Bozkurt Yüksel A. Ebru, “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi - Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020, s. 489.

⁴⁰ Güner, s. 231; https://tr.wikipedia.org/wiki/Yapay_zek%C3%A2, E.T: 17.10.2020.

⁴¹ Akkurt Sinan Sami, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 13, Haziran 2019, s. 41; Krotov Vlad, “The Internet of Things and new business opportunities”, Business Horizons, file:///C:/Users/user/Downloads/1-s2.0-S0007681317301076-main.pdf, September 2017, s. 6.

⁴² Sarı, s. 255.

⁴³ K. Balta Büşra, “Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: XXIV, Y.: 2020/3, s. 207.

⁴⁴ Aydın İ. Hakkı/Değirmenci C. H., Yapay Zeka, İstanbul, 2018, s. 20.

⁴⁵ Sucu İpek/Ataman Elif, “Dijital Evrenin Yeni Dünyası Olarak Yapay Zekâ Ve Her Filmi

bilgisayarda, robotta veya buna benzer herhangi bir makinede bulunabilir⁴⁶. Bir makinede yapay zekâ olup olmadığı, makine tarafından gerçekleştirilen işlevin insan zekâsı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemediğini tespit ederek mümkün olacaktır. Ayrıca, makine işlevini yerine getirirken insan zekâsının sahip olduğu unsurları kullanıp kullanmadığına bakılmalıdır. Anlaşılabacağı üzere, yapay zekâ algılama, öğrenme⁴⁷, düşünme ve sonuç çıkarma gibi insan zekâsının yapabildiği işlevleri yerine getirebilme yeteneğine sahiptir⁴⁸.

Yapay zekâyâ örnek olarak Google'ın arama motorunda kullandığı yazılım gösterilebilir. Google tarayıcıları sürekli olarak internet bağlantıları arasında dolaşarak internet sayfaları aramaktadır. Yapmış olduğu bu keşif sonucunda tespit ettiği web sitelerini Google sunucusuna aktarmaktadır. Keşfedilen web sitesinin neyle ilgili olduğu Google tarafından anlaşılmaya çalışılmaktadır. Başka bir ifadeyle, *istatistiksel analizler yapılmaktadır*. Bu analizler tespit edildikten sonra, bulunan web siteleri Google tarafından hafızaya alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, öğrenilmektedir, yani örnekler incelenmektedir. Google aracılığı ile arama yapıldığında ilk olarak konu algılaması yapılmaktadır. Daha sonra, önceden yapılan analizler kullanılarak konuyla ilgili internet siteleri hiyerarşik biçimde sıralanarak kullanıcıya sunulmaktadır. Böylelikle, yapay zekâ ile ilgili yukarıda belirttiğimiz işlevlerin hepsi yerine getirilmiş olmaktadır⁴⁹.

Yapay zekâ dört ana kategori üzerinden ele alınarak incelenebilir⁵⁰. Şuan ilk iki tür yapay zekâ üretilmiş olup, üçüncü ve dördüncü tür yapay zekâ üzerinde çalışmalar devam etmektedir⁵¹. Ancak, son yıllarda üçüncü çeşit

Üzerine Bir Çalışma", Yeni Medya Elektronik Dergi, Ocak 2020, s. 41; Barfield Woodrow, "Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots", Paladyn, Journal of Behavioral Robotics, Volume 9, Issue 1, 2018, s. 193; Dülger, s. 83.

⁴⁶ Bozkurt Yüksel A. Ebru, "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 11, Haziran 2018, s. 588.

⁴⁷ BBC'de yayınlanan bir habere göre bacağı kırılan bir robotun kısa sürede yeniden yürümeyi öğrendiği belirtilmiştir; "Robot 'learns to Keep Going with Broken Leg'", <https://cacm.acm.org/news/177235-robot-learns-to-keep-going-with-broken-leg/fulltext>, E.T: 16.10.2020.

⁴⁸ Zorluel, s. 308-309; Altunç, s. 162.

⁴⁹ Zorluel, s. 309-310; Apple'ın Siri uygulaması günümüzde yapay zeka uygulamalarının başında gelmektedir, bkz., Sucu/Ataman, s. 43.

⁵⁰ Öğretide ve uygulamada yapay zekânın üç kategoride (dar yapay zekâ, genel yapay zekâ ve süper yapay zekâ) incelemesi gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz., Ünsal Burçak, "Yapay Zeka, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 4, Temmuz-Ağustos 2019, s. 66-67; Kara Kılıçarslan Seda, "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", YBHD, Yıl: 4, Sayı: 2019/2, s. 366-367; Öğretide yapay zekânın iki kategoride (güçlü yapay zekâ ve zayıf yapay zekâ) incelemesi gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz., Bozkurt Yüksel, Yapay Zeka, s. 590-591.

⁵¹ Bak Başak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Yıl: 9, Sayı: 35 (Temmuz 2018), s. 213.

yapay zekâ konusunda önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Birinci çeşit yapay zekâ, sadece çevresine karşı reaksiyon göstermektedir. Yani, çevriyi algılar ve gördükleri karşısında tepki verir. Bu yapay zekâ sadece tek bir alanda uzmanlık göstermektedir. Örnek olarak IBM şirketi ait Deep Bleu⁵² isimli satranç oynayan, Google şirketine ait AlphaGo⁵³ isimli oyunu oynayan yapay zekâlar gösterilebilir. İkinci çeşit yapay zekâ, sınırlı şekilde bir hafızaya sahiptir. Bu türdeki yapay zekânın uygun şekilde karar alıp, uygulayabilmesi için hafızasının kapasitesi sınırlıdır. Geçmişin bilgisine ve önceden programlanmış yeteneklere haizdir. Ayrıca, sahip olduğu bilgileri uygun kararlar alıp, bu kararları düzgün bir biçimde icra etmek için kullanmaktadır. Örnek olarak otomatik pilot, sohbet robotu vs. gösterilebilir⁵⁴. Üçüncü çeşit yapay zekâ, zihinsel kuram olarak nitelendirilmektedir. Bu tür yapay zekâ insan davranışlarını etkileyen duygu ve düşünceleri anlama ve algılama yeteneğine sahiptir. İnsanlar ile sosyal etkileşim içine girebilmektedirler. Günümüz çağında üçüncü tip yapay zekâ çeşitlerinin üretildiğini görmekteyiz. Örnek olarak Hanson Robotics şirketi tarafından üretilen Sophia isimli yapay zekâyâ sahip robot gösterilebilir⁵⁵. Bu robot aynı zamanda vatandaşlığı olan ilk yapay zekâ olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶. Dördüncü çeşit yapay zekâ ise, bilince sahip olup, süper zekâ olarak da nitelendirilmektedir. Bu yapay zekâ çeşidi kendi varlığının farkındadır. Böylelikle, etrafındaki kişilerin duygu ve düşüncelerini öngörüp, tahmin edebilmektedir⁵⁷. Gelecek yıllarda hedeflenen yapay zekânın bu çeşit bir yapay zekâ olduğu söylenebilir. Bu çeşit bir yapay zekâ, bu alanda gelinecek son nokta olduğunu ifade edebiliriz.

⁵² Aydın Yenioğlu Zühre, Bir Yapay Zekâ Örneği: Kasparov ve Deep Blue Gerçeği, <https://www.matematiksel.org/bir-yapay-zeka-ornegi-kasparov-deep-blue-gercegi/>, E.T: 20.10.2020.

⁵³ “Google’ın Go adlı oyunu oynayan yapay zekâ yazılımı AlphaGo, bu oyunda dünya şampiyonu olan Lee Sedol’u yine mağlup etti. Bir hafta içinde oynanan 5 maçtan dördünü kazanan yazılım, insan karşısındaki zaferini ilan etmiş oldu”, Haberin detayı için bkz., Yapay Zekanın Son Zaferi, <https://www.amerikaninsesi.com/a/yapay-zekanin-son-zaferi/3240621.html>, E.T: 20.10.2020.

⁵⁴ Bak, s. 213-214.

⁵⁵ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346>, E.T: 22.10.2020; <https://blog.isimtescil.net/insana-benzeyen-robot-sophia-hakkinda-her-sey/>, E.T: 22.10.2020, “Robot Sophia, 25 Ekim 2017 tarihinde hayatlarımıza girdi. Kahverengi gözleri, uzun kırpıkları ve narin görünümü ile güzel bir kadın görüntüsünde olan Sophia, derhal uluslararası basının manşetlerinde yerini aldı. Sophia daha sonra Suudi Arabistan’da vatandaşlık sahibi oldu, bu da onu bu tür bir statüye ulaşan ilk yapay zekâ haline getirdi. Robot Sophia, yaptığı açıklamada bu durumun onu çok onurlandırdığını anlattı!”, Ünsal, s. 67.

⁵⁶ Rahman R. Aulia/Habibulah Rizki, “The Criminal Liability of Artificial Intelligence: Is It Plausible to Hitherto Indonesian Criminal System?”, *Legality*, Vol. 27, No. 2, September 2019-Februari 2020, s. 150.

⁵⁷ Bozkurt Yüksel, Yapay Zekâ, s. 591-592.

C. Robot ile Yapay Zekâ Kavramlarının Karşılaştırılması

Günümüzde her ne kadar yapay zekâ ve robot kavramları gündelik dilde çoğu zaman birbirleri yerine kullanılsa da, bu iki kavram teknik olarak birbirlerinden farklıdır. Yapay zekâ kavramı, esasında bir yazılım veya bilgisayar programıdır. Yapay zekâ bir robotta bulunabileceği gibi cep telefonu, bilgisayar gibi makinelerde de bulunabilir⁵⁸. Robotlarda bulunan zekâ, her zaman mutlak anlamda yapay zekâ olacağı anlamına gelmemektedir. Robotun özgülendiği amacı yerine getirmesi ve kendisini yönetmesi için bulunan yazılım yeterli görülmektedir. Bu yazılımın yapay zekâ olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bundan dolayı, her yapay zekânın bir robot, her robotunda bir yapay zekâyâ sahip olduğu ifadesi yanlış bir sonuç olduğu söylenebilir. Şayet bir robotun yapay zekâyâ sahip olduğu ifade ediliyorsa, onun mutlaka kendi başına hareket edebilme yeteneğinin bulunması gerekmektedir⁵⁹. Yapay zekânın kullanım alanı “robot” gibi fiziki varlığa sahip makineler ile sınırlı değildir. Yani, yapay zekânın kullanılması için ortada bir robota ihtiyaç bulunmayabilir. Fiziki varlıkların (robotların) yanında “bot” adı verilen soyut bir yazılım sistemiyle de yapay zekânın kullanılması mümkündür. Örneğin, Google arama motoru fiziksel olarak, yani dış dünyada somut olarak hareket ederek insan tarafından yapılan fiziksel işleri icra etmemektedir. Google tarafından gerçekleştirilen hareket tamamen sanal ortamda olup, dış dünyaya yansıyan bir hareket değildir⁶⁰. (hakemin istediği husus 47. Dipnotta belirtmiştir)

Robot, yapay zekâdan farklı olarak fiziksel şekilde hareket edebilen, otonom veya yarı otonom makine olarak nitelendirilmektedir. Bir makinenin robot vasfına haiz olabilmesi için bir takım özelliklerinin bulunması gerekir. Bunlar; algılama/hissetme, hareket, enerji ve zekâdır. Algılama/hissetme özelliğinden anlaşılması gereken, robotun çevresindeki sesleri, kokuları, ışığı vs. algılayabilmesidir. Bunun için bazı sensörler taşınması gerekir⁶¹. Hareket özelliği açısından robot bulunduğu ortamda bazı dışa yansıyan fiziki hareketlerde bulunması gerekir. Örnek olarak tekerleklerini döndürmek⁶², ayakları varsa yürümek, eli varsa bazı nesneleri almak gösterilebilir. Enerji özelliği gereği robotun dışa yansıyan bazı davranışlarda bulunması için güç kaynağına ihtiyacı vardır. Bu kaynak güneş, elektrik veya pil olabilir. Zekâ özelliği ise, robotun

⁵⁸ Güner, s. 231.

⁵⁹ Zorluel, s. 309.

⁶⁰ Zorluel, s. 309.

⁶¹ Hallevy, s. 188.

⁶² “NASA’nın Mars robotu Curiosity, 6 Ağustos 2012 tarihinde Kızıl Gezegen’e iniş yaptı. Şu ana kadar Mars’a gönderilen en büyük robot ve aynı zamanda bilim laboratuvarıdır”. Haberin detayı için bkz., <https://www.dw.com/tr/curiosity-5-y%C4%B1ld%C4%B1r-d%C3%BCnya-d%C4%B1%C5%9F%C4%B1-ya%C5%9Fam-ar%C4%B1yor/g-39973579>, E.T: 21.10.2020.

çalışma sistemi için belirli düzeyde zekâya sahip olması gerekir⁶³. Dolayısıyla, robotun özgülendiği amacı gerçekleştirebilmesi açısından programlanması, başka bir ifadeyle yazılımının olması gerekmektedir. Ancak, bu yazılımın her zaman %100 yapay zekâ şeklinde olması aranmamaktadır. Kullanılış amacı açısından yeterli düzeyde zekâ yazılımının yüklenmesi yeterlidir.

Ercan'a göre, sadece sanal olarak karşımıza çıkan ve kişiler tarafından ağırlıklı olarak belirli talimatların otonom şekilde yerine getirilmesi amacıyla kullanılan yapay zekâ destekli yazılımlar, dış dünyada somut bir varlığı bulunmadığı için *robot* olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Yazara göre, robotlar kendilerine verilen görevleri icra ettikleri için belirli seviyede yapay zekâya sahiptirler. Bundan dolayı, robotların hareketleri sonucunda meydana gelecek zararlardan sorumluluk yoluna gidilmesinde yazılım faktörü unutulmamalıdır. Yapay zekâya sahip yazılım programlarının robotlardan tek farkı, dış dünyada fiziksel olarak bulunmayıp, soyut olmalarıdır⁶⁴.

Çevresini sensörleri vasıtasıyla algılayan, buna göre karar alma mekanizmasını çalıştıran ve öğrenme yeteneği olan robotların⁶⁵ sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu robotlar, geniş anlamda *otonom* olarak kabul edilmektedirler. Robotların otonomisi teknoloji sayesinde önceden tasarlanmak suretiyle sınırları çizilmektedir. Dolayısıyla robotlardaki yapay zekâ, insanlardan farklı şekilde dış dünyayı algılayarak karar verebilme ve aldığı bu kararları özgürce uygulama yeteneğinden farklıdır. Örneğin, ev temizliğinde yerlerin silinmesi için tasarlanan robot, faaliyet alanını kendi düşüncesi ile öğrenip o şekilde görevini yerine getirmektedir. Bu robot bir engel ile karşılaştığında yön değiştirmesi gerektiğini algılayıp, ona göre hareket etmektedir. Ancak, sınırları sadece yapmış olduğu faaliyet, yani evin koordinatları ile sınırlıdır⁶⁶.

Sonuç olarak, bir robot yapay zekâya sahip olabilir, ancak her yapay zekâ/yazılım robot anlamına gelmemektedir. Dünya Standart Organizasyonu'na göre robot, otomatik olarak kontrol edilen, yeniden veya üç ya da daha fazla eksende programlanabilen, yerinde sabitlenebilen veya endüstriyel otomasyon uygulamalarında kullanılan mekanizmadır⁶⁷. Başka bir ifadeyle, yapay zekâ/yazılım sahip olduğu algılama, karar alma, sonuç çıkarma, düşünme gibi yetenekleri sayesinde birtakım sorunları çözmek için robotlara

⁶³ Humbe A. B/Deshmukh P. A/Kadam M. S, “The Review Of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications”, International Journal of Research in Engineering & Technology, Vol. 2, Issue 2, February 2014, 113-114; Bozkurt Yüksel, Yapay Zekâ, s. 592-593.

⁶⁴ Ercan, s. 24-25.

⁶⁵ European Civil Law Rules In Robotics, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf, October 2016, s. 8.

⁶⁶ Ercan, s. 26-27.

⁶⁷ International Organization for Standardization (ISO), <https://ifr.org/standardisation>, E.T: 21.10.2020.

yüklenmektedir⁶⁸. Dolayısıyla, bir robotun kendisi yapay zekâ sayılmayıp, ancak karar alma, düşünme ve sonuç çıkarma işlev yüklendiği zaman yapay zekâlı hale gelmektedir⁶⁹. Yani yapay zekâ, robotları içine alan daha geniş anlama sahip yazılımlardır⁷⁰.

Biz, yapay zekâyı *sınırlı* ve *sınırsız yapay zekâ* olmak üzere ikiye ayırıyoruz. Sınırsız yapay zekâ şuan itibariyle üretilmemiş, ancak hedeflenen ve yakın bir gelecekte de üretileceğini düşündüğümüz yapay zekâdır. Süper zekâ olarak da adlandırılan bu yapay zekâ tıpkı insan gibi düşünme, karar alma, algılama, öğrenme yetenekleri olan, insanlar gibi duygu ve düşüncelere sahip, kendi varlığının bilince olup ona göre davranabilen yapay zekâlardır. Yani, irade özgürlüğü sınırsız olmasıdır. Örneğin âşık olabilir, üzülebilir, hüznlenenebilir. Bunun dışında kalanlar ise, belirli seviyede yapay zekâyâ sahiptir. Tabi ki, sınırı belirli olanlar da kendi içerisinde belirli ayrımlara tabi tutulabilir. Ancak, bunun her robotta farklı şekilde karşımıza çıkacağı için zekâ seviyesini oransal olarak bilebilmemiz her zaman mümkün olmayabilir. Günümüzde var olan yapay zekâların özgülendiği amaç açısından belirli sınırlar kapsamında çalıştığını görmekteyiz. Örneğin, araçlarda bulunan navigasyonun işlevi sadece yolların haritasını göstermektir. Buna karşılık örneğin, yola bir yaya çıktığı zaman otomatik fren sistemini devreye koymayacaktır. Bundan dolayı, yapay zekâ seviyesinin sadece yol haritasını belirleme ile sınırlı olduğunu ifade edebiliriz. (son kısımda “her navigasyon yapay zekâyâ sahip olduğu” şeklinde bir sonuca varılmamıştır. Sadece bu örnek açısından belirtilmiştir)

Yapay zekâ soyut veya somut, robot ise somut bir varlıktır. Bu ikisi birleştğinde yapay zekâlı bir varlık ortaya çıkmaktadır. Yapay zekâ özünde bir yazılımdır. Yapay zekâ bir robotun içerisinde yerleştirildiği takdirde somut olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, her zaman somut bir varlıkla birleşerek karşımıza çıkacak diye bir koşul yoktur. Örneğin, Google arama motorunda olduğu gibi yazılım olarak da karşımıza çıkabilir.

II. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKİ STATÜSÜ/HUKUKİ KİŞİLİĞİ SORUNU

Teknolojide yaşanan hızlı gelişmeler ve derin öğrenme (*deep learning*)⁷¹ metodu sayesinde yapay zekâyâ sahip robotlar sosyal hayatımız içerisinde yerini almışlardır. Yapay zekânın artık toplumdan bağımsız düşünülmemeyeceği

⁶⁸ Bathaee Yavar, “*The Artificial Intelligence Black Box And The Failure Of Intent And Causation*”, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 31, No: 2, 2018, s. 898.

⁶⁹ Akbilek Meliha, “*Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri ve Hukuki Sorumlulukları*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:6, Aralık 2017, s. 222.

⁷⁰ Özbek/Özbek, s. 609

⁷¹ Doğan Koray, “*Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3227; Bak, s. 213.

gerçeği karşısında, bunların meydana getireceği hukuki/cezai sorunların çözümü için çeşitli formüllerin geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak, yapay zekâ veya yapay zekâlı robotların meydana getireceği hukuki/cezai sorunların çözümü için ise, öncelikle bunların hukuki statüsünün/kişiliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, bu noktada cevaplanması gereken bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yapay zekânın doğum yeri var mıdır? Nasıl üretildiler? Vatandaşlık alabilmeleri mümkün müdür? Borçlar hukuku anlamında alım-satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler mi?⁷² Yapay zekâ/yapay zekâyâ sahip bir robotun yazılımının devre dışı bırakılması yaptırıma bağlanabilir mi? Ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirdikleri takdirde cezai sorumlulukları doğacak mıdır? Fail veya mağdur olmaları mümkün müdür? Kusur yetenekleri var mıdır? İradî şekilde hareket etme yeteneklerine sahipler midir? Suçun failinin olabileceği kabul edildiği takdirde nasıl yaptırım uygulanması gerekir? Görüldüğü üzere, bu ve buna benzer birçok sorunun cevabının bulunması için yapay zekânın/yapay zekâlı robotların hukuki statülerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Yapay zekânın hukuken kişi olarak kabul edilip edilemeyeceği, başka bir ifadeyle yapay zekâ için hukuki bir statüye ihtiyaç olup olmadığına ilişkin öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁷³. Kısaca bu görüşlere yer verilmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

A. Yapay Zekânın Kişi Statüsünü Reddeden ve Yapay Zekâyı Eşya Statüsünde Kabul Eden Görüş

Yapay zekânın otonom şekilde karar verebilmesi beraberinde bu varlıkların hukuk düzeninin bir parçası haline gelme ihtimalini gündeme getirmektedir⁷⁴. Bu görüşe göre, yapay zekâ için hukuken kişi olarak tanınmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü yapay zekânın meydana getireceği hukuki sorunlar, bunlara kişilik verilerek çözümlenme zorunluluğu yoktur. Oluşacak zararların sigorta sistemleri çerçevesinde giderilebileceği ifade edilmektedir⁷⁵. Yine bu görüşe göre, yapay zekâ bir hak süjesi olarak değil, sadece üzerinde mülkiyet hakkının doğduğu bir obje/nesne olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Diğer bir gerekçeye göre ise, yapay zekânın hukuken kendi kişiliklerinin farkında olamayacaklarıdır. Dolayısıyla, bu görüş yapay zekânın bir tür eşya olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁷.

⁷² Kara Kılıçarslan, s. 368-369.

⁷³ Öğretilerdeki görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz., Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 4. Baskı, İstanbul, 2019, s. 85 vd.

⁷⁴ Özbek/Özbek, s. 605-606.

⁷⁵ Ersoy, s. 85.

⁷⁶ Akkurt, s. 44; Bak, s. 217-218.

⁷⁷ Pérennou Thomas, "Stateofthe Art On Legal Issues", <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivvable.1.pdf>, August, 2014, s. 9-10, E.T: 27.10.2020.

Yapay zekânın kişilik sahibi olmasına karşı çıkan bu görüşün diğer bir gerekçesi ise, kölelik görüşüdür. Bu görüşe göre, yapay zekâ basit eşya statüsünde değildir, ancak eşya kavramından tam anlamıyla da çıkamamaktadır. Çünkü yapay zekâ ne kadar ileri seviyeye gelirse gelsin hiçbir zaman insan vasfına haiz olamayacaktır. Bundan dolayı, yapay zekâyâ bir kişilik tanımak, kölelik kurumunun tekrar meydana gelmesini sağlayacaktır⁷⁸.

Öğretide başka bir görüşe göre, yapay zekâ ürün ve hizmet niteliğine sahip olduğu için ortak bir karaktere sahiptir. Böylelikle, yapay zekâ yatırım danışmanlığı şeklinde hizmet verdiği takdirde bir tür hizmet olarak, veri analizleri gerçekleştiriyorsa ürün olarak kabul edilmelidir⁷⁹.

B. Yapay Zekâyâ Kişilik Verilmesi Gerektiğini Savunan Görüş

1. Tüzel Kişilik Verilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşe göre, yapay zekânın meydana getirdiği hukuki sorunların çözümü, bu varlıklara kişilik tanınması suretiyle giderilecektir⁸⁰. Hukuk sistemlerinde gerçek kişilerin yanında tüzel kişilere de hukuki statü/kişilik tanınmıştır. Nasıl ki, insan olmayan tüzel kişilere kişilik tanınmışsa, aynı şekilde yapay zekâyâ da kişilik tanınması isabetli olacaktır⁸¹. Bayamlıoğlu'na göre, otonom faaliyet gösteren sistemleri sadece bir eşya olarak kabul etmek ve buna bağlı olarak eşya sahiplerinin sorumluluğunu doğuran fiillerin ortaya çıkmasını beklemek sonradan telafisi güç problemleri doğurabilecektir⁸².

2. Elektronik Kişilik Verilmesi Gerektiği Görüşü

Bu görüşe göre, yapay zekâyâ gerçek ve tüzel kişilik dışında, bunlardan tamamen bağımsız ve farklı bir statüye sahip elektronik kişilik verilmesi gerekmektedir⁸³. Bu bağlamda Avrupa Parlamentosu tarafından 27 Ocak 2017'de yapay zekâyâ elektronik kişilik verilmesi hususunda tavsiye niteliğinde bildiri yayınladı⁸⁴. Aynı zamanda bu bildiri yapay zekâyâ kişilik tanınması açısından ilk resmi belge niteliğine sahiptir. Yapay zekâyâ üçüncü bir kişilik tanınması, bu varlıkların kendisine has özelliğinden kaynaklandığı

⁷⁸ Solum Lawrence B., “*Legal Personhood for Artificial Intelligences*”, North Carolina Law Review, Volume: 70, Number: 4, 1992, s. 1276-1277; Kara Kılıçarslan, s. 378-379; Akkurt, s. 45.

⁷⁹ Sarı, s. 259.

⁸⁰ Güner, s. 239; Bak, s. 219.

⁸¹ Akkurt, s. 45-46.

⁸² Bayamlıoğlu Emre, “*Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, 1. B., İstanbul 2008, s.139.

⁸³ Ersoy, s. 88-89.

⁸⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect, E.T: 01.11.2020.

belirtilebilir. Yine rapora göre, kendi kendine öğrenen robotlara ‘elektronik kişilik’ verilmesi robotların bireysel olarak garantiye alınmasını ve insana/mülkiyete zarar vermeye başlamaları halinde zarardan sorumlu tutulmalarını sağlayacaktır. Ancak, robotlara tüzel kişilik vermek sadece hâlihazırda ‘tüzel kişi’ statüsüne sahip olan ve mahkemeler tarafından bu şekilde muamele edilen şirketlerle aynı seviyeye gelmesine neden olacaktır⁸⁵.

Elektronik kişilik tanınmasına yönelik bu rapora göre, yapay zekânın vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun benimsenmesi gerekmektedir. Şayet yapay zekâyâ kişilik tanınırsa verdikleri zararlardan kusursuz sorumluluk yoluna gidilecektir. Bu zararlar ile yapay zekânın gerçekleştirdiği hareket arasında nedensellik bağının bulunması gerekir⁸⁶.

Yapay zekâlı robotik sistemler tam ehliyetli kabul edilmemelidir. Zira bu durumda insanlarla aynı statüye gelmiş olacaktır. Yapay zekâlı robotik sistemleri sınırlı ehliyetli olarak kabul etmek de yanlış olacaktır. Çünkü sınırlı da olsa onun kendi fiilleri ile hak sahipliği ve borç altına girmesi söz konusu olabilecektir. Tam fiil ehliyetli gibi haksız fiillerden sorumluluk, hukuki işlemlerle, yetkili makam veya kişinin iradesiyle bağlılık bu statünün zorunlu sonucu olacaktır. Bu da kişi statüsünün tanınması anlamına gelir ki, bu durum baştan kabul edilmemektedir. Yapay zekâlı robotik sistemlerin, ayırt etme gücüne sahip tam fiil ehliyetine sahip olamayan sınırlı ehliyetsizler gibi kabul edildiği varsayımında, sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiillerinden sorumlu oldukları kabul edilecek ve nihayetinde robot sistemlerine gerçek kişi gibi bir sorumluluk alanının tanınması söz konusu olacaktır. Gerçek kişilerin ehliyet yönünden yapılan tasnifinde tam ehliyetsiz grubunda kabul edilen ayırt etme gücü olmayan kişilere tanınan statü, haksız fiiller ve hukuk işlemler açısından bir ayrıma gitmeden yapay zekâlı robotik sistemler için de kabul edilebilir. Bu halde gerçekleştirdikleri fiil ve işlemler ile kendilerini borç altına sokamazlar ve hak sahibi olamazlar⁸⁷.

Değerlendirmemiz: Mevcut hukuk sistemlerinde yapay zekâyâ tanınan bir kişilik bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şu an için yapay zekânın/yapay zekâlı robotun bir tür eşya veya silah olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁸⁵ “Robotlar ve yapay zekâ daha fazla gündemde oldukça, Avrupa Parlamentosu Hukuki İşler Komitesi Başkan Yardımcısı Mady Delvaux ve bu konuda hukuki değişimi destekleyenler gitgide katılan bir muhalefete karşılaşıyor. Avrupa Komisyonu’na sunulan bir mektupta, 14 Avrupa ülkesinden 156 yapay zekâ uzmanı, ‘hukuki ve etik perspektiften bakıldığında, robotlara tüzel kişilik verilmesinin uygunsuz olduğunu’ savunuyor.”; Detaylı bilgi için bkz., Sönmez Bade İnanc, “Avrupa Birliği Robotların Elektronik Kişiliğini Tartışıyor”, <https://www.dunyahalleri.com/avrupa-birligi-robotlarin-elektronik-kisiligini-tartisiyor/>, E.T: 02.11.2020.

⁸⁶ Kara Kılıçarslan, s. 380-381.

⁸⁷ Zeytin Zafer/Gençay Eray, “Hukuk ve Yapay Zeka: E-kşi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, TAÜHFD, 2019/1, s. 48.

Bizce, tüzel kişiler nasıl ki kişi veya mal topluluğu olarak var olup, toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere kişilik kazandıysa, aynı şekilde yapay zekâlı varlıklara da bir çeşit kişilik verilebilir. Çünkü yapay zekâlı varlıklar da toplumsal ihtiyaçlar kapsamında ortaya çıktığı için, bu yönüyle tüzel kişilere benzerlik göstermektedir. Ancak, yapay zekâlı varlıkların kişilik sahibi olup olmaması ile suçun faili olup olamayacağı hususlarını birbirine karıştırmamak gerekiyor.

Bizce, yapay zekâlı varlıkların sıradan bir eşya olarak kabul edilmesi meseleyi tek başına çözmeye yetmeyecektir. Özellikle kendi kendine hareket etme, düşünme ve algılama gibi yeteneklerinin olması yapay zekânın sıradan bir eşya ile eşit statüye sahip olmaması gerektiği sonucunu çıkarmaktadır. Bundan dolayı, yapay zekâlı varlıklara kişilik tanınması birçok hukuki sorunun çözümü konusunda yardımcı olacaktır. Ancak, bu varlıklar yapı gereği tüzel kişilere benzemediğinden dolayı, bir tür *tüzel kişilik* verilmesinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü bu varlıkların sui generis özelliği bulunmaktadır. Tüzel kişiler sadece soyut olarak var olmalarına karşın, yapay zekâlı varlıklar soyut (örneğin Google) veya somut (insana benzeyen bir robot) şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı, en mantıklı çözüm yapay zekâlı varlıklara *elektronik kişilik* verilmesi olacaktır. Şayet *tüzel kişilik* verildiği takdirde uygulamada ciddi sorunların ve hukuki ihtilafların yaşanacağını ifade edebiliriz. Ayrıca belirtmek isteriz ki, elektronik kişilik verilmesi tabi ki sorunları kökten çözüme kavuşturmayacaktır. Ancak, ilk basamak olarak bu şekilde başlangıç yapılması, ilerleyen yıllarda bu konuda yapılacak çalışmaların daha sağlam bir zemine oturmasını sağlayacaktır. Böylelikle, oluşacak sorunların çözümünde daha sağlıklı kararlar alınabilecektir. Bu noktada Avrupa Parlamentosu tarafından yayınlanan raporun başarılı olduğunu söyleyebiliriz.

III. CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÇEŞİTLİ OLASILIKLAR

A. Hareket Açısından Değerlendirme

Cezahukukunun odak noktasını insan davranışı oluşturmaktadır. Ancak, insan tarafından gerçekleştirilen davranışların hareket (fiil) özelliğine sahip olması için bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Öncelikle belli bir davranışın hareket olarak değerlendirilebilmesi için, bunun *iradi* olarak gerçekleştirilmesi gerekir. İnsanın sahip olduğu özelliklerin başında, davranışlarını belli bir amaç çerçevesinde yönlendirebilme yeteneği gelmektedir. Bundan dolayı, insan iradesini mutlak olarak devre dışı bırakan durumlarda iradi hareketten bahsedilemeyecektir⁸⁸. Örneğin mutlak bir kuvvete maruz kalma, refleks

⁸⁸ Koca Mahmut/Üzülmöz İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 100-102.

hareketleri, uyku halinde veya hipnotizma altında gerçekleştirilen hareketler, şuur bozukluğu durumları gibi algılama veya irade yeteneğini geçici olarak ortadan kaldıran durumlarda iradi bir insan davranışından bahsedilemez⁸⁹.

Yapay zekâ ile ulaşılmak istenen hedef insan zekâsından daha üstün bir seviyeye ulaşmaktır⁹⁰. Bu açıdan cezai sorumluluk için en önemli husus olan iradi hareket karşımıza çıkmaktadır⁹¹. Yapay zekâ için iradi (özgür) hareketten bahsedebilmek şu an itibarıyla söz konusu değildir. Gelecekte yapay zekâ için suçun faili olabilir denilecek seviyeye gelindiğinde, bunlar için de iradi hareket edip etmedikleri ayrıca tartışılacaktır. Yapay zekâlı varlıklar bir insan tarafından programlanarak çalıştırıldığından dolayı, sınırlı bir irade özgürlüğüne sahip olduğu ifade edilebilir. Yani faaliyet alanının sınırları çizildiği için, bu sınırlar içerisinde bir iradi serbestlikten bahsedilebilir. Bu da tam anlamıyla insanda var olan iradi harekete göre daha dar kapsamlıdır.

Günümüz teknolojisinin ulaştığı noktada yapay zekânın tıpkı bir insan gibi düşünebilme, karar alabilme ve bunu uygulayabilme yeteneğine sahip olup olmadığı tartışılmaktadır. Ceza hukuku açısından bir suçun işlendiğinden bahsedilebilmesi için tipikliğe uygun bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekir. Yapay zekâ, bir robot görünümünde olabileceği gibi tamamen soyut bir varlık olarak da karşımıza çıkabilir. Belirtmek gerekir ki, yapay zekâ genellikle bir robot görünümünde var olduğu takdirde dış dünyaya yansıyan bir hareket (bunun neticesinde zarar/neticeli suç) gerçekleştirebilecektir. Yapay zekâ tarafından suç teşkil eden/edebilecek fiillere şu örnekler verilebilir:

- Elektrikli otomobil üreticisi Tesla markasının “Model 3” modelinde yer alan otomatik pilot bayrağı trafik ışığı olarak algıladı⁹². Örneğin bu şekilde kırmızı ışıkta hareket etseydi insanların ölmesine veya yaralanmasına neden olacaktı.
- Elektrikli otomobil üreticisi Tesla, yeni tam otomatik sürüş sisteminin beta sürümünü kullanmaya başladı. Tüm kontrolün araçta olduğu sistemde, Tesla otomobiller rotaya ulaşabilmek için sinyal vererek gerekli dönüşleri yapabiliyor ve araç sollayabiliyor⁹³. Peki, örneğin bu araç hatalı sollama

⁸⁹ Özen Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 296.

⁹⁰ Wright R. George, “*The Constitutional Rights of Advanced Robots (and of Human Beings)*”, Arkansas Law Review, Vol. 71: 3, January 2019, s. 615-616.

⁹¹ Krausova Alzbeta/Hazan Hananel, “*Creating Free Will in Artificial Intelligence*”, Beyond AI: Artificial Golem Intelligence, Proceedings of the International Conference Beyond AI 2013 Pilsen, Czech Republic, November 12–14, 2013, s. 97.

⁹² İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.ensonhaber.com/teknoloji/tesla-model-3un-otomatik-pilotu-bayragi-trafik-isiği-sandi>, E.T: 04.11.2020; Benzer bir örnek için bkz., Zeytin/Gençay, s. 45.

⁹³ İlgili haberin detayı için bkz., https://www.ntv.com.tr/otomobil/tesla-yeni-tam-otomatik-surus-sisteminin-beta-surumunu-sunmaya-basladi,Neb_fgCQR0Gkt5hDOuFYQ, E.T: 07.11.2020.

yaparak insanların ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verdiği takdirde sorumluluk Tesla şirketine mi, araç sürücüsüne mi, yoksa bu yapay zekâ yazılımını yapan kişiye mi ait olacaktır?

- Open AI tarafından geliştirilen GPT-3 isimli yapay zekâ, The Guardian için bir makale yazmıştır. Yaklaşık beş yüz kelime uzunluğunda olan makalede, insanların yapay zekâdan neden korkmamaları gerektiği belirtiliyor⁹⁴. Bu durumda örneğin, onur, şeref veya saygınlığa saldırı içerikli ifadeler olsaydı hakaret suçu (TCK m. 125) oluşacaktı.
- Rusya'nın biyometrik verilerin kullanım alanını genişleten yasa tasarısını 2020 sonunda çıkararak, yüz tanıma ile alışveriş dönemine geçeceği ifade edildi⁹⁵. Örneğin yapay zekâlı yüz tanıma sistemi, kişilerin kimliğinde hileli hareketler yaparak müşterilerin maddi zarara uğramasına sebebiyet verirse dolandırıcılık suçu oluşacaktır.
- Google'ın çatı şirketi Alphabet, ABD'de 2019 yılının başından bu yana sürdürdüğü trafiğe açık sürücüsüz araç çalışmaları kapsamında, 9,76 milyon kilometrelik test sürüşü gerçekleştirdi. Waymo tarafından yayınlanan rapora göre sürücüsüz araçlar, yapılan testler sonucunda toplamda kırk yedi kez bir araç, yaya veya bisikletliyle temas etti. Waymo, bu temaslardan on sekiz tanesinin bir kazayla sonuçlandığını, ancak hiçbirinin ölümcül bir sonuç doğurmadığını belirtmiştir⁹⁶.
- Amazon şirketi ABD'nin Seattle kentinde müşteriler sadece avuçlarının içini göstererek ödeme yapabilecektir. Tasarlanan yapay zekâ sistemine göre kullanıcıların avuç içleri kredi kartı bilgisine dâhil edecektir. Amazon Go marketlerinden birine giden müşteriler ödeme için sadece avuç içlerini kasaya göstermesi yeterli olacaktır⁹⁷. Örneğin, şirket bu sistem ile kredi kartı bilgisine ulaştığı kişilerin rızası olmadan daha sonra kullanırsa banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu (TCK m. 245); kişilerin kredi kartı bilgilerini hukuka aykırı şekilde kaydettiği takdirde kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (TCK m. 135) işlenmiş olacaktır.

⁹⁴ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.webtekno.com/yapay-zeka-the-guardian-icin-makale-yazdi-h99156.html>, E.T: 04.11.2020.

⁹⁵ “Rus medyasından İzvestiya gazetesinin haberine göre, Rusya'nın parlamentonun alt kanadı yasama meclisi Duma'da yasayla birlikte yüz ve ses tanıma teknolojilerini kullanarak marketlerde, kafelerde ve restoranlarda ödeme yapmanın mümkün hale geleceğini yazdı.” İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/rusyada-yuz-tanima-sistemi-ile-alisveris-donemi,DkICbNXOZkuL0KijiqKEIA>, E.T: 06.11.2020.

⁹⁶ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.ensonhaber.com/teknoloji/googlein-surucusuz-araclari-976-milyon-kilometre-yol-katetti>, E.T: 07.11.2020.

⁹⁷ İlgili haberin detayı için bkz., <https://t24.com.tr/foto-haber/amazon-dan-yeni-ozellik-avuc-i-ile-odeme,10012/5>, E.T: 07.11.2020.

- Japonya’da üretilen on sekiz metre yüksekliğinde, yirmi beş ton ağırlığındaki insansı robot yürüyor, diz çöküyor, sağ kolunu ve parmaklarını hareket ettiriyor⁹⁸. Özellikle üretilen bu yapay zekâlı robot, insana benzediği için diğerlerinden daha önemli bir konuma sahip olduğu söylenebilir. Çünkü genellikle bilim kurgu filmlerinde ön plana çıkan bu tarz robotların gelecekte suçun faili olup olamayacakları tartışılmaktadır. İnsan gibi elleri, ayakları, gövdesi ve başı olduğu için insanların işlediği suçların birçoğunu işleyebilme ihtimali söz konusudur.
- Estonya’da üretilen bir otomatik hayvan algılama sistemi sayesinde yollarda hayvan geçişi sırasında otomatik olarak araçların hız limitini düşürmektedir. Bu yapay zekâlı sistem geyik, ayı ve diğer hayvanları otomatik olarak algılayıp, yollardaki ışıklı uyarı sistemini açarak hız sınırını düşürüyor⁹⁹.
- Rusya tarafından Uluslararası Uzay İstasyonu’na gönderilen yapay zekâlı robot Fedor, Rus kozmonatlara “sarhoş” demiştir¹⁰⁰. Görüldüğü üzere, yapay zekâyâ sahip ve insana benzeyen bir robot hakaret suçunu işlemiştir.
- Mart 2018’de ABD’nin Arizona eyaletinin Tempe şehrinde Uber’in sürücüsüz aracı bisiklet kullanan bir kadına çarparak ölümüne neden olmuştur¹⁰¹. Benzer şekilde, Almanya’nın Baunatal şehrindeki Volkswagen otomobil fabrikasında bir işçi, kontrolden çıkan sabit bir robot tarafından öldürülmüştür¹⁰².
- İngiltere’de yargılamalarda görev yapması için “robot yargıç” üretilmiştir. Bu yapay zekâ tarafından mahkemelerde hâkim olmaksızın yargılama yapılabilecektir. Londra’daki UCL Üniversitesi ile Sheffield Üniversitesi’ndeki bilgisayar mühendislerinin geliştirdiği algoritma, davaları hem yasal hem ahlaki boyutlarıyla inceleyebiliyor. Algoritmayı geliştiren ekip, yapay zekâsı olan bir bilgisayara AİHM’de görülen 584 davayı yükledi. Bilgisayar da ortada bir insan hakları ihlali olduğunda; bazı ifadelerin veya bilgilerin dava metinlerinde daha sık kullanıldığını tespit etti. ‘Robot yargıç’ 600’e yakın davanın hükümleriyle ilgili tahminlerde bulundu. Neredeyse her beş karardan dördü doğru tahmin edildi¹⁰³.

⁹⁸ İlgili haberin detayı için bkz., https://nypost.com/2020/09/22/japanese-factory-unveils-real-life-giant-gundam-animerobot/?utm_medium=SocialFlow&utm_campaign=SocialFlow&utm_source=NYPTwitter, E.T: 07.11.2020.

⁹⁹ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.ensonhaber.com/teknoloji/estonyadaki-yapay-zeka-hayvanlar-icin-yollardaki-hiz-sinirini-dusuruyor>, E.T: 08.11.2020.

¹⁰⁰ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.haber365.com.tr/teknoloji-haberleri/insansi-robot-fedor-rus-kozmonatlara-sarhos-dedi-h234089.html>, E.T: 08.11.2020.

¹⁰¹ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/uberin-surucusuz-otomobili-kaza-yapti-yayayi-oldurdu-40777908>, E.T: 07.11.2020.

¹⁰² İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/ve-bir-robot-insan-oldurdu-29446519>, E.T: 08.11.2020.

¹⁰³ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37750409>, E.T: 08.01.2021.

- Japonya’da maske takmayanları ve sosyal mesafeye uymayanları tespit eden ve sekiz dilde çeviri yapabilen Robovie isimli robot üretmiştir. Bu robot, sahip olduğu lazerler aracılığıyla yüz taraması yapıyor ve maske takmayan kişileri kibarca uyarıyor¹⁰⁴. Bu yapay zekâlı robot maske taktığı halde bir kişiyi maske takmadığını zannederek ceza kestiği takdirde, bu hukuka aykırı kararın sorumlusunun kimin olacağı tespit edilmelidir.

Yukarıda yapay zekâ tarafından işlenen/işlenme olasılığı olan suçlar açısından bazı örneklere yer verdik. Demek ki, yapay zekâ/yapay zekâlı robot tarafından hakaret, tehdit, kişisel verilerin kaydedilmesi, yayılması, ele geçirilmesi, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, bilişim sistemlerine girme¹⁰⁵, öldürme, yaralama, mala zarar verme gibi neticeli ve neticesiz suçların işlenmesi mümkündür¹⁰⁶. Bu durumlarda meydana gelen suçlardan cezai sorumluluğun kime/kimlere ait olduğu sorunu gündeme gelmektedir. Salt bakış açısıyla yaklaşıldığında, yapay zekâyı üreten kişi veya şirketin ya da kullanıcının sorumluluğu olduğu düşünülebilir. Şuan ki hukuk sistemleri açısından da bu durumun geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü yapay zekânın cezai sorumluluğu konusundaki tartışmalar devam etmekte olup, hukuk sistemlerinde bu konuda mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁷.

Yapay zekâyı herhangi bir kişilik tanınana kadar, bunların bir tür araç/ alet/eşya olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan yapay zekâlı varlıkların bilgisayar, telefon, araba, kalem, çanta gibi taşınır bir eşyadan farkı yoktur. Kaldı ki, yapay zekâyı kişilik tanınmaması gerektiğini belirten görüşün temeli buna dayanmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde yapay zekâlı varlık bir suç işlediğinde, onu programlayan kişinin sorumluluğu doğacaktır¹⁰⁸. Ancak, programlayan insanın cezai sorumluluğuna gidebilmek için yapay zekâlı varlığı suçta araç olarak kullandığını bilmeli, yani kusurlu olması gerekir¹⁰⁹. Benzer şekilde, yapay zekâlı varlıklar (özellikle katil robot olarak nitelendirilen, insana benzeyen robotlar) TCK m. 6/1-f açısından silah olarak da nitelendirilebilirler. TCK m. 6/1-f-4’e göre, *saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet* silah olarak kabul edilmektedir. Bahsi geçen bu yapay zekâlı varlıkların bir tür bıçak, hançer, çakı, muşta gibi aletlerden farklı bulunmamaktadır¹¹⁰. Nasıl ki,

¹⁰⁴ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-53648086>, E.T: 05.01.2020.

¹⁰⁵ Bozkurt Yüksel, s. 105.

¹⁰⁶ Akkurt, s. 43-44.

¹⁰⁷ Dülger, s. 84.

¹⁰⁸ Hallevy, s. 179-180.

¹⁰⁹ Altunç, s. 166.

¹¹⁰ Bir nesnenin silah olarak değerlendirilmesindeki ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz., Köken Enes, Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları, Ankara, 2020, s. 94 vd.

bir insan yanında gezdirdiği köpeği başkasına saldırtarak yaralama suçunu işleyebilirse, aynı şekilde yapay zekâlı robotun da başkasına saldırtılması durumunda aynı suçu işleyebilecektir. Ancak, bunun için yapay zekâlı varlığın (özellikle robotun) tamamen programlayıcısına bağımlı hareket etmesi gerekir¹¹¹. Şayet kendi kendine düşünme ve karar alabilme yeteneğine sahip ise, bu durumda programlayıcı/yazılımcı ile yapay zekâlı varlığın işlediği suç arasında nedensellik bağının kesilebileceği ihtimali gündeme gelecektir¹¹².

İhmali hareket sonucu yapay zekâlı varlığın cezai sorumluluğunu değerlendirecek olursak, nasıl ki icrai hareketle suç işlediği takdirde mevcut hukuk sistemlerine göre sorumluluğu bulunmamakta ise, aynı şekilde ihmali hareket sonucu bir suç işlediğinde de herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. İlerleyen yıllarda yapay zekâlı varlığa gerçek kişilik statüsü verildiği takdirde pekâlâ sorumluluğu doğacaktır. Yapay zekâlı varlığın gerçek (saf) ihmali suçları işlemesinde herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, gerçek olmayan (görünüşte/ihmal suretiyle icra) suçlarının faili olabilmesi için yaptığı hareketin icra hareketine eş değer olması gerekir. Bunun için yükümlülüğün kaynağı kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli hareketten kaynaklanması gerekir¹¹³. Şayet yapay zekâyâ kişilik verildiği takdirde gerçekleştirdiği ihmali hareketin kaynağı söz konusu yükümlülüklerin birinden kaynaklanabilir. Örneğin, yapay zekânın bir hastaya belirli aralıklarla ilaç vermesi gerekirken hareketsiz kalarak bu yükümlülüğü yerine getirmez ve hasta ölürse, ihmali hareketle kasten öldürmeden sorumluluğu doğacaktır¹¹⁴.

B. Manevi Unsur Açısından Değerlendirme

Tipikliğin manevi unsurunu kast ve taksir oluşturmaktadır. TCK m. 21/1'e göre kast, *suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*. Ceza hukuku açısından kişinin cezalandırılabilmesi için gerçekleştirilen hareketin tipikliğe uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca tipiklikte yer alan unsurların bilinmesi ve istenmesi gerekir¹¹⁵. TCK m. 22/2'ye göre taksir, *dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*.

¹¹¹ Hallevey, s. 180.

¹¹² Lima Dafni, "Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law", South Carolina Law Review, April 2018, s. 683.

¹¹³ İhmali suçlar hakkında detaylı bilgi için bkz., Hakeri Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, 2003, s. 107 vd.

¹¹⁴ Özbek/Özbek, s. 612.

¹¹⁵ Kast ve taksirin çifte fonksiyonu hakkında detaylı bilgi için bkz., Özbek V. Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 263.

Elektrikli otomobil üreticisi Tesla, yeni tam otomatik sürüş sisteminin beta sürümünü kullanmaya başladığını hareket başlığında belirtmiştik. Bu sistemde tüm hâkimiyet otomatik yazılımdadır, yani yapay zekâdandır. Peki, örneğin bu araç hatalı sollama yaparak insanların ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verdiği takdirde sorumluluk Tesla şirketine mi, araç sürücüsüne mi, yoksa bu yapay zekâ yazılımını yapan kişiye mi ait olacaktır? Sorumluluk bu kişilere ait ise, kasten mi yoksa taksirle mi sorumlulukları bulunmaktadır? Şu bir gerçek ki, sürücüsüz bir aracın kaza yapması ile insan tarafından kullanılan aracın kaza yapması arasında cezai sorumluluğun tespiti noktasında ciddi farklılık bulunmaktadır¹¹⁶.

Yapay zekânın mevcut hukuk sistemlerinde bir çeşit eşya/alet/nesne olarak kabul edildiği için cezai sorumluluğun şimdilik sadece otomobil şirketine, yazılımcıya veya kullanıcıya ait olduğu belirtilebilir. Bu ihtimalde söz konusu insanların dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle bazı suçların işlendiğini kabul etmek gerekir. Örneğin trafik kazası sonucunda bir kişinin ölmesi halinde, taksirle öldürme suçundan dolayı sorumluluk doğacaktır. Tartışmanın bir adım sonrasında ise, net olarak kimin sorumlu olduğu tespit edilmelidir. Kullanıcının/şoförün otomatik pilotu devreye almış olması, bir insana çarparak ölümüne sebebiyet verilebileceği sonucunun öngörülmesine (tahmin edilmesine) engel midir? Eğer burada kullanıcı tarafından netice öngörülebilir değil diyebiliyorsak taksir derecesinde dahi kusuru yoktur. Buna karşılık, netice öngörülebilir, ancak o an için kullanıcı tarafından öngörülemedi diyebiliyorsak basit taksirden sorumluluğu doğacaktır. Kullanıcının öngörülebilir bir sonucu öngördüğünü/tahmin ettiğini düşünürsek, yani bir kişiye çarparak ölümüne sebebiyet verebileceği sonucunu öngörmüş olmasına karşın, nasıl olsa otomatik pilotun hata yapmayacağına duyduğu güven sonrasında suç fiili gerçekleşirse, bu durumda bilinçli taksirle hareket ettiğini kabul etmek gerekecektir. Ayrıca, şirketin/yazılımcının taksirden dolayı sorumlu olmasında tereddüt bulunmamaktadır.

Yapay zekâlı bir robotun bir kişiyi öldürmesi veya hakaret etmesi için programlanması sonucu suç gerçekleşirse, bu takdirde kasten sorumluluk doğacaktır. Örneğin insansız hava aracı (İHA) ile bir kişinin öldürülmesi veya yapay zekâyâ “sana benim dışımda soru soran herkese küfür et” şeklinde komut verildiği durumlarda yazılımcının/kullanıcının kast bakımından sorumluluğu doğacaktır¹¹⁷.

¹¹⁶ Özbek/Özbek, s. 611; Sürücüsüz araçlarda bulunan yapay zekâ ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Doğan, s. 3230-3233; Sürücüsüz araçların neden olduğu kazalardan doğan hukuki sorumluluğun tespiti hususunda detaylı bilgi için bkz., Çekin M. Serdar, “*Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk*”, TAAD, Yıl:9, Sayı:33, Ocak 2018, s. 285 vd.

¹¹⁷ Altınok Arda, “*Chatbot ve Yapay Zekâlı Asistanlara Hukuksal Yaklaşım*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 3, 2019, s. 263.

Belirli bir biçimde hareket etmesi için programlanan yapay zekâlı varlıklar, bazen benzer durumlarda farklı kararlar verip, bunu uygulayabilmektedirler¹¹⁸. Bundan dolayı, yapay zekâlı varlık tarafından işlenen suç, şayet yazılımcı/programlayıcı kişinin kastettiği suçtan daha ağır veya başka bir suç olduğu takdirde cezai sorumluluk neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç¹¹⁹ hükümlerine göre belirlenecektir¹²⁰. Örneğin yazılımcı tarafından kasten yaralama suçunun işlenmesi için hareket ettirilen yapay zekâlı varlık mağduru nitelikli yaralar (TCK m. 87) veya öldürür ise, failin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için söz konusu neticeler açısından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Neticesiz suç üzerinden örnek vermek gerekirse, fail tarafından banka müşterilerinin kişisel verilerini kaydetmek isterken (TCK m. 135), mağdurların kişisel verileri yayılırsa (TCK m. 136) veya hesaplarındaki paraları kendi hesabına aktarırsa (TCK m. 142/2-e), meydana gelen bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekecektir. Bu neticelerden failin sorumlu tutulabilmesi için yapay zekâlı varlığın kendi kendine düşünme, algılama ve karar verebilme yeteneğinin bulunmaması gerektiğini belirtmeliyiz.

Yapay zekâlı varlığın ihmali hareketi sonucunda ki cezai sorumluluğuna yukarıda değindik. Mevcut hukuk sistemleri çerçevesinde yapay zekânın herhangi bir kişiliğe sahip olmaması, onun bir araç/alet/nesne olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak, bu durumda kullanıcının/programcının taksir sorumluluğuna yol açması gündeme gelecektir. Örneğin, kullanıcı tarafından otomatik pilota alınan araba yaya geçidine geldiğinde yavaşlaması için programlanmıştır. Ancak, yaya geçidinde yavaşlamayarak insanların ölmesine neden olursa, kullanıcının taksirli sorumluluğu doğacaktır. Çünkü kullanıcı tarafından yapay zekânın istenildiği gibi hareket etmemesi sonucunda insanları öldürebileceği veya yaralayabileceği neticesini öngördüğü (tahmin ettiği) kabul edilmelidir. Öngörülebilir (tahmin edilebilir) bu sonucun kullanıcı tarafından o an için öngörülememesi (tahmin edilememesi) sonucunda meydana gelen neticeden basit taksirle sorumluluğu doğmalıdır¹²¹. Bilinçli taksirden sorumluluğunun doğduğunu kabul etmek isabetli değildir. Buna karşılık, neticenin öngörülememesi sonucu dahi tartışılabilir. Yapay zekânın ileri seviyede bir türü olarak karşımıza çıktığında, yani düşünebilen, karar alabilen, uygulayabilen bir yapay zekânın varlığı halinde zararlı sonucun öngörülemeyeceği ihtimalini de değerlendirmek gerekecektir. Şayet bu şekilde

¹¹⁸ Cerka/Grigiene/Sirbikyte, s. 378.

¹¹⁹ “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”

¹²⁰ Altunç, s. 168-169.

¹²¹ “Basit taksir ile bilinçli taksiri tanımlama yolunu seçen kanun koyucu, bu iki taksir çeşidini ayırıcı unsur olarak ‘öngörme’ kavramını ele almakta ve kullanmaktadır.”, bkz., Keçelioğlu Elvan, Taksirli Suçların Dogmatığı, Ankara, 2015, s. 200.

bir değerlendirme yapıldığında kullanıcının taksir derecesinde dahi kusuru bulunmadığını ifade edilebilir. Örneğin, robot yargıç tarafından yapılan bir yargılamada (robot yargıç soyut veya somut olabilir), algoritmalarındaki sorunlardan dolayı hatalı kararlar verebilir. Gerçek kişilik tanındığı takdirde görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçu işlediği kabul edilecektir. Buna karşılık, herhangi bir kişilik tanınmadığı durumda ise (şuan mevcut durum budur), gerçek kişi tarafından algoritmalarına müdahale ederek hatalı kararlar vermesine neden olması halinde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288) suçu işlenmiş olacaktır.

C. Doğrudan Faillik (TCK m. 37/1) Açısından Değerlendirme

5237 sayılı TCK m. 20/2'ye göre, “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” Suç ve ceza politikası gereği ancak gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir¹²². Tüzel kişilik yapay niteliğe sahip bir topluluk olduğu için kendisini temsil eden gerçek kişiler vasıtasıyla hareket etmektedirler. Yani var olan irade aslında gerçek kişilere aittir. Dolayısıyla, tüzel kişilerin anlama ve isteme yetenekleri olmadıkları için kusurlu hareket edemezler¹²³.

Yapay zekâlı varlıkların gerçekleştirdiği tipe uygun ve hukuka aykırı fiiller (suç) neticesinde sorumlu olup olmayacakları hususu, teknolojinin hızlı gelişimine paralel olarak daha sık düşünölmeye başlanmıştır¹²⁴. Bu varlıklar dış dünyada değişiklik meydana getiren bir takım davranışlarda bulunmaktadır. Yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, örneğin yapay zekâyâ sahip bir robot öldürme suçunu işlediği takdirde ceza hukuku açısından nasıl sorumlu olacağı sorusunun yanıtı önem kazanmaktadır.

Yapay zekâlı varlıkların cezai sorumluluğunu tespit edebilmek için, ilk olarak bu varlıkların otonom-yarı otonom mı, yoksa gerçek anlamda bir bilince mi sahip olduğunu belirlemek gerekiyor. Otonom-yarı otonom varlıklar için sorunun tespiti kolaydır. Çünkü bu varlıklar bir tür eşya/nesne olarak kabul edildiği için cezai sorumluluk onu kullanan gerçek kişiye ait olacaktır. Gerçek anlamda bir bilince sahip olan yapay zekâlı bir varlık tarafından kasten veya taksirle bir suç işlendiğinde cezai sorumluluğun kimde olacağı meselesinin tartışılması gerekmektedir¹²⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki, yapay zekâyâ kişilik verilip verilmeyeceği ile

¹²² Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 279; Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında, s. 372.

¹²³ İçel Kayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 267; Aksi görüş için bkz. Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2020, s. 529.

¹²⁴ Lima, s. 694-695; Bozkurt Yüksel, s. 105.

¹²⁵ Dölger, s. 85.

kişilik verildiği takdirde suçun faili olup olamayacağı hususlarının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir.. Yapay zekâya tıpkı insan gibi *gerçek kişilik* verilmediği sürece suçun doğrudan faili olamayacağı söylenmelidir. Ceza kanunları açısından değerlendirecek olursak tartışmasız gerçek kişiler suçun faili olacaktır. Buna karşılık tüzel kişilerin suçun faili olup olamayacakları meselesi ise tartışmalıdır. Ancak, yapay zekânın en üst seviyeye geldiğini düşünürsek, yani insan gibi düşünme, karar alma, algılama, etrafındakilerin duygu ve düşüncelerini öngörme, tahmin etme gibi bağımsız hareket edeceği ihtimali açısından ele alacak olursak, suçun doğrudan faili olacağı düşünülebilir¹²⁶. Bu durumun şuan için sadece düşünceden ibaret olduğunu belirtmeliyiz. Yapay zekânın insan zekâsına eşit, hatta daha ileri seviyede olduğu zaman geldiğinde, tıpkı insan gibi bağımsız olarak suçun faili olabileceği gerçeği ile karşı karşıya gelinecektir. Çünkü ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Fakat yapay zekâya elektronik veya tüzel kişilik gibi bir tür kişilik verildiği takdirde, suçun faili olamayacağını kabul etmek gerekiyor. Başka bir ifadeyle, asıl cevabı aranan soru *yapay zekâlı varlıklar bir insan ile eşdeğer kabul edilebilir mi* olacaktır.

Yapay zekânın tıpkı bir insan gibi doğrudan suçun faili olabilmesi için, bu varlıkların dış dünyada fiziki olarak oluşması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu varlıkların suçun doğrudan faili olabilmeleri ancak somut şekilde bulunmalarına bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında, eli, kolu, başı, vücudu olan, yani insana benzeyen bir somut varlık olarak karşımıza çıkması gerekir. Soyut şekilde karşımıza çıkan yapay zekâya gerçek kişilik verilerek suçun doğrudan faili olması ihtimali zayıftır. Sonuç olarak, somut şekilde var olan yapay zekânın suçun doğrudan faili olabilmesi mümkün iken, soyut şekilde var olan yapay zekânın (örneğin Google) suçun doğrudan faili olması ihtimali düşüktür. Daha sonra ise, somut yapay zekâlı varlığın yukarıda bahsettiğimiz insana has özelliklerinin bulunması gerekir. Aksi halde, yine suçun doğrudan faili olabilmesi söz konusu değildir.

Şu an gelinen nokta açısından yapay zekâ ile insanın bağımsız hareket etme konusunda eş değer olmadığı muhakkaktır. Yapay zekâlı varlıkların insandan daha hızlı hesap ve çeviri yapabilmesi, daha hızlı karar mekanizmasının olması, yön bulması gibi analizleri yapabilmesi, insandan daha zeki ve pratik zekâya sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü yapay zekâlı varlıklarda *bilinç* bulunmamaktadır. Şayet bilinç olduğu kabul edilirse suçun faili olabileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla, yapay zekâ kendi sınırları kapsamında hedefe ulaşmak için kendi kendine karar alarak uygulamaya geçse dahi, bu hedefi bir yazılımcı/programlayıcı (gerçek kişi) belirlemektedir¹²⁷.

¹²⁶ Cerka/Grigienė/Sirbikyte, s. 383; Hallevy, s. 187.

¹²⁷ Özbek/Özbek, s. 615.

Yapay zekâ programlandıktan/üretildikten sonra insan özelliğine haiz şekilde iradi olarak hareket edebildiğini kabul edersek, işlemiş oldukları suç neticesinde onu programlayan/üreten kişi ile işlenen suç arasındaki nedensellik bağı ortadan kalkacaktır. Böylelikle, yapay zekâlı varlık tarafından işlenen suç, bir gerçek kişiye objektif olarak isnat edilemeyecektir¹²⁸.

D. Dolaylı Faillik, Azmettirme ve Yardım Etme Açısından Değerlendirme

Dolaylı faillik, suçun diğer bir kişinin araç olarak kullanılması sureti ile işlenmesidir. Arka plandaki kişi, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahıs ve hareket üzerinde tam bir hâkimiyet kurmaktadır. Bu durumda, arka planda bulunan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/2). Arka planda bulunan kimse hakkında ceza verilirken bu kişinin, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusur yeteneği olmayan bir kimseyi araç olarak kullanması durumunda verilen ceza artırılacaktır. Dolaylı faillikte suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi vardır. Birde bu kişiyi araç olarak kullanan arka planda ikinci bir kişi vardır. Suçun kanuni tarifine uygun fiili gerçekleştiren kişi kasten hareket etmiş olmayabilir, cebir veya tehdit etkisinde kalabilir, kusur yeteneği olmayan bir yaş küçüğü veya akıl hastası olabilir. Tüm bu hallerde dahi arka planda olan kişi sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle arka plandaki kişi işlenen suçun kanuni tarifindeki fiili bizatihi gerçekleştirmedeği halde o suçun dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaktadır¹²⁹.

Yapay zekâlı varlığı tıpkı bir insan gibi *gerçek kişi* kabul edecek olursak, suçta araç olarak kullanılması mümkündür. Bu takdirde, cezai sorumluluk arka plandaki insana ait olacaktır. Buna karşılık, yapay zekâlı varlığa gerçek kişilik dışında bir kişilik tanınması (tüzel kişilik veya elektronik kişilik) veya herhangi bir kişilik tanınmaması durumunda suçta araç olarak kullanılması söz konusu değildir. Ayrıca, kişilik tanınmaması gerektiği görüşü esas alınır, suçta kullanılması durumunda bir çeşit alet/araç/nesne/silah olarak kullanılacaktır. Her iki durumda da suçun faili değişmeyecek olup, sadece ilk örnekte insan, dolaylı fail; ikinci örnekte ise, doğrudan fail statüsünde olacaktır. Aynı mantık azmettirme ve yardım etme için de geçerli olacaktır¹³⁰.

E. Yapay Zekânın Mağdur/Suçtan Zarar Gören Olup Olamayacağı Hususunda Değerlendirme

Mağdur, işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğrayan kişidir. Ceza hukuku kavramı olarak mağdur, suçun konusunu ait olduğu kişiyi ifade eder. Şayet suçun konusu belirli kişi veya kişilere yönelikse mağdurun bu kişi veya kişiler

¹²⁸ Cerka/Grigijene/Sirbikyte, s. 378; Altunç, s. 177; Özbek/Özbek, s. 610-611.

¹²⁹ Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, 2009, s. 143 vd.

¹³⁰ Lima, s. 680.

olduğu kabul edilir. Ancak, suçun konusu belirli kişilere yönelik değilse mağdur toplum (mağdursuz suç¹³¹) olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçek kişilerin suçun mağduru olmasında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüşe göre, tüzel kişiler suçun mağduru değil suçtan zarar gören olabilmekte¹³²; diğer bir görüşe göre ise, tüzel kişiler suçun mağduru olabilmektedir¹³³.

Yapay zekâyı bir tür eşya olarak kabul eden görüş açısından değerlendirecek olursak, bunlara zarar verildiği takdirde mala zarar verme (TCK m. 151/1) suçu oluşacaktır¹³⁴. Ancak, yapay zekânın sıradan bir eşya gibi görülmemesi gerektiğini ifade etmiştik. Çünkü örneğin, yapay zekâlı varlıklar soyut olarak da karşımıza çıkabildiği için, basit bir eşya statüsünde değerlendirmek birçok ceza hukuku sorununun çözümsüz kalmasına yol açacaktır. Yapay zekâ yazılımının içeriğine girilmek suretiyle, onun işleyişinin engellenmesi veya değiştirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu takdirde, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK m. 243) suçunun oluşması gündeme gelebilecektir. Örneğin, tam otomatik sürüş sistemine (yazılımına) sahip olan bir aracın, bu sistemine girilerek teknik değişiklikler yapılması durumunda söz konusu suç işlenmiş olacaktır.

Yapay zekâyı tüzel kişilik veya elektronik kişilik verilmesi gerektiği görüşü açısından değerlendirecek olursak, suçun mağduru değil suçtan zarar gören olabilecektir. Buna karşılık, tüzel kişilerin mağdur olabileceği görüşü esas alınırsa, yapay zekâlı bir varlık mağdur olabilecektir.

Gelecek yıllarda hedeflenen yapay zekâ teknolojisine ulaşıldığı zaman, yani yapay zekâlı bir varlığın tıpkı insan gibi özelliklere sahip olduğu zaman suçun mağduru olabileceği düşünülebilir. Yapay zekâlı bir robotun insan gibi algılama, düşünme, öğrenme, kendi kendine karar alma şeklinde özelliklere sahip olduğu takdirde gerçek kişilik verilmesi söz konusu olabilecektir. Bundan dolayı, insan gibi bilince sahip yapay zekâlı robotlar suçun faili olabileceği gibi mağduru da olabilecektir. Benzer şekilde, yapay zekâyı gerçek kişilik tanındığı durumda bir yapay zekâlı robot tarafından başka bir yapay zekâlı robota karşı da suç işlenebilecektir. Bu ihtimaller doğal olarak yapay zekânın en üst seviyeye geldiği noktada gerçekleşecektir. Ancak, bu ihtimallerin hukuki açıdan değerlendirilebilmesi için öncelikle kişilik sorununun çözümlenmesi gerekir.

¹³¹ Öztürk Bahri/Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2020, s. 201-202.

¹³² Koca/Üzülmüş, s. 115; Hakeri, s. 132.

¹³³ Tüzel kişilerin suçun mağduru veya suçtan zarar gören olması ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 129.

¹³⁴ Dülger, s. 86.

IV. YAPAY ZEKÂ İLE KUSURLULUK/KUSUR (İSNAT) YETENEĞİNİ ETKİLEYEN HALLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ceza hukukunda suçun temelini fiil oluşturmaktadır. Kusur (isnat) yeteneği olup olmadığına bakılmaksızın her insan hareket yeteneğine sahiptir. Bundan dolayı, kusur hareketin koşulu olarak kabul edilmemektedir. Bir haksızlıktan (suçtan) bahsedebilmemiz için tipe uygun (tipiklik) ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı gereklidir. Suç (tipiklik + hukuka aykırılık) fiili belirlendikten sonra, failin bu fiilinden sorumlu olup olmayacağının belirlenmesine, yani kusurlu kabul edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesine geçilecektir. Dolayısıyla, kusurluluk haksızlık teşkil eden fiilin (suçun) unsurlarından sonra ve fail hakkında yapılan bir değer yargılamasıdır. Yani, bu değer yargısı fiil ile ilgili olmayıp, fail ile ilgili bir durumdur¹³⁵. Yani kusur ilkesi, faile verilecek olan cezanın bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilen fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayandırılabilmesi demektir¹³⁶. Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, kusurluluğu suçun bir unsuru olarak kabul etmemekteyiz. Suç kavramını, tipe uygun ve hukuka aykırı fiil olarak nitelendirmekteyiz. Böylelikle, kusurluluk suçun bir unsuru olmayıp, cezalandırabilme (kınanabilirlik yargısı) şartı olarak kabul etmekteyiz. Sonuç olarak, “*kusursuz suç ve ceza olmaz*” ilkesini değil, “*kusursuz suç olur, ancak ceza olmaz*” ilkesini benimsemekte ve açıklamalarımızı bu görüş çerçevesinde yapacağız.

Kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesi (kusurlu sayılabilmesi) için, fiili işlediği esnada kusur (isnat) yeteneğine sahip olması gerekir¹³⁷. Ceza hukuku tarafından cezalandırılan fiiller, belirli tipik özelliklere haiz olan, yani aynı fiilleri işleyen insanların değil, sadece subjektif özellikler açısından benzer olan davranışlar oluşturmaktadır. Bundan dolayı kusur (isnat) yeteneği kavramı, kişiye ceza yaptırımını uygulayabilmek ve işlenen fiili kişiye yükleyebilmek amacıyla ortaya konulan şartlar olarak tanımlanabilir. Ayrıca, isnat yeteneğinden bahsedilebilmesi için anlama ve isteme yeteneklerinin bir arada bulunması zorunludur¹³⁸. TCK açısından ise, herhangi tanımlamanın yapılmadığını görmekteyiz. Ancak, TCK m. 31 (yaş küçüklüğü), m. 32 (akıl hastalığı) ve m. 34 (geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma) kusur yeteneğinin tanımı noktasında bize yol göstermektedir. Anılan maddelere göre kusur yeteneği, kişinin işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması (algılama yeteneği), başka bir ifadeyle işlenen fiilin hukuken uygun bir davranış olduğunu anlama ve bu çerçevede davranışlarını yönlendirme (irade) yeteneğidir¹³⁹.

¹³⁵ Koca/Üzülmmez, s. 84-86.

¹³⁶ Jescheck Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev.: Feridun Yenisey, 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 9.

¹³⁷ Koca/Üzülmmez, s. 314.

¹³⁸ Toroslu Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Ankara, 2015, s. 5-9.

¹³⁹ Koca/Üzülmmez, s. 314.

Kusur yeteneğinin ortadan kaldırılması veya azalması halinde faile ceza verilmeyecek veya cezasında indirim yapılacaktır. Konuyu yapay zekâ çerçevesinde değerlendirmek için somut bir olay üzerinden konuyu açıklayacağız. Neuralink şirketi¹⁴⁰ tarafından gerçekleştirilen projeye göre, insanları ve bilgisayarları birbirine bağlamak için ultra yüksek bant genişliğine sahip beyin-makine ara yüzleri geliştirilecektir. Benzer şekilde, bilim adamları tarafından kan damarı içinden kablo geçirilerek insan beynini Windows 10 işletim sistemli bilgisayara bağlamayı başarmıştır¹⁴¹. Bu projeye göre, felçli insanların bilgisayar ve telefonları kontrol etmesi sağlanacaktır. Yine insan beynine yerleştirilecek bir çip sayesinde insanlar ile bilgisayarlar arasında doğrudan bağlantı kurulması hedeflenmektedir. Söz konusu proje hayata geçirildiği takdirde bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Beyin dalgalarına müdahale edilerek herhangi bir bilgiye erişebilir mi? Bu bilgiler üçüncü şahıslara satılabilir mi? Beynimize yerleştirilen çiplerin hacklenmesi nasıl önlenecektir? Buna benzer daha birçok sorunun cevabı tartışmaya açıktır. Örneğin, bu proje kapsamında bir kişinin beynine çip yerleştirildiği takdirde, işlemiş olduğu suç teşkil eden fiiller açısından kusur yeteneğinin tam olduğu kabul edilecek midir, başka bir ifadeyle çip yerleştirilmenin kusur yeteneği üzerindeki etkileri nasıl olacaktır sorularını cevaplandırmak gerekecektir.

Yukarıda bahsedilen durumda bir nevi gerçek zekâ ile yapay zekâ iç içe geçmiş olmaktadır. Yani, tıpkı bilim kurgu filmlerinde gerçekleşen yarı robot yarı insan şeklinde bir model gerçekleşecektir. Ancak, yapay zekâ sistemi gerçek zekâ üzerinde algılama veya irade yeteneğini olumsuz şekilde etkileyebilecek ise, bu durumda kusur yeteneğini azalttığı veya ortadan kaldırdığı ifade edilebilir. Belki de, tam tersi şekilde algılama veya irade yeteneğinde bir artış meydana gelecektir. Bu takdirde, yapay zekânın olumlu etkisinden bahsedilebilecek olup, kusur yeteneğinin azalması veya kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır. Dolayısıyla, beynine çip takılan bir insan suç işlediği takdirde pekala fail olarak sorumlu olacaktır. Çünkü gerçek kişiler fail olabildiği için bu şart sağlanmış olmaktadır. Ancak, her ne kadar suç oluşsa da failin kusur yeteneğinin ortadan kalkması veya azalması durumuna göre cezai sorumluluğu doğmayacak veya doğsa da cezasında indirim olacaktır (kusursuz suç olur, ancak ceza olmaz ilkesi). Bu noktada yapay zekâyı kişilik tanınmamış olması gerekir. Şuan ki mevcut hukuk sistemleri açısından ele alacak olursak, yapay zekaya kişilik tanınması söz konusu olmadığından dolayı beynine çip takılan bir kişinin yapay zeka tarafından kusur yeteneğinin etkilenmesi mümkündür.

¹⁴⁰ “Neuralink Corporation, Elon Musk ve sekiz nörolog tarafından, implante edilebilir beyin-makine ara yüzleri geliştirmek amacıyla 2016’da San Francisco’da kurulmuş Amerikan nöroteknoloji şirkettir.”, Bkz., <https://tr.wikipedia.org/wiki/Neuralink>, E.T: 21.11.2020.

¹⁴¹ İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.cnnturk.com/teknoloji/neuralink-nedir-elon-muskin-yeni-projesi-neuralink-ne-demek>, E.T: 21.11.2020.

Beynine çip takılan bir kişinin suçta araç olarak kullanılması da mümkündür. Bu durumda, dolaylı fail olan kişinin sorumluluğu doğacaktır. Ancak, beynine çip takılan kişinin kusur yeteneğinin olmadığı ihtimalini düşünürsek, bu takdirde suçta araç olarak kullanılması durumunda ceza daha da artırılacaktır (TCK m. 37/2). Diğer bir ihtimalde ise, eğer beynine çip takılan kişi kendisini iradi olarak kontrol edemiyorsa, diğer bir ifadeyle kontrol tamamen yapay zekanın elindeyse bu durumda cezai sorumluluk yapay zeka yazılımını kontrol eden veya yönlendiren kişide olduğu söylenebilir.

Tek başına yapay zekâlı robotun kusur yeteneğinden bahsedilebilmesi için bir takım duyu organları vasıtasıyla (sensörleriyle) dış dünyayı algılaması ve bunları analiz etmesi gerekir. Bunu yaparken gelişmiş algoritmaları kullanması zorunludur. Şuan için hedeflenen yapay zekâlı robot aşamasına gelinirse de yakın bir gelecekte tıpkı insan gibi kusur yeteneğine sahip bir yapay zekâlı robotun üretileceği öngörülmektedir. Bununla ilgili bazı fikirler ortaya atılmaktadır. Örneğin, Kurzweil tarafından *The Observer* gazetesine yapılan açıklamada 2029'da robotların deneyimlerinden öğrenecek, sohbet edebilecek, şaka yapabilecek ve hatta flört edebilecek kadar ileri bir düzeye ulaşacağını ileri sürdü¹⁴². Şayet bu tahmin gerçekleşirse, pekâlâ bu türden robotların kusur yeteneğine sahip olacağı kabul edilecektir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, yapay zekâlı varlıkların kusur yeteneğine ne derece sahip olduğu onların seviyesine bağlı olduğu söylenebilir. Başka bir ifadeyle, sınırlı yapay zekâlı bir robotun kusur yeteneğinin tam olmadığı, yani işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği azalmış olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, sınırsız bir yapay zekâyâ sahip olan bir robotun, yani algılama ve irade yeteneği tam olan, düşünme, öğrenme, karar alıp uygulayabilme ve bilince sahip olan bir yapay zekânın (günümüzde hedeflenen yapay zekâ türü) kusur yeteneğinin tam olması gerektiğini belirtebiliriz.

V. TÜZEL KİŞİLERİN CEZAI SORUMLULUĞU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Şüphesiz yapay zekâlı robotların cezai sorumluluğu konusunda bize yardımcı olacak husus tüzel kişilerdir. Çünkü tüzel kişilerde yapay zekâlı robotlar gibi gerçek kişi olmadıkları için, bu konuda ortak özelliğe sahiptirler. Tüzel kişiler organları aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirmektedirler. Bundan dolayı, tüzel kişiler bazı sebeplerle insanlar tarafından idare edilmekte ve yönlendirilmektedirler¹⁴³. Şuan ki yapay zekâ teknolojisi açısından da durumun benzer olduğu ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle, tüzel kişiler ve

¹⁴² İlgili haberin detayı için bkz., <https://www.theguardian.com/technology/2014/feb/22/computers-cleverer-than-humans-15-years>, E.T: 17.11.2020.

¹⁴³ Altunç, s. 175.

yapay zekâlı varlıklar insan eseri olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Ancak, tüzel kişiliğe sahip ticari şirketler ile yapay zekâlı varlıklar arasında duyguları ifade etmek veya öğrenme, algılama, düşünme, karar alma gibi hususlarda farklılık bulunmaktadır. Bundan dolayı, yapay zekâlı varlıkların tüzel kişilere benzediği belirtilse de, onlardan daha farklı bir hukuki kişilik tanınması (örneğin elektronik kişilik) isabetli olacaktır¹⁴⁴.

Tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı görüşü kapsamında değerlendirme yapacak olursak, aynı şekilde yapay zekâlı varlıklar da suçun faili olamayacaktır. Farklılık gösterecek husus ise, ilerleyen teknoloji sayesinde yapay zekâlı varlığı gerçek kişilik verilebilmesi ihtimalidir. Bu ihtimal gerçekleştiği zaman, artık yapay zekâlı varlıklar tüzel kişilerle değil, gerçek kişilere benzerlik gösterecektir. Hale hazırdaki hukuk sistemleri açısından, yapay zekâlı varlığın tüzel kişilere benzerlik gösterdiği ifade edilebilir.

VI. YAPAY ZEKÂNIN İŞLEDİĞİ/İŞLEME OLASILIĞININ OLDUĞU SUÇLAR YÖNÜNDEN YAPTIRIM VE İNFAZ SORUNU

Yapay zekâlı bir varlık (robot) tarafından TCK'da düzenlenen bazı suçların işlenebilmesi ihtimal dâhilindedir. Örnek olarak öldürme, yaralama, mala zarar verme, hakaret, tehdit, bilişim sistemine girme, kişisel verilerin kaydedilmesi, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması vb. gösterilebilir. Bu varlıkların işlemiş oldukları suçlar yönünden fail olup olamayacakları ile bunlara uygulanacak yaptırım belirlenmesi arasında sıkı bağlantı vardır. Öncelikle yaptırım uygulayabilmek için suçun doğrudan faili olabilmek gerekir. Şuan düşünce aşamasında olan bu durum için yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Benzer sorun yapay zekâlı varlıklara koruma tedbiri uygulanıp uygulanamayacağı hususunda da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, yapay zekâlı bir robota tutuklama veya gözaltı kararı verilebilecek midir? Koruma tedbirleri gerçek kişiler için uygula kabiliyetine sahip olup, tüzel kişiler için uygulanması söz konusu değildir. Ancak, gelecekte gerçek kişilik tanınacak olan bir yapay zekâlı robota koruma tedbirlerinin uygulanabileceği konusunu şimdiden tartışmak ve çözüm üretmek gerekmektedir¹⁴⁵.

Yaptırım hususunu değerlendirebilmek için yapay zekânın kişilik meselesini netleştirmek gerekir. Mevcut durumda yapay zekâlı robotun kişiliği yok kabul edildiği için bir tür eşya/araç/nesne olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, uygulanacak bir yaptırımdan da bahsedilmeyecektir.

Tüzel kişilik veya elektronik kişilik verilmesi gerektiği görüşü açısından ele alacak olursak, bir kıyaslama yapılabilir. TCK m. 20/2'ye göre, *tüzel*

¹⁴⁴ Özbek/Özbek, s. 616.

¹⁴⁵ Özbek/Özbek, s. 617.

kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır. Yapay zekâlı varlıkların bu türden kişiliklere sahip olduğu kabul edilecek olursa, TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirlerine benzer nitelikte yaptırımlara tabi tutulabilecektir. Mevcut TCK sistematığında tüzel kişiler için öngörülen güvenlik tedbirleri iznin iptali ve müsadere (TCK m. 60). Tabi ki, mevcut sistemdeki düzenlemelerde yapay zekâyâ yönelik bir güvenlik tedbirine yer verilmemiştir. Çünkü halen kişilik verilir verilemeyeceği hususu dahi netlik kazanmış değildir. Ancak, ilerleyen yıllarda bu türden kişilik verildiği takdirde güvenlik tedbirleri başlığı altında yapay zekâlara özgü güvenlik tedbirleri çeşitlerinin düzenlenmesi gerekecektir.

Yapay zekâlı bir robot fiziksel bir yapıya sahip olabileceği gibi soyut olarak da karşımıza çıkabilir. Yapay zekâlı robot suç işlediği takdirde, tüzel kişilerde uygulanan iznin iptali güvenlik tedbiri bunlar için de uygulanabilir mi?¹⁴⁶ İznin iptali bir nevi idam cezasına benzemektedir. Yani tüzel kişiliği sona erdirmek anlamına gelmektedir. Benzer şekilde yapay zekâlı robotun, örneğin yazılımı iptal edilerek bir güvenlik tedbiri uygulanabileceği düşünülebilir. TCK'da gerçek kişiler için idam cezası düzenlenmemiştir, ancak tüzel kişiler için idam cezasına benzer bir güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir. Aynı durum yazılımın silinmesi örneğinde olduğu gibi yapay zekâlar içinde geçerli olabilir¹⁴⁷. Bizce, bu ihtimalin uygulanabilmesi için yapay zekâlı varlıklara en azından tüzel kişilik ile eş değer bir kişilik tanınması gerekir. Yapay zekâlı varlıklara yaptırım uygulanacağı düşünüldüğü takdirde, diğer bir sorun da soyut varlığa sahip yapay zekâlar açısından karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla, yapay zekâlı varlıklara yaptırım meselesi bunların somut ve soyut olmasına göre farklı şekillerde belirlenmesi yerinde olacaktır. Buna ilişkin olarak İnfaz Kanunu'nda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekir.

Yapay zekâlı varlıklara gerçek kişilik verildiği takdirde suçun faili olabileceğini belirtmiştik. Ancak burada yaptırım ile ilgili bazı sorunlar ortaya çıkacaktır. Çünkü yapay zekâlı varlıklar insan olmadığı için cezanın amacı ile nasıl bağdaşacakları sorunu çözümlenmelidir. TCK m. 1'e göre, *Ceza Kanununun amacı kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.* Bu maddeyi cezanın amaçları kapsamında değerlendirdiğimizde sadece kefaret ve önleme amaçlarından bahsedilmektedir. Önleme amacı ise, genel ve özel önleme olmak üzere ikiye ayrılır. Genel önleme amacı caydırıcılıktır, ibret vericiliktir. Özel önleme amacı ise, rehabilite ve ıslah

¹⁴⁶ Hallevy, s. 194-195.

¹⁴⁷ Özbek/Özbek, s. 617-618.

etmektedir. Başka bir ifadeyle, topluma tekrar kazandırılmak hedeflenmektedir. Cezası infaz edilen bir kişi topluma döndüğünde tekrar suç işlemeyeceği bilinciyle hareket etmesi gerekmektedir.

Yapay zekânın işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu olduğu kabul edilse dahi, karşımıza nasıl yaptırım uygulanacağı sorunu çıkacaktır. TCK'daki yaptırımlar gerçek kişilere özgüdür. Bir an için yapay zekâyâ gerçek kişilik tanındığını düşünecek olursak, ceza hukukunun amacını nasıl gerçekleştireceğiz? Yapay zekânın ıslah edilmesi mümkün müdür? Ceza hukukunun genel ve özel önleme amacı nasıl sağlanacaktır? Yapay zekâyâ hapis cezası veya adli para cezası verebilecek miyiz? Görüldüğü üzere, yapay zekâyâ gerçek kişilik tanınması sorunu tek başına çözmekte yetersiz kalmaktadır. Bizce, bu sorun yapay zekâyâ gerçek kişilik verilmesi fikrinden vazgeçildiği takdirde çözüme kavuşacaktır. Ayrıca, yapay zekânın tüzel kişilere benzerlik gösterdiği için, sorunu tüzel kişilerin suçun faili olarak kabul etmekle aşılabileceği düşünülebilir. Tüzel kişiler suçun faili olabileceği görüşü kapsamında, yapay zekânın da kişilik kazandığı durumda (tüzel veya elektronik kişilik) bunlara özgü yaptırımlar kanunda düzenlenebilir. Örneğin, yapay zekânın yazılımının iptal edilmesi, belirli süreyle kapatılması gibi yaptırımlar düşünülebilir¹⁴⁸. Bu durum tüzel kişilerde fesih güvenlik tedbirine benzediği ifade edilebilir. Sonuç olarak, yapay zekâyâ gerçek kişilik verilmesiyle ceza kanununun amacına tam hizmet edilemeyeceği, ancak imkânsız da olamayacağını belirtebiliriz. Nasıl ki tüzel kişiler suçun faili olabileceği düşüncesi bulunmaktaysa, aynı şekilde yapay zekânın da suçun faili olabileceği düşünülebilir. Fakat yaptırım olarak hapis veya adli para cezası değil, yazılımının sona erdirilmesi, geçici süre devre dışı bırakılması gibi yaptırımlara tabi tutulabilir. *Hallevy*'e göre ise, yaptırım olarak adli para cezası verilebilmelidir. Hapis cezası ise istenilen hedefe ulaşılamayacaktır, ancak adli para cezası ise hedefe bir adım daha yaklaşılabilir¹⁴⁹.

SONUÇ

Teknolojik gelişmelere paralel olarak yapay zekâ artık hayatın her alanda kullanılmaktadır. İletişim, bilişim, otonomi, sağlık, askeri ve hukuk alanı olmak üzere birçok alanda hızlı şekilde kullanımını artmaktadır. Yapay zekânın etki alanı çoğunlukla bilgisayar/yazılım programcılığı, mühendislik, finans, alışveriş, otonomi sanayi, sağlık, savunma sanayi olmakla birlikte, bunlara ilaveten matematik, felsefe, oyun, reklamcılık, psikoloji gibi sosyal, fen ve sağlık bilimlerinin tüm alanlarını kapsadığı belirtilebilir.

¹⁴⁸ Hallevy, s. 196.

¹⁴⁹ Hallevy, s. 199.

Yapay zekâ öğretide farklı ayrımlarda incelenmektedir. Bunlar genel olarak, eşya gibi nitelendirilen, basit bir eşya gibi görülmemesi gerektiğini belirten (tüzel kişilik veya elektronik kişilik) ve insana benzer nitelikte olan yapay zekâlar şeklinde incelenmektedir. Tartışmaların yoğunlaştığı nokta ise, yapay zekânın insansı özelliklere sahip olup olamayacağı ihtimalinde ortaya çıkmaktadır. Yaşanacak hukuki sorunlar sadece yapay zekâlı robotların insanlara karşı işleyecekleri suçlar açısından değil, daha da ileri derecede düşünecek olursak bu robotların başka robotlara karşı da suç işlemesi halinde karşımıza çıkacaktır. Tabi ki, bu ihtimaller şuan için düşünce aşamasında olmaktadır. Çalışmanın asıl konusu zaten ilerleyen yıllarda gerçekleşecek teknolojik gelişmelere göre şekillenecektir. Gelişmelerin neler göstereceği tam olarak kestirilememekle birlikte, illa ki farklı türden bir kişilik tanınması zorunludur.

Yapay zekâlı robotların yasal düzenleme çerçevesinde tanımlanması, hak ve yetkilerinin belirlenmesi ile kişilik ve yaptırım sorunları hakkında hukuk sistemlerinde şimdiden çalışma yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Çünkü yakın bir gelecekte çalışmamızda belirttiğimiz ihtimaller ile karşılaşacağız. Bu konuda ilk olarak Anayasa hukuku bağlamında zemininin hazırlanması gerekir. Yapay zekâlı varlıkların hak ve yetkileri, temel haklar ile özgürlükleri ve kişilikleri hakkında detaylı düzenlemeler yapılmalıdır. Tabi ki, özellikle kişilik tanınması konusunda medeni kanunda gerekli değişikliklere gidilmelidir. Tüzel kişilerde olduğu gibi ayrı bir bölüm ayrılarak medeni kanun kapsamına girebilecek tüm ayrıntılar belirtilmelidir. Tüm bu sorunlar çözüldükten sonra sıra ceza kanunu açısından ele alınmasına gelecektir. Gerçek kişilik tanınması ihtimali doğduğu takdirde suçun faili olacağı için ceza kanunlarında buna ilişkin değişiklikler yapılmalıdır. Özellikle yaptırım bakımından başta infaz kanununa ve CMK'na gerekli hukuki düzenlemeler eklenmelidir. Çünkü yapay zekâ bakımından onun soyut varlığı nedeniyle kendine has yaptırımlar getirilmesi zaruridir. Bu yasal düzenlemeler ulusal değil, uluslararası bir meseledir. Bundan dolayı, devletler bu konuda ortak bir çalışma yapmak zorundadır.

Yapay zekânın gerçekleştirdiği fiillerin cezai sorumluluğa yol açması konusunda nedensellik bağı ve objektif isnadiyet açısından sorun yaratacağı ifade edilebilir. Yapay zekâ sadece eşya olarak nitelendirilirse sorun yaşanmayacak olup, bu konu mevcut hukuk sistemleri kapsamında çözümlenebilir. Ancak, geline nokta basit bir eşya olarak görülemeyeceği aşikârdır. Özellikle yapay zekâ tarafından gerçekleştirilen fiillerin manevi unsur açısından nasıl ele alınacağı konusunda tikanıklık yaşanacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbilek Meliha, “*Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri ve Hukuki Sorumlulukları*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:6, Aralık 2017, s. 215-236.
- Akkurt Sinan Sami, “*Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 13, Haziran 2019, s. 39-59.
- Alexandre F. Maia, The Legal Status of Artificially Intelligent Robots: Personhood, Taxation and Control, Electronic Journal, Master of Laws (LL.M.), Advisor: Erik P. M. Vermeulen, Tilburg University, June 2017.
- Altınok Arda, “*Chatbot ve Yapay Zekâlı Asistanlara Hukuksal Yaklaşım*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 3, 2019, s. 258-265.
- Altunç Mehmet Sinan, “*Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayıncılık, Cilt I, Ekim 2014, İstanbul, s. 159-181.
- Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Aydın İ. Hakkı/Değirmenci C. H., Yapay Zeka, Girdap Yayınları, İstanbul, 2018.
- Aydın Yenioğlu Zühre, Bir Yapay Zekâ Örneği: Kasparov ve Deep Blue Gerçeği, <https://www.matematiksel.org/bir-yapay-zeka-ornegi-kasparov-deep-blue-gercegi/>, E.T: 20.10.2020.
- Aydoğdu Yasin, “*Yapay Zekâ Marifetiyle Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Terörizme Etkileri*”, Yeni Nesil Terörizm, ed.: Muhittin İMİL, Nobel Yayınevi, Ankara, 2020.
- Aydoğdu Yasin, Yapay Zekâ ve Robot Hukuku, Aralık, 2020, Udemy, Yapay Zekâ ve Robot Hukuku | Udemy, E.T: 10.01.2021.
- Bak Başak, “*Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk*”, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 35 (Temmuz 2018), s. 211-232.
- Barfield Woodrow, “*Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots*”, Paladyn, Journal of Behavioral Robotics, Volume 9, Issue 1, 2018, s. 193-203.
- Bathae Yavar, “*The Artificial Intelligence Black Box And The Failure Of Intent And Causation*”, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 31, No: 2, 2018, s. 890-938.
- Bayamhoğlu Emre, “*Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, 1. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 131-140.

- Boyle James, “*Endowed by Their Creator?: The Future of Constitutional Personhood*”, <https://www.brookings.edu/research/endowed-by-their-creator-the-future-of-constitutional-personhood/>, E.T: 17.10.2020.
- Bozkurt Yüksel A. Ebru, “*Robot Hukuku*”, TAAD, Yıl:7, Sayı:29, Ocak 2017, s. 85-112.
- Bozkurt Yüksel A. Ebru, “*Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 11, Haziran 2018, s. 585-622.
- Bozkurt Yüksel A. Ebru, “*Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi - Yıl 8, Sayı 15, Haziran 2020, s. 483-538.
- Calo Ryan, “*Robots in American Law*”, University of Washington School of Law Research Paper, February 2016, s. 1-44.
- Cath Corinne/Wachter Sandra/Mittelstadt Brent/Taddeo Mariarosaria/Floridi Luciano, “*Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach*”, Science and Engineering Ethics, March 2017, s. 1-25.
- Cerka Paulius/Grigienė Jurgita/Sirbikyte Gintare, “*Liability for damages caused by artificial intelligence*”, Computer Law & Security Review, 31(3), April 2015, s. 376-389.
- Çekin M. Serdar, “*Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk*”, TAAD, Yıl:9, Sayı:33, Ocak 2018, s. 283-301.
- Doğan Koray, “*Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 3219-3251.
- Dülger M. Volkan, “*Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?*”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 142, Haziran 2018, s. 82-87.
- Ercan Cannur, “*Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri*”, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 40, Ekim 2019, s. 19-51.
- Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- European Civil Law Rules In Robotics, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf, October 2016, s. 1-34.
- Gizem Öztürk Dilek, “*Yapay Zekânın Etik Gerçekliği*”, AUSBD, 2019, 2 (4), s. 47-59.
- Güner Cemil, “*Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 15, Haziran 2020, s. 229-272.

- Hakeri Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Hallevy Gabriel, “*The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control*”, Akron Intellectual Property Journal, March 2016, s. 171-201.
- Holzer Jenny R./Moses Franklin L., “*Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges*”, Studies in Intelligence, Vol. 59, No. 1, March 2015, s. 21-29.
- Humbe A. B/Deshmukh P. A/Kadam M. S, “*The Review Of Articulated R12 Robot and Its Industrial Applications*”, International Journal of Research in Engineering & Technology, Vol. 2, Issue 2, February 2014, 113-118.
- International Organization for Standardization (ISO), <https://ifr.org/standardisation>, E.T: 21.10.2020.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Jescheck Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev.: Feridun Yenisey, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- K. Balta Büşra, “*Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: XXIV, Y.: 2020/3, s. 205-230.
- Kara Hacı, “*Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar*”, SDÜHFD, Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 17-51.
- Kara Kılıçarslan Seda, “*Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar*”, YBHD, Yıl: 4, Sayı: 2019/2, s. 363-389.
- Keçelioğlu Elvan, Taksirli Suçların Dogmatığı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kıyak Emre, “*Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 79-121.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Koops Bert Jaap/Hildebrandt Mireille/Jaquet-Chiffelle David-Oliver, “*Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 2010, s. 497-561.
- Köken Enes, Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Krausova Alzbeta/Hazan Hananel, “*Creating Free Will in Artificial Intelligence*”, Beyond AI: Artificial Golem Intelligence, Proceedings of the International Conference Beyond AI 2013 Pilsen, Czech Republic, November 12–14, 2013, s. 96-109.

- Krotov Vlad, “*The Internet of Things and new business opportunities*”, Business Horizons, file:///C:/Users/user/Downloads/1-s2.0-S0007681317301076-main.pdf, September 2017, s. 1-12.
- Kuşçu Ertan, “Çeviride Yapay Zekâ Uygulamaları”, KKEFD – 2015, Sayı: 30, s. 45-58.
- Lima Dafni, “*Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law*”, South Carolina Law Review, April 2018, s. 677-696.
- Özbek V. Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özbek V. Özer/Özbek Ceren, “*Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi*”, CHD, Yıl: 14, Sayı: 41, Aralık 2009, s. 603-622.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özen Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Öztürk Bahri/Erdem M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sırma Gezer Özge/F. Saygılar Kırıt Yasemin/ Özaydın Özdem/Alan Akcan Esra/Erden Tütüncü Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Pagallo Ugo, “*Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics and the Law*”, ECAI 2016-European Conference on Artificial Intelligence, August, 2016, s. 209-215.
- Parlak Börü Şafak, “*Robotik Cerrahi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 2019, s. 758-775.
- Pérennou Thomas, “*Stateofthe art on legal issues*”, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivvable.1.pdf>, August, 2014, s. 1-49, E.T: 27.10.2020.
- Rahman R. Aulia/Habibulah Rizki, “*The Criminal Liability of Artificial Intelligence: Is It Plausible to Hitherto Indonesian Criminal System?*”, Legality, Vol. 27, No. 2, September 2019-Februari 2020, s. 147-160.
- Richards Neil M., “*How should the law think about robots?*”, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf, E.T: 15.10.2020, s. 1-25.

- Roketsan Ürün Kataloğu, <https://www.roketsan.com.tr/wp-content/uploads/2018/05/UrunKatalogu-2018.pdf>, 2018, s. 1-68.
- Sarı Onur, “*Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk*”, TBB Dergisi, 2020 (147), s. 251-312.
- Say Cem, 50 Soruda Yapay Zekâ, 5. Baskı, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, İstanbul, 2018.
- Schank Roger C., “*Where’s the AI?*”, AI Magazine, Vol.: 12, Number 4, 1991, s. 38-49.
- Smith Bryant Walker, “*Automated Driving and Product Liability*”, Michigan State Law Review, Vol. 1, 2017, s. 1-74.
- Solum Lawrence B., “*Legal Personhood for Artificial Intelligences*”, North Carolina Law Review, Volume: 70, Number: 4, 1992, s. 1231-1287.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Sönmez Bade İnanç, “*Avrupa Birliği Robotların Elektronik Kişiliğini Tartışıyor*”, <https://www.dunyahalleri.com/avrupa-birligi-robotlarin-elektronik-kisiliginin-tartisiyor/>, E.T: 02.11.2020.
- Sparrow Robert, “*Killer Robots*”, Journal of Applied Philosophy, Vol. 24, No. 1, 2007, s. 62-77.
- Sucu İpek/Ataman Elif, “*Dijital Evrenin Yeni Dünyası Olarak Yapay Zekâ Ve Her Filmi Üzerine Bir Çalışma*”, Yeni Medya Elektronik Dergi, Ocak 2020, s. 40-52.
- Toroslu Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.
- Ünsal Burçak, “*Yapay Zekâ, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 4, Temmuz-Ağustos 2019, s. 64-73.
- World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology, Report of COMEST on robotics ethics, Paris, 14 September 2017, s. 1-64.
- Wright R. George, “*The Constitutional Rights of Advanced Robots (and of Human Beings)*”, Arkansas Law Review, Vol. 71:3, January 2019, s. 613-646.
- Zeytin Zafer/Gençay Eray, “*Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kşi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması*”, TAÜHFD, 2019/1, s. 39-70.
- Zorlu Mustafa, “*Yapay Zekâ ve Telif Hakkı*”, TBB Dergisi, Mayıs-Haziran 2019, Yıl: 32, Sayı: 142, s. 305-356.

DAĞLIK KARABAĞ SORUNUNUN VE ‘ATEŞKES’ ANDLAŞMASI’NIN ULUSLARARASI HUKUK VE İNSANCIL HUKUK AÇILARINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Nagorno-Karabakh Issue and ‘Ceasefire’ Agreement Under
International and Humanitarian Law*

Mustafa ERÇAKICA*

Geliş Tarihi: 14.02.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Azerbaycan ve Ermenistan arasında çeşitli çatışmaların yaşanmasına neden olan bölge, Güney Kafkasya’da bulunan ve uluslararası hukuka göre Azerbaycan’a ait olan Dağlık Karabağ bölgesidir. Ermenistan’ın bu bölgede egemenlik hakkı iddia etmesi sonucu gerçekleştirdiği işgal, birçok defa çatışmalara neden olmuş, ayrıca Birleşmiş Milletler tarafından da kınanmıştır. Bölge ile ilgili yaşanan uyuşmazlık çözülmemiş ve tarafların silahlı çatışma boyutuna varan çeşitli şiddet olayları yaşamasına neden olmuştur. Çok sayıda sivil kaybın da yaşandığı bilinmektedir. En son 27 Eylül 2020 tarihinden itibaren yaşanan yoğun çatışmalar, Azerbaycan’ın üstünlüğü ile sonuçlanmıştır. Bu gelişmenin ardından, Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında bir andlaşma yapılmıştır. Bilindiği gibi silahlı çatışma taraflarının uluslararası insancıl hukuk kurallarını ihlal etmeleri, insanlık açısından büyük dramlara neden olmaktadır. Bu nedenle de, söz konusu uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin incelenmesi önemlidir. Çalışmada da Dağlık Karabağ’da yaşanan silahlı çatışmalarda tarafların ihlal ettiği uluslararası insancıl hukuk kurallarına ilişkin iddialar üzerinde durularak, konunun önemi ortaya konulması amaçlanmıştır. Öte yandan, silahlı çatışmaları genellikle bir barış andlaşması takip etmektedir. Dağlık Karabağ kapsamında yaşanan çatışmaların ardından, 10 Kasım 2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması yapılmıştır.

ABSTRACT

Abstract: The region causing various acts of violence between Azerbaijan and Armenia is the Nagorno-Karabakh region which is located in the South Caucasus and belongs to Azerbaijan under the international law. The occupation of Armenia as a result of its sovereignty claims over this region caused armed conflicts for many times, although these claims of Armenia and its occupation of this region was condemned by the United Nations for several times. The dispute over this region could not be resolved and caused the parties to experience various acts of violence up to the extent of armed conflict. It is known that many civilian casualties were also experienced. The most recent and high intense conflicts which started on 27 September 2020 have resulted in favor of Azerbaijan. After this, an agreement was made and the parties to this agreement are Azerbaijan, Armenia and Russia. As it is known, the violation of international humanitarian law by the parties of an armed conflict causes tragedies for humanity. Therefore, it is very important for humanity to evaluate the violations of international humanitarian law when an armed conflict occurs. In this article, it is aimed to focus on the claims regarding the international humanitarian law violations by the parties of the armed conflicts that occurred in Nagorno-Karabakh and identify such violations. On the other hand, armed conflicts are usually followed by peace treaties. Following the armed conflict on the Nagorno-Karabakh issue, the Ceasefire Agreement dated 10 November 2020 was made.

* Dr. Öğr. Üyesi, Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, m_ercakica@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0197-1207.

Bu metnin uluslararası hukuk anlamında bir uluslararası andlaşma olup olmadığı, eğer uluslararası andlaşmaysa, barış andlaşması mı, yoksa ateşkes andlaşması mı olduğu, tartışılan bir husustur. Bu kapsamda çalışmanın iki temel problematiği, Azerbaycan ve Ermenistan arasında özellikle 27 Eylül 2020 tarihi itibarıyla yaşanan çatışmalara ve bu çatışmalarda yaşanan uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin ele alınmasıyla, Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapılan andlaşmanın niteliğinin ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Azerbaycan, Ermenistan, Dağlık Karabağ, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Ateşkes Andlaşması.

Whether this text is an international agreement in the sense of international law or not is a debate. Additionally, if it is an international agreement, whether it is a peace treaty or a ceasefire treaty is also a topic of debate. In this context, the two main problematics of this article are the evaluation of international humanitarian law violations in the conflicts between Azerbaijan and Armenia, especially as of 27 September 2020, and the evaluation of the nature of the agreement between Azerbaijan, Armenia and Russia.

Keywords: Azerbaijan, Armenia, Nagorno Karabakh, International Humanitarian Law, Ceasefire Agreement.

GİRİŞ

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte, Dağlık Karabağ sorunu yeni bir boyut kazanmış, artık bağımsız birer devlet olan Azerbaycan ve Ermenistan arasında çeşitli çatışmaların yaşanmasına neden olmuştur. Ermenistan'ın aslında Azerbaycan'a ait olan bir ülke parçasında gerçekleştirdiği işgal, birçok defa Birleşmiş Milletler tarafından da kınanmıştır. Yine de yaşanan uyuşmazlık çözilememiş ve tarafların silahlı çatışma boyutuna varan çeşitli şiddet olayları yaşamasına ve sivil kayıpları da içeren birçok uluslararası insancıl hukuk ihlaline karışmasına engel olunamamıştır. En son 27 Eylül 2020 tarihinden itibaren yaşanan çatışmalar, olayı farklı bir boyuta taşımış ve bunun sonucunda da Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında bir andlaşma yapılmıştır. Bu doğrultuda Azerbaycan önemli kazanımlar elde ederken, bölgedeki statüko değişmiştir.

Aktarılanlar kapsamında çalışmanın ilk bölümünde öncelikle uluslararası insancıl hukuk düzenlemeleri kısaca ele alınacak, ardından da Dağlık Karabağ sorununun hukuki temeline, tarihsel perspektiften bakılacaktır. Ardından da bölgede yaşanan silahlı çatışmalarda gerçekleştirilen uluslararası insancıl hukuk kurallarına değinilecektir.

Çalışmanın devamındaki ikinci bölümde, önce 27 Eylül 2020 tarihi itibarıyla yaşanan çatışmalara ve bu çatışmalarda yaşanan uluslararası insancıl hukuk ihlallerine değinilecektir. Bu yakın tarihli yoğun çatışmaları ön plana çıkaran nokta, oldukça büyük yankı uyandıran bir andlaşma ile sonuçlanmasıdır. Bu nedenle ikinci bölümün ikinci temel noktası, Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapılan andlaşmaya ilişkin hukuki değerlendirmeleri kapsayacaktır. 10 Kasım 2020 tarihinde yapılan andlaşmanın ateşkes andlaşması mı, barış andlaşması mı olduğuna ilişkin tartışmaların yanında, hukuki bağlayıcılığına ilişkin farklı iddialar da gündeme getirilmiştir. Bu iddialar da değerlendirilerek, cevaplanmaya çalışılacaktır.

I. DAĞLIK KARABAĞ'DAKİ ÇATIŞMALARIN TEMELİ VE İHLAL EDİLEN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KURALLARI

Dağlık Karabağ, coğrafi olarak Güney Kafkasya'da bulunan, hukuken _'a ait olan, ancak Ermenistan'ın işgali altında bulunan bir bölgedir. 2020 yılının Eylül ayında Azerbaycan ile Ermenistan arasında yaşanan silahlı çatışma sonucunda, anılan bölgenin önemli bir bölümü Azerbaycan'ın denetimi alanına yeniden girmiştir. Ancak dünya gündemini uzun süredir meşgul eden bu sorunun hukuki yönünün bugününü anlamak için, tarihsel süreçteki gelişimini yine hukuk perspektifinden ortaya koymak gerekmektedir.

Anılan bağlamda, bu bölümde öncelikle uluslararası hukukta silahlı çatışmaları düzenleyen kuralların özeti ortaya konulacak, ardından Dağlık

Karabağ ekseninde yaşanan çatışmalara değinilip, ihlal edilen ilgili uluslararası hukuk kurallarına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmaları Düzenleyen Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları: Konuyla ilgili Normatif Çerçevenin Özetlenmesi

Günümüzde uluslararası hukuk, herhangi bir haklı nedene dayansın veya dayanmasın, başlamış olan bir silahlı çatışmada tarafların davranışlarına ilişkin kurallar ve kısıtlamalar getirmektedir. Bu kapsamdaki kurallardan olan uluslararası insancıl hukuk kuralları, hem silahlı çatışmalar sürerken, hem de herhangi bir kuvvet kullanma durumunda, çatışma dışı kalmış kişilerin ve en başta da sivillerin korunmasını düzenleyen disiplindir. Uluslararası insancıl hukuk kurallarına göre bir devlet sınırları içerisinde yaşanan ve belirli bir yoğunluk eşiğini geçmiş olan silahlı çatışmalara iç silahlı çatışma denmektedir. Öte yandan devletlerarası silahlı çatışmalar ile, sömürge yönetimine karşı, yabancı kuvvetlerin işgaline karşı ve ırkçı rejimlere karşı verilen mücadelelere ise uluslararası silahlı çatışma denilmektedir¹.

Uluslararası hukukta silahlı çatışmalar sırasında devletlerin eylemlerini düzenleyen en önemli normların başında, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri gelmektedir². Bu sözleşmelere ek olarak, 1949 tarihinde yapılan dört Cenevre Sözleşmeleri de oldukça önemlidir. 1949 yılında yapılan Cenevre Sözleşmeleri, Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi ve 1949 Tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’dir. Bu sözleşmelere ek olarak yapılmış 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (1977 Tarihli I No’lu Ek Protokol) ve 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (1977 Tarihli II No’lu Ek Protokol) de bulunmaktadır³.

Temel olarak bu düzenlemelerin taraflarına yüklediği yükümlülükleri şu şekilde özetlemek mümkündür: Silahlı çatışma tarafları, silahlı çatışma dışı

¹ Yücel Acer and İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk (10th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 353. Ayrıca bkz: Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları (13th edn, Beta Yayıncılık 2019) 303-304

² Patty Gerstenblith, ‘Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage During Armed Conflict’ (2009) 5(1) Journal of the World Archaeological Congress 18, 20

³ Elvan Çokişler, ‘Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi,’ (2019) 16(61) Uluslararası İlişkiler 55, 61. Anılan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ve ek protokollerinin metni için bkz: Melike Batur Yamaner et al., 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri (1st edn, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)

kalmış kişilere insani şekilde davranılmasını sağlamalı, silahlı çatışma dışı kalmış kişilerin ve teslim olanların öldürülmemesini sağlamalı, yaralı ve hastaların tedavi edilmesine ve onlara uygun ölçüde davranılmasını sağlamalıdır. Ayrıca, Kızılhaç ve Kızılay'ın işaretlerine saygı göstermeli, silahlı çatışma esirlerini ve sivilleri saldırı eylemlerinden korumalı, bu kişilerin savaşınlardan ayırt edilmesini sağlama, yine esirlerin aileleriyle iletişim kurabilmelerini ve insani yardımdan faydalanmalarını sağlama, hiç kimsenin işkenceye, fiziksel cezalandırmaya veya zalimane davranışa maruz bırakmama, silahlı saldırıları sadece askeri hedeflere yöneltme ve kültürel varlıklar gibi silahlı çatışmalarla ilgisi olmayan hastane, okul, ibadethane gibi yerlerin zarar görmemesini sağlama yükümlülüğü altındadır⁴.

Günümüzde yukarıda anılan uluslararası insancıl hukukun ihlaline yol açan davranışların genellikle bireylerin kişisel cezai sorumluluğuna neden olduğu uluslararası ya da uluslararası boyutu olan suçlar olarak kabul edilmektedir⁵. 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri çok geniş bir taraf devlet sayısına sahip olan, uluslararası yapılageliş kuralı niteliğine bürünen ve bu nedenle de kendilerine taraf olmayan uluslararası hukuk sūjelerini de bağlayan, temel metinlerdir. Bunların uluslararası insancıl hukukun temelini oluşturduğu kabul edilmektedir⁶. Benzer bir değerlendirmeyi 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve onların ek protokolleri için de yapmak mümkündür⁷. Bunlarla birlikte, belirtilmesi gerekir ki, uluslararası insancıl hukuk kurallarına ilişkin sözleşmeler saymakla tükenebilecek gibi değildir. 1925 Tarihli Cenevre Boğucu, Zehirleyici ve Benzeri Gazların ve Bakteriyolojik Araçların Kullanılmasının Yasaklanması Protokolü, 1954 Tarihli Silahlı Çatışmalarda Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme, 1948 Tarihli Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi, 1972 Tarihli Deniz yatağı, Okyanus Tabanı ve Altına Nükleer Silah ve Başka Yığınsal Yok Etme Araçları Yerleştirme Yasağı Antlaşması, 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi ile 2000 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmaları Konusundaki İhtiyari Protokol bu konuda sayılabilecek ancak örnek teşkil edecek birkaç uluslararası hukuk metnidir⁸.

⁴ Yücel Acer, 'Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri' (2020) 337 Seta Analiz 1,10

⁵ Ibid 7. Herhangi bir suçun uluslararası boyutu olabilmektedir; ancak uluslararası suçlar günümüzde Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde dört tane olarak sayılmıştır. Bunlar: Statünün beşinci maddesine göre, soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçudur.

⁶ Gerstenblith (n 2) 20

⁷ Çoşışler (n 3) 67

⁸ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ayşe Nur Tütüncü, **İnsancıl Hukuka Giriş** (2nd edn, Beta Basım 2012) 84 vd. Ayrıca bkz: Acer and Kaya (n 1) 364.

B. Dağlık Karabağ’da Yaşanan Çatışmaların Temeli

Karabağ, 7 Haziran 1923 tarihinden günümüze değin, Azerbaycan ülke sınırları içinde bulunan, aslında özerk bir bölge olarak kabul edilmisti⁹. Yakın döneme gündemini vuran Dağlık Karabağ sorununun özünde, Ermenistan’ın tarihsel bağlarının olduğunu ve bölgede yaşayan Ermenilerin kendi kaderini tayin etme hakkının bulunduğunu öne sürerek, bu bölgedeki toprak üzerinde hak iddia etmesi, Azerbaycan’ın ise bu iddiaya karşı çıkarak, Dağlık Karabağ bölgesini kendi ülke parçası olarak kabul etmesi ve toprak bütünlüğüne vurgu yapması yatmaktadır¹⁰.

Tıpkı Ermenistan gibi, Azerbaycan’ın da bölgeyle yoğun tarihsel bağları bulunmaktadır. Buna örnek olarak hem bölgede yapılan kazılarda ele geçirilen kanıtlar¹¹, hem de tarihsel olarak Azerbaycan’ın ülkesinde egemen olan devletlerin genellikle Dağlık Karabağ bölgesini de egemenliği altında bulundurması¹², gösterilmektedir. Ayrıca 1910’lu yılların sonlarından itibaren de bölgenin Azerbaycan’ın bir parçası olarak net bir şekilde kabul edildiği de görülmektedir¹³.

Ermenistan, bölgedeki Ermeni nüfusuna dayanarak bu iddiada bulunmaktadır. Öte yandan bölgeye Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) yönetimi tarafından getirtilmesinden önceki süreçte¹⁴, Ermeni nüfusunun burada daha az bir oranda yaşadığı bilinmektedir¹⁵. Bölgeye Ermeni nüfusunun getirtilmesi, Azerbaycan’a çok yakın olan Dağlık Karabağ bölgesinde suni bir Ermeni bölgesi oluşturulması amacı şeklinde anlaşılmaktadır¹⁶. Bu duruma Azerbaycan, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Sekreteri’ne gönderdiği mektupta da değinmiştir¹⁷. Öte yandan, Ermenistan’ın ileri sürdüğü tezlerine göre, anılan bölgeye Azeriler sonradan gelmiştir ve aslında burada daha uzun

⁹ Şükrü Gürel, ‘Karabağ Sorunu Üzerine Bir Not’ (1992) 47(1) AÜSBFD 181, 183

¹⁰ Çağlar Söker, ‘Dağlık Karabağ Sorunu’nun Çatışmayı Çözme Perspektifinden İncelenmesi’ (2017) 8(16) KAÜİBFD 555, 565

¹¹ Habil Hamidov, ‘Armenian Aggression Against the Azerbaijani People and its Cultural Heritage’ (2020) 4(2) 295, 304

¹² Mustafa Gökçe, ‘Yukarı Karabağ Sorunu ve Türkiye-Ermenistan İlişkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ (2011) 6(1) Turkish Studies 1139, 1140

¹³ Cavid Abdullazade, Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu (2nd edn, Adalet Yayınevi 2018) 59-60

¹⁴ Söker (n 10) 558

¹⁵ Meşkure Yılmaz, ‘Karabağ Savaşı ve Adım Adım Hocalı Soykırımı’ (2013) 9(2) Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi 95, 96

¹⁶ Kaan Diyarbakırlıoğlu, ‘The Nagorno-Karabakh Conflict Between Azerbaijan and Armenia from the Historical Perspective’ 2020 7(2) International Journal of Social, Political and Economic Research 415, 416

¹⁷ Letter Dated 5 May 2020 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://digitallibrary.un.org/record/3861206>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

süredir yaşayanlar Ermenilerdir¹⁸. Bu iddialardan hareket eden Ermenistan, Dağlık Karabağ'ın kendi ülkesiyle birleşmesi gerektiğini iddialarını da dile getirmiştir¹⁹.

Aslında bir ülke parçasına ilişkin tarihsel iddialarda bulunmak son derece sıkıntılıdır. Çünkü tarihin hangi noktasından itibaren hak iddialarının başlatılacağı, bu noktanın öncesinde ve sonrasında gelişen sürecin diğer uluslararası hukuk süjelerinin hak iddialarına olanak tanıyıp tanımayacağı, oldukça büyük ve sonuçsuz tartışmalara yol açabilmektedir. Benzer kabul edilebilecek iddiaların öne sürüldüğü Kıbrıs sorunu göz önünde bulundığında da, hem Yunanların²⁰, hem de Türklerin²¹ adaya ilişkin tarihsel iddialarının olduğu, ancak bu durum tarafları sorunun çözümünde bir noktaya ulaştıramadığı görülmektedir.

Tarihsel bağlar açısından yapılan değerlendirmede, tarihsel bağları hangi noktadan başlatmak gerektiği bu sorunlara ilişkin bir çözüm sunmakta her durumda pek başarılı bir kriter olamamaktadır²². Ancak konuyla ilgili BM Genel Kurulu'nun kararları, *soft law* yaratıcı etkileri de göz önünde bulundurularak, değerlendirilmelidir. 25 Nisan 2008 tarihli, A/RES/62/243 sayılı "Azerbaycan'ın İşgal Edilen Topraklarının Durumu" başlıklı, BM Genel Kurul kararı, konuyla ilgili Azerbaycan'ın iddialarını destekler niteliktedir²³. Söz konusu bu kararda Azerbaycan'ın toprak bütünlüğüne ve egemenliğine saygı duyulması gerektiği vurgulanmış, Ermenistan'a ait silahlı güçlerin Azerbaycan'a ait işgal altındaki bölgelerden derhal, tamamen ve şartsız bir şekilde ayrılmaları gerektiği belirtilmiştir. Karara göre bu bölgeyi terk etmek zorunda kalan nüfusun geri dönmeleri için gerekli şartların oluşturulması BM Genel Kurulu tarafından istenmektedir. Yine karara göre Azerbaycan'a ait bu bölgede, demokratik bir yönetimin oluşturulması gerekmektedir.

Ermenistan'ın işgal ettiği topraklar ve yerinden edilmiş kişilerin durumu, uzun süre boyunca çözüm bekleyen sorunlar olarak gündemde kalmıştır. SSCB'nin henüz yıkılmadığı dönemde Dağlık Karabağ bölgesi, SSCB'nin ülke sınırları içerisindeki federe birimler olan Ermenistan ve Azerbaycan sosyalist devletleri arasında bir uyuşmazlık konusuydu. SSCB'nin dağılmasının

¹⁸ Söker (n 10) 558

¹⁹ Ali Askerov, 'The Nagorno Karabakh Conflict: The Beginning of the Soviet End' in Ali Askerov, Stefan Brooks, Lasha Tchaturidze (eds), *Post-Soviet Conflicts: The Thirty Years' Crisis* (Lexington Books 2020) 57

²⁰ Turgut Turhan, *Birleşmiş Milletlerin Çözüm İnisiyatifleri ve Annan Planı* (1st edn, Yetkin Basımevi 2010) 63

²¹ Kıbrıs'ın Osmanlı Devleti ile ilişkileri için bkz: Murat Sarıca, Erdoğan Teziç ve Özer Eskiyyurt, *Kıbrıs Sorunu* (1st edn, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1975) 3

²² Askerov (n 19) 56

²³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 25 Nisan 2008, A/RES/62/243 <<https://undocs.org/en/A/RES/62/243>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

ardından söz konusu bölge, ortaya çıkan yeni iki bağımsız devletin arasındaki bir uluslararası uyuşmazlık haline dönüşmüştür. Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nin aksine, SSCB’nin dağılması sırasında yoğun çatışmalar yaşanmamıştır²⁴; ancak Ermenistan ve Azerbaycan arasında henüz dağılma yaşanmadan başlayan Dağlık Karabağ uyuşmazlığı, halef iki devlete miras kalan bir uluslararası uyuşmazlık haline dönüşmüştür²⁵. Bilindiği gibi söz konusu bu miras uyuşmazlık, uzun soluklu bir silahlı çatışma yaşanmasına da neden olmuştur. Bu silahlı çatışma, Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşanan, Ermenistan’ın hukuken Azerbaycan’a ait olan ülke parçasını işgal etmesi nedeniyle yaşanan, uluslararası bir silahlı çatışmadır²⁶. Sorunun özünü bu şekilde ortaya koyduktan sonra, tarihsel sürece de özet bir şekilde bakmak, konunun bütünlüğünü sağlamak açısından faydalı olacaktır.

Dağlık Karabağ olarak anılan bölge, Azerbaycan’ın Kür ve Aras ırmaklarıyla, Ermenistan sınırları içerisinde bulunan Gökçe Gölü arasındaki dağlık bölge ve buraya bağlı ovalardan meydana gelen Karabağ bölgesi içindeki, coğrafi olarak yalnızca 4392 km²’lik bir alanını oluşturan, coğrafi alandır²⁷. Eski dönemlerde Osmanlı, Rusya ve Pers devletleri arasında çeşitli çekişmelere sahne olan bu bölge, günümüzde Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki çatışmaların temel uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır²⁸.

Dağlık Karabağ bölgesi, 1920’den beridir, bölgenin Ermenistan’a bağlanmasını için çabalayan Ermeniler ile, buna karşı çıkan Azeriler arasında büyük bir sorun olmuştur. Ermeni Komünist Parti Sekreteri’nin 1935’te, Dağlık Karabağ bölgesini ve Nahçıvan’ı istediği, bu taleplerin SSCB merkezi yönetimince reddedildiği bilinmektedir²⁹. SSCB’nin dağılmaya başladığı 1980’lerin sonunda, Ermenistan Dağlık Karabağ bölgesinin dağlık kısmına yönelik olan iddialarını gündeme getirmeye devam etmiş, 1987 yılında da açık bir biçimde Karabağ’ın kendi ülke sınırlarına dahil edilmesini talep etmiştir³⁰. Oysa bu istek 1977 SSCB Anayasası ile uyumlu değildi. Anılan anayasanın 11. bölümünde yer alan 87. maddesinde Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi, Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti’nin kapsamında yer alan bir özerk bölge olarak düzenlenmişti. Anayasanın 9. bölümünde yer alan 78. maddesine göre ise, bir federe devlete ait olan ülke parçası, ilgili federe devletin rızası olmadan, başka bir federe devlete verilemezdi. Bunun için ortak bir andlaşma

²⁴ Gürel (n 9) 181

²⁵ Askerov (n 19) 55

²⁶ Ibid 67

²⁷ Gökçe (n 12) 1140

²⁸ Gürel (n 9) 182

²⁹ Yunus Ekici, ‘Azerbaycan ve Ermenistan Arasında Bitmeyen Dağlık Karabağ Sorunu’ (2017) 2(1) Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 62, 63-64

³⁰ Gürel (n 9) 183

yapılması ve SSCB merkezi birimlerinin bunu onaylaması gerekmektedir³¹. Bilindiği gibi Dağlık Karabağ ile ilgili böyle bir prosedür işletilmemiştir.

Henüz SSCB yıkılmadan önce, 1988 yılında Azerbaycan'ın yönetiminde olan ve nüfusunun çoğunluğunu Ermenilerin oluşturduğu Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'nin başkenti Hankendi'nin şehir meclisi bir karar almış, bu karar ise takip eden süreçte yaşanacak fikir ayrılıklarının ciddiyetini gösteren bir işaret olmuştur. Bu karara göre, Ermenistan ile Azerbaycan'ın sınırının değiştirilmesini gerektiren ve Dağlık Karabağ'ı Ermenistan'ın bir parçası olarak kabul eden bir teklif, Moskova'ya götürülecektir. Kararın ardından Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'ndeki Ermeniler, bölgedeki idari binalara Ermenistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin bayrağını asmış, burada yaşayan Azerilere baskı yapmaya başlamıştır. Sonrasında Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi Yönetim Kurulu olağanüstü bir toplantı düzenlemiş ve özerk bölgenin Ermenistan ile birleştirildiğine ilişkin bir karar almıştır³². Tabii ki bu gelişmeler Azerbaycan federe devleti tarafından haklı tepkiler ve protestolarla karşılanmıştır³³.

Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi'nin Azerbaycan Sosyalist Cumhuriyeti'nden ayrılmasına ilişkin anılan karar alındıktan sonra, günümüzdeki Azerbaycan Milli Meclisi olan Azerbaycan Yüksek Sovyeti Başkanlık Divanı bu kararın geçersizliğini kabul etmiştir. SSCB Yüksek Sovyeti Başkanlık Divanı ise, hem özerk bölge yönetim kurulunun, hem de Azerbaycan'daki Başkanlık Divanı'nın kararlarını göz önünde bulundurarak, Dağlık Karabağ sınırlarının değiştirilemeyeceğine karar vermiştir. Tahmin edilebileceği gibi Ermeniler tepki göstermiş ve Dağlık Karabağ'daki Ermeni nüfus Azerbaycan'dan ayrılma yönünde daha da yoğun taleplerde bulunmaya başlamıştır³⁴.

Tahmin edilebileceği gibi, bölgeye ilişkin bu yaşanan fikir ayrılıkları, beraberinde şiddetli çatışmaları da getirmiştir. İnsanlar çeşitli şiddet olayları nedeniyle yaralanmış veya yaşamını yitirmiş, bölgeye askeri birlikler gelmiş, bazı kimseler şiddet olayları nedeniyle bulundukları yerlerden tahliye edilmiştir. Böylelikle 1988 yılından yakın tarihe kadar süren, özellikle SSCB'nin zayıflamasıyla ve sonra da dağılmasıyla artan şiddet olaylarına neden olan³⁵ ve bölgede yaşayan kişilerin yerinden edilmesi gibi sonuçlar

³¹ 1977 SSCB Anayasası <<https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1977toc.html>> erişim tarihi 12 Şubat 2021. Ayrıca 1977 SSCB Anayasası'nın 72. maddesine göre, federe birimler olan sosyalist cumhuriyetlerden her birinin ayrılma hakkı bulunmaktaydı, ancak aynı durum özerk bölgeler için geçerli değildi. Ayrıntılı bilgi için bkz: Abdullazade (n 13) 97-101

³² Ekici (n 29) 66

³³ Gökçe (n 12) 1142-1143

³⁴ Ekici (n 29) 67

³⁵ Gökçe, (n 12) 1142

doğuran çatışmalar yaşanmaya başlamıştır. Ermenistan’ın bölgeyi işgaliyle olayların nitelendirilmesi ve boyutu iyice değişmiştir³⁶. Artık bu olayları düşük yoğunluktaki şiddet olayları, münferit gerginlikler demek zorlaşmış olup, silahlı çatışma eşiğine ulaşıldığı kabul edilmiştir.

Ermenistan tarafından işgal edilen şehirler yedi tanedir. Bu şehirlerin isimleri Ağdam, Cebail, Fuzuli, Gudablı, Kelbecer, Laçın ve Zengilan’dır. Dağlık Karabağ sorunundan bahsedilirken değinilen ‘işgal edilen bölge’ kavramıyla kast edilen aslında bu yedi şehir ile, SSCB dağılmadan önce Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi olarak anılan ülke parçasının sınırları içerisindeki yerlerdir³⁷. Bölgede Ermenistan ve Azerbaycan arasında uzun yıllar süren ve açık bir şekilde ilan edilmemiş olan, ancak teknik anlamda bir silahlı çatışma³⁸ olarak değerlendirilmesi gereken yoğun şiddet eylemlerinin temelleri, özetlenen bu olaylara dayanmaktadır³⁹. Ancak bilindiği gibi, silahlı çatışma yaşandığının hukukten kabul edilmesi ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının bağlayıcı olması için herhangi bir ilan şartı aranmamaktadır⁴⁰. Silahlı çatışma yoğunluğuna ulaşmış şiddet olayları varsa, taraflar uluslararası insancıl hukuk kurallarına uymakla ve özellikle sivil unsurlarla, korunan diğer varlıklara zarar vermemekle yükümlüdür⁴¹.

Günümüze kadar bölge üzerinde yaşanan uluslararası uyuşmazlık için çeşitli çözüm girişimleri olmuş, ancak çeşitli uzlaşmaz tutumlar ve siyasi sebeplerle başarıya ulaşamamışlardı. Örneğin 24 Eylül 1991 tarihinde iki devlet arasında ateşkesi de içeren bir andlaşma yapılmış, ancak sonra yaşanan çeşitli siyasi gerilimler nedeniyle uyuşmazlık ortamına geri dönmüştür. Benzer şekilde 21 Aralık 1991 tarihinde Alma Ata Andlaşması yapılmış⁴², 14 Şubat 1992’de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’nın girişimiyle oluşturulan Minsk Grubu aracılığıyla uzlaşmaya yönelik girişimlerde bulunulmuş, ancak nihai bir barışa ulaşılamamıştır⁴³. Belirtildiği gibi, Azerbaycan’ın ve Ermenistan’ın bağımsızlığının ardından Ermeniler ve Azeriler arasındaki şiddet eylemleri devam etmiştir⁴⁴.

Azerbaycan ve Ermenistan arasında yaşanan olayların ilk başından itibaren, önce SSCB’nin merkezi yönetiminin, sonra da Rusya’nın, gerekli tepkiyi

³⁶ Yılmaz (n 15) 101

³⁷ Tuğçe Isayev, ‘Ermenistan’ın Dağlık Karabağ’ın İşgalinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu’ (2018) 7(1) Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 19, 22

³⁸ Ibid 22. Ayrıca bknz: Söker (n 10) 561

³⁹ Yılmaz (n 15) 97

⁴⁰ Sur (n 1) 301.

⁴¹ Acer (n 4) 9

⁴² Ekici (n 29) 72-74

⁴³ Askerov (n 19) 55-56

⁴⁴ Yılmaz (n 15) 98

göstermediğine, Azerbaycan'ın iddialarını göz önünde bulundurmadığına ve hatta Ermenistan'ın yanında yer alan bir tutum sergilediğine ilişkin eleştiriler sıklıkla gündeme getirilmiştir⁴⁵. Zaten 1992 yılında yaşanan ve Ermenistan'ın desteğinin de olduğu belirtilen, Ermeniler tarafından gerçekleştirilen Hocalı katliamı⁴⁶, iki devlet arasındaki Dağlık Karabağ bölgesine ilişkin uyuşmazlığı, soykırımı da içeren büyük bir drama çevirmiş⁴⁷, ardından da Dağlık Karabağ bölgesinin fiili kontrolü neredeyse tamamen Ermenistan'ın eline geçmiştir⁴⁸. BM Güvenlik Konseyi Dağlık Karabağ bölgesine ilişkin uyuşmazlık konusunda bağlayıcı nitelikte kararlar almıştır. Örneğin BM Güvenlik Konseyi'nin 30 Nisan 1993 tarihli, S/RES822(1993) numaralı kararında, Ermeni silahlı birliklerinden Ermenistan'ın işgal ettiği ve Azerbaycan'a ait olan toprakları terk etmelerini söylemiştir⁴⁹. Ancak bunun gereği hiçbir zaman yerine getirilmemiştir⁵⁰.

C. Dağlık Karabağ Ekseninde Yaşanan Silahlı Çatışmalarda İhlal Edilen Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları

Yukarıda da anıldığı gibi, silahlı çatışmada esir olmuş insanlara yönelik kötü davranış, sivillerin korunmaması⁵¹, yaralıların tedavi edilmemesi, eğitim kurumlarına zarar verilmesi, kültürel ve dini varlıkların korunmaması, uluslararası insancıl hukukun temel amacına aykırıdır ve bu aykırı davranışlar aslında sorumluluk doğuran ihlalleri oluşturmaktadır⁵². Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşanan silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin ne durumda olduğuna da kısaca bakılmalıdır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı ve Uluslararası Haksız Fiilden Ötörü Devletin

⁴⁵ Ekici (n 29) 68

⁴⁶ Cavid Veliyev, 'Hocalı Katliamı' (2013) 9(2) Orta Doğu Araştırmaları Dergisi Karabağ Özel Sayısı 55, 72

⁴⁷ Hamidov (n 11) 295

⁴⁸ Gürel (n 9) 183. Hocalı'da yaşanan soykırımı ilişkin rakamsal veriler de içeren bilgi için bknz: Yılmaz (n 15) 98

⁴⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 30 Nisan 1993, S/RES/822(1993) <<http://unscr.com/en/resolutions/822>> erişim tarihi 12 Şubat 2021. Ayrıca bu karara atıfta bulunduğu diğer kararları da vardır. Bknz: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 29 Temmuz 1993, S/RES/853(1993), <<http://unscr.com/en/resolutions/853>> erişim tarihi 12 Şubat 2021, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 14 Ekim 1993, S/RES/874(1993) <<http://unscr.com/en/resolutions/874>> erişim tarihi 12 Şubat 2021, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 12 Kasım 1993, S/RES/884(1993) <<http://unscr.com/en/resolutions/884>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

⁵⁰ Yılmaz (n 15) 101

⁵¹ Armine Grigoryan, 'Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict' (2020) 1 Mesrop Mashtots University Bulletin 131, 133

⁵² Alaeddin Yalçinkaya, 'Gence Soykırımı, İnsancıl Hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri' (Turkish Forum 3 Aralık 2020), <<https://www.turkishnews.com/tr/content/>> erişim tarihi 20 Aralık 2020, 1-2

Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler adını taşıyan, sorumluluk hukukuna ilişkin yapılageliş hukuku kurallarının temelini de kodifiye eden metnin 1. maddesine göre, uluslararası hukuku ihlal eden her hareket, ilgili ihlali gerçekleştiren devletlerin uluslararası sorumluluğuna yol açmaktadır⁵³. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukuku ihlal eden hareketler de, söz konusu sorumluluğa yol açmaktadır. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali, bireysel sorumluluğa da yol açmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin bireylerin uluslararası hukuktaki cezai sorumluluğuna ilişkin önemli bir işlevi yerine getirdiği bilinmektedir⁵⁴. Bu durumda, Dağlık Karabağ’da yaşanan çatışmalarda ihlal edilen uluslararası insancıl hukuk kurallarının ortaya konulması ve ileride bunlara ilişkin hem devletlerin sorumluluğuna, hem de bireylerin sorumluluğuna gidilmesi açısından önemlidir.

En temelde, aslında Azerbaycan’a ait olan Dağlık Karabağ bölgesinde ve sınırlarda gerçekleştirdiği saldırılarla bir jus cogens norm olan kuvvet kullanma yasağı Ermenistan tarafından ihlal edilmiştir⁵⁵. Uluslararası hukuka yöneltilen en temel eleştiri, yaptırım uygulayacak bir kurumsal mekanizmanın bulunmamasıdır⁵⁶. Yukarıda da anılan Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’in ikinci maddesine göre, devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için birtakım şartların karşılanması zorunluluktur. Bunlar icrai ya da ihmali surette işlenen bir eylemin bulunması, bu eylemin bir devlete atfedilmesi ve bu eylemin uluslararası bir yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmasıdır. Ayrıca söz konusu eyleme ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmamalıdır.

Kuvvet kullanma yasağı ihlaliyle ilgili olarak bakıldığında, Dağlık Karabağ’ın işgalinde Ermenistan’ın buradaki Ermeni gönüllü ve milislerine büyük destek sağladığı görülmekte, aralarında bir bağ olduğu bilinmektedir⁵⁷. 1992 yılında Ermenistan Savunma Bakanı’nın, Ermenistan’a ait silahlı birliklerin de Dağlık Karabağ savaşına katıldığını kabul ettiği bilinmektedir⁵⁸.

⁵³ Anılan taslak maddelerin metni için bkz: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2001 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021. Türkçe metin için bkz: Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2010) 315 vd.

⁵⁴ Yasin Aslan, ‘Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu’ (2007) 73 TBB Dergisi 239, 243

⁵⁵ Abdullahzade (n 13) 151-152

⁵⁶ Isayev (n 37) 21

⁵⁷ Illegal Economic and Other Activities in the Occupied Territories of Azerbaijan, Report by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan, 2016 <https://geneva.mfa.gov.az/files/MFA_Report_on_the_occupied_territories_1.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021 27-28

⁵⁸ Isayev (n 37) 27

Bu durum, ihlalin Ermenistan'a atfedilmesi için yeterlidir. Bu nedenle de Ermenistan'ın uluslararası sorumluluğu doğmuştur. Zaten işgalin devam eden sürecinde Ermenistan silahlı birliklerini bölgeye göndermiş; ayrıca olayda Ermenistan açısından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi de yer almamaktadır⁵⁹.

İnsancıl hukuk ihlalleri nedeniyle Ermenistan'ın Uluslararası Haksız Fiilden Ötörü Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de de öngörülen zarar onarım yöntemlerinden biri veya birkaçıyla, neden olduğu zararı gidermesi gerekecektir. Bu yöntemler, sorumluluğa ilişkin anılan taslak metnin 35. maddesinde öngörülen eski hale iade, 36. maddesinde öngörülen tazminat ve 37. maddesinde öngörülen manevi onarım yöntemleridir.

Dağlık Karabağ bölgesi üzerindeki uyuşmazlığın ilk başından itibaren, sivillerin aldığı zarar ve onlara yönelik hak ihlalleri uluslararası kamuoyunun vicdanını hep rahatsız etmiştir⁶⁰. Verilere göre sadece 1993-1994 yılında Dağlık Karabağ bölgesi nedeniyle yaşanan çatışmalarda beş bine yakın kişi kaybedilmiş⁶¹, yirmi beş bin civarında insan hayatını kaybetmiş, bir milyondan fazla insan yerinden edilmiştir ve hala evlerine dönememiştir⁶². Bu doğrultuda, Dağlık Karabağ bölgesi ile ilgili uyuşmazlıkla ilgili olarak Ermenistan'ın ve Azerbaycan'ın pek çok uluslararası hukuk kuralını ve uluslararası insancıl hukuk kuralını ihlal ettiği iddiaları vardır⁶³.

Ermenistan, 17 Haziran 1993 tarihinde, 1949 tarihinde yapılan ve savaş sırasında sivil halkın korunmasına ilişkin olan Cenevre Sözleşmesi'ni ve 1977 Tarihli I No'lu Ek Protokol'ü onaylamış, ona taraf olmuş bir devlettir⁶⁴. Bu durumda, söz konusu uluslararası belgelerin gerekliliklerini yerine getirmelidir. Öte yandan yaşanan çatışmalar nedeniyle çocuklarla, yetişkin ve yaşlı sivillerin hedef alınarak öldürüldüğü üzerinde bağımsız araştırmacılar tarafından durulmaktadır⁶⁵. Ermenistan'ın Dağlık Karabağ bölgesi ile ilgili çatışmalarda 1907 Lahey Sözleşmesi'ni ve Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması

⁵⁹ Isayev (n 37) 23-24

⁶⁰ Diyarbakırılıoğlu (n 16) 417

⁶¹ Armine Grigoryan, 'Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict Information by Azerbaijan to the Study on Intentional Destruction of Cultural Heritage' (Responses to the Questions by Ms. Karima Bennouna, Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights), 1, 2

⁶² Acer (n 4) 8

⁶³ Isayev (n 37) 22

⁶⁴ Ramile Dadaşova, 'Ermenistan'ın Azerbaycan'a Silahlı Saldırı: Uluslararası Humanitar Hakların Pozulması Meseleleri' (2014) 9(5) Turkish Studies 643, 645

⁶⁵ Malcolm Shaw QC and Naomi Hart, Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia's Responsibility (1st edn, Red N Line 2020) 46, para. 95.

veya Sınırlandırılması Sözleşmesi’ni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni de ihlal ettiği üzerinde durulmakta⁶⁶, savaş suçlarına ilişkin sorumluluğunun olduğu ifade edilmekte⁶⁷ ve kullanmış olduğu silahlar nedeniyle çevreye verdiği zararın bulunduğu belirtilmektedir⁶⁸.

Ermenistan 23 Haziran 1993 tarihinde Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’ne de taraf olmuştur. Bu doğrultta Ermenistan’ın zaten en başta uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan sorumluluğu, Hocalı’da gerçekleşen soykırım suçundan kaynaklanmaktadır. Çünkü Hocalı’da gerçekleştirilen soykırımda da Ermenistan’ın sorumluluğu bulunduğu ilişkin çok ciddi hukuki değerlendirmeler yapılmaktadır⁶⁹. Dağlık Karabağ’daki silahlı Ermeni gruplarının, bölgede yaşayan sivillere yönelik olarak gerçekleştirdikleri planlı ve sistematik bir soykırım eylemlerinin olduğu görülmektedir. Bu eylemler, anılan soykırımla ilgili uluslararası sözleşme kapsamında kabul edilmesi gereken eylemlerdir. Üstelik eylemler, Ermenistan’a da atfedilebilecek niteliktedir. Çünkü Ermenistan’ın bunu yapan kişiler üzerinde etkin denetimi olduğu bilinmektedir⁷⁰.

Çalışmanın objektifliğini korumak adına, Azerbaycan aleyhine yöneltilen iddialara da yer verilmelidir. Azerbaycan’ın da uluslararası insancıl hukuk ihlalleri gerçekleştirdiği, ateşkese uymadığı, sivillere saldırdığı iddia edilmektedir. Azerbaycan’ın sadece askerlere zarar vermeyen, bunun yanında daha geniş zararlara neden olan askeri saldırıların yapıldığı, bunun sonucunda da Martakert, Martuni, Stepanakert gibi yerleşim alanlarının zarar gördüğü iddia edilmektedir. Ayrıca bazı sivillerin, okulların ve evlerin Azerbaycan tarafından yapılan ayırım gözetmeyen saldırıların kurbanı olduğu belirtilmektedir⁷¹. Tavuş bölgesini, Çinari ve Aygepar köyerindeki sivil unsurların da hedef aldığı öne sürülmüştür⁷².

Uluslararası hukukun sükelerinin uluslararası hukuku ihlal eden eylemleri nedeniyle oluşan zararı gidermeleri, adaletin bir gereğidir. Ayrıca, bozulan

⁶⁶ Illegal Economic and Other Activities in the Occupied Territories of Azerbaijan (n 57) 90. Ermenistan’ın insancıl hukuk ihlallerini ortaya koyan, silahlı çatışma esirlerine yönelik hak ihlallerini de içeren örnekler için bkz: Dadaşova (n 64) 643, 648-650

⁶⁷ Shaw QC and Hart (n 65) 16, para. 30

⁶⁸ Ibid 118-119, para. 234-236

⁶⁹ Bahadır Bümin Özarslan, ‘Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı’ (2914) 4(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187, 205

⁷⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz: Ibid 203-209

⁷¹ Özellikle Azerbaycan’ın 2020 sonbaharında gerçekleştirdiği insancıl hukuk ihlallerine ilişkin iddialar için bkz: Azerbaijani Attacks on Artsakh Civilians Absolute Violation of International Law – Armenia Ombudsman <<https://armenpress.am/eng/news/1029010.html>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

⁷² <<https://www.ermenihaber.am/tr/news/2020/07/13/Ermenistan-Anna-Azerbaycan/187916>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

uluslararası güvenlik nedeniyle, uluslararası hukuku ihlal edenlere yönelik yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Bu yaptırımlar sayesinde, uluslararası barışın ve güvenliğin bozulmasına ilişkin caydırıcı bir etki de doğacaktır⁷³. Bu caydırıcı etkinin doğması ve adaletin yerini bulması için, Dağlık Karabağ'da yaşanan çatışmalarda ihlal edilen uluslararası hukuk kurallarıyla ilgili hem devletlerin, hem de bireylerin sorumluluğunun tespit edilmesi çok önemlidir. İlgili devletlerin sorumlulukları ortaya konup, uygun zarar giderim yöntemlerine başvurulurken, bireylerin de gerekli cezai yaptırımlara tabi tutulması gerekmektedir⁷⁴.

II. DAĞLIK KARABAĞ'A İLİŞKİN SİLAHLI ÇATIŞMANIN TARAFLARI ARASINDA YAKIN ZAMANDA YAŞANAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE 10 KASIM 2020 TARİHLİ ANDLAŞMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmanın ilk bölümünde, uluslararası hukukta silahlı çatışmaları düzenleyen normlara ilişkin bir çerçeve çizildikten sonra, Azerbaycan ve Ermenistan arasında yaşanan Dağlık Karabağ'la ilgili çatışmalar aktarılmış, ihlal edilen uluslararası insancıl hukuk kuralları belirlenmiştir.

Çalışmanın devamında, Dağlık Karabağ'da 27 Eylül 2020 tarihinde yaşanmaya başlayan silahlı çatışmalarla, özellikle bu süreçte ihlal edilen uluslararası insancıl hukuk kuralları üzerinde durulacaktır. Ardından da 10 Kasım 2020 tarihinde yapılan andlaşmaya değinilecektir.

A. Dağlık Karabağ'da 27 Eylül 2020 İtibarıyla Yaşanan Çatışmalar ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri

27 Eylül 2020 tarihinden itibaren işgal altındaki Azerbaycan toprakları olarak anılan bölgede yeniden yaşanan sıcak silahlı çatışmalarda her iki devlet de seferberlik ilan etmiş, yeni saldırılar yaşanmıştır⁷⁵. Bu tarih, sadece Azerbaycan ve Ermenistan arasında Dağlık Karabağ sorununa ilişkin sıcak çatışmaların güçlenerek alevlenmesinin tarihi değil, aynı zamanda 5 Mayıs 1994'te Bişkek'te yapılan Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasındaki ateşkes andlaşmasının oluşturduğu statükonun⁷⁶ bozulmasının da tarihidir ve bu açıdan çok büyük öneme sahiptir⁷⁷.

1994 yılının ardından, 2020 yılına gelene kadar, Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşanan en dikkat çekici çatışma, 1 Nisan 2006 ile 5 Nisan 2006

⁷³ Isayev (n 37) 21

⁷⁴ Shaw QC and Hart (n 65) 124, para 243

⁷⁵ Acer (n 4) 7-8

⁷⁶ Askerov (n 19) 55

⁷⁷ Mehmet Çağatay Güler, 'Karabağ'ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklem' (2020) 301 Seta Perspektif 1, 1

tarihleri arasında yaşanan Dört Gün Savaşı’dır. Bu çatışmanın en önemli sebebi olarak, 1994 yılında herhangi bir nihai çözüme ulaşılmamış olması⁷⁸, Azerbaycan’ın 1994 yılında imzalanan söz konusu ateşkes andlaşması ile yaratılan statükodan memnun olmaması olarak gösterilmektedir. Ayrıca Minsk Grubu’nun arabuluculuk girişimlerinin de tarafları tatmin etmekten uzak olması da bir diğer neden olarak gösterilmektedir. Azerbaycan bu çatışma sonucunda bazı yerlerdeki Ermenistan işgaline son vermiş, taraflar arasında 5 Nisan 2006’da yine bir ateşkese ulaşılmıştı⁷⁹.

27 Eylül 2020 tarihinden itibaren yaşanan çatışmalarla, yukarıda anılan insancıl hukuk kuralları ihlal edilmeye devam edilmiş, özellikle Gence, Mingecvir, Terter gibi bölgelerde çocukları da içerecek şekilde sivillerin saldırı hedefi haline getirildiği, öldürüldükleri veya yaralandıkları basında sıkça yer almıştır⁸⁰. Ermenistan Başbakanı *Nikol Paşinyan* yaşananları Azerbaycan’ın otoriter bir rejime sahip olması ve Ermenilere karşı kuvvet kullanmasıyla açıklamış, öte yandan Azerbaycan Cumhurbaşkanı İlham Aliyev ise Azerbaycan’ın kendine ait toprakları savunduğunu, dolayısıyla toprak bütünlüğünü korumaya çalıştığını iddia etmiş, söz konusu iddiaları BM Genel Sekreteri’ne gönderdiği bir mektupla reddetmiştir⁸¹.

Güncel olarak, Ermenistan’ın Dağlık Karabağ bölgesi ve etrafındaki bazı yerleşim yerlerindeki işgallere devam etmesi sonucu yaşanmaya devam eden silahlı çatışmalar, bilindiği gibi, 27 Eylül 2020 tarihinde şiddet seviyesi yüksek bir noktaya ulaşmıştır. Bu çatışmalarla ilgili çalışmalarda üzerinde durulan nokta, sivil unsurların da ne yazık ki hedef alındığıdır⁸².

Azerbaycan Dışişleri Bakanı *Jeyhun Bayramov*’a göre, Dağlık Karabağ bölgesinde yaşanan en güncel yoğun çatışmalarda Ermenistan sivilleri de hedef almış, onlara yönelik saldırılar gerçekleştirmiş ve onlara zarar vermiştir⁸³. *Bayramov*’un gündeme getirdiği bir diğer iddia, Ermenistan tarafından gerçekleştirilen saldırıların sadece çatışmaların yaşandığı cepheleri

⁷⁸ Valeri Modebadze, ‘The Wscalation of Conflict Between Armenians and Azerbaijanis and the Problems of Peaceful Resolution of the Nagorno-Karabakh War’ (2021) 6(3) Journal of Liberty and International Affairs 102, 105

⁷⁹ Askerov (n 19) 74

⁸⁰ Yalçinkaya (n 52) 3

⁸¹ Letter Dated 27 September 2020 from the Permanent Representative of Armenia to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://un.mfa.gov.az/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

⁸² Acer (n 4) 8

⁸³ No:336/20, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the telephone conversation between the Minister of Foreign Affairs Jeyhun Bayramov and Ivan Korčok, the Minister of Foreign and European Affairs of the Slovak Republic, < <https://www.mfa.gov.az/en/news/6948/view>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

değil, bu cephelerin uzağındaki Gence, Mingeçevir, Hızı, Şemkir ve Abşeron gibi diğer yerleşim alanlarını da hedef almasıdır. 12 Ekim 2020 tarihinde yine *Bayramov*'un yapmış olduğu bir diğer açıklamaya göre, Ermeniler işgal altındaki bölgelerde yaşayan Azerilere karşı etnik temizlik girişiminde bulunmuş, Temmuz ayında Ermenistan ve Azerbaycan sınırında bazı provokatif askeri eylemler gerçekleştirmiş ve 27 Eylül 2020'de ise yeni bir saldırı hareketinde bulunmuştur⁸⁴. Üstelik taraflar arasında 10 Ekim 2020 tarihinde bir ateşkes imzalanmış, ancak Ermenistan kuvvet kullanma faaliyetlerine ve sivillere zarar vermeye devam etmiştir⁸⁵. Söz konusu saldırılarda hastanelerin, okulların ve mezarlıkların zarar gördüğü bilinmektedir⁸⁶.

İddialar arasında siviller için önem taşıyan elektrik, gaz, su ve haberleşme merkezlerinin ve istasyonlarının hedef konusu yapıldığı, Ermenistan'ın gazetecilerin kullanabileceği amblemleri aktif çatışma eylemlerinde bulunan askerlere kullandığı, sivillerin ve 18 yaşının altındakilerin de savaşan olarak kullanıldığı ifade edilmiştir. Oysa bu hem 1949 tarihli dört adet Cenevre Sözleşmeleri'nde, hem de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün yedinci maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suçlar ile, sekizinci maddesinde düzenlenen savaş suçuna ilişkin hükümlere aykırı bir durumdur. Sivil halkın ölümüne neden olan eylemler zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikinci maddesinde düzenlenen yaşam hakkına ilişkin hükümlere de aykırıdır⁸⁷.

Çatışmalarda çocukların savaşan olarak kullanılmasına da apayrı bir parantez açmak gerekmektedir. 1977 tarihli I No'lu Ek Protokol'ün Çocukların Korunması başlıklı 77. maddesi bu uygulamayla açıkça ihlal edilmektedir. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 38. maddesi de ihlal edilmiş olmaktadır. 15 yaşının altındaki çocukların silahlı birliklere katılması, yukarıda da anılan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü kapsamındaki düzenleme çerçevesinde, savaş suçunu da oluşturmaktadır. İddia, Ermenistan'ın çocukları da silahlı çalışmalarda kullandığı yönündedir⁸⁸.

Bişkek Protokolü'nün ardından geçen sürede, 27 Eylül 2020 tarihinden itibaren yaşanan çatışmalarla Azerbaycan'ın ilk defa önemli saha kazanımları elde ettiği, işgal altındaki Dağlık Karabağ bölgesiyle, çevresindeki yerleşim alanlarını işgalden kurtardığı görülmüştür⁸⁹. 27 Eylül 2020'den önceki döneme

⁸⁴ No:338/20, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the meeting of Foreign Minister Jeyhun Bayramov with the newly appointed Ambassador of the Kingdom of the Netherlands, <<https://www.mfa.gov.az/en/news/6948/viewhttps://www.mfa.gov.az/en/news/6950/view>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

⁸⁵ Acer (n 4) 12

⁸⁶ Çekişler (n 3) 73

⁸⁷ Acer (n 4) 13

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Modebadze (n 78) 106-107

oranla, %80’lik önemli bir alanın işgalden kurtarıldığı görülmektedir⁹⁰. 27 Eylül 2020 tarihi ile, 9 Kasım 2020 tarihi arasındaki çatışmalarda Azerbaycan 300 civarı yerleşim yerini özgürlüğüne kavuşturmuştur. Kubadlı, Zengilan, Cebrail, Füzuli gibi iller, bunlara bağlı köyler yanında, Şuşa, Laçın, Hocalı, Terter ve Hocavend’a bağlı birçok yerleşim yeri de kurtarılmıştır. Ermenistan’ın direncinin kırılmasıyla sıcak ve yoğun çatışmaların sona ermesi kolaylaşmış⁹¹, Ermenistan’a ait olan ve Dağlık Karabağ’da bulunan askeri birliklerin Başbakan Paşinyan’a bir andlaşmanın imzalanmaması durumunda, daha da fazla kayıp elde edeceklerini iletmesi üzerine, söz konusu ateşkes andlaşmasının yapılması mümkün hale gelmiştir⁹².

B. 10 Kasım 2020 Tarihinde Yapılan Andlaşmanın Uluslararası Hukuk Niteliği

Çatışmaların ardından yapılan andlaşmaların yapılması, insancıl hukuk ihlallerinin sona ermesi, bireyler için çeşitli travmalara yol açan olayların bitmesi ve barışa ulaşılması için çok umutla beklenen, önemli gelişmelerdir. O nedenle silahlı çatışmalarla ve barışa ulaşmayla yakından ilgileri vardır. Azerbaycan ve Ermenistan arasında yaşanan çatışmaların uzun süre devam etmesin de, bu çatışmayı sona erdirecek, bölgedeki ilişkileri değiştirecek ve çatışmaların yaşanmaması için gerekli barış ortamını kuracak bir andlaşmasının yapılamamış olmasına dayandırmak yanlış olmayacaktır⁹³.

27 Eylül 2020’de başlayan çatışmaların sonucunda Azerbaycan 300’e yakın yerleşim bölgesini Ermenistan’ın işgalinden kurtarmış, bir de ateşkes andlaşması yapılmıştır. Andlaşmanın taraflarının Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya olduğu görülmektedir. Bu andlaşma, nihai bir barış andlaşması değil, ateşkes andlaşması olarak anılmaktadır. Söz konusu andlaşma, bölgedeki çatışmayı ve düşmanca eylemleri dindirip, yeni bir statüko yaratsa da, bölgenin nihai statüsüne, kurulan barış gücünün uzun vadeli geleceğine, yerinden edilen kişilerin geri dönmesine ilişkin ayrıntılara ve Dağlık Karabağ’ın nihai statüsüne ilişkin bir nihai bir belirleme düzenlemediği için, eleştirilmektedir⁹⁴. Bu eleştirilere rağmen, Azerbaycan lehine yarattığı yeni statüko ve bölgede değiştirdiği dengeler nedeniyle, önemli bir andlaşma olduğu kesindir.

⁹⁰ Güler (n 77) 2

⁹¹ Ibid 1

⁹² <<https://frontline.thehindu.com/world-affairs/armenia-and-azerbaijan-sign-a-ceasefire-agreement-in-november-bringing-a-tenuous-peace-to-the-long-disputed-nagorno-karabakh-region/article33299420.ece>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

⁹³ Grigoryan, (n 51) 131

⁹⁴ Julia Miklasova ‘The Recent Ceasefire in Nagorno-Karabakh: Territorial Control, Peacekeepers and Question of Status’ (EJILTalk, 4 Aralık 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-recent-ceasefire-in-nagorno-karabakh-territorial-control-peacekeepers-and-unanswered-question-of-status/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

Ateşkes andlaşması kavramı, genellikle geçici bir dönem için silah bırakmayı içeren, kısa vadeli bir andlaşma gibi bir çağrışımında bulunmaktadır⁹⁵. Ancak söz konusu bu güncel andlaşmanın çok daha önemli etkiler doğurduğu, çatışmaların yaşandığı bölgedeki statükoyu ucu açık ve muhtelemeden sonsuza kadar olan bir süre için tamamen değiştirdiği görülmektedir. O halde anılan andlaşmayı ateşkes andlaşmasının etkilerini aşan, barış andlaşmasını çağrıştıran bir nitelikte kabul etmek, en doğru nitelendirme olacakmış gibi gözükmektedir.

9 Kasım 2020 tarihli olan ve Ermenistan, Azerbaycan ve Rusya arasında imzalanan, 10 Kasım 2020 tarihinde, 00.00 itibariyle yürürlüğe giren bu andlaşmanın ikinci ve altıncı maddelerine göre, işgal edilmiş topraklarının kademeli olarak Azerbaycan'a geri verilmesi gerekmektedir. Andlaşmanın üçüncü maddesi de önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre, Dağlık Karabağ'daki temas hattı ve Laçın koridorunda 1960 askerin, 90 zırhlı aracın, 380 özel askeri aracın ve Rus barış güçlerinin konuşlandırılması öngörülmüştür. Beş yıllık bir süre için konuşlandırılan Rus barış gücü askerlerinin görev süresinin uzatılması, altı ay önceden bir bildiri yapılmaması halinde, beş yıllık yeni bir süre için geçerli olacaktır.

Andlaşmanın uygulanmasını gözetlemek için kontrol merkezi oluşturulması andlaşmanın beşinci maddesinde, yerinden edilmiş kişilerin BM Mülteciler Yüksek Komiseri'nin kontrolünde Dağlık Karabağ'a ve etrafında bulunan bölgelere yeniden yerleştirilmesi ise yedinci maddesinde öngörülmüştür. Sekizinci maddeye göre silahlı çatışmanın esirleri ve karşı tarafın elindeki cenazeler, değiştirilecektir⁹⁶. Anılan ateşkes andlaşması, Azerbaycan'ı ve Türkiye'yi oldukça memnun eden bir gelişme olmuş, öte yandan Ermeniler Ermenistan'ın bu andlaşmaya taraf olmasına büyük tepki göstermiştir⁹⁷.

Ateşkesi öngören andlaşmanın yapılmasının ardından, altıncı maddesi doğrultusunda, Kelbecer şehrinin 15 Kasım 2020 tarihinde, Laçın şehrinin ise 1 Aralık 2020 tarihinde boşaltılarak, Azerbaycan'a terk edilmesi gerekmektedir. Kelbecer şehri için ek süre isteyen Ermenistan, bu şehri 25 Kasım 2020 tarihinde, Laçın şehrini ise 1 Aralık 2020 tarihinde boşaltarak, Azerbaycan'a geri verdi⁹⁸.

⁹⁵ Philippe Raffi Kalfayan, A Closer Look at the Trilateral Agreement to End War, 16 Kasım 2020, <https://mirrorspectator.com/2020/11/16/a-closer-look-at-the-trilateral-agreement-to-end-war/> (12.02.2021)

⁹⁶ 10 Kasım 2020 Tarihli Andlaşma, <<https://www.civilnet.am/news/2020/11/10/9-Points-Signed-by-Aliyev-Pashinyan-Putin-on-Karabakh/407092>> erişim tarihi 5 Aralık 2020

⁹⁷ Ermenistan'da Karabağ'da İmzalanan Ateşkes Sonrası Binlerce Kişi Paşinyan'ın İstifasını İstedi, <<https://tr.euronews.com/2020/11/11/ermenistan-da-karabag-da-imzalanan-ateskes-sonras-binlerce-kisi-pasinyan-n-istifas-n-isted>> erişim tarihi 5 Aralık 2020

⁹⁸ Kelbecer'in Boşaltılması için Ermenistan'a Ek Süre Verildi (15 Kasım 2020) <<https://www.trthaber.com/haber/dunya/kelbecerin-bosaltilmasi-icin-erme>

Yapılmış olan andlaşmanın Dağlık Karabağ bölgesi içerisindeki önemli bölgelerin Azerbaycan’ın etkili otoritesi altına geçmiş olması, Ermenistan açısından önemli bir kayıptır. Zaten bu gibi kayıplar nedeniyle Ermenistan halkı yönetimlerine karşı çeşitli protestolar gerçekleştirmiş, halk Ermenistan Başbakanı *Paşinyan*’ın istifa etmesini dahi talep etmiştir. Hala erken seçime gidilmesi tartışmaları sürmektedir⁹⁹. Ermenistan’a ait askeri birliklerin birçok bölgeyi terk etmek durumunda kaldığı da bilinmektedir. Andlaşma ile Ermenistan’ın Nahçıvan ve Batı Azerbaycan arasında ulaşım amaçlı bir bağlantıyı tanımak zorunda kalmış olması da Azerbaycan açısından önemli bir kazanımdır¹⁰⁰. Öte yandan Dağlık Karabağ’daki bir grup Ermeni’nin, bu bölgenin bağımsız olmasını istediği de bilinmektedir. Bilindiği gibi, Ermenistan dahil, hiçbir devlet burayı bağımsız bir devlet olarak tanımamış, böyle bir tartışma gündeme dahi gelmemiştir. Yapılan ateşkes andlaşmasıyla da, birçok bölgenin Azerbaycan işgalinden kurtarıldığı, artık bu bölgelerde Ermenistan’ın etkili otoritesinin söz konusu olmadığı görülmektedir. Dağlık Karabağ, şu anda yasal olarak Azerbaycan’ın toprak bütünlüğüne dahil bir ülke parçasıdır. Ancak ateşkes andlaşmasında da buna ilişkin net bir vurgu ya da tanımlamanın yapılmadığı görülmektedir¹⁰¹.

10 Kasım 2020 tarihinde yapılmış olan andlaşmayla ilgili durum böyleyken, andlaşmaya yöneltilen eleştiriler, yukarıda aktarılanlarla sınırlı değildir. Basına yansıdığı kadarıyla Ermenistan halkı, bu metnin bir beyanname olduğunu, andlaşma olmadığını, bu nedenle de bağlayıcı olmadığını ifade etmiş, hukuki değil, siyasi bir metin olduğunu iddia etmiştir¹⁰².

Öncelikle ateşkes andlaşmasının İngilizce metninde geçen *statement* ifadesi (The Statement by the President of the Republic of Azerbaijan, Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation), Türkçe’de bildiri anlamında kullanılmaktadır. Ancak bu ifade, metnin hukuki niteliğini belirtmemektedir. Çünkü uluslararası andlaşmalar hukukunda sıklıkla görüldüğü gibi, uluslararası andlaşmalara değişik isimler verilebilmektedir. Uluslararası hukuk süjeleri arasındaki bütün irade uyuşmalarına İngilizce’deki *treaty* ya da *agreement*, Türkçe’deki andlaşma ismi verilmemektedir¹⁰³. Öte yandan, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi bazı kriterler ortaya koysa da, uluslararası hukukta kabul edilen genel ilke, bir uluslararası andlaşma

nistana-ek-sure-verildi-531068.html> erişim tarihi 7 Aralık 2020

⁹⁹ <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56237502>> erişim tarihi 2 Mart 2021

¹⁰⁰ Güler (n 77) 2

¹⁰¹ Miklasova (n 94) <<https://www.ejiltalk.org/the-recent-ceasefire-in-nagorno-karabakh-territorial-control-peacekeepers-and-unanswered-question-of-status/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

¹⁰² Kalfayan (n 95) <https://mirrorspectator.com/2020/11/16/a-closer-look-at-the-trilateral-agreement-to-end-war/> erişim tarihi 12 Şubat 2021

¹⁰³ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk (9th edn, Turhan Kitabevi 2010) 46-48

yapılmadan önce, karşılanması gereken kriterlerin olmadığıdır¹⁰⁴. Ayrıca bir uluslararası hukuk süjesi için bağlayıcı yükümlülük yaratan tek hukuki metin türü andlaşmalar değildir; kimi zaman tek taraflı bildirimlerin de bağlayıcı bazı yükümlülöklere neden olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁵. O halde söz konusu andlaşmanın İngilizce metninde geçen *statement* kelimesi, bağlayıcı bir metin olmadığını, hatta uluslararası andlaşma olmadığını göstermemektedir.

Uluslararası hukukta iç silahlı çatışmaların ertesinde, iki tarafının devlet olmadığı barış andlaşmalarının yapıldığı da görölmektedir. Örneğin Sierra Leona'da devlet ile Devrimci Birleşik Cephe ismi verilen silahlı örgüt arasında 11 yıl boyunca devam eden iç silahlı çatışmanın ardından, bu iki taraf arasında nihai barış andlaşması yapılmıştır¹⁰⁶. Silahlı çatışmaları veya iç gerginlikleri bitiren andlaşmalar, bu örnekte de göröldüğü gibi, yerel ve ilgili aktörlerin rıza göstererek kabul ettikleri, güç dengelerini yeniden oluşturan metinler olarak, farklı özelliklerde karşımıza çıkabilmektedir¹⁰⁷. Bununla bağlantılı olarak, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak üçüncü maddesine değinmek gerekmektedir. Anılan madde, silahlı çatışma taraflarının barış andlaşması yapmasına yönelik bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre, bir iç silahlı çatışmanın tarafları, aralarında barış andlaşması yapmakla ve bu andlaşma sayesinde Cenevre Sözleşmeleri'nin hükümlerinin uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu maddenin uluslararası yapılageliş kuralı olarak da bağlayıcı olduğu¹⁰⁸, ayrıca uluslararası silahlı çatışmalar için de uygulanacak minimum standartları ortaya koyduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu durumda, uluslararası silahlı çatışmalar için de söz konusu maddenin bağlayıcı olmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapılan

¹⁰⁴ Martin Dixon, *Textbook on International Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 56

¹⁰⁵ Örneğin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bu statüye taraf olan devletlerin, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini bir uyuşmazlık için kabul etmesine yönelik tek taraflı bildirisi, bağlayıcı sonuç doğurmaktadır. Ibid 58. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> erişim tarihi 12 Şubat 2021. O halde adı andlaşma olmayan metinlerin her durumda bağlayıcı sonuç doğurmayan belgeler olduğunu kabul etmek doğru gözökmemektedir.

¹⁰⁶ <<http://www.mfa.gov.tr/sierra-leone-siyasi-gorunumu.tr.mfa>> erişim tarihi 12 Aralık 20201. Ayrıca Kolombiya'da da devlet ile FARC-EP isimli silahlı örgüt arasında bir barış andlaşması yapılmıştır. Juan Fernando Tellez, 'Peace Agreement Design and Public Support for Peace: Evidence from Colombia' (2019) 56(6) 827, 828 vd

¹⁰⁷ Brahimi Lakhdar, *State Building Crisis and Post Conflict Countries*, 7th Global Forum on Reinventing Government Building Trust in Government, Viyana, 26-29 Haziran 2007, 7

¹⁰⁸ Jelena Pejic, 'The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye' (2011) 93(881) *International Review of the Red Cross* 189, 197-198

¹⁰⁹ Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası* (Nikaragua v Amerika Birleşik Devletleri), 27 Haziran 1986, Judgment, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>> erişim tarihi 12 Şubat 2021, para. 218-219

andlaşmanın da, geçici bir ateşkes andlaşması hükümlerini aştığı göz önünde bulundurulursa, söz konusu Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak üçüncü maddesi kapsamında bir andlaşma olarak değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kaldı ki, silahlı çatışma ertesinde yapılan andlaşmaların barış andlaşması olarak kabul edilebilmesi için, uluslararası insancıl hukukla ilgili kurallara atıfta bulunulması kriteri de bazen göz önünde bulundurulmaktadır¹¹⁰. Yukarıda kısaca içerdiği maddelere değinilen söz konusu bu andlaşma, belki doğrudan herhangi bir uluslararası insancıl hukuk kuralına atıfta bulunmamıştır. Ancak Rus askerlerinin bir barış gücü olarak bölgeye yerleştirilmesi, Ermenistan’a ait askeri birliklerin geri çekilmesi, yerinden edilmiş kişilerin tekrar bölgeye yerleştirilmesi, savaş esirlerinin ve cenazelerin değiştirilmesi gibi uluslararası insancıl hukuk kurallarıyla yakından ilgili meselelere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu anlamda da, bir barış andlaşması olarak kabul edilmesinin önünde engel yoktur.

Söz konusu andlaşma, Ermenistan adına Ermenistan Başbakanı *Paşinyan* tarafından imzalanmıştır. Bilindiği gibi devlet başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanları, yönettikleri halkları ve devletleri uluslararası alanda yetki belgesine ihtiyaç duymadan temsil eden ve uluslararası andlaşmaları yine yetki belgesine ihtiyaç duymadan imzalayan kişilerden kabul edilmektedir¹¹¹. Bu anlamda Ermenistan’ın ve buradaki halkın temsil edilmesinde de bir sıkıntı bulunmamaktadır.

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne¹¹² göre bir değerlendirme yapmak faydalı olacaktır. Belirtilmesi gerekir ki, Ermenistan’da yapılan protestolarla bu andlaşmaya karşı çıkan halk, söz konusu andlaşmanın onaylanmadığını da ileri sürmüştür. Ancak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 14. maddesine göre, andlaşmanın onay ile bağlayıcılık doğurması için, andlaşmanın bunu öngörmesi gerekmektedir. Bu örnekteki andlaşmada söz konusu bir onay işlemine atıf yoktur. Bunun yanında, yine Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin üçüncü maddesi de önemlidir. Söz konusu maddeye göre Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, kendisinin öngördüğü şekilde yapılmayan uluslararası andlaşmaları geçersiz kılmamaktadır. Bu maddedeki düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, sözleşmenin kendisinin öngördüğü kurallara göre yapılmayan andlaşmaların hukuki geçerliliğini etkileme yetkisi yoktur. O halde, Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapılan 10 Kasım 2020 tarihli andlaşmanın uluslararası hukuk

¹¹⁰ Christine Bell, ‘Lex Pacificatoria Colombiana: Colombia’s Peace Accord in Comparative Perspective’ (2016) 110 AJIL Unbound 165, 169

¹¹¹ Sur (n 1) 28

¹¹² Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021

altında bağlayıcı bir andlaşma olarak değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Son bir değerlendirmeyi de, uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuktaki genel tanımına göre yapmak ve tartışmayı bu şekilde sonlandırmak gerekli görünmektedir. Uluslararası andlaşma, uluslararası hukuk kişileri arasında yapılan, uluslararası hukuka tabi olan ve hukuki sonuçlar doğurması için gerçekleştirilen irade uyuşmalarıdır¹¹³. Bu bağlamda 10 Kasım 2020 tarihli olan ve genelde Ateşkes Andlaşması olarak yapılan metne bakıldığında, bunun Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapıldığı bilinmektedir; o halde uluslararası hukuk kişileri arasında akdedildiği görülmektedir. Diğer noktalar, uluslararası hukuka göre yapılmış olması ve hukuki sonuçlar doğurmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu andlaşma uluslararası hukuka göre devletlerin resmi temsilcileri arasında yapılmıştır. Andlaşma uluslararası hukuk meselelerini düzenleyen ve bu kapsamda barış gücü birliğinin yerleştirilmesi, işgal edilen bölgelerin boşaltılması gibi hukuki sonuçlar doğuran bir metindir.

Anılan bütün bu değerlendirmeler sonucunda, Azerbaycan, Ermenistan ve Rusya arasında yapılan söz konusu andlaşmanın uluslararası andlaşma olduğu sonucuna varmak ve dolayısıyla tarafların şimdiye kadar olduğu gibi kendilerini bununla bağlı hissederek, bu andlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirerek ilişkilerine devam etmesi, uluslararası hukukun bir gereğidir. Aksi halde, andlaşmanın imzalanmasına kadar yaşanan süreçte olduğu gibi, uluslararası barış ve güvenliği sarsan olaylar insan hayatlarını tehdit edecektir.

SONUÇ

Çalışmada öncelikle uluslararası insancıl hukukun en önemli normları kısaca değerlendirilmiştir. Bu normların başında 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmeleri, 1977 Tarihli I No'lu Ek Protokol ve 1977 Tarihli II No'lu Ek Protokol gelmektedir. Diğer birçok uluslararası normla birlikte bu düzenlemeler, sivil bireyler, sivil unsurları, çatışma dışında kalmış kişileri korumakta ve çatışan tarafların eylemlerini sınırlandırmaktadır. Ancak bilindiği gibi, Azerbaycan ve Ermenistan arasında, Dağlık Karabağ ile ilgili olarak yaşanan silahlı çatışmada bu kurallar birçok defa ihlal edilmiştir. Bu ihlallerin üzerinde durmak, sorumluluğun ortaya konulması ve adaletin yerini bulması açısından önemlidir. Bunun için çeşitli yargılamaların yapılması önünde bir engel bulunmamaktadır.

27 Eylül 2020 tarihinin ardından yaşanan şiddet olaylarında silahlı çatışmanın yeni olaylara ve insancıl hukuk ihlallerine neden olduğu görülmüştür. Ancak bu olaylar doğrultusunda, uluslararası hukukun gündemini uzun süre meşgul eden bir andlaşma yapılmıştır. Özellikle basında 10 Kasım 2020 tarihli bu

¹¹³ Sur (n 1) 22

andlaşmanın, nihai bir barış andlaşması olarak değil, ateşkes andlaşması olarak anıldığı görülmektedir; ancak söz konusu andlaşmanın uluslararası hukuk ve bölgesel dengeler açısından çok önemli etkiler doğurduğu da ortadadır. Bu gerçeklikten hareketle, söz konusu andlaşmanın bir ateşkes andlaşmasından daha önemli etkilere sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Durum böyleyken, 10 Kasım 2020 tarihli bu andlaşmayı bölgedeki statükoyu belirsiz bir süre için tamamen değiştiren, ateşkes andlaşmasının etkilerini aşan, barış andlaşmasını çağrıştıran bir nitelikte kabul etmek gerekmektedir. Öte yandan, durumu netliğe kavuşturmak için tarafların arasında nihai bir barış andlaşması yapması da olumlu bir gelişme olacaktır; ancak bu durum Ermenistan’da yaşayan halkın önemli bir kısmının halihazırda yapılmış olan andlaşmaya gösterdiği tepki nedeniyle, zor gözükmemektedir. Bu doğrultuda günümüzde uluslararası barış ve güvenliği korumak ve insan hayatlarını tehlikeye atmamak için en uygun görülen yöntem, şu anda bitmiş olan Dağlık Karabağ çatışması taraflarının yapılmış olan 10 Kasım 2020 tarihli andlaşmanın bağlayıcı olduğunu kabul etmesi ve buna riayet etmeye devam etmesi olarak görülmektedir. Gelecekte, çatışmalar süresince yaşanmış olan uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin sorumlularının ortaya konulması da, adaletin ve kalıcı barışın önemli bir temelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Kitap Bölümleri

- Abdullahzade C, *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2018)
- Acer Y and Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (10th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Askerov A, ‘*The Nagorno Karabakh Conflict: The Beginning of the Soviet End*’ in Ali Askerov, Stefan Brooks, Lasha Tchantouridze (eds), *Post-Soviet Conflicts: The Thirty Years’ Crisis* (Lexington Books 2020)
- Dixon M, *Textbook on International Law* (7th edn, Oxford University Press 2013)
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu* (1st edn, Oniki Levha Yayıncılık 2010)
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (9th edn, Turhan Kitabevi 2010)
- Sarıca M, Teziç E and Eskiuyurt Ö, *Kıbrıs Sorunu* (1st edn, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1975)
- Shaw QC M and Hart N, *Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia’s Responsibility* (1st edn, Red N Line 2020)
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13th edn, Beta Yayıncılık 2019)

Turhan T, *Birleşmiş Milletlerin Çözüm İnisiyatifleri ve Annan Planı* (1st edn, Yetkin Basımevi 2010)

Tütüncü AN, *İnsancıl Hukuka Giriş* (2nd edn, Beta Basım 2012)

Yamaner MB et al., *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri* (1st edn, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)

Makaleler

Acer Y, 'Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri' (2020) 337 Seta Analiz

Aslan Y, 'Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu' (2007) 73 TBB Dergisi 239-255

Bell C, 'Lex Pacificatoria Colombiana: Colombia's Peace Accord in Comparative Perspective' (2016) 110 AJIL Unbound 165-171

Çokişler E, 'Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi,' (2019) 16(61) Uluslararası İlişkiler 55-74

Dadaşova R, 'Ermenistan'ın Azerbaycan'a Silahlı Saldırı: Uluslararası Humanitar Hakların Pozulması Meseleleri' (2014) 9(5) Turkish Studies 643-653

Diyarbakırlıoğlu K, 'The Nagorno-Karabakh Conflict Between Azerbaijan and Armenia from the Historical Perspective' 2020 7(2) International Journal of Social, Political and Economic Research 415-439

Ekici Y, 'Azerbaycan ve Ermenistan Arasında Bitmeyen Dağlık Karabağ Sorunu' (2017) 2(1) Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 62-77

Gerstenblith P, 'Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage During Armed Conflict' (2009) 5(1) Journal of the World Archaeological Congress 18-31

Gökçe M, 'Yukarı Karabağ Sorunu ve Türkiye-Ermenistan İlişkileri Üzerine Bir Değerlendirme' (2011) 6(1) Turkish Studies 1139-1154

Grigoryan A, 'Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict' (2020) 1 Mesrop Mashtots University Bulletin 131-137

Grigoryan A, 'Distinctive Features of the Modern Stage of the Azerbaijan-Karabakh Conflict Information by Azerbaijan to the Study on Intentional Destruction of Cultural Heritage' (Responses to the Questions by Ms. Karima Bennouna, Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights)

Güler MÇ, 'Karabağ'ın Özgürleştirilmesi ve Sahadaki Yeni Denklemler' (2020) 301 Seta Perspektif 1-4

- Gürel Ş, ‘*Karabağ Sorunu Üzerine Bir Not*’ (1992) 47(1) AÜSBFD 181-185
- Hamidov H, ‘*Armenian Aggression Against the Azerbaijani People and its Cultural Heritage*’ (2020) 4(2) 295-310
- Isayev T, ‘*Ermenistan’ın Dağlık Karabağ’ın İşgalinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu*’ (2018) 7(1) Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 19-34
- Lakhdar B, *State Building Crisis and Post Conflict Countries*, 7th Global Forum on Reinventing Government Building Trust in Government, Viyana, 26-29 Haziran 2007
- Modebadze V, ‘*The Wscalation of Conflict Between Armenians and Azerbaijanis and the Problems of Peaceful Resolution of the Nagorno-Karabakh War*’ (2021) 6(3) Journal of Liberty and International Affairs 102-110
- Özarslan BB, ‘*Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı*’ (2014) 4(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187-214
- Pejic J, ‘*The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye*’ (2011) 93(881) International Review of the Red Cross 189-225
- Söker Ç, ‘*Dağlık Karabağ Sorunu’nun Çatışmayı Çözme Perspektifinden İncelenmesi*’ (2017) 8(16) KAÜİİBFD 555-574
- Tellez JF, ‘*Peace Agreement Design and Public Support for Peace: Evidence from Colombia*’ (2019) 56(6) 827-844
- Veliyev C, ‘*Hocalı Katliamı*’ (2013) 9(2) Orta Doğu Araştırmaları Dergisi Karabağ Özel Sayısı 55-72
- Yılmaz M, ‘*Karabağ Savaşı ve Adım Adım Hocalı Soykırımı*’ (2013) 9(2) Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi 95-104

ONLINE KAYNAKLAR

- 10 Kasım 2020 Tarihli Andlaşma, <<https://www.civilnet.am/news/2020/11/10/9-Points-Signed-by-Aliyev-Pashinyan-Putin-on-Karabakh/407092>> erişim tarihi 5 Aralık 2020
- 1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası <<https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1977toc.html>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Azerbaijani Attacks on Artsakh Civilians Absolute Violation of International Law – Armenia Ombudsman <<https://armenpress.am/eng/news/1029010.html>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 25 Nisan 2008, A/RES/62/243 <<https://undocs.org/en/A/RES/62/243>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 30 Nisan 1993, S/RES/822(1993)

- <<http://unscr.com/en/resolutions/822>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 29 Temmuz 1993, S/RES/853(1993),
<<http://unscr.com/en/resolutions/853>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 14 Ekim 1993, S/RES/874(1993)
<<http://unscr.com/en/resolutions/874>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 12 Kasım 1993, S/RES/884(1993)
<<http://unscr.com/en/resolutions/884>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2001 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Ermenistan'da Karabağ'da İmzalanan Ateşkes Sonrası Binlerce Kişi Paşinyan'ın İstifasını İstedi, <<https://tr.euronews.com/2020/11/11/ermenistan-da-karabag-da-imzalanan-ateskes-sonras-binlerce-kisi-pasinyan-n-istifas-n-istedi>> erişim tarihi 5 Aralık 2020
- Illegal Economic and Other Activities in the Occupied Territories of Azerbaijan, Report by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan, 2016 <https://geneva.mfa.gov.az/files/MFA_Report_on_the_occupied_territories_1.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Kelbecer'in Boşaltılması için Ermenistan'a Ek Süre Verildi (15 Kasım 2020) <<https://www.trthaber.com/haber/dunya/kelbecerin-bosaltilmasi-icin-ermenistana-ek-sure-verildi-531068.html>> erişim tarihi 7 Aralık 2020
- Letter Dated 5 May 2020 from the Permanent Representative of Azerbaijan to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://digitallibrary.un.org/record/3861206>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Letter Dated 27 September 2020 from the Permanent Representative of Armenia to the United Nations addressed to the Secretary-General <<https://un.mfa.gov.az/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Miklasova J, 'The Recent Ceasefire in Nagorno-Karabakh: Territorial Control, Peacekeepers and Question of Status' (EJILTalk, 4 Aralık 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-recent-ceasefire-in-nagorno-karabakh-territorial-control-peacekeepers-and-unanswered-question-of-status/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- No:336/20, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the telephone conversation between the Minister of Foreign Affairs Jeyhun Bayramov and Ivan Korčok, the Minister of Foreign and European Affairs of the Slovak Republic, <<https://www.mfa.gov.az/en/news/6948/view>> erişim tarihi 12 Şubat 2021

- No:338/20, Information of the Press Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Azerbaijan on the meeting of Foreign Minister Jeyhun Bayramov with the newly appointed Ambassador of the Kingdom of the Netherlands, <<https://www.mfa.gov.az/en/news/6948/view>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Kalfayan PR, ‘A Closer Look at the Trilateral Agreement to End War’ (Mirrorspectator, 16 Kasım 2020) <<https://mirrorspectator.com/2020/11/16/a-closer-look-at-the-trilateral-agreement-to-end-war/>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Uluslararası Adalet Divanı Statüsü <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua’da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası (Nikaragua v Amerika Birleşik Devletleri), 27 Haziran 1986, Judgment, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- Yalçınkaya A, ‘Gence Soykırımı, İnsancıl Hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri’ (Turkish Forum 3 Aralık 2020), <<https://www.turkishnews.com/tr/content/>> erişim tarihi 20 Aralık 2020
- <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56237502>> erişim tarihi 2 Mart 2021
- <<https://www.ermenihaber.am/tr/news/2020/07/13/Ermenistan-Anna-Azerbaycan/187916>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- <<https://frontline.thehindu.com/world-affairs/armenia-and-azerbaijan-sign-a-ceasefire-agreement-in-november-bringing-a-tenuous-peace-to-the-long-disputed-nagorno-karabakh-region/article33299420.ece>> erişim tarihi 12 Şubat 2021
- <<http://www.mfa.gov.tr/sierra-leone-siyasi-gorunumu.tr.mfa>> erişim tarihi 12 Aralık 2020

KAMUYA GEREKLİ ŞEYLERİN YOKLUĞUNA NEDEN OLMA SUÇU (TCK m. 238)

The Crime of Causing the Lack of Necessary Things for the Public (TCC Art. 238)

Can Eralp ELİBOL* - Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK**

Geliş Tarihi: 17.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 238. maddede düzenlenmiş kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu incelenmektedir. Söz konusu suçun uygulamada gündeme gelmemesi, teorik olarak birçok hususun soyut hâlde kalmasına neden olmaktadır. Bu suçun teorik bazda da olsa somutlaştırılabilmesi, bu çalışmanın ana hedeflerinden biridir. Bununla birlikte dikkatleri çeken bir diğer husus ise suçun oluşmasına sebep olan taahhüde aykırı davranma fiilinin özel hukukla yakından ilgili olmasıdır. Ayrıca suçun kamu kurum ve kuruluşları ve kamu hizmeti ile de ilişkili olması, meseleye idare hukuku boyutu da katmaktadır. Bu iki tespitin önemi, ceza hukukunun son araç olma ilkesi ışığında meselenin incelenmesi gerekliliğine işaret etmesidir. Bu bağlamda özel hukuk ve idare hukuku ile ilgili bir fiilin, suç olarak düzenlenmesiyle ceza hukukunun kapsamına alınmasının isabetli olup olmadığı, bu çalışmadaki ana tartışmayı teşkil etmektedir. Bunun haricinde suç ile korunan hukuki değer başlığı altında kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun meşruiyetine ilişkin bir sorgulama da yapılmaktadır. Bunun sonucunda söz konusu düzenlemenin varlığının güncel bir bakış açısıyla gerekli olup olmadığı tespit edilmektedir. Bütün bunlara ek olarak suçun varlığının gerekli olup olmaması tartışması bir yana, kanun koyucunun bu suçla korumayı amaçladığı hukuki değer perspektifinden suçun kanuni unsurları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: borca aykırılık (*taahhüdün ihlali*), son araç olma ilkesi, iş görme sözleşmeleri, kamu kurum ve kuruluşları, kamu hizmeti, genel felaket, zorunlu eşya.

ABSTRACT

In this study, the crime of causing the lack of necessary things for the public regulated in Article 238 of the Turkish Penal Code No.5237 is examined. The fact that the crime in question is not brought to the agenda in practise causes many issues to remain abstract in theory. One of the main goals of this study is that this crime can be concretized on a theoretical basis. However, another point that draws attention is that the act of breaching the commitment that causes the crime is closely related to private law. In addition, the fact that the crime is related to public bodies and authorities and public service adds an administrative law dimension to the issue. The importance of these two determinations is that they point to the necessity of examining the issue considering the principle of criminal law being the last tool. In this context, whether it is appropriate to include an act related to private and administrative law in the scope of criminal law by regulating it as a crime constitutes the main discussion in this study. As a result, it is determined whether the existence of the said regulation is necessary for a current perspective. In addition to all these, apart from the discussion of whether the existence of the crime is necessary or not, the legal elements of the crime are examined from the perspective of the legal value that the legislator aims to protect with this crime.

Keywords: breach of contractual obligation, the principle of ultima ratio, service contracts, public bodies and authorities, public service, general disaster, compulsory goods.

* Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Anabilim Dalı, can.elibol@tau.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-5866-2224.

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, eba@istanbul.edu.tr, ORCID ID:0000-0003-4856-9733.

GİRİŞ

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nin)¹ “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının; “Topluma Karşı Suçlar”² başlıklı üçüncü kısmının; “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde³, 238. maddede düzenlenmiştir. Suç tipi tek fıkrada, tek cümle hâlinde ihdas edilmiş kısa bir düzenlemedir. Maddeye göre:

“Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.”

Suçun tüzel kişilik yararına işlenmesi hâlinde TCK m. 242 uyarınca söz konusu tüzel kişiler aleyhine bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Şayet kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu tüzel kişi yararına işlenirse ve somut olayda şartları gerçekleşmişse hâkim, TCK m. 60/1'de tanzim edilmiş olan tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmeder.

Maddeye ilişkin dikkatleri celbeden bir başka husus ise bu suç tipinin, yine aynı bölümde düzenlenen mal veya hizmet satımından kaçınma suçu (TCK m. 240) gibi⁴ 5237 sayılı Kanun döneminde yargı içtihatlarına konu olmayışıdır⁵.

¹ RG, T 12.10.2004, S 25611.

² Hafizoğulları/Özen'e göre her suç toplumsal düzeni ihlal eder ve bu haseple her suç topluma karşı işlenir. Bundan dolayı “Topluma Karşı Suçlar” başlığı, suçları ayırt edebilmek bakımından esaslı bir fonksiyon icra etmez. Bunun yerine bu kısımdaki suçlar ekseriya kamuya karşı işlendiklerinden “Kamuya Karşı Suçlar” başlığının kullanılması gerekirdi. Bkz. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Topluma Karşı Suçlar*, (3. Baskı, US-A Yayıncılık, 2017) 1.

³ Bu bölümde yer alan suçların ihdasında 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu'nun örnek alınmasının isabetli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Hafizoğulları/Özen (2) 410; Ekonomi kavramının sanayi ve ticareti de ihtiva etmesi nedeniyle bölüm başlığının “Ekonomik Düzene Karşı Suçlar” olarak adlandırılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Erol Cihan, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebebiyet Vermek: Gıda Maddeleriyle Kamuya Gerekli Madde ve Eşyanın Noksanlığına Sebebiyet Vermek Suçları” (Tartışmalar kısmı), *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu* (17-18 Nisan İstanbul, 1987) 77; Bir başka görüşe göre Kanun'daki dokuzuncu bölümün başlığı, Türk Ceza Kanunu'nun korunan hukuki değerleri esas alarak bölüm adlandırması yapılması anlayışına aykırı isimlendirildiği için isabetsizdir. Bkz. Berrin Akbulut, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, (2014), (25), CHD, 7, 10.

⁴ Can Eralp Elibol, *Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240)*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021) kn 49.

⁵ Bu suç tipi, 765 sayılı Kanun'da 361. maddede düzenlenmekteydi. Bu dönemde suçun uygulama alanı bulmasının düzenlenişi itibarıyla mümkün olmadığı yönünde bir görüş

Bu durum ve söz konusu kanuni düzenleme dikkate alındığında kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun, pratikte sıklıkla gündeme gelen ve doktrinde de çoğunlukla üzerinde çalışılan klasik suçlardan farklı olduğu ifade edilebilir.

Suçun düzenlendiği yer itibarıyla kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun bir ekonomik suç olduğu sonucuna varılması gerektiği savunulmaktadır⁶. Her ne kadar ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümü altında düzenlenen suçların ekonomik suç olduğu ifade edilse de kanaatimizce kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun düzenlendiği yer isabetli olmadığı için bu suç, mensup olduğu bölüm esas alınarak ekonomik suç olarak adlandırılmaz. Zira kanun maddesinin lafzı dikkate alındığında bu suçun ekonomik düzeni korumadığı, sanayi ve ticaret ile de ilgili olmadığı açık bir şekilde görülür. Bu durumda bu suçun ekonomik suç olup olmadığı tespit edilirken ekonomik suça ilişkin tanımlara başvurmak gerekir. Doktrinde ekonomik suçun tanımı ve kapsamı bakımından görüş birliği yoktur⁷. Ekonomik suç kavramı ekonomik sistemin kurumlarına olan güveni⁸ yahut muteber ekonomik sistemin kurumlarını ve bunların işleyişlerini tehlikeye düşüren veya zarara uğratan davranışları cezalandıran suçlar⁹ olarak tanımlandığı vakit, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ekonomik kurumlara duyulan güveni veya bunların işleyişini korumadığı ifade edilmelidir¹⁰. Dolayısıyla ekonomik suça ilişkin yapılan tanımlar uyarınca da kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ekonomik suç olduğu

ortaya atılmıştır. *Yarsuvat*'a göre maddeye “bir zararın doğması” ifadesinin eklenmesi suretiyle objektif cezalandırılabilme şartı getirilmesi ve bu vesileyle taahhüdün yerine getirilmemesinin başlı başına cezalandırılabilmesinin sağlanması gerekir. Bkz. Duygun Yarsuvat, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebebiyet Vermek: Gıda Maddeleriyle Kamuya Gerekli Madde ve Eşyanın Noksanlığına Sebebiyet Vermek Suçları”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu* (17-18 Nisan İstanbul, 1987) 65.

⁶ Akbulut (3) 9; Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, (2010), (14), CHD, 41.

⁷ Elisabeth Köck, *Wirtschaftsstrafrecht: Eine Systematische Darstellung*, (2., überarbeitete Auflage, Facultas, 2010) 21.

⁸ Petra Wittig, *Wirtschaftsstrafrecht*, (5. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2020) § 2 Rn 34.

⁹ Selman Dursun, *Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, (Seçkin Yayıncılık, 2006) 40; Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku: Birinci Kitap: Genel Hükümler*, (Seçkin Yayıncılık, 2020) 61; Asuman Aytekin İnceoğlu, “Ekonomik Suçlar”, (2020), 19 (1), GSÜHFD, 119, 124.

¹⁰ Aynı şekilde ekonomi ile ilgili kanuni unsurları ihtiva edip ekonomik yaşamla ilgili davranışları suç olarak cezalandıran yahut kabahat olarak yaptırıma tabi tutan suçlar olarak ekonomik suçların tanımlanması hâlinde bu tanımın kapsamının oldukça geniş olması ve neredeyse her suçun kanuni unsurunun ekonomi ile dolaylı da olsa ilişkilendirilebilmesi nedeniyle bu tanıma göre kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ekonomik suç olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Söz konusu tanım için bkz. Hans W. Tobbens, *Wirtschaftsstrafrecht*, (Verlag Franz Vahlen, 2006) 1.

yönündeki görüşe iştirak etmek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte bu suçun varlık sebebinin ne olduğuna, günümüzde böyle bir suç tipinin varlığına ihtiyaç duyulup duyulmadığına ve kanun koyucunun bu suçla hangi hukuki değeri korumayı amaçladığına ilişkin tespitler suç ile korunan hukuki değer başlığı altında yapılacaktır.

Suçun genel mahiyetine ilişkin bir başka tespit de suç tipinin esasen özel hukuka dair bir davranışı (ifa etmeme-borca aykırılık) cezai müeyyideye tabi tuttuğudur¹¹. Zira taahhüt edilen bir işin yerine getirilmemesi, borçlar hukukunun konusunu oluşturan iş görme borcu ihtiva eden sözleşmeler ile ilgilidir. Doktrinde bu suç tipinin varlığı ile aslında özel hukuka ilişkin sonuçlara katlanması gereken kişiye bunun *yerine* ceza hukuku müeyyidelerinin tatbik edileceği savunulmaktadır¹². Bu görüşe iştirak edebilmek ise imkân dâhilinde değildir. Zira bir davranış hem özel hukukun hem de ceza hukukunun düzenleme alanına girebilir ve bu takdirde her iki hukuk disiplinine ilişkin yaptırımlar kişiye uygulanabilir. TCK m. 238 bakımından ceza hukuku yaptırımının neden özel hukuk yaptırımını dışladığı yönündeki görüş izaha muhtaçtır. Burada tartışılması gereken esas problem özel hukuk yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı değildir. Hâlihazırda özel hukukun yaptırıma bağladığı TCK m. 238'in ifadesiyle "taahhüde aykırı davranmanın" (*sözleşmeden doğan borca aykırılık*) ceza hukukunca da düzenlenip bundan ayrı ve bu yaptırıma ek bir müeyyideye tabi tutulmasının meşru olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu husus da suçla korunan hukuki değer başlığının konusu olduğundan buna ilişkin inceleme de o başlık altında yapılacaktır.

TCK m. 238 düzenlemesinin başlığı ve suç adını veren ifade "*Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma*" dır. Bu ifade, suçun içeriğini yansıtır mahiyette değildir. Öncelikle madde başlığında "gerekli" kelimesine yer verilmiş ancak kanun maddesinde bu kelimeye yer verilmemiştir. Aksine, kanun maddesinde "zorunlu" bir eşya ve besin maddesinden bahsedilerek daha müşkül bir duruma işaret edilmiştir. Kanaatimizce bu uyumsuzluk, 765 sayılı Kanun'daki "elzem" kelimesinden doğmaktadır. Zira 765 sayılı Kanun'da "*elzem olan erzak ve eşya*" dan, bir diğer ifadeyle gerekli olan erzak ve eşyadan bahsedilmektedir¹³. Hâlbuki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda zorunluluktan bahsedilmektedir. Öte yandan, madde başlığında «yokluktan» söz edilmektedir. Ancak kanun maddesinde seçimlik neticelere yer verilmiştir.

¹¹ Taahhüde aykırı davranmak, medeni hukuk ve borçlar hukuku kapsamında yapılan bir sözleşmeye aykırı davranmak suretiyle gerçekleşebileceğinden burada sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir ve özel hukuk yaptırımları uygulanır. Özel hukuk yaptırımları ile meselenin çözümünün gerçekleşebildiği durumda cezai müeyyidelere başvurulmaması gerekir. Bkz. Cihan (3) 77.

¹² Akbulut (3) 7, 11 ve 20.

¹³ İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, (Seçkin Yayıncılık, 2002) 264.

Buna göre TCK m. 238’de “*önemli ölçüde azalma*” veya “*ortadan kalkma*” neticeleri zikredilmektedir. Bu açılardan madde başlığı, suçun kapsamı hakkında yanıltıcı bir ifade tarzına sahiptir.

Kanun maddesi, cümle düzeni bakımından da eleştiriye açıktır. Bu eleştirinin kaynağını “...*eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına...*” ifadesi teşkil eder. Burada zikredilen cümle öbeğinin suç tipinin netice unsurunu teşkil etmesine karşılık sıralamanın haksızlık içeriğine uygun olarak azdan çoğa doğru yapılması gerekirdi. Düzenlemenin bu hâli neticelerin sıralanması bakımından hatalıdır. Bu nedenle TCK m. 238’deki ifadenin “...*eşya veya besinlerin önemli ölçüde azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına...*” şeklinde değiştirilmesi gerekir. Bu çalışma kapsamında da olması gereken sıralama esas alınarak suç tipi incelemeye tabi tutulacaktır.

Nihayet kanun maddesinde yer alan “*eşya*” ve “*besin*” kavramları da değerlendirilmelidir. Buna ilişkin inceleme esasen suçun maddi konusu başlığı altında yapılacak olup bu başlık altında “*besin*” ifadesinin, “*eşya*” ifadesinden daha dar kapsamlı olması ve eşya kavramının altında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile maddede ayrıca yer almasının isabetli olmadığı tespiti ile yetinilmektedir. Bu nedenle suç tipi kapsamında yapılacak açıklamalar “*eşya*” kavramı üzerinden yapılacaktır.

1. SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kanun koyucuyu bir davranışı suç olarak düzenlemeye sevk eden ve bu düzenlemeyi meşrulaştıran, söz konusu suç tipi ile korunmak istenen hukuki değer varlığıdır. Hukuki değer olmaksızın bir davranışın suç olarak düzenlenip cezalandırılması mümkün değildir¹⁴. Hukuki değer kavramının altını doldurabilmek ve her suç tipi için en azından meşru bir hukuki değer belirleyebilmek için kaçınılmaz olarak düşünsel akımlara ait düsturlara başvurulmuştur¹⁵.

Hâkim olan görüş, hukuki değer kavramının bireye ve topluma yönelik olduğudur¹⁶. Bu görüşün sonucu olarak suçla korunan hukuki değerler bireye yahut topluma ait olabilir. Bu vesileyle bu görüş uyarınca toplumun bireylerden ayrı bir varlığa sahip olduğu ve korunması gerektiği sonucunun da ortaya çıktığı ifade edilmelidir. Buna karşın doktrinde hukuki değer salt bireylere ait olduğu yönünde de görüş ileri sürülmektedir. Zira hukuki değer, kaynağını yaşamdan aldığından bireysel hak ve özgürlükleri esas alır ve onlara yönelir¹⁷. Nitekim liberal düşünce sisteminin hukuk alanındaki

¹⁴ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunan Hukuksal Değer*, (Seçkin Yayıncılık, 2003) 45.

¹⁵ Ünver (14) 58.

¹⁶ Ünver (14) 554.

¹⁷ Ünver (14) 89.

yansıması olan doğal hukuk¹⁸ teorisine göre hukukun esas alması gereken şiar, bireylerin hak ve özgürlükleri¹⁹ olup bireylerin topluma karşı sorumlu oldukları mülhazasıyla bunların ikinci plana atılmamasıdır²⁰. Bu itibarla bu çalışmada liberal düşüncenin genel itibarıyla hâkim olduğu Türk hukuk düzeninde suçla korunan hukuki değerlerin de bireylere ait olması gerektiği görüşüne iştirak edilmektedir.

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu ile ilgili olarak bu suç tipinin hangi hukuki değeri koruduğu hususunda doktrinde fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre bu suçla korunan hukuki değer *ammenin selametidir*²¹. Bir başka görüşe göre bu suç, ekonomik suç olduğundan ekonomik hayatın dürüstlük kuralları çerçevesinde sürdürülebilmesini ve bu haseple kamu güvenini korur²². Bir diğer görüş, bu suç tipiyle “*mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işleyişi*” nin korunduğunu savunur²³. Son olarak bu suç tipi kapsamında kamu ile bir iş görmeyi taahhüt eden kişi arasında ticari ve ekonomik bir ilişki kurulduğundan bu tarz ilişkilerde bulunması gereken dürüstlüğün bu suçla korunduğu ifade edilir²⁴. Bununla birlikte taahhüdün yerine getirilmemesiyle ortaya çıkacak zararın önlenmesi amaçlandığından “*kamunun varlığı*” da bu suç tipiyle korunan bir diğer hukuki değer olup birden fazla hukuki değer korunduğundan söz edilmesi gerekir²⁵.

İşaret edildiği üzere hukuki değerın sahibinin birey olduğu görüşü bu çalışmada benimsendiğinden kamuya (topluma) ayrı bir varlık tanınmamaktadır. Bu sebeple incelenen suç tipinin kamunun selametini ve varlığını koruduğu fikrine iştirak edilmemektedir. Bunun haricinde incelenen suç tipi kapsamında

¹⁸ Doğal haklar kaynağını insanın doğasından alır. Bkz. Jean Jacques Burlamaqui, *Doğal Hukukun İlkeleri*, (çev) Barkın Asal, (Pinhan Yayıncılık, 2019) 19.

¹⁹ Nitekim liberalizm, bireysel özgürlüğü temel aldığından bireysel serbestiyi ve tercih özgürlüğünü savunmaktadır. Bkz. Lewis Mumford, *The Condition of Man*, (Harcourt, Brace and Company, 1944) 164; Mustafa Erdoğan, “Niçin Liberalizm”, (1996), (1), LDD, 28, 31.

²⁰ Hans Richter, “Geschichtliche Entwicklung”, *Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, (ed) Christian Müller-Gugenberger ve Klaus Bieneck, (3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, 2000), 32.

²¹ Yarsuvat (5) 66.

²² Yenerer Çakmut (6) 44; Yaşar/Gökcan/Artuç ise ekonomik yaşamın devamlılığı ile ilgili herhangi bir tespitte bulunmaksızın bu suç tipiyle kamu güveninin korunduğu görüşündedir. Bkz. Osman Yaşar ve Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 5. Cilt*, (Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014) 7191; Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku: İkinci Kitap: Özel Hükümler*, (Seçkin Yayıncılık, 2021) 883; Fulya Eroğlu, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma”, *Özel Ceza Hukuku: Cilt VIII*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021), 113-114.

²³ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: 4. Cilt (230-345. Maddeler)*, (Seçkin Yayıncılık, 2010) 3723.

²⁴ Akbulut (3) 14.

²⁵ Akbulut (3) 14.

kurulan hukuki ilişkiyi, kamu ile taahhüt altına giren kişi arasındaki ekonomik ilişki mertebesine yükseltmek isabetli değildir. Zira öncelikle kamunun, bu kavramın içindeki bireylerden ayrı bir varlığı yoktur. Ayrıca burada toplumu oluşturan bireyler ile doğrudan kurulan bir ekonomik ilişki söz konusu olmadığından bu ilişkinin dürüstçe sürdürülmesinin temin edildiğinden de bahsedilemez. Bu suç kapsamında bir özel hukuk kişisi ile bir kamu kurum veya kuruluşu yahut kamu hizmeti gören özel hukuk kişisi yahut da genel felaketin önlenmesi yönünde faaliyet gösteren kamu kurum veya kuruluşu ile özel hukuk kişisi arasında bir hukuki ve ekonomik ilişkiden söz edilmelidir. Bu ilişkiden toplumu oluşturan bireylerin istifade etmesi, ilişkinin toplumu oluşturan bireyler ile taahhüt altına giren kişi arasında kurulduğu anlamına gelmez. Son olarak bu suç tipi ile mal ve hizmet piyasalarının işleyişinin korunduğu görüşü, normun kapsamını oldukça genişletici bir yorum olup bu kanun metninde bu görüşü destekleyici herhangi bir ifadenin varlığı tespit edilememektedir.

Bu suç tipinin ihdası ile kanun koyucunun korumayı amaçladığı hukuki değer ne olduğuna ilişkin fikir beyan etmeden önce TCK m. 238'in meşruiyeti incelemeye tabi tutulmalıdır. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu, 765 sayılı Kanun'un 361. maddesinde kamu güvenine karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun yürürlükte olduğu dönemde devlet, ekonomik yaşamda hâkim pozisyonundadır²⁶. Sümerbank²⁷ gibi kamu kurumları vasıtasıyla çoğu mal veya hizmet devlet eliyle üretilmiş ve satışa sunulmuştur²⁸. Dolayısıyla devlet, ekonomik yaşamda son derece etkin konumda olup toplumdaki bireylerin ihtiyaçlarını karşılamak noktasında da ciddi bir fonksiyon icra etmiştir. Hâl böyle olunca bireylerin ihtiyaçlarının ve kamu hizmetinin aksamaması için böyle bir suç tipinin o dönemde ihdas edilmesinin makul olduğu savunulabilir. Buna karşılık günümüzde devletin ekonomideki rolü, eskiye nazaran çok daha azalmış olup mal veya hizmetler prensip itibarıyla özel sektör tarafından arz edilir. Yine günümüzde kamu hizmeti teşkil eden faaliyetlerin de özel hukuk kişileri vasıtasıyla görülmesi, özel hukuk kişileri vasıtasıyla görülme dahi idarenin 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra ile özel hukuk sözleşmesi yapabilme imkânına kavuşması ile çoğu sözleşmeyi özel hukuk hükümlerine tabi olarak yapmayı tercih etmesiyle

²⁶ Bu dönemdeki ekonomik sistemi planlı ekonomi olarak nitelendiren görüş için bkz. Sahir Erman, *Ticari Ceza Hukuku: Genel Kısım*, (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1984) 12; Aksi görüşe göre bu dönemde muteber olan ekonomik sistem serbest piyasa ekonomisidir. Bkz. Öztekin Tosun, *Fiyat Nizamını İhlâl Suçları*, (Sulhi Garan Matbaası, 1960) 7-8.

²⁷ Sümerbank 233 sayılı KHK uyarınca bir kamu iktisadi teşebbüsü iken 11.09.1987 tarihli ve 87/12184 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Sümerbank'ın özelleştirilmesine karar verilmiştir.

²⁸ Suçun kapsamında bir iş görme taahhüdü dışında, bir mülkiyeti nakil borcu üstlenilmesinin de dâhil olup olmadığı fiil başlığında tartışılacaktır.

kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ihtiyacı karşılar nitelikte olup olmadığının tartışılmalı hâle geldiği ifade edilmelidir. 765 sayılı Kanun döneminin ekonomik koşulları dikkate alındığında incelenen suç tipinin varlığı, o dönemde bir hukuki değeri koruduğu için meşru addedilebilecekse de kanaatimizce günümüzün koşulları dikkate alındığında suç tipinin herhangi bir hukuki değeri korumadığı ve varlığının meşru ve gerekli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Nitekim suçun uygulamasına da rastlanılmaması, suçun gerekli olmadığı yönündeki görüşümüzün kanıtıdır. Sonuç olarak kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun yürürlükten kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Her ne kadar bu suç tipinin herhangi bir hukuki değeri korumadığı görüşü bu çalışmada savunulsa da bu görüşe iştirak etmeyenler bakımından TCK m. 238 düzenlemesiyle kanun koyucunun hangi hukuki değeri korumayı amaçladığının da üzerinde durulmalı ve suçun kanuni unsurları bu perspektiften yorumlanmalıdır. Kanaatimizce kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçuyla kanun koyucu, **toplumu oluşturan bireylerin kamu kurum ve kuruluşlarının işleyişine olan güvenini ve kamu hizmetinin devamlılığına ilişkin beklentisini** korumayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda suçun düzenlendiği yer de isabetli değildir. Bu suçun ekonomik suç olmaması sebebiyle ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesi isabetsizdir. Ancak bu suç, toplumu oluşturan bireylerin hepsi ile ilgili olduğundan suçun topluma karşı suçlar kısmında düzenlenmesi isabetlidir. Buna karşılık bu suçla korunan hukuki değer itibarıyla topluma karşı suçlar kısmındaki bölümlerden hiçbirine tam anlamıyla dâhil olamayacağı fikrindeyiz. Buna rağmen kanun koyucunun 765 sayılı Kanun'daki gibi kamu güvenine karşı suçlar başlığı altında kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunu düzenlemesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz²⁹.

2. TİPİKLİK

2. 1. Suçun Maddi Unsurları

2. 1. 1. Fail

Kanuni tanımdaki unsurları gerçekleştiren kişiye fail denir ve esasen bir suçun faili insan olabilir³⁰. TCK m. 238, taahhüt ettiği işi yerine getirmeyen

²⁹ Bu bağlamda suçun “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar*” kısmında, “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenmesinin de isabetsiz olacağı ifade edilmelidir. Zira söz konusu bölümdeki suç tipleri incelendiğinde suçların genel itibarıyla kamu görevlisi tarafından işlendiği ve kamu idaresinin güvenilirliğini zedelediği görülür. Hâlbuki TCK m. 238'de fail, kamu görevlisi değildir. Kaldı ki TCK m. 238'in faili ile arasında hukuki ilişki bulunan her zaman bir kamu kurum veya kuruluşu olmak zorunda değildir. Özel hukuk kişileri de hukuki ilişkinin tarafı olabilir. Bu durumda kamu idaresinin işleyişine karşı işlenen bir suçtan da söz edilemez.

³⁰ Suçun failinin ancak bir insan olabileceği, tüzel kişilerin veya kişi birliklerinin suçun faili olamayacağı yönündeki baskın görüş için bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza*

kimseden bahsetmektedir. Bu ifadenin yorumlanarak bir sonuca varılması gerekir. Öncelikle doktrinde belirtildiği üzere “kimse” belgisiz zamirini ihtiva eden kanuni düzenlemeler, herkes tarafından işlenebilen suçların (*Allgemeindelikte*)³¹ varlığının göstergesidir³². Keza fiil unsuru üzerinden fail unsurunun tanımlandığı hâllerde de özgü suçtan değil, herkes tarafından işlenebilen suçtan söz edilir³³. Söz konusu kanuni düzenleme bu bilgiler ışığında yorumlandığında metinde geçen “kimse” zamininin varlığı ve fail unsurunun taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi ihmali hareketi üzerinden tanımlandığı dikkate alındığında bu suçun herkes tarafından işlenebileceği ifade edilebilir. Ancak taahhüt edilen bir iş, iş görme borcu ihtiva eden sözleşmeler ile alakalı olduğundan özel hukukta kabul edilen borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi de değerlendirmenin kapsamına alınmalıdır. Bu ilkeye göre sözleşmeye dayanan borç ilişkisi ancak bu ilişkinin taraflarını bağlar³⁴. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişinin, sözleşme ile taahhüt edilen işin yapılmaması noktasında hukuken bir fonksiyon icra etmemesi nedeniyle bu suçun ancak sözleşmenin tarafı olan ve iş görmeyi taahhüt eden kişi tarafından işlenebileceği sonucuna varmak gerekir³⁵. Bundan dolayı **kanaatimizce bu suç, fail bakımından özellik gösterdiğinden özgü suçtur.**

Taahhüt ettiği işi yapmayan kişi, fail olarak sözleşmenin bir tarafını teşkil eder. Sözleşmenin diğer tarafını ise lehine iş görme borcu yapılacağı

Hukuku Genel Hükümler, (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 112; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020) 213; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 223; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 422; Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen ve Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 359.

³¹ Jürgen Baumann ve Ulrich Weber ve Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, (12. völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016) § 6 Rn 38.

³² Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I*, (4. vollständige neu bearbeitete Auflage C.H. Beck, 2006) § 10 Rn 54; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. Auflage, Springer-Verlag 2015) § 4 Rn 4.

³³ Klaus Tiedemann, *Ekonomi Ceza Hukuku*, (çev) Ayşe Nuhoglu, (Seçkin Yayıncılık, 2017) 129.

³⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23. Bası, Turhan Kitabevi, 2019) 16; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt 1*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020) kn 96.

³⁵ Bu suçun özgü suç olduğu görüşü için ayrıca bkz. Akbulut (3) 15; Yenerer Çakmut (6) 44; Necati Meran, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013) 206; Parlar/Hatipoğlu (23) 3724; Yaşar vd. (22) 7191; İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu: 2. Cilt (Madde 150-345)*, (Yetkin Yayınları, 2016) 2709; Hasan Gerçek, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: Cilt 2*, (Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) 2130; Özbek (22) 884.

taahhüt edilen kamu kurum ve kuruluşlarının oluşturduğu ifade edilmektedir. Ancak kanun metni bu fıkri doğrular şekilde kaleme alınmamıştır. TCK m. 238’de kamu kurum veya kuruluşları yahut kamu hizmeti veyahut genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu olan eşyalardan bahsedilmektedir. Failin taahhüdünü yerine getirmeyerek bunların önemli ölçüde azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına neden olması gerekir. Bu ifadeler dikkate alındığında Kanun’un sözleşmenin karşı tarafının muhakkak kamu kurum veya kuruluşu olması gerektiği gibi bir şart ihtiva etmediği görülmektedir. TCK m. 238’de belirtilen husus, kamu kurumu veya kuruluşu için zorunlu olan eşyaların mevcudiyetine ilişkindir, yoksa sözleşmenin tarafının kamu kurum ve kuruluşu olması zaruri değildir. Şu hâlde **sözleşmenin karşı tarafı kamu kurum ve kuruluşu olabilecekse de bunun bir zorunluluk teşkil etmediği** ifade edilmelidir. Nitekim Kanun’un genel bir felaketi önlenmek için zorunlu eşyalardan bahsetmesi ve buna ek olarak kamu hizmetinin mutlak surette kamu kurum ve kuruluşları tarafından görülmesi zorunluğunun bulunmaması, bu tespiti doğrular niteliktedir.

Bu başlıkta ayrıca özel hukuktaki işlem ehliyetinin fail unsurunun teşekkülüne etkisi tespit edilmelidir. Bu suç kapsamında iş görme borcu ihtiva eden sözleşmelerden bahsedildiğinden sözleşme yapma ehliyetinin mevcudiyeti, geçerli bir iş görme taahhüdünün varlığı için ilk şarttır. Bu takdirde Türk Medeni Kanunu³⁶ uyarınca kural olarak ancak tam ehliyetli kişilerin (TMK m. 14) bu suçun faili olacağı ifade edilmelidir³⁷. Bir diğer ifadeyle ayırt etme gücü bulunan, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler, ancak geçerli bir iş görme taahhüdünde bulunabileceği için bu suçun faili de ancak bu kişiler olabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu hâllerin varlığı, suç inceleme sistematğinde kusurluluk bahsinde değil, fail unsurunda ele alınmalıdır. Böylelikle suçun maddi unsurunun yokluğu sebebiyle suçun oluşmadığından bahsedilmelidir. Bununla beraber sınırlı ehliyetsizler (*ayırt etme gücü olup küçük yahut kısıtlı olanlar*) TMK m. 16 uyarınca ancak yasal temsilcilerinin onayıyla borç altına girebilir. Sınırlı ehliyetsizler yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Yasal temsilcilerinin söz konusu iş görme borcunu ihtiva eden sözleşmeye ilişkin onay vermesi hâlinde sınırlı ehliyetsizler de bu suçun faili olabilir. Bu takdirde yaş küçüklüğü yahut kısıtlı olma hâli kusurluluk başlığı altında suçun bu kişilere bireysel isnadiyeti bakımından önem arz eder. Tam ehliyetsizler ise (*ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler*) TMK m. 15 gereği bir irade beyanının varlığını gerektiren hallerde fiilleri hukuki sonuç doğurmayacağı için bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Yine bu durumda da ayırt etme gücüne sahip olunmaması kusurluluğa ilişkin değil, tipikliğe ilişkin bir meseledir.

³⁶ RG, T 08.12.2001, S 24607.

³⁷ Şahbaz (23) 2709.

Son olarak taahhüdün çoğu kez tüzel kişilik tarafından verilmesi suretiyle bu suçun gündeme gelecek olması, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bakımından bir değerlendirme yapılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Tüzel kişinin suçun faili olup olamayacağı ihtilaflı bir mesele olmakla birlikte doktrindeki hâkim görüş uyarınca tüzel kişiler Türk ceza hukuku sisteminde fail olarak sorumlu olamazlar³⁸. Biz de bu görüşe iştirak ettiğimizden kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu bakımından taahhüt altına giren tüzel kişilik olması hâlinde fail, tüzel kişilik adına hareket eden ve tüzel kişiliğin kanuni temsilcisi olan gerçek kişilerdir³⁹.

2. 1. 2. Mağdur

Suçla korunan hukuki değer sahibi, suçun mağdur unsurunu oluşturur. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu ile korunan hukuki değer toplumu oluşturan bireylerin kamu kurum ve kuruluşlarının işleyişine olan güveni ve kamu hizmetinin devamlılığına ilişkin beklentisi olduğundan **toplumu oluşturan bireylerin tamamı** bu suçun mağdurdur⁴⁰. Dolayısıyla taahhüt yerine getirilmediği için somut olayda söz konusu eşyalardan istifade edemeyen kimseler bu suçun mağduru değil, ancak suçtan zarar gören sıfatına sahip olabilirler.

2. 1. 3. Maddi Konu

Bu suçun konusunu **taahhüt edilen işler** oluşturur. Bununla birlikte her türlü iş de madde kapsamında suçun konusunu teşkil etmez. TCK m. 238 uyarınca bu taahhüdün kapsamının “*kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinler*” ile ilgili işlerden olması gerekir. Bu bağlamda taahhüdün yerine getirilmemesi sebebiyle söz konusu eşyaların önemli ölçüde azalması yahut tamamen ortadan kalkması neticesi arandığı ve maddi konu zarara uğradığı⁴¹ için bu suç bir **zarar suçudur**⁴².

³⁸ Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Elibol (4) kn 66-67; Eroğlu (22) 117.

³⁹ Özbek (9) 68.

⁴⁰ Bu suçun mağdurunun toplum/kamu olduğu görüşü için bkz. Yenerer Çakmut (6) 45; Akbulut (3) 15; Meran (35) 206; Şahbaz (35) 2709; Parlar/Hatipoğlu (23) 3724; Yaşar vd. (22) 7191; Gerçek (35) 2130; Özbek (22) 884; Biz korunan hukuki değer bireylere ait olması gerektiği prensibini benimsediğimiz için suçun mağdurunu doğrudan toplum olarak değil, bireyi öne çıkaran bir şekilde toplumu oluşturan bireylerin her biri şeklinde ifade etmeyi isabetli görmekteyiz.

⁴¹ Baumann vd. (31) § 6 Rn 49.

⁴² Zira neticeli suçlar doğaları gereği zarar suçudur. Bkz. Volker Krey and Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, (5. neu bearbeitete Auflage, Kohlhammer, 2012) § 8 Rn 221. Bu suçun zarar suçu olduğu görüşünü savunan yazarlar için bkz. Yaşar vd. (22) 7193; Şahbaz (35) 2707; Gerçek (35) 2131; Özbek (22) 885.

TCK m. 238’de eşyadan bahsedildiği için eşyanın hukuki anlamı üzerinde durulmalı ve maddi konunun kapsamı tespit edilmelidir. Türk eşya hukukunda eşya, kişi ve hayvanlar hariç ekonomik değer taşıyan ve üzerinde bireysel hâkimiyet tesis edilebilen maddi varlıklardır⁴³. Bu itibarla eşya kavramı, tanımında ifade edilen koşulları ihtiva etmek kaydıyla hem taşınır hem de taşınmaz bir mal olabilir⁴⁴. Türk ceza hukuku doktrininde bu suç tipi üzerinde çalışma yapan yazarlar, eşya teriminden anlaşılması gerekenin yalnızca taşınır mallar olduğunu ifade etmektedirler⁴⁵. **Kanaatimizce terimsel birliği sağlamak ve belirlilik ilkesini ihlal etmemek için eşya kavramına eşya hukukunda yüklenen anlam esas alınmalıdır**⁴⁶. Zira terimsel birliğin varlığı, bir kavrama eşya hukukunda ve ceza hukukunda yüklenen anlamı yeknesak kılmayı sağlamakta olup aynı zamanda belirlilik ilkesinin gereğidir.

Besin ise gıda ile eş anlamlı olup yenilebilecek ve içilebilecek şeyleri karşılamaktadır⁴⁷. Buna göre içilebilecek şeyin kapsamına sadece sıvı maddeler değil, aynı zamanda sıvı maddeler vasıtasıyla içilebilecek şeyler de girer. Söz gelimi haplar gerek sıvı madde ile birlikte tüketilsin gerek doğrudan bünyeye alınsın, her iki ihtimalde de besin kavramının kapsamındadır. Ancak şu hususa da işaret etmek gerekir ki besinler de esas itibarıyla eşya kavramının içerisine dâhildir. Bu durumda maddede sadece şey/eşya denilmesi de suçun kapsamında bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Ayrıca besin, hukuki bir terim de değildir. Maddede ayrıca “besin” ifadesine yer verilmesi gerekli değildir.

Bunun yanında kanun gereği taşınır eşya hükümlerine tabi olan şeyler “*nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir*” (TMK m. 762). Söz konusu hüküm uyarınca doğal güçlerin de bu madde uyarınca eşya tanımına dâhil olup olmağı tespit edilmelidir. Türk Medeni Kanunu uyarınca doğal güçlerin taşınır mülkiyetinin konusunu teşkil edebileceğinin

⁴³ M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Bası Filiz Kitabevi, 2020) kn 25.

⁴⁴ A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, (7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019) 15.

⁴⁵ Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu Güvenine Karşı Suçlar (TCK 316-368)*, (“Globus” Dünya Basınevi, 1996) 660; Akbulut (3) 20; Yenerer Çakmut (6) 45; Meran (35) 207; Yaşar vd. (22) 7192.

⁴⁶ *Akbulut* da terimsel birliğin sağlanması gerektiğini ifade etse de TCK m. 238’in düzenlemesinin taşınmaz malları kapsar şekilde formüle edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla ona göre bu suçun konusunu ancak taşınır mallar oluşturabilir. Bkz. Akbulut (3) 19-20; Kanaatimizce TCK m. 238’in taşınmazları mal kapsamından çıkardığı görüşü isabetli değildir. Ne kanuni düzenlemede ne de yorum aracı olarak kullanılan madde gerekçesinde bu anlama gelebilecek herhangi bir ifade mevcuttur. Dolayısıyla biz, failin söz gelimi eser olarak yapmayı taahhüt ettiği bir taşınmaz malı yapmadığı takdirde bu suçun konu unsurunun oluşacağı kanaatindeyiz.

⁴⁷ Erman ve Özek (45) 660.

hükme bağlanması, onlara eşya niteliği kazandırmış değildir⁴⁸. Sadece taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlerin burada da uygulanacağını kabul edilmiştir⁴⁹. Şu hâlde doğal güçlerin TCK m. 238’de yer alan eşya kavramına dâhil olmadığı ifade edilmelidir.

Eşyanın, TCK m. 238’de üç farklı husus esas alınarak bunlardan en azından biri bakımından zorunlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Zorunluluk ile kastedilen, söz konusu taahhüt yerine getirilmediği takdirde kamu kurum veya kuruluşlarının faaliyet gösterememesi, kamu hizmetinin görülememesi veya genel bir felaketin önlenememesidir⁵⁰.

İlk olarak eşya kamu kurum ve kuruluşları için **zorunlu** olabilir. Kamu kurumlarının karmaşık bir yapıya sahip olması ve pozitif hukuk düzenlemeleri ile tasnif edilmemiş yahut bu yönde bir esas benimsenmemiş olması nedeniyle bunların kapsamını belirlemek oldukça zordur⁵¹. Kamu kurumları, belli bir malvarlığının belli bir amaca tahsis edilmesiyle oluşturulan kamu tüzel kişilikleridir⁵². Kamu kurumu kavramı, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları yerine kullanılır⁵³. Örneğin TRT, TÜBİTAK, İETT, EGO, BUSKİ, SGK, üniversiteler kamu kurumlarına örnektir⁵⁴. Kamu kurum ve kuruluşları kamu tüzel kişiliğini haizdir. Dolayısıyla hukuken bunların bünyesinde çalışan kişilerden bağımsız kişilikleri vardır. Ancak insanın tabiatı gereği sahip olduğu özellikler, tüzel kişiliklerde mevcut değildir. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları için zorunlu bir eşyadan bahsetmenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu bakımdan kamu kurum ve kuruluşunun bünyesinde çalışıp bunun işleyişi gereği zorunlu olan eşyadan bahsetmek gerekir. Bir eşyanın bu

⁴⁸ Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2012) 23.

⁴⁹ Bununla beraber doğal güçlerin taşınır mülkiyetinin konusunu teşkil etmesi doktrinde eleştirilmekte, doğal güçlerin üzerinde mülkiyet ve zilyetlik olamayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre doğal güçleri üreten ve nakleden eşya üzerindeki hakkın korunması ile bu güçlerinden yararlanma da korunmuş olduğundan doğal güçlerin yapay bir şekilde mülkiyet hakkı konusu yapılmasına gerek yoktur. Doğal güçlerin daima değişim içinde olduğundan bunlar için istihkak davası açmak mümkün değildir. Bu sebeple taşınır mülkiyetine tabi kılınmalarında bir fayda da bulunmaz. Bkz. Haluk Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri, C.1-1*, (4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984) 100.

⁵⁰ Erman ve Özek (45) 660.

⁵¹ Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası, 1982) 194.

⁵² Kemal Gözler, *İdare Hukuku: Cilt I*, (Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019) 240.

⁵³ Gözler (52) 626; Bahtiyar Akyılmaz ve Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Yenilenmiş 12. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020) 305; Kamu kurumları ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının eş anlamlı olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu görüşü için bkz. Ural Aküzüm, *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 24.

⁵⁴ Gözler (23) 631; İETT, EGO ve BUSKİ’nin özel hukuk tüzel kişilikleri oldukları yönündeki görüş için bkz. Nida Malbeği, “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, (2019) 18 (1), *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 31, 37.

kapsamda zorunlu olarak addedilebilmesi için somut olayın özelliğine göre objektif bir yorum yapılmalıdır. Söz gelimi, çayın yokluğu kamu kurum ve kuruluşunun işleyişi için zorunlu bir eşya olarak kabul edilemez.

İkinci olarak eşyanın kamu hizmeti için zorunlu olması söz konusu olabilir. Kamu hizmeti, idare hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak teşekkül etmesinde temel unsur olma hüviyetine sahip olmakla birlikte hizmetlerin sürekli değişmesi, kamu hizmetinin tanımının yapılmasını zorlaştırmakta ve kavramı belirsiz kılmaktadır⁵⁵. Buna rağmen kamu hizmeti, kamu yararı amacı güdülerek toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için yasama organı veya idare⁵⁶ tarafından ihdas edilen ve idare veya onun gözetim ve denetimi altındaki özel kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyet olarak tanımlanabilir⁵⁷. Bu bağlamda kamu hizmeti için zorunlu eşya ile kastedilen, temin edilemediği takdirde kamu hizmetinin aksamasına neden olabilecek mertebedeki eşyadır⁵⁸. Söz gelimi, savunma kamu hizmeti bakımından sınır ötesi operasyonlar yapmakla görevli askerî birliğe yemek sağlamak taahhüdü altında olan kişinin bunu yerine getirmemesi hâlinde kamu hizmeti için zorunlu eşyadan söz edilebilir. Buna karşılık aynı taahhüdün, şehir merkezinde yer alan polis merkezlerine karşı yerine getirilmemesi hâlinde söz konusu besin maddelerinin bu kapsamda olduğundan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira bu takdirde besin ihtiyacını karşılamak üzere muhtelif alternatifler mevcuttur ve bu mevcudiyetin varlığı kamu hizmetinin yerine getirilememesine sebep olmayacağından zorunluluktan bahsedilemez.

Üçüncü ve son olarak genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşyalar bu suçun maddi konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda genel felaket meydana gelmeden önce ve bunun önlenmesi için zorunlu olan eşyalar ile birlikte genel felaket meydana geldikten sonra zorunlu olan eşyalar da bu kapsamda mütalaa edilir⁵⁹. Genel bir felaket ile neyin kastedildiği açık değildir. Maddedeki “genel” ifadesinin varlığı, söz konusu felaketin toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğu bakımından mevcut bir felaketin varlığına işaret eder. Bu kapsamda ilk olarak deprem ve sel gibi doğal afetler akla gelir. Ne var ki felaket kavramı yalnızca doğal afetlerden ibaret değildir. Bunların dışında toplumun geneli bakımından büyük zararlara sebep olan olaylar da bu kapsamda felaket olarak nitelendirilebilir. Böyle bir genel felakete Kovid-19 salgını güncel bir örnek teşkil eder. Söz gelimi bir işletmenin, kamu kurumunun kumaşı temin edip

⁵⁵ Akyılmaz vd. (53) 547.

⁵⁶ 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrasında kendisine kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi tanınan Cumhurbaşkanının aynı zamanda kamu hizmeti ihdas edebileceği görüşü için bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, (Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2019) 374.

⁵⁷ Akyılmaz vd. (53) 548-549.

⁵⁸ Özgenç (13) 264.

⁵⁹ Erman ve Özek (45) 660.

kendisine vermesi şartıyla bu kumaştan maske yapmayı taahhüt etmesi hâlinde bu taahhüde aykırı davranması genel bir felaket için zorunlu bir eşya olan maskenin piyasada önemli ölçüde azalmasına neden olabilir. Ancak burada taahhüdün kapsamının da nazara alınması gerekir.

Bu başlık altında önemle vurgulanması gereken husus, satış sözleşmesi gibi iş görme borcu ihtiva etmeyen sözleşmelerin konusunun bu suçun maddi konusunu oluşturamayacağıdır. Bilindiği üzere borçlar hukuku anlamında sözleşmeler çeşitli kıstaslar esas alınarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan biri de sözleşmelerin “para dışı karakteristik ediminin işlevi” esas alınarak yapılandırılır. Buna göre: (1) temelli (kalıcı) tam hak devrine yönelik sözleşmeler; (2) geçici kullandırma ve yararlandırma sözleşmeleri; (3) iş görme borcu içeren sözleşmeler; (4) teminat sözleşmeleri; (5) destek teminine yönelik irat ve bakım sözleşmeleri; (6) rizikolu sözleşmeler; (7) birleşme (örgütlenme) sözleşmeleri olarak sözleşmeler tasnif edilebilir⁶⁰. Bu kapsamda satış sözleşmesi, kesin bir hak devri taahhüdü içerir (satılan şeyin mülkiyetini nakil borcu)⁶¹. Ancak iş görme sözleşmeleri ise bir işin görülmesi veya bir sonucun meydana getirilmesinin üstlenildiği sözleşme ilişkileridir⁶².

TCK m. 238’de taahhüdün niteliğine ilişkin yapılan belirleme “*taahhüt edilen işin*” meydana getirilmemesi şeklindedir. Bu itibarla bu çalışmada savunulan hukuk disiplinleri arasındaki terimsel birliğin sağlanması ve bu terimlerin birbirine uygun olarak yorumlanması gerektiği görüşünün sonucu olarak **TCK m. 238’deki “taahhüt” ve “iş” terimlerinin özel hukuktaki manasıyla değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz**⁶³. Bu itibarla satış sözleşmesi kapsamında hastaneye oksijen tüpü verme veya bir kamu kurumuna yakıt sağlanması borcu altına girilmesi, bir işin yapılmasının taahhüt edilmesi olarak yorumlanamaz⁶⁴. Kanaatimizce böyle bir yorum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli bir gereği olan belirlilik ilkesinin tesis edilebilmesi için de zaruridir. Aksi takdirde hukuk disiplinlerinin aynı terime yükledikleri farklı anlamların belirlilik ilkesini ihlal edeceği ifade edilebilir.

⁶⁰ Bkz. Rona Serozan ve Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (4. Bası, 2019) 34.

⁶¹ Serozan ve Baysal ve Sanlı (60) 20.

⁶² Serozan ve Baysal ve Sanlı (60) 23 vd.

⁶³ Nitekim *Erman/Özek* de fail unsuru kapsamında yaptığı incelemede istisna (eser) sözleşmesine atıfta bulunmaktadır. Bkz. Erman ve Özek (45) 659; Önemle belirtmek gerekir ki iş görme borcu ihtiva eden sözleşmeler eser sözleşmesini içermekteyse de salt bununla sınırlı değildir. Dolayısıyla bu suç tipinin de sadece eser sözleşmesi ile sınırlandırılması mümkün değildir. Bu kapsamda vekalet, simsarlık, komisyon, acentelik, kredi vekaleti, kredi mektubu, saklama, iş (hizmet), taşıma ve yayım sözleşmelerinin de birer iş görme borcu ihtiva eden sözleşme neveleri olduğuna dikkat çekilmelidir. Bkz. Serozan ve Baysal ve Sanlı (60) 35.

⁶⁴ İlgili örnekler için bkz. Erman ve Özek (45) 660. Bu örneklerin ilgili suç tipinin konusunu oluşturacağı görüşünün tasdik edildiği çalışma için bkz. Yaşar vd. (35) 7192.

2. 1. 4. Fiil

Bu suçun fiil unsurunu **taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi** oluşturur. Ancak taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi başlı başına yeterli olmayıp hükümde ayrıca bu hareketin sonucunda ilgili eşyanın önemli ölçüde azalması yahut ortadan kalkması arandığı için bu suç **neticeli bir suçtur**⁶⁵. Bununla birlikte taahhüt edilen işin yerine getirilmemesinden bahsedildiği için bu suç **ihmali hareketle** işlenebilen bir suçtur.

Bir işin yapılacağını taahhüt etmek sözleşme marifetiyle olabilir. Ancak özel kişiler arasındaki ilişkiden farklı olarak idare, sözleşme ilişkisi kurmadan evvel ihale ve benzeri objektif usulleri takip ile mükelleftir. Türk borçlar hukukuna hâkim sözleşme özgürlüğü ilkesi, “*kamu kurumu*” niteliği taşıyan kamu tüzel kişileri ile devlet tüzel kişiliğine dâhil kişi ve kuruluşlar bakımından bazı farklılıklar gösterir. Kamu hukuku tüzel kişilerinin özel durumundan kaynaklanan bu farklılıklar, kamu kuruluşlarının kamu kaynaklarını kullanmaları sebebiyle hukuk sistemlerinde yer bulurlar. Unutulmamalıdır ki bütün hukuk devletlerinde kamu kaynaklarının kullanılması, kamu kaynaklarının amaca uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacı ile özel düzenlemelere tâbi kılınmıştır. Nitekim ülkemiz açısından da durum bu şekildedir. Neticede kurulacak olan sözleşme *özel hukuk sözleşmesi* niteliği taşıyacak olsa da kamu kurumları, özel hukuk kişileri gibi dilediği sözleşmeyi, dilediği kişi veya kurumla imzalama; kurduğu sözleşmeyi muhatabın onayını almak suretiyle dilediği gibi değiştirme hak ve yetkisine sahip kabul edilmemiştir. Hatta, münhasıran kamu kurumlarının (idarenin) taraf olacağı sözleşmelerin kurulmasına ilişkin özel kanunlar sevk edilmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bu amaçla çıkartılmış olan temel ihale kanunlarıdır. Her iki Kanun da kamu kurumlarının taraf olacağı sözleşmelerin kurulması ile ilgili olarak özel ve özellikli bir ihale süreci işletilmesi zorunluluğunu ihtiva eder. Gerek sözleşmenin kurulması gerekse kurulan sözleşmede değişiklik yapılması bakımından ilgili kamu kurumu için sözleşme özgürlüğü ilkesinin bütün yönleri ile uygulanması mümkün değildir. Bu özellikli durum, hem sözleşmenin diğer tarafının belirlenmesi için uyulması gereken kurallar⁶⁶ (ihale zorunluluğu) hem de kurulmuş olan sözleşmenin değiştirilmesi açısından geçerli kabul edilmektedir⁶⁷. İhale sonucunda gerekli şartları sağlayan kişi,

⁶⁵ Bu suçun netice unsuru ihtiva etmediği için sırf hareket suçu olduğu görüşü için bkz. Akbulut (3) 16.

⁶⁶ Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarılama”*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 81.

⁶⁷ Malbeği (66) 71 vd.

idare ile sözleşme yapar⁶⁸. Bundan dolayı ihale, sözleşmeden önceki usule ilişkin olup sözleşmenin aksine taraflar arasında taahhüde dayalı bir hukuki ilişki kurmaz. Bu nedenle **biz, bir işin yapılmasının ihale yordamıyla da taahhüt edilebileceği fikrine iştirak etmiyoruz**⁶⁹. İlâveten, TCK m. 238 kapsamında akdedilen sözleşmelerin tarafı mutlak surette idare olmak zorunda olmadığından bu bakımdan da taahhüt ilişkisinin idare dışındaki kişilerle doğrudan sözleşme ilişkisine dayanacağı açıktır⁷⁰.

Taahhüt edilen işin kısmen yerine getirilmemesi, özel hukuktan farklı olarak⁷¹ TCK m. 238 bağlamındaki cezai sorumluluk bakımından herhangi bir farklılık meydana getirmez. Taahhüdün kısmen yerine getirilmemesi de bu anlamda tipiktir⁷². Burada önemli olan, taahhüdün kısmen yerine getirilmemesinin de zorunlu eşyaların önemli ölçüde azalmasına yahut tamamen ortadan kalkmasına neden olabilecek ağırlıkta olmasıdır. Aksi takdirde hareketin elverişsizliği sebebiyle suçun meydana gelmeyeceğinden bahsedilir.

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu, fail unsurunda ifade edildiği üzere özgü bir suçtur. Özgü suçlarda fail, belli nitelikleri haiz olmalıdır. Bu suç tipinde taahhüt ilişkisini iş görme borcu ihtiva eden sözleşme tesis ettiğinden sözleşmeden kaynaklı olarak fail vasfına sahip olunabilir. Dolayısıyla faile sözleşmeden kaynaklanan ve belli bir yönde davranma, bir diğer deyişle taahhüt edilen işi yerine getirme hareket yükümlülüğü yüklenmektedir⁷³. İhale, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye ve bu itibarla failin taahhüdüne dayanak teşkil etmediği için hareket yükümlülüğü kanundan kaynaklanmaz. Bununla birlikte eşyaların önemli ölçüde azalması yahut tamamen ortadan kalkması neticelerini önleme de bu hareket yükümlülüğünün sonucudur. Bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce bu suç tipi **görünüşte ihmali suçtur**⁷⁴. Her ne kadar görüşümüz bu yönde olsa da bu suç tipinde güncel

⁶⁸ Nitekim Kamu İhale Kanunu m. 46 ile “Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır.” esası benimsenmiştir.

⁶⁹ Yenerer Çakmut (6) 45; Yaşar vd. (22) 7192.

⁷⁰ Akbulut (3) 15.

⁷¹ Özel hukukta kısmi ifa bazı hâllerde mümkün olup edimin hiç ifa edilmemesi ile kısmi olarak ifa edilmesi arasında hukuken farklı sonuçlar doğar. Detaylı bilgi için bkz. Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, 2020) 316 vd.

⁷² Yenerer Çakmut (6) 45; Meran (35) 208.

⁷³ Buradaki yükümlülük faile münferiden yüklenmektedir, yoksa duruma yönelik genel bir yükümlülükten söz edilemez. Bu nedenle bu suç tipi gerçek ihmali suç değil, görünüşte ihmali suçtur. Yükümlülüğün genel veya münferit olmasına göre ihmali suçların değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, (On İki Levha Yayıncılık, 2019) 112.

⁷⁴ Bu suçun gerçek ihmali suç olduğu görüşü için bkz. Akbulut (3) 16; Yazarın bu suç tipinin özgü suç olduğunu ifade ettikten sonra bu suçu gerçek ihmali suç olarak nitelendirmesinin çelişkili olduğu görüşündeyiz. Zira gerçek ihmali suçlarda faillik vasfının herhangi bir özellik göstermemesi nedeniyle özgü suçlarda olduğu gibi belli vasıflara sahip failer için

ceza hukuku doktrinine aykırı bir husus vardır. O da görünüşte ihmali suçların icrai fiille işlenen hâllerinin de Türk Ceza Kanunu'nda mevcut olmasıdır⁷⁵. Bir diğer ifadeyle görünüşte ihmali suçlar, hâlihazırda Kanun'da icrai hareketle işlenebileceği hüküm altına alınmış suçların suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği ihmali hareketle işlenen şekillerinin de cezalandırılabilmesi için ihdas edilmiş suçlardır. Bu sebeple kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu her ne kadar görünüşte ihmali suç olsa da bu hareketin icrai hâli Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmediği için Türk ceza hukuku doktrinindeki güncel kabul ile uyumlu değildir.

2. 1. 5. Netice

Bu suçun varlığı için taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi yeterli olmayıp bundan dolayı **söz konusu eşyaların önemli ölçüde azalmış yahut tamamen ortadan kalkmış olması** gerekir⁷⁶. Zira TCK m. 238'de "*Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek ... neden olan...*" kimseden bahsedilmekte ve hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisine vurgu yapılmaktadır⁷⁷. Ayrıca bu suç tipinin özgü suç olup suçun failinin taahhüt altına girmiş kimse olabileceği ve yalnızca bu kişiler için bir hareket yükümlülüğü öngörüldüğünün de dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla madde metninde yer alan bu ifadenin objektif cezalandırılabilme şartı değil, netice olarak yorumlanması da hukuki açıdan bir zorunluluktur⁷⁸. Zira görünüşte ihmali suçlarda belli şahıslara özgü bir hareket ve neticeyi önleme yükümlülüğü söz konusudur⁷⁹.

Söz konusu eşyaların tüm ülke çapında önemli ölçüde azalmış veya tamamen ortadan kalkmış olması gerekmez. Bu netice, belli bir bölge ile sınırlı

söz konusu olan hareket yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla özgü suç tespiti, beraberinde zaruri olarak bu suç tipinin görünüşte ihmali suç olduğu tespitini de getirmektedir.

⁷⁵ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, (7. Baskı, Beta, 2019) 266; Örneğin TCK m. 81'de düzenlenen kasten öldürme suçu icrai hareketli bir suç iken TCK m. 83'te kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenmiş hâli tanzim edilmiştir. Aynı durum TCK m. 86 ve 88'de düzenlenen kasten yaralama suçu bakımından da söz konusudur.

⁷⁶ 765 sayılı Kanun m. 361'de "*erzak ve eşyanın fıkdanına*" sebep olmak ifadesine yer verilmiştir. Fıkdan, kelime anlamı itibarıyla yokluk demek olduğundan 765 sayılı Kanun'da netice olarak sadece erzak veya eşyanın yokluğuna yol açılması düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu kavramın geniş yorumlanarak *darlık* durumlarını da kapsamına alması gerektiği, aksi takdirde maddenin tatbikatının imkânsız hâle geleceği savunulmuştur. Bkz. Erman ve Özek (45) 661.

⁷⁷ Kanun'daki bu ifadeleri nedensellik bağına vurgu yaparak netice olarak kabul eden görüşler için bkz. Yenerer Çakmut (6) 46; Şahbaz (35) 2707; Parlar ve Hatipoğlu (23) 3724; Yaşar vd. (22) 7193; Gerçekler (35) 2131; Özbek (22) 884.

⁷⁸ Bu ifadelerin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu görüşü için bkz. Akbulut (3) 16; Yarsuvat (5) 66.

⁷⁹ Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, (7. Auflage, De Gruyter Recht, 2004) § 4 Rn 7; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat*, (6. überarbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2011) § 13 Rn 12.

olarak da gerçekleşebilir⁸⁰. Önemli olan, failin fiilinin sonucunda eşyaların önemli ölçüde azalması yahut ortadan kalkmasıdır.

2. 1. 6. Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet

Failin fiilinin sonucunda neticenin ortaya çıkması nedensellik bağının, ortaya çıkan neticenin failin eseri olarak kabul edilmesi ise objektif isnadiyetin varlığına işaret eder⁸¹. Buna göre nedensellik bağı ve objektif isnadiyet neticeli suçlar bakımından tetkike muhtaçtır. İncelenen suç tipi neticeli bir suç olduğu için failin fiili ile netice arasında böyle bir bağın varlığı, suçun oluşumu için gereklidir. Bu bağlamda ihmali suçların normatif karaktere sahip olması göz önünde bulundurulduğunda doğal olan nedensellik bağının bu suçlarda aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bu noktada hâkim görüşe göre failin pasif kalmayıp icrai bir davranış sergilemesi hâlinde neticenin meydana gelip gelmeyeceği hususunda bir inceleme yapılır⁸². Bu takdirde failin taahhüdü yerine getirmemesi nedeniyle zorunlu eşyaların önemli ölçüde azalması yahut tamamen ortadan kalkması neticesinin meydana gelmesi ile nedensellik bağı ve objektif isnadiyet tesis edilir. Şayet somut olayda objektif isnadiyeti kesen hâllerden birinin mevcutsa netice failin eseri olarak mütalaa edilemeyeceğinden suç oluşmaz.

İncelenen suç tipi bakımından üçüncü kişinin tehlikeli davranışının objektif isnadiyeti ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışması gündeme gelebilir. Failin hareketleriyle nedensel bir süreç başlattığı ve bu sürece üçüncü kişinin tehlikeli davranışının dâhil olmasıyla neticenin meydana gelmesi hâlinde söz konusu netice, faile objektif olarak isnat edilemez⁸³.

İncelenen suç tipinde fail, bir işi görmeyi taahhüt ettiği fakat bu borcunu üçüncü kişi marifetiyle yerine getirmek hususunda üçüncü kişi ile anlaştığı olasılıkta üçüncü kişi bu borcu yerine getirmese üçüncü kişinin tehlikeli davranışı nedeniyle objektif isnadiyetin ortadan kalktığından bahsedilemeyeceği fikrindeyiz. Zira her şeyden evvel böyle bir anlaşma özel hukuk hükümlerince iç ilişki bakımından bağlayıcı olup sözleşmenin diğer tarafı olan ve lehine belli bir iş görüleceği taahhüt edilen süjeyi hukuken bağlamaz. İş görme borcu belli şartlar dâhilinde belli bir kişiye verilmiş olup bu borcu ifa eden şahsın önem arz etmediği iddia edilebilecekse de her halükârda ifa etmemeden taahhüt altına giren kişi sorumludur (*TBK m. 116*). Bu sebeplerle biz, somut olayda meydana gelme ihtimali olan bu olasılıkta objektif isnadiyetin ortadan kalkmayacağı kanaatindeyiz.

⁸⁰ Yaşar vd. (22) 7193.

⁸¹ Veli Özer Özbek, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, (2007) 2 (5), CHD, 47, 68.

⁸² Koca ve Üzülmöz (30) 402.

⁸³ Artuk vd. (30) 356.

2. 2. Suçun Manevi Unsuru

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun manevi unsuru *kasıttır*⁸⁴. Failin taahhüt ettiği işi yerine getirmemesi ve bunun sonucunda söz konusu eşyaların önemli ölçüde azalması yahut ortadan kalkması neticelerinin meydana geleceğini en azından kabullenmesi gerekir⁸⁵. Bununla birlikte failin, eşyanın maddede geçen hususlar itibarıyla zorunlu olduğunu da bilmesi gerekir⁸⁶. Bu itibarla bu suç **hem doğrudan hem de olası kasıtlı işlenebilir**. Olası kasıtlı işlendiği takdirde TCK m. 21/2 uyarınca cezada indirim yapılır. Buna karşılık bu suçun taksirle işlenebileceği Kanun'da açıkça düzenlenmediğinden (TCK m. 22/1) failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmek suretiyle neticeyi meydana getirdiği olasılıkta manevi unsur yokluğundan suç teşekkül etmez⁸⁷. Aynı şekilde TCK m. 238'de bu suçun teşekkülü için amaç veya saik unsuruna yer verilmediğinden failin sorumlu tutulabilmesi için herhangi bir amaç veya saik ile hareket etmesi aranmaz.

Doktrinde bir görüş, taahhüdün mücbir sebepten dolayı yerine getirilememesi hâlinde failin kastı bulunmadığı için suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle oluşmayacağını ileri sürmektedir⁸⁸. Mücbir sebebin varlığının failin sorumluluğuna nasıl etki edeceği esasen madde gerekçesinde yer almaktadır⁸⁹.

⁸⁴ Türk ceza hukukunda kullanılan “*kasıt*” kavramını karşılayacak şekilde “*kast*” kelimesinin kullanılmasının eleştirisi için bkz. Elibol (4), dn 481.

⁸⁵ TCK m. 238'deki “*neden olma*” ifadesinin fiil bakımından kasten hareket etmenin yeterli olduğu, neticeler bakımından kastın aranmadığı anlamına gelecek şekilde kullanıldığı yönünde bir görüş ortaya atılmıştır. Bkz. İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241): Üçüncü Cilt*, (Sözkesen Matbaacılık, 2013) 3806; Biz, “*neden olma*” ifadesinin böyle bir anlam karmaşasına yol açtığı kanaatinde değiliz. Bir suçta kastın kapsamına sadece fiil unsurunun girip neticenin kastın kapsamı dışında bırakılması yahut söz konusu ifadelerin bu şekilde yorumlanması kabil değildir. Fikrimizce yazar, objektif cezalandırılabilme şartı ile netice unsurunu birbirine karıştırmıştır. Zira kastın kapsamı dışında olan, objektif cezalandırılabilme şartlarıdır. Söz konusu suç tipi neticeli bir suç olduğundan söz konusu eşya veya besinlerin önemli ölçüde azalması veya ortadan kalkması neticeleri de kastın kapsamındadır.

⁸⁶ Özgenç (13) 265.

⁸⁷ 765 sayılı Kanun m. 361/2'de suçun failin “*ihmal ve teseyyübünden*” dolayı meydana gelmesi düzenlenmiştir. Burada her ne kadar ihmal kavramı kullanılmışsa da bu kavram aslında taksire tekabül eder. Bkz. Erman ve Özek (45) 662; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi: Cilt III (Madde 282-447)*, (Genişletilmiş Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No. 64, 1967) 434; Dolayısıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak bu suçun taksirli hâli 765 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

⁸⁸ Yenerer Çakmut (6) 47; Parlar ve Hatipoğlu (23) 3724; Şahbaz (35) 2709; Yaşar vd. (22) 7194; Gerçekler (35) 2131; Eroğlu (22) 118.

⁸⁹ Mücbir sebebin bu suç tipi bakımından nasıl bir etki doğuracağı 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda 430. maddede açıkça yer almaktayken Türk Ceza Kanunu'nda gerekçede yer almaktadır. Bkz. Yarsuvat (5) 67.

Gerekçede mücbir sebebin söz konusu olması hâlinde failin kusurunun ortadan kalkacağından ve bundan dolayı failin cezalandırılmayacağından bahsedilmektedir. Burada “kusurluluk” ve “cezalandırma” hususlarına yer verildiğinden kanaatimizce bu değerlendirme kusurluluk bahsinde yapılmalıdır. Doktrinin bu incelemeyi manevi unsur başlığında yapmasının nedeninin, klasik suç teorisinde kasıt ve taksirin kusurluluğun kapsamında kabul edilip incelenmesi olduğu fikrindeyiz. Doktrinde ekseriya benimsenen suç teorisi ise kasıt ve taksiri manevi unsur kapsamında değerlendirmekte, kusurluluğu failin algılama ve irade yeteneğinin sorgulandığı bir başlık olarak suç oluşuktan sonra yapılan bir inceleme olarak kabul etmektedir⁹⁰. Biz de güncel doktrin uyarınca mücbir sebebe ilişkin değerlendirmeyi kusurluluk başlığı altında yapacağız.

3. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suçun kanuni unsurlarından olan maddi ve manevi unsurları ihtiva eden bir hareketin suç teşkil edip ceza hukuku yaptırımına tabi tutulabilmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekir⁹¹. İncelenen suç tipi bakımından failin fiilini hukuka uygun hâle getirebilecek herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi teorik olarak mümkün olsa da pratik bakımdan gerçekleşmesi oldukça güçtür. Bununla birlikte bu suç tipiyle tek bir bireyin hakkı korunmadığı ve bu sebeple kişinin üzerinde tasarruf edebileceği mutlak bir haktan bahsedilemeyeceği için rızanın teorik olarak da gündeme gelmesi olasılık dışıdır⁹². Bunun haricinde doktrinde bu suçla bireyüstü değerlerin korunması nedeniyle meşru savunmanın da söz konusu olamayacağı görüşü ileri sürülmüştür⁹³. Biz bu görüşe iştirak etmiyoruz. Korunan hukuki değer başlığı altında ifade ettiğimiz üzere biz, hukuki değerlerin bireylere ait olduğu görüşüne katıldığımız için bu suçla korunan hukuki değer de bireysel perspektiften yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz⁹⁴. Bunun sonucunda taahhüt altına giren kişi, sözleşmenin diğer tarafını teşkil eden kişinin sözleşmenin gereklerini yerine getirmedeği ihtimalde kendi malvarlığına yönelmiş bu saldırıyı, taahhüdü yerine getirmemek suretiyle bertaraf ettiği takdirde diğer koşulların da var olması şartıyla somut olayın özelliklerine göre orantılı addedilebilir. Burada meşru savunmayı imkânsız kılan husus, savunma hareketinin üçüncü kişilere yönelmemesi gerekliliğinin kamuya gerekli şeylerin

⁹⁰ Koca ve Üzülmüş (30) 144-145; Özgenç (30) 242; Özbek vd. (30) 254; Akbulut (30) 434-435; Zafer (75) 287-288.

⁹¹ Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, (4. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2017) § 15 Rn 1.

⁹² Akbulut (3) 17.

⁹³ Akbulut (3) 17; Eroğlu (22) 119.

⁹⁴ Nitekim liberalizmin dayandığı subjektivist bireyci anlayış, kolektif değerlerin ve bu değerlere dayanan tercihlerin ancak bireysel tercihlerden yola çıkılarak oluşturulabileceğini savunmaktadır. Bkz. Mustafa Erdoğan, “Klasik Liberalizmde Birey, Topluluk, Toplum”, (1997), (7), LDD, 58, 60.

yokluğuna neden olma suçunun mağdurunun toplumu oluşturan tüm bireyler olması nedeniyle karşılanamamasıdır. Bu takdirde failin savunma hareketi, saldırının tarafı olmayan üçüncü kişilere yöneldiğinden meşru savunma bu suç tipi bakımından gündeme gelemmez.

Bu bağlamda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin de söz konusu suç bakımından gündeme gelip gelemeyeceği tartışılmalıdır. Bu kapsamda akla gelebilecek ilk imkân da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde gündeme gelebilecek savunmalardan biri olan ödemezlik defidir. Ödemezlik defi, TBK m. 97’de düzenlenmiştir. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde tarafların, aralarında değişim (*karşılık*) ilişkisi bulunan ve muaccel olmuş borçlarını aynı anda ifa etmekle mükellef oldukları kabul edilir. Meğerki durumun sözleşmenin hükümlerinden yahut niteliğinden veya işin/durumun gereğinden aksi bir sonuca varılması gereksin⁹⁵. Şayet taraflar aynı anda ifa borcu altında ise birbirlerinden ifanın gerçekleştirilmesini talep edebilmeleri ancak kendi borçlarını ifa etmiş yahut borçlarının ifasını önermiş olmalarına bağlıdır. Aksi takdirde ifa talebinin muhatabı karşı taraf ödemezlik defi ileri sürerek geçici bir süre için de olsa borcunu ifa etmekten imtina edebilir⁹⁶. İncelenen suç tipi çerçevesinde taraflardan birinin idare olduğu ihtimal dikkate alındığında tarafların mutlaka bir ifa sırası kararlaştırmış olacakları ifade edilebilir. Kaldı ki iş görme ilişkilerinde sözleşmenin niteliği gereği öncelikle işin görülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁷. Bu durumda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin de kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu bakımından gündeme gelemeyeceği kanaatindeyiz.

4. KUSURLULUK

Suçun kanuni tanımında yer alan maddi ve manevi unsurların gerçekleştirilmesiyle birlikte fiilin hukuka aykırı da olmasıyla suç oluşur. Suçun meydana gelmesi, her hâlükârda failin cezalandırılmasını temin etmeyip faile bireysel isnadiyette bulunabilmek için failin kusurlu hareket etmesi de gerekir⁹⁸. Bu itibarla hukuk kurallarını algılama yeteneğine sahip olup davranışlarını iradi bir şekilde şekillendirebilen kişi, hukuka aykırı davrandığı takdirde aynı zamanda kusurlu addedilir⁹⁹.

⁹⁵ Nomer (71) 351.

⁹⁶ Nomer (71) 351.

⁹⁷ Örneğin eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu, taraflar aksini kararlaştırmamışsa eserin teslimi anında muaccel olur (TBK m. 479/1); Keza avukatlar aksine bir anlaşma yapılmamışsa işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücret talep edemez. Bkz. Nomer (71) 351; Şayet taraflar aksini kararlaştırmışlarsa da bu durumda bir ifa sırası öngörülmüş olduğundan yine ödemezlik defi ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.

⁹⁸ Johannes Wessels ve Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, (45. neu überarbeitete Auflage, C.F. Müller, 2015) § 13 Rn 607.

⁹⁹ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012) 225.

İncelenen suç tipi bakımından kusurluluğu etkileyen ve tartışılması gereken ilk husus, haksızlık hatasıdır. Haksızlık hatası TCK m. 30/4'te düzenlenmiştir. Hükme göre haksızlık hatasına düşen fail, kanun hükmünü bilmediği veya yanlış yorumladığı için hukuka aykırılık bilincinden yoksundur¹⁰⁰. Hukuka aykırılık bilincinden söz edildiği için failin, gerçekleştirdiği hareketin ceza hukuku bakımından suç teşkil ettiği bilincinde olması gerekli olmayıp herhangi bir hukuk disiplinine mensup normu ihlal ettiğine yönelik bilincin varlığı da hukuka aykırılık bilincinin varlığının kabulü için yeterlidir¹⁰¹. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu bakımından failin taahhüt ettiği işi yerine getirmediği takdirde fiilin esasen bir ceza hukuku müeyyidesine tabi olacağı bilincine kural olarak sahip olmadığı ifade edilebilir. Zira TCK m. 238, herhangi bir yargı kararına konu olmamıştır ve esasen özel hukuka ilişkin bir meseleyi düzenlemiştir. Buna karşılık failin bu davranışının en azından özel hukuk bakımından bir yaptırıma tabi olduğunun bilincinde olması beklenir. Dahası, failin kamu kurum veya kuruluşu ile sözleşme akdettiği ihtimalde ise muhatabın doğrudan idare olması nedeniyle idari yaptırıma tabi bir davranışı gerçekleştirdiğinin bilincinde olması da beklenir. Bu açıklamalar ışığında **TCK m. 238'in failine haksızlık hatasına ilişkin TCK m. 30/4 düzenlemesinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz.**

TCK m. 238 bakımından kusurluluğa ilişkin olup tartışılması gereken bir diğer mesele de mücbir sebebin varlığıdır. Mücbir sebep, bireylerin iradesinden azade olarak meydana gelen ve onların önleyemeyecekleri yahut etkisinden kurtulamayacakları hâllerdir¹⁰². TCK m. 238 bakımından failin taahhüdü yerine getirmemesi ve bu bakımdan kusurlu olması gerekir. Maddenin gerekçesinde ifade edildiği üzere taahhüt, mücbir sebepten dolayı yerine getirilemediği takdirde artık failin elinde olmayan bir sebep söz konusu olacağından failin kusurunun varlığından bahsedilemez ve bundan dolayı fail cezalandırılmaz. Meselenin kusurluluk bahsinde ele alınması, özel hukuk ile de uyumludur. Zira mücbir sebebin varlığı, sözleşmeye aykırılık sorumluluğunda nedensellik bağının kesilmesine sebep olan bir husustur. Bununla beraber, borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulmaması için kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğinden (*TBK m. 112*) mücbir sebebin varlığını ispat da borçlunun kusurlu addedilmesinin önüne geçer¹⁰³. Bu durumda mücbir sebebin varlığının ceza sorumluluğu anlamında da kusur bahsinde mütalaa edilmesi özel hukuk ile de uyum arz eder.

¹⁰⁰ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, (Filiz Kitabevi 1992) 337.

¹⁰¹ Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, (Seçkin Yayıncılık, 2016) 56.

¹⁰² Recep Gülşen, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, (Seçkin Yayıncılık, 2007) 122.

¹⁰³ Oğuzman ve Öz (34) 431.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

5. 1. Teşebbüs

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmanın kaynağı, suçun hareket itibarıyla ihmali mahiyette olmasıdır. Doktrinde bir görüşe göre bu suç tipi gerçek ihmali suç olup gerçek ihmali suçlara kural olarak teşebbüs mümkün olmamakla¹⁰⁴ birlikte TCK m. 35 ve 36 uyarınca ihmali suçlarda genel olarak teşebbüs mümkün olmadığı için kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçuna da teşebbüs mümkün değildir¹⁰⁵. Doktrindeki bir diğer görüşe göre bu suç tipi neticeli bir suç olduğu için teşebbüs mümkündür¹⁰⁶. Kanaatimizce bu suç tipi hem özgü suç olduğu hem de netice unsuru ihtiva ettiği için görünüşte ihmali suçtur. Doktrinde gerçek ihmali suçların sırf hareket suçu olması sebebiyle teşebbüse elverişli olmadıkları fakat görünüşte ihmali suçların teşebbüse elverişli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷. Biz Türk Ceza Kanunu'ndaki teşebbüs hükümlerinin kapsamının sadece icrai davranış ile sınırlandırılmayacağı ve görünüşte ihmali suçların netice unsuru ihtiva etmeleri sebebiyle teşebbüse elverişli olmaları dolayısıyla **kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu görüşüne iştirak ediyoruz**¹⁰⁸. Dolayısıyla fail kasten taahhüdünü yerine getirmezse fakat failin elinde

¹⁰⁴ Gerçek ihmali suçlarda failin suç yoluna girdiği yahut hareketin parçalara bölünebildiği ihtimalde teşebbüsün mümkün olduğu görüşü için bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019) 314-315.

¹⁰⁵ Yarsuvat (5) 66; Akbulut (3) 23; *Akbulut*, güncel olarak ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı fikrini benimsemeye devam etmektedir. Yazara göre TCK m. 35'te kanun koyucu "hareket" ifadesini benimseyerek icrai hareketi, buna karşılık Kanun'daki diğer kurumlar bakımından "fiil" ifadesini benimsemek suretiyle hem icrai hem de ihmali davranışı kastetmektedir. Bkz. Akbulut (30) 719-720; *Meran* ise bu suç tipinin görünüşte ihmali suç olduğunu kabul etmekle birlikte netice ortaya çıkmadığı takdirde ihmali hareketin yöneldiği neticeyi anlayıp değerlendirebilmek mümkün olmadığı için TCK m. 238'in teşebbüse elverişli olmadığı görüşündedir. Bkz. *Meran* (35) 209-210; İhmali suçlarda failin ihmali hareketi gerçekleştirmeye yönelik iradesi olmadığından ihmali davranışla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı görüşü için bkz. Koca ve Üzülmüş (30) 438; Özgenç (30) 525-526.

¹⁰⁶ Yenerer Çakmut (6) 48; Şahbaz (35) 2709; Yaşar vd. (22) 7194.

¹⁰⁷ Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, (İsmail Akgün Matbaası, 1954) 55; Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Seçkin Yayıncılık, 2009) 191; Önder Tozman, *Suça Teşebbüs*, (Adalet Yayınevi, 2015) 214; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Seçkin Yayıncılık, 2018) 216; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020) 510-511; Özbek vd. (30) 226; Zafer (75) 512; *Öztürk/Erdem*'e göre görünüşte ihmali suçlarda icrai hareketin yerini ihmali hareket almaktadır ve bu suçlara teşebbüs mümkündür. Bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020) kn 624.

¹⁰⁸ Detaylı bilgi için bkz. Elibol (4) kn 240.

olmayan nedenlerle zorunlu eşya önemli ölçüde azalmaz yahut tamamen ortadan kalkmazsa suçun teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmelidir¹⁰⁹.

5. 2. İştirak

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu fail bakımından özellik gösterdiğinden özgü bir suçtur. Bu nedenle bu suça iştirak de özellik gösterir¹¹⁰. TCK m. 40/2 özgü suçlarda iştiraki düzenlenmiştir. Hükme göre ancak fail olmak için gerekli özelliklere sahip kimseler özgü suça fail olarak iştirak edebilir. Bu özelliklere sahip olmayan kişiler azmettiren yahut yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun faili olabilmek için sözleşme ile bir iş görmeyi taahhüt etmek gerekir. Dolayısıyla iş görmeyi taahhüt etmeyip sözleşmenin tarafı olmayan kişiler bu suçun faili olamazlar. Şayet sözleşme ilişkisi gereği iş görmeyi birden fazla kişi taahhüt etmiş fakat taahhüdü yerine getirmemişlerse müşterek fail olarak cezai sorumluluklarına gidilir¹¹¹. Dolaylı faillik de bu suç tipinde gündeme gelebilir. Şayet taahhütte bulunan iki kişi varsa ve bunlardan biri, diğerini taahhüdü yerine getirdiğini söyleyip hataya düşürürse diğerinin iradesi üzerinde hâkimiyet tesis ettiğinden fail olarak sorumlu tutulur. Bu durumda hataya düşürülen kişi fail olarak sorumlu değildir. Ancak bu suç tipinin özgü suç olduğu göz ardı edilmemelidir. Şayet taahhüt eden kişi, bu hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir kişi tarafından aynı şekilde hataya düşürülürse burada dolaylı faillikten söz edilemez¹¹². Zira hataya düşüren kişi, fail olabilmek için gerekli vasfa sahip değildir. TCK m. 40/2 uyarınca şerik olarak sorumlu tutulur. Bunun haricinde diğer şeriklik hâlleri de bu suç bakımından gündeme gelebilir. Şayet kişi, taahhüdü yerine getirmeyip taahhüt konusunu daha kârlı bir şekilde satabileceğini söyleyip taahhüt altında bulunan kişiye suç işleme kararı aldırırsa azmettiren olarak sorumlu tutulur. Buna ek olarak hâlihazırda suç işleme kararı olan taahhüt altındaki kişiye maddi yahut manevi olarak yardım edilirse yardım eden olarak sorumluluk gündeme gelir.

5. 3. İçtima

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun başka suç tipleri ile arasındaki içtima ilişkisinin varlığı, ilk olarak Türk Ceza Kanunu'nda aynı yerde düzenlenen suçlar bakımından bir araştırma ile sorgulanabilir. Bu

¹⁰⁹ Erman ve Özek (45) 661; Özgenç (13) 264; Eroğlu (22) 118.

¹¹⁰ Bu sebeple bu suçun iştirak bakımından özellik göstermediği görüşüne iştirak etmiyoruz. İlgili görüş için bkz. Yenerer Çakmut (6) 48.

¹¹¹ Akbulut (3) 23.

¹¹² İrade üzerinde hâkimiyet kuran arkadaki kişinin faillik özelliği taşımayıp yalnızca öndeki kişinin taşıması hâlinde arkadaki kişi dolaylı fail olarak değil, şerik olarak sorumlu olur. Bkz. Urs Kindhäuser/Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (9. Auflage, Nomos, 2020) § 38 Rn 51, 53.

takdirde ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlardan olan ve 236. maddede düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçu ile arasındaki ilişki tartışılabilir. Edimin ifasına fesat karıştırma suçunda taahhüt altına giren kişi, taahhüdünü ifa ederken buna fesat karıştırmakta, bir diğer ifade ile hileli bir hareketle bulunarak edimini ifa etmektedir¹¹³. Dolayısıyla burada icrai bir hareket söz konusudur. Buna karşılık, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunda fail, taahhüt ettiği edimi ifa etmemiştir. Bu suç bakımından ihmali bir hareket söz konusudur. Bu bağlamda bilhassa TCK m. 236/2-b hükmü üzerinde durulmalıdır. Hükümde “*ihale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi*” nin hileli davranışlar ile gerçekleştirilmesinin edimin ifasına fesat karıştırma suçuna vücut vereceği ifade edilmektedir. TCK m. 238 bakımından taahhüdün kısmen yerine getirilmemesinin de neticeyi ortaya çıkardığı ihtimalde dahi bu suç tipi bakımından hileli bir davranış söz konusu olmadığından TCK m. 238 ile TCK m. 236/2-b arasında içtima ilişkisi gündeme gelemez¹¹⁴. Buna ek olarak TCK m. 238 ihmali, TCK m. 236’nın icrai suç olup aynı hareketin hem ihmali hem de icrai olması mümkün olmaması dolayısıyla da içtima ilişkisi söz konusu olamaz¹¹⁵.

TCK m. 240’ta yer alan ve ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlardan olan mal veya hizmetin satımından kaçınma suçu içtima kapsamında akla gelebilir. TCK m. 240’ta fail, belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınmakta ve bunun sonucunda kamu için acil ihtiyaç neticesi ortaya çıkmaktadır. Maddede “*satmaktan kaçınma*” ifadesine yer verilmekte ancak bu ifade mallar açısından satış sözleşmesi kurmaktan kaçınmayı ifade etmekteyse de hizmetler bakımından bunların satış sözleşmesine konu olması mümkün olmadığından iş görme borcu ihtiva eden sözleşme kurmaktan kaçınmayı ifade etmektedir¹¹⁶. Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunda ise taahhütten bahsedildiği için satış sözleşmesi bu suç tipinin kapsamı dışındadır ve bu nedenle **mal satışından kaçınmak fiili bakımından TCK m. 238 ile TCK m. 240 arasında içtima ilişkisi gündeme gelmez. Buna mukabil hizmet sunmaktan kaçınmak, bir diğer deyişle iş görme borcu ihtiva eden sözleşme kurmaktan veya bu sözleşmenin gereğini yerine getirmekten kaçınmak fiili ile TCK m. 238 arasında içtima ilişkisi gündeme gelebilir.** Bu itibarla TCK m. 238 kapsamında taahhüt altına giren ve taahhüdünü yerine getirmeyen fail, aynı zamanda TCK m. 240 anlamında hizmet sunmaktan da kaçınmaktadır. Şayet somut olayda hem TCK m. 240 uyarınca kamu için acil ihtiyaç neticesi hem de TCK m. 238 uyarınca zorunlu eşyaların önemli ölçüde

¹¹³ İzzet Özgenç, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*; (4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013) 117.

¹¹⁴ Akbulut (3) 24.

¹¹⁵ Akbulut (3) 24.

¹¹⁶ Elibol (4) kn 113, 122.

azalması veya tamamen ortadan kalkması neticesi ortaya çıktığı takdirde tek bir fiil¹¹⁷ ile iki ayrı suç işlenmiş olacağından farklı neviden fikri içtima söz konusu olur.

Bunlara ek olarak taahhüdün yerine getirilmediği ve bu durumda genel felaketin önlenmesi için zorunlu eşyanın önemli ölçüde azaldığı yahut tamamen ortadan kalktığı olasılıkta bu neticenin ortaya çıkması nedeniyle ayrıca kişilerin vücut dokunulmazlıklarının veya yaşam haklarının ihlal edildiği durumlarda **kasten yaralama ve kasten öldürme suçlarının ihmali davranışla işlenmesi suçları ile TCK m. 238 arasında içtima ilişkisi gündeme gelebilir.** Burada her ne kadar iki ayrı hareket yükümlülüğü¹¹⁸ ve netice (*TCK m. 238 ile TCK m. 83 / TCK m. 88*) olsa da ortaya çıkan neticeler, failin taahhüdünü ifa etmesi suretiyle engellenebildiği için tek bir fiilden söz edilmelidir. Buna göre fail, tek bir fiil ile hem TCK m. 238'i hem de TCK m. 83'ü veya TCK m. 88'i ihlal ettiği için farklı neviden fikri içtima söz konusudur.

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu bakımından zincirleme suç ilişkisi de mümkündür. TCK m. 43/1 uyarınca bir suç işleme kararına sahip olan failin aynı suçu, yine aynı kişiye karşı birden çok kez işlemesi gerekir. TCK m. 238'in mağduru toplumu oluşturan bireylerin her biri olsa da TCK m. 43/1 uyarınca mağdurun belli bir kişi olmadığı suç tipleri bakımından da bu hüküm uygulama kabiliyetine sahiptir. Söz gelimi, failin bir kamu kurumuna birden fazla taahhütte bulunduğu ve taahhütlerini farklı zamanlarda yerine getirmede olduğu olasılıkta TCK m. 43/1'deki şartlar somut olayda mevcutsa zincirleme suçtan bahsedilir. Ancak zincirleme suç hükümlerinin tatbiki için muhakkak aynı idareye veya idarenin kamu hizmeti görmek için yetkilendirdiği kişiye taahhütte bulunulması gerekmez. Zira bu suçun mağduru toplumu oluşturan bireylerin her biridir. Söz gelimi, failin üç farklı kamu kurumu ile yaptığı sözleşme neticesinde üç ayrı taahhütte bulunduğu olasılıkta da zincirleme suçtan bahsedilmesi mümkündür.

¹¹⁷ Burada hem TCK m. 238 hem de TCK m. 240 anlamında iki ayrı hareket yükümlülüğü söz konusu olsa da önemli olan, neticenin önlenmesi için varlığına ihtiyaç duyulan hareketin sayısıdır. Üzerinde durduğumuz ihtimalde fail, hizmet sunmak suretiyle neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirebilir durumda olduğundan tek bir fiilin varlığından bahsedilmelidir. (İhmali suçlar bakımından dikkat edilmesi gereken hususun neticeyi önleme yükümlülüğünü gidermek için ihtiyaç duyulan icrai hareket sayısı olduğu görüşü için bkz. Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtima)*, (Adalet Yayınevi, 2013) 219.)

¹¹⁸ Bu durumda hem TCK m. 238 hem de TCK m. 83 ve m. 88 bakımından sözleşmeden kaynaklanan hareket yükümlülüğü söz konusudur. TCK m. 238 anlamında taahhüdün yerine getirilmemesiyle maddede sayılan neticelerden birine sebep olduğu ve bu netice sebebiyle kişilerin vücut dokunulmazlıkları ve yaşam hakları ihlal edildiği için TCK m. 83 ve m. 88 bakımından sözleşmeye ek olarak failin öngelen tehlikeli davranışından kaynaklanan bir neticeyi önleme yükümlülüğü de söz konusudur.

6. YAPTIRIM VE MUHAKEME

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunu işleyen fail, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. TCK m. 238'in lafzı gereği hapis cezası ile adli para cezası seçimlik düzenlenmemiştir ve bu suçu işleyen faile her iki ceza da birlikte verilir.

TCK m. 50 uyarınca somut olayda bu suçtan dolayı faile bir yıl veya daha kısa süreli bir hapis cezası verildiği takdirde hapis cezası maddede sayılan seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Takdir hakkının cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi yönünde kullanılmadığı yahut somut olayda bir yıldan uzun fakat iki yıl veya bundan daha kısa bir hapis cezasına hükmedilmesi hâlinde TCK m. 51 uyarınca hapis cezası ertelenebilir yahut Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231 uyarınca hükmün açıklanması geriye bırakılabilir.

Bu bağlamda TCK m. 242 de önem arz eder. Hükme göre kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu işlenmek suretiyle yararına haksız menfaat elde edilen tüzel kişiler hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilir. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri müsadere ve iznin iptalidir (TCK m. 60). Tüzel kişilik yararına işlenen kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun varlığı hâlinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi takdiri değil, zaruridir.

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun takibi resen yapılır. 5235 sayılı Kanun¹¹⁹ m. 11 uyarınca görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. TCK m. 8/1 uyarınca fiilin işlendiği ve neticenin ortaya çıktığı yer mahkemeleri yetkilidir. Buna göre taahhüt edilen işin yerine getirilmediği yer mahkemesi ile neticenin gerçekleştiği yer mahkemeleri yetkilidir.

SONUÇ

Bu çalışmada kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu (TCK m. 238) incelenmiştir. Bu çalışmayla hem suçun kanuni unsurları bakımından muhtelif fikirler sunularak doktrindeki tartışmalara katkı yapılmaya çalışılmıştır hem de suçun varlığı sorgulanarak kanun koyucunun bu suç bakımından iradesini hangi yönde şekillendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu istikamette suçun kanunda düzenlendiği yerin isabetsiz olması, suçun mahiyeti ve suçla korunan hukuki değerın tespiti hususunda da hatalı yorumlara sebebiyet vermiştir. Suçun düzenlendiği yer itibarıyla bir ekonomik suç olduğu ifade edilmişse de madde metni incelendiğinde kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun ekonomik düzenin korunması ile ilgili olmadığı görülmektedir. Bu itibarla suçun ekonomik suç olduğu yönündeki değerlendirmeler isabetsizdir. Suç tipi incelendiğinde suçun kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerinin veya kamu hizmetinin yahut genel felaket durumunda sunulan hizmetlerin devamlılığını temin etmeyi amaçladığı

¹¹⁹ RG, T 07.10.2004, S 25606.

belirtilmelidir. Tarihsel olarak bakıldığında günümüzde iktisadi ve hukuki konjonktür değişmiştir. Devletin ekonomiye doğrudan müdahalesi azalmış, mal ve hizmetler prensip olarak özel sektör tarafından üretilip satılmaya başlanmış ve 1999 yılında Anayasa m. 47/4'te yapılan değişiklik ile idare, özel hukuka tabi sözleşme akdedip faaliyet görebilme imkânına kavuşmuştur. Ayrıca kamu hizmetleri şartlar sağlandığı takdirde özel hukuk kişileri tarafından görülebilmektedir. Bütün bu gelişmelerin ışığında esasen özel hukuka ve idare hukukuna tabi bir davranışın, son araç olması gereken ceza hukuku kapsamına alınıp suç addedilmesi gerekli ve meşru değildir. Bu sebeple bu çalışmanın neticesinde varılan en ideal sonuç, kanun koyucunun kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunu yürürlükten kaldırma istikametinde iradesini göstermesidir. Ancak kanun koyucunun iradesini bu yönde göstereceği zamana kadar TCK m. 238 düzenlemesi yürürlüktedir ve pratikte tatbik edilmesinin önünde hukuki bir engel yoktur. Bu noktada suçun kanuni unsurları, uygulamacılara yol gösterebilmesi ve doktrinsel tartışmalara katkı sunabilmesi için teorik olarak izah edilmiştir. Suç yürürlükten kaldırılmadığı müddetçe kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun çalışmada ele alındığı şekliyle uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akbulut, B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Akbulut, B, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, (2014) (25), CHD, 7-24.
- Aksoy Dursun, S, *Eşya Kavramı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2012).
- Akyılmaz B ve Sezginer M ve Kaya, C, *Türk İdare Hukuku*, (Yenilenmiş 12. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020).
- Aküzüm, U, *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Artuk, ME ve Gökçen, A ve Alşahin, ME ve Çakır, K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Aytekin İnceoğlu, A, “Ekonomik Suçlar”, (2020), 19 (1), GSÜHFD, 119-137.
- Baumann J ve Weber U ve Mitsch W and Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, (12. völlig neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016).
- Burlamaqui, JJ, *Doğal Hukukun İlkeleri*, (çev) Barkın Asal, (Pinhan Yayıncılık, 2019).
- Cihan, E, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebebiyet Vermek: Gıda Maddeleriyle Kamuya Gerekli Madde ve Eşyanın Noksanlığına Sebebiyet Vermek Suçları” (Tartışmalar kısmı), *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu* (17-18 Nisan İstanbul, 1987).

- Duran, L, *İdare Hukuku Ders Notları*, (Fakülteler Matbaası, 1982).
- Dursun, S, *Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, (Seçkin Yayıncılık, 2006).
- Elibol, CE, *Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240)*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021).
- Erbaş, R, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, (On İki Levha Yayıncılık, 2019).
- Erman, S, *Ticari Ceza Hukuku: Genel Kısım*, (2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1984).
- Erman, S ve Özek, Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu Güvenine Karşı Suçlar (TCK 316-368)*, ("Globus" Dünya Basınevi, 1996).
- Erdoğan, M, "Niçin Liberalizm", (1996), (1), LDD, 28-42.
- Eroğlu, F, "Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma", *Özel Ceza Hukuku: Cilt VIII*, (On İki Levha Yayıncılık, 2021).
- Hakeri, H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Gerçekler, H, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: Cilt 2*, (Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Gropp, W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. Auflage, Springer-Verlag, 2015).
- Göktürk, N, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, (Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Göktürk, N, *Fikri İçtima (Suçların İçtimaı)*, (Adalet Yayınevi, 2013).
- Gözler, K, *İdare Hukuku: Cilt I*, (Gürsel Kaplan'ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019).
- Gözübüyük, AP, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi: Cilt III (Madde 282-447)*, (Genişletilmiş Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No. 64, 1967).
- Gülşen, R, *Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit*, (Seçkin Yayıncılık, 2007).
- Hafizoğulları, Z ve Özen, M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Topluma Karşı Suçlar*, (3. Baskı, US-A Yayıncılık, 2017).
- İpekçioglu, PA, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Kılıçoğlu, AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (23. Bası, Turhan Kitabevi, 2019).
- Kindhäuser, U ve Zimmermann, T, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (9. Auflage, Nomos, 2020).
- Koca, M ve Üzülmüş, İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Gözen Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020).
- Köck, E, *Wirtschaftsstrafrecht: Eine Systematische Darstellung*, (2., überarbeitete Auflage, Facultas, 2010).

- Kunter, N, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, (İsmail Akgün Matbaası, 1954).
- Malbeleş, N, “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, (2019) 18 (1), *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 31-44.
- Malbeleş, N, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarlama”*, (On İki Levha Yayıncılık, 2020).
- Malkoç, İ, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241): Üçüncü Cilt*, (Sözkesen Matbaacılık, 2013).
- Meran, N, *Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*, (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013).
- Mumford, L, *The Condition of Man*, (Harcourt, Brace and Company, 1944).
- Murmann, U, *Grundkurs Strafrecht*, (4. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2017).
- Nomer, HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, Beta, 2020).
- Oğuzman, MK ve Öz, MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt 1*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2020).
- Oğuzman, MK ve Seliçi, Ö ve Oktay-Özdemir, S, *Eşya Hukuku*, (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Bası Filiz Kitabevi, 2020).
- Önder, A, *Ceza Hukuku Dersleri*, (Filiz Kitabevi 1992).
- Özbek, VÖ, *Ekonomi Ceza Hukuku: Birinci Kitap: Genel Hükümler*, (Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Özbek, VÖ, *Ekonomi Ceza Hukuku: İkinci Kitap: Özel Hükümler*, (Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Özbek, VÖ ve Doğan, K ve Bacaksız, P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Özbek, VÖ, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, (2007) 2 (5), CHD, 47-71.
- Özgenç, İ, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, (Seçkin Yayıncılık, 2002).
- Özgenç, İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Özgenç, İ, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, (4. Bası, Seçkin Yayıncılık 2013).
- Özocak, G, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018).
- Öztürk, B ve Erdem, MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Parlar, A ve Hatipoğlu, M, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: 4. Cilt (230-345. Maddeler)*, (Seçkin Yayıncılık, 2010).
- Rengier, R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2012).

- Richter, H, “Geschichtliche Entwicklung”, *Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, (ed) Christian Müller-Gugenberger ve Klaus Bieneck, (3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, 2000).
- Roxin, C, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Band I*, (4. vollständig neu bearbeitete Auflage C.H. Beck, 2006).
- Serozan, R ve Baysal, B ve Sanlı, KC, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (4. Bası, 2019).
- Sirmen, AL, *Eşya Hukuku*, (7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019).
- Şahbaz, İ, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu: 2. Cilt (Madde 150-345)*, (Yetkin Yayınları, 2016).
- Tan, T, *İdare Hukuku*, (Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2019).
- Tandoğan, H, *Özel Borç İlişkileri, C.1-I*, (4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1984).
- Tiedemann, K, *Ekonomi Ceza Hukuku*, (çev) Ayşe Nuhoğlu, (Seçkin Yayıncılık, 2017).
- Toroslu, N ve Toroslu, H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (25. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019).
- Tosun, Ö, *Fiyat Nizamını İhlâl Suçları*, (Sulhi Garan Matbaası, 1960).
- Tozman, Ö, *Suçta Teşebbüs*, (Adalet Yayınevi, 2015).
- Töbrens, HW, *Wirtschaftsstrafrecht*, (Verlag Franz Vahlen, 2006).
- Ünver, Y, *Ceza Hukukuyla Korunan Hukuksal Değer*, (Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Wessels, J ve Beulke, W ve Satzger, H, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, (45. neu überarbeitete Auflage, C.F. Müller, 2015).
- Wittig, P, *Wirtschaftsstrafrecht*, (5. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2020).
- Yarsuvat, D, “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Sebebiyet Vermek: Gıda Maddeleriyle Kamuya Gerekli Madde ve Eşyanın Noksanlığına Sebebiyet Vermek Suçları”, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu* (17-18 Nisan İstanbul, 1987).
- Yaşar, O ve Gökcan, HT ve Artuç, M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 5. Cilt*, (Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014).
- Yenerer Çakmut, Ö, “Türk Ceza Yasası’nda Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu (TCK m. 238)”, (2010), (14), CHD, 41-75.
- Zafer, H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, (7. Baskı, Beta, 2019).

KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİNDE RİSKLİ YAPI TESPİTİ ÜZERİNE ALINACAK KARARLAR VE AKDEDİLEBİLECEK SÖZLEŞMELERİ

*Decisions to be Taken on Risky Structure Detection in the Urban Renewal
Process and Contracts that can be Contracted*

Nurcan ARSLAN*

Geliş Tarihi: 26.02.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Bazı yapılar belirli kriterler esas alınarak riskli yapı olarak tespit edilir. Riskli yapılar, 6306 Sayılı Kanun doğrultusunda yıkım veya güçlendirme gibi bazı işlemlere tâbi tutulur. Bu şekilde daha güçlü, daha güvenilir ve daha uygun yaşam alanları inşa edilmiş olur. Bu işlemlerin yapılabilmesi yapı maliklerinin karar alması şartına bağlıdır.

Yapı malikleri, yapının hangi işleme tâbi tutulacağına, bu işlemin nasıl gerçekleştirileceğine, işlem sonrasında nasıl bir yol izleneceğine karar verirler. Maliklerin karar alabilmeleri ise kanunda bazı usullere tâbi tutulmuştur. Bu sebeple alınan kararların uygulanabilmesi için bu usullerin yerine getirilmiş olması şarttır. Bununla birlikte bazı durumlarda alınan kararın uygulanabilmesi yapı maliklerinin bazı sözleşmeler yapmasını gerekli kılmaktadır. Yapı malikler bu sözleşmeleri de kanunda belirlenen usullere uygun bir şekilde yapabileceklerdir.

Birlikte yaşamanın getirmiş olduğu yükümlülükler sebebiyle bazı durumlarda karar almak ve sözleşme yapmak kanunda belirtilen usule uygun olmayabilir ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Çalışmada tüm bu hususlar detaylı bir şekilde açıklanmış ve bazı tartışmalara ilişkin görüşler ileri sürülmüştür.

Anahtar kelimeler: Kentsel Dönüşüm, 6306 Sayılı Kanun, Riskli Yapı, Malik.

ABSTRACT

Some structures are determined as risky structures based on certain criteria. Risky structures are subjected to some procedures such as demolition or retrofitting in accordance with Law No. 6306. In this way, stronger, more reliable and more suitable living spaces are built.

Building owners should make decision. Building owners decide what process the building will be subjected to, how this process will be carried out, and what path will be followed after the process. Owners' decision-making is subject to some procedures in the law. If procedure in the law is followed, the decision may be enforced. However, in some cases, in order for the decisions to be implemented, the owners must make some contract. Owners must make these contracts in the manner specified in the law.

Living together entails some obligations. Therefore, decisions made by owners. may not comply with the procedure prescribed in law and they can cause unfair consequence. In the study, all these issues were explained in detail and some arguments were put forward.

Keywords: Urban Renewal, Law Number 6306, Risky Structure, Owner.

* Avukat, Diyarbakır Barosu, İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilimdalı Yüksek Lisans Öğrencisi, arslanurcannn@gmail.com , ORCID ID: 0000-0003-2652-0314.

GİRİŞ

Geçmişte ve günümüzde yaşanan doğal afetler sonucunda, yıkılmaya eğilimli binaların afet ile birlikte yıkılmaları ve bu yıkım sonucunda birçok insanın hayatını kaybettiği durumlar söz konusu olmuş ve olmaya da devam etmektedir. 31.05.2012 tarihli, 28309 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, öngörülen bu tehlikenin afet yaşanmadan tespit edilmesi ve bu tehlikenin meydana gelmesinin önlenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Kanunun asıl amacı kişilerin can ve mal güvenliğini korumaktır.

6306 Sayılı Kanun, binalardaki hasarlar sebebiyle meydana gelebilecek tehlikeleri önlemek amacıyla öncelikle malikleri, maliklerin bu tehlikeyi önleyememesi halinde idareyi yetkilendirmiştir. Bu sebeple bu kanuna ilişkin hususlar idare hukukunu ilgilendirdiği kadar özel hukuku da ilgilendirmektedir.

Çalışmamızın konusu, riskli yapının tespit edilmesi üzerine alınabilecek kararlar ve yapılabilecek sözleşmelerdir. Bu kapsamda öncelikle riskli yapının ne olduğu ve nasıl tespit edildiğine ilişkin kısa açıklamalarda bulunulacak daha sonra sırasıyla tespit edilen tehlikenin önlenmesi amacıyla alınabilecek kararlar ve bu kararları uygulamaya geçirebilmek amacıyla akdedilebilecek sözleşmeler açıklanacaktır.

I. RİSKLİ YAPI KAVRAMI VE TESPİTİ

Riskli yapılarla ilgili hususlar 6306 Sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiştir. 6306 Sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliğinin birinci maddesine göre, bu kanunun uygulanabilmesi için rezerv yapı alanı, riskli alan veya riskli yapı söz konusu olmalıdır¹. Rezerv yapı alanı, yeni yaşam alanları inşa etmek amacıyla Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) veya idarenin istemi ile veya re’sen Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı (ÇŞB) tarafından yerleşime uygun alan olarak belirlenen alanlardır². Riskli alan, ÇŞB veya idare tarafından Afet ve Acil

¹ Emrehan İnal, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı* (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık 2017 (*Riskli Yapı*)), s. 17; Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık 2014), s. 130; Cenk Şahin, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler”, (*Kentsel Dönüşüm Hukuku*, ed: Melikşah Yasin/Cenk Şahin, İstanbul, Görsel Dizayn Ofset Matbaacılık 2013, sa. 49-70,) s. 52; Yeşim Beyazkılıç, *Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2017), s. 43; Mehmet Karaaslan, “Diyarbakır Suriçi Bölgesinin Yeniden İnşası ve Hukuki Boyutu”, (*Dicle Üniversitesi HFD*, C.23, S.39, 2018, sa.335-373), s. 347.

² İnal, *Riskli Yapı*, s.21; Nihat Kandaloğlu, *Kentsel Dönüşüm*, (İstanbul, Ege Basım 2016), s. 322; Ali Rıza İlgezdi, *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2019) s. 90; Efe Bilke, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2019)s. 133; Mehpare Çaptuğ, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2016), s. 139; Kandaloğlu, s. 322; Yasin Sezer, *Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2015) s. 380.

Durum Yönetim Başkanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığına karar verilen alanlardır³. Riskli yapı kavramı ve tespit usulü çalışmamızla ilgisi sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. Riskli Yapı Kavramı

Yapı, *barınmak ya da başka amaçlarla kullanılmak için yapılmış her türlü mimarlık yapısı olarak tanımlanmaktadır*⁴. Ancak Yönetmeliğin m. 7/1 hükmüne göre riskli yapı tespitine konu olabilecek yapılar sınırlandırılmıştır. Buna göre, “*Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez.*” Yönetmeliğin bu düzenlemesine göre riskli yapı tespitine konu olabilecek yapılar ancak binalardır⁵.

Riskli yapı, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı veya ekonomik ömrünü tamamlamış olduğu bilimsel veya teknik verilerle tespit edilen yapılardır⁶ (6306 Sayılı Kanun m.2-d). Buna göre bir yapının riskli yapı

³ İnal, *Riskli Yapı*, s. 19; Onur Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık 2017), s. 102; İlgezdi, s. 99; Ayça Ebru Celep, *Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye veya Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık 2018) s. 128; Bilke, s. 114; Hakan Karadabağ, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, (Legal Yayınevi, 2020) s. 79; Osman Oyl Selahattin Nazik, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı-Riskli Alan ve Riskli Yapılar*, (2. Baskı, Beta Yayınevi, 2016) s. 69; Sezer, s. 381.

⁴ Suat Şimşek, *Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2014) s. 43; Kürşat Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, 2015, sa. 103-149) s. 126; Halil Burak Çakır, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018) s. 32; Karadabağ, s. 74; Sezer, s. 382; <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 08.12.2020).

⁵ Esin Gürsel, *Kentsel Dönüşüm 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlara Riskli Yapı ve Hukuki Rejim*, (Ankara, Adalet Yayınları, 2018) s. 136. Bina, insanların barınma ve diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına tahsis edilmek üzere inşa edilen tamamen veya kısmen kapalı olan, arza bağlı yapılardır: Gürsel, s. 107; İlgezdi, s. 78; Didem Akbey Erdidal, “6306 Sayılı Kanuna Dayalı Riskli Alan ve Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019) s. 48; Ersöz, s. 124.

⁶ İnal, *Riskli Yapı*, s. 18; Ergun Özsunay, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi”, (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, sa.471-504), s. 475; Gürsel, s. 138; Celep, s. 131; Bilke, s. 86; Üstün, s. 131; Karadabağ, s. 74; Çaptuğ, s. 133; Şahin, s. 53; Sezer, s. 382.

olmasına sebep olabilecek ilk husus yapının yıkılma veya ağır hasar görme riskidir. Yıkılma riski, yapının taşıyıcı sisteminin yapıyı taşıyamayacak düzeyde bulunması, esaslı bir onarımın gerçekleşmemesi halinde yapının yıkılma tehlikesi arz etmesidir⁷. Danıştay taşıyıcı unsurların işlevsiz kalması, duvarlarda çatlamanın olması, duvar harcının bağlayıcılığını kaybetmesi ve binanın esaslı bir onarıma ihtiyaç duyması hallerinde yıkılma riskinin var olduğunu kabul etmektedir⁸.

Bir yapının riskli yapı olmasına sebep olabilecek ikinci husus, yapının ekonomik yaşını doldurmuş olmasıdır. Bu durum yapının uzun yıllar önce yapılması sebebiyle fiziki nedenlere bağlı olarak kullanıma elverişsiz hale gelmesi, yapıdaki hasarların onarımının mümkün veya ekonomik olmaması sebebiyle yapının kullanım işlevine uygun olmadığı ve yapıdan beklenen faydanın sağlanamadığı hallerde söz konusu olmaktadır⁹. Yapının ekonomik ömrü, yapıda kullanılan malzemeye, yapının inşa tekniklerine, yapının bulunduğu çevre koşullarına ve yapının kullanım şekli gibi unsurlara bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir¹⁰. Tanımdaki “veya” bağlacından da anlaşılacağı üzere bir yapının ekonomik ömrünü tamamlamış olması için yıkılma veya ağır hasar görme riski taşınması gerekmez.

Riskli yapının söz konusu olabilmesi için yıkılma veya ağır hasar görme riski, ekonomik yaşını doldurmuş olma durumu, usulüne uygun bir şekilde tespit ettirilmiş olmalıdır. Söz konusu yapı ancak bu tespit işlemi sonrasında riskli yapı sıfatını almış olacaktır¹¹.

B. Riskli Yapının Tespiti Usulü

Riskli yapının tespiti işlemi, bazı aşamalardan oluşur. İlk olarak riskli yapının tespiti kararının verilmesi amacıyla bir talepte bulunmak gerekir. Talep üzerine ilgili kurum tarafından riskli yapı tespitine ilişkin bir rapor hazırlanır ve hazırlanan rapor, yapının bulunduğu ilgili belediyede bulunan, Çevre ve

⁷ İnal, *Riskli Yapı*, s. 59; Gürsel, s. 154.

⁸ “Dosyanın incelenmesinden; yıkım işlemine dayanak alınan inceleme raporunda; dava konusu yapının yıkılacak derece tehlike arzettiğinin tesbit edildiği, mahkemece mahallinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda ise, binanın taşıyıcı unsurlarının bakımsızlıktan çürümüş olduğu, taş duvarlarda çatlakların olduğu, duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybettiği, yapının tümü dikkate alındığında esaslı tadil ve onarım yapıldığı taktirde yıkılmaya meylli, tehlike arzeden bir yapı konumunda olmadığının belirtildiği görülmektedir. Ancak esaslı bir onarımla tehlike arzetmeyecek duruma gelebileceği, aksi taktirde yıkılma tehlikesine maruz bulunduğu anlaşılan yapının, yıkılacak derecede tehlike arzettiğinin kabulü gerekir.” (Danıştay, 6. Dairesi, E.1992/2066, K.1993/913, T.08.03.1993.) (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>) (E.T: 08.12.2020).

⁹ İnal, *Riskli Yapı*, s. 62; Kaplan, *Idare Hukuku Yönünden*, s. 75; Gürsel, s. 137; Çaptuğ, s. 133; Celep, s.131; Bilge, s. 90.

¹⁰ Gürsel, s. 139; Çaptuğ, s. 133.

¹¹ İnal, *Riskli Yapı*, s. 17; Beyazkılıç, s. 59; Akbey Erdidal, s. 42; Çakır, s. 23.

Şehircilik Bakanlığı'na bağlı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'ne (Müdürlük) gönderilir. Müdürlük, raporu uygun bulursa riskli yapının tespitine ilişkin kararı tapu müdürlüğüne ve ÇŞB'na bildirir. Müdürlüğün raporu onaylaması ve imzalaması ile riskli yapının tespiti işlemi tamamlanmış ve ilgili yapı riskli yapı sıfatını almış olur¹².

Yapının riskli yapı olduğunun tespiti usulü, Yönetmeliğin yedinci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“riskli yapının tespiti yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, masrafları kendilerine ait olmak üzere yaptırılır”* (Yönetmelik m. 7/2-a). Malikler tespit talebini re'sen yapabilecekleri gibi ÇŞB'nın isteği üzerine de yapabilirler¹³.

Yapının riskli yapı olduğunun tespiti yetkili kuruluşlardan talep edilir. Riskli yapı tespiti bakanlık, idare veya bakanlık tarafından lisanslandırılan kurumlar tarafından yapılabilir (Yönetmelik m. 6/1). Bakanlığın lisanslandırabileceği kurumlar ise Yönetmelik m.6/1-c hükmüyle şu şekilde sayılmıştır:

- Kamu kurum ve kuruluşları,
- Üniversiteler,
- Sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler,
- Depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları,
- 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları,
- 27/1/1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar.

Riskli yapının tespiti için maliklerin hangi çoğunlukla talepte bulunabilecekleri mülkiyetin türüne göre değişiklik göstermektedir. Riskli yapının tek kişinin mülkiyetinde olması halinde herhangi bir sorun olmaksızın

¹² Gürsel, s.139.

¹³ Yasemin Yalçın, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Mülkiyet Hakkı Sınırlamaları*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018) s. 44; Zekeriya Kurşat, *“6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri*, (Kentsel Dönüşüm Hukuku, ed: Melikşah Yasin/Cenk Şahin, İstanbul, Görsel Dizayn Ofset Matbaacılık, 2013 (Özel Hukuk Alanındaki Etkiler) s. 21, sa. 19-48; İnal, *Riskli Yapı*, s. 80; Gürsel, s. 150; Karadabağ, s. 79; Kandaloğlu, s. 325; ÇŞB maliklere tespit talebinde bulunmaları için süre tayin eder ve tespitin maliklerce bu sürede yaptırılmaması halinde bakanlık veya ilgili idare tarafından tespit talebinde bulunulabilir: Özsunay, *“Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi”*, s. 477; Çaptuğ, s. 136; Celep, s.135; Çaptuğ, s. 136.

malik riskli yapı tespit talebinde bulunabilecektir¹⁴. Birlikte mülkiyetin söz konusu olması halinde ise mülkiyet türünün paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyet olmasına göre inceleme yapılması gerekmektedir. Paylı mülkiyet halinde, öğretide paydaşların oy birliğiyle tespit talebinde bulunulabileceği savunulmakla beraber pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması halinde de tespit talebinde bulunulabileceği ve üçüncü görüş olarak her bir paydaşın tespit talebinde bulunabileceği de savunulmaktadır. Birinci görüşe göre; riskli yapının tespiti kararının alınabilmesi için, kararın eşyanın tamamını ilgilendiren bir karar olması, tespit sürecinde yapılacak işlemlerin eşyanın tamamını etkileyecek olması sebebiyle kararın oybirliği ile alınması gerekmektedir¹⁵. Pay ve paydaş çoğunluğunu arayan ikinci görüşe göre; riskli yapının tespitini talep etme, olağan bir iş olmadığı gibi olağanüstü nitelikte bir iş de değildir. Bu talep yapı ile ilgili yapılacak önemli işlerdendir bu sebeple bu kararın paylı mülkiyeti düzenleyen hükümler doğrultusunda pay ve paydaş çoğunluğu ile alınabilmesi gerekmektedir¹⁶. Her bir paydaşın tespit talebinde bulunulabileceğini savunan üçüncü görüşe göre; riskli yapının tespitini talep etmek diğer paydaşların mülkiyet hakkına müdahale eden bir durum olmayıp yapı ile ilgili bir tedbirin gerekip gerekmediğinin incelenmesi ve yapının güvenliğinin sağlanması amacını taşıyan bir girişimdir. Bu sebeple paydaşların her birinin bu talepte bulunabilmesi gerekir¹⁷.

Elbirliği mülkiyetin söz konusu olması halinde öğretide iki farklı görüş savunulmaktadır. Savunulan birinci görüşe göre; el birliğiyle mülkiyet halinde riskli yapının tespiti talebinde bulunabilmek için de maliklerin oybirliği ile anlaşmış olmaları gerekmektedir¹⁸. Çünkü elbirliğiyle mülkiyette mal üzerinde ortakların belirli payları bulunmayıp her birinin ortaklığı, malın tamamı üzerindedir ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 702/2 (TMK) hükmü gereği kanunda aksine bir hüküm olmadıkça kararların oybirliği ile alınması gerekir. Savunulan ikinci görüşe göre riskli yapı tespitinin kamu düzenini

¹⁴ Ergun Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, (İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S. 6, 2014, sa. 15-51) s. 42; Muhammet Sönmez, 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Uygulamaları ve Getirdiği Sorunlar ile Çözüm Önerileri, (Yüksel Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018) s. 31; Beşir Açıkça, 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Riskli Alanlara Yönelik Paylaşım Modelleri ve Bir Model Örneği, (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019) s. 50; İnal, Riskli Yapı, s. 65; Bilke, s. 97; Celep, s. 135; Beyazkılıç, s. 47; Akbey Erdidal, s. 43; Çakır, s. 25.

¹⁵ Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, s. 42; Gürsel, s. 148; Beyazkılıç, s. 50; Celep, s. 136.

¹⁶ İnal, Riskli Yapı, s. 70; Kurşat, Özel Hukuk Alanındaki Etkiler, s. 43.

¹⁷ Murat Saraç, Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar, (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2014) s. 110; Şimşek, s. 46; Çakır, s. 30; Açıkça, s. 50; Akbey Erdidal, s. 41.

¹⁸ İnal, Riskli Yapı, s. 71; Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, s. 43; Beyazkılıç, s. 52; Şimşek, s. 46; Celep, s. 137.

ilgilendiren bir konu olması sebebiyle, elbirliğiyle maliklerden her biri riskli yapının tespiti talebinde bulunabilecektir¹⁹.

Konuya ilişkin kendi kanaatimize geçmeden önce söylemeliyiz ki riskli yapı tespiti talebi, kentsel dönüşüm sürecini başlatan bir taleptir²⁰. Riskli yapı tespiti yapıldıktan sonra, yapının yıkılması ihtimali muhakkak ki tüm kat maliklerinin mülkiyet hakkının ihlaline sebep olacaksa da bu durum kamu yararını sağlamak amacıyla düzenlenen 6306 Sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktadır. Anayasamız, kamu yararı sebebiyle ve kanunla olmak kaydıyla mülkiyet hakkının sınırlanabileceğini öngördüğünden²¹ ve mevcut durumda sınırlama 6306 Sayılı Kanun ile yapıldığından ve kamu yararı sebebine dayandığından mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalenin hukuka aykırılığının engellendiğinin kabulü gerekir²². Ayrıca riskli yapı tanımına bakılacak olursa, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıyan binalarda insanların yaşamak zorunda kalması hem yaşayan insanların hem de komşu binalarda bulunan insanların can ve mal güvenliğini tehdit etmekle birlikte çevre güvenliği için de ağır bir tehdit oluşturmaktadır²³. Bu gibi yapıların güçlendirilmeleri yahut yıkılmalarının ne derece gerekli olduğu ortadadır ve oybirliği yahut oy çoğunluğunun sağlanamaması bu yapıların tehlikeli varlıklarını sürdürebilmeleri için bir gerekçe olmamalıdır.

Paylı mülkiyetin söz konusu olması halinde, paylı mülkiyete ilişkin düzenlemeler arasında yer alan TMK m. 689/2'ye göre; her bir paydaşın, eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına *alma* yetkisi vardır. Paydaş malikler, riskli yapının tespiti kararını, yapıyı bir afet sonucu veya başka bir sebeple yıkılma tehlikesi sebebiyle kendilerinin can güvenliğini sağlamak amacıyla alırlar. Bu sebeple bu hükme dayanarak paydaşlardan her birinin bu talepte bulunma hakkının olduğu kabul edilebilir. Kat mülkiyetinin söz konusu olması halinde, riskli yapının tespiti işlemi paylı mülkiyete tâbi alanlarda gerçekleşeceğinden²⁴, kat mülkiyetinin söz konusu olması halinde de bu açıklamalar ışığında hareket edilmeli, maliklerden her biri riskli yapı tespiti talebinde bulunabilmelidir²⁵.

¹⁹ Karadabağ, s. 79; Sönmez, s. 39; Çakır, s. 31; Saraç, s. 110.

²⁰ İnal, *Riskli Yapı*, s. 63; Kurşat, *Özel Hukuk Alanındaki Etkiler*, s. 20.

²¹ Anayasa m. 35: "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*"

²² Melikşah Yasin, "*Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu*", (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.60, 2005, sa. 105-137) s. 132; Ahmet Melik Derindere, *Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kavramı*, (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2014) s. 51; Akbey Erdidal, s. 44; Yalçın, s. 30; Ersöz, s. 44.

²³ Yalçın, s. 51; Sarı, s. 175; Sönmez, s. 84.

²⁴ İnal, *Riskli Yapı*, s. 74.

²⁵ Aynı doğrultuda bkz.: Açıkça, s. 52; Çakır, s. 32; Sönmez, s. 41.

Elbirliği mülkiyetin söz konusu olması halinde TMK m.702/4'te yer alan ifade değerlendirilmelidir. Buna göre; *“Ortakların her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.”* Bu hükme göre; bizce bir yapının riskli olduğunun tespiti topluluğa giren hakkın korunmasını sağlamaktadır. Bu durumda korunan hak, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıyan veya ekonomik ömrünü tamamlamış olan yapıların riskli yapı olarak tespitinin sağlanması ve buna göre 6306 Sayılı Kanun'da öngörülen usulün işletilmesidir. Çünkü örneğin yıkılma riski mevcut olan binanın yıkılmasına karar verilmesi, zaten yıkılma riski taşıyan binanın en az zararla yıkılmasını sağlar. Aksi durumda binada yaşayanların can ve mal kayıpları ile birlikte komşu binada yaşayanların yahut yoldan geçen insanların can ve mallarına zarar verme riski doğar ve bu risklerin engellenmesi bizce topluluğa giren hakların korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü halihazırda yıkılma riski taşıyan bir binanın kontrolsüz, kendiliğinden yıkılması halinde zarar gören üçüncü kişiler bina maliklerine TBK m. 69 hükmüne göre başvurabilirler ve bina malikleri tazminat ödemek zorunda kalabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki idare tarafından dahi riskli yapı tespiti talebi mümkünken elbirliğiyle maliklerin bu talepten yoksun bırakılmaları kanun hükümlerinde çelişki yaratabilir.

Riskli yapının tespiti yapılmadan mevcut bir tehlikenin varlığından söz edilemeyeceği bu sebeple de riskli yapı tespiti talebinin koruma amaçlı olmadığı savunulabilirse de bu durumda bizce tehlike, riskli yapının tespiti ile meydana gelmemekte riskli yapının tespiti ile tehlikeden bilimsel olarak haberdar olunmaktadır. Bu fıkri kabul edilmesi halinde, gerekli çoğunluk sağlanamazsa yapının bilimsel olarak yıkılma tehlikesi arz edip etmediği hiçbir zaman anlaşılamayacak ve ilgili yapıda oturanlar yıkılma tehlikesi bulunan yapılarda yaşamaya zorlanmış olacaklardır.

Her malik yaşadığı yerin güvenilir olup olmadığını bilerek, güven duygusu ile herhangi bir endişe duymadan yaşama hakkına sahiptir. Bu açıklamalar doğrultusunda bizce, elbirliği mülkiyetinin söz konusu olması halinde maliklerden her biri, riskli yapının tespiti talebinde bulunabilmelidir.

Riskli yapıyla ilgisini kurabileceğimiz başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu doğrultuda TMK m. 730 hükmünde taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; *“Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.”* Hükümden anlaşıldığı üzere bir taşınmazın üçüncü kişiler bakımından tehlike yaratması halinde üçüncü kişiler bu tehlikenin giderilmesini talep edebileceklerdir. Riskli yapı kavramını incelerken açıklandığı üzere riskli yapının varlığı halinde de bir tehlike söz konusu olmaktadır. Bu tehlikenin riskli yapının çevresindeki yapılar ve kişiler bakımından mevcut olduğu açıktır ve bu sebeple anılan

hüküm gereği zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse tehlikenin giderilmesini isteyebilecektir. Malik olmayan üçüncü kişinin dahi tek başına tehlikenin giderilmesini talep hakkı varken maliklerden birinin tehlikenin tespitini ve giderilmesini talep etme hakkının olmadığını kabul etmek çelişkili bir durum yaratacaktır. Taşınmaz malikinin sorumluluğuna benzeyen diğer düzenleme ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile düzenlenen yapı malikinin sorumluluğudur. TBK m. 70 hükmüne göre “*Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*” bu hüküm de riskli yapıyla ilişkilendirebileceğimiz ve yukarıdaki açıklamalarımızı destekleyen bir diğer hükümdür²⁶.

II. RİSKLİ YAPININ TESPİTİ ÜZERİNE ALINABİLECEK KARARLAR

A. Malikler Tarafından Alınabilecek Kararlar ve Karar Alma Usulü

Riskli yapının tespit edilmesi ile yapı riskli yapı sıfatını almış olacaktır. Bu durumda bu yapının toplum için yarattığı risk tespit edilmiş olacak ve bu riskin ortadan kaldırılması gerekecektir²⁷. Bu riskin ortadan kaldırılması için birden fazla yol söz konusu olmaktadır²⁸. Bu yollardan hangisine başvurulacağı konusunda öncelikle malikler karar almalıdır²⁹.

Malikler karar alırken 6306 Sayılı Kanun’a göre 2/3 oy çoğunluğu ile karar almalıdırlar. 6306 Sayılı Kanun m.6/1-c.7’ye göre; “*Bu çerçevede riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir.*” Öğretide bu hükümde geçen 2/3 çoğunluğunun hangi çoğunluğu ifade ettiği tartışmalıdır. Birinci görüş, pay çoğunluğunun esas alındığını kabul etmektedir³⁰. İkinci görüş ise pay ve paydaş çoğunluğunun esas alındığını kabul etmektedir³¹.

²⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019) s. 680: “Yıkılma eğilimi gösteren bir binanın bir balkonunun bir duvarının tamir edilmesi.”; Gürsel, s. 117.

²⁷ İnal, *Riskli Yapı*, s. 83.

²⁸ İnal, *Riskli Yapı*, s. 112; Sönmez, s. 85.

²⁹ İnal, *Riskli Yapı*, s. 22; Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, s. 23; İlgezdi, s. 159; Gürsel, s. 178; Karaaslan, s. 351.

³⁰ İnal, *Riskli Yapı*, s. 110; Gürsel, s. 58; Şimşek, s. 111; Beyazkılıç, s. 84.

³¹ İlgezdi, s. 160.

Riskli yapının ilan edilmesinden sonra yapı, 6306 Sayılı Kanun’a tâbi olacağından bu yapının dönüştürülmesi hakkında alınacak karar da bu kanunda belirtilen usûle tâbi olmalıdır. Alınabilecek kararlara ilişkin özel durumların söz konusu olması halinde bu durum ilgili kararın başlığında açıklanacaktır.

a. Güçlendirme Kararı

Maliklerin alabileceği kararlardan biri güçlendirme kararıdır³². Güçlendirme kararı, Yönetmelik m.8/5’te düzenlenmiştir. Buna göre; *“Riskli yapının yıktırılması yerine güçlendirilmesinin istenilmesi durumunda riskli yapının yıktırılması için ikinci fıkra uyarınca maliklere verilen süreler içerisinde; maliklerce, güçlendirmenin teknik olarak mümkün olduğunun tespit ettirilmesi, Kat Mülkiyeti Kanununun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şekilde güçlendirme kararı alınması, güçlendirme projesinin hazırlanması ve imar mevzuatı çerçevesinde ruhsat alınması gerekir. Güçlendirme işi, yapılacak güçlendirmenin mahiyetine göre ruhsatı veren idare tarafından belirlenecek süre içerisinde tamamlandıktan sonra tapu kaydındaki riskli yapı belirtmesinin kaldırılması için Müdürlüğe başvurulur.”* Bu hükümde Kat Mülkiyeti Kanunu’na (KMK) atıf yapılmıştır.

KMK m.19; *“Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz.”* şeklinde bir düzenleme içermektedir. Anılan kanun maddelerinde güçlendirme kararının neyi ifade ettiği, hangi durumlarda alınabileceği açık bir şekilde düzenlenmemiştir.

Güçlendirme, yapının hasarlı veya hasarsız sistemlerinin hasarlarının giderilmesi amacıyla yapılan onarımları ve söz konusu sistemin performansını iyileştirmek amacıyla yapılan müdahaleleri ifade etmektedir³³. Güçlendirme kararı malikler tarafından alınabilecektir. Maliklerin bu kararı nasıl bir çoğunlukla alacakları hususu öğretilmelidir. Öğretilmelidir bir görüş, Yönetmelikte KMK m.19’a atıf yapıldığından 4/5 çoğunluğunun aranması gerektiğini savunurken³⁴, bir diğer görüş, 6306 Sayılı Kanun’un m.6/1, c-7 hükmünü gerekçe göstererek, bu hükmün evleviyetle uygulanması gerektiğini

³² Özsunay, *“Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi”*, s. 38; Akbey Erdidal, s. 103; Yalçın, s. 106.

³³ Gürsel, s. 168; <http://www.yapi-insaat.com/guclendirme.html> (E.T: 08.12.2020).

³⁴ Şenol Saltık, *Kentsel Dönüşüm*, (2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018) s. 82; Özsunay, *“Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi”*, s. 498; Gürsel, s. 170; Şimşek, s. 110; ÇŞB resmi sayfasında güçlendirme kararının 4/5 çoğunlukla alınabileceği yer almaktadır: <https://csb.gov.tr/sss/riskli-yapilar> (E.T: 09.12.2020).

ve bu sebeple güçlendirme kararı alınabilmesi için 2/3 çoğunluğunun aranması gerektiğini savunmaktadır³⁵.

Bizce kanunun lafzı ilk görüşün uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanabilse de hükmün amacı bakımından ikinci görüşün kabul edilmesi gerekmektedir. Güçlendirme kararı, yıkım kararının alınmış olması halinde yıkımı önlemeye imkan tanıyan bir karardır³⁶ (Yönetmelik m.8/5). Ayrıca riskli yapının güçlendirilmesi halinde, yıkım kararına nazaran maliklerin mülkiyet hakkı korunmuş olacak ve maliklerin maruz kaldıkları hak kayıpları en alt seviyeye indirgenmiş olacaktır. Bu durumda, yıkım kararını engellemeye imkan olarak sunulan bir kararın yıkım kararından daha yüksek oranda bir oy çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekliliği kanunun ve düzenlenen kurumun amacına aykırı olacak, güçlendirme kararının işlevini kaybetmesine sebep olacaktır. Bu sebeple biz 2/3 oy çoğunluğu ile güçlendirme kararı alınabileceğini savunan ikinci görüşe katılmaktayız.

Riskli yapının tespit edilmesinden sonra her durumda güçlendirme kararının alınabileceği kabul edilemez. Güçlendirme kararı ancak riskli binanın yarattığı tehlikenin giderilmesi için yıkımın zorunlu olmaması halinde, yani yapıyı yıkmak yerine güçlendirme yöntemleri ile söz konusu tehlikenin ortadan kaldırılabilir olması halinde alınabilecektir³⁷.

Maliklerin güçlendirme kararı alması üzerine bu kararın uygulanabilmesi bazı şartlara tâbi tutulmuştur³⁸. Yönetmelik m. 8/5'e göre, riskli yapının güçlendirilebilmesi için öncelikle yapının güçlendirmeye uygun olduğu tespit ettirilmiş olmalı, güçlendirme kararı alınmış olmalı, güçlendirme projesi hazırlanmış olmalı ve imar mevzuatı çerçevesinde güçlendirme ruhsatı alınmış olmalıdır³⁹. Yapının güçlendirmeye uygun olduğu uzman bilirkişiler tarafından tespit edilir. Bu tespit işlemi maliklerin talebi üzerine riskli yapının tespitinde yetkilendirilmiş olan, kurum ve kuruluşlar tarafından yapılmalıdır⁴⁰.

³⁵ İnal, *Riskli Yapı*, s. 118; Akbey Erdidal, s. 106; Kaplan 4/5 çoğunluğunun aranmasının ölçüsüz olduğunu kabul etmektedir: Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 167.

³⁶ Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, s. 38; Saltık, s. 82.

³⁷ Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 167.

³⁸ İnal, *Riskli Yapı*, s. 114; Çaptuğ, s. 147; “mahalinde konusunda uzman bir bilirkişi kurulu oluşturularak keşif yapılmak suretiyle dava konusu anataşınmazın statik hesaplarının ve betonarme taşıyıcı elemanlarının kesit, boyut ve demir donatıları ile beton numunesi (karot) deneyleri dikkate alınarak gerekli araştırmalarda yapıp, 2007 tarihli Deprem Yönetmeliği hükümlerine göre olası bir depreme karşı nasıl ve ne şekilde güçlendirme yapılacağı ve güçlendirme bedeline ilişkin hususlar tam olarak tespit edilmeli, bu tespitin yapılmasından sonra güçlendirme projesinin yaptırılarak gerekli makamlardan onayının da alınmasından sonra” (Y. 20. HD., E.2019/2423, K. 2019/4926, T.17.09.2019) (<https://www.lexpera.com.tr>) (E.T: 14.12.2020)

³⁹ İnal, *Riskli Yapı*, s. 114.

⁴⁰ Özsunay, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi”, s. 485.

Son olarak idareden imar mevzuatı çerçevesinde ruhsat alınacaktır. Bu ruhsatı veren idare güçlendirme işleminin yapılacağı süreyi de tayin edecektir⁴¹. Güçlendirme işlemi tayin edilen bu süre içerisinde yapılmalıdır. Güçlendirme işleminin usulüne uygun bir şekilde yapılması ile tapudaki riskli yapı kaydının silinmesi talep edilebilecektir. Bu talep, Alt Yapı Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'ne iletilmelidir. Kanun ifadesinde bu aşamaların tümünün tamamlanmasından sonra güçlendirme işleminin yapılabileceği anlaşılrsa da Danıştay, ruhsatın sonradan alınmış olması durumunda da alınan ruhsatın dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir⁴².

Güçlendirme kararının alınması ve bu işlemin yapılması Yönetmelik m.8/5'te *"Riskli yapının yıktırılması yerine güçlendirilmesinin istenilmesi durumunda riskli yapının yıktırılması için ikinci fıkra uyarınca maliklere verilen süreler içerisinde..."* demek suretiyle belli bir süre ile sınırlandırılmıştır⁴³. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre riskli yapının yıktırılması için verilen süre 60 günlük ve ek 30 günlük olmak üzere toplamda 90 günlük bir süredir. Bu durumda bu süre zarfında, yapının yıkılması anına kadar yukarıda açıklanan usule uyulmak suretiyle güçlendirme kararı verilebilecek ve yapı güçlendirme işlemine tâbi tutulabilecektir. Yargıtay güçlendirmenin zorunlu olduğunun mahkemece tespitine ihtiyaç duyulması halinde Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevli olacağını kabul etmektedir⁴⁴.

⁴¹ Gürsel, s. 171; Oy/Nazık s. 89.

⁴² *"Güçlendirme ruhsatının ilgili belediyesinden alınması işlemi hariç yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca aranılan bütün şartların davacılar tarafından Mahkemece karar verilmeden önce yerine getirildiği, güçlendirme ruhsatına ilişkin başvurunun da yapılmış olmasına rağmen ilgili Belediye tarafından ruhsatın ancak Mahkeme kararından sonra (29/09/2016 tarihinde) düzenlendiği, söz konusu güçlendirme ruhsatının ve dayanağı Yönetmelik maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Altıncı Dairesinin 12/06/2019 günlü, E:2019/2475, K:2019/5524 sayılı kararıyla davanın reddine karar verildiği de dikkate alındığında, İdare Mahkemesince, davacılar tarafından temyiz aşamasında alınan güçlendirme ruhsatının da dikkate alınarak yeniden karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır."* (Danıştay, 6. Dairesi, E. 2019/8469, K. 2020/1286, T.11.02.2020) (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>) (E.T:08.12.2020).

⁴³ Özsunay, "Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Trajedisi", s. 492.

⁴⁴ *"Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; dava konusu anataşınmazın tek ada ve tek parsel üzerinde kurulu olup kat mülkiyetine geçildiği ve binanın da henüz yıkılmamış olduğu, davacının talebinin 634 sayılı Kanunun 19/...maddesinde düzenlenen "ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz" hükmüne binaen ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespiti istemine ilişkin olduğu anlaşılma, ihtilafın 634 sayılı Kanunun Ek-... maddesi gereğince, bu kanundan doğan*

b. Yıkım Kararı

Riskli yapının tespiti işleminden sonra kural, bu yapı hakkında yıkım işlemlerinin başlatılmasıdır⁴⁵. Yıkım kararını alma yetkisi öncelikle maliklere tanınmış, maliklerin bu kararı almaması, yıkım işlemini usulüne uygun yerine getirmemesi halinde bu kararı alma yetkisi bakanlık ve idareye verilmiştir⁴⁶. Bu kararın alınması için maliklerin 2/3 çoğunluğunun yıkım kararına onay vermesi gerekmektedir. Maliklerce yapının yıkılabilmesi için yıkım kararının alınması şart olmadığı söylenebilir⁴⁷. 6306 Sayılı Kanun m.5/3'e göre *"Uygulamaya başlanmadan önce, riskli yapıların yıktırılması için, bu yapıların maliklerine altmış günden az olmamak üzere süre verilir. Bu süre içinde yapı, malik tarafından yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek ve tekrar süre verilerek tebligatta bulunulur."* Bu hüküm doğrultusunda yıkım kararı olmaksızın, riskli yapının tespit ettirilmiş olması yıkım işlemini gerçekleştirmek için yeterli kabul edilmektedir⁴⁸.

Yıkım kararının verilmesi veya riskli yapının tespit edilmesi ile yıkım prosedürü işlemeye başlar. Yönetmelik m.8/2-a'ya göre maliklere en az 60 günlük bir süre verilir ve maliklerden bu sürede yapının tahliye edilmesi ve yıktırılması istenir. Maliklere yapılan bu tebligatın ardından maliklerden biri, ilçe belediyesinden yıkım ruhsatı düzenlenmesini talep eder⁴⁹. Yıkım ruhsatının düzenlenebilmesi için öncelikle riskli yapının tahliye edilmiş olması, elektrik su ve doğalgaz bağlantılarının kapatılmış olması gerekmekte ve bu durumların ilgili kurumlardan belge alınmak suretiyle tespit ettirilmiş olması gerekir⁵⁰. Ayrıca yıkım sorumlusu olarak statik fenni mesul tayin edilmiş olmalıdır⁵¹. Maliklerden birinin bu işlemleri başlatması yeterli kabul edilmekte diğer maliklerin bu işlemlerin yapılmasına muvafakat etmeleri aranmamaktadır⁵² (Yönetmelik m.8/2-b).

her türlü uyumsuzluğun değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesince çözümleneceği gözetilmezsizin yargı yolu yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Y. 20. H.D., E. 2017/2606, K. 2018/4856, T.26.02.2018) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T: 11.12.2020)

⁴⁵ Gürsel, s. 167; Celep, s. 142; Şahin, s. 54; Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 163; Şimşek, s. 117; Sönmez, s. 84; Ersöz, s. 139.

⁴⁶ Gürsel, s. 172; Üstün, s. 151; Karadabağ, s. 120; Sezer, s. 385.

⁴⁷ İnal, *Riskli Yapı*, s. 119; İlgezdi, s. 159; Şimşek, s. 73.

⁴⁸ Yönetmelik m.8/1 *"Riskli yapı tespitine karşı yapılan itirazın reddedilmesi veya riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi suretiyle riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde Müdürlük, gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını İdareden ister."*

⁴⁹ Saltık, s. 76; Üstün, s. 152.

⁵⁰ Celep, s. 141; Üstün, s. 152; Çaptuğ, s. 145; Şimşek, s. 72.

⁵¹ Saltık, s. 76.

⁵² İlgezdi, s. 75; Kandaloğlu, s.328.

Anılan hükümde, maliklerce yıkım işleminin yapılması gerektiği ifade edilmiş fakat bu durumda maliklerin binayı nasıl yıktırmaları gerektiği veya yıkımın gerçekleştirilmesi için kiminle anlaşmaları konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple bu konularda maliklerin serbest oldukları, maliklerin diledikleri kişi ile yıkım konusunda anlaşarak binayı yıkabilecekleri kabul edilmelidir. Malikler, binanın nasıl ve kim tarafından yıkılacağı konusunda da anlaşma sağlayarak birlikte karar almış olmalıdırlar. Maliklerin bu kararı da 6306 Sayılı Kanun m.6 kapsamında 2/3 çoğunluk ile almış olmaları gerekmektedir.

c. Yeniden İnşa Kararı

Riskli yapının yıkılması sonucunda ne yapılacağı, yeni yapının inşa edilip edilmeyeceği, nasıl inşa edileceği bu hususta kiminle anlaşma yapılacağı konusunda maliklerce anlaşmaya varılıp bir karar alınmalıdır⁵³. Maliklerin yıkım sonucunda ortaya çıkan hususlarla ilgili karar almaları 6306 Sayılı Kanun m.6/1’de “*riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maliklerin binanın yeniden inşa edilmesine karar vermeleri halinde, bu binayı kimin yapacağına da karar vermeleri gerekmektedir. Malikler binayı bizzat kendileri inşa etmeye karar verebilecekleri gibi binanın bir müteahhit tarafından yapılmasına da karar verebilecektirler⁵⁴. Malikler binayı müteahhitte anlaşarak yaptırmaya karar verirlerse buna bağlı olarak ortaya çıkan diğer hususlar için de karar almaları gerekecektir⁵⁵. Belirtilen bu kararlar, 6306 Sayılı Kanun m.6/1’e göre paydaşların 2/3 çoğunluğu ile alınabilecektir⁵⁶.

⁵³ İnal, *Riskli Yapı*, s. 28; Oy/Nazik, s. 109. Maliklerin yıkılan binayı yeniden inşa edip etmeme konusundaki serbestlikleri öğretide tartışılmaktadır. İNAL, bu durumda kat mülkiyetine tâbi bir binanın yıkılması halinde bu binanın yeniden inşa edilmesinin zorunlu olduğunu, 2/3 çoğunlukla karar alınmış olsa dahi yönde bir uygulamada bulunulamayacağını, istisnaen kat maliklerinin tamamı için binanın yeniden inşası ağır bir yükümlülük getirecekse veya haklı herhangi bir sebepleri varsa bu durumda binanın yeniden inşa edilmeyeceğine dair karar alınabileceğini kabul etmektedir: İnal, *Riskli Yapı*, s. 124.

⁵⁴ İnal, *Riskli Yapı*, s. 28; Oy/Nazik s. 110; İlgezdi, s. 185.

⁵⁵ Oy/Nazik s. 111: Bu hususlar; İnşaatın ne zaman biteceği, müteahhitten alınacak teminat, inşaat yapım sürecinin nasıl işleyeceği, inşaat projesi, kira yardımına başvurma kararı.

⁵⁶ Bilgehan Çetiner, “*Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*”, (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017) sa. 161-179, s. 165; Üstün, s. 162; Beyazkılıç,

Malikler yeniden inşa ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kararları riskli yapının yıkılmasından önce almalıdırlar⁵⁷. Bizce bu karar alma gerekliliği yapının yıkılmasına veya yapı ile ilgili işlemlerin yapılmasına engel olmayacaktır. Yönetmeliğin 8. maddesinde yer alan düzenleme, yapının öngörülen sürelerde maliklerce yıktırılması gerektiğini aksi takdirde idarece yıktırılacağını düzenlemektedir. Bu durumda idare, yapının yıkılmasından sonraki süreçle ilişkin kararlar alınmış olmasa da yapıyı yıkabilecektir. Fakat bu kararların yıkımdan önce alınması maliklerin mülkiyet hakkının ihlalini en alt seviyeye indirecek, sürecin işleyişine dair planlamaların daha doğru yapılmasına ve olası mağduriyetlerin en alt seviyeye çekilmesine katkı sağlayacaktır.

B. İdare Tarafından Alınabilecek Kararlar

Riskli yapının tespit edilmesi ile riskli yapıda ve civarında yaşayan insanların can ve mal güvenliği için bir tehlikenin varlığından haberdar olunmaktadır⁵⁸. İdarenin toplumun can ve mal güvenliğini koruma görevi kapsamında düşünülecek olursa idarenin bu yapı ile ilgili sürece dahil olması bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁹. Çünkü böyle bir tehlikenin olması halinde bu tehlikenin giderilmesi maliklerin inisiyatifine bırakılamaz⁶⁰. Bu sebeple idare, riskli yapının tespiti ile birlikte bu tespitten sonra işleyen süreçte yer alır ve bazı kararları alma konusunda yetkilidir.

a. Kamulaştırma kararı

Kamulaştırma, idarenin kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla ihtiyaç duyduğu taşınmaz malların tamamının veya bir kısmının mülkiyetini maliklerin rızası olmaksızın devralmasıdır⁶¹. Kamulaştırma Kanunu m.8/1'de (KK.) yer alan düzenlemeye göre; *“İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın*

s. 84. Çetiner kararın riskli yapı tespit edilmeden önce alınması halinde oybirliğinin aranacağını söylemektedir: Çetiner, s. 166.

⁵⁷ Gürsel, s. 179; Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 150. 6306 Sayılı Kanun m.6/1: *riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce.*

⁵⁸ Gürsel, s. 193; Sönmez, s. 36.

⁵⁹ İnal, *Riskli Yapı*, s.26; Şahin, s. 55; Şimşek, s. 109; Yalçın, s. 49; Danıştay maliklerin karar alma sürecinde idarenin bu kararın uygulanmasına yardım etme yükümlülüğünün olduğunu kabul etmektedir: *“riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerinin» teşekkülünü sağlamak olduğu, aynı mevzuat çerçevesinde mevcut risk durumunun ilgili idarelerin yardımı doğrultusunda öncelikle maliklerce bertaraf edilmesinin tercih edildiği,”* (Danıştay, 6. Dairesi, E. 2015/5196, K. 2016/7403, T.16.11.2016) (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>) (E.T: 11.12.2020).

⁶⁰ İnal, *Riskli Yapı*, s.29.

⁶¹ Mustafa Ersönmez, *Acele Kamulaştırmanın Kentsel Dönüşümdeki Rolü*, (Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi SBE, Mersin, 2018) s. 21; Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 222.

alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.” Bu madde doğrultusunda, riskli yapının tespit edilmesi halinde idare söz konusu yapıyı satın alma usulü ile kamulaştırabilecektir⁶². Riskli yapının kamulaştırılmasına ilişkin Belediye Kanunu’nda da (BK) bir düzenleme yer almaktadır. BK m. 73/5’ e göre; “*Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır.*” Bu iki düzenleme ile idarenin kamulaştırma yoluna gitmeden önce satın alma usulüne başvurması gerektiği düzenlenmiş olmaktadır.⁶³

Riskli yapı yıkılmadan önce veya yıkıldıktan sonra kamulaştırılabilir. 6306 Sayılı Kanun m.6/3’te yer alan; “*Anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların*” ifadesine göre riskli yapı maliklerin anlaşması ile tahliye edilip yıkılacak aksi halde kamulaştırılabilecektir. Riskli yapının kamulaştırılmasına ilişkin olarak 6306 Sayılı Kanun m.6/2’de riskli yapının yıkılmasından sonra da arsanın kamulaştırılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre binanın yıkılması ile maliklere bir tebligat yapılır. Maliklerin yıkım sonrası ortaya çıkan hususlarda anlaşmaya varmaları, aksi halde idarece söz konusu arsanın kamulaştırılacağı bildirilir⁶⁴. Bu tebligatın üzerinden 30 gün geçmesine rağmen maliklerce 2/3 çoğunluk ile anlaşma sağlanamazsa idare, kamulaştırma yoluna gidebilecektir. Hükmün devamında bu madde kapsamında yapılan kamulaştırmaların iskan amacıyla yapılmış olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Aslında riskli yapıların kamulaştırılması durumunda iskan amacıyla birlikte maliklerin gerekli çoğunluğu sağlayarak karar verememesi durumunda dönüşüm sürecinin sekteye uğramasına engel olmak, kararların daha hızlı alınması ve sürecin duraklama olmaksızın ilerlemesi amacı taşıdığı da açıktır⁶⁵.

b. Acele Kamulaştırma Kararı

Acele Kamulaştırma; olağan kamulaştırma işleminin yapılması halinde işleyen süreçlerinin söz konusu olmadığı, doğrudan tespit edilen bedelin ödenmesi ile söz konusu taşınmazın mülkiyetinin idare tarafından devralındığı kamulaştırma türüdür⁶⁶ (KK. m. 27). Taşınmazın bu şekilde kamulaştırılması özel durumların olması halinde söz konusu olmaktadır⁶⁷.

⁶² Ömer Can Ergüven, *Kamulaştırma Kanununa Göre Kamulaştırmada Satın Alma Usulü*, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2013) s. 2; Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden*, s. 225; Çetiner, s. 167; Üstün, s. 171; Yasin, s. 125; Saraç, s. 154.

⁶³ Ergüven, s. 45. Satın alma usulüne başvuru sonucunda gerçekleşen satın alma işlemi özel hukuktaki bir satım sözleşmesi olarak değerlendirilmemektedir. Burada bir kamulaştırma işlemi söz konusudur: Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergüven, s. 68.

⁶⁴ Saltık, s. 153.

⁶⁵ Gürsel, s. 193.

⁶⁶ Ersönmez, s. 35; Gürsel, s. 193; Karadabağ, s. 129; Şahin, s. 56; Karaaslan, s. 354.

⁶⁷ Ersönmez, s. 36; Saltık, s. 153; İlgezdi, s. 169; Şahin, s. 57; Karaaslan, s. 355; Derindere, s. 103.

Riskli yapılarla ilgili acele kamulaştırma kararı alınabileceği 6306 Sayılı Kanun m.6/2’de “*acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir*” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Acele kamulaştırma kararı alma yetkisi ÇŞB, TOKİ ve ilgili idareye aittir (6306 Sayılı Kanun m.6/2). Bu kararın alınabilmesi için riskli yapıya ilişkin gerekli kararların alınamaması kamu hizmetlerinin yürütülmesine engel olmalı, kamu yararı bakımından bir gereklilik söz konusu olmalı⁶⁸, olağanüstü bir durum sebebiyle kamulaştırmanın ivedilikle yapılması gerekmektedir⁶⁹. Fakat uygulamada acele kamulaştırmanın daha az masraf gerektirmesi ve sürecin daha hızlı ve daha rahat gerçekleşmesi sebebiyle kanunda sayılan şartlar gerçekleştirilmeden de olağanüstü kamulaştırma yoluna gitmek yerine acele kamulaştırma yoluna başvurulduğu görülmektedir⁷⁰. Bu durum mahkeme kararlarında acele kamulaştırmanın iptaline sebep olarak kabul edilmiştir⁷¹.

⁶⁸ Karadabağ, s. 130; Şahin, s. 57; “Ayrıca mülkiyet hakkının, korunması gereken temel insan hakları arasında kabul edildiği, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde mülkiyet hakkını korumaya yönelik düzenlemelere yer verilerek bu düzenlemelerde mülkiyet hakkına müdahalelerin olabileceğinin öngörüldüğü, ancak bu müdahalelerde **kamu yararı gerekçesi, kanuni düzenleme zorunluluğu ve ölçülülük** ya da **orantılılık** gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin varlığının dikkate alınması gerektiği, aksi takdirde müdahalenin mülkiyet hakkı ihlaline neden olacağının Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla da açıkça ortaya konulduğu bilinmektedir.” Danıştay, 6. Dairesi, E. 2015/461, K. 2015/7990, T. 29.12.2015) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T: 11.12.2020).

⁶⁹ Danıştay kararlarında ivedilik şartının gerçekleşmiş olduğu kararda belirtilen durumlarda kabul edilmektedir: “Uyuşmazlıkta, **acele kamulaştırmaya yönelik Bakanlar Kurulu kararının dört ayrı sebebe dayalı bulunduğu; bu sebeplerden birincisinin, alanda riskli yapılar olduğu ve bu riskli yapı stoğu içinde yaşayan nüfusun can ve mal güvenliğinin sağlanması, riskli yapılardan kaynaklanacak afet risklerinin azaltılması ve nihayetinde ortadan kaldırılması, ikincisinin, ülkemizin ve dünyanın kültürel zenginlikleri arasında yer alan sur içi bölgesinin bu nitelik ile bağdaşmayan, yapı ve kültür bütünlüğünü bozan veya kültürel varlıkları tahrip eden yapıların dokuya uyumlu hale getirilmesi, üçüncüsünün, alanda mevcut kültür varlıklarının restorasyon, bakım, onarım, güçlendirme ve iyileştirme çalışmalarının yapılması, dördüncüsünün de terör olayları sonucu zarar gören yapıların yıkım ve yenileme işlemlerinin gerçekleştirilmesi olduğu**, bu dört sebebin birlikte, birbirleriyle koordineli bir biçimde, altyapıları da ele alınmak suretiyle ve bir an önce uygulamaların gerçekleştirilebilmesi için acele kamulaştırma kararının alındığı ve bu haliyle Kamulaştırma Kanununda öngörülen **acelelik halinin** dava konusu Bakanlar Kurulu kararı yönünden gerçekleşmiş bulunduğu görülmektedir.” (Danıştay, 6. Dairesi, E. 2016/8942, K. 2017/2166, T. 30.03.2017) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T: 11.12.2020).

⁷⁰ Kaplan, **İdare Hukuku Yönünden**, s. 232.

⁷¹ “hak sahiplerinin sayısı ve hisseleri oranında **üçte iki çoğunluğun sağlandığı**, ayrıca 28.02.2014 tarihli protokol uyarınca gerekli yıkımların yapıldığı belirtilmiştir. Uyuşmazlıkta, davalı idarece verilen bilgiler ışığında, riskli alan üzerindeki binaların yıkılarak arsa hâline getirildiği, aynı zamanda 6306 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasında uygulama işlemleri için paydaşların hisseleri oranında aranan en az üçte iki çoğunluk nisabının sağlandığı beyan edildiğine göre “Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma

c. Yıkım Kararı

Riskli yapının yıkımına malikler karar verebileceği gibi, maliklerin karar vermemesi, yıkım işlemlerini gereken sürede başlatmaması halinde idare tarafından da yıkım kararı verilebilecek ve yıkım gerçekleştirilebilecektir⁷². İdare tarafından yıkım kararını vermeye yetkili makam 6306 Sayılı Kanun m.5/3'te mülki idari amir olarak düzenlenmiştir⁷³. İlgili düzenlemeye göre yıkım işlemine ilişkin işlemler “*mahallî idarelerin de iştiraki ile mülki amirler tarafından yapılır veya yaptırılır.*” Bu durumda yıkım kararının da mülki amirler tarafından alınabileceği kabul edilebilir⁷⁴.

İdare, maliklere en az 60 ve ek 30 günlük süre olmak üzere toplam 90 günlük bir süre verir ve bu sürede riskli yapının yıkılması gerektiğini bildirir. İdare tarafından bu yıkımın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği mahallinde incelenir⁷⁵. Yıkım işleminin gerçekleştirilmemiş olması halinde belediyenin talebi ile binanın elektrik, su ve doğalgaz bağlantılarının kesilmesi ilgili kurumlardan istenir, bu isteğin yerine getirilmesinden sonra riskli yapı idare tarafından yıktırılır⁷⁶.

İdarenin yıkım kararını vermeye yetili kılınmış olması, akla idarenin riskli yapı hakkında güçlendirme kararı alıp alamayacağı sorusunu getirmektedir. Kanun, yapının riskli olduğunun tespiti sonrasında maliklerin riskli yapıyı yıkmaması durumunda idarenin yapıyı yıkabileceğini düzenlemektedir. Bu aşamada riskli yapı yıkılmadan maliklerin güçlendirme kararı alabilecekleri düzenlenmektedir (Yönetmelik m.8/5). Güçlendirme kararının ve güçlendirme kararına ilişkin işlemlerin malik tarafından yapılacağı öngörüldüğünden ve başka herhangi bir düzenlemede idarenin bu kararı alabileceği düzenlenmediğinden idarenin güçlendirme kararı alamayacağı savunulabilir. Fakat idarenin, riskli yapıya ilişkin yıkım kararı almaya yetkili iken, yapıya etkisi ve mülkiyet

*sağlanamaması” hâlinde hüküm ifade eden ve riskli alan içerisinde yer alan taşınmazların idarelerce acele kamulaştırılmasına imkan sağlayan aynı maddenin ikinci fıkrası uygulama alanı bulamamakta, usulüne uygun olarak tebliğ edilerek, yeterli karar nisabının alındığı toplantıya yada karara katılmadığı resmi belge ile kanıtlanan kişilere ait hisselerden kaynaklanan uygulama problemlerinin birinci fıkra uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, 6306 sayılı Kanun’un **ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi imkanı bulunmayan** mezkur “riskli alan” içerisinde davalı idareye tanınmış bir kamulaştırma yetkisi bulunmadığı anlaşılmış olup, dava konusu edilen kamulaştırmaya ilişkin Belediye Encümeni kararında hukuka uyarlık, temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır” (Danıştay, 6. Dairesi, E. 2015/5196, K. 2016/7403, T. 16.11.2016) (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T: 11.12.2020).*

⁷² Gürsel, s. 174; Üstün, s. 151; Ersöz, s. 138.

⁷³ Bilgehan Çetiner, bu kararı vermeye yetkili makamın Müdürlük olduğunu söylemektedir: Çetiner, s. 162; Karadabağ, s. 121; Oy/Nazik s. 107.

⁷⁴ Saltık, s. 77.

⁷⁵ Gürsel, s. 172; Üstün, s. 153; Şimşek, s. 72; Saraç, s. 112.

⁷⁶ Saltık, s. 76.

hakkının ihlal bakımından çok daha hafif sonuçlar doğuran⁷⁷ güçlendirme kararını almaya yetkili olmadığını kabul etmek tutarlı olmayacaktır. Bizce riskli yapının yıkımına karar verebilen idarenin, yapının güçlendirilmesine de karar verebilmesi hatta yıkım kararı vermeden önce mutlaka güçlendirme kararının alınıp alınamayacağını değerlendirmesi gerekmektedir.

III. RİSKLİYAPININ TESPİTİ ÜZERİNE AKDEDİLEBİLECEK SÖZLEŞMELER

Riskli yapının tespit edilmesi üzerine maliklerce veya idarece bazı kararlar alınmaktadır. Bu kararların uygulanması çoğu zaman bir sözleşmenin akdedilmesini ve bu kararların akdedilen sözleşme kapsamında yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bu doğrultuda maliklerce verilen güçlendirme, yıkım ve yeniden inşa kararlarının uygulanması bakımından hangi sözleşmelerin akdedilebileceğini, ayrıca maliklerin idare ile anlaşmaları durumunda⁷⁸ hangi sözleşmelerin akdedilebileceğini her bir sözleşmenin başlığı altında inceleyeceğiz.

Yapının riskli yapı olarak tespit edilmesi halinde maliklerin yapının sicilinde bulunan her türlü ayni ve şahsi hakkı devam edeceğinden, yapı üzerindeki tasarruf yetkileri de devam edecektir⁷⁹. Bu sebeple malikler yapı üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabileceklerdir. Riskli yapının bir sözleşmeye konu olabilmesi için maliklerin bu yönde anlaşmış olmaları gerekmekte olup anlaşmanın hangi çoğunluk ile kabul edilebileceği ise üzerinde tartışılması gereken bir konudur.

Akdedilebilecek sözleşmeler bakımından genel bir açıklama yapmak gerekirse; öncelikle yapı malikleri, mülkiyet hakkı kapsamında maliki oldukları mal üzerinde serbestçe tasarruf edebilir ve bu doğrultuda diledikleri gibi karar verebilirler. Yapı üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkının bulunması halinde alınan kararlar her zaman bütün maliklerin ortak iradesine, oy birliğine dayanmayabilir. Bu doğrultuda, 6306 Sayılı Kanun m. 6/1-c.7’de 2/3 çoğunluk öngörülmüştür. Ancak bu çoğunluk ile her türlü kararın alınabileceğini kabul etmek mülkiyet hakkı ile bağdaşmayacaktır⁸⁰. Mülkiyet hakkı, Anayasa m. 35 gereği ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunla sınırlandırılabilir. Burada her ne kadar bir kanun hükmü bulunsun da kamu yararının olduğunu kabul etmek güç olacaktır. Riskli yapının tespiti ve yıkımı konusunda toplum için risk yaratan bir durumun söz konusu olması sebebiyle bu hallerde kamu yararının varlığını kabul etsek de riskli yapının yıkımı ile bu riskin ortadan kalktığını ve

⁷⁷ Gürsel, s. 169; Celep, s. 143; Şahin, s. 55; Akbey Erdidal, s. 104; Yalçın, s. 107.

⁷⁸ İnal, *Riskli Yapı*, s. 23; Özsunay, “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler”, s. 21.

⁷⁹ İlgezdi, s. 76; Gürsel, s. 195; Açıkça, s. 54.

⁸⁰ İnal, *Riskli Yapı*, s. 29.

kamu yararı şartının da bununla birlikte eksik kaldığını kabul etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda mülkiyet hakkına müdahalenin sınırlarının iyi çizilmesi gerekir.

Riskli yapının tespiti ve gereken işlemlerin yapılması sonrasında nasıl bir yol izleneceği mülkiyet hakkını ilgilendiren bir durumdur. Malikler ikinci bölüm altında incelenen kararları aldıktan sonra bu kararı uygulayabilmek için sözleşme yapmak durumunda kalabilirler. Bu durumda söz konusu sözleşmelerin yapılabilmesi için gereken çoğunluğun ne olacağı hususu üzerinde durulmalıdır. Biz bu durumda sözleşmenin yapılması için aranan çoğunluğun, sözleşmenin mülkiyet hakkına etkisi esas alınarak karar alma süreçleri ayrı değerlendirmelere tâbi tutulmalıdır. Sözleşmenin konusu, içeriği ve doğurduğu sonuçlar, maliklerin mülkiyet hakkını etkileyen bir durum yaratmıyorsa sözleşmenin yapılması için 6306 Sayılı Kanun'da öngörülen 2/3 çoğunluk yeterli olacaktır. Fakat mülkiyet hakkını etkileyen bir durum söz konusu olursa bu çoğunluk yeterli kabul edilemeyecektir.

Birden fazla malikin olması ve bu maliklerin tek bir kararda birleşemeyip oybirliğini sağlayamadıkları durumlarda, alınan karar her bir malikin mülkiyet hakkını etkilediğinden, maliklerin mülkiyet hakları çatışmaktadır. Maliklerden her birinin mülkiyet hakkı eşit seviyede korunduğundan bunlardan birine üstünlük tanımak doğru olmayacaktır. Bu durumda uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla hâkime başvurmak gerekecektir. Hâkim, tarafların subjektif durumu, ekonomik menfaatlerinin dengesi, sosyal durumları gibi objektif esasları dikkate alarak hayatın olağan akışı gereği ve dürüstlük kuralı doğrultusunda en makul şekilde uyuşmazlığı çözmeli ve bu doğrultuda karar vermelidir. Maliklerin riskli yapının tespiti sonrasında verdikleri karar doğrultusunda yapabilecekleri sözleşmelerin bir kısmı aşağıda incelenmiştir, bu sözleşmelerin hangi çoğunluk ile yapabilecekleri, belirtilen genel açıklamalar kapsamında her bir sözleşme için özellik arz eden durumlar ilgili sözleşme başlığında belirtilmek üzere açıklanacaktır.

A. Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesi, satıcının satılan malın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcının da bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir⁸¹. Satıcının zilyetliğini ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği mal,

⁸¹ Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2019) s. 26; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri*, (11. Baskı, Ankara, Yetki Yayınları, 2018) s. 65; Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018) s. 29; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, (4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019) s. 14; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (4. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2019) s. 124; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı*, (Ankara, 2019), s. 15; Eren, s. 26; Kılıçoğlu, s. 35.

arazi veya tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hak veya KMK'na göre bağımsız bir bölüm ise bu durumda taşınmaz satış sözleşmesi söz konusu olur⁸². Taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekil şartına bağlı olarak yapılır⁸³. Tapu Kanunu m.26'ya göre bu sözleşme tapu sicil müdürlüğünde yapılmalıdır.

Riskli yapı tespiti üzerine satış sözleşmesinin yapılması birçok durumda karşımıza çıkabilir. Öncelikle yapı henüz yıkılmamışken riskli yapı olduğunun tespit edilmesi halinde söz konusu riskli yapı satış sözleşmesine konu olabilir. Riskli yapının yıkılmış olması halinde ise geriye kalan arsa da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir⁸⁴. Bu son durumda satış öncelikle bakanlığa, bakanlığın uygun gördüğü kuruluşlara, idareye veya TOKİ'ye teklif edilmelidir (Yönetmelik m.15/5). İNAL, riskli yapılar bakımından taşınmazın satışının ancak haklı bir sebebin bulunması veya tüm maliklerin oybirliği ile karar alınmış olması halinde mümkün olduğunu savunur⁸⁵. Bizce yapının satılması kararının alınması ile malikler satıma karar vermiş oldukları bu sözleşmenin kiminle yapılacağı, sözleşmenin şartlarının ne olacağı gibi hususlarda oybirliğinin aranması yerinde olmayacaktır. Bu durumda satış kararı alınmış olursa mülkiyet hakkını etkileyen karar verilmiş olacağından bunun dışındaki hususlarda 2/3 çoğunluğun sağlanması yeterli kabul edilmelidir.

B. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi, TBK m.470'te düzenlenmiştir. Buna göre; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Kanunda yer alan meydana getirme ifadesi, yeni bir eserin yapımını, değiştirilmesini ve ortadan kaldırılmasını kapsamaktadır⁸⁶. Bu kapsamda riskli yapı malikleri yapının salt yıkımı amacıyla bir özel hukuk kişisi ile anlaşma gereği⁸⁷ duydukları takdirde bu kişi ile yapacakları sözleşme, eser sözleşmesi olacaktır⁸⁸. Malikler riskli yapıya ilişkin yeniden inşa kararı almaları halinde eser sözleşmesi kapsamında; inşaatın plan ve projelerinin yapılması amacıyla tekil mimarlık sözleşmesi,

⁸² Eren, s. 177; Kılıçoğlu, s. 113; Yavuz, s. 122; Aral/Ayrancı, s. 185; Zevkliler Gökyayla, s. 58; Aydoğdu/Kahveci, s. 105; Gümüş, s. 116.

⁸³ Eren, s. 181; Kılıçoğlu, s. 115; Yavuz, s. 125; Aral/Ayrancı, s. 187; Zevkliler Gökyayla, s. 60; Aydoğdu/Kahveci, s. 107; Gümüş, s. 117; Serozan, s. 250.

⁸⁴ İnal, *Riskli Yapı*, s. 129; Sönmez, s. 85; Çetiner, s. 174.

⁸⁵ İnal, *Riskli Yapı*, s. 130.

⁸⁶ Eren, s. 602; Zevkliler Gökyayla, s. 466; Gümüş, s. 326.

⁸⁷ Şimşek, s. 73; Şimşek, s. 73.

⁸⁸ Doruk Gönen, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, (1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2016) s. 8: “*mevcut bir yapının yıkılması işi de somut olay şartlarında eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilirse de bu şekilde salt yıkımı amaçlayan, inşai hiçbir yön içermeyen bir sözleşmenin inşaat sözleşmesi olarak kabul edilmesi oldukça güçtür.*” Eren, s. 603.

inşaatın yönetim ve denetim işlerinin yapılması amacıyla inşaat yönetim sözleşmesi, inşaatın plan projeleri, ihale ve maliyet hesapları ve denetim ve yönetim işlerinin tamamı için tam mimarlık sözleşmesi yapabilirler⁸⁹.

Yukarıda yapılan genel açıklamalar doğrultusunda eser sözleşmesi, maliklerce alınan kararın uygulanması amacıyla yapıldığından mülkiyet hakkını etkilememektedir. Bu sebeple maliklerin 2/3 çoğunluğu ile bu sözleşme imzalanabilecektir. Yani evin yıkımına karar verilmişse yıkım kararı doğrultusunda yapılacak eser sözleşmesi, 2/3 çoğunluk ile yapılabilecektir.

C. İnşaat Sözleşmesi

İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin bir inşa eseri meydana getirmeyi üstlendiği, eser sözleşmesinin türü olan bir sözleşmedir⁹⁰. Bir binanın tamamen ve kısmen inşa edilmesi, binaya çeşitli ekleme ve çıkarmaların yapılmalarıyla değiştirilmesi veya onarılması halleri de inşa eseri kavramı kapsamında değerlendirilmektedir⁹¹. Bu doğrultuda riskli yapı maliklerinin güçlendirme kararı almaları sonucunda yapılacak güçlendirme işlemleri yapının onarılmasına ilişkin olduğundan bu işlemlerin yapılması amacıyla bir özel hukuk kişisi ile yapılan sözleşme inşaat sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Riskli yapı malikleri yeniden inşa kararı almaları halinde bina tamamen inşa edilecek veya yıkılıp yeniden inşa edilecektir. Bu durumda maliklerin bu işlemlerin yapılması amacıyla müteahhitle anlaşmaları halinde yapılan sözleşme inşaat sözleşmesi olacaktır⁹². İnşaat sözleşmesi, mülkiyet hakkını etkilemediğinden maliklerin 2/3 çoğunluğu ile yapılabilecektir.

D. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler içeren bir bina yapmayı üstlenmesi ve bunun karşılığında arsa üzerindeki ve arsadaki belli payların mülkiyetini kazanmasını içeren sözleşmedir⁹³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekil şartına

⁸⁹ Eren, s. 601.

⁹⁰ İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2013) s. 45; Hasan Erman, “*İnşaat Hukukunun Genel Esasları*”, (*İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, Ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, sa.1-8) s. 3; Gönen, s. 5; Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, (1. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1987) s. 4; Köksal Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi*, (1. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2014) s. 27; Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, (1. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017) s. 4.

⁹¹ Gönen, s. 8; Seliçi, s. 6; Kocağa, s. 26; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 3.

⁹² İnal, *Riskli Yapı*, s. 133.

⁹³ İlker Hasan Duman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018) s. 13; Emrehan İnal, *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, (2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık,

tâbidir⁹⁴. Riskli yapının tespiti ile uygulamada en sık yapılan sözleşme arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Maliklerin bu sözleşmeyi yapabilmek için inşaatın kapsamı, boyutu, nitelikleri ve inşaatın yapılmasının karşılığında hangi bağımsız bölümlerin verileceği, verilecek bu bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa payı oranının ne olacağı hususlarında da anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir⁹⁵. Malikler müteahhide bina yapımı karşılığında inşa edilecek bağımsız bölümlerin satılmasından elde edilecek geliri paylaşmayı taahhüt ederek gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi⁹⁶, kira veya intifa hakkı tanımak suretiyle yapılan binanın kullanımını bırakmayı taahhüt ederek kullanım karşılığı inşaat sözleşmesi⁹⁷ yapabileceklerdir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilebilmesi için aranan çoğunluk⁹⁸, sözleşmenin içeriği esas alınarak farklı oy çoğunluklarına tâbi tutulmalıdır. Örneğin, sözleşmede yer alan bağımsız bölüm sayısı veya maliklerin sahip olduğu bağımsız bölüme bağlı arsa payı miktarı⁹⁹ hususları doğrudan mülkiyet hakkı kapsamında olduğundan ve mülkiyet hakkını doğrudan etkilediğinden bu hususlarda oybirliğinin sağlanması aksi takdirde uyumsuzluğun hâkim tarafından çözülmesi yoluna başvurulması gerekmektedir. Bunun dışında mülkiyet hakkını etkilemeyen hususlar için maliklerin 2/3 çoğunluk ile sözleşmeyi yapmaları yeterli kabul edilmelidir.

E. İdare ile Akdedilebilecek Sözleşmeler

İdare ile yapılacak sözleşmeler kapsamında incelenecek ilk sözleşme satış sözleşmesidir¹⁰⁰. İdarenin alabileceği kamulaştırma kararına ilişkin başlıkta açıklandığı üzere idare, olağan kamulaştırma yoluna başvurmadan önce satın alma yolunu deneyerek maliklerle anlaşmaya çalışmalıdır. Bu doğrultuda idare

2011) s. 143; İnal, *Riskli Yapı*, s. 134; Erman, s. 6; Yavuz, s. 591; Kılıçoğlu, s. 493; Aydoğdu/Kahveci, s. 464; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s. 56; Sarı, s. 162; Gönen, s. 14: Bu sözleşmede arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak, işsahibi yapının yapılması karşılığında arsa payı yerine inşaat ücretini ödeme borcu altına girmektedir.

⁹⁴ Kılıçoğlu, s. 498; Aydoğdu/Kahveci, s. 470; Duman, s. 14; Yavuz, s. 598: Resmi şekil şartını yerine getirebilecek kurum kural olarak tapu memuru olmakla birlikte noterler tarafından da bu şart yerine getirilebilecektir.

⁹⁵ Adem Yelmen, *Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, (Ankara, Yetkin Basımevi, 2018) s. 35; Duman, s. 45; İnal, *Riskli Yapı*, s. 136

⁹⁶ Yelmen, s. 32; Duman, s. 81; İnal, *Riskli Yapı*, s. 137; Kılıçoğlu, s. 503; Yavuz, s. 606; Sönmez, s. 85; İnal, *Gelir Paylaşımli*, s. 150.

⁹⁷ İnal, *Riskli Yapı*, s. 139.

⁹⁸ Öğretide, 2/3 çoğunluğu yeterli kabul eden bir görüş yer almaktadır. Çetiner, s. 177.

⁹⁹ İnal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılması ile müteahhide bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payı verileceği taahhüt edildiğinden bütün maliklerin, sözleşme yapma kararının alınması ile arsa payı oranlarının azalmasına rıza göstermiş olduklarını söylemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: İnal, *Riskli Yapı*, s. 137.

¹⁰⁰ Yasin, s. 125.

olağan kamulaştırma kararı almadan önce başvurduğu satın alma yolunda başarılı olur ve maliklerle anlaşabilirse bu durumda malikler ile idare arasında satış sözleşmesi yapılabilir. Bu durum riskli yapının tespit edilmesi halinde de aynen geçerlidir. Bu halde de idare yapı malikleri ile anlaşarak malı satın alabilir¹⁰¹.

Malikler, riskli yapının dönüştürülmesine ilişkin olarak 2/3 çoğunlukla karar almış olurlarsa bu durumda karara katılmayan maliklerin payları idare tarafından açık artırma usulü ile karara katılan maliklere satılabilecektir (6306 Sayılı Kanun m.6/1)¹⁰². Bu durumda da idare ile payı satın alan malik arasında açık artırma usulüne uygun olarak satış ilişkisi söz konusu olacaktır. Maliklerden herhangi biri ile satışın yapılamaması halinde mal idarenin adına tescil edilir¹⁰³. Daha önce açıkladığımız üzere satış sözleşmesi esaslı unsurlar üzerinde karşılıklı irade uyuşması ile kurulabilecektir. Söz konusu kazanım halinde esaslı unsurlar üzerinde de anlaşılmış olmadığı gibi malikin iradesi de söz konusu değildir. Bu sebeple bu durumda bir satış sözleşmesinin olduğu kabul edilemez¹⁰⁴.

SONUÇ

6306 Sayılı Kanun'un uygulama alanına dahil hallerden biri riskli yapının söz konusu olması halidir. Riskli yapı, yapının ağır hasar görme veya yıkılma tehlikesinin veya ekonomik ömrünün dolmuş olduğunun yetkili kurum ve kuruluşlarca tespit edilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu tespit maliklerin, maliklerin talep etmemesi halinde idarenin talebi ile yapılmaktadır. Maliklerin tespit talebinde bulunabilmek için hangi çoğunlukla hareket etmesi gerektiği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bizce, maliklerden her biri riskli yapının tespiti talebinde bulunabilmelidir.

Yapının riskli yapı olarak tespit edilmesi durumunda bu riskin bertaraf edilebilmesi amacıyla maliklerce bazı kararların alınması gerekmektedir. Söz konusu risk, güçlendirme veya yıkım yoluyla ortadan kaldırılabilecektir. Yıkım yolu kanunda öncelikle uygulanacak bir yol olarak düzenlenmiş olmakla birlikte güçlendirme kararına nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir yol olarak gündeme gelmektedir. Yıkım kararının verilmesi ve yıkım işleminin gerçekleşmesi ile ortaya çıkan durumda nasıl bir yol izleneceğine, yeniden bir bina inşa edilip edilmeyeceğine, binanın inşa edilmesine karar

¹⁰¹ Kurşat, *Özel Hukuk Alanındaki Etkiler*, s. 39; Oy/Nazik s. 82.

¹⁰² Özsunay, *"Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Trajedisi"*, s. 495; Saltık, s. 112; İlgezdi, s. 163; Gürsel, s. 186; Üstün, s. 165; Karadabağ, s. 128; Çaptuğ, s. 152; Kandaloğlu, s. 332; Oy/Nazik s. 80; Beyazkılıç, s. 100.

¹⁰³ Şahin, s. 56; Kandaloğlu, s. 334.

¹⁰⁴ Kurşat, *Özel Hukuk Alanındaki Etkiler*, s. 44.

verilmesi halinde bu binanın kim tarafından nasıl inşa edileceğine ve ne kadar sürede inşa edileceği gibi bütün hususlara ilişkin karar alınması gerekecektir. Sayılan bütün bu kararları almak, maliklerin yetkisi dahilindedir. Fakat bazı hallerde maliklerin riskin bertaraf edilmesi hususunda gereken kararları almaması halinde idare de re'sen yıkım kararı alabilecek, yıkım işlemlerini gerçekleştirebilecektir.

Malikler, riskli yapıya ilişkin riskin bertaraf edilmesi amacıyla nasıl bir yol izleyeceklerine karar verdikten sonra, bu kararın uygulanması amacıyla bazı sözleşmeler yapma gereği duyabileceklerdir. Bu durumda bu sözleşmeleri özel hukuk kişileri ile yapabilecekleri gibi idare ile de yapabileceklerdir. Maliklerin yapabilecekleri sözleşmeler almış oldukları karara göre; satış sözleşmesi, eser sözleşmesi, inşaat sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olabilecektir. Bununla birlikte malikler, idare ile anlaşarak riskli yapının veya yıkım sonrasında kalan arsanın idareye satışı konusunda da satış sözleşmesi yapabileceklerdir.

KAYNAKÇA

- Açıkcı, Beşir: *6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Riskli Alanlara Yönelik Paylaşım Modelleri ve Bir Model Örneği*, (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019).
- Akbey Erdidal, Didem: *6306 Sayılı Kanuna Dayalı Riskli Alan ve Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019).
- Aral, Fahrettin/Hasan Ayrancı: *Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri*, (11. Baskı, Ankara, Yetki Yayınları, 2018).
- Aydoğdu, Murat/ Nalan Kahveci: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Ders Kitabı*, (1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019).
- Beyazkılıç, Yeşim: *Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017).
- Bilke, Efe: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2019).
- Celep, Ayça Ebru: *Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye veya Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2018).
- Çakır, Halil Burak: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018).
- Çaptuğ, Mehpare: *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016).

- Çetiner, Bilgehan: “*Kentsel Dönüşüm Kapsamında Akdedilen Sözleşmelerin Kuruluşunun Tâbi Olduğu Hukuki Rejim*”, (*İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, sa. 161-179).
- Derindere, Ahmet Melik: *Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kavramı*, (Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2014).
- Duman, İlker Hasan: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019).
- Ergüven, Ömer Can: *Kamulaştırma Kanununa Göre Kamulaştırmada Satın Alma Usulü*, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2013).
- Erman, Hasan: “*İnşaat Hukukunun Genel Esasları*”, (*İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, sa.1-8).
- Ersönmez, Mustafa: *Acele Kamulaştırmanın Kentsel Dönüşümdeki Rolü*, (Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi SBE, Mersin, 2018).
- Ersöz, Kürşat: “*Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı*”, (*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 3, 2015, sa. 103-149).
- Gönen, Doruk: *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, (1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2016).
- Gümüş, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, (4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019).
- Gürsel, Esin: *Kentsel Dönüşüm 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlara Riskli Yapı ve Hukuki Rejim*, (Ankara, Adalet Yayınları, 2018).
- İlgezdi, Ali Rıza: *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019).
- İnal, Emrehan: *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017).
- İnal, Emrehan: *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi*, (2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011).
- Kandaloğlu, Nihat: *Kentsel Dönüşüm*, (İstanbul, Ege Basım, 2016).
- Kaplan, İbrahim: *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2013).

- Kaplan, Onur: *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017).
- Karaaslan, Mehmet: “*Diyarbakır Suriçi Bölgesinin Yeniden İnşası ve Hukuki Boyutu*”, (Dicle Üniversitesi HFD, C.23, S.39, 2018, sa.335-373).
- Karadabağ, Hakan: *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, (Legal Yayınevi, 2020).
- Kocağa, Köksal: *İnşaat Sözleşmesi*, (1. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2014).
- Kurşat, Zekeriya: *İnşaat Sözleşmesi*, (1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017).
- Kurşat, Zekeriya: “*6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri*, (Kentsel Dönüşüm Hukuku, ed: Melikşah Yasin/Cenk Şahin, İstanbul, Görsel Dizayn Ofset Matbaacılık, 2013, sa. 19-48).
- Oy, Osman/ Selahattin nazik: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı-Riskli Alan ve Riskli Yapılar*, (2. Baskı, Beta Yayınevi, 2016).
- Özsunay, Ergun: “*Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi*”, (İnşaat Hukuku ve Uygulaması, ed: Emrehan İnal/Başak Baysal, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2017, sa.471-504).
- Özsunay, Ergun: “*6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler*”, (İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S. 6, 2014, sa. 15-51).
- Saltık, Şenol: *Kentsel Dönüşüm*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Saraç, Murat: *Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukuki Sorunlar*, (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2014).
- Seliçi, Özer: *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, (1. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1987).
- Serozan, Rona: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (4. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2019).
- Sezer, Yasin: *Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2015).
- Sönmez, Muhammet: *6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Uygulamaları ve Getirdiği Sorunlar ile Çözüm Önerileri*, (Yüksel Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018).
- Şahin, Cenk: “*Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler*”, (Kentsel Dönüşüm Hukuku, ed: Melikşah Yasin/Cenk Şahin, İstanbul, Görsel Dizayn Ofset Matbaacılık, 2013, sa. 49-70).

- Şimşek, Suat: *Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, (2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Üstün, Gül: *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, (İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2014).
- Yalçın, Yasemin: *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Mülkiyet Hakkı Sınırlamaları*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018).
- Yasin, Melikşah: “*Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu*”, (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.60, 2005, sa. 105-137).
- Yavuz, Cevdet: *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2019).
- Yelmen, Adem: *Asgari Gelir Taahhüdü İhtiva Eden Arsa Payı Karşılığı Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, (Ankara, Yetkin Basımevi, 2018).
- Zevkliler, Aydın/Emre Gökyayla: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018).

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DAYANIŞMA AİDATI ÖDEYEREK YARARLANMANIN BAŞLANGICI -ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ-

*Beginning of Benefiting from Collective Labour Agreement by Paying
Solidarity Dues -Thoughts on the Decision of Constitutional Court-*

İmge Hazal YILMAZ*

Geliş Tarihi: 22.03.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak taraf işçi sendikasına üye işçiler yararlanır. Ancak sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanmasının kabulünün sendikal özgürlüklere zarar verici nitelikte olması sebebiyle dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma da kabul edilmiştir. Taraf işçi sendikasına üye olmak istemeyen ancak işyerlerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçiler, dilediği sendikaya üye olma ve sendikaya üye olmama özgürlüklerinin güvencesi niteliğindeki dayanışma aidatını ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Bu şekilde yararlanmanın başlangıcı konusunda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin 4. fıkrasında sadece "...Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." düzenlemesi yer almaktaydı. Söz konusu hükümdeki "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." cümlesi Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Çalışmamızda öncelikle dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve bunun başlangıcına yer verildikten sonra Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2020 tarihli ve Esas 2020/57, Karar 2020/83 sayılı iptal kararı ile bu karara ilişkin değerlendirmelere yer vermeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dayanışma Aidatı, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Yararlanmanın Başlangıcı.

ABSTRACT

As a rule, employee who are members of signatory trade union benefit from the collective labour agreement. However, since the acceptance of the benefit of only signatory trade union members is detrimental to union freedoms, benefit by paying solidarity dues was also accepted. Employee who do not want to be a member of signatory trade union, but want to benefit from the collective labour agreement in their workplaces are able to benefit from collective labour agreement by paying the solidarity dues that guarantee their freedom to join the union, which he wants and not join the union. Regarding the beginning of benefiting in this way, in the 4th paragraph of Article 39 of the Law on Unions and Collective Labour Agreement numbered 6356 was regulated only "...Benefiting from collective labour agreement by paying solidarity dues is valid from the date of request. Requests before the date of signature become effective as of the date of signature." In the aforementioned provision, "Requests before the date of signature are effective as of the date of signature." sentence has been annulled on the grounds that it is contrary to Articles 13, 51 and 53 of the Constitution. In our study, first of all, benefiting from collective labour agreement by paying solidarity dues and the beginning of this will be included, and after the annulment decision of the Constitutional Court dated 30.12.2020 and numbered 57/83 it will be tried to evaluate this decision.

Keywords: Solidarity Dues, Benefiting from Collective Labour Agreement, The Beginning of Benefiting.

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, imgehazalyilmaz@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7890-9650.

GİRİŞ

Bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikasına üye işçiler yararlanır¹. Zira bu kişiler, toplu iş sözleşmesinin yapılmasında çeşitli zorluklara katlanan ve sendikanın varlığını sürdürmesi için aidat ödeyen kişilerdir². Bu kurala 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun³ (STİSK) 39. maddesinin 1. fıkrasında “*Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.*” ifadesi ile yer verildiği görülmektedir. Ancak ilgili hükümde yararlanma kavramının anlamına ilişkin bir açıklık söz konusu değildir⁴. Kavramın anlamının belirlenmesinde 6356 sayılı STİSK'nın sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı 25. maddesinin 2. fıkrasındaki “*İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.*” ifadelerinin de dikkate alınması gerekir. İlgili hükümler dikkate alındığında toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın; belirli şartlar çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki hükümlerden faydalanma olduğunu söylemek mümkündür⁵. Zira toplu iş sözleşmesindeki diğer hükümler işyerinde çalışan bütün işçiler bakımından uygulama alanı bulacaktır⁶.

¹ Turhan Esener, *İş Hukuku* (Sevinç 1978) 478, 486. Yazar böyle bir yapının sendikaların güçlenmesi ve işçi haklarının daha iyi savunulabilmesi bakımından iyi olduğunu belirtmektedir.; Ahmet Nizamettin Aktay, *Türk İş Hukukunda Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Faydalanmaları* (Gazi Üniversitesi 1985) 101; Kenan Tunçomağ, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 1989) 416-417; Faruk Andaç, ‘Dayanışma Aidatının Türk Sendikal Faaliyetleri İçindeki Yeri ve Önemi’ [1989] Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 3, 47; Kenan, Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 2015) 376; İbrahim Subaşı, ‘Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmelerinden Yararlanması’ [2009] Sicil 14, 172, 174.

² Erol Akı, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Karınca 1975) 48; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Turhan 2015) 327; Toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikasına üye işçilerin yararlanmasının temelinde yatan düşüncenin bu olduğu, zira hukuk politikası bakımından toplu iş sözleşmesi için külfete katlananların, nimetlerden de faydalanacağı fikrinin esas alındığı belirtilmektedir. Bkz. Münir Ekonomi, ‘Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Sözleşmeden Faydalanmaları’ [1964] İktisat ve Maliye Dergisi Ekim, 255-256.

³ RG., 7.11.2012, S. 28460.

⁴ Ercüment Özkara, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi* (Beta 2014) 117; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (Beta 2016) 425.

⁵ Nuri Çelik, ‘Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma’ [1986] TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, 3-4; Narmanlıoğlu (n 4) 426; Nuri Çelik, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı’ [1990] Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 139-140; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2015) 716.

⁶ Narmanlıoğlu (n 4) 426, 446; M. Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*

Toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek olanların kural olarak taraf işçi sendikasına üye işçiler olduğu belirlenmiş olsa da, sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanmasının kabulü sendika özgürlüğünü zedeleyici nitelikte olacağından, 6356 sayılı STİSK’da farklı şekillerde de toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanı tanınmıştır. Zira toplu iş sözleşmesinden salt taraf sendika üyelerinin yararlanmasının kabulü, toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya üye olma konusunda bir baskı yaratabilecek, bunun sonucunda da Anayasa’nın⁷ 51. maddesinde ve 6356 sayılı STİSK’nın 25. maddesinde güvence altına alınan olumlu sendika özgürlüğü (özellikle dilediği sendikaya üye olma özgürlüğü) ile olumsuz sendika özgürlüğü (özellikle sendikaya üye olmama özgürlüğü) zedelenektir⁸. Bunun aksine işçiler bakımından taraf işçi sendikasına üye olup olmadıklarına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın işyerinde çalışan işçilerin tamamı için toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanının sağlanması da düşünülmüşse de ve bu her ne kadar sendikalaşmanın amacına daha uygun gibi görünse de, bunun sendika üyeliğinin önemini kaybetmesine ve sendikaların güçsüzleşmesine sebep olacağı ileri sürülmüştür⁹. Ayrıca böyle bir kabulde

(İstanbul Üniversitesi 1984) 59; Çelik (n 5) 3-4; Çelik (n 5) 139; Çelik ve diğerleri (n 5) 716; Subaşı (n 1) 174; 2822 ve 2821 sayılı Kanunlar döneminde konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (BANKSİS 1996) 131 vd. RG., 9.11.1982, S. 17863.

- ⁷ M. Kemal Oğuzman, *Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır* (Fakülteler 1973) 58; Akı (n 2) 49; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi* (Acar 1992) 139; Andaç (n 1) 56; Nermin Berki, ‘Dayanışma Aıdatı’ [1978] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-4, 448; Metin Kutsal, ‘Sosyal Hukuk ve Uygulaması- Dayanışma Ödentisi ile Toplu Sözleşmeden Yararlanan İşçilerle İlgili Bazı Sorunlar’ [1981] İktisat ve Maliye Dergisi Kasım, 232; Çelik (n 5) 6; Ünal Narmanlıoğlu, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma’ [1991] İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 180-181; Ekmekçi (n 6) 151; Aktay (n 1) 92; Talat Canbolat, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Bakımından Uygulama Alanı* (Marmara Üniversitesi 1998) 182; Nurşen Canıklıoğlu, ‘Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aıdatı Ödeyerek Yararlanma Talebi Talebin Geçersizliği’ (Karar İncelemesi) [2006] Sicil Haziran, 123; Subaşı (n 1) 174, 176; Narmanlıoğlu (n 4) 443-444; A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (Beta 2016) 279; İmge Hazal Yılmaz, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Bakımından Uygulama Alanı* (Hacettepe Üniversitesi 2017) 90; Sur, bunun ileri sürüldüğünü de belirtmekle birlikte, yararlanmanın üyelere hasredilmesinin isabetli olduğuna ve yararlanmanın üyelere hasredilmesinin ülkemizde sendikacılığın gelişmesine katkı sağladığına da yer vermektedir. Bkz. (n 2) 327.
- ⁸ Oğuzman (n 8) 57-58; A. Can Tuncay, *İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi* (Fakülteler 1975) 96 vd.; Esener (n 1) 486; Andaç (n 1) 56; Kutsal (n 8) 233; Narmanlıoğlu (n 8) 180; Şahlanan (n 8) 138-139; Canbolat (n 8) 181; Subaşı (n 1) 174; Tunçomağ/ Centel (n 1) 377; Narmanlıoğlu (n 4) 442-443; Tuncay/Savaş Kutsal (n 8) 279; Yılmaz (n 8) 90; Sendikaların en önemli faaliyetinin toplu iş sözleşmesi yapmak olduğu ülkelerde, sendikaların gücünü koruyabilmesi işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanma şekilleri ile ilişkili olduğundan, toplu iş sözleşmesinin taraf işçi sendikasına üyelik durumuna bakılmaksızın işyerindeki bütün işçilere uygulanması halinde sendika üyeliğinin önemini yitireceği ve sendikaların varlıklarını koruması bakımından zararlı sonuçlara sebep olacağı belirtilmektedir. Bkz. Ekmekçi (n 6) 150.

taraf işçi sendikasına üye işçilerin hem maddi hem de manevi olarak katlandığı külfetler karşısında, diğer işçilerin hiçbir külfete katlanmadan aynı hakları elde etmesi açısından da eşitliğe ve adalete uygun olmadığı ifade edilmektedir¹⁰. Bu nedenlerle, her iki durumun yaratabileceği sakıncaları gidermek ve sendika güvenliği ile bireysel sendika özgürlüğü arasında bir denge sağlamak amacıyla, toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanması kuralının yanında, farklı şekilde toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanı da kabul edilmiştir¹¹. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma da bunu gerçekleştirmek üzere 6356 sayılı STİSK’da kabul edilen bir yöntemdir¹².

Çalışmamızda dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin bir açıklama yapılmasının ardından, Anayasa Mahkemesi’nin 6356 sayılı STİSK’nın 39. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesine ilişkin iptal kararı ve bunun getirilerinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DAYANIŞMA AİDATI ÖDEYEREK YARARLANMA

A. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere, bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak taraf işçi sendikasına üye işçiler yararlanabilir. Ancak, toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya üye olmayan, lakin toplu iş sözleşmesinin uygulanmakta olduğu işyerinde çalışan işçiler bakımından da dayanışma aidatı ödeyerek, taraf işçi sendikasına üye işçiler gibi toplu iş sözleşmesinin hükümlerinden yararlanabilme imkanı tanınmıştır¹³.

¹⁰ Oğuzman (n 8) 57-58; Akı (n 2) 48; Narmanlioğlu (n 8) 180; Şahlanan (n 8) 139; Ekmekçi (n 6) 150; Kutal (n 8) 233; Canbolat (n 8) 181; Subaşı (n 1) 176; Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın sağlanmasının bu adaletsizliğin önüne geçtiği ve bir menfaat denkleşmesi olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Aktay (n 1) 91-92. Benzer bir değerlendirme için bkz. Çelik (n 5) 6.

¹¹ Oğuzman (n 8) 59; Tuncay (n 9) 101; Esener (n 1) 487; Caniklioğlu (n 8) 123; Ekmekçi (n 6) 151; Narmanlioğlu (n 8) 181, 190; Şahlanan (n 8) 139-140; Andaç (n 1) 48, 55; Subaşı (n 1) 176; Canbolat (n 8) 182; Narmanlioğlu (n 4) 444; Sur (n 2) 327-328; Yılmaz (n 8) 90-91.

¹² Toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına üye olmayan işçilerin, o toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi teşmil ve işçi sendikasının yazılı onayı ile de mümkündür. ; Sadece taraf işçi sendikasına üye işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının, taraf işçi sendikasına üye olmayan işçiler açısından yaratacağı olumsuz durumları önlemek amacıyla kanun koyucunun toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etki alanını dayanışma aidatı gibi kurumlara genişlettiği belirtilmektedir. Bkz. Berki (n 8) 448; Ekonomi, dayanışma aidatı kurumunun sendikaların gelişmesini ve güçlenmesini de destekleyeceğini belirtmektedir. Bkz. (n 2) 260; Andaç, dayanışma aidatı kurumunun bir denge unsuru olarak da düşünülebileceğini ifade etmektedir. Bkz. (n 1) 47; Dayanışma aidatı kurumunun tarihsel olarak ortaya çıkışına ilişkin bkz. Esener (n 1) 484 vd. ve Andaç (n 1) 48 vd.

¹³ Aktay (n 1) 93; Narmanlioğlu (n 8) 189; Özkaraca (n 4) 185; Narmanlioğlu (n 4) 445-446.

6356 sayılı STİSK'nın toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı düzenleyen 39. maddesinin 4. fıkrasında toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya da yer verilmiştir. İlgili hükme göre, *“Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır.”* Görüldüğü gibi hükümde, farklı konumdaki kişilere yer verilerek, bunların toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının ancak dayanışma aidatı ödemelerine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Hükümün ilgili kısmından ve devamından dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma bakımından, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyesi olmamanın yanında, o işyerinde çalışıyor olma, talepte bulunma gibi şartların da varlığının gerekli olduğuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte en önemli şartın dayanışma aidatı ödemek olduğu açıktır¹⁴.

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olmayan ancak toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin, bu yararlanmanın gerçekleşebilmesi için ödedikleri bir miktar para şeklinde tanımlanabilir¹⁵. Bu paranın miktarı konusunda 6356 sayılı STİSK'nın 39. maddesinin 5. fıkrasında *“Dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenir.”* kuralı öngörülmüştür. Buna göre, dayanışma aidatının miktarının belirlenmesi konusunda sendikalara bir üst sınır getirilmiş olmakla birlikte, işçilerin bireysel sendika özgürlüğünü zedeleyebilecek şekilde geniş bir serbesti tanınmıştır¹⁶.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, yukarıda da kısaca ifade edildiği gibi, sendikal özgürlükler bakımından oldukça önemlidir. Zira bir işyerindeki toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikası üyeleri dışında yararlanma imkanının tanınmaması, işçiler bakımından taraf işçi sendikasına

¹⁴ “Dayanışma aidatı ödenmesi” denilmekteyse de, yararlanmanın başlaması için bu ödemenin fiilen gerçekleşmesi, bir başka ifade ile dayanışma aidatının işçinin ücretinden kesilip sendikaya ulaşıp olmasının arandığı sonucuna varılmamalıdır. Yararlanmanın başlangıcı için, işçinin bu şekilde yararlanmak istediğine ilişkin talebi yeterlidir. Bkz. Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi (Ayyıldız 1986) 147; Narmanlıoğlu (n 8) 211; Şahlanan (n 8) 146; Ekmekçi (n 6) 157; Narmanlıoğlu (n 4) 450; Canbolat (n 8) 197; Subaşı (n 1) 186; Tuncay/Savaş Kutsal (n 8) 283.

¹⁵ Tunçomağ (n 1) 417-418; Andaç (n 1) 47-48; Özkaraca (n 4) 183; Tunçomağ/Centel (n 1) 377; Farklı bir tanımlama için bkz. Nurhan Akçaylı, *Dayanışma Aidatı* (Çınar 1966) 15.

¹⁶ 2822 sayılı Kanun dönemindeki dayanışma aidatı miktarı ve buna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Şahlanan (n 8) 145, Tunçomağ (n 1) 420-421 ve Subaşı (n 1) 186 vd. ; Dayanışma aidatı miktarının önemi ve bunun sendika özgürlüğü ile sendika güvenliği açısından değerlendirilmesi için bkz. İmge Hazal Yılmaz ‘Dayanışma Aidatı Miktarının Sendika Özgürlüğü ve Sendika Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi’ [2020] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı) Nisan 2020, 3762 vd.

üyeliğe zorlayıcı nitelikte olabilecektir¹⁷. Öyle ki, işçinin olumsuz sendika özgürlüğü kapsamında bir sendikaya üye olmama özgürlüğü zedelendiği gibi, işçinin dilediği sendikaya üye olma özgürlüğü de zarar görmüş olacaktır¹⁸. Ancak bu durum, sendika özgürlüğünün, vatandaşlık farkı gözetilmeksizin herkesin yararlanması gereken, insanın maddi-manevi kişiliğini koruyan ve onu geliştirmeye yarayan bir insan hakkı niteliğinde olması sebebiyle kabul edilebilir değildir¹⁹. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olmayan işçiler bakımından dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilme imkanının tanınmış olması önemli ve yerindedir²⁰. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi ile taraf işçi sendikasına üye işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda eşit konuma gelmektedir²¹. Ancak bir imkanın tanınmış olması, her zaman kullanılabilirdiği ve amacına uygun olarak kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle etkin kullanımının mümkün olup olmadığının ve bunun yarattığı sonuçların da değerlendirilmesi gerekir.

B. Başlangıcı

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun²² 9. maddesinin 3. fıkrasında toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma düzenlenmiş ve ilgili fıkranın son cümlesinde yararlanmanın talep tarihinden geçerli olacağına yer verilmişti. Buna göre, bir toplu iş sözleşmesinden, sözleşme tarafı işçi sendikasına üye olmaksızın dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçilerin bir talepte bulunmalarının gerekli olduğu açık olmakla birlikte; toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce talepte bulunulması halinde, bu talebin yeni imzalanacak toplu iş sözleşmesi bakımından geçerli kabul edilip edilmeyeceği (bir başka ifade ile toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra yeniden bir talebin gerekli olup olmadığı) konusunda farklı Yargıtay kararları ile karşılaşılmış olduğu gibi²³, toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının

¹⁷ Oğuzman (n 8) 58; Çelik (n 5) 6; Akı (n 2) 49; Şahlanan (n 8) 139; Andaç (n 1) 56; Ekmekçi (n 6) 151.

¹⁸ Subaşı (n 1) 173; Ekmekçi (n 6) 151; Yılmaz (n 8) 90.

¹⁹ Sendika özgürlüğü ve özelliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay/Savaş Kutsal (n 8) 28 vd.

²⁰ Çelik (n 5) 143-144; Çelik (n 5) 5-6; Dayanışma aidatı kurumunun kabul gerekçesine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi (n 6) 149 vd.; Akçaylı, yararlanma için dayanışma aidatı alınmasının da işçinin olumsuz sendika özgürlüğüne zarar verici nitelikte olduğunu ve taraf işçi sendikasına üye olmaya yönlendireceğini belirtmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. (n 15) 29 vd.

²¹ Narmanlıoğlu (n 8) 189; Narmanlıoğlu (n 4) 445; Andaç (n 1) 48; Aktay (n 1) 93; Ekmekçi (n 6) 162; Özkara (n 4) 185; Subaşı (n 1) 173; Yılmaz (n 8) 92.

²² RG., 07.05.1983, S. 18040.

²³ Yargıtay'ın yeniden bir talebin gerekli olduğu yönündeki kararları için bkz. HGK, E. 2007/27, K. 2007/47, Tarih: 31.01.2007; HGK, E. 2007/671, K. 2007/746 Tarih: 17.10.2007 (lexpera.

geriye götürülmesi halinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin bundan faydalanıp faydalanamayacağı konusunda da kesin bir görüş bulunmayıp, doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler söz konusuydu²⁴. Aşağıda incelenecek olan Anayasa Mahkemesi kararı ile toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin 6356 sayılı STİSK'nın 39. maddesinin 4. fıkrası, 2822 sayılı Kanun'daki konuya ilişkin düzenlemeye benzer hale getirilmiş olduğundan, bu görüşlerin incelenmesi önem arz etmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi halinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin bu hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin öğretilerdeki baskın görüş, 2822 sayılı Kanun'daki düzenlemeyi esas almakta ve buradaki dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olduğu düzenlemesinden hareketle yararlanmanın sadece geleceğe yönelik olacağı ve toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden dayanışma aidatı ödeyen işçilerin yürürlük başlangıç tarihinden itibaren yararlanmalarının mümkün olmadığını kabul etmekteydi²⁵. Yargıtay görüşü de bu yönde olup, Yargıtay kararlarında toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra sendikaya üye olanlar bakımından geriye doğru yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın kabul edilmemesi karşısında dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenlere böyle bir imkan tanınmasının yerinde olmadığını belirtmişti²⁶. Öğretilerdeki karşı görüş ise, her ne kadar Kanun'da

com.tr; E.T. : 08.03.2021); Yargıtay 9. HD, E. 2005/20647, K. 2006/3670, Tarih: 15.02.2006 (calismatoplum.org; E. T. 09.03.2021); İmza tarihinden önceki talebin yeterli olduğu, ancak yararlanmanın imza tarihinden itibaren başlayacağı yönündeki kararlar (Yargıtay HGK, E. 1981/9-315, K. 1983/609, Tarih: 01.06.1983; Yargıtay HGK, E. 1985/9-459, K. 1985/571, Tarih: 23.05.1986) ve konuyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Caniklioğlu (n 8) 127 vd.

²⁴ Yargıtay'ın geriye etkili bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçinin talebinin, ancak imza tarihinden geriye gitmemek üzere talep tarihinden itibaren geçerli olacağı yönündeki kararı için bkz. 9. HD, E. 1989/6852, K. 1989/9865 Tarih: 16.11.1989 (lexpera.com.tr; E.T. : 08.03.2021)

²⁵ Narmanlioğlu (n 8) 220- 224; Şahlanan (n 8) 147-148; Andaç (n 1) 53-54; Canbolat (n 8) 208; Subaşı (n 1) 180; Narmanlioğlu (n 4) 455-457.

²⁶ Yargıtay 9. HD, E. 1986/1531, K. 1986/3176, Tarih: 20.03.1986. Kararın karşı oy yazısında konuyla ilgili şöyle bir değerlendirmeye yer verilmiştir: "...*Taraf sendika üyesi olmayan sendikali yada sendikasız işçilerin yararlanmamaları temel kural isede yasanın 9/III. maddesinde Toplu İş Sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olmayan veya başka sendikaya üye olan işçilerle hiçbir sendikaya üye olmayan işçilerin yararlanmasını talep ile normal aidatın 2/3 oranında dayanışma aidatı ödeme şartına bağlı olarak yararlanacakları kabul edilmiştir. Buna göre işçinin talep ve irade açıklaması olmadan işveren tek başına veya sendika dayanışma aidatı keserek yararlandıramayacaklardır. İkinci olarak da bu şekilde yararlanma talep tarihinden itibaren başlayacaktır, işçi talep tarihinden önceki dayanışma aidatı ödeyerek talep tarihinden önceki hakları istemeyecek ancak talep tarihinden sonra ileriye doğru haklar isteyebilecektir. Bu konuda prensip ve uygulama böylece gelişmiş*

yararlanmanın talep tarihinden geçerli olacağı düzenlenmişse de, toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri bakımından dayanışma aidatıyla yararlanan işçiler ile taraf işçi sendikasına üye işçiler arasında bir ayırım yapılmaması gerektiğinden hareketle geriye etkili toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın da mümkün olduğunu kabul etmekteydi²⁷.

olmakla beraber 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 36. maddesinde sendikanın faaliyetleri ile üyelerine sağladığı hak ve menfaatlerin üye olmayanlara sendikanın yazılı muvafakatıyla yararlanacağı yolundaki hükmü ile 2822 sayılı Yasanın 9. maddesindeki hükümlerin sosyal buyurucu nitelikte hükümler olduğu dikkate alındığında çok ender olarak Toplu İş Sözleşmesinde aksi kararlaştırılmışsa bu da geçersiz sayılmamalıdır. Hele geçerlilik tarihinden uzunca bir süre sonra imzalanmış sözleşmelerde çeşitli nedenlerle imzalanması fazlaca gecikmiş sözleşmelerde bu tür düzenlemeler yapılması bu durumda bulunan işçiler yönünden gecikmenin yasanın amacı dışına çıkan etkileri hafifletilmiş olacaktır...”; Yargıtay 9. HD, E. 1985/2154, K. 1985/4167, Tarih: 16.04.1985, “...Bunun için üyelik koşulu, az önce açıklanan şekilde düşünüldüğü takdirde üye olmayanların dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandırılmalarında daha imtiyazlı ve avantajlı bir yol seçilmiş olur ki bu da temel kuralla bağdaştırılamaz. Ayrıca Kollektif İş Hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi prensiplerine de ters düşer. Yasada ve toplu iş sözleşmesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmada «Toplu İş Sözleşmesinden» söz edilmiştir. Bu deyimler bir toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkması gösteren ve açıklayan deyimlerdir...” (lexpera.com.tr; E.T. : 09.03.2021); Aynı yönde farklı kararlar için ayrıca bkz. Caniklioğlu (n 8) 127.

²⁷ Oğuzman (n 6) 65. Yazar işçinin toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmuş olması halinde, toplu iş sözleşmesinden tam olarak yararlanma için aranan tüm şartların mevcut olduğunu ve geriye etkili yürürlüğe konulan hükümler dahil olmak üzere bütün hükümlerden yararlanması gerektiğini ifade etmektedir. ; Tunçomağ da, imza tarihinden önce yapılan bir talebin geçerli olacağını ve eğer ki toplu iş sözleşmesi önceye etkili kılınmışsa yararlanmanın imza tarihinden önce yapılan talep anından başlayacağını belirtmektedir. Bkz. (n 1) 420; Reisoğlu, dayanışma aidatının Anayasa’da güvence altına alınan sendikaya üye olmama özgürlüğünün bir garantisi olduğunu ve dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanının tanınmasının da Anayasa’nın gereği olduğunu belirterek, Kanun’daki düzenlemenin de bu şekilde yararlandırmaya imkan verir nitelikte olduğunu belirtmektedir. Bkz. (n 14) 147-148; Ekmekçi, konuya ilişkin değerlendirme yaparken öncelikle iki farklı durumu ayırmaktadır. Bunlar toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden geriye etkili hükümlerinden yararlanma ile toplu iş sözleşmesinin imzasından sonraki bir tarihte talepte bulunarak talepten önceki dönem için de toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır. Yazar bu ayrımı yaptıktan sonra ise, taraf işçi sendikasına üye olarak veya dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler arasında sözleşmenin parasal hükümleri bakımından bir ayırım yapılamayacağını, bunların eşit olduğunu ve düzenlemelerin yorumlanırken de bu esasa uygun yorumlanması gerektiğini belirterek, imza tarihinde toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye işçiler geriye etkili kılınan hükümlerden nasıl yararlanabiliyorsa, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçinin de yararlanması gerektiğini belirtmektedir. Aksi bir kabulün, işçilerin olumsuz sendika özgürlüğüne zarar verici nitelikte olacağına, zira işçiye taraf işçi sendikasına üye olmaya yönlendireceğine ve dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın öngörülme amacıyla bağdaşmayacağına da yer verilmiştir. Bkz. (n 6) 162-163. Yazar, toplu iş sözleşmesinin imzasından sonraki bir tarihte talepte bulunarak talepten önceki dönem için dayanışma aidatını toptan ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın mümkün olmayacağı konusunda ise zaten tereddüt olmadığını belirtmektedir. Bkz. s. 169-

Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçi ile taraf işçi sendikasına üye işçiler yararlanma bakımından eşit konuma geldiklerinden, taraf işçi sendikasına üye işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının başlangıcına ilişkin düzenlemeye de kısaca değinmekte fayda vardır. 6356 sayılı STİSK’da toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının başlangıcı iki durum esas alınarak düzenlenmiştir. Kanun’un 39. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıyla işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır.”*²⁸ Hükümden anlaşıldığı gibi, imza tarihi esas alınmış, imza tarihinden önce ve sonra üye olanlar bakımından bir fark yaratılmıştır²⁹. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcına ilişkin ise 6356 sayılı STİSK’nın 39. maddesinin 4. fıkrasında sadece *“Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir.”* düzenlemesi bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye işçiler ile dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçilerin, bu yararlanma bakımından artık eşit olmaları gerekirken, düzenlemelerin bir birine paralel nitelikte olmaması ve aralarında fark yaratılmış olması da doktrinde eleştirilmektedir³⁰.

Ekleme gerekir ki, toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin geriye etkili kılınmadığı hallerde taraf işçi sendikası üyesi olarak yararlanma ile dayanışma

170.; Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Özkaraca (n 4) 190 vd.; Şunu da eklemek gerekir ki, konuya bu kadar önem verilmesinin sebeplerinden birisi de ülkemizde toplu iş sözleşmelerinin yapılması süreçlerinde yaşanan gecikmeler sebebiyle uygulamada yürürlük başlangıcının geriye götürülmesinin oldukça yaygın olması ve bunun zaman zaman dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçiler bakımından taraf sendika üyesi işçilere nazaran oldukça kısa sürelerle yararlanmaya ve bazen de o toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaya sebep olmasıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi (n 6) 163, Özkaraca (n 4) 191.

²⁸ Toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının başlangıcı konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi (n 6) 121 vd.

²⁹ Taraf işçi sendikası üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının başlangıcı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tuncay/Savaş Kutsal (n 8) 274 vd.; Özkaraca (n 4) 140 vd.

³⁰ Toplu iş sözleşmesi tarafı sendika üyesi işçiler ile dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçiler arasında yararlanmanın başlangıcı konusunda yapılan ayırımın işçiyi sendikaya üye olmaya zorlayacağı ve bu nedenle de işçinin sendika özgürlüğüne zarar verici nitelikte olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Çelik (n 5) 8-9; Sendika üyelerinin yararlanmasının başlangıcına ilişkin düzenlemeye paralel bir düzenlemenin dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma bakımından öngörülmemiş olmasının, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen kişilerin geçmişteki haklardan yararlanmaları bakımından bir engel oluşturduğu ve bu düzenlemenin isabetli olmadığına ilişkin bkz. Çelik ve diğerleri (n 5) 725; Konuya ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. Özkaraca (n 4) 188 vd. ; Farklı düzenlenmiş olmasının yerinde olduğuna ilişkin bkz. Narmanlıoğlu (n 4) 456.

aidatı ödeyerek yararlanma bakımından işçiler açısından bir fark ortaya çıkmamaktadır. Ancak olması gerektiği vurgulanan eşitliği, bu durumda sağlayan yasal düzenlemeler, toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin geriye etkili kılındığı hallerde işçiler arasında bunu sağlayamamaktadır³¹.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 30.12.2020 TARİHLİ VE ESAS 2020/57 KARAR 2020/83 SAYILI KARARI³²

A. Özet

Bakırköy 16. İş Mahkemesi görülmekte olan bir davada, toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olmaksızın yararlanmak isteyen işçiler için öngörülen dayanışma aidatı kurumunun, işçiler bakımından dilediği sendikaya üye olma veya sendikaya üye olmama haklarının güvencesi olduğu, taleplerinin işverene ulaşmasından itibaren artık taraf sendika üyesi olup olmama konusunda bir ayrım kalmadığı ancak itiraz konusu kuralın dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçiler bakımından talebin geçerliliğine ilişkin aşağıda bahsedilen düzenlemenin işçileri toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya üye olmaya zorlayıcı nitelikte olması nedeniyle, 6356 sayılı STİSK'nın 39. maddesinin 4. fıkrasının “İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.” şeklindeki son cümlesinin Anayasa'ya (m. 51) aykırı olduğu kanısına vararak, ilgili düzenlemenin iptali için itiraz yoluna başvurmıştır.

İlk incelemenin ardından esasa geçen Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılık sorununu değerlendirmiş, inceleme salt başvuruda bahsi geçen Anayasa'nın 51. maddesi bakımından değil, 13. ve 53. maddeleri bakımından da yapılmıştır. Anayasa'ya aykırılık sorunu incelenirken, sendikaların işlev ve önemine de belirli ölçülerde yer verilmiştir.

İptali istenen düzenlemenin, geçmişe etkili yürürlüğe konulan parasal haklardan yararlanmak isteyen işçiler bakımından toplu iş sözleşmesinin imzasından önce taraf işçi sendikasına üye olmayı gerektirmesi sebebiyle hem olumsuz sendika hakkını hem de toplu iş sözleşmesi hakkını sınırlandırdığı belirtilmiştir. Sendika hakkına ve toplu iş sözleşmesi hakkına getirilen bu sınırlamanın Anayasa'ya (özellikle 13. maddesine ve 51. maddenin 2. fıkrasına) uygun nitelikte olup olmadığı da değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak ise, hüküm ile getirilmiş olan sınırlamanın demokratik bir toplumda bulunması gereken çoğulculuğa zarar verdiği, sendikalar arası rekabeti taraf işçi sendikası lehine haksız olarak bozduğu, güçlü sendika ile toplu iş sözleşmesi hakkı arasındaki dengeyi bozduğu, dayanışma aidatı

³¹ Özkaraca (n 4)192.

³² RG., 03.03.2021, S. 31412. Kararın tam metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210303-11.pdf>.

ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanını anlamsız kılabilecek nitelikte olduğu gerekçeleriyle, ilgili hükmün Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı olması nedeniyle iki üyenin karşı oyları ve oyçokluğuyla iptaline karar verilmiştir.

İki üyenin karşı oy yazısında ise, aslında toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin kuralların genel mantığına yer verilmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinden kural olarak toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecinde bütün masraf ve zorluklara katlanan taraf sendika üyesi işçilerin yararlanacağı, ancak sadece bu işçilerin yararlanmasının kabulünün sendikaya üye olma ve olmama özgürlüğüne (Anayasa m. 51 ve STİSK m. 25) aykırılık teşkil edeceği ve bu nedenle dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma imkanın da tanındığına yer verilerek, bu imkanın kullanılmasının ilk şartının yapılmış, uygulamaya konulmuş ve halen geçerli bir toplu iş sözleşmesinin bulunması olduğu belirtilmiştir. Ayrıca sendika üyesi olup olmadığına bakılmaksızın toplu iş sözleşmesinden işyerinde çalışan bütün işçilerin yararlandırılması da değerlendirilerek, bunun taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan sendika üyesi işçiler gibi yararlanması bakımından adalet ve eşitliğe aykırı olacağına ve sendika üyeliğinin önemini kaybetmesine neden olarak sendikaları güçsüzleştireceğine yer verilmiştir. Hükmün ilgili kısmının iptali ile ortaya çıkması muhtemel iki durumdan bahsedilerek, bunlara şu ifadeler ile yer verilmiştir: *"...ya taraflar arasında görüşmeleri devam eden, henüz imzalanıp imzalanmayacağı belli olmayan bir toplu iş sözleşmesinden imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için başvuru şartı aranacak, veya imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmak isteyen işçiler açısından üyeliğin işverene bildiri esas alınırken, dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlara geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanma imkanın tanınması gibi adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmanın yolu açıldığında işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödemek zorunluğu gibi bir takım hukuki sorunlar da beraberinde gelecektir."* Bütün bu nedenlerle de hükmün ilgili kısmının Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaşıklarını belirtmişlerdir.

B. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı incelendiğinde, hükmün ilgili kısmının iptali ile dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin geriye etkili yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanması bakımından önünün açılmak istendiği ve böylece taraf işçi sendikası lehine bozulduğu düşünülen rekabetin sağlanmasının ve güçlü sendika ile toplu

iş sözleşmesi hakkı arasında denge sağlamanın amaçlandığını söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen cümle bakımından doktrinde de, yürürlük tarihinin geriye götürülmesi halinde, o tarihten başlayarak yararlanmaya engel olduğu ve bu nedenle de taraf işçi sendikası üyeleri ile dayanışma aidatı ödeyenler arasında yararlanma konusunda gereksiz bir ayırma neden olduğuna ilişkin değerlendirmeler bulunmaktadır³³. Bir başka ifade ile, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçi ile taraf işçi sendikasına üye işçi arasında yararlanma bakımından bir eşitlik sağlanması gerekirken; eşitliğin dayanışma aidatı ödeyenler lehine bozulması halinde kolektif sendika özgürlüğüne, taraf işçi sendikasına üye işçiler lehine bozulması halinde ise olumsuz sendika özgürlüğü ile dilediği sendikaya üye olma bakımından ise olumlu sendika özgürlüğüne aykırılık olmuş olacağına³⁴ ve bu düzenlemenin de eşitliği taraf işçi sendikası üyeleri lehine bozduğuna yer verilmiştir³⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararın gerekçesindeki açıklamalarından yola çıkarak Mahkeme'nin gerekçede yer vermiş olduğu amaca varmasına, hükmün son halinin hangi oranda katkı sağlayacağı ise 2822 sayılı Kanun'da konunun düzenlenme şekli ve buna bağlı olarak o dönemde söz konusu olan uygulamalar dikkate alındığında bilinmemektedir. Zira bu karar ile birlikte dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin ilgili hüküm *"Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir."* şeklini almıştır. 2822 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 9. maddesinin 3. fıkrası da *"Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar,sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bu hususta işçi sendikasının muvafakatı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir."* şeklindeydi. Görüldüğü gibi iki hüküm kelimeler itibariyle birebir aynı olmamakla birlikte, konuyu aynı şekilde düzenlemiş olmaktadır. Bu durumda

³³ Bkz. Çelik ve diğerleri (n 5) 725. Bununla birlikte, yazarların, hükmün iptal edilen cümlesi dışındaki kısımları bakımından da benzer eleştiriyi yöneltmiş olduklarını belirtmek gerekir.

³⁴ Ekmekçi (n 6) 162; Özkaraca (n 4) 191.

³⁵ Özkaraca (n 4) 191 vd.

akıllara hükümler aynıyken, amaçlanan şekilde ve tek tip bir uygulamanın söz konusu olup olamayacağı sorusu gelmektedir. Bu çerçevede, 2822 sayılı Kanun dönemindeki farklı Yargıtay uygulamaları ile yukarıda yer verilen doktrinel tartışmaların yeniden gündeme gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira kanaatimizce salt bu kararlar birlikte, konuyla ilgili adil ve net bir uygulamaya ulaşılamayabilir. Kaldı ki, uygulamada yüksek ihtimalle ortaya çıkacak bazı sorunlara ve sonuçta gerçekleştirilecek adil olmayan uygulamalara kararın karşı oy yazısında da haklı olarak yer verilmiştir³⁶. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra uygulamanın 2822 sayılı Kanun döneminde bazı yazarların önerdiği gibi³⁷, imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunulmuşsa, geriye etkili yürürlüğe konulan hükümlerden talep tarihinden ileriye dönük olmak üzere yararlanılabileceği yönünde şekilleneceği kanaatindeyiz³⁸. Daha açık bir ifadeyle, kanaatimizce, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinde gerçekleşmişse bu tarihten başlayarak, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden sonra ancak imzası tarihinden önce gerçekleşmişse de, bu talep tarihinden başlayarak geriye etkili yürürlüğe konulan toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın mümkün olacağı şekilde uygulama şekillenecektir³⁹. Fakat talep tarihinden geriye dönük olarak yararlanma veya toplu iş sözleşmesinin imzasından sonraki bir tarihte, talepten önceki süreç için dayanışma aidatının toplu olarak ödenmesi suretiyle geriye dönük yararlanmanın olamayacağı ise açıktır. Zira 6356 sayılı STİSK'nın 39. maddesinin 4. fıkrasında "*Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir.*" hükmü yer almakta olup, ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmadan daha imtiyazlı hale gelmesi arzulanmamakta, bilakis sendikal özgürlükler ile sendika güvenliği arasında bir denge sağlamaya elverişli, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma ile taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanma bakımından eşit bir uygulama oluşması istenmektedir. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geriye etkili kılınmadığı hallerde zaten söz konusu olabilen bu eşitlik; kanaatimizce, toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılındığı hallerde de taraf işçi sendikasına

³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin iptalinin ardından hükmün kavuştuğu son halin 2822 sayılı Kanun'daki düzenleme ile aynı esaslara sahip olması sebebiyle, ortaya çıkması muhtemel belirsizlikler ve bunlara ilişkin öneriler için bkz. Ekmekeçi (n 6) 164 vd.; Hükmün iptalden önceki halinin eleştirisi ve önerilere ilişkin bkz. Özkaraca (n 4) 194-195.

³⁷ Görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. dn. 27.

³⁸ Görüşümüzün bu yönde şekillenmesinde 6356 sayılı STİSK'da dayanışma aidatı miktarına ilişkin düzenleme ve bunun sonucunda uygulamada üyelik aidatı ile dayanışma aidatının eşit hale gelmiş olması ile uygulamada toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesinin oldukça yaygın olması da etkili olmuştur.

³⁹ 2822 sayılı Kanun döneminde uygulamanın bu şekilde olması gerektiği konusunda bkz. Ekmekeçi (n 6) 169.

üye işçiler açısından 6356 sayılı STİSK’da öngörülen yararlanmaya benzer bir uygulama ile mümkün kılınmaya çalışılacaktır⁴⁰.

SONUÇ

Bir toplu iş sözleşmesinden her ne kadar kural olarak sendika üyesi işçiler yararlanmaktaysa da, işyerinde çalışan diğer işçilere de belirli şartlarla yararlanma imkanı tanınması sendikal özgürlükler bakımından oldukça önemlidir. Bu bakımdan 6356 sayılı STİSK’da düzenlenen dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma imkanının dileyen işçiler tarafından etkin şekilde ve toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçiler ile artık toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına üye işçiler eşit duruma geldiklerinden, buna uygun kullanımının sağlanması gerekmektedir. Ancak 6356 sayılı STİSK’nun dayanışma aidatına ilişkin hükmünün bu eşitliği sağlamaya uygun olmadığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen iptal isteminde de, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmada imza tarihinden önceki taleplerin hüküm doğuracağı ana ilişkin 6356 sayılı STİSK’nın 39. maddesinin 4. fıkrasının “*İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.*” şeklindeki son cümlesinin işçileri taraf işçi sendikasına üye olmaya zorlar nitelikte olması sebebiyle Anayasa’nın 51. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa’nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı bulunarak oyçokluğu ile iptaline karar verilmiştir. Zira ilgili hüküm taraf işçi sendikasına üye olmayan işçiler açısından, uygulamada oldukça sık rastlanan toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürüldüğü hallerde adil olmayan bir duruma sebebiyet verir ve işçilerin dilediği sendikaya üye olma ile sendikaya üye olmama özgürlüklerine zarar verir nitelikteydi. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, hüküm son haliyle 2822 sayılı Kanun’daki konuya ilişkin düzenleme ile benzer şekle ulaşmış olup, bu Kanun sürecinde de dayanışma aidatı ödeyen işçiler ile taraf işçi

⁴⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, taraf sendika üyesi işçilerin yararlanması bakımından Yargıtay’ın, yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için imza tarihinde taraf işçi sendikasına üyeliği yeterli gördüğü, yürürlük tarihinde üyeliği aramadığı içtihatları da bulunmaktadır (Bu yöndeki içtihatlar ve bunlara ilişkin bizim de katıldığımız haklı eleştiriler için bkz. Özkaraca (n 4) 147 vd.). Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma ile taraf işçi sendikası üyesi olarak yararlanma arasında benzer bir uygulama adına, bu içtihatlara göre bir uygulama beklenmemektedir. Zira en geç imza tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin, yürürlük tarihinden başlayarak yararlanma için yeterli görülmesi şeklindeki bir uygulama kanaatimizce hem yasal düzenlemeye uygun olmayacak hem de sendikal özgürlükler ve sendika güvenliği bakımından dengeyi bozacaktır.; Taraf işçi sendikasına üye işçiler ile dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler arasında yararlanmanın başlangıcı konusunda paralel bir düzenleme olması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Çelik ve diğerleri (n 5) 725.

sendikasına üye işçiler arasında bu konuda eşit uygulama sağlanamamıştı. Bu nedenle, iptalin mevcut durumda da hangi oranda istenen eşitliği sağlayacağı bilinmemektedir. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geçmişe götürüldüğü hallerde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin hangi anda olması gerektiği, ödemenin nasıl olacağı, ödemenin toplu olarak mı gerçekleştirileceği gibi sorular da belirsizliğini korumaktadır. Beklentimizin, uygulamanın sendikal özgürlükleri koruyucu ve bireysel sendika özgürlüğü ile sendika güvenliği arasındaki dengeyi sağlayacak bir yapıda şekillenmesi olduğunu belirtmek isteriz. Zira söz konusu özgürlüklerin uygulamadaki teminatı bu dengedir.

KAYNAKÇA

- A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (Beta 2016).
- A. Can Tuncay, *İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi* (Fakülteler 1975).
- Ahmet Nizamettin Aktay, *Türk İş Hukukunda Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Faydalanmaları* (Gazi Üniversitesi 1985).
- Ercüment Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi* (Beta 2014).
- Erol Akı, *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* (Karıncı 1975).
- Faruk Andaç, ‘Dayanışma Aidatının Türk Sendikal Faaliyetleri İçindeki Yeri ve Önemi’ [1989] Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 3, ss. 47-58.
- Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi* (Acar 1992).
- İbrahim Subaşı, ‘Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmelerinden Yararlanması’ [2009] Sicil 14, ss. 172-207.
- İmge Hazal Yılmaz ‘Dayanışma Aidatı Miktarının Sendika Özgürlüğü ve Sendika Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi’ [2020] Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı) Nisan 2020, ss. 3751-3771.
- İmge Hazal Yılmaz, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Bakımından Uygulama Alanı* (Hacettepe Üniversitesi 2017).
- Kenan Tunçomağ, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 1989).
- Kenan, Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 2015).
- M. Kemal Oğuzman, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri* (İstanbul Üniversitesi 1984).

- M. Kemal Oğuzman, *Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır* (Fakülteler 1973).
- Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler* (Turhan 2015).
- Metin Kutal, ‘Sosyal Hukuk ve Uygulaması- Dayanışma Ödentisi ile Toplu Sözleşmeden Yararlanan İşçilerle İlgili Bazı Sorunlar’ [1981] İktisat ve Maliye Dergisi Kasım, ss. 231-237.
- Münir Ekonomi, ‘Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Sözleşmeden Faydalanmaları’[1964] İktisat ve Maliye Dergisi Ekim, ss. 255-260.
- Nermin Berki, ‘Dayanışma Aidatı’ [1978] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-4, ss. 447- 455.
- Nurhan Akçaylı, *Dayanışma Aidatı* (Çınar 1966).
- Nuri Çelik, ‘Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma’ [1986] TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1, ss. 3-12.
- Nuri Çelik, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı’ [1990] Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, ss. 139-157.
- Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2015).
- Nurşen Caniklioğlu, ‘Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi Talebin Geçersizliği’ (Karar İncelemesi) [2006] Sicil Haziran, ss. 122-128.
- Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (BANKSİS 1996).
- Seza Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi* (Ayyıldız 1986).
- Talat Canbolat, *Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Bakımından Uygulama Alanı* (Marmara Üniversitesi 1998).
- Turhan Esener, *İş Hukuku* (Sevinç 1978).
- Ünal Narmanlioğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri* (Beta 2016).
- Ünal Narmanlioğlu, ‘Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma’ [1991] İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, ss. 179-237.

calismatoplum.org

www.lexpera.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210303-11.pdf>

PSİKOLOJİK PLANLI ESKİTME VE COVID 19 PANDEMİSİNDE DURUM*

*Psychological Planned Obsolescence and Covid-19**

Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM**

Geliş Tarihi: 19.03.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Ürünü piyasaya süren kişilerin ürün ömrünü kasten kısaltmak üzere kullandıkları her türlü teknik olarak planlı eskitme Fransa’da Tüketici Kanunu’nun L441-2 maddesinde tanımlanmıştır. Teknolojik, müdahil veya psikolojik eskitme gibi türleri olan planlı eskitme birçok sektörde farklı uygulamalarla ortaya çıktığından kapsamlı bir konudur; ancak hukuki açıdan yeterince incelenmemiştir. Bu eksikliğin giderilmesine amaçlayan bu çalışmanın kapsamı planlı eskitme türlerinden psikolojik eskitme ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda belirli aralıklarla yeni ürün piyasaya sürülerek mevcut modelin eskidiği algısı uyandırılması gibi planlı eskitme uygulamaları ele alınmıştır. Mevcut sistemde Covid-19 etkisinde online işlemlerin artması ve toplu aktivitelerin yerini sosyal izolasyonun almasının planlı eskitmeye etkisi sorgulanmıştır. Bu şekilde akıllı cihaz talebinde 2013 yılından itibaren en büyük düşüşün Covid-19 nedeniyle özellikle psikolojik planlı eskitme kapsamında üreticiler tarafından oluşturulan toplumsal statünün tükettikçe yükselmesi algısı yahut belirli marka ve yeni model ürünlere sahip olmanın toplumsal statü göstergesi olduğu algısı arasında bir bağ olup olmadığının tespiti amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Planlı Eskitme, Covid-19, Psikolojik Eskitme, Siber Hukuk, Bilişim Hukuku.

ABSTRACT

Planned obsolescence is a strategy causing social, economical and environmental damages. It was defined under French Consumer Protection Code, Article L441-2 as “any techniques whereby the entity responsible for the placement of a product on the market deliberately intends to shorten life span in order to increase its rate of replacement.” It has very wide concept since it has different applications in various sectors and has different types such as technological obsolescence, built-in obsolescence, or psychological obsolescence. Even though planned obsolescence was discussed by economists in detail, there is not sufficient studies legally. This article analyses planned obsolescence regarding legal aspects. This work analyses planned obsolescence applications of designing components with unsustainably short lifespan, and releasing new model regularly aiming to obsolete previous model. It assesses increasing online transactions, and replacing collective activities and works by social isolation caused by Covid-19. It is aimed to determine whether there is a connection between the experience of ‘the biggest decrease in demand for smart devices since 2013 in the Covid-19 period this year’ and the perception of “the more consumption the higher social status” or “having certain brand, or new model products is an indicator of socioeconomic status” which are caused by psychological planned obsolescence.

Keywords: Planned Obsolescence, Covid-19, Psychological Obsolescence, Cyberspace Law, IT Law.

* Bu makale, Rekabet Hukuku ve Tüketici Hukuku Bağlamında Planlı Eskitme adlı doktora tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku, aysegul.kulular@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6556-0269.

GİRİŞ

Planlı eskitme, ürünlerin kullanım sürelerinin bilinçli olarak sınırlandırılmasına yönelik uygulamaları kapsamaktadır¹. Planlı eskitme, tüketicilerin düzenli olarak ikame ürün satın alımında bulunmalarını sağlamak üzere ekonomik olmayacak şekilde kısa ömürlü üretilmesi şeklinde tanımlanabilir². Fransa Tüketici Kanunu L441-2 maddesi planlı eskitmeyi, bir ürünü piyasaya sürmekten sorumlu olan kişinin, ikame oranını artırmak için ürün ömrünü kasten kısaltma amacıyla kullandığı her türlü teknik olarak tanımlamıştır³. Bu düzenleme, dünyada planlı eskitmeyi tanımlayan ilk ve tek kanun olması itibariyle emsal teşkil etmektedir.

Fransa, İtalya başta olmak üzere farklı ülkelerde planlı eskitme karşısında çeşitli adımlar atılmış ve Avrupa Birliği'nde de farklı direktiflerle planlı eskitmenin önlenmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Birliği'nde planlı eskitme karşısında ürünlerin uzun ömürlü, dayanıklı üretimini sağlamak üzere ürün geri dönüşüm, yenileme veya onarım gibi uygulamalara standartlar getirerek atıl hale geldikten sonraki süreci de kapsayacak şekilde ürün ömrüne yönelik geniş çaplı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler üye ülkelerin belirli kurallar dahilinde gerekli önlemleri almasını ve üye ülkelerin direktifler doğrultusunda uygun düzenlemeleri yapmasını öngörmektedir. Bu kapsamda direktifler sayesinde planlı eskitmeyle ilgili düzenlemelerin Avrupa Birliği genelinde harmonize edilmesi amaçlanmaktadır⁴. Bu direktiflerin etkisinin yalnızca Avrupa Birliği üyesi ülkelerle sınırlı kalmayacağı düşünülmektedir. Zira planlı eskitme özellikle bilişim sektöründe etkili şekilde uygulanmaktadır. Bu sektör dünya genelinde tüketicileri etkilediğinden üye olmayan ülkeler de planlı eskitme karşısında düzenleme yapmak istediğinde Avrupa Birliği direktifleri bu ülkelere emsal teşkil edecektir. Böylece üye olmayan ülkeleri de kapsayan geniş bir standardizasyon sağlanmış olacaktır. Planlı eskitmenin özellikle uluslararası etkileri olan büyük firmalarca uygulandığı ve küresel çapta tüketicileri etkilediği düşünüldüğünde planlı eskitmeye karşı alınacak önlemlere yönelik düzenlemelerin de küreselleşerek ülke kurallarının uyumlulaştırılması kanunlar ihtilafının da önlenmesini sağlayacaktır. Ancak planlı eskitmeye yönelik başlı başına bir direktif yapılmış olmayıp farklı

-
- ¹ Addison Del Mastro, 'Planned Obsolescence: The Good and the Bad' (2018) <<https://www.perc.org/2012/07/18/planned-obsolescence-the-good-and-the-bad/>> erişildi 30 Kasım 2018.
 - ² Jeremy Bulow, 'An Economic Theory of Planned Obsolescence' (Oxford University Press 1986) 101(4) The Quarterly Journal of Economics 729.
 - ³ Legifrance Le Service Public De La Diffusion Du Droit. *Ordinance No. 2016-301 of March 14, 2016 Relating to the Legislative Part of the Consumer Code* (2016).
 - ⁴ Anaïs Michel, 'Product Lifetimes Through the Various Legal Approaches within the EU Context: Recent Initiatives Against Planned Obsolescence' iç Bakker Conny A ve Ruth Mugge (ed), *PLATE: Product Lifetimes And The Environment* (Delft University of Technology and IOS Press 2017) 267.

direktiflerde planlı eskitme, o direktifte düzenlenen konuyla ilişkili yönleri ile ele alınmıştır. Bir başka ifadeyle direktiflerin planlı eskitmeye yönelik düzenlemeleri dolaylı ve kısmidir⁵. Ayrıca yaptırım planlı eskitmenin kendisi için değil, planlı eskitme kapsamında yapılan uygulama için söz konusu olmaktadır. Bu durum planlı eskitme stratejisi güden bir firmanın bu strateji kapsamındaki uygulamasının yaptırıma uğraması halinde başka bir uygulama ile aynı stratejiyi uygulayabilmesine olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla planlı eskitme stratejisinin değil bu strateji kapsamında gerçekleştirilen uygulamanın ilgili olduğu konuya göre o konunun düzenlendiği mevzuat kapsamında değerlendirilip yaptırım uygulanması, planlı strateji karşısında etkili bir çözüm değildir. Çünkü firmalar yaptırımla karşılaştıklarında uygulamayı değiştirerek aynı strateji kapsamında hareket etmeye devam etmektedir. Metodun cezalandırılmasına yönelik mevcut düzenlemeler planlı eskitme karşısında etkili olmamaktadır. Planlı eskitmeden kaynaklanan zararların önlenmesi için planlı eskitmenin kapsamlı olarak tanımlanıp bu tanıma göre planlı eskitmenin uygulanma metodunun değil bizatihi kendinin engellenmesine yönelik yaptırım öngörülmesi gereklidir.

Ülkemizde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) 55. maddesinde reklam veya diğer satım uygulamalarından dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edenler veya hukuka aykırı başka uygulamaların haksız rekabet oluşturacağı belirtilmiştir. TTK 54. maddede de ticari uygulamaların aldatıcı veya herhangi bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda haksız rekabet oluşturacağı düzenlenmiştir. Planlı eskitmenin haksız rekabet altında değerlendirilmesi gerektiği halde ülkemizde henüz doğrudan planlı eskitmeyi engellemeye yönelik bir yargı kararı yahut önleyici düzenleme bulunmamaktadır.⁶

Çalışmamızda planlı eskitme türlerinden psikolojik eskitme üzerinde durulmuştur. Mevcut sistemde Covid-19 ile planlı eskitme etkileşimi sorgulanmıştır. Bu şekilde akıllı cihaz talebinde 2013 yılından itibaren en büyük düşüşün Covid-19 nedeniyle pandemi döneminde yaşanması ile özellikle psikolojik planlı eskitme uygulamasında belirli marka ve yeni model ürünlere sahip olmanın toplumsal statü göstergesi olduğu algısına pandeminin etkisi incelenmiştir.

A. PSİKOLOJİK (ESTETİK) ESKİTME

Diğer adı estetik eskitme olan psikolojik eskitme, sürekli olarak yeni model özelliklerinin gündeme getirilerek tüketicilerde yeni ürün satın alma

⁵ Jesus Soto Pineda ve Maria Prada Salmoral, *A Juridical 'Theory' of Planned Obsolescence* (2017) 111.

⁶ Başak Şit İmamoğlu, *Planlı Eskitme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020) 269.

isteği uyandırılması şeklinde uygulanmaktadır. Psikolojik eskitme ile elindeki ürün işlevini korumasına rağmen tüketicide o ürüne karşı memnuniyetsizlik oluşturulması, bu şekilde ürünlerin işlevini kaybetmesi beklenmeksizin yeni ürün satımının artırılması amaçlanmaktadır. Psikolojik eskitmede ürün sahibinin ürüne yönelik estetik algısı önem kazanmaktadır. Kullanıcısının estetik algısını, hassasiyetini yansıttığı için kişisel ürünler, psikolojik eskitmenin daha etkili olduğu ürün grubudur. Ürünlerin kişisel kullanıma yönelik olması, ürün sahibinin estetik algısı ile ilişkilidir. Şöyle ki ürün ne kadar kişisel kullanıma yönelikse o ürünün sahibi tarafından o kadar estetik algılanması beklenmektedir.⁷ Psikolojik eskitmede ürünün eskimesi, yıpranması yahut çalışamaz hale gelmesiyle ilgili olmayıp, modasının geçmesi anlamındadır. Bu durumda ürün, modası geçtiği için artık sahibinin estetik algısını yansıtmamakta, yeni model veya moda ürün estetik algıyı yansıtmaktadır. Örnek vermek gerekirse, kot pantolonların yırtık, rengi soluk görünenleri gerçek anlamda eski olmasına rağmen moda olduğu için tercih edilmekte ve yırtık olmayan rengi canlı olanlar psikolojik eskitme bağlamında tüketicilerce eski kabul edilmektedir. Diğer taraftan takım elbiseler düşünüldüğünde en ufak bir dikiş hatası o takımın sahibince artık kullanılmamasına yol açmaktadır.⁸ Bu örnekten anlaşıldığı üzere psikolojik eskitme uygulamalarında her bir ürün için farklı strateji izlenmektedir çünkü tüketici davranışları sadece ekonomik özellikte olmayıp ayrıca kültürel, sosyal ve psikolojik nitelikte davranışlardır.⁹

Tüketim kültürü, günümüz toplumlarında da devam etmektedir. Sosyal yapının bu şekilde ihtiyacı olmadığı halde ve aşırı tüketim yapan nitelikte olması, psikolojik eskitme stratejisi kapsamında yeni moda oluşturularak tüketicileri sahip olduğu ürünün yeni moda olanını satın almaya yönlendirmeye uygun zemin teşkil etmektedir.¹⁰ Üstelik toplumdaki ikame ürün satın alımı giderek artmaktadır. Örneğin Almanya’da ikame ürün satın alımına yönelik yapılan bir çalışmada 2004’te %7 olan ikame ürün satın alımının 2012-2013 yıllarında %13’e çıktığı belirlenmiştir.¹¹ Günümüz tüketim toplumunun bu şekilde satın alma davranışları düşünüldüğünde bunun önü alınamaz bir yapıya büründüğünü düşünen Chapman, gelişmiş dünyada insanlara tüketimi durdurun demenin vampirlere kan içmeyin demekle aynı olduğunu

⁷ Brian Burns, ‘Re-evaluating Obsolescence and Planning for It’ iç Cooper T (ed), *Longer Lasting Products* (Gower Publishing Limited 2010) 45.

⁸ Burns, ‘Re-evaluating Obsolescence and Planning for It’ 45.

⁹ Müberra Babaoğlu ve Esna Betül Buğday, ‘Gösteriş Tüketimine Karşı Gönüllü Sadelik’ iç Müberra Babaoğlu, Arzu Şener ve Esna Betül Buğday (ed), *Tüketici Yazıları (III)* (Elma Teknik Basım Matbaacılık 2012) 77.

¹⁰ Joseph Guiltinan, ‘Creative Destruction and Destructive Creations: Environmental Ethics and Planned Obsolescence’ (2009) 89(1) *Journal of Business Ethics* 20.

¹¹ Prakash ve diğerleri, “*Obsoleszenz*,” 91.

dile getirmiştir.¹² Bu düşünce, tüketimin durdurulamaz olduğunu belirtmesi açısından desteklenmekle birlikte, insanların aşırı tüketim davranışı ihtiyaç gidermeye yönelik olmadığı halde vampir davranışı bir ihtiyaç, bir zorunluluk unsuru içermektedir. Oysa tüketicilerin yiyecek, barınak, modaaya uygun giysi, elektronik gibi çok farklı alanlardaki satın alma eğilimleri, satın aldıkları ürünlerden yoksun olmalarından kaynaklanmamaktadır. Burada ikame ürün satın alınması söz konusudur. Bir başka ifadeyle bu tüketim davranışı ihtiyaç giderme amacı ile değil, sosyal yoksunluğu tüketim yoluyla giderme amacıyla gerçekleşmektedir.¹³

Psikolojik eskitme cep telefonları, elektronik cihazlar gibi bilgi teknolojileri ürünlerinin yanı sıra arabalar, kitaplar gibi çok farklı ürünler üzerinde uygulanmaktadır.¹⁴ Psikolojik eskitme kapsamında paslanmaz çelik görünümlülerinin piyasaya sürülmesi sonucu artık beyaz renkli beyaz eşyaların tercih edilmediği¹⁵ gerekçesiyle işlevsel şekilde çalışan beyaz eşyalarını kullanmaya devam etmek yerine psikolojik eskitme etkisinde tüketicilerin bir de paslanmaz çelik görünümlü beyaz eşya satın alması estetik eskitmeye örnektir. Örneğin Almanya'da 2012-2013 yıllarında dayanıklı tüketim mallarına yönelik yapılan çalışmada yeni dayanıklı tüketim malı satın alan tüketicilerin üçte birinin kullanılabilir dayanıklı tüketim malına sahip olduğu halde psikolojik eskitme etkisinde yeni model satın alıp mevcut ürünü elden çıkardığı belirlenmiştir.¹⁶ Planlı eskitme kapsamında psikolojik eskitmede ürünlerin daha farklı, daha güzel ambalajlarda sunulması, tüketicilerin reklamlar gibi çeşitli pazarlama stratejileri kullanılarak modanın değiştiği ve elindeki ürünün modası geçtiği için eskidiği gerekçesiyle yeni ürün almaya teşvik edilmesi gibi yöntemler uygulanmaktadır.

B. COVID 19 VE PLANLI ESKİTMEME ETKİSİ

Tüketicileri yanıltılmak, saldırgan satım metotları ile tüketicilerin karar verme özgürlüklerini etkilemek, ürün tehlikesini gizleyerek tüketicii yanıltılmak, ürünleri hakkında yanıltıcı bilgi vermek gibi durumlar Türk Ticaret

¹² Jonathan Chapman, *Emotionally Durable Design: Objects, Experiences, and Empathy* (Earthscan, 2005) 29.

¹³ Frank Ackerman, *Why Do We Recycle: Markets, Values, and Public Policy*, (Island Press, 1997) 185.

¹⁴ Rafael Gomes De Oliveira, 'Planned Obsolescence' (2013) 13(4) *Leadership and Management in Engineering* 262. Vijay Prashad, *In the Ruins of the Present* (Tricontinental 2018) 27.

¹⁵ Burns, 'Re-evaluating Obsolescence and Planning for It' 46.

¹⁶ Siddharth Prakash, Günther Dehoust, Martin Gsell, Tobias Schleicher ve Rainer Stamminger, *Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umweltwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen "Obsoleszenz,"* (Herausgeber 2016) 90, 91.

Kanunu'nun 55. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamalara örnek olarak sayılmıştır. Haksız rekabet hallerinin oluşması durumunda haksız rekabet fiilini işleyenler için adli para cezası veya iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Bu şekilde haksız rekabet teşkil eden; ürün tehlikesini gizleyerek tüketiciyi yanıltma, ürünler hakkında yanıltıcı bilgi verme gibi dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamalarda genellikle reklamlar kullanılmaktadır. Birçok firma, ürünlerinin satılabilmesi için bireylerde tüketim isteği uyandıracak şekilde tasarlanarak tüketim kültürünü artıracak reklamların yaygınlaşması için çaba ve para harcamaktadır.¹⁷ Tüketicilerde tüketim arzusu uyandırarak reklam konusu ürüne sahip olma isteği ile tüketim davranışlarının etkilenmesinde reklamlar son derece etkilidir. Medya ve internet dolayısı ile reklamlar geniş kitlelere ulaşabilmektedir. Planlı eskitme stratejisi sonucu reklam pazarlama aracı olarak kullanılarak tüketiciler materyalistleştirilmekte¹⁸ ve ihtiyacı olmadığı halde satın almaya yönlendirilmektedir. “Tüketicilere, tüketiciliğe dayanan yaşam biçimi satılmaktadır.”¹⁹

Bunun en belirgin ve güncel örneği Covid-19'dan faydalanılarak TV ve internette sosyal medyada yapılan reklamlardır. Özellikle insan sağlığını tehdit eden bu konuda sosyal izolasyonun sağlanması için alınan tedbirler neticesinde bireylerin tüm işlemleri çoğunlukla evden yürütmeleri gerekmiştir. Bu dönemde eğitimden ticarete birçok alanda işlemler online olarak yürütülmeye başlanmıştır. Bu nedenle bilgisayardan TV'ye ekranlara duyulan gereksinim artmıştır. Bu dönemde planlı eskitme stratejisi sonucu tüketicilerin ihtiyaç duyup duymadıklarına dair öz sorgulama yapmalarına engel olacak şekilde bireyleri etkileyerek daha yeni ürün satın almaya zorlanmasına yönelik reklamlar artmıştır. Pazarlama tekniklerinin hem ekonomik hem de sosyal tahribat şeklinde sosyal etkilerinin olduğunu gösteren²⁰ bu örnek gibi birçok ürüne yönelik olarak korona bir fırsat şeklinde değerlendirilerek yeni model ürün satımının artırılması için çeşitli promosyonlar sık sık gündeme gelmektedir. Promosyonlar, kampanyalar ile yeni model ürünlere talebin artması sağlanmaktadır.²¹ Burada promosyonların reklamlarda nasıl sunulduğu önemlidir. Zira birçok reklam tüketiciyi yanıltıcı unsurlar içererek haksız rekabete neden olmaktadır. Firmalar tüketicileri yeterince bilgilendirmemekte

¹⁷ Prashad, *In the Ruins of the Present*, 27.

¹⁸ Şuayıp Özdemir ve Fikret Yaman, *Türkiye’de Reklam Ahlakı Araştırması Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Limit Ofset 2015)* 30.

¹⁹ Hasan Cem Çelik, ‘TV’de Kapitalist Hegemonyanın Yeniden Üretimine Bir Örnek: “Bu Tarz Benim” Yarışması’ (2018) 1(1) *SDÜ İfade* 99.

²⁰ Ömer Torlak ve Muhammet Ali Tiltay, *Pazarlama Ahlakı Sosyal Sorumluluklar Ekseninde Pazarlama Kararları ve Tüketici Davranışlarının Analizi* (Beta Basım 2017) 9.

²¹ Prashad, *In the Ruins of the Present*, 27.

ve tüketicilerin bilgi eksikliğinden faydalanmaktadır. Buna yönelik olarak yapılan reklamlarda ürünün özelliklerinden belirli bir kısmının seçilip vurgulanarak ürünün kendisiymişçesine sunulması sonucu söz konusu ürünün yalnızca tüketiciye sunulan özellikleri yönünden değil bütün özellikleriyle piyasanın en iyi ürünü olduğu algısı oluşturularak tüketici yanıltılmaktadır. Bu şekilde ürünün yalnızca belirtilen özellikleri bakımından piyasanın en iyisi olup diğer özellikleri bakımından daha iyi ürünler bulunduğunu idrak edemeyen tüketici, bu yanılgı ile satın alma kararı vermektedir. Bir başka ifadeyle planlı eskitme stratejisi ile gelir artırma amacındaki firmalar tarafından yanlış yönlendirilen tüketicilerin satın alma kararları etkilenmekte ve normalde satın almayacakları ürünleri yanıltıcı reklam sonucu satın almaları sağlanmaktadır.²²

Yanıltıcı reklamların tespit edilerek “reklamda yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan ürünler”in ayıplı mal sayılacağına belirtildiği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 8. maddesi 2. fıkrası kapsamında ayıp hükümleri uyarınca değerlendirilmesi yahut dürüstlük kuralına aykırı reklamların haksız rekabet oluşturduğu belirtilen Türk Ticaret Kanunu 55inci maddesi ve devamı uyarınca haksız rekabet hükümleri altında engellenmesi gerekir. Reklamın yanıltıcı olup olmadığının tespitinde tüketicilerin bilgilendirilip bilgilendirilmemesi değil, tüketicilerin yeterli ve olması gerektiği şekilde bilgilendirilmesi kriter olmalıdır. Bununla ilgili olarak Kaliforniya’da görülen Nutella davası örnek alınmalıdır. Tüketicilerin Nutella’ya açmış oldukları bu davada tüketicileri yanlış şekilde bilgilendirmesi dolayısıyla yanıltıcı reklamından ötürü Nutella-maker Ferrero USA şirketinin 3 milyon tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Çocukların ekmeğe Nutella sürerek yedikleri dava konusu reklamda Nutella ile kahvaltının sağlıklı olduğu belirtilmiştir. Buna karşın bir kaşık Nutella’nın içeriğinin 200 kalori, 11 gram yağ (3.5 gram doymuş) ve 21 gram şekerden oluştuğuna yönelik tüketiciler bilgilendirilmemiştir.²³ Dolayısıyla aslında birçok tüketicinin sağlıklı olarak nitelendirip satın almayacağı ürün, reklamında sağlıklı olarak sunulup tüketicilerin yanıltılmasına neden olmuş ve tüketicilerin satın alma kararlarını etkilemiştir. Bu şekilde yanıltıcı reklamların tespit edilerek uygun önlemlerin alınması gerekmektedir.

Covid-19 sonrasında hangi ülkede olduğuna bakılmaksızın tüm insanların sağlığının tehlikede olması nedeniyle bireyler devletin egemenlik hakkı altında aldığı olağanüstü kararlar neticesinde hukuk kurallarına vatandaşlık bilinci ile uyarak veya devlet erkinin yaptırım uygulamasından korkarak yahut da kendi ve başkalarının sağlığını riske atmamak adına kurallar ve

²² Özdemir ve Yaman, *Türkiye’de Reklam Ahlakı Araştırması Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 18.

²³ Lindsay Goldwert, ‘Maker of Nutella Settles with Consumers Over ‘Healthy Food’ Claims; will Pay Out \$3 Million’ (2012) New York Daily News.

yaptırımlardan bağımsız olarak öz istekleri ile sosyal izolasyon, hijyen veya işlerin evden yürütülmesi gibi yaşam tarzlarını değiştiren önlemler almıştır. Tüm bu önlemler neticesinde hayat çoğunlukla uzaktan erişimle devam etmeye başlamış, online işlemler artmıştır. Covid-19 nedeniyle birçok mağaza hizmetlerine yalnızca online olarak devam etme kararı almıştır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin yeni moda ürünlerin geniş tüketici kitlelerine pazarlanmasında kullanılan e-mağazalar gibi yeni pazarlama uygulamalarını etkileyerek,²⁴ hazırladığı online ticaret kullanımı pandemi döneminde ciddi derecede artmıştır. İnternet üzerinden kullanıcıların ziyaret ettiği web sayfaları bilgilerinden, yaptıkları alışverişlere, ne tür ürünler tercih ettiklerine, aylık harcamalarına kadar birçok kişisel verileri tarayıcılarca izlenmektedir. Bu şekilde internet üzerindeki işlemlerine göre bireyler hem sınıflandırılmakta hem de tüketicilere bireysel eğilimleri doğrultusunda kişiselleştirilmiş reklamlar sunulmaktadır. Kişiselleştirilmiş reklamların tüketimi artırması dolayısıyla firmaların kitlesel reklam yatırımları yerini bireysel reklam yatırımlarına bırakmıştır.²⁵ Bu yatırımlar sonucu işlev kazanan bireysel reklamlar; tüketicilerin, kendi ilgilerine göre kendilerine sunulan reklamlar sonucu ilgi duydukları ürünlere bağımlı olmasına neden olmaktadır.²⁶ Örneğin tüketiciler ilgilendikleri markaların e-mağazalarını ziyaret etmekte, bazı bunu algılayan tarayıcılar tüketicilerin karşısına bu markaların reklamlarını sunmaktadır. Diğer marka ürünlerin değil sürekli bu marka ürünlerin reklamları ile karşılaşan tüketici, başka markaların ürünlerinden, indirim veya farklı kampanyalarından haberdar olmamakta yalnızca tarayıcının sunduğu belirli markanın promosyonlarından haberdar olmaktadır. Bu şekilde kendi ziyaret ettiği internet sitesindeki markanın tarayıcı tarafından algılanıp o doğrultuda aynı ürüne ve markaya yönelik reklamlar sunulması sonucu tüketici başka marka değil o marka ürün satın almaya yönlendirilmektedir. Bu şekilde döngü sonucu tüketiciler belirli ürünlere bağımlı olmaktadır. Marka bağımlılığında tarayıcıların birey davranışlarını izlemesi sonucu oluşan teknolojik etkenden başka postmodern kültürün bireyler üzerindeki etkisi sonucu sosyal statü göstergesi olarak değerlendirilen markalara sahip olarak özel sınıf içerisinde yer edinme algısı²⁷ şeklinde sosyal etkenler de söz konusudur. Nitekim

²⁴ Naciye Güliz Uğur ve Aykut Hamit Turan, ‘Üniversite Öğrencilerinin Mobil Uygulamaları Kabulü ve Kullanımı: Sakarya Üniversitesi Örneği’ (2015) 6(2) *İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi* 64.

²⁵ Ömer Torlak, Şuayıp Özdemir ve Fikret Yaman, ‘Pazarlama ve Reklam Ahlakı’ iç Nihat Erdoğan, Ömer Torlak ve Kübra Bilgin Tiryaki (ed), *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı* (İĞİAD Türkiye İktisadi Girişim ve İş Ahlakı Derneği 2018) 193.

²⁶ Merve Kayaköy Taş, *Pazarlama İletişiminde Sosyal Medya Kullanımı: Sigorta Pazarına Bir Uygulama* Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 12.

²⁷ Masha Karimi, ‘Effect of Culture on Online Shopping: Comparison Between Iran And

tüketimin üstünlük olarak algılanması, bir başka ifadeyle tüketerek üstün olma algısı,²⁸ da tüketicileri marka bağımlılığına iten önemli bir sosyal kültürel etkidir. Bunun sonucu büyük markalar tüketicilerin bağımlılığını kullanarak planlı eskitme stratejisi uygulayarak kar peşinde koşmaya devam etmektedir. Tüketim bağımlılığından ayrı olarak henüz literatürde yerini bulmamış bakir bir alan olan marka bağımlılığı ve internet kullanımının marka bağımlılığına etkisinin ayrıca araştırılması gereklidir.

Covid-19 nedeniyle kişilerin dışarı çıkmadan işlemlerini online olarak yürütebilmeleri için belirli bir teknolojik donanım gerekmektedir. Yalnızca işlerin yürütülebilmesi değil, eğitim, alışveriş gibi ihtiyaçların karşılanması yahut sokağa çıkma yasağı bulunan kişilerin özellikle çocukların evde vakit geçirmeleri için belirli teknolojik ekipmanlara sahip olmaları gerekmiştir. Bu nedenle tüketiciler bilgi teknolojilerine yönelmiş ve Covid-19 döneminde teknolojik ürün tüketimi yani online oyunlar, bilgisayarlar gibi ürünleri kapsayan dijital tüketim artmıştır.²⁹ Burada tüketicilerin tüketim alışkanlıklarının etkilenmesinde Covid-19 nedeniyle oluşan yeni hayat biçiminin yanında firmaların ürün satımını artırmaya yönelik uyguladıkları pazarlama teknikleri de dikkate alınmalıdır. Bu pazarlama yöntemleri özellikle internet üzerinden yapılan alışverişlerde saldırgan nitelik taşıyabilmektedir. İnternet üzerinden yapılan reklamlar ile tüketiciler, tüketim arzuları artırılarak özellikle bilgi teknolojisi ürünlerini yüksek ücretlerle satın almakta ancak bu ürünler planlı eskitme dolayısıyla işlevini uzun süre korumayacak şekilde tasarlandığından toplumda daima yeni ürün ihtiyacı bulunmaktadır.³⁰ Firmaların planlı eskitme stratejileri kapsamında uyguladıkları az değişiklikli yeni model piyasaya sunmaları, psikolojik planlı eskitme şeklinde tüketim ihtiyacı oluşturan bir diğer etkidir. Zira yeni modelin piyasaya sunulması durumunda modası geçmiş olduğundan tüketiciler; elindeki model hala işlevini korusa dahi sırf yenisi çıktığı için memnuniyetsizlik duyarak ikame ürün satın almaya yönlendirilmektedir. Bu şekilde yeni modelin kısa sürede piyasaya sürülmesi, reklamlarla tüketicilerin yeni model satın almaya yönlendirilmesi, promosyonlarla yeni modelin cazip hale getirilip mevcut model için memnuniyetsizlik oluşturulması gibi farklı pazarlama teknikleri ile planlı eskitme stratejisi sonucu tüketicilerde tüketim isteği uyandırılması ve tüketimin artırılması amaçlanmaktadır.³¹ Belirli

Turkey' iç 2nd International Conference on Industrial Engineering and Technology Management (2018) 51.

²⁸ Musa Arı, "Tema"lı Hayatlar Sosyolojisi (Türkiye'de Tüketim Toplumunun Tezahürlerini Anlamak), Yüksek Lisans Tezi, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014) 21.

²⁹ CNNTürk. 'Dijital Tüketim Trendlerine Korona Virüs Etkisi' (2020) <<https://www.cnntrk.com/bilim-teknoloji/dijital-tuketim-trendlerine-korona-virus-etkisi>> erişildi 20 Mart 2020.

³⁰ Serge Latouche, *Farewell to Growth*. Macey David (çev) (Polity Press 2009) 17.

³¹ Recai Çınar ve İhsan Çubukcu, 'Tüketim Toplumunun Şekillenmesi ve Tüketici Davranışları -Karşılaştırmalı Bir Uygulama' (2009) 13(1) *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*

ürünlere sahip olmanın toplumda belirli bir sınıf kimliği oluşturduğu inancı ile bu sınıfta yer alma arzusundaki tüketiciler o sınıf göstergesi ürünleri satın almaya yönlendirilmektedir.³² Bir başka ifadeyle, tüketicilerin sürekli yeni model ürün ikame etmeleri aslında toplumda belirli bir konuma sahip olma istemine yöneliktir. Toplum içinde kullandıkları laptop veya akıllı telefon gibi cihazları bir sınıf göstergesi olarak kullanmak isteyen tüketiciler Covid-19 sonrası hayat tarzını değiştirerek topluma çok karışmadığı; dolayısıyla sahip olduğu ürünleri etrafındakilere gösterebileceği ortam artık olmadığı için akıllı telefonlara talep azalmış³³ ve yeni model telefon satımlarında düşüş olmuştur.³⁴ Canalys'in Çin, Hindistan, Singapur, İngiltere ve Amerika raporuna göre akıllı telefon sevkiyatında Covid-19 nedeniyle %18lik bir düşüş yaşanmıştır.³⁵ Raporda Covid-19 nedeniyle akıllı telefonlarda aslında daha büyük bir düşüş yaşanabilecekken akıllı telefonların “temel” kişisel eşya statüsünde olmalarının piyasanın daha da düşmesine engel olduğu belirtilmiştir.³⁶ Akıllı telefonların kişisel eşya olarak algılanmasında; firmaların çeşitli pazarlama teknikleri sonucu tüketicilerde uyandırdığı belirli ürünlere sahip olmanın belirli bir statü göstergesi olduğu algısı etkilidir. Planlı eskitme türleri içerisinde sosyal eskitme olarak adlandırılan bu durumda yeni model akıllı telefona sahip olma toplumda üst düzey statü göstergesi olarak algılanmaktadır. Bu algı sonucu birçok özelliğini kullanmadığı ve kullanma ihtiyacı olmadığı halde akıllı cihazlar, fiziksel özelliklerinden ziyade temsil ettikleri itibar için satın alınmaktadır.³⁷ Covid-19 sonucu sosyal izolasyon neticesinde bireylerin satın alma tercihlerinde cihazların temsil ettiği statü değil, fiziksel özellikleri önem kazanmıştır. Zira sosyal izolasyon nedeniyle bir araya gelmeyen bireylerin sahip oldukları akıllı cihazlarını gösterebilecekleri ortam oluşmadığından sahip olunan cihazlar statü göstergesi olma özelliğini yitirmiştir. Ayrıca tüm

Dergisi 278, 297.

- ³² Yiannis Gabriel ve Tim Lang, *The Unmanageable Consumer: Contemporary Consumption and Its Fragmentation* (Sage Publications 1995) 86.
- ³³ Sherisse Pham, ‘Samsung Warns Covid-19 will Hurt Smartphone Sales and the Rollout of 5G. But the Work-from-home Revolution is Here to Stay’ (CNN Business 2020) <<https://edition.cnn.com/2020/04/29/tech/samsung-smartphone-coronavirus/index.html>> erişildi 30 Nisan 2020.
- ³⁴ Brian Heater, ‘Smartphone Shipments Dropped 13% Globally, and COVID-19 is to Blame’ (2020) TechCrunch <<https://techcrunch.com/2020/04/30/smartphone-shipments-dropped-13-globally-and-covid-19-is-to-blame/>> erişildi 5 Mayıs 2020.
- ³⁵ Canalys, ‘Smartphone Shipments in China reach 73 Million in Q1 2020, Down 18% Year on Year’ (2020) <<https://www.canalys.com/newsroom/canalys-china-smartphone-shipments-Q1-2020>> erişildi 1 Mayıs 2020.
- ³⁶ Canalys, ‘Smartphone Shipments in China reach 73 Million in Q1 2020, Down 18% Year on Year’.
- ³⁷ Jonathan Chapman, Chapman J, ‘Subject/Object Relationships and Emotionally Durable Design’ iç Tim Cooper (ed), *Longer Lasting Products* (Gower Publishing Limited 2010) 64.

dünyayı etkileyen bu salgın dolayısıyla tüketiciler harcamalarında daha dikkatli olmaya yönelmişlerdir. Bunun sonucu üst düzey sosyoekonomik sınıfta yer almak için gerçekte bütçesini zorlayarak akıllı cihaz satın alma yerine tüketicilerin bir kısmı fiziksel özellikleri ihtiyacını karşılayacak cihazlara yönelmiştir. Bir kısmı ise akıllı telefonları hala kişisel eşya olarak algılamaya devam ettiği için talep belirli seviyede devam etmiş, akıllı telefon pazarında düşüş %18de kalmıştır. Akıllı telefonların kişisel eşya olarak algılanması, planlı eskitme stratejisi güden firmalarca desteklenmektedir. Zira toplumda belirli bir statü kazanmanın belirli eşyalara sahip olmaya bağlandığı algıda tüketiciler statü göstergesi olduğunu düşündüğü yeni model ürünleri düzenli olarak satın alacaklar ancak bu ürünlerden bekledikleri ekonomik faydayı elde etmeden yeni model piyasaya sürüldüğünde mevcut ürün üretim aşamasında tasarlandığı üzere işlevsizleşecektir. Covid-19 ile tüketicilerin ikame ürün satın alma ivmelerinde kırılma yaşanmıştır. Bunda sosyal izolasyon yahut ekonomik çekinceler sonucu toplumsal statü ile sahip olunan yeni model ürün arasında bağ olduğu algısının zayıflaması etkili olmuştur. Akıllı telefon üreticileri gibi teknolojiye önde gelen ve planlı eskitme stratejisi uygulayan firmaların tüketicileri olumsuz yönde etkileyen kötü niyetli iş uygulaması olarak sürekli ikame model satın alımına zorlayıcı reklamları, saldırgan satım yöntemleri yahut tüketicilerin kullanmakta oldukları ürün işlevini azaltıcı veya ürünü işlevsizleştirici güncelleme yazılımları gibi yöntemlerle tüketicilere verdikleri zararın önlenmesi için bu konuda tüketicilerin bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Özetle, üreticilerin kar elde etme amacıyla oluşturdukları bu algının ortadan kalkması için tüketicileri bilinçlendirmeye yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Bu şekilde ‘firmaların tüketicileri olumsuz yönde etkileyen ulusal ve uluslararası düzeydeki tüm kötü niyetli iş uygulamalarının engellenmesi’³⁸ şeklinde Birleşmiş Milletlerin Tüketicinin Korunması Kılavuz İlkeleri’nde belirttiği hedefe ulaşılabilecektir.

SONUÇ

Günümüz tüketim toplumlarında sürekli satın alma ihtiyacına binaen bilişim teknolojisi başta olmak üzere birçok üretici firma ürünlerinin devamlı olarak satın alınması için çeşitli stratejiler uygulamaktadır. Bu stratejilerden özellikle planlı eskitme; ekonomik, sosyal ve çevresel zararları dikkate alındığında öncelikli tartışılması ve çözümlenmesi gereken bir sorundur. Gerek tüketicilere, gerek rekabete, çevreye, insan sağlığına ve ekonomiye ciddi negatif etkisi olan bu strateji teknoloji devi firmalar tarafından aktif şekilde uygulanmakta ancak bundan zarar gören tüketiciyi koruyucu önlemler alınmamaktadır. Henüz doktrinde yeterli şekilde tartışmaya dahi açılmamış bu

³⁸ United Nations Guidelines for Consumer Protection (United Nations Conference on Trade and Development 2016).

konu, özellikle haksız rekabet ve ekonomik ayıp kapsamında tartışılmalıdır. Planlı eskitme hukuken yalnızca Fransa Tüketici Kanunu'nda tanımlanmıştır. Buna göre planlı eskitme 'bir ürünü piyasaya sürmekten sorumlu olan kişinin, ikame oranını arttırmak için ürün ömrünü kasten kısaltma amacıyla kullandığı her türlü teknik'tir.³⁹ Özellikle üreticiler planlı eskitme stratejisi ile ürünleri henüz üretim aşamasında belirli bir süre sonunda çalışamaz hale gelecek şekilde tasarlayarak; tüketicilerin kullanmakta oldukları ürünlere uzaktan erişim sağlayıp yeni yazılım yüklemesi için tüketicilere ısrar ederek ve bu yazılım ile ürünü işlevini düşürerek veya yeni ürünün toplumda bir statü göstergesi olarak algılanmasını sağlayıp bu itibarı kazanmak isteyen tüketicinin o ürüne sahip olması gerektiği inancı uyandırarak yahut yeni moda oluşturup mevcut ürüne karşı memnuniyetsizlik hissi oluşturarak ve benzeri farklı yöntemler uygulayarak tüketicileri ihtiyaç duymadığı halde biraz daha yeni ürünü ekonomik durumunu zorlayacak dahi olsa satın almaya zorlamaktadırlar. Özellikle planlı eskitme sonucu yeni ürün reklamlarında tüketicilere yanıltıcı bilgi sunulması veya rakip firma yedek parçalarının tespit edilip çalışamaz hale getirilmesi, güncel yazılımlar ile ürünlerin işlevinin azaltılması yahut ürünün tamamen kullanılamaz hale getirilmesi, onarımla ilgili yüksek ücret belirleme, belirli hataları garanti kapsamı dışında tutma, yedek parça tedariki sağlamama gibi çok farklı stratejiler ile tüketicilere zarar verilmekte, tüketiciler aldıkları üründen beklenen ekonomik faydayı elde edememektedir. Bu ve benzeri planlı eskitme uygulamaları düşünüldüğünde Fransız Tüketici Kanunu'nda planlı eskitmenin 'her türlü teknik' şeklinde kapsamlı tutulması oldukça yerinde bir tercihtir. Bu bağlamda Apple veya Samsung gibi teknolojiye önde gelen firmaların çok çeşitli uygulamaları İtalya'da Rekabet Kurumu'nca incelenmiş ve yanıltıcı ve agresif uygulama olarak nitelendirip cezalandırılmıştır. Gerek kanuni düzenleme gerek rekabet kurumunca verilen idari para cezası planlı eskitme uygulamaları nedeniyle zarar görmüş tüketicilerin zararını tazmin etmediği için eleştirilmekte ise de firmaların planlı eskitme uygulamaları karşısında caydırıcı bir tedbir olarak emsal niteliğindedir. Bu örnekler incelenmeli ve ülkemizde planlı eskitmenin hukuken tanınması, tanımlanması ve Rekabet Kurumu veya ilgili diğer kuruluşların planlı eskitme stratejisi uygulayan firmalar için etkili yaptırımlar uygulaması gereklidir.

Büyük çaplı bir değişiklik olmasa dahi biraz daha yeni biraz daha iyi ürünün piyasaya sürülerek mevcut ürünün modası geçmiş ilan edilmesi ve tüketicilerde özelliklerinde büyük çaplı bir değişiklik yapılmasa dahi bu yeni model ürünü bütçesini zorlayacak dahi olsa satın alma isteği uyandırılması psikolojik planlı eskitmenin temel özelliğidir. Bu şekilde bireylerin çok erken yaşlardan başlayarak tüketime yönlendirilmesinde reklamlar ön plana çıkmaktadır. Özellikle yanıltıcı reklamlar ile tüketicilerin bilgisizliklerinden

³⁹ Ordinance No. 2016-301

faydalanılarak uygulanan saldırgan satım yöntemleri ile planlı eskitme stratejisi sonuç vermekte ve tüketiciler ihtiyaçları olmadığı halde, ekonomik durumları yeterli olmadığı halde, özelliklerini kullanmayacakları halde ürünü sırf yeni olduğu için satın alma yönelimi gösterebilmektedir. Özellikle tüketicilerde marka bağımlılığı oluşturularak mübadili çok daha uygun fiyata ürün bulabilecekken misli ile ücret ödeyerek o marka ürünü satın almaları sağlanmaktadır. Bu yönlendirmede Apple gibi firmaların şarj aletlerine Apple şarj aleti olup olmadığını tanımlamak üzere çip yerleştirilmesi ve rakip firma şarj aletlerini çalıştırmaması gibi planlı eskitme uygulamaları oldukça etkilidir. Ayrıca internet üzerinde tarayıcıların veya çerezlerin tüketici alışkanlık ve eğilimlerini tespit ederek her bir tüketiciye özgü olarak kendi eğilimi doğrultusunda marka ve ürünlerin belirlenip bunlara has reklamların gösterilmesi gibi uygulamaların da etkisi yadsınmaz. Covid-19 gibi dünya genelinde bir salgının yani pandeminin neden olduğu önlemler dolayısı ile yeni hayat tarzında kişilerin normal yaşantıları online yaşantıya dönüşmüştür. Covid-19 nedeniyle işyeri bilgisayarı yerine işlerin evden yürütülebilmesi için laptop kullanılması gerekmiş, toplantıların zoom gibi online programlar üzerinden sağlanması sonucu akıllı cihazlar ihtiyaç haline gelmiş, ekran olmayan evler için en azından çocukların eğitimi gibi temel unsurların sağlanabilmesi için TV, bilgisayar veya herhangi başka bir ekran zorunlu olmuştur. Özetle Covid-19 sonrası hayat uzaktan erişime bağımlı hale gelmiş ve uzaktan erişim ile işlemlerin yürütülebilmesini sağlayacak bilişim teknolojisi cihazların ve buna ilişkin altyapının kullanımı zorunlu olmuştur. Bu tür cihazlara yönelik reklamlar ve kampanyalar artmıştır. Sonuç olarak Covid-19 nedeniyle dijital ürünlere yönelik tüketim artmıştır.⁴⁰ Covid-19 etkisinde bilgisayar oyunları yahut bilgisayar veya ekran satışlarında artış gözlemlenirken akıllı telefon satışları düşmüştür.⁴¹ Canalsy'sin hazırladığı Çin, Hindistan, Singapur, İngiltere ve Amerik'yı kapsayan rapora göre 2013 yılından itibaren akıllı telefon satışlarında en büyük azalma 2020 yılı Nisan ayında yani Covid-19 döneminde yaşanmıştır.⁴² Tüketim toplumunda toplumsal statü göstergesi şeklinde kişisel eşya olarak algılanan akıllı telefonlara yönelik özellikle Apple ve Samsung firmalarının güncelleme yazılımları ile cihazları yavaşlatmaları, bataryalarını bozmaları, bunların onarımını garanti kapsamına almamaları, yedek parça ve onarım hizmeti ücretlerini oldukça yüksek tutmaları, rakip firma üretimi şarj cihazlarının çalışmaması için çip takmaları, kısa sürede yeni model arz ederek mevcut modelin maddi ve prestij değerini düşürmeleri gibi planlı eskitme uygulamalarına rağmen talepte azalma görülmezken, Covid-19 nedeniyle

⁴⁰ CNNTürk, 'Dijital Tüketim Trendlerine Korona Virüs Etkisi'.

⁴¹ Pham, 'Samsung Warns Covid-19 will Hurt Smartphone Sales'.

⁴² Canalsy, 'Smartphone Shipments in China reach 73 Million in Q1 2020, Down 18% Year on Year'.

gerek yaşam tarzının değişmesi, sosyal izolasyon nedeniyle insanların bir araya gelmekten kaçınması dolayısıyla birbirlerine statü işareti olarak gösterdikleri akıllı cihazların artık prestij sembolü olma özelliğini kaybetmesi gibi nedenlerle bunlara yönelik talep ciddi ölçüde azalmıştır. Akıllı cihazların statü göstergesi olarak algılanması veya algılanmaması tüketicilere bağlı bir durumdur. Benzer şekilde tüketim toplumunda tükettikçe statü yükselmesi de tüketicilerin algısına bağlıdır. Bu algılar planlı eskitme stratejisi kapsamında üreticilerce çeşitli pazarlama yöntemleri ile tetiklenmektedir. Üreticilerin kar odaklı planlı eskitme stratejisi etkisinde oluşturdukları ve tüketicilerin ekonomik olarak kendilerini zorlamalarına ve aldıkları ürünlerden beklenen faydayı elde edememelerine neden olan ayrıca e-atık yönüyle çevreye ve elektronik cihazlarda bulunan bileşenlerin doğaya, bitkilere ve içme suyuna karışması gibi nedenlerle insan sağlığına da zararlı olan bu algının ortadan kalkması gerekmektedir. Bunun için tüketiciler bilinçlendirilmelidir. Böylece Tüketicinin Korunması Kılavuz İlkeleri'nde 'firmaların tüketicileri olumsuz yönde etkileyen ulusal ve uluslararası düzeydeki tüm kötü niyetli iş uygulamalarının engellenmesi'⁴³ şeklinde Birleşmiş Milletlerin belirttiği hedef gerçekleştirilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Ackerman F, *Why Do We Recycle: Markets, Values, and Public Policy* (Island Press 1997).
- Arı M, "Tema"lı Hayatlar Sosyolojisi (Türkiye'de Tüketim Toplumunun Tezahürlerini Anlamak) Yüksek Lisans Tezi, (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Babaoğlu M ve Buğday EB, 'Gösteriş Tüketimine Karşı Gönüllü Sadelik' iç Babaoğlu M, Şener A ve Buğday EB (ed), *Tüketici Yazıları (III)* (Elma Teknik Basım Matbaacılık 2012).
- Bulow J, 'An Economic Theory of Planned Obsolescence' (Oxford University Press 1986) *The Quarterly Journal of Economics* 729 - 750.
- Burns B, 'Re-evaluating Obsolescence and Planning for It' iç Cooper T (ed), *Longer Lasting Products* (Gower Publishing Limited 2010).
- Canalys, 'Smartphone Shipments in China reach 73 Million in Q1 2020, Down 18% Year on Year' (2020) <<https://www.canalys.com/newsroom/canalys-china-smartphone-shipments-Q1-2020>> erişildi 1 Mayıs 2020.
- Chapman J, *Emotionally Durable Design: Objects, Experiences, and Empathy* (Earthscan 2005).
- Chapman J, 'Subject/Object Relationships and Emotionally Durable Design' iç Cooper T (ed), *Longer Lasting Products* (Gower Publishing Limited 2010).

⁴³ United Nations Guidelines for Consumer Protection.

- CNNTürk, 'Dijital Tüketim Trendlerine Korona Virüs Etkisi' (2020) <<https://www.cnnturk.com/bilim-teknoloji/dijital-tuketim-trendlerine-korona-virus-etkisi>> erişildi 20 Mart 2020.
- Çelik HC, 'TV'de Kapitalist Hegemonyanın Yeniden Üretimine Bir Örnek: "Bu Tarz Benim" Yarışması' (2018) 1(1) *SDÜ İfade* 87 - 128.
- Çınar R ve Çubukcu İ, 'Tüketim Toplumunun Şekillenmesi ve Tüketici Davranışları -Karşılaştırmalı Bir Uygulama' (2009) 13(1) *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 277 - 300.
- De Oliveira, RG, 'Planned Obsolescence' (2013) 13(4) *Leadership and Management in Engineering* 262 - 264.
- Del Mastro A, 'Planned Obsolescence: The Good and the Bad' (2018) <<https://www.perc.org/2012/07/18/planned-obsolescence-the-good-and-the-bad/>> erişildi 30 Kasım 2018.
- Gabriel Y ve Lang T, *The Unmanageable Consumer: Contemporary Consumption and Its Fragmentation* (Sage Publications 1995).
- Goldwert L, 'Maker of Nutella Settles with Consumers Over 'Healthy Food' Claims; will Pay Out \$3 Million' (2012) New York Daily News.
- Guiltinan J, 'Creative Destruction and Destructive Creations: Environmental Ethics and Planned Obsolescence' (2009) 89(1) *Journal of Business Ethics* 19 - 28.
- Heater B, 'Smartphone Shipments Dropped 13% Globally, and COVID-19 is to Blame' (2020) TechCrunch <<https://techcrunch.com/2020/04/30/smartphone-shipments-dropped-13-globally-and-covid-19-is-to-blame/>> erişildi 5 Mayıs 2020.
- Karimi M, 'Effect of Culture on Online Shopping: Comparison Between Iran And Turkey' iç *2nd International Conference on Industrial Engineering and Technology Management* (2018) 49 - 56.
- Kayaköy Taş M, *Pazarlama İletişiminde Sosyal Medya Kullanımı: Sigorta Pazarına Bir Uygulama* Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Latouche, Serge. *Farewell to Growth*. David M (çev) (Polity Press 2009).
- Legifrance Le Service Public De La Diffusion Du Droit. *Ordinance No. 2016-301 of March 14, 2016 Relating to the Legislative Part of the Consumer Code* (2016).
- Michel A, 'Product Lifetimes Through the Various Legal Approaches within the EU Context: Recent Initiatives Against Planned Obsolescence' iç Bakker Conny A ve Mugge R (ed), *PLATE: Product Lifetimes And The Environment* (Delft University of Technology and IOS Press 2017).
- Özdemir Ş ve Yaman F, *Türkiye 'de Reklam Ahlakı Araştırması Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (Limit Ofset 2015).

- Pham S, ‘Samsung Warns Covid-19 will Hurt Smartphone Sales and the Rollout of 5G. But the Work-from-home Revolution is Here to Stay’ (CNN Business 2020) <<https://edition.cnn.com/2020/04/29/tech/samsung-smartphone-coronavirus/index.html>> erişildi 30 Nisan 2020.
- Prakash S, Dehoust G, Gsell M, Schleicher T ve Stamminger R, *Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umweltwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen “Obsoleszenz.”* (Herausgeber 2016).
- Prashad V, *In the Ruins of the Present* (Tricontinental 2018).
- Soto Pineda J ve Prada Salmoral M, *A Juridical ‘Theory’ of Planned Obsolescence.* (2017).
- Şit İmamoğlu B, *Planlı Eskitme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020).
- Torlak Ö ve Tiltay MA, *Pazarlama Ahlâkı Sosyal Sorumluluklar Ekseninde Pazarlama Kararları ve Tüketici Davranışlarının Analizi* (Beta Basım 2017).
- Torlak Ö, Özdemir Ş ve Yaman F, ‘Pazarlama ve Reklam Ahlakı’ iç Erdoğan N, Torlak Ö ve Bilgin Tiryaki K, (ed), *Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı* (İGİAD Türkiye İktisadî Girişim ve İş Ahlakı Derneği 2018).
- Uğur NG ve Turan AH, ‘Üniversite Öğrencilerinin Mobil Uygulamaları Kabulü ve Kullanımı: Sakarya Üniversitesi Örneği’ (2015) 6(2) *İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi* 63 - 79.
- United Nations Guidelines for Consumer Protection (United Nations Conference on Trade and Development 2016).

CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTECİLİK SUÇLARI İLE VERGİ CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTE BELGE DÜZENLEME-KULLANMA SUÇLARI

*The Crimes of Counterfeiting in Criminal Law
and the Crimes of Issuing-Using Counterfeit Document in Tax Criminal Law*

Burcu GÖRKEMLİ*

Geliş Tarihi: 02.10.2020

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Ceza hukukundaki sahtecilik suçları ile vergi ceza hukukundaki sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarında korunan hukukî yarar, “*kamu güveni*”dir. Sahtecilik suçlarının ortak konusunu “*belge*” oluşturmaktadır. Sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarında, suç konu belgelerin niteliği Vergi Usul Kanunu ve Türk Ceza Kanunu açısından farklılık göstermektedir. Resmî veya özel bir belge olduğunda, toplum, böyle bir belgeye dayanan hukukî ilişkinin doğru olduğuna güven duymaktadır. Ayrıca, devletin topluma kamu hizmetlerini iyi bir şekilde sunması vergi gelirleri ile mümkündür. Sağlıklı bir şekilde işleyen vergi sisteminin oluşumu düzenlenen veya kullanılan belgelerin gerçeği yansıtmasıyla doğru orantılıdır. Mükellefler ve vergi sorumluları vergi ödevlerini bazı durumlarda kasten veya kasıtları olmaksızın kanuna aykırı bir şekilde yerine getirmemektedir. İhlale yönelik davranışları niteliklerine göre farklı vergi suç ve cezalarına konu olmaktadır. Bu çalışmada, ceza hukukundaki belgede sahtecilik suçları kapsamında resmî belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçu ele alınmıştır. Ayrıca vergi suçlarından olan kaçakçılık suçu ve bu suç kapsamında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçları ile sahte belge düzenleme veya kullanma suçları incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Özel belge, resmî belge, kaçakçılık suçu, sahtecilik, aldatıcılık, düzenleme, kullanma.

ABSTRACT

The legal benefit protected in the crimes of counterfeiting in criminal law and in the crimes of issuing or using counterfeit document in tax criminal law is “*public trust*”. The common subject of the crimes of counterfeiting is the “*document*”. The nature of the documents subject to crime differs in terms of the Tax Procedure Law and the Turkish Criminal Code. When it is a official or private document, the community is confident that the legal relationship based on such a document is correct. In addition, it is possible for the state to provide public services to the society with tax revenues. The formation of a functioning tax system is directly proportional to the fact that the documents issued or used reflect the truth. Taxpayers and taxpayers sometimes do not fulfill their tax duties deliberately or unintentionally, illegally. Violation behaviors are subject to different tax crimes and penalties according to their characteristics. In this study, the crime of counterfeiting official documents and the crime of counterfeiting private documents within the scope the crimes of counterfeiting in criminal law were discussed. In addition, the crime of smuggling, which is one of the tax crimes, and the crimes of issuing or using misleading documents within the scope of this crime, and the crimes of issuing or using counterfeit documents have been investigated.

Keywords: Private document, official document, smuggling crime, counterfeiting, deceptiveness, issuing, using.

* Öğr. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, burcugorkemli@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4953-3700.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun¹ “*Topluma Karşı Suçlar*” bölümünde düzenlenen belgede sahtecilik suçları, kamu güvenine karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Belgede sahtecilik suçları, resmî ve özel belge ayrımı yapılarak Kanun'da düzenlenmiştir. Zira, resmî belgelerin delil gücünün yüksek olmasından ve kamu idaresinin işleyiş düzeninin bozulmasından kaynaklı olarak resmî belgede sahtecilik suçu bakımından daha ağır cezai yaptırım öngörülmüştür².

Devletin egemenlik yetkisine dayanarak, kamu hizmetlerinin finansmanı için vergi gelirlerinden yararlanması, kamu yararı açısından zorunludur. Devlet tarafından ihdas edilen vergilerin zamanında ve adaletli bir şekilde alınabilmesi, hem vergiye tâbi olan kişiler hem de vergi gelirlerinden faydalanan devlet ve kamu tüzel kişileri açısından önem arz etmektedir. Devletin topluma kamu hizmetlerini sağlıklı bir şekilde sunması vergi gelirleri ile mümkün olabilirken, vergi yükümlülüğü bulunan kişiler az vergi ödemek, hiç vergi ödememek veya vergiyi doğuran eylem ve işlemleri gizlemek suretiyle vergi ödememek yahut haksız gelir elde etmek gibi Vergi Usul Kanunu'nda³ düzenlenen vergi kaçakçılığı suçuna konu fiil ve işlemleri, sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işleyebilmektedirler.

Sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarında, suça konu belgelerin niteliği Vergi Usul Kanunu ve Türk Ceza Kanunu açısından farklılık göstermektedir. Zira, ilgili Kanunlarda belirtilen suçların özelliğine göre belgelerin niteliği ve mevzuata uygunluğu kendine özgü bir hal almaktadır. Sahte belge düzenleme veya kullanma fiilleri, Vergi Usul Kanunu'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ilgili suçlara sebep olmakla birlikte; adı geçen iki Kanun açısından sahte belge düzenleme veya kullanma suçları, suça konu belgelerin niteliği ve mevzuata uygunluğu durumu, suçun maddî unsurlarından olan söz konusu fiillerin taşınması gereken özellikleri, belgelerin aldatma-kandırma kabiliyetinin olup olmaması meselesi gibi açılardan önemli farklılıklar içermekte olup, üzerinde durulması gerekmektedir.

Bu çalışmada, ceza hukukundaki belgede sahtecilik suçları kapsamında resmî belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçu ele alınmıştır. Ayrıca vergi suçlarından olan kaçakçılık suçu ve bu suç kapsamında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçları ile sahte belge düzenleme veya kullanma suçları incelenmiştir.

¹ 26.09.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (RG. 12.10.2004 – 25611).

² Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 649.

³ 4.01.1961 gün ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, (RG. 10.01.1961 - 10703).

I. CEZA HUKUKUNDA BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARI

A. Genel Açıklama

Belgede sahtecilik suçları ile delil araçlarının güvenliğini ve güvenilirliğini koruma amaçlanmaktadır⁴. Bu suçla korunan hukuksal yarar, “*kamu güveni*”dir⁵. Zira, resmî veya özel bir belge olduğunda, toplum, böyle bir belgeye dayanan hukukî ilişkinin doğru ve güvenilir olduğuna itimat etmektedir⁶.

Belgede sahtecilik suçlarının ortak konusunu “*belge*” oluşturmaktadır. Belge, “*hukukî önem arz eden ve belli bir kişi tarafından yapılan açıklamanın (irade beyanının) ispatı açısından cisimleştirildiği yazılı kâğıt (şey)*” olarak tanımlanmaktadır. Bir belgenin varlığından söz edebilmek için belgenin yazılı olması, düzenleyen kişinin belli olması ve hukukî değer taşıyan bir içeriğinin bulunması gerekir⁸. Belgenin, bir irade beyanını veya maddî bir olayı içermesi tek başına belge olması için yeterli değildir. Bu belge, delil olarak kullanılabilir olması halinde hukukî korunacaktır⁹.

Belgeler, resmî belge, resmî belge hükmünde belge ve özel belge olmak üzere ayrılmaktadır. Resmî belge, bir kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenen belgedir. Bir belgenin resmî nitelik taşıyabilmesi için, kamu görevlisi tarafından düzenlenmesi, kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlenmesi ve kanunda öngörülen usul ve formalitelere uygun olarak düzenlenmesi gerekir¹⁰.

Özel belge niteliği taşıyan bazı belgelerdeki sahtecilik, Türk Ceza Kanunu gereğince¹¹ resmî belgede sahtecilik gibi cezalandırılmaktadır. Bu kapsamda resmî belge hükmünde belge, “*özel belge niteliği taşımalarına rağmen, sahteciliğe konu olduklarında resmî belge gibi değerlendirilen özel*

⁴ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1036.

⁵ Tezcan, Erdem, Önok, s. 1036.

⁶ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s. 762.

⁷ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 763.

⁸ Yokuş Sevil, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 650-651.

⁹ Yokuş Sevil, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 654.

¹⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1042.

¹¹ Türk Ceza Kanunu’nun 210’uncu maddesine göre, “1) *Özel belgede sahtecilik suçunun konusunun, emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiya temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname olması halinde, resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümler uygulanır.* 2) *Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tâbip, diş tâbibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.*”

*belge*¹²” şeklinde tanımlanmaktadır. Kanun maddesinde belirtilen resmî belge hükmünde belgeler; emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, emtiayı temsil eden belge, hisse senedi, tahvil veya vasiyetname şeklindedir.

Resmî belge niteliği taşımayan belgelerin tamamı özel belge olarak kabul edilmektedir¹³. Sadece özel kişiler tarafından düzenlenen yazılı belgeler özel belge olmayıp, aynı zamanda kamu görevlileri tarafından görev ve yetkileri dışında düzenlenen belgeler de özel belge mahiyetindedir¹⁴. Ayrıca Türk Ceza Kanunu’ndaki özel belgede sahtecilik suçunun konusu olan özel belgelerin en temel ayırıcı unsuru “*özel hukuk kişileri arasında gerçekleşen ilişkilerde kullanılıyor olması*”¹⁵’dir. Bu yönüyle de Vergi Usul Kanunu’ndaki sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarından ayrılmaktadır. Özel kişiler tarafından düzenlenmesine rağmen fatura ve defterler, özel belgede sahtecilik suçuna değil, Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinin b fıkrasında düzenlenen suç tipine konu olabilmektedir¹⁶.

B. Resmî Belgede Sahtecilik Suçu

Resmî belgede sahtecilik suçu Türk Ceza Kanunu’nun 204’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

“1) Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3) Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.”

Türk Ceza Kanunu’nun 204’üncü maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunun temel şekli herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen resmî

¹² Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 768.

¹³ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 839.

¹⁴ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 518.

¹⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 839.

¹⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 839.

belgede sahtecilik suçunun nitelikli şekli ise ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Resmî belgede sahtecilik suçuna konu olan belge kamu görevlisi tarafından görevi gereği olarak düzenlenebilecek bir belge değil ise suçun temel şekli oluşacaktır¹⁷.

Resmî belgede sahtecilik suçu topluma karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlendiğinden, bu suç tipinin toplumu oluşturan bireylerin tamamına karşı işlenmiş olduğu kabul edilerek, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olacaktır¹⁸. Suçun konusu “resmî belge” veya “resmî belge hükmündeki belge”dir.

Resmî belgede sahtecilik suçunun maddî unsurunu oluşturan hareketler seçimlik olarak öngörülmüştür. Bu hareketler; bir resmî belgeyi sahte olarak düzenlemek veya gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek yahut sahte resmî belgeyi kullanmaktır¹⁹. Her bir fiil ayrı ayrı suç oluşturacak ve her birisi cezalandırılabilir²⁰. Kamu görevlisi tarafından bu suçun işlenmesi halinde ise, cezada artırım yoluna gidilecektir.

Türk Ceza Kanunu’nda belgede sahtecilik suçları, belgede maddî sahtekârlık ve fikrî sahtekârlık olarak ayrılmaktadır. Maddî sahtekârlık, belgenin gerçek düzenleyeni ile düzenlenen belge üzerinde düzenleyen kişi olarak gözüken kişinin birbirinden farklı olması iken; fikrî sahtekârlık²¹, belgenin gerçek düzenleyeni ile belgede düzenleyen olarak gözüken kişi aynı olduğu halde, düzenlenen belgenin muhtevasının gerçeğe aykırı olmasıdır²².

Resmî belgede sahtecilik suçunda hem maddî sahtekârlık hem de fikrî sahtekârlık cezalandırılmaktadır²³. Zira, resmî belge veya işlem,

¹⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1047; Koca, Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 771.

¹⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 843.

¹⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1048; Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 664.

²⁰ Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 664.

²¹ Yargıtay 11’inci Ceza Dairesi’nin 15.10.2019 tarihli, 2017/12129 esas, 2019/7324 karar sayılı kararına göre, “TCK’nin 268. maddesinde tanımlanan başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması suçunun oluşması için; failin işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması, TCK’nın 267/1. maddesinde tanımlanan “iftira” suçunun oluşması için ise, yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunmak suretiyle işlemediğini bildiği halde hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmesi, TCK’nin 206. maddesinde düzenlenen ve doktrinde “fikri sahtecilik” olarak adlandırılan “resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma” suçunun oluşması için kişinin açıklamaları üzerine yetkili bir kamu görevlisi tarafından resmi bir belgenin düzenlenmesi ve düzenlenen resmi belgenin, beyanın doğruluğunu ispat edici bir güce sahip olması gerekir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 23.01.2021)

²² İsmail Ercan, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Ağustos 2011, s. 469-470.

²³ Soyaslan, s. 521-529.

evrakta maddî ve fikrî sahtekârlık memurlar veya özel şahıslar tarafından gerçekleştirilebilmektedir²⁴.

Resmî belgede sahtecilik suçunun manevî unsuru kasttır. Bu suçun oluşabilmesi için failin kastı hem belgeyi hem de sahteciliği oluşturan seçimlik hareketleri kapsamalıdır²⁵. Yargıtay, belgede sahtecilik suçları bakımından kastı, zarar vermek bilinç ve iradesi şeklinde yorumlamaktadır²⁶. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, bir zarar suçu olarak düzenlenmeyen belgede sahtecilik suçu bakımından sanıkta zarar verme bilinci ve iradesinin yokluğundan bahisle değil, aldatma amacının yokluğundan hareketle kastının bulunmadığına karar verilmesi gerekir²⁷.

Resmî belgede sahtecilik suçu bakımından hakkın kullanılması, meşru savunma ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez. Ancak görevin ifası hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilir. Örneğin, gizli soruşturmacının kimliğini değiştirmesi, görevin ifası kapsamında değerlendirileceğinden resmî belgede sahtecilik suçu oluşmayacaktır²⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun 204'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenlemesi, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi, gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemesi veya sahte resmî belgeyi kullanması suçun temel şekline göre daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilir. Türk Ceza Kanunu'nun 204'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, resmî belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturan resmî

²⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. Soyaslan, s. 521-529.

²⁵ Koca/ Üzülmöz'e göre; *"Failin kullanılabacak sahte delille başkasının bir hak veya menfaatine zarar verebileceği bilincine sahip olması gerekli değildir. Failin gerçekleştirmiş olduğu hareketlerle muhataplarını aldatmaya uygun ve elverişli bir fiili gerçekleştirdiğini bilmesi veya en azından öngörmesi yeterlidir. Buna ilaveten ayrıca fiil sonucunda bir zarar meydana gelebileceğini öngörmüş olması gerekli değildir."* Bkz. Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 783.

²⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1055.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.03.2020 tarihli, 2017/11-48 esas, 2020/168 karar sayılı kararına göre, *"Suça konu belgede katılanın adı altındaki imzanın, sanık tarafından atılması yönünde katılanın rızasının bulunduğu anlaşılmaması nedeniyle, katılan yerine imza atarak suça konu belgeyi tamamlamak şeklindeki eyleminde herhangi bir suç işleme kastıyla hareket etmeyen sanığın da suça konu belgeyi alan sanığın da, anlatılan şekilde hazırlandığını bildiği bu belgeyi zarar verme bilinç ve iradesi bulunmaksızın kullanmaktan ibaret eyleminin herhangi bir suçu oluşturmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yerel Mahkeme direnme kararına konu sanık hakkında kurulan hükmünün, sanığın eyleminin suç oluşturmadığı gözetilmeden sanık hakkında kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir."* (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021)

²⁷ Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 784.

²⁸ Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 679.

belgenin kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması, cezayı artıran nitelikli haldir. Resmî belgede sahtecilik suçunun bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın ispatı amacıyla işlenmesi veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 211'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren nitelikli haldir.

Resmî belgede sahtecilik suçu sırf hareket suçlarından olduğu için kanuni tarifte öngörülen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç tamamlanacaktır. Bu sebeple söz konusu suç tamamlanma anına kadar teşebbüse elverişlidir²⁹.

C. Özel Belgede Sahtecilik Suçu

Özel belgede sahtecilik suçu Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

“1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

Özel belgede sahtecilik suçunun faili, özel bir kişi veya kamu görevlisi olabilir³⁰. Türk Ceza Kanunu'nun 210'uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, tâbip, diş tâbibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubunun sahte olarak düzenlediği özel belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

Bu suçun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir³¹. Suçun konusu ise, özel belgedir. Anlaşılabilir olması ve hukukî değer taşıyan bir içeriğe sahip olması gereken özel belgenin, herhangi bir dilde, el veya bilgisayar gibi araçlar ile oluşturulabilmesi mümkündür³².

Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunun maddî unsuru, sahte bir özel belge düzenleyip kullanmakla veya gerçek bir özel belgeyi değiştirip kullanmakla ya da sahte olduğu bilinen bir belgenin sadece

²⁹ Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 788.

³⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 862.

³¹ Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 713.

³² Handan Yokuş Sevük, “Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 41, Yıl: 2019, s. 234.

kullanılmasıyla işlenmesidir³³. Görüldüğü üzere suçun oluşabilmesi için sadece belgeyi sahte olarak düzenlemek veya gerçek olan bir belgeyi değiştirmek yeterli olmayıp, bu belgelerin kullanılması da gerekmektedir³⁴.

Özel belgede fikrî sahtekârlık yapılamazken, maddî sahtekârlık yapılabilmektedir³⁵. Zira, özel belgenin delil niteliği, muhtevasında bulunan bilginin doğruluğundan kaynaklanmamakta, aralarındaki ilişki nedeniyle bu ilişkinin gerçek tarafları tarafından özel belgenin düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır³⁶.

Özel belgede sahtecilik suçunun manevî unsuru kasttır. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, sahte belge düzenleme ve kullanma, gerçek özel bir belgeyi değiştirme ve kullanma şeklindeki seçimlik hareketleri doğrudan kast veya olası kastla işlenebilecektir³⁷. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 207'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşabilmesi için failin özel belgenin sahte olduğunu bilerek kullanması

³³ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 808-811.

³⁴ Soyaslan, s. 529-530; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 863; Yargıtay 6'ncı Ceza Dairesi'nin 15.02.1994 tarihli, 1994/999 esas, 1994/1010 karar sayılı kararına göre, “Sanığın; kendisini alacaklı, müştekiyi borçlu gösteren, tanzim tarihi bulunmadığından özel belge niteliğindeki 395 milyon liralık senedi, ödemesi için elden müştekiye götürüp, fotokopisini vermekten ibaret eyleminde, hukuki sonuç doğuracak bir kullanma söz konusu olmaması nedeniyle, unsurları oluşmadığı halde, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir (tir).” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.01.2021)

³⁵ Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi'nin 01.07.2020 tarihli, 2018/915 esas, 2020/3834 karar sayılı kararına göre, “Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinde yer alan ve “Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunda, gerçeğe aykırı belge düzenleme olarak tanımlanan içerik (fikri) sahteciliğine yer verilmemiş, yalnızca, “belgeyi sahte düzenleme” hareketine yer verilmiştir. İçerik sahteciliğinde belgeyi düzenleyen olarak görülen kişi gerçek olduğu halde, belgenin içeriği gerçeğe aykırıdır. Maddede sadece taklit suretiyle sahte belge düzenleme veya gerçek bir belgede ekleme veya çıkarma suretiyle sahtecilik, başka bir deyişle maddi sahtecilik eylemlerine yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde belgenin sahte olarak düzenleme hareketi açıklanırken; “özel belge esasında mevcut olmadığı halde, mevcutmuş gibi sahte üretilmektedir” ifadesiyle de eylemin maddi sahteciliği kapsadığı belirtilmiştir. Buna göre salt yalan beyanı içeren özel belge, açıklanan ve unsurları gösterilen özel belgede sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturmamaktadır. Somut olaya gelince, sanık ... tarafından içeriği sahte olarak tanzim edilen suça konu özel belgelerin, imzaya yetkili gerçek kişilerce imzalanarak oluşturulmuş olduğu, sanığın eyleminin içerik sahteciliği olarak kabul edilmesi gerektiği, içerik sahteciliğinde, 5237 Sayılı TCK'nin 207. maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilerek sanığın atılı suçtan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.01.2021)

³⁶ Hasan Tahsin Gökcan, “Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2010/1, Yıl:68, s. 221; Sahir Erman/ Çetin Özek, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1996, s. 524.

³⁷ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 811.

gerektiğinden, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilecektir. Yargıtay, belgede sahtecilik suçları bakımından kastı, zarar vermek bilinç ve iradesi şeklinde yorumlamaktadır³⁸. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, bir zarar suçu olarak düzenlenmeyen belgede sahtecilik suçu bakımından sanıkta zarar verme bilinci ve iradesinin yokluğundan bahisle değil, aldatma amacının yokluğundan hareketle kastının bulunmadığına karar verilmesi gerekir³⁹.

Özel belgede sahtecilik suçunun bir hukukî ilişkiye dayanan alacağın ispatı amacıyla işlenmesi veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla işlenmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 211'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren nitelikli haldir.

Sahte bir özel belge düzenlenmesi durumunda suçun kanuni tarifinde yer alan fiilin icrası söz konusu olduğundan söz konusu düzenleme fiili icra hareketi mahiyetindedir. Özel belgede sahtecilik suçuna teşebbüsten dolayı sorumluluğun doğması için yalnızca özel bir belgenin düzenlenmiş olması yeterli değildir⁴⁰. Failin sahte özel belgeyi kullanarak muhatabını aldatma amacıyla harekete geçmiş ancak engel bir neden sebebiyle kullanamamış olması halinde teşebbüs söz konusu olabilecektir⁴¹.

Ç. Aldatma-Kandırma Kabiliyeti

Türk Ceza Kanunu'ndaki belgede sahtecilik suçlarında, düzenlenen belgelerin aldatma-kandırma kabiliyeti suçun temel unsuru olup⁴², aldatma-

³⁸ Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi'nin 12.03.2020 tarihli, 2018/376 esas, 2020/2440 karar sayılı kararına göre, "*Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.1992 gün ve 80/98 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, belgede sahtecilik suçlarında önceden verilen rıza üzerine borçlu yerine onun imzasının atılmasında zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği gibi rızanın açık veya zımni olabileceği cihetle, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi bakımından, suça konu çekin keşide edildiği tarihte şirketi münferit olarak temsile yetkili olduğu anlaşılan ...'in tanık olarak beyanı alınarak, sanığın şirket adına çek düzenlemesine ilişkin rızasının olup olmadığı ve suça konu çek dışında şirket adına daha önce benzer şekilde çek keşide edip etmediğinin ve bunların karşılığının ödenip ödenmediğinin sorulmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile mahkûmiyetine hükmedilmesi yasaya aykırıdır.*" (www.kazanci.com, erişim tarihi: 04.02.2021)

³⁹ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 812.

⁴⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1061.

⁴¹ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 813.

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.01.2019 tarihli, 2016/21-319 esas, 2019/22 karar sayılı kararına göre, "*205. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi 'suçun konusu, hukuken geçerli, yani gerçek bir resmi belgedir. Söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketler; resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemektir.' 205. maddedeki 'bozma' ile 204. maddedeki 'değiştirme' fiilleri, birbirine yakın, hatta aynı olabilir. Aradaki fark, 'aldatıcılık' vasfıdır. Nitekim bu hususa, hem 204, hem de 205. maddenin gerekçesinde yer verilmiştir. 205. maddenin gerekçesine göre, sahtecilik suçu, düzenlenen belgenin veya belgede yapılan değişikliğin başkasını aldatıcı nitelikte olmasını gerektirir. 205. maddedeki, 'resmi belgeyi bozma, yok etmek veya gizleme'*

kandırma kabiliyetinin bulunması zorunludur⁴³. Zira, sadece aralarında belgeye konu ilişkisi olan tarafı değil, aldatma kabiliyeti ile çok kişiyi yanıltmayı başarabilen ve ilk bakışta anlaşılamayacak şekilde aldatıcılık unsuru içeren belgeler bu suçta konu olabilmektedir⁴⁴.

Aldatma durumunun çok üst düzeyde olmasından ziyade ortalama düzeyde çok sayıda kişiyi aldatabilecek kabiliyete sahip olması yeterli sayılmaktadır⁴⁵. Belgelerin aldatma yeteneğine sahip olup olmadığının tespitinin mahkemeler tarafından yapılması gerektiğini vurgulayan Yargıtay, aynı zamanda mahkemelerin yaptıkları tespitlerin tutanak altına alınarak denetiminin de

suçunun işlenmesi ise başkasını aldatma özelliği taşımayabilir. 204. madde gerekçesine göre de, 'mevcut olan resmi belge üzerinde sahtecilikten söz edebilmek için, yapılan değişikliğin aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aksi takdirde, resmi belgeyi bozma suçu oluşur.' Öğretide de bu farka dikkat çekilmiştir." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021)

⁴³ Yargıtay 23'üncü Ceza Dairesi'nin 26.11.2015 tarihli, 2015/3678 esas, 2015/7250 karar sayılı kararına göre, "... Özel ve resmî belgelerde sahtecilik suçlarında, bu suçlarında, bu suçlara konu belgeler üzerinde yapılan sahteciliğin aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu, buna göre mahkemece sahte olduğu iddia edilen belge aslının duruşmaya getirilip incelenmesinin ve özelliklerinin tutanağa geçirilmesi suretiyle yasal unsurları taşıyıp taşımadığı ve işgal kabiliyetine haiz olup olmadığı yönlerinden değerlendirilmesinin gerektiği, buna karşın somut olayda; suçta konu çeke ilişkin olarak bu şekilde bir incelemenin yapılmadığı gibi söz konusu çeke ilişkin olarak tanzim edilen iki adet uzmanlık raporunda da bu yönde bir bilgiye yer verilmediği anlaşılmış olup, gerçeğin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; öncelikle sahte olduğu iddia edilen çek aslının duruşmaya getirilerek incelenmesi ve toplanan diğer deliller de göz önünde bulundurulmak suretiyle sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm verilmesi..." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.01.2021)

⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.03.2003 tarihli, 2002/6-315 esas, 2003/50 karar sayılı kararına göre, "... Bu suçun faili, suçta konu belgeyi düzenleme yetkisi bulunmayan memurlar veya yetkisiz diğer kişilerdir. Suçun maddi ögesi resmî belgeyi tamamen veya kısmen gerçek dışı (sahte) olarak düzenleme, bazı yerlerini silme veya ekleme suretiyle sahteletmektir. Ancak sahteciliğin aldatma-kandırma gücünü de içermesi gerekir. Suçun oluşması için genel kasıt yeterlidir... Sahte olduğu tespit edilen ilaç küpürlerinin aynı baskıdan oldukları, küpürlerin sahteliğinin ilk nazarda kolaylıkla fark edilemeyeceği, işgal kabiliyetine haiz olduğu belirtilmiştir... Dava dosyasında bulunup yukarıda yer verilen bilgi ve belgelerden sanıklar İbrahim A. ile Fatih Ö.'in, sahte olarak basılmış ilaç küpürleri ile yine Emekli Sandığında görevli olan memurlardan ücret karşılığı temin ettikleri, önceden kullanılmış ilaç küpürlerini bazı doktorlara çıkar sağlamak, bazılarına ise güvence yaratmak suretiyle elde ettikleri sahte raporlara yapıştırdı bedellerini ilgili kurumlardan tahsil ettikleri açıkça anlaşılmaktadır. Yapılan ve işgal kabiliyetini haiz bulunduğu bilirkişi raporlarıyla belirlenen bu işlemler dayanak alınarak katılan kurumlarca resmî belgeler de düzenlenmiş olduğundan sanıkların eylemleri, dolandırıcılık suçundan ayrı olarak resmî evrakta sahtecilik suçunu da oluşturmakta olup, dolandırıcılık eylemi ile ilgili olarak zamanaşımı gerçekleşmiş olduğundan bu aşamada bu suçta ilgili olarak yapılabilecek bir işlem bulunmamaktadır." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 23.01.2021)

⁴⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1050.

sağlanmaya elverişli olması üzerinde durmaktadır⁴⁶.

D. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun 212'nci maddesi gereğince, sahte resmî veya özel belgenin kullanılması suretiyle başka bir suçun işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanarak hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur^{47, 48}.

⁴⁶ Gökcan, s. 225; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.10.2012 tarihli, 2011/8-335 esas, 2012/1804 karar sayılı kararına göre, "... Öte yandan, resmî belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir resmî belgenin değiştirilmesi eyleminin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tâbi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte (nesnel) olup olmadığı ve beş duyuyla ilk bakışta anlaşılabilir olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır. Ceza Genel Kurulu'nun 14.10.2003 gün ve 232-250 sayılı kararında da, belgenin nesnel olarak aldatıcılık yeteneğinin bulunması, aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiği, muhatabın hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan fiili işgalin, aldatma yeteneğinin varlığını göstermeyeceği belirtilmiştir. Bu noktada sahteciliğe konu olan belgenin aldatma yeteneği olup olmadığının tartışılması ve belirlenmesi öncelikle yargılamayı yürüten mahkemeye ait olup, hâkim olayın çıkış, oluş ve akışını, düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak, sahteliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacağını bizzat saptamalı ve sonucuna göre belgelerde aldatma yeteneği olup olmadığını takdir ve tespit etmelidir." (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021)

⁴⁷ Koca/ Üzülmöz'e göre, "Sahte bir resmî belge kullanılarak dolandırıcılık suçunun işlendiği hallerde ise, sahte belgenin kullanılması hileli davranış olarak tezahür etmektedir. Bu gibi hallerde kullanma çok hareketli bir suç olan dolandırıcılığın bir kısmını, yani unsurunu oluşturmaktadır. Bu şekilde kısmen veya tamamen aynıyet gösteren bir fiil ile farklı birden fazla suçun işlendiği hallerde kural olarak farklı neviden fikrî içtima hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak kanun koyucu belgede sahtecilik suçlarıyla ilgili olarak TCK'nın 212. maddesinde sevk ettiği, "(1) Sahte belge veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" şeklindeki bir hükümle bu gibi hallerde de gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir." Bkz. Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 791.

⁴⁸ Yargıtay 8'inci Ceza Dairesi'nin 02.07.2020 tarihli, 2019/19322 esas, 2020/14906 karar sayılı kararına göre, "5237 Sayılı TCK'nın 212. maddesine göre sahte resmi belgenin başka bir suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem resmi belgede sahtecilik hem de işlenen suçtan ayrı ayrı cezaya hükmolunacağını belirtilmesi, oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın mağdur ...'e ait sürücü belgesine kendisine ait fotoğrafı yapıştırmak suretiyle sahte resmi belge düzenlediği, bu belgenin alınan kriminal rapor ve Mahkemece 10.03.2015 tarihli gözlemde işgal (aldatma) kabiliyetinin bulunduğu tespit edildiği, yine bu belge ile sanığın ... A.Ş.'ye başvurarak sahte kredi kartı başvurusu yaptığı ve kartın teslim edileceği bahanesiyle sanığın bankaca aranarak bankaya davet edildiği ve bu esnada kolluk görevlilerine yapılan ihbar üzerine yakalandığı ve bu esnada kendisini mağdur olarak tanıtarak mağdurun kimlik bilgilerini kullandığının anlaşılması karşısında sanığın resmi belgede sahtecilik suçu yanında başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerini

Örneğin, sahte bir kimlik düzenlemek suretiyle bu kimliğin başka bir kişiyi dolandırmak için kullanılmasında, faile hem sahtecilik hem de dolandırıcılıktan ceza verilecektir⁴⁹. Bir başka örnekte belirtildiği üzere, sendika çalışanlarının ödeme, avans ve fazla mesai belgeleri gibi özel belgelerde sahtecilik yaparak sendikanın parasını uhdelelerinde tutma fiili, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma ve özel belgede sahtecilik suçlarından ayrı ayrı cezalandırılmalarını gerektirecektir⁵⁰.

II. VERGİ SUÇLARI

A. Genel Açıklama

Mükellef ve vergi sorumlularının, sorumlu oldukları vergi ödevlerini bazı durumlarda kasten veya kasıtları olmaksızın kanuna aykırı bir şekilde yerine getirmedikleri görülmektedir. Kanuna aykırı olan söz konusu ihlale yönelik davranışları niteliklerine göre farklı vergi suç ve cezalarına konu olmaktadır⁵¹. Vergi hukukunun bir alt dalı olan vergi ceza hukuku, *“Vergi hukukunun vergi kanunlarına aykırı davranışlara ve bunlara uygulanan cezalara ilişkin bölümü”*⁵² şeklinde tanımlanmaktadır.

Vergi ceza hukuku çerçevesinde incelenen vergi suçunun 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda tanımı bulunmamakla birlikte, Vergi Usul Kanunu’nun 331’inci maddesine göre, *“Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler; bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.”* Vergi suçu, devlet hazinesine karşı işlenen suç olmakla, vergi yükümlüsünün veya sorumlusunun yahut vergilendirme işlemlerindeki görevlilerin vergi kanunlarında ödevli oldukları maddî ve şekli yükümlülüklere aykırı nitelikte davranış ve işlemlerde bulunmalarıdır⁵³.

Vergi suçları geniş ve dar anlamda vergi suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *“Geniş anlamda vergi suçu, hem vergi kaybına sebebiyet verme ile vergi kanunlarının öngördüğü usul kurallarına aykırılık, hem de sahtecilik, tahrifat gibi kamu düzenini bozucu nitelikteki eylemleri kapsadığı halde; dar anlamda vergi suçu, vergi kanunları ile düzenlenen hukuksal ödevleri yerine getirmemeleri nedeniyle kamu tüzel kişilerinin vergi haklarını tehlikeye soğan*

kullanma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021)

⁴⁹ Soyaslan, s. 540.

⁵⁰ Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 720.

⁵¹ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 387.

⁵² Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 387.

⁵³ Mehmet Altundış, “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Suç ve Cezaları ile Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bu Suçlara Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, Kış 2007, s. 168; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 387; Necat Batur, “Vergi Suç ve Cezalarının Etkinliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 142, 2019, s. 184.

ya da zarara uğratan kimselerin söz konusu eylemlerinin cezalandırılmasını” ifade etmektedir⁵⁴.

Vergi ceza hukuku kapsamında yer alan hukuka aykırı fiillere ilişkin yapılan bir sınıflandırmada, bir kısmının vergi kabahatlerini, diğer kısmının ise ceza hukuku anlamında vergi suçlarını oluşturduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Vergi kabahatleri vergi idaresince kabahat olarak belirlenen fiiller olup, mahkeme kararına gerek olmadan vergi dairesi tarafından vergi kabahatlerine ilişkin olarak ceza kesilebilmektedir⁵⁶. Vergi kabahatleri, “*vergi ziyai*”, “*usulsüzlük (genel usulsüzlük)*” ve “*özel usulsüzlük*” olmak üzere Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiştir⁵⁷. Genel usulsüzlük kabahatleri ise kendi içindeki önem ve ağırlıklarına göre birinci ve ikinci derece usulsüzlükler olmak üzere derecelendirilmektedir⁵⁸. Bu kabahatlerin oluşabilmesi için muhatabın mutlaka kasten hukuka aykırı davranması şartı aranmamakta, taksirli veya ihmali bir davranışı bile bu kabahatlerin oluşabilmesi için yeterli sayılmaktadır⁵⁹.

Vergi Usul Kanunu’nda belirtilen bazı fiiller ise ceza hukuku bağlamında suç oluşturmakta ve söz konusu suçların belirlenerek bunlara ilişkin yaptırım uygulanması ceza mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁶⁰. Vergi suçları özellikleri itibariyle sadece mükellef veya vergi sorumlusu tarafından işlenmesi gereken suçlardan değildir. Bu suçlar, vergilendirme faaliyetinde yer alan kimseler tarafından işlenebilen suçlardan olup; vergi kanunlarında belirtilen maddî veya biçimsel yükümlülüklerle aykırı fiiller neticesinde devletin zarara uğraması tehlikesi dahi bu suçlara konu olabilmektedir. Bu denli önemli olan söz konusu suçlar hakkındaki düzenlemeler de kanunilik ilkesi çerçevesinde ancak kanunlarla yapılmakta, değiştirilmekte ve kaldırılmaktadır⁶¹.

Vergi suçları açısından suçun unsurları tipiklik, maddî unsur, manevî unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzeredir. Kanuni unsur olarak da zikredilen tipiklik, işlenen fiillerin vergi kanunlarında yapılmış suç tanımına uygunluğunun tespiti olmakla birlikte Türk doktrini, tipiklik unsurunun kanunilik unsurunun bir tekrarı olduğu gerekçesiyle bu unsuru yok saymaktadır⁶². Fakat diğer hukuka aykırı fiiller ile suç sayılan fiiller arasındaki farkı vurgulamak bakımından bu

⁵⁴ Serkan Ağar, “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, 2005, s. 274.

⁵⁵ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 174.

⁵⁶ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 390.

⁵⁷ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 90.

⁵⁸ Şenyüz, s. 90.

⁵⁹ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 390.

⁶⁰ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 412.

⁶¹ Altundış, s. 168-170.

⁶² Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 39; Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, 11. Baskı, Cilt: I, İstanbul 1994, s. 361.

unsurun kullanılması gerekmektedir. Zira, Türk doktrininde suçun kanuni unsuru başlığı altında suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve mefruz (hayali) suç kavramlarının incelendiği tespit edilmiştir⁶³.

Vergi suçlarının maddî unsuru, mükelleflerin veya vergi sorumlularının yahut vergi faaliyetinde yer alan kimselerin vergi kanunlarına aykırı davranışlarıdır. Zira maddî unsur, fiilin dış dünyadaki görünüş biçimini nitelendirmektedir⁶⁴.

Manevî unsur, “*işlenen fiil ile kişi arasındaki manevî bağ*”⁶⁵’ı ifade etmektedir. Söz konusu bağ kurulmadan gerçekleştirilen davranış fiil niteliği taşımaz ve bu durumda bir suçun varlığından da söz edilemez⁶⁶. Vergi suçlarının manevî unsuru ise kasttır. Zira, Türk Ceza Kanunu’nun 21’inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” Ayrıca bir başka unsur olan hukuka aykırılık, “*belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık*”⁶⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Ceza hukukunun genel hükümlerinden olan iştirak, tekerrür, içtima Vergi Usul Kanunu çerçevesinde birtakım kendine has düzenlemeler ile vergi ceza hukukunda da uygulanmaktadır. Vergi ceza hukukunun kendine has düzenlemelerine örnek olarak suçun ve suçluluğun doğmasına engel olan yanılma, pişmanlık, mücbir sebep gibi nedenler gösterilebilmektedir⁶⁸.

Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen ve hapis cezasını gerektiren suçlardan yaygın olanları “*kaçakçılık suçları*” (VUK.m.359), “*vergi mahremiyetinin ihlali suçu*” (VUK.m.362) ile “*mükelleflerinin özel işlerini yapma suçu*” (VUK.m.363)dur⁶⁹. Çalışmamızda, kaçakçılık suçu kapsamında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ve kullanma suçu ile belgelerin asıl veya suretlerini sahte düzenleme ya da kullanma suçu üzerinde durulacaktır.

B. Kaçakçılık Suçu

1. Genel Açıklama

Vergi Usul Kanunu’nun “*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*” başlıklı 359’uncu maddesinde kaçakçılık suçları ve cezaları fiillerin ağırlık derecelerine göre üç grupta toplanmış olup, söz konusu düzenlemeye göre:

⁶³ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 106.

⁶⁴ Koca/ Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 110.

⁶⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 242.

⁶⁶ Özgenç, s. 242.

⁶⁷ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 276.

⁶⁸ Açar, s. 275.

⁶⁹ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 413.

“a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

371’inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344’ üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.”

Kanun, hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren suçların en önemlisi sayılan vergi kaçakçılığı suçunu ve cezasını ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir.

Vergi kaçakçılığı suçunun hukukî konusu, hukuka aykırı fiil ve işlemler neticesinde devlete ait olan hukukî varlık ve menfaatlerin ihlal edilmesi suretiyle kamu düzeninin bozulmasıdır⁷⁰. Söz konusu suç ihdas edilirken ki hukukî menfaat kamu yararı olmakla birlikte vergi ceza hukuku bağlamında yapılan düzenlemelerle hukukî menfaat olarak, vergi borçlarının eksiksiz bir şekilde ödenmesini sağlamak suretiyle devletin vergi kaybını önlemek de eklenmiştir⁷¹.

Ceza kanunları çerçevesinde tipiklik unsurunda önem arz eden kanunilik ilkesi, vergi ceza hukuku içinde geçerli olup, idarenin keyfi ve takdirli uygulamalarını engellemek bakımından önemli sonuçları olan genel bir kuraldır. Bu sebeple kanunilik ilkesinin, vergi kaçakçılığı suçu ve cezasının konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması bakımından göz önünde bulundurulması gerekir⁷².

Kaçakçılık suçu, seçimlik hareketli suç olduğundan Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde belirtilen fiillerden herhangi birisinin işlenmesi, suçun oluşması için yeterlidir⁷³. Ayrıca kaçakçılık suçu, sırf hareket suçudur. Zira, kaçakçılık suçunun işlenmiş sayılabilmesi için vergi ziyaının doğması şartı olmadığından, Kanun'da belirtilen fiillerin işlenmesiyle kaçakçılık suçu tamamlanmaktadır⁷⁴. Vergi ziyaı tehlikesi veya kamu düzeninin bozulması durumlarında da bu suçun maddî unsuru gerçekleşmiş olacaktır⁷⁵.

Vergi kaçakçılığı suçunun manevî unsuru kasttır⁷⁶. Failin gayesi vergi kaçırmak olmasa bile yaptığı eylem ve işlemleri isteyerek gerçekleştirmesi ve

⁷⁰ Şenyüz, s. 437; Mehmet Karaarslan, "Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 64, 2006, s. 119.

⁷¹ M. Kamil Mutluer/ Nilay Dayanç Kuzeyli, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 226; Karaarslan, s. 120.

⁷² Altundış, s. 169; Kanunilik ilkesi ile ilgili olarak, Danıştay 7'nci Dairesi'nin 18.03.2008 tarihli, 2007/1132 esas, 2008/1782 karar sayılı kararına göre, "*Vergi suçu, verginin mükellefi veya sorumlusu ya da bunlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerce vergi kanunlarında tanımlanan ve genellikle kamu maliyesinin gelir kaybına yol açan, vergi kanunlarıyla getirilen kuralların ihlali sonucunu doğuran eylemdir. Ceza ise, suç tanımına uyan eylemi gerçekleştiren kişilere uygulanacak olan ve nev'i, süresi ve miktarları kanunla belirlenen yaptırımlardır. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve kanunun açıkça cezaı arttırıcı bir neden olarak görmediği bir husustan dolayı kimsenin cezasının arttırılamayacağı, "suçta kanunilik"; hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemen bir ceza ile ya da kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacağı ise, "cezada kanunilik" ilkesinin özünü oluşturmaktadır.*" (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021)

⁷³ Şenyüz, s. 439.

⁷⁴ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 301.

⁷⁵ Sedat Güner, "Belgede Sahteciliğin 213, 4208, 5237 ve 5607 Sayılı Kanunlar Yönünden İrdelenmesi", Gümrük&Ticaret Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 47.

⁷⁶ Demet Akdeniz, "Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevî Unsur", Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 101.

sonucunda vergi kaybının meydana gelmesi söz konusu ise suça yönelik kast var demektir⁷⁷. Türk Ceza Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, *"Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır."* Kanun'un 5'inci maddesi gereğince, *"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."* Vergi kaçakçılığı suçunun da ceza hukuku bağlamında bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kaçakçılık suçunun manevî unsurunun kast olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır⁷⁸. Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde, kast yerine taksire yer veren özel bir hüküm bulunmadığı için, Kanunda belirtilen fiillerin taksirle işlenmeleri durumunda kaçakçılık suçu oluşmayacaktır⁷⁹.

Vergi kaçakçılığı suçunun kastla işlenebileceğine yönelik olarak Danıştay Dairesi'nin bir kararına⁸⁰ göre, *"Sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olan, ancak yukarıda anlatıldığı gibi bu faturayı kasıtlı ve kötü niyetli olarak kullanmadığı anlaşılan mükellefler adına kesilecek vergi ziyai cezasının tek kat uygulanması hak ve adalet ilkelerine daha uygun olacaktır. Nitekim, yargı yerlerini bağlayıcı niteliği bulunmamakla birlikte, Maliye Bakanlığınca 18.06.2002 tarih ve 24789 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 306 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde de, sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin bilerek kullanılmadığı ve bu kullanımda kasıt bulunmadığının belirlenmesi halinde vergi denetim elemanlarınca vergi suçu raporu düzenlenmemesi ve vergi ziyai cezasının bir kat olarak kesilmesi gerektiği açıklanmıştır."* Bu Kararda da vurgulandığı üzere, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinin metninden *"bilerek"* ifadesi 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle çıkarılmış olsa dahi söz konusu suç ancak kasten işlenebilecektir. Zira, 4369 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere kaçakçılık fiillerinin belirlenmesinde, ceza hukukunun suçun maddî ve manevî unsurlarına ilişkin ilkelerinin esas alınması gerekir⁸¹.

2. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme Suçu

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte, bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgeler şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁷ Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 231; Uğur Yiğit, Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul Mart 2004, s. 159; Açar, s. 280.

⁷⁸ Açar, s. 281.

⁷⁹ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 327.

⁸⁰ Danıştay 9'uncu Dairesi'nin 27.01.2010 tarihli, 2009/1991 esas, 2010/267 karar sayılı kararı (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.01.2021).

⁸¹ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 327.

Yanılıcı belge, düzenlenmesi gerekli olan bir belgenin doğru olmayan isimler, yer, zaman ve olaylarla veya mal ve hizmetin değerinin gerçek değerinden daha az veya çok gösterilmesi ile belgenin içerik ve biçiminin gerçek hukukî durumu yansıtmayacak şekilde düzenlenmesidir⁸². Yanılıcı belge, “*bir işlemin gerçek mahiyetini yansıtmayacak veya aldatacak şekilde düzenlenen belge*”⁸³ olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda aldatıcılığın sahteciliğin özel bir hali olduğu belirtilmektedir⁸⁴.

Muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgeler, sahtecilik bağlamında mutlak değil izafi olduğundan söz konusu belgelerde yapılan sahtecilik belgelerin içeriğine ilişkindir⁸⁵. Yanılıcı belgelerde, yapılan fiil ve işlemler ile düzenlenen belge arasında kurulan ilişki tamamen farklılaşmadığı için yanılıcı belge düzenleme suçları, sahte belge düzenleme suçlarına oranla daha hafif nitelikte kabul edilmektedir⁸⁶.

Düzenlenen belgelerin içerik veya miktar bakımından gerçeğe aykırılığı muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgenin özelliğidir. Bu bakımdan kimlik, adres, mükellef sicil numarası, cins-tür, miktar, fiyat gibi bilgilerin yanılıcı bir şekilde hatalı düzenlenmesi, muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgenin belirleyici özelliği olarak kabul edilmektedir⁸⁷. Düzenlenen belgelerde hem içerik hem de miktar bakımından gerçeğe aykırılık söz konusu ise veya içerik veyahut miktar bakımından gerçeğe aykırılığın yanında tamamen hayali birtakım işlemlerle birlikte belgenin düzenlenmesi de sahte belge düzenleme suçuna konu olacaktır⁸⁸.

Muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgenin maddî unsuru Vergi Usul Kanunu’na göre, mükellef veya vergi sorumlusu olan failin gerçek duruma veya işleme dayanan bu muameleye ait belgeyi içerik veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde düzenlemesidir⁸⁹. Söz konusu suçta düzenlenmesi gereken belge, Vergi

⁸² Hatice Yurtsever, “Kritik Kontrol Noktası Analiziyle Sahte Belge ve Yanılıcı Belge Ayırımı”, Maliye Dergisi, Sayı: 156, Ocak-Haziran 2009, s. 144.

⁸³ Şenyüz, s. 451.

⁸⁴ Şenyüz, s. 451.

⁸⁵ Tahir Erdem, “Sahte/Muhteviyatı İtibariyle Yanılıcı Ücret Bordrosu veya Gider Pusulası Düzenleme Eyleminin Kaçakçılık Suçu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2013, s. 104.

⁸⁶ Erdem, s. 105.

⁸⁷ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 312.

⁸⁸ Erdem, s. 105.

⁸⁹ Yargıtay 11’inci Ceza Dairesi’nin 21.01.2002 tarihli, 2001/11356 esas, 2002/317 karar sayılı kararına göre, “İki adet mal alış faturasının miktar ve tutarlarında tahrifat yapan sanığın eyleminin 4369 sayılı Yasa’nın 14. maddesiyle değişik 213 sayılı Yasa’nın 359/a-2 maddesinde öngörülen “muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanmak” suçunu oluşturduğu gözetilmeden sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçuyla ilgili aynı Yasa’nın 359/b-1 maddesiyle hüküm kurulması ... yasaya aykırıdır.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.01.2021)

Usul Kanunu ile “*Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik*”⁹⁰ hükümleri gereğince elde edilmiş ve vergi işlemlerinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olmalıdır.

Söz konusu suçun faili, gerçek kişi olan vergi mükellefleri veya vergi mükelleflerinin kanunlarda belirtildiği şekilde sorumlu kıldıkları kişiler ile tüzel kişilerdir. Fakat, kaçakçılık suçlarından biri olan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçunun cezası hapis cezası olduğundan tüzel kişilerin bu suçu işledikleri takdirde durumlarının ne olacağı tartışmalıdır⁹¹. Ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde iradesini açıklayabilen, kusurluluğu haiz olduğu ve neticesinde isnat kabiliyeti ile sorumlu tutulabilen kişiler ancak gerçek kişilerdir. Ceza hukuku kuralları çerçevesinde tüzel kişilerin cezaya çarptırılmalarının mümkün olup olmadığı konusunda anlaşma sağlanamamıştır⁹². Doktrinde, ancak gerçek kişilerin bir suçun faili olabileceği belirtilirken; mali suçlar bakımından tüzel kişilerin de fail olabileceği kabul edilmektedir⁹³. Katıldığımız görüş çerçevesinde, Türk Ceza Kanunu’nun hükümleri dikkate alınarak tüzel kişiler hakkında cezai müeyyide uygulanmamalı; fakat, suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 20’nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanmalıdır⁹⁴.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçunun manevî unsuru kast olup, söz konusu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. 4369 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde yapılan düzenleme neticesinde bilerek veya bilmeyerek ayrımı kaldırılmıştır. Fakat ceza hukukunun kasta ilişkin genel hükümlerinin özel kanunlara da uygulanacağı belirtilerek bu suçların ancak kastla işlenebileceği vurgulanmaktadır⁹⁵.

3. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanma Suçu

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçu, mükellef veya vergi sorumluları tarafından muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenen belgelerin vergi ilişkisi ve işlemlerinde yararlanılmak üzere işleme konulması şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁶.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi durumunda bizzat belgeyi düzenleyen kişi cezalandırıldığından, genel kastla hareket eden bu

⁹⁰ 02.02.1985 tarihli, 18654 sayılı Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik.

⁹¹ Karaarslan, s. 121.

⁹² Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku I, Genel Kısım, İstanbul, 1992, s. 102; Şenyüz, s. 415-422; Karaarslan, s. 121.

⁹³ Erman, Ticari Ceza Hukuku I, s. 102; Şenyüz, s. 415-422; Karaarslan, s. 122.

⁹⁴ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 442.

⁹⁵ Şenyüz, s. 462-463; Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 231-232; Yiğit, s. 159; Karaarslan, s. 128.

⁹⁶ Erdem, s. 106.

kişinin belgenin niteliğini bildiği kabul edilirken; sadece kullanma halinde ise fail, belgeyi düzenleyenden başkası olduğundan, failin belgenin niteliğini bilmesi şartı aranır⁹⁷. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi kullanan kimsenin bu belgeyi düzenleyen kimseden başka bir kişi olması gerekmektedir. Zira, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenleyen kişi düzenlediği belgeyi kullanırsa, bu kimse kullanma fiilini değil, düzenleme fiilini işlemiş olacaktır⁹⁸. Söz konusu kullanma suçu sahte olarak düzenlenmiş belgenin, fail tarafından defter ve kayıtlarına intikal ettirilerek beyannamede indirim konusu edilmesi şeklinde olabilmektedir⁹⁹.

Söz konusu suçun maddî unsuru, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesine göre mükellef veya vergi sorumlusu olan failin, gerçek duruma veya işleme dayanan muamele ve durumu içerik veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtarak düzenlenen belgeleri kullanmasıdır¹⁰⁰.

Bu tür suçlarda, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi kullanan kişi bakımından suça konu belgenin aldatma-kandırma kabiliyeti ender olarak gündeme gelmektedir¹⁰¹. Bu niteliği taşıyan belgeyi kullanan mükellef veya vergi sorumlusu, belgenin doğruluğunu denetlemeksizin defterine kaydeder ve beyannamede gösterirse, bu durum hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden, içeriğin doğruluğunu denetleme açısından da sorumluluk taşıyacaktır¹⁰².

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunun manevî unsuru kast olup, söz konusu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. 4369 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde yapılan düzenleme neticesinde bilerek veya bilmeyerek ayırımı kaldırılmıştır. Fakat ceza hukukunun kasta ilişkin genel hükümleri özel kanunlara da uygulanacağından bu suçlar da ancak kastla işlenebilecektir¹⁰³.

4. Sahte Belge Düzenleme Suçu

Vergi Usul Kanunu'nun 359/b-1 maddesinde belirtildiği üzere sahte belge, *"... Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi*

⁹⁷ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 313.

⁹⁸ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 313-314.

⁹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.03.2002 tarihli, 2002/11-28 esas, 2002/179 karar sayılı kararına göre, *"Somut olay ele alınarak değerlendirildiğinde, sahte olarak düzenlenmiş faturaları 1998 ve 1999 yılları içerisinde defter ve kayıtlarına intikal ettirerek KDV beyannamelerinde indirim konusu yaptığı anlaşılan sanığın teselsül eden iki ayrı sahte fatura kullanma suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğinden..."* (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.01.2021)

¹⁰⁰ Şenyüz, s. 451; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 414.

¹⁰¹ Açar, s. 284.

¹⁰² Açar, s. 284.

¹⁰³ Şenyüz, s. 462-463; Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 231-232; Yiğit, s. 159; Karaarslan, s. 128.

düzenlenen belgedir.” Ayrıca sahte belge, “gerçekte olmayan, alınması ya da verilmesi gerekmeyen bir belgenin olayın faili tarafından düzenlenmesi veya bir işlem olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belge¹⁰⁴” olarak tanımlanmaktadır.

Söz konusu suçta sahte olarak düzenlenen belgelerin vergi işlemlerinde kullanılmak üzere Vergi Usul Kanunu çerçevesinde tutulması gereken belgelerden olması gerekmektedir¹⁰⁵. Bu suçta konu belgeler, Vergi Usul Kanunu ile Belgelerin Basım ve Dağıtımı Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince mevzuata uygun olarak düzenlenmesi gereken belgelerden olduğundan belgelerin, vergi işlemlerinde kullanılmak üzere düzenlenmesi ve kullanılması gerekmektedir¹⁰⁶. Zira, ilgili Kanun’da belirtilen şekil şartlarına uymayan veya belgenin kapsamına girmesi gereken zorunlu unsurları barındırmayan belgeler, sahte belge düzenleme suçunun konusu olmamaktadır¹⁰⁷. Düzenlenen belge Vergi Usul Kanunu gereğince düzenlenmesi gereken, saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerden değil ise; bu durum, Vergi Usul Kanunu’nda

¹⁰⁴ Yurtsever, s. 143; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun 27.05.2005 tarihli, 2005/37 esas, 2005/127 karar sayılı kararına göre, “...Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, düzenlenen belgeler ve bu belgelere dayanarak gerçekleştirilen defter kayıtlarının vergilendirme işlemlerine esas alınabilmesi için öngörülen biçimsel kurallara uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti ile uyumlu olması da gereklidir... Bu durumda, fatura alınan şahıs hakkında yapılan tespitlerden, bu şahıstan alınan faturalara ilişkin gerçek bir mal tesliminin olmadığı, faturaların mahiyetleri itibarıyla yanıltıcı olarak düzenlendiği anlaşıldığından, bu faturalara ilişkin katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle davacı adına yapılan tarhiyatta Yasaya aykırılık bulunmamaktadır.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.01.2021)

¹⁰⁵ Kendal Deniz/ Ufuk Gencel, “Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme veya Kullanma Fiili ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 39, Temmuz 2019, s. 159.

¹⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.05.2004 tarihli, 2004/3-247 esas, 2004/267 karar sayılı kararına göre, “...Fatura, serbest meslek makbuzu ve perakende satış fişlerinde yer alması gereken asgari bilgiler ve bu belgelerle ilgili esaslar 02.02.1985 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basımı ve Dağıtımı Hakkında Yönetmelik ve bu konudaki Vergi Usul Genel Tebliği’nde açıklanmıştır. Ödeme kaydedici cihazlara ait satış (yazar kasa) fişlerinde bulunması gereken asgari bilgiler ile bu belgenin esasları da Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkındaki Kanunla ilgili genel tebliğlerde belirtilmiştir.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.01.2021)

¹⁰⁷ Ağar, s. 285; Yiğit, s. 61; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 03.07.1997 tarihli, 1996/291 esas, 1997/112 karar sayılı kararına göre, “...Vergi Usul Kanunu’nda öngörülen şekil şartlarına uygun olan faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının, yükümlüye satış yapanların beyanı ve ekonomik durumları yanında, bunlar adına düzenlenen belgelerin de değerlendirilmesine bağlı olduğu, usulüne uygun düzenlenen belgelerin aksi kanıtlanıncaya kadar hüküm ifade edeceği ve geçerliliği süresince bu belgelere itibar edilmesi gerektiği,... bazılarının vergi borçlarını ödememelerinin, davacıya sahte fatura verdiklerinin göstergesi olamayacağı...” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 21.01.2021)

belirtilen sahte belge düzenleme suçuna değil, Türk Ceza Kanunu’nun 207’nci maddesindeki özel belgede sahtecilik suçlarına dahil olacaktır¹⁰⁸.

Sahte belge düzenleme suçunun maddî unsuru, vergi kanunları uyarınca düzenlenen, saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin, asıl veya suretlerinin kısmen veya tamamen sahte olarak düzenlenmesidir¹⁰⁹. Sahte belge, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgenin aksine gerçek bir işlem veya duruma dayalı değildir¹¹⁰. Belgenin başlangıçta sahte olarak meydana getirilmesi (maddî sahtekârlık) mümkün olduğu gibi; başlangıçta sahte olmayan belgenin, gerçek dışı muamele veya durumları gerçek gibi gösterecek şekilde düzenlenmesi (fikrî sahtekârlık) de söz konusu olabilmektedir¹¹¹.

Sahte belge düzenleme suçunun manevî unsuru kasttır. Failin sahte belge düzenleme suçundan sorumlu tutulabilmesi kastının varlığına bağlı olup, fail bu suçu bilerek ve isteyerek işlemiş olmalıdır¹¹². Zira, suçta asıl olan kast iken; taksir, istisnadır¹¹³. Bu sebeple suç tipinde kasten işlenebileceği gösterilmese bile Türk Ceza Kanunu’nun 21’nci maddesi gereğince kast aranacaktır¹¹⁴.

Sahte belge düzenleme suçunun faili, mükellef veya vergi sorumlusu olan kimselerdir. Ayrıca gerçekte olmayan olaylar için sahte belge düzenlendiğinden mükellef veya vergi sorumlusu olmayan kişiler de bu suçun faili olabilmektedir. Zira, sahte belgeyi herkes düzenleyebilirken; sahte belgenin vergisel işlemlerde kullanılması esas olduğundan, mükellef veya vergi sorumlusu eksensiz olabilir¹¹⁵.

Belge üzerindeki sahtecilik belgenin asılları veya suretleri üzerinde yapılabilmektedir¹¹⁶. Vergi Usul Kanunu’nda belirtildiği üzere sahte belge düzenleme suçu, kısmen veya tamamen sahtecilik şeklinde yapılabilmektedir¹¹⁷. Tam sahtecilikte, düzenlenen belge gerçeklikten tamamen uzak iken; kısmen sahtecilikte, düzenlenen belgenin bir kısmı gerçeklik taşıırken, bir kısmı gerçeklikten uzaktır¹¹⁸. Örneğin, satış için düzenlenen faturaya gerçekte olmayan bir satışın eklenmesi durumunda kısmen sahtecilik söz konusu olacaktır¹¹⁹.

¹⁰⁸ Şenyüz, s. 454.

¹⁰⁹ Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 227.

¹¹⁰ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 316.

¹¹¹ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 317.

¹¹² Şenyüz, s. 462-463.

¹¹³ Özgenç’e göre, “Taksirle işlenen belli fiiller de istisnaen kanunda suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre; taksirle işlenmiş bir fiilin cezalandırılabilir olabilmesi için, suçla ilişkin kanuni tarife bunun açıkça belirtilmesi gerekir.” Bkz. Özgenç, s. 267.

¹¹⁴ Şenyüz, s. 463.

¹¹⁵ Şenyüz, s. 454.

¹¹⁶ Deniz/ Gencel, s. 164.

¹¹⁷ Deniz/ Gencel, s. 164.

¹¹⁸ Mehmet Taştan, “Vergi Usul Kanunu Yönünden Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 22.

¹¹⁹ Taştan, s. 23; Şenyüz, s. 455.

Kısmen sahtecilik ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge suçu arasındaki ayrım bazı durumlarda yapılamamaktadır. Zira, yanıltıcı belgede, gerçek muamele veya durum var olmakla birlikte bunların mahiyet veya miktarında gerçeğe aykırılık söz konusu iken; kısmen sahte belgede ise gerçeğin yanında gerçek olmayan muamele ve durum veya yanıltıcı niteliği aşan gerçeğe aykırılık bulunmaktadır¹²⁰. Buradaki ayrım kesin ve net olarak yapılamadığından faile, ceza hukuku prensiplerinden olan “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” çerçevesinde Vergi Usul Kanunu gereğince daha az cezayı gerektiren muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçundan ceza verilmektedir¹²¹.

5. Sahte Belge Kullanma Suçu

Sahte belge kullanma suçunun maddî unsuru, vergi kanunları uyarınca düzenlenen saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl veya suretlerinin tamamen veya kısmen sahtelerinin kullanılmasıdır¹²².

Vergi Usul Kanunu’nda sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarındaki düzenleme ve kullanma eylemleri ayrı ayrı suçların maddî unsurlarını oluştururken suça konu eylemlerin cezalandırılmaları da ayrı ayrı yapılır¹²³. Sahte belgeyi düzenleyen ve kullanan kişi farklı kişiler olabileceği gibi aynı kişi de olabilecektir¹²⁴. Ayrı kişiler tarafından gerçekleştirilen sahte belge düzenleme ve kullanma fiilleri birbirinden ayrı ve bağımsız suçu oluşturur. Aynı kişi sahte belgeyi düzenleyerek kullanırsa, bu her iki fiil Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesi gereğince aynı cezayı gerektirdiğinden aynı takvim yılında kalması şartıyla tek suç oluşacaktır¹²⁵. Zira, “*aynı cezayı gerektiren fiillerin ayrılığı ayrı suç olmayı gerektirmezken, farklı cezayı gerektiren fiillerin ayrılığının ayrı suç olarak nitelendirilmesi mümkündür*”¹²⁶.”

¹²⁰ Taştan, s. 23.

¹²¹ Yiğit, s. 148; Açar, s. 288.

¹²² Mutluer/ Dayanç Kuzeyli, s. 227.

¹²³ Yargıtay 11’inci Ceza Dairesi’nin 07.07.2011 tarihli, 2011/6137 esas, 2011/4570 karar sayılı kararına göre, “...Sahte fatura düzenlemek ve sahte fatura kullanmak suçlarının birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar, 5271 sayılı CMK’nın 225. maddesi uyarınca hükmün konusu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibaret olup, kamu davasının sahte fatura kullanmak suçundan açıldığı gözetilmeden dava konusu yapılmayan sahte fatura düzenlemek suçunu işlediğinden bahisle sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı...”; Yargıtay 11’inci Ceza Dairesi’nin 22.06.2004 tarihli, 2003/23 esas, 2004/5633 karar sayılı kararına göre, “...213 sayılı Kanununa aykırılık suçundan yapılan yargılamada sanıklardan birinin beraatine, diğer sanıkların cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sahte fatura düzenleme ve kullanmak suçları birbirinden bağımsız ve ayrı suçlardır. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde tek ceza tayin edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 23.01.2021)

¹²⁴ Şenyüz, s. 455.

¹²⁵ Şenyüz, s. 455.

¹²⁶ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 323.

Sahte belge düzenleme veya kullanma suçları, tehlike suçlarından olduğundan suça konu eylem ve işlemin yapılması ile suçun maddî unsuru gerçekleşecek; ayrıca, vergi ziyanına sebep olunması gerekmeyecektir¹²⁷. Zira, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde sahte belge düzenleme veya kullanma suçları bakımından vergi ziyanına atıf yapılmadığından, bu suçların şekli suç olarak nitelendirileceği ve vergi ziyanının gerçekleşmesi şartı aranmadan söz konusu suçların oluştuğu kabul edilmektedir¹²⁸.

Sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarına konu fiiller Vergi Usul Kanunu ve Türk Ceza Kanunu açısından “düzenleme”, “değiştirme”, “kullanma”, “düzenleyip kullanma” ve “değiştirip kullanma” şeklinde olabilmektedir¹²⁹. İlgili Kanunların düzenlemeleri çerçevesinde söz konusu eylemlerin hangi suçlara özgülenmesi gerektiği meselesi, suçların ve cezaların çeşitliliğini meydana getirmektedir.

Söz konusu suçun manevî unsuru kasttır. Her ne kadar Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinden “bilerek” ifadesi çıkarılmış olsa da “bilerek” ifadesinin madde metninden çıkarılmış olmasının kaçakçılık suçlarının (sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarının) kasten işleneceği gerçeğini

¹²⁷ Şükrü Kızılot, “Sahte ya da Kapsamı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Hapis Cezası ve Muhatabı”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 69, Yıl:6, Eylül 1998, s. 27; Muzaffer Hatipoğlu, Ali Parlar, Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar, Ankara 2005, s. 169; Karaarslan, s. 125; Yılmaz Özbacı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Ocak 2004, s. 963; Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi'nin 13.03.2008 tarihli, 2007/9015 esas, 2008/1515 karar sayılı kararına göre, “...01.01.1999 tarihinden itibaren işlenen vergi kaçakçılığı suçlarında, vergi ziyanının unsur olmadığı, bu hususun 213 sayılı Kanunu'nun 359. maddesinde 4369 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik gerekçesinde açıkça vurgulandığı gibi madde metninde de vergi ziyanına yer verilmediği, sahte faturayı düzenleyen yönünden faturanın yasal şekline uygun olarak düzenlenmesiyle suçun tamamlandığının kabulü gerekeceği; somut olayda ... Gümrük Hiz. Teks. Tur. Tic. Ltd şirketinin ortağı olan sanık... 'ın şirkete ait boş fatura koçanlarını imzalı ve kaşeli olarak diğer sanık... 'a vererek bu sanık tarafından, aynı işyerinde çalıştığı kişilerin özel gider indiriminden faydalanmalarını sağlamak için sahte olarak 17 adet fatura düzenleyip verdiğinin anlaşılması karşısında, sanıkların suçlarının tüm unsurlarıyla oluştuğu ve mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, faturaların özel gider indiriminde kullanılmadığı ve idarenin herhangi bir zararının doğmadığından bahisle beraatlerine karar verilmesi, yasaya aykırı...” Yargıtay 11'inci Ceza Dairesi'nin 05.06.2013 tarihli, 2012/3030 esas, 2013/9428 karar sayılı kararına göre, “...Bir başka anlatımla yukarıda değinilen haller dışında mefruz(soyut) vergi ziyaı bulunduğu kabul edilmeli, müspet(somut) vergi ziyanının varlığı aranmamalıdır. Kaldı ki 29.07.1998 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanun ile 213 sayılı Yasada yapılan değişikliklerle vergi kaçakçılığı suçlarında vergi ziyanının varlığı suçun unsuru olmaktan çıkarılmış ve defter ve belgeleri gizleme halinde, suçun oluştuğu hükme bağlanmıştır.” (www.kazanci.com, erişim tarihi: 23.01.2021)

¹²⁸ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 415.

¹²⁹ Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, s. 317; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 844; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1059-1060.

değiştirmeyeceği 306 seri numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde¹³⁰, “... Bu gibi durumlarda sahte belgeyi kullanmış olan mükellefin, bu belgenin satın aldığı mal veya hizmeti sağlayana ait olmadığını bilip bilmemesi önem taşıyacaktır. Şayet kullanıcının belgenin sahte olduğunu bilmesi gerekiyorsa, bir başka deyimle, kasıt söz konusu ise burada 359'uncu maddede belirtilen anlamda bir sahte belge kullanımı söz konusu olacaktır... bu itibarla, kaçakçılık suçunun oluşması sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin bilerek kullanılıp, kullanılmadığının; diğer anlatımla, bu kullanımda kastın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesine ve belirlenmesine bağlı bulunmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Vergi Usul Kanunu'ndaki sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarında, düzenlenen belgelerin aldatma-kandırma kabiliyeti yok denecek kadar azdır. Zira Kanun'da bu belgelerin nasıl düzenlenmesi gerektiği açık bir şekilde ortada koyulmuştur. Bu hususlara dikkat edilmek kaydıyla düzenlenen belgelerden olduğu gerekçesiyle de söz konusu belgelerin aldatma kabiliyetinin olması aranmaz. Çünkü kanuni şekil ve muhteviyata uygun olmayan belgeler hiç düzenlenmemiş sayılmaktadır¹³¹.

SONUÇ

19'uncu yüzyıla kadar sahtecilik suçları, dolandırıcılıkla birlikte değerlendirilmiştir. 19'uncu yüzyılın başında, hukuksal yararlar saldırı aracı olarak “aldatma” ile bir hukuksal yarar olarak “gerçeğe uygunluk” arasında ayırım yapılmıştır¹³². Neticesinde, resmî ve özel belgede sahtecilik suçları “kamunun sadakat ve güveninin korunması” ihtiyacına binaen birer suç olarak düzenlenmişlerdir¹³³. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen belgede sahtecilik suçları ile delil araçlarının güvenliğini ve güvenilirliğini koruma amaçlanmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçlarından olan sahte belge düzenleme veya kullanma suçları, devlet hazinesine karşı işlenen suçlardır. Düzenlenen veya kullanılan belgelerin gerçeği yansıtmamaları neticesinde sağlıklı bir şekilde işleyen vergi sisteminin oluşumu engellenecektir. Bu durum, vatandaşların devlete olan güvenini önemli bir şekilde sarsacaktır. İşte bütün bu gerekçelerle Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile söz konusu eylemlerin cezalandırılması sağlanarak toplum barışı ve kamu menfaati korunmaktadır.

Kaçakçılık suçlarından olan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suçunda aslında vergi işlemlerinde kullanılmak

¹³⁰ 18.06.2002 tarihli, 24789 sayılı 306 seri numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, (<https://www.gib.gov.tr/node/87656>, erişim tarihi: 16.01.2021)

¹³¹ Taştan, s. 30.

¹³² Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1034.

¹³³ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1034.

üzere belge düzenlenmesini gerektiren olaylar gerçek olmakla birlikte düzenlenen veya kullanılan belgenin miktar veya içerik itibarıyla gerçeği yansıtmaması kaçakçılığa sebep olarak devlet hazinesini zarara uğratmaktadır. Kaçakçılık suçlarından olan sahte belge düzenleme veya kullanma suçunda ise vergisel işlemlerde kullanılmak üzere belge düzenlenmesini gerektiren olaylar tamamen hayalidir. Ortada belge düzenlenmesini gerektiren herhangi bir durum da mevcut olmadığından fail sırf vergi kaçırabilmek adına böyle bir suça adım atmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'ndaki resmî belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçları, vergi ceza hukuku içerisinde yer alan vergi işlemlerinde kullanılmak üzere konulan sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarından farklı özelliklere sahiptir. Vergi Usul Kanunu ve Türk Ceza Kanunu açısından sahte belge düzenleme veya kullanma suçları, suça konu belgelerin niteliği ve mevzuata uygunluğu durumu, suçun maddî unsurlarından olan söz konusu eylemlerin taşınması gereken özellikleri, belgelerin aldatma-kandırma kabiliyetinin olup olmaması meselesi gibi açılardan önemli farklılıklar içermektedir. Zira, bu farklılıklara bağlı olarak da her iki Kanunda çeşitli özelliklerde suç tipleri düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nda ve Vergi Usul Kanunu'nda aynı hukukî yararı koruma amaçlı iki ayrı suç düzenlemesi söz konusu olduğundan bu suç tiplerini birbiri ile irtibatlı hale getirmek suretiyle uyum sağlanması uygulayıcılar (hâkim, savcı, avukat vb.) bakımından büyük kolaylık sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan; “*Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları*”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, 2005, s. 273-301).
- Akdeniz, Demet; “*Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevî Unsur*”, (Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, s. 90-105).
- Altundiş, Mehmet; “*Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergi Suç ve Cezaları ile Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bu Suçlara Etkisi*”, (Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Kış 2007, s. 168-179).
- Batur, Necat; “*Vergi Suç ve Cezalarının Etkinliği*”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 142, 2019, s. 181-210).
- Deniz, Kendal/Gencel, Ufuk; “*Vergi Kabahatleri Açısından Sahte Belge Düzenleme veya Kullanma Fiili ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 39, Temmuz 2019, s. 157-188).

- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım*, 11. Bası, Cilt: I, İstanbul 1994.
- Ercan, İsmail; *Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler*, Yenilenmiş 6. Baskı, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul Ağustos 2011.
- Erdem, Tahir; “*Sahte/Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Ücret Bordrosu veya Gider Pusulası Düzenleme Eyleminin Kaçakçılık Suçu Kapsamında Değerlendirilmesi*”, (Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2013, s. 99-114).
- Erman, Sahir; *Vergi Suçları*, İstanbul 1988.
- Erman, Sahir; *Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım*, İstanbul 1992.
- Erman, Sahir/ Özek, Çetin; *Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1996.
- Gökcan, Hasan Tahsin; “*Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)*”, (Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/1, Yıl: 68, s. 209-236).
- Güner, Sedat; “*Belgede Sahteciliğin 213, 4208, 5237 ve 5607 Sayılı Kanunlar Yönünden İrdelenmesi*”, (Gümrük&Ticaret Dergisi, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 38-52).
- Hatipoğlu, Muzaffer/ Parlar, Ali; *Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar*, Ankara 2005.
- Karaarslan, Mehmet; “*Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkisi*”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 64, 2006, s. 115-150).
- Karakoç, Yusuf; *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019.
- Karakoç, Yusuf; *Vergi Ceza Hukuku*, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019.
- Kızılot, Şükrü; “*Sahte ya da Kapsamı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanımında Hapis Cezası ve Muhatabı*”, (Yaklaşım Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 6, Eylül 1998).
- Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2020.
- Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, (Adalet Yayınları), Ankara 2020.
- Kunter, Nurullah; *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949.
- Mutluer, M. Kamil/ Dayanç Kuzeyli, Nilay; *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019.
- Özbalcı, Yılmaz; *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Ankara Ocak 2004.

- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2020.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2020.
- Özgenç, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2020.
- Yokuş Sevük, Handan; “*Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)*”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 41, Yıl: 2019, s. 229-255).
- Yokuş Sevük, Handan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2020.
- Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2020.
- Şenyüz, Doğan; *Vergi Ceza Hukuku* (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 11. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2020.
- Taştan, Mehmet; “*Vergi Usul Kanunu Yönünden Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları*”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2020.
- Yiğit, Uğur; *Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, İstanbul Mart 2004.
- Yurtsever, Hatice; “*Kritik Kontrol Noktası Analiziyle Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge Ayırımı*”, (Maliye Dergisi, Sayı: 156, Ocak-Haziran 2009, s. 141-151).

OECD MODEL VERGİ ANLAŞMASI HÜKÜMLERİ İŞİĞINDA MENKUL SERMAYE İRATLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

*The Taxation of Capital Income in the Light of the Provisions of the OECD
Model Tax Convention*

Gülçin KOÇAK*

Geliş Tarihi: 28.08.2020

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Vergilendirilebilir gelir unsurlarından biri de menkul sermaye iratlarıdır. Üretimi sürecine dâhil olmaksızın, nakdi veya nakden belirlenebilen değer üzerinden yatırım ile elde edilen gelir, menkul sermaye iradı olarak açıklanabilmektedir. Bu çerçevede 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda da alacak-borç ilişkisinden kaynaklanan faiz alacağı, ortaklık hakkı dolayısıyla elde edilen kâr payı ve benzeri diğer gelir unsurları menkul sermaye iradı olarak düzenlenmektedir.

Menkul sermaye iratları, uluslararası alanda mali piyasa araçlarının geliştirilmesi ve sermayenin sınır ötesi akışa konu edilmesi ile birlikte, birden fazla egemenlik alanında vergilendirilebilir gelir unsuru olarak kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla kişilerin mukimi olduğu devletin haricinde aynı gelir unsurunun elde edildiği yer bakımından da vergilendirilmesi, mükerrer vergilemeye sebep olmaktadır. Bu çalışma, çifte vergilendirmenin gündeme geleceği bu gibi durumlara ilişkin olarak çifte vergilendirmenin önlenmesine dair andlaşma düzenlemeleri ile OECD Model Vergi Anlaşması hükümlerini incelemektedir. Ayrıca Türkiye'nin de bugün itibariyle tarafı bulunduğu çifte vergilendirmenin önlenmesi andlaşmalarında yer alan menkul sermaye iratlarının vergilendirilmesi esasları göz önüne alınmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Menkul Sermaye İradı, Kar Payı, Faiz, Çifte Vergilendirme, OECD Model Vergi Anlaşması.

ABSTRACT

Capital income is one of the items of income that can be taxable. It means income obtained by investing in cash or value defined in cash without involving the production process. Hence, interest receivable through debtor-creditor relationship, obtained dividend of partnership right and other items of income are categorized as capital income according to the Income Tax Law No.193.

Capital income is considered as a taxable item of income in multiple fields as a result of the developing financial market instruments internationally and the capital subjected to cross-border flow. Therefore, the taxation of capital income in terms of where obtains the same item of them, apart from the state in which individuals resident, causes double taxation. This study examines the provisions of agreements about the prevention of double taxation and the articles of the OECD Model Tax Convention in respect to such situations where double taxation may occur. Additionally, the analysis takes into consideration the principles regarding the taxation of the capital income in the agreements related to the prevention of double taxation, which Turkey is also a party.

Keywords: Capital income, Dividend, Interest, Double taxation, The OECD Model Tax Convention.

* Avukat, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, gulcin.kocak@enerji.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-1018-7548.

GİRİŞ

Vergilendirilebilir gelir unsurlarından biri de menkul sermaye iratlarıdır. Esasında küresel olarak sermaye birikiminin örneklendirilirse sadece belirli mal ve hakların kiraya verilmesi ile bunlardan elde edilen gelir vergisine konu bir irada değil aynı zamanda dönemsel getirisi bulunan başka araçlara yönelimi de geliştirdiği görülebilmektedir¹. Sınır aşan sermaye hareketlerinin ülkelere olan yatırımı artırması ve buralarda iktisadi gelişimi² desteklemesi için belirli mali piyasaların oluşturulmasının bu yönelimi gündeme getirdiği ileri sürülebilir. Özellikle doğrudan ve dolaylı yabancı yatırım ayrımı yönünden dolaylı yabancı yatırımlar bağlamında menkul sermaye iratlarının vergilendirilmesi hususu çalışmaya konu edilmektedir³. Zira dolaylı yatırımlar açısından kişilerin, bir egemenlik alanında bulunan mali piyasa araçlarından birine nakdi sermayesi ile katılımı neticesinde başkalarının kendi adına işletme faaliyetini sürdürmesi söz konusudur. Bununla birlikte kişinin üretim sürecine fiilen katılımı mümkün bulunmasa dahi⁴ gelirin vergilendirilmesi aşamasına gelindiğinde nakdi ya da nakden ölçülebilen değer dolayısıyla belirli bir dönemde elde edilen kazancın üzerinden dolaysız olarak vergilendirildiği⁵ belirtilmelidir.

¹ 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 70'inci maddesi ile örneklendirilirse telif haklarında, hak sahibinin kanuni mirasçısı dışında bir kimseye kiraya verilmesinden elde edilen iradın, gayrimenkul sermaye iradı addolunduğu; ancak çalışma bağlamında ileride de yer verildiği üzere OECD Model Vergi Anlaşması devamı hükümlerine bakıldığında bu gelir unsurunun ayrı bir başlık altında düzenlendiği ifade edilmelidir. Söz konusu düzenlemelere ilişkin olarak ileride de değinileceği üzere vergilendirilebilir gelir unsurlarının konumlandırılmasında birbirinden farklı yaklaşımlar görülebilmektedir.

² İktisadi gelişme ile büyümenin kavramsal olarak birbirinden farklılığı yönünde bir örneklendirmeye gidilerek gelir artışlarının eşitsiz bölüşülmesi halinde kişi başına gelirin artmasına rağmen toplumsal refahın azalabileceği ifade edilmektedir. PAMUK, Şevket; “Türkiye’nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi”, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2018, s.17.

³ Doğrudan-dolaylı yabancı yatırım ayrımına ilişkin olarak TİRYAKİOĞLU, doğrudan yatırımların tanımlanmasında uluslararası alanda bir yeknesaklığın bulunmamasıyla birlikte çoğu iki taraflı yatırımların korunması ve karşılıklı teşviki andlaşması bağlamında geniş bir tanımlama veya örnekendirme yönteminin benimsenebildiğini; bununla birlikte dolaylı yatırım ile belirli yönlerden farklılaştığını ifade etmektedir. Yazar, dolaylı yatırımların denetim, risk ve yatırımı gerçekleştiren kişi unsurları ile diğer yatırım türünden ayrıldığına değinmektedir. TİRYAKİOĞLU, Bilgin; “Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması”, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s.10-11.

⁴ AKÇAOĞLU, Ertuğrul; “Türk Hukukunda finansal türev ürünlerin vergilendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), (E.T.20/5/2020), s.91.

⁵ Gelir vergisinin “dolaysız” ve katma değer vergisinin ise “dolaylı” vergilerin bir örneği olduğu; bu ayrımın tahsili aşamasına ilişkin dolaysız verginin başka bir kişiye devredilemezken dolaylı vergilerde sorumlu kişi dışında bir kimseye devredilebileceği yönünde; KORKUSUZ, M.Refik, KAYALI/F.İpekeli; “Turkish Public Law”, Seçkin Yayıncılık, 2019, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22696>) (E.T.20/5/2020), p.203-204.

Ülkelerin kalkınması ile iktisadi büyümenin sermaye birikimi neticesinde sağlanabileceği saikiyle kamu ve özel sektör eliyle çeşitli yatırımların zaman zaman teşvik edildiği gözlemlenebilmektedir. Bu nedenledir ki Türkiye’de 1980’ler itibariyle yatırımların serbestleştirilmesi bağlamında mali piyasaların⁶ oluştuğu ve finansman kaynağı olarak bu piyasa araçlarının işletildiği; ancak tamamen bir serbestleştirilmenin söz konusu olmadığı, faaliyetlerin zaman zaman regüle edilebildiği⁷ ve dengeleyici nitelikteki tek tarafı müdahalelere konu edilebildiği de görülmektedir. Bu bağlamda hisse senedi gibi ortaklık ya da tahvil gibi alacaklılık hakkı sağlayan ve kar payı veya faiz ve benzeri nitelikte dönemsel gelir getiren mali araçların değerlendirilmesi söz konusudur. Pek tabiidir ki kişinin, bu araçlardan elde ettiği gelir unsurunun elde eden kişi ve elde edilen faaliyete göre yeri geldiğinde ticari kazanç, menkul sermaye iradı ya da bir başka şekilde görünümü bulunabilmektedir.

Çalışma kapsamında menkul sermaye iratları ile bu gelir unsurunun uluslararası kuruluşlardan OECD nezdinde hazırlanan ve Türkiye’nin de imzacı tarafı bulunduğu Model Anlaşması hükümlerine istinaden vergilendirme esaslarının⁸ yerel mevzuat düzenlemeleri ile birlikte ele alınması öngörülmektedir. Bu çerçevede söz konusu OECD Model Anlaşma hükümlerinin esas itibariyle birden fazla egemenlik alanında vergileme iddiasında bulunulması durumunda mükerrer vergilemeye yol açmaması maksadıyla uygulama alanı bulması hususu da göz önünde bulundurularak çeşitli değerlendirmelere ulaşılması amaçlanmaktadır. Ayrıca Türkiye’nin tarafı bulunduğu çifte vergilendirmenin önlenmesi andlaşmalarında yer alan menkul sermaye iratlarının düzenlendiği hükümler, karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

⁶ Aynı zamanda mali piyasaların, para ve sermaye piyasası şeklinde ayırım yapılması hususunda Türkiye’de vadelerin görece kısa olması sebebiyle sermaye piyasasındaki çoğu unsurun gözden kaçırılabilmesi; bu nedenle arz ve talep yönünden bir ayrıma gidilerek mali piyasa sisteminin “*kredi piyasası, kamu borçlanma araçları piyasası, özel kesim borçlanma araçları piyasası, hisse senedi piyasası, bankalararası para piyasaları ile düzenlenmemiş para piyasası*” olarak tasnifi önerilmektedir. T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı; “Sermaye Piyasası Özel İhtisas Komisyonu Raporu”, Ankara, Kasım 1989, s.84. (http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/6-SermayePiyasasi_OIK346.pdf) (E.T.20/5/2020).

⁷ DPT, ÖİKR; s.11.Ayrıca; ATEŞAĞAOĞLU, Erdem; “Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi Kanunu Bakımından Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T.20/5/2020), s.1-2.

⁸ Kamu harcamalarının finanse edilebilmesinde kamu gelirleri, iç ve dış borçlanma ile para basılması olarak dört ayrı esasın kabul edilebildiği; bu bağlamda vergilemenin de kamu harcamalarının finansmanında bir yöntem olarak gündeme geldiği ve fakat özellikle gelişmekte olan ülkelerde vergilemeye denk uzun vadeli uygulama alanı haiz bir finansman aracının da bulunmadığı yönünde; BURGESS, Robin ve STERN, Nicholas; “Taxation and Development”, çev. DURMUŞ, Mustafa, Maliye Dergisi, 2007(152), https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/mustafa_durmus.pdf) (E.T.01/03/2021), s.4-7.

1. MENKUL SERMAYE İRADİ KAVRAMI

Menkul sermaye iratlarının değerlendirilebilmesi için öncelikle gelir kavramı ile kapsamı ve sınırlarının ifade ettiği hususların belirlenmesi gerekmektedir. Esas itibarıyla her ülkenin kendi egemenlik alanındaki hukuki düzenlemeleri farklılık arz edebilmektedir. Temelde vergilendirilmesi amacıyla gelir unsurlarının tasnifine yönelik olarak gelirin kategorik şekilde unsurlara ayrılması veya herhangi bir kaynağın aranmadığı bir gelirin varlığı ile bu iki durumun birlikte bulunabildiği üç ayrı vergilendirme sistemi söz konusudur. Vergilendirilebilir gelirin belirlenmesi bakımından ise kaynak ve net artış olmak üzere iki ayrı teorinin gündeme geldiği⁹; bu iki yaklaşımın gelirin, belirli bir kaynaktan elde edilip edilmediği yönünde farklılaştığı anlaşılmaktadır.

Kişinin sahip olduğu üretim faktörlerinin üretim faaliyetine katılması ile belirli bir kaynaktan sürekli olarak elde ettiği kazanç ve iratların vergilendirilmesi, kaynak teorisine göre tespit edilebilmektedir. Ancak vergilemede bu yaklaşımın esas alınması durumunda söz konusu faaliyetin kendi değerindeki artışı veya arızı olarak ortaya çıkan değerleri gelir niteliğinde görülemediğinden ötürü kayıt dışı ekonomiyi artırabilmekte olup esasında vergi ödeme kabiliyeti bulunan kişinin vergilendirilmediği de gözlemlenebilir. Bu çerçevede kaynağına bakılmaksızın kişinin satın alma gücünde belirli bir dönemde gerçekleşen artışın vergilendirilmesini öngören net artış teorisinin vergilemede eşitliğe yaklaştığı ileri sürülebilir. Esasında hiçbir egemenlik alanında tek başına uygulanan bir vergilendirme sistemi ya da vergilendirilebilir gelirin belirlenmesinde tek bir teorinin görüldüğü ileri sürülememektedir; zira her birinin özellikleri hasebiyle daha çok karma bir şekilde uygulanmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır. Örneklendirmek gerekirse Türkiye bakımından 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile gerçek kişi gelirlerinin, gelir vergisine tabi olduğu ve gelirin ise kişinin bir takvim yılı içerisinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarını temsil ettiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede “*gelirin unsurları*” başlıklı 2’nci maddesinde yedi bent halinde belirlenen unsurların ilk altı bendinde kaynağının yer almasına karşın son bent ile kaynağına bakılmaksızın diğer kazanç ve iratların da gelir unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir. Anılan madde hükmünün son bendinde yer verilen diğer kazanç ve iratların ise net artış teorisine göre tespit edildiği anlaşılmaktadır.

Çalışmanın konusu itibarıyla “menkul sermaye iratları” gelir unsurlarının yer verildiği 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 2’nci maddesinin altıncı bendinde bulunmaktadır. Kanunun sistematığında “*gelir unsurları tespiti*” başlıklı üçüncü kısmının altıncı bölümünde 75’inci maddesinden itibaren 79’uncu maddesi dâhil olmak üzere düzenlendiği belirtilmelidir. Menkul sermaye iradının varlığından söz edebilmek için nakdi sermaye veya para ile temsil olunan değerlerden müteşekkil sermayenin bir üretim faaliyetinde kar

⁹ AKÇAOĞLU,E.;s.87-88.

payı, faiz ve benzeri iradın elde edilmesine yol açması ve fakat sahibinin ticari, zirai veya mesleki bir faaliyetine dâhil bulunmaması da gerekmektedir. Gelirin ticari bir faaliyete konu edilmesi halinde ticari kazancın, kurumlar tarafından elde edilmesi durumunda ise 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu hükümlerine göre kurum kazancının kabul edildiği ifade edilmelidir. Yine Kanunun 1'inci maddesinin ikinci fıkrası ile kurum kazancının, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından ibaret olduğu düzenlemesine yer verildiğinden GVK kapsamında incelenmesi öngörülmektedir.

1.1. TEMEL UNSURLARI

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesine bakıldığında birinci fıkrası ile kişilerin bir üretim sürecine fiilen katılmaksızın nakdi veya benzeri nitelikte nakden temsil olunan bir değer başka bir kişinin kullanımına bırakılması neticesinde edindiği gelirin menkul sermaye iradı şeklinde ifade edildiğine bir önceki başlıkta değinilmektedir. Bununla birlikte aynı maddenin devamında yer alan ikinci fıkrada ise kaynağı ne olursa olsun¹⁰ ibaresi ile kaynağına bakılmaksızın menkul sermaye iradı sayılan unsurlara on yedi bentte bir düzenleme getirildiği görülmektedir.

Esas kuralın yukarıda anılan maddenin ilk fıkrasında düzenlediği ve buradaki menkul sermaye iradının varlığına ilişkin olarak iki ayrı şartın arandığı; ancak ikinci fıkrada bu şartlar bulunmaksızın üç ayrı başlık altında değerlendirilebilen¹¹ iratlara yer verildiği görülmektedir. Başlangıçta aranan bu iki şartın haricinde “irat” bağlamında neticenin de bir unsur olduğu kabul edilirse elde edilen gelirin, dönemsel getirisi bulunan bu üç başlıktaki irat türlerinden biri olması gerekliliğine yer verilmelidir. Bu gelir unsurunun sınıflandırılmasında yukarıda da tanımlanan net artış teorisinin görünüm kazandığı ve kaynağı dikkate alınmaksızın menkul sermaye iradı kabul edildiği ileri sürülebilir. Zira kar payı, faiz, kira ve benzeri şekilde nitelendirilen bir gelirin, kişinin ticari, mesleki veya zirai faaliyeti haricinde elde edilmesi ve fakat böyle bir düzenlemeye yer verilmediği durumunda örneklendirildiği takdirde Türkiye’de yerleşik (X) gerçek kişinin başka bir ülke mukimi şirketin ikinci bent bağlamında iştirak hissesi¹² üzerinden dönemsel olarak getirisinin menkul

¹⁰ EROL, Ahmet; “Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Nisan 2018, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17848>) (E.T.21/5/2020), s.288-291. Ayrıca devletlerin çifte vergilendirmenin önlenmesine dair andlaşma ile model aldıkları OECD Model Anlaşmasında *menkul sermaye iratlarının kapsamı* ilgili başlık altında değerlendirilmektedir. AKÇAOĞLU, E.; s.91-92.

¹¹ ÖNER, Erdoğan; “Türk Vergi Sistemi”, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2019, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22945>) (E.T.21/5/2020), s.122-124.

¹² GVK 75'inci maddesinin ikinci fıkrasında (2) nolu bentte iştirak hisselerinden doğan kazancın vergilendirilmesinde;
Aynı Kanunun 94/6-b hükmüne göre tam mükellef kurumun tam veya dar mükellef gerçek kişiler ile Türkiye’de işyeri ya da daimi temsilcisi bulunmayan dar mükellef kurumlara

sermaye iradına göre vergilendirilemeyeceği neticesine ulaşılabilmektedir. Pek tabiidir ki bu bağlamda birden fazla egemenlik alanının vergilendirme yetkisi değişiklik gösterebilmektedir. Bu hususta çifte vergilendirilmesi yönünden hangi devletin ne oranda vergilendirme yetkisinin olduğu andlaşmalar veya çok taraflı konvansiyon hükümlerine göre çözümlenmekte olup ileride yer verilmesi öngörülmektedir.

Menkul sermaye iratlarının vergilendirilmesinde vergilendirmeye tabi tutulan gelir unsurunun, sermayenin kendisi olmadığı; ancak kullanırılması ile elde edilen getiri üzerinden belirlendiği¹³ hususu gözden kaçırılmamalıdır. Zira sermayenin dönemsel olarak kullanırılması neticesinde elde edilen getirisinin bu bağlamda değerlendirilmesi; ancak kullanırılması yerine ticari, zirai veya mesleki bir faaliyeti dolayısıyla elde edilmesi halinde artık o unsurun kazancı olarak vergilendirilmesi gerekmektedir. Nitekim GVK 75’inci maddesinin üçüncü fıkrası ile böyle bir düzenlemeye yer verilerek söz konusu iradın, iradı sağlayan sermaye sahibi kişinin ticari faaliyetine bağlı bulunduğu takdirde ticari kazancın tespit edilmesinde dikkate alınması belirlenmektedir. Bu nedenle önem arz eden ve diğer gelir unsurlarından farklılığı bulunan ölçütün nakden belirlenebilir değeri olan sermayenin sahibi dışındaki bir kişiye kullanırılmasında ve bu gelir unsuru üzerinde netice itibarıyla kendi emeği ile bir katılımının bulunmamasında meydana geldiği izah edilmektedir. Ayrıca menkul sermayenin alımı veya satımı gibi kullanırılmasından ziyade sahipliğinde el değıştirmesi ile bir kazançta konu edilmesi halinde artık değeriindeki artış kazancı olarak başka bir gelir unsuru gündeme gelmektedir.

1.1.1. Mükellefin Belirlenmesi

Öncelikle gerçek kişi ile kurumların vergilendirilmesinde mükellefiyetin belirlenmesine yönelik tam ve dar olmak üzere iki yükümlülüğün irdelenmesi gerekmektedir¹⁴. Bu bağlamda menkul sermaye iradı üzerinden vergilendirilen mükellef tespit edilmektedir.

dağıtılan kar payı üzerinden %15 vergi kesintisi öngörülmektedir. Burada maksadın, elde edilen kar payının dar mükellefin ana merkezine aktarıldığı takdirde başka bir egemenlik alanına bu tutarın gireceği göz önüne alınarak “kazancın kaynaklandığı yerde” vergilendirilebilmesi sağlamak olduğu izah edilmelidir. Ancak *karın, sermayeye eklenmesi halinde kar payı sayılmadığı* hususuna dikkat edilmelidir.

¹³ ÇELEN, Mustafa; “Devlet Tahvili ve Hazine Bonosu Gelirlerinin Vergilendirilmesinin Dünü, Bugünü, Yarını”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Temmuz 2005, Sayı:5, (<https://legal.com.tr/kutuplik>) (E.T. 22/5/2020), s.1882.

¹⁴ Vergilendirmede tam mükellefiyetin şahsilik, dar mükellefiyetin ise mülk ilkesinin açığa çıkardığı bir ayrıma dayalı bulunduğu; bir devletin vergilendireceği kişi ile olan ilişkisinin yoğunluğuna göre bu ayrımın netleştirilebildiği ve bu ilişkinin sıklaştığı takdirde şahs ilkesine ve fakat bu bağın zayıfladığında ise mülk ilkesine göre vergilendirmenin gerçekleştirildiği yönünde; ÖNER, Cihat; “Dar Mükellefiyette Ticari Kazancın Türkiye’de Elde Edilmiş Sayılmadığı Haller Üzerine”, AÜHFD, 63 (2), 2014, (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/622830>) (E.T.01/03/2021), s. 366-367.

Bilindiği üzere 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun “*mükellefler*” başlıklı 3’üncü maddesine göre Türkiye’de yerleşmiş bulunan ve ayrıca yabancı bir ülkede oturmakla birlikte Türkiye’ye vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan gerçek kişilerin hem Türkiye’de hem de Türkiye dışında elde ettikleri tüm kazanç ve iratları üzerinden vergilendirilmeleri öngörülmektedir. Bununla birlikte yerleşme ile ifade edilen hususun devamındaki maddede ikametgâhı Türkiye’de bulunan veya bir takvim yılı içinde altı aydan fazla süre ile devamlı surette oturanların da “yerleşmiş sayılması”; ancak belli ve geçici görev veya iş için gelenlerin ise bu süreyi geçseler dahi yerleşmiş sayılmayacağı belirtilmektedir. Gerçek kişilerde tam mükellefiyeti düzenleyen bu kuralın ikametgâh esasına dayandığı ve yine 3’üncü maddenin ikinci bendi¹⁵ ile tâbiyetin dikkate alındığı; bu bentte yer verilen kişilerin bulundukları ülkede aynı kazanç ve irat üzerinden vergilendirilmeleri halinde mükerrer olarak Türkiye’de de vergilendirilmediği ifade edilmelidir. Ayrıca Türkiye’de yerleşmiş bulunmamakla birlikte burada elde ettiği kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirilmesi öngörülen gerçek kişilerin ise dar mükellefiyet esasını gündeme getirdiği hususu aynı Kanunun 6’ncı maddesinde düzenlenmektedir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun tam ve dar mükellefiyet esaslarını belirleyen 3’üncü maddesine göre Kanun kapsamında kazançları kurumlar vergisine tabi tutulan sınırlı sayıda yer verilen kurumlardan Türkiye’de kanuni veya iş merkezi bulunanların hem Türkiye’de hem de Türkiye dışında elde ettikleri kazancın tamamı üzerinden; yine kanuni veya iş merkezinden ikisinin de Türkiye’de bulunmaması durumunda ise sadece Türkiye’de elde ettikleri kazancı üzerinden vergilendirilmesi kabul edilmektedir.

Dar mükellefiyete göre vergilendirmenin belirlenmesinde hem gerçek kişiler hem de kurumlar bakımından Türkiye’de elde ettikleri kazanç ve iratlarının vergilendirilebilir gelir unsuru olarak kabul edilmesi öngörülmektedir. Devletlerin kendi egemen oldukları alanda vergilendirme yetkisini tek başına uygulayabilmesinin mülkiliği¹⁶ dolayısıyla belirlendiğine de ayrıca işaret edilmelidir.

¹⁵ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 3’üncü maddesine göre; “*resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olmakla birlikte bunların işleri dolayısıyla Türkiye dışında oturan Türk vatandaşları*” yönünden tam mükellefiyet esasını kabul etmektedir. Dikkat edildiğinde tıpkı Türkiye’de sürekli bir iş dolayısıyla bulunan kişilerin vergilendirilmesindeki yaklaşımın kabul edildiği; ancak hayatını idame ettirmek amacıyla bir başka ülkede belirli izinler neticesinde bulunan kişilerin ise vatandaşlığına artık öncelik verilmemektedir. Kişinin, vergilendirilen gelir unsurunu aslında nerede kazandığı ve sürdürmekte olduğunun belirlenmesi amaçlandığı ileri sürülebilir.

¹⁶ ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami/KUMRULU, Ahmet; “Vergi Hukuku”, Genel Kısım, Cilt:1, 2.Bası, Ankara 1985, (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/12375/Vergi%20Hukuku%20Cilt%201.pdf?sequence=1>) (E.T.22/5/2020), s.4.

1.1.2. Menkul Sermaye İradının Elde Edilmesi

Menkul sermaye iratlarında gerçek kişilerin tam mükellefiyeti durumunda bir sınır bulunmaksızın elde edilen kazanç ve iratların tamamı üzerinden, dar mükellef ise Türkiye’de elde edildiği takdirde vergilendirilmesi öngörülmektedir. Bu hususa ilişkin olarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun hangi kazanç ve iradın hangi durumda elde edildiğinin tayin olunduğunu düzenleyen 7’nci maddesinde “menkul sermaye iratlarında sermayenin Türkiye’de yatırılmış bulunması” şartı aranmaktadır.

Kurumların dar mükellefiyet esasına göre vergilendirilmesinde menkul sermaye iratları bakımından elde edilmesine yönelik düzenlemeye 5520 sayılı Kurumlar Vergi Kanunu’nun 3’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında (d) bendi ile “Türkiye’de elde edilen menkul sermaye iratlarının” kurum kazancı niteliğini haiz bulunduğu şeklinde yer verilmektedir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ile bir gelir unsurunun Türkiye’de daimi temsilcisi bulunduğu ve elde edildiğinde yine GVK hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir. Dar mükellef kurumların¹⁷, daimi temsilcisi vasıtasıyla Türkiye’de yatırılmış bulunan ve fakat ticari faaliyeti dolayısıyla elde edilmediğinde menkul sermaye iratları üzerinden vergilendirilmesi imkânı vardır. Her bir menkul sermaye iradı türü bakımından elde edilme anının farklılaşabildiği hususuna esasen değinilmesi gerekmektedir. Nitekim bir anonim şirketin kar payı dağıtımında hisse senedi sahibinin vergilendirilmesi için bu kar payını elde edilmesinde fiilen tahsil şartı aranmamaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu’nda vergiyi doğuran olay, gelirin elde edilmesine¹⁸ göre belirlenmektedir. Menkul sermaye iratlarında gelirin elde edilmesi sahibinin talep edebilir, ödeyenin ise ödeyebilir duruma gelmesi şartlarının birlikte bulunmasına bağlanmaktadır. Yine herhangi bir alacak faizi üzerinden değerlendirilirse borçlu ödeyenin borcun faizi talep edildiğinde ödeyebilir durumda olması, alacaklının ise talep edebilmesinin mümkün bulunması halinde vergilendirilebilir bir gelir unsuru tahtında menkul sermaye iradı kabul edilmektedir.

1.2. ELDE EDİLEN GELİRİN NİTELİĞİ İLE TÜRLERİ

Menkul sermaye iratlarının düzenlendiği 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 75’inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün üç başlık altında incelenmesi

¹⁷ 5520 s. KVK 1’inci maddesi ile kazancı kurum kazancı olarak kabul edilen kurumların; “sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler, iş ortaklıkları” olduğu düzenlenmektedir.

¹⁸ ÖNCEL, M./ÇAĞAN, N./KUMRULU, A.;s.156. Keza menkul sermaye iratlarında elde edilmesi kavramı yargı kararlarına da konu olmaktadır. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun E:2000/164, K: 2000/295 sayılı ve 13/10/2000 tarihli kararı ile sadece hukuken tasarruf edilebilmesi şartına yani tahsil edilebilir olmasına bağlı bulunmadığı iktisadi tasarruf edilebilirliğinin de arandığı belirtilmektedir. (<https://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>) (E.T.23/5/2020).

gerektiği hususuna yukarıda da yer verilmektedir. Kar payı ve benzerleri, faiz ve benzeri gelirleri ile diğer menkul sermaye iratları olarak sınıflandırılan¹⁹ sistematığe göre bu gelir unsuru incelenmektedir.

Kar payının vergilendirilmesinde Kanunun anılan hükmünün ilk bendinde “her nevi hisse senetlerinin kar payları” düzenlenmektedir. Hisse senedi, anonim ve sermayesi payları bölünmüş komandit şirketlerde pay sahiplerinin ortaklık haklarını temsil eden nakden ölçülebilir bir değerdir. Bir anonim şirketin belirli bir dönemdeki karını payları oranında ortaklarına dağıtması durumunda elde edilen bu kar payı üzerinden kişinin vergilendirilmesi söz konusudur. Bu konuda aynı fıkra hükmünün sekizinci bendinin de değerlendirilmesine yer verilebilir; zira daha önce menkul sermaye iratlarında farklı olarak menkul sermayenin kullandırılmasından bahsedilmiştir. Ancak elden çıkarılması halinde ise değer artış kazancının gündeme geldiği belirtilmekteyse de sekizinci bentte “hisse senetleri ile tahvillerin vadesi gelmemiş kuponlarının satışlarından elde edilen bedelleri” menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Hisse senedi bağlamında vadesi gelmemiş kuponun satışı halinde kuponu elinde bulunduran kimse, vadesi geldiğinde dağıtılan kar payını alacağından dolayı “kullandırma” faaliyeti devralan kişi üzerinden gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla pay sahibi de satışı karşılığında elde ettiği bedel üzerinden kullandırma hakkını devretmiş olduğundan bu bedel üzerinden vergilendirilmektedir. Ayrıca hisse senedinin kuponuyla birlikte kendisinin satışı durumunda ise artık elde edilen gelirin menkul sermaye iradı hasebiyle vergilendirilmesinden söz edilememektedir. Bentte kurucu hisse senetleri ile diğer intifa hisse senetlerine²⁰ verilen kâr payı da menkul sermaye iradı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hususa ilişkin olarak benzer bir durumun iştirak hisselerinin sahibi adına henüz tahakkuk etmemiş kar paylarının devir ve temlik karşılığında alınan para ve aylar ile her nevi senetlerin iskonto edilmesi neticesinde elde edilen iskonto bedelleri bakımından da devir halinde kullandırma faaliyetinin devrolunan kişi üzerinde gerçekleşmesi hasebiyle menkul sermaye iradı kabul edildiği görülmektedir.

Limited şirket ortakları ile iş ortaklığı ortaklarına ve komandit şirketlerin komanditer (sınırlı sorumlu) ortaklarına dağıtılan kar payı, ayrıca kooperatif kazançlarının dağıtılması da iştirak hisselerinden doğan kazançların vergilendirilmesi bağlamında menkul sermaye iradı olarak addedilmektedir. Burada izah edilen bir diğer hususa ilişkin ise, Türkiye’de yerleşik bulunan gerçek kişilerin kontrolündeki yabancı bir ülke mukimi kurumdan elde ettiği kazançların da kar payı olarak kabulü suretiyle vergilendirilmesinin tercih edildiği görülmektedir. Bu çerçevede 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun

¹⁹ ÖNER, E.;S.122.

²⁰ Pay senetlerinin düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 503’üncü maddesi ile intifa senedi sahiplerinin ortaklık hakkını haiz bulunmamakla birlikte senedi iadesi veya imhası karşılığında dağıtılan kâra katılmak suretiyle elde edilen bedelin, yine menkul sermaye iradı kabul edilerek vergilendirilmesi söz konusudur.

7’nci maddesinde yer verilen şartların birlikte sağlanması aranmaktadır. Ticari faaliyeti dolayısıyla olmamakla birlikte yatırım maksadı neticesinde vergi oranı düşük ülkelere nakdi sermayenin kaydırılması ile aslında vergilendirilebilir olan bir gelir unsuru devletlerin egemenlik alanından uzaklaştırılmaktadır. Bu bağlamda anılan Kanunun ilgili madde gerekçesinde de yer verildiği üzere yönetimine sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının %50’sini elinde bulundurarak katılan kişinin bu yurtdışı iştirakinin kazancı fiilen dağıtılmasa dahi ilgili hesap döneminde dağıtılmış gibi vergilendirilmektedir²¹.

Bir başka kar payı niteliği haiz olduğu kabulü ile menkul sermaye iradı kapsamında vergilendirilmesi esası öngörülen hususun kurumların idare meclisi başkan ve üyelerine dağıtılan kar payı olduğu görülmektedir. Esasında uluslararası çifte vergilendirmede Türkiye’nin tarafı bulunduğu ikili anlaşmaları ile bu anlaşmalara imzacı ülkelerde model alınabilen OECD Model Anlaşmasında da yöneticilere ödenen ücret ve diğer benzeri²² tüm gelirlerin ücret olarak değerlendirilerek ödeme yapılan kişinin mukimi olduğu diğer devlette vergilendirilmesi kabul edilmektedir. Bu konuda Türkiye’nin tarafı bulunduğu ikili anlaşmalarda da yer verilen düzenlemelerden farklı olarak Gelir Vergisi Kanunu ile ortaklık hakkı bulunmayan veya bulunması durumunda dahi görevi karşılığı aldığı ücretin dışında sadece payı dolayısıyla kurum idaresi yöneticilerine dağıtılan kar payı, menkul sermaye iradı addolunmaktadır.

Kar payı ve benzeri gelirler bakımından 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 75’inci maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi ile menkul sermaye iradı olarak Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca yıllık veya özel beyanname veren dar mükellef kurumların, indirim ve istisnaları düşülmeden önceki kazancı üzerinden kurumlar vergisi düşüldükten sonra kalan kısım²³ vergilendirilebilir

²¹ Bu düzenlemeyle zararlı vergi rekabeti uygulamaları ile mücadelenin amaçlandığı ifade edilmektedir. TBMM; Dönem:22, Yasama Yılı:5, 1346 Sıra Sayılı Bütçe Genel Kurul Komisyon Raporu, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1346m.htm>) (E.T.28/5/2020). Keza yurtdışında bir kuruma iştirak edilerek yatırımdan elde edilen gelirin vergilendirilmesi ancak ortaklara kar dağıtım yapılması halinde mümkünken kar dağıtımı yapılmadığında ve diğer devlet ile bilgi değişimi tam işlerlik kazanmadığı takdirde belirli şartları sağlaması ile kontrolü altındaki yabancı kurumun kazancı bu bağlamda vergilendirilebilir duruma gelmektedir.; YILMAZ, Öznur; “Ticari Faaliyetler Bağlamında Çifte Vergilendirme”, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T.1/6/2020), Legal Yayıncılık, 2019, s. 299-302.

²² PALLI, Hayati; “OECD Model Anlaşmasında Yer Alan Aktif Kazanç Unsurları”, Adalet Dergisi, Sayı:52, 2015, s.92.

²³ Başka bir ülke mukimi şirketin Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunmaksızın faaliyet gösterebilmesi tam mükellef bir sermaye şirketine iştiraki suretiyle de gerçekleşebilmektedir. Bu halde elde edilen gelirin kar payı gibi vergilendirileceği; ancak bir işyeri veya daimi temsilcisi vasıtasıyla ticari faaliyeti neticesinde kurum kazancı elde etmesi durumunda ise bu miktarın vergilendirilerek düşüldükten sonrasında kalanın menkul

bir unsur kabul edilmektedir. Dar mükellef kurumların kazancı üzerinden vergilendirilmesi farklı usullere tabi tutulduğundan dolayı burada kavramsal olarak yer verilmekle yetinilmektedir. Aynı zamanda dar mükellefin mukimi olduğu ülke ile Türkiye arasındaki çifte vergilendirmenin önlenmesine dair anlaşma bulunması durumunda da anlaşma hükümleri uygulanma kabiliyetini haiz olabilmektedir²⁴.

Faiz ve benzeri gelirleri, önceki başlıktan farklı olarak kişiye alacak hakkı sağlamaktadır. İlk olarak her nevi tahvil ve Hazine bonosu faizi bağlamında, elinde bulunduran kişiye ortaklık şeklinde bir hak sahipliğinin tanınmadığı ile bunların borç senetlerinden doğduğu ifade edilebilmektedir. Yurt içinde veya dışında nakden ölçülebilen bir değere karşılık gelen devlet tahvili ya da Hazine bonosu çıkartılmak suretiyle kamu finansmanı sağlanabilmesi için borçlanma yoluna gidilebilmektedir. Kamu veya özel sektörün finansman ihtiyacını giderebilmek için çıkarılan bu borçlanma senetlerinin, borçlunun özellik arz etmesi ve birden fazla alacaklıya yönelmesi nedeniyle alelade bir borç-alacak ilişkisinden farklılaştığı ifade edilebilir. Kanunun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bir diğer bendi ile bu kez her nevi alacak faizleri de menkul sermaye iradı kabul edilmektedir. Burada borçlanmayı mutaden sürdürerek meslek haline getiren kimselerin artık ticari bir faaliyetten söz edilmesi hasebiyle kazancı, menkul sermaye iradı kabul edilememektedir²⁵.

Menkul sermaye iradı bağlamında bir diğer faiz örneği olan mevduat faizinde, kanunen mevduat kabul etmeye yetkili kılınan kurumlara yatırılan vadeli veya vadesiz paralara ödenen faiz söz konusudur²⁶. Esasında düzenlemede, resmi

sermaye iradı addolunduğu hususunda; EROL, A.;s.123. Ayrıca vergi tevkifatı bağlamında para ve sermaye piyasalarında vergilendirme yaklaşımı, gelir üzerinden beyan edilerek alınan vergiler ile arasında büyük uzaklıkların olduğu yönünde aşağıdaki çalışmada eleştirilmektedir. Faiz gelirinin, arkasındaki faaliyetin gerçekleştiği kaynak ülkede vergilendirilmesi kanaati makul ve lüzumlu görülebilirken, kişinin mukimi olduğu devlette vergilendirilmesi esasında saparak piyasa araçlarına olan yatırımından (özellikle bunların elden çıkarılması halinde) vergilendirilmesinin doğru bulunmadığı yönünde; GÖKTUNA, Ege; "Galatasaray Üniversitesi Vergi Hukuku Merkezi Tarafından Sn.Prof.Dr. Adnan Tezel'in 10.Ölüm Yıldönümü Münasebetiyle 31.5.2007 Tarihinde Düzenlenen Toplantının Açılış Konuşmaları", Legal Mali Hukuk Dergisi, 2008, Cilt:4 Sayı:44, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T. 28/5/2020), s.1840-1844. Ancak ifade edilen hususa ilişkin olarak eleştirilen mali piyasa araçlarında vergilendirmeye neredeyse "*adından hâsıl olmuş bir serbesti tanınması isteğinin*" devletlerin egemenlik alanında serbest rekabete dayalı piyasa faaliyetlerini vergilendirme politikasından tamamen bağımsız bir saha oluşturulmasına kadar gidebildiği değerlendirilmektedir.

²⁴ ATEŞAĞAOĞLU, E.;s.127.

²⁵ EROL, A.;s.123.

²⁶ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 75 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü (7) numaralı bendi ile anılan hususa ilişkin sayılan unsurların, menkul sermaye iradı addolunduğuna yer verilerek yine kaynağına bakılmaksızın düzenlemede yer verilen kuruluşlar ile bunların haricindeki devamlı olarak bu işle uğraşanların bu faaliyeti dolayısıyla elde ettiği gelir

olarak bu işle yetkilendirilmiş olmasa dahi bir kimsenin toplu para alımı ile uğraşı neticesinde sağladığı gelir ve menfaatin yine bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir.

Yine bir diğer bentte faizsiz olarak kredi verenlere ödenen kar payları ile özel finans kurumlarınca kar ve zarara katılma hesabı karşılığında ödenen kar payının vergilendirilmesi bakımından menkul sermaye iratları bağlamında faiz gelirlerinin vergilendirilme biçimine göre vergilendirme usulünün esas alındığı görülmektedir. Bu gelir unsurunda kar payı ibaresine yer verilmesine karşın alacak hakkına dayanması sebebiyle²⁷ faiz şeklinde nitelendirildiği öğretide ifade edilmektedir. Kar ve zarara katılma hesabının hisse senedi ile değiştirilebilir olmasında dahi pay sahipliğine tanınan tüm yetkileri haiz bulunmadığı; dolayısıyla buradaki iradın, ortaklık hakkı neticesinde elde edilen bir kar payı gibi değerlendirilmemesi ileri sürülmektedir. Her ne kadar tam olarak alacaklılık ilişkisini de zarara katılmayı kapsamında bulundurması nedeniyle sağlamadığı görülse de ayırım olarak ortaklık hakkı dolayısıyla edinilen kar payından ziyade ödünç ilişkisine kavramsal yaklaşımı²⁸ kabul edilebilmektedir.

Menkul kıymetlerin geri alım veya satım taahhüdü ile iktisap edilmesi ya da elden çıkarılması karşılığında sağlanan menfaatlerin de yukarıda anılan bilgiler ışığında yine faiz gelirlerinin vergilendirilmesi usulüne tabi olarak vergilendirme esasının ilgili Kanun hükmü ile düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda repo ve ters repo geliri olarak ifade edilebilmektedir. Repoda menkul kıymetleri geri alma taahhüdü ile satılması, ters repoda ise geri satma taahhüdü ile alınması öngörülmektedir²⁹.

ve menfaatin de mevduat faizi kabulü söz konusudur. Nitekim bu bağlamda Danıştay 4. Dairesi'nin 17/01/2011 tarihli ve E:2010/1683, K:2011/85 sayılı kararı ile mevduat kabul etme izin ve yetkilerinin kaldırılarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna yönetim ve denetiminin devrolunduğu bankalarda bankacılık işlemlerine ilişkin olarak mevduat kabul etme izin ve yetkisinin kaldırıldığı tarihte off-shore hesabı bulunan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 75 inci maddesi uyarınca elde ettiği faiz gelirinin beyan edilmediğinden dolayı hakkında kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemli davanın reddolunduğu yönünde; (<https://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>) (E.T.01/03/2021).

²⁷ ÖNER, E.;s.124.

²⁸ Tekinalp'in kıymetli evrak niteliğinde bir alacak senedi olduğuna dair görüşüne yönelik; ARSLAN, İbrahim; "Türk Hukukunda Kar ve Zarar Ortaklığı Belgesinin Kavramsal Gelişimi –Hukuki Niteliği ve Uygulaması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 1989, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261670>) (E.T.27/5/2020) , s.301-302.

²⁹ AKIN, Emine Ebru; "Özgün Önceliği İlkesinin Ters Repo İşlemlerinin Ticari İşletmeler Tarafından Muhasebeleştirilmesi Üzerine Etkisi", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 19(2), 2005, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30075>) (E.T.01/03/2021), 427-433.

Son olarak diğer menkul sermaye iratları başlığı altında tüzelkişiliğe sahip emekli sandığı, yardım sandıkları ve emeklilik ile sigorta şirketlerince ayrılanlara ödenen irat tutarları, bireysel emeklilik sisteminden ayrılanlara yapılan ödemelerin içerdiği kazanç tutarı ve diğer bentlerin haricinde Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca ihraç edilen her türlü sermaye piyasası araçlarından elde edilen gelirler 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinde sınıflandırılarak sınırlı sayıda düzenlenmektedir.

2. MENKUL SERMAYE İRATLARININ TÜRKİYE'DE VERGİLENDİRİLMESİ

Her devletin kendi egemenlik alanında vergilendirme tasarrufunda bulunma yetkisini haiz olduğu izahtan varestedir. Ancak bu yetkisinin kapsamı pek tabiidir ki taraf olduğu uluslararası sözleşmeler nezdinde ve keza iç hukuk düzenlemeleri ile sınırlandırılabilir. Türkiye bakımından vergilendirmenin ilk dayanağı Anayasa'dan gelmektedir. Anayasa'nın "*Siyasi hak ve ödevler*" bölümünde 73'üncü³⁰ maddesi ile çalışma konusu bağlamında verginin Kanunla konulabileceği, değiştirilebileceği veya kaldırılabilirliği; ancak muafiyet, istisna ve indirim ile oranlarında değişikliğe ise yürütmenin yetkilendirildiği görülmektedir. Kar payı ve faiz olarak tezahür eden menkul sermaye iratlarında kişilerin nakdi veya nakden temsil edilebilen değerlerinden elde edilen geliri üzerinden vergilendirilmesi ile başka yükümlülöklere tabi kılınması da Kanunla düzenlenebilmektedir.

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında devletin vergilendirme yetkisini kullanabilmesi için mükellef ile arasında tâbiyet veya yerleşim esasına göre ya da kendi sınırları içerisinde gerçekleşen faaliyetleri dolayısıyla bir hukuki ilişkinin kurulması gerekir³¹. Bir ölkede yerleşim esasına göre vergilendirme sistemi varsa yerleşik kişinin bütün kazanç ve iratları üzerinden vergilendirilmesi halinde o devletin sınırları dışında elde edilen gelirlerinin de kapsamına alındığı anlaşılmaktadır³². Öte yandan bu gelirin başka devletin kendi sınırlarında elde edilmesi ile kaynağında da vergilendirme yetkisi uygulama alanı bulabilmektedir³³. Bu nedenle tam mükellef bir gerçek kişinin

³⁰ Temel hak ve hürriyetlere müdahale bağlamında vergilendirme faaliyetlerinin Anayasal ihlali iddiası daha çok mülkiyet hakkına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira dar mükellef bir şirketin %41 oranında ortağı bulunduğu tam mükellef sermaye şirketi tarafından elde edilen gelirin henüz dağıtılmadan önce çifte vergilendirmenin önlenmesine dair anlaşma hükümlerine aykırılığı iddiasıyla vergi stopajının mülkiyet hakkını ihlal ettiği ileri sürölen davada, Danıştay'ın iki farklı dairesinin kar payı ve kurum kazancı vergilendirmesi şeklinde iki ayrı uygulaması bulunduğundan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin zedelendiği neticesine ulaşılmıştır; Anayasa Mahkemesi, E:2014/13518, K:2014/13518 sayılı ve 26/10/2017 tarihli Kararı; (<https://www.corpus.com.tr>) (E.T.28/5/2020).

³¹ ÖNER, C.; 366-368.

³² AKÇAOĞLU, E.; s.97-98.

³³ Hazine ve Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı; "Menkul Sermaye İradı Elde Eden

sahibi olduğu hisse senedi dolayısıyla yurtdışındaki sermaye şirketi tarafından dağıtılan kar payının Türkiye’de vergilendirilmesi ile bu şirketin faaliyetinden elde ettiği kazancı üzerinden kaynaklandığı ülkesinde ve hatta başka bir ülkenin mukimi olması durumunda orada da vergilendirmesi çeşitli esaslara göre gündeme gelmektedir. Çifte vergilendirmenin konusu olan bu husus diğer alt başlıkta incelenmekle birlikte burada da kişilerin ilgili devlete vergilendirme yönünden birçok bağlama unsuru ile bağlanabildiği örneklenmektedir³⁴.

Tam mükellef kişilerde Türkiye’nin asli ve esas vergilendirme yetkisini haiz bulunduğundan dar mükelleflerin vergilendirilebilir gelir unsurlarında mükerrerliği incelenebilir ise de yurtiçindeki bir tam mükellefin de yabancı ülkede vergilendirilmesi neticesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla yine vergilendirmenin mükerrerliği³⁵ söz konusudur. Devletlerin her biri bu gelir unsuru üzerinden vergilendirme isteğinde olduğundan aralarında imzacı oldukları çifte vergilendirmenin önlenmesine dair anlaşma hükümlerine göre³⁶ belirli oranlara kadar vergi alabilmeleri imkânı bulunmaktadır. Dar mükellef kurumların Türkiye’de elde edilen menkul sermaye iratlarında ise daha çok bu sözleşme hükümlerinin önem arz ettiği ifade edilmelidir. Kanuni ve iş merkezi yurtdışında bulunan kurumların Türkiye’de yerleşik şirketlerden elde edilen menkul sermaye iratlarının ya da dar mükellef bir gerçek kişinin Türkiye’deki kurumlarda bulunan ortaklık hakkı dolayısıyla veya alacak hakkı gelirlerinin vergilendirilmesinde genelde mukim olunan ülkede vergilendirildiği; ancak kaynak ülkenin de bu hakkı haiz olabildiği durumların olduğu görülmektedir.

Tam mükellef gerçek kişilerin yurtdışında elde ettikleri kar payının Türkiye’de gelir vergisine tabi olmakla birlikte istisna edilmediğinden ötürü beyan edilmesi gerekmektedir. Bu hususta da aşağıda bahsedilen belirli bir

Mükellefler İçin Vergi Rehberi”, Şubat 2020, (https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/beyannamerehberi/2020_menkulsermayebrosur.pdf) (E.T.28/5/2020), s.6-7.

³⁴ YILMAZ, Ö.; s.64.

³⁵ Uluslararası çifte vergilendirme kavramının dar anlamda kullanıldığı ile mükerrerliği kavramlarının birbiriyle tamamıyla örtüşmediği; ancak ikili vergi andlaşmalarında aynı gelir unsuru üzerinden grup şirketlerde bağlı ortaklıklarına temettü dağıtılması ve faizin ödenmesi ile ana şirkete vergi uygulanabilmesi yönünde hükümlerin yer alabildiği ileri sürülmektedir. United Nations; “Analytical and Historical Review of International Double Taxation and Tax Evasion and Avoidance”, (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/2STM_Taxation-EC18-2006-7-part1-R.pdf) (E.T.28/5/2020), p.4. Aksi yönde bir görüşte ise çifte vergilendirmenin sorunu doğru yansıtmadığı ve aynı gelir üzerinde üç veya daha fazla vergilendirmenin de gündeme gelebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda gerçek kişinin vatandaşı olduğu birden fazla siyasi alanda vergilendirilebileceği ya da bir siyasi sahada aynı gelir unsuru üzerinden birden fazla vergilendirmenin söz konusu olabileceği hususunda; WEHRWEIN, Carl F.; “Some Aspects of the Double-Taxation Problem”, Journal of Political Economy, The University of Chicago Press, Vol:44, No:4, 1936, (<https://www.jstor.org/stable/1823200>) (E.T.28/5/2020), p.544-545.

³⁶ ATEŞAĞAOĞLU, E.;99.

sınırı aşmadığı takdirde beyan edilmesi de söz konusu değildir. Öte yandan Kanun'un 123'üncü maddesine göre tam mükellefin yurtdışında elde ettiği kazanç ve iratların yukarıda anılan hususlar doğrultusunda bulunduğu yerde ödedikleri verginin³⁷ şahsi bir vergi olması ile resmi olarak tasdik edilen belge ile tevsik edildiğinde Türkiye'de tarh edilen vergiden isabet eden kısmının indirilmesi imkânı getirilmektedir. Yurtdışı iştiraki dolayısıyla ödenmiş olması durumunda ancak mahsup imkânı bulunmaktadır.

Finansal araçlar vasıtasıyla elde edilen kazanç ve iradın gerçek kişilerde gelirin elde edildiği kaynağa göre menkul sermaye iradı kabul edilebilmesi söz konusuyken kurumlar açısından kurum kazancı niteliğinde ticari kazanç olarak vergilendirilmektedir. Bu durumda elde edilen gelir üzerinden tam mükellefin ticari kazancı bağlamında kurumlar vergisi kesintisi yapıldıktan sonra dağıtılan kar payı dolayısıyla 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca tekrar vergi kesintisi yapılmamaktadır. Ancak diğer kazanç ve iratlardan ibaret vergiye tabi kazancının bulunması durumunda beyan edilmesi gerekmektedir. Dar mükellef bir kurumun, iştirak hissesinin elden çıkarılması halinde yine bu nedenle vergilendirilmesi söz konusudur. Kurumlar vergisinin kurum kazancı üzerinden alınması ve diğer kanuni mükellefiyetlerin de indirilmesi sonrasında ortaklarına kar payı dağıtılmaktadır. Bu bağlamda 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun safi iradın belirlenmesinde indirilmesi gerekli giderlere yer verdiği 78'inci maddesi hükmüne göre beyana tabi bir menkul sermaye iradında net gelirin bulunması söz konusudur. Bu kar payı ise gelir vergisine tabi tutulmaktadır.

Menkul sermaye iratlarının vergilendirilmesinde beyana tabi olmayan, belirli bir tutarı aştığı takdirde beyan edilmekle birlikte tevkifat uygulanmayan ya da önce vergi kesintisi yapılan ve kalan miktarı yine belirli bir tutarı geçince beyan edilen gelirin toplanmasına ilişkin çeşitli usullerin Kanun ile düzenlendiği görülmektedir. Bu surette her mükellefin her bir gelir unsuru için farklı yaklaşım sergilenmektedir. Örneklendirilirse tam mükellef kurumlardan elde edilen hisse senetleri ile iştirak hissetlerinin kar payları ve kurumların idare yöneticilerine ödenen kar payının yarısı³⁸ Kanun'un 22'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre gelir vergisinden istisna tutularak bu tutar üzerinden tevkifatı

³⁷ GVK 75/2'nin ilk üç bendinde yer alan iratların yarısı brüt gelirden istisna tutularak kalan tutarın 2019 yılı için 40.000-TL'yi aşması durumunda beyan edilmesi hakkında; Bkz.33. dipnot; s.13.

³⁸ Menkul sermaye iratlarında istisnaların düzenlendiği hükümde yer verilen müstesna tutarın dışında kalan miktarın, Kanun'un 86'ncı maddesine göre 103'üncü maddede yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı aşması halinde yıllık beyanname ile beyan edilmesi ve hesap edilen gelir vergisinden tevkif edilen miktarın mahsup edilmesi öngörülmektedir. ÖNER, E.;s.129.

yapılmaktadır. Aynı Kanun'un "*vergi tevkiyatı*" başlıklı 94'üncü maddesi gereğince bir bölüm kar payı ve faizin dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın bazı kurum kazanç ve iratları üzerinden vergilendirilmesi öngörülmektedir. Netice itibariyle menkul sermaye iratlarında sadece yukarıdaki üç unsurdan ibaret olmayan tamamı bakımından hiçbir şekilde beyan edilmeyenler ile farklı oranlarda beyana tabi tutulanlar gibi ayrımların olduğu hususuna değinilmektedir.

2.1. MENKUL SERMAYE İRATLARINDA ÇİFTE VERGİLENDİRME

Devletlerin vergilendirme yetkisi bir başka egemenlik alanı ile uluslararası düzeyde ekonomik ilişkilerin oldukça gelişmesi neticesinde çoğu zaman çakışabilmektedir³⁹. Zira kendi sınırlarında bulunan kimseleri mukimi olup olmadığına bakmaksızın elde ettikleri gelirleri üzerinden veya mukimi kişileri başka yerlerdeki gelirleri üzerinden vergilendirebilmektedir. Dolayısıyla bir diğer devletin egemenlik alanında meydana geldiği ileri sürülen gelirin üzerinden birden fazla vergileme ile karşı karşıya gelinmektedir. Ülkelerin kendi iç düzenlemelerini yapabilmeleri veya andlaşmaları ile aralarında ya da çok taraflı organizasyon araçlarıyla bu yetkilerinde sınırlandırmaya yönelmeleri kaçınılmazdır. Esasında 19. yüzyılın sonları ile 20. yüzyıl başı itibariyle savaş sonrası ekonomik aktivitelerde yükseliş olduğu ve bu durumun da birden fazla ülkede karşılaştırılabilir vergi uygulamalarını⁴⁰ yani çifte vergilendirmeyi gündeme getirdiği anlaşılmaktadır.

Sermaye ithal eden ülkeler haricindeki ülkelerin de bugün itibariyle bir ticari faaliyette kaynak ülke konumunda olabildiği gözlemlenebilir. Bu bağlamda gelişmiş ekonomiye sahip olduğu düşünülen birçok Avrupa devletinin de kendi sınırlarında elde edilen kazancın üzerinden vergi alabilmek için çabaladığı söylenebilir. Elbette ki bu yaklaşımın bölgesel ekonomik işbirlikleriyle birlikte taraf devletlerin aralarında teşviki ve belki de vergi anlaşmalarının kendi lehine yönelmesini istemeyebileceği⁴¹ düşünülebilir.

³⁹ Vergilendirme yetkisinin egemenlik kavramı ile ilişkisine yönelik olarak; YILMAZ, Ö.; s.13-16.

⁴⁰ Çifte vergilendirmede kaynak ülkesi (gelirin elde edildiği) ve yerleşim esasının (mukim olunan yer) çakışması söz konusu olabilmektedir. Mukimi olunan devletin, yerleşimi kendi ülkesinde olduğu esasına dayanarak vergilendirirken, bir başka devlette gayrimenkul edinen kişinin kira geliri diğer devletin kaynak esası dolayısıyla vergilendirmesinin gerekçesi olabilmektedir. Çok uluslu şirketler bakımından yerleşik bulunan ülke dışında bir başka devletin egemenlik alanında da yönetimi ve kontrolü belirli bir şekilde temsil eden iştiraki vasıtasıyla yine her iki ülkede de yerleşim esasına göre vergilendirilebilmektedir. JOGARAJAN, Sunita; "Double Taxation and the League of Nations", Cambridge University Press, April 2018, (<https://doi.org/10.1017/9781108368865>) (E.T.27/5/2020), p.7-8.

⁴¹ Avrupa Komisyonu kararlarına da konu edilen söz gelimi bir grup şirketin mukimi olduğu ABD'de vergilendirilmediği ya da çok az vergilendirildiği bir durumda Avrupa pazarındaki

Aynı vergi mükellefinin birden fazla egemenlik alanında aynı konu ve döneme ilişkin karşılaştırılabilen vergileri bu soruna konu edilmektedir. Başlangıçta komşu ülkeler arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi çerçevesinde anlaşmalar imzalanırken ve nispeten daha küçük boyutta sonuçlandırılırken belirli bir dönemden sonra kapsamlı bir antlaşmalar dizgesi⁴² sıralandığı görülmektedir.

Uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi için devletlerin tek taraflı olarak matrahtan indirim, mahsup veya istisna gibi yöntemleri⁴³ söz konusu olabilmektedir. Ancak aynı konuda aynı döneme ve aynı kişiye ait bir gelir unsurunun birden fazla devlet tarafından vergilendirmek isteği ile hem kaynak hem de bu kişinin mukimi olduğu devlette vergilendirilmesi neticesi doğmaktadır⁴⁴. Bugün itibarıyla ekonomik ilişkilerin iç içe geçebildiği ve oldukça karmaşılaştığı; bu nedenle artık her devletin gelir getirici bir faaliyete ilişkin hem kaynak ülke konumunda gelirin elde edildiği hem de bu faaliyeti sürdüren kişinin mukimi bulunduğu yer olarak tanımlanabildiği neticesinin aksi ileri sürülmeksizin kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Menkul sermaye iratlarında da diğer gelir unsurları ile benzer şekilde ikili vergi andlaşmalarında “karşılıklılık” esasının temeli belirsiz olsa da kabul edildiği; bu kapsamda sınır ötesi kar payı (*temettü vergilendirmesinde*) akışlarında her iki devlet bakımından kaynak ülkenin azami oranı eşit şekilde uygulandığı görülmektedir⁴⁵. İki taraf devletin sınır ötesi faaliyetlerinde belirlediği bu oranı, faiz alacağının vergilendirilmesine bakıldığında bir ülkenin mukimi tarafından

iştirakleri kurumlar vergisi yönünden incelendiğinde; Lüksemburg devletinde kar ortaklığı şeklinde ticari faaliyetlerini sürdürerek buradaki kârı ana merkezine aktarmadığı sürece vergilendirilmesinin süresiz olarak ertelendiği görülmektedir. Benzer bir durumun İrlanda bakımından da iç hukukunda geçerli olarak kurulmasına rağmen sınırları dışından yönetildiği için şirketin yasal olarak vergi mükellefi kabul edilemediğinden vergilendirilemediği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla başlangıçta uluslararası pazar oluşturma maksadına dayanan Avrupa Birliği’nde üye devletlerin artık açık piyasa ekonomisine aynı *bağlılıkla* devam edilmesi isteğinde olmadığı gözlemlenebilir. Bu hususta; Statement 17/3714, European Commission; (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_3714) (E.T.28/5/2020) Brussels, 2017. BAISTROCCHI, Eduardo/ HEARSON, Martin; “Tax Treaty Disputes: A Global Quantitative Analysis”, Cambridge Tax Law Series, Vol:2, 2017, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945>) (E.T.1/6/2020), p.1541-1542.

⁴² Uluslararası alanda üç binin üzerinde ve artarak devam eden vergi anlaşmasının bulunduğu ve bu anlaşmaların büyük çoğunluğunda OECD Model Anlaşması ile BM Modelinin örnek alındığı yönünde; ARNOLD, BRIAN J.; “An introduction to tax treaties”, (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf) (E.T.29/5/2020), 2013, p.1-2. Keza; YALTI, Billur; “Tax Treaty Disputes in Turkey”, Cambridge University Press, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945.016>) (E.T.29/5/2020), 2017, p.661.

⁴³ ÖNCEL, M./ÇAĞAN, N./KUMRULU, A.; s.68.

⁴⁴ YILMAZ, Ö.; s.38.

⁴⁵ ARNOLD, B.J.;p.2.

ödenen faizin kaynak ülkesinde vergilendirilmesi ile diğer taraf devlette alacak geliri aynı tutarda olmamaktadır⁴⁶.

Diğer taraftan çifte vergilendirmenin uluslararası düzeyde çok taraflı bir anlaşmaya konu olmasının gündeme gelmesi ve Milletler Cemiyeti'nin 1920'lerde çalışmalarına başlamasıyla birlikte bu hususta çok taraflı bir çözüme yönelik işbirliği sağlanmasının adımları atılmıştır⁴⁷. Devletlerin vergilendirme yöntemlerindeki farklılıklardan ötürü belirli gelir sınıflarındaki kimselerin özellikle kar payı ve faiz üzerinden alınan vergide fikri uyuşmazlıkları olabilmektedir⁴⁸. Nitekim vergi modeli anlamında ilk olarak 1921 yılında uzman görüşü alınan hazırlıkların⁴⁹ ancak 1946 yılında tamamlanabildiği anlaşılmaktadır. Milletler Cemiyeti'nin kaynak ülke ile yerleşik bulunan devletin farklılıklarından ve bu iki yerin birbiriyle ilişkilendirilemeyeşinden ötürü temettü ve faizin vergilendirilmesinde yerleşim yeri esasında uzlaştığı⁵⁰ ifade edilmelidir.

Devletlerin çifte vergilendirmenin önlenmesi için ikili anlaşma aracılığıyla çözüm getirebilmeleri mümkün bulunmaktadır. Bu çerçevede taraflara örnek alabilmelerini teminen OECD Model Anlaşması'nda da çeşitli hükümlere yer verilmektedir. Model anlaşmada esas kuralın kendisine ödeme yapılan kişinin mukimi bulunduğu yerde vergilendirilmesi olduğu hususu ile birlikte belirli gelir unsurlarının ayrıca düzenlendiği görülmektedir⁵¹. Geliri elde eden kişinin mukimi olduğu ülkede vergilendirilmesinde gerçekte yerleşik bulunduğu yeri bulma maksadı iç hukukumuzda da yerleşim yeri esasıyla örtüşmektedir.

OECD Model Anlaşmasında menkul sermaye iradı bağlamında kar payı ve faiz kavramlarına iki ayrı madde ile yer verilmektedir. İkili anlaşmalarda da uyumlu ve benzer düzenlemeler söz konusudur. Özellikle çok uluslu şirketler bakımından mukimi olduğu devlet sınırları içerisinde faaliyet gösterildiği sürece vergilendirmenin hukuki olduğu söylenebilir. Ancak ülkelerin kendi iç hukuk düzenlemelerini de yapabildiği ya da uluslararası organizasyonlara

⁴⁶ Vergi ile yükümlendirilenlerin sınır aşan yatırım faaliyetlerinin sürdürülebilirliğinde, anlaşma ile belirlilik kazandırılmasının kolaylık sağlayabildiği yönünde; ARNOLD, B.J.; .11. Ayrıca vergilendirmeye esas alınan gelirin hangi ülkede doğduğu ve bu ülkelerin hangi ölçütlere göre söz konusu gelirin konu edildiği vergilerin paylaşılacağı sorusuna bir yaklaşım olarak; YILMAZ, Ö.; s.23.

⁴⁷ YILMAZ, Ö.; s.52.

⁴⁸ BROEKHUIJSEN, Dirk-Maarten; "A multilateral tax treaty : designing an instrument to modernise international tax law", (<http://hdl.handle.net/1887/57407>) (E.T.30/5/2020), *doctoral thesis*, Leiden University Press, 2017, p.10

⁴⁹ BAISTROCCHI, E./ HEARSON, M.; p.1512.

⁵⁰ BROEKHUIJSEN, D.M.; p.11.

⁵¹ Model Tax Convention, OECD; (<https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>) (E.T.1/6/2020), p.30.

taraf olabildiği aşıkârdır ve sınır ötesi vergilendirme ise bu hususlardan farklılaşabilmektedir. Küreselleşme ile dijital büyümenin hızla gerçekleşmesi, bu organizasyonlara taraf devletlerin vergi planlama faaliyetlerine olan katılımlarını⁵² ve endişelerini de artırmaktadır. Bu organizasyonlarda gelişmiş ekonomiye sahip ülkelerin sayıca çoğunluğunda olduğu değerlendirildiğinde belirli dönemlerde gerekli görülen değişikliklerin gelişmekte olan diğer üye devletleri daha çok etkilemesi kaçınılmaz bir neticesidir.

Menkul sermaye iratlarında ticari kazancın vergilendirilmesinden farklı olarak gelirin paylaşılması esasına dayanıldığı⁵³ gözlemlenebilir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları hükümlerinde sadece kendisine kar payı veya faiz ödenen kişinin mukimi olduğu diğer devlette değil istisnai olarak ödeyen şirketin mukimi olduğu ve gelirin elde edildiği ülkenin de kaynak esasına göre belirli bir oranda vergilendirme imkânı getirilmektedir. Devletlerin kendi mukimi kişileri tüm kazanç ve iratları üzerinden vergilendirmesi hususu başka bir ülkede elde edilen gelirin hem elde edildiği hem de mukim olunan devlette çifte vergilendirilmesi neticesine yol açmaktadır. Esasında bu kapsamda ikili anlaşma hükümleri⁵⁴ temelde uluslararası ticarete engel olan durumları ve çifte vergilendirmenin olabildiğince azaltılması maksadını⁵⁵ taşımaktadır. Dünya üzerinde sermaye akışının hızlanarak sadece ticari faaliyete değil aynı zamanda mali piyasa araçlarına yatırım ile bu gelir unsurunun vergilendirilmesinde ülkeler arası rekabeti evleviyetle getirdiği görülebilmektedir. Bu bağlamda çok taraflı organizasyonların vergilendirmeye ilişkin çalışmalarından OECD Modelinin temel alınarak incelenmesi öngörülmektedir.

2.2. OECD MODEL ANLAŞMASINDA KAPSAMI

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD) tarafından hazırlanan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına yönelik taslakları⁵⁶, taraf devletlerin kendi aralarında imzacı oldukları anlaşmalarda model kabul edilmektedir. Bu hususta üye ülke olarak Türkiye'nin ise İzlanda, Kolombiya ve Şili haricindeki diğer taraf devletlerin tamamı ile sonuçlandığı ikili anlaşmaları⁵⁷ bulunmaktadır. Bölgesel olarak Avrupa Birliği ülkeleri ile de

⁵² YILMAZ, Ö.; s.161.

⁵³ PALLI, H.; s.91.

⁵⁴ YILMAZ, Ö.; s.62.

⁵⁵ United Nations.; p.4.

⁵⁶ ÖNCEL, M./ÇAĞAN, N./KUMRULU, A.; s.70. Keza 1963 tarihli ilk taslak metin 1977 tarihinde kabul edilerek 1992 tarihinde revize edilmiştir.; Model Tax Convention, OECD; "Introduction", p.10-11. Ayrıca vergi anlaşmalarının ekonomik gereklilikler neticesinde imza edildiği yönünde; YILMAZ, Ö.; s.63.

⁵⁷ Hazine ve Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı; "Uluslararası Mevzuat", Türkiye'nin tarafı bulunduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına yer verilmekte olup 85'inin yürürlükte olduğu yönünde; (https://www.gib.gov.tr/uluslararasi_mevzuat) (E.T.1/6/2020).

ikili anlaşmalarının yapıldığı görüldüğünde oldukça geniş bir vergi anlaşması ağı bulunduğu⁵⁸ ileri sürülebilir. Türkiye'nin ekonomik anlamda finansman aracı olarak yatırımlarına elverişli bir ortam hazırlamak maksadıyla⁵⁹ böyle bir yaklaşım sergilediği de anlaşılmaktadır. Bu çerçevede menkul sermaye iratlarının vergilendirilmesi ile birbirine yakın komşu birçok ülkede ortaklaşa bir serbest pazar yaklaşımını zorlaştırdığı ileri sürülebilir⁶⁰. Keza bu amaçla başka devletlerin düşük ya da sıfır vergi oranı uygulayarak ülkeye sermaye getirebilmeye çalıştığı ifade edilebilir. Gelişmiş ülkelerde dahi mali piyasa araçlarına olan yatırımı güçlendirmeyi sağlamaya yönelik olarak girişimde bulunmaktadır. Bazı durumlarda ise politik veya tarihi birtakım sebeplerle diğer ülkelere nazaran daha düşük vergi oranı da uygulanabilmektedir. Söz gelimi Türkiye'nin ortak tarihi geçmişi bulunan Kosova ile imzalanan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasına bakıldığında temettü bakımından Kosova mukimi şirketin Türkiye mukimine ödediği kar payının %0 oranında vergilendirilmesi⁶¹ öngörülmektedir.

Yukarıda izah edilen esaslar dâhilinde OECD ülkelerinin vergilendirme sistemleri birbirinden farklılaşabilmektedir⁶². Çifte vergilendirme halinde yerel yargı kararlarına konu olan durumlarda da çözüme ilişkin söz gelimi Alman mahkemelerinin OECD Model Anlaşma hükümleri ile bunların yorumlanmasını içeren şerhine de herhangi bir dayanağı bulunmaksızın atıfta bulunulabildiği⁶³ ifade edilmektedir. Buna karşın Danıştay kararlarına bakıldığında ise uyumsuzluğun tarafı olan kişilerin mukimi bulunduğu devletin Türkiye ile olan çifte vergilendirmeyi önleme andlaşması hükümlerine atfedilebildiği⁶⁴ görülmektedir.

⁵⁸ YALTI, B.:p.664.

⁵⁹ YILMAZ,Ö.;s.92.

⁶⁰ ÖNCEL, M./ÇAĞAN, N./KUMRULU, A.; s.72-73.

⁶¹ Bununla birlikte nakdi yatırım vasıtasıyla elde edilen gelirin vergilendirmesinde düşük vergi oranı gözetilmesinin refahı artıracığı ve kar elde edilmesini teşvik edeceği yönünde; AUERBACH, Alan J.; "Tax Reform in the 21st Century", University of California, Berkeley, 2006, (<https://eml.berkeley.edu/~auerbach/reform.pdf>) (E.T.1/6/2020), p.11-12,38.

⁶² Temettü üzerinden değerlendirildiğinde önce kurum kazancı olarak daha sonrasında hisse senedi sahiplerine dağıtılması ile vergilendirildiğinden ötürü taraf devletlerin bu husustaki yaklaşımlarına ilişkin bir analiz; HARDING, Michelle; "Taxation of Dividend, Interest, and Capital Gain Income", Vol:19, 2013, (<https://doi.org/10.1787/5k3wh96w246k-en>) (E.T.1/6/2020), p.7. Ayrıca sermayenin elden çıkarılması halinde elde edilen gelirden ve kar payı ya da faiz geliri gibi unsurlara ilişkin olarak ülkelerin vergi oranlarının karşılaştırıldığı tabloda değer artış kazancının diğerlerine nazaran daha düşük olduğu ifade edilebilir; HARDING, M.; p.53.

⁶³ HASLEHNER, Werner; "Tax Treaty Disputes in Germany", Cambridge University Press, Vol:1, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945.008>) (E.T.1/6/2020), 2017, p.305-306.

⁶⁴ Danıştay 3.Dairesi Başkanlığı'nın E.2009/3171, K.2011/11 sayılı ve 17/1/2011 tarihli kararında "4369 sayılı Kanun ile değişik 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümleri yürürlüğe girmeden önce tam mükellef kurum tarafından %99.9 hissesine sahip yurtdışında mukim

Çalışmanın bu bölümünde, Türkiye'nin de üye devleti olarak bulunduğu OECD tarafından hazırlanan Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma (OECD Model Tax Convention On Income and Capital Condensed Version) hükümleri uyarınca menkul sermaye iratları ile daha sonra bu anlaşmanın model alındığı ikili andlaşma hükümlerine göre yaklaşımının incelenmesi öngörülmektedir. Model Anlaşmada öncelikle kar payı bakımından vergilendirme yetkisi ile bu yetkinin hangi devlete ait olacağı hususu 10'uncu maddesi ile düzenlenmektedir. Bir şirketin belirli bir dönem içerisinde elde ettiği kardan ortaklarının pay alması şeklinde en geniş tabiriyle kar payı kavramı tanımlanabilir. Ayrıca terminolojik olarak Model Anlaşma hükümlerindeki belirli ibarelerin aksi belirtilmedikçe ifade ettiği anlamlarına 3'üncü maddesinde yer verilmektedir. Taraf devletlerin bu çerçevede ilgili hükümlere çekincelerini beyan ederek kendilerine uygulanmadığını ileri sürmeleri de gündeme gelebilmektedir.

Kar payının düzenlendiği 10'uncu maddenin ilk paragrafında *“bir taraf devlet mukimi şirket tarafından diğer taraf devlet mukimi bir kişiye ödenen temettülerin diğer taraf devlette vergilendirilmesi”* kabul edilmektedir. Kural olarak temettü üzerinden edinilen gelirin, bu geliri elde eden kişinin mukimi olduğu devlete vergilendirme imkânı getirilmektedir. Ancak ikinci paragrafında ise G-20 (Group of 20) zirvesi sonrası çalışılmaya başlanan ve 2017 yılında tamamlanan raporu neticesinde⁶⁵ değişikliğe uğrayan hüküm ile taraf devlet mukimi olan bir şirket tarafından ödenen temettülere bu devlette ve bu devletin kanunlarına göre vergilendirme imkânı getirilmekte; ancak gerçek lehtarın diğer taraf devletin mukimi olduğu takdirde tahsil edilememesi kabul edilmektedir. Bu surette temettüyü ödeyen faaliyetin kaynaklandığı ülkenin mukimi şirketin vergilendirme hakkı saklı tutulmakta ve fakat gerçek lehtarın mukimi olduğu devletin vergi oranı da belirli şartlarda belirlenmektedir. Ayrıca kar payı kendisine ödenen kişinin gerçek lehtar olmadığı durumlarda ise kaynak devletin iç hukuk hükümlerine göre vergi oranını serbestçe uygulama imkânı bulunmaktadır⁶⁶. Değişiklikle getirilen yeni düzenlemede ödeme tarihini içeren 365 gün boyunca bu şirketin sermayesi üzerinde %25'ini elinde bulundurması

ortasına dağıtılan kar payının tevkifata tabi tutularak (geçiş hükmü ile) Anayasa 90'ıncı maddesi gereği uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu kabul edildiğinden Türkiye ile Hollanda arasındaki anlaşmanın 10'uncu maddesi hükmü uyarınca temettü sayıldığı” kabul edilerek kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılmasına yönelik ilk derece mahkemesi kararını onamaktadır. Ayrıca karşı oy ile elde edilen gelirin, temettü olmadığı ve ticari kazanç bağlamında kurumlar vergisi mahiyeti ileri sürülmektedir.:(<https://www.corpus.com.tr/#!/Danistay>) (E.T.1/6/2020).

⁶⁵ Model Tax Convention, OECD; p.64.

⁶⁶ Burada normalde olmayan bir kişinin ikili vergi andlaşması hükümlerinden vergilendirmede faydalanılmak için alıcı görünmesinin engellenmesi amaçlanmış olmakla birlikte gerçek lehtarın belirlenmesine yönelik metodun belirsiz olduğu yönünde; YALTI, B.:p.688.

halinde brüt tutarın %5'i, diğer durumlarda %15'ini geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Türkiye'nin bu paragrafta oranları belirleme yönünden şerhi bulunmaktadır. Keza İsrail, Meksika ve Portekiz'in de bu yönde çekinceleri yer almaktadır⁶⁷.

Kar payı ibaresinin kapsamına bakıldığında Model Anlaşma'nın 10'uncu maddesinin üçüncü paragrafında hisselerden, intifa senetlerinden, kurucu hisse senetlerinden ve keza alacak niteliğinde olmamakla birlikte kazanç katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirlerin ve ayrıca kar payını dağıtan şirketin mukimi olduğu ülke mevzuatında aynı sonucu doğuran başka gelir unsurlarının bulunması halinde sayılanların tamamı bu madde kapsamında kar payı kabul edilmektedir. Öte yandan pek tabiidir ki taraf devlet mukimi olan gerçek lehtarın kar payını ödeyen şirketin mukimi bulunduğu devlette bir iş yeri vasıtasıyla ticari faaliyeti dolayısıyla elde edildiği ve aralarında etkin bir bağın varlığı söz konusuysa artık ticari kazancın vergilendirilmesi hususu ortaya çıkmaktadır⁶⁸.

Esasında Türkiye'nin tarafı bulunduğu ikili anlaşmalarda da beşinci paragrafta yer verilen düzenlemeye kadar ikinci fıkra haricinde benzer hükümlerin bulunduğu ifade edilebilir. Son fıkra bakımından ise çekince konulmaktadır. Türkiye'de şubesi bulunan ve yerleşik olmayan şirketlerin ticari kazançları ayrıca şubenin kazancı olarak da vergilendirilmektedir. Ancak bu kazancın ana merkeze gönderilmesi durumunda tevkifatı söz konusudur; dolayısıyla aktarılmadığı takdirde bu vergiye tabi tutulmamaktadır⁶⁹.

Faizin vergilendirilmesi yine OECD Model Anlaşması'nın 11'inci maddesinde düzenlendiği ilk fıkrada kar payına benzer şekilde taraf bir devlette doğan ve diğer taraf devlet mukimi kişiye ödenen faizin diğer taraf devlette vergilendirilebileceği kabul edilmektedir. İkinci paragrafta bu kurala istisna getirilerek faizin elde edildiği taraf devlette ve o ülkenin mevzuatına göre de vergilendirilmesi imkânı getirilmektedir. Ancak yine faizin, gerçek lehtarın diğer taraf devlet mukimi olması durumunda ise alınan verginin brüt tutarın %10'unu aşamayacağı ifade edilmektedir. Taraf devletlerin bu sınırlamaların uygulama şeklini karşılıklı anlaşma ile belirleyebileceği de ayrıca belirtilmektedir.

⁶⁷ Model Tax Convention, OECD;"Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends", p.252.

⁶⁸ ÖNER, C.; s.373-375.

⁶⁹ Kaynak devletin, beşinci fıkra dolayısıyla ticari kazancının vergilendirilmesinden sonra kalan kısmın (*Türkiye'de on iki ayı aşan ticari faaliyetin gerçekleştirildiği şantiyenin iş yeri sayılması ile*) menkul sermaye iradı kabul edilerek üzerinden vergilendirilmesi hususunda verilen Danıştay kararlarında bu uygulamanın istikrar kazandığı yönünde; YALTI, B.;686. Nitekim 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesi hükmü ile vergi kesintisi öngörülmekte olup bu oranın ikili andlaşmalarda farklı belirlenebildiği, bazı ülkelerde ise kesintiye yer verilmediği görülmektedir. Bu yaklaşımın anlaşmanın göz ardı edilmesi şeklinde görülmeyip devletlerin politik tercihi olduğu kabul edilmelidir.

Faiz kavramının kapsamının belirlendiği üçüncü fıkrada sınırlı sayıda ibareye yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede ipotek garantisine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın ya da borçlunun kazancına katılma hakkı tanıyıp tanımaksızın her nevi alacak gelirin, özellikle kamu menkul kıymetleri ile tahvil ve borç senetlerine ilişkin prim ve ikramiyelerin de dâhil olmak üzere bunlardan elde edilen gelirlerin faiz şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca gecikme cezasının ise bu madde kapsamında faiz olarak kabul edilmediği de ifade edilmektedir.

Taraf devlet mukimi olan faizin gerçek lehtar, faizin elde edildiği diğer taraf devlette iş yeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunmakla birlikte faizin ödendiği alacağın bu iş yeri ile etkin bir bağı olduğu takdirde yine ticari kazancın vergilendirmesi hükümlerine göre vergilendirme söz konusu olmaktadır. Diğer fıkrada faiz gelirin, ödemeyi yapan şirketin mukimi bulunduğu devlette elde edildiği kabul edilmektedir. Ancak faizin kaynaklandığı alacaklılık ilişkisinin başka bir iş yerinde elde edilmesi ve ödeyen kişinin iş yeri ise buranın bulunduğu yerde faiz gelirin elde edildiği kabul edilir. Dolayısıyla netice itibarıyla gelirin esas elde edildiği yerin bulunması amaçlanmaktadır. Son fıkra ile alacak karşılığında ödenen faizin ödeyen kişi ile lehtar arasında veya her ikisinin üçüncü bir kişiyle arasında özel bir ilişkiden dolayı böyle bir ilişki olmadığında kararlaştırılan miktarı aştığı anlaşılırsa artık bağımsız durumda öngörülen tutar esas alınmaktadır; ancak aşan kısım bakımından taraf devletlerin iç hukukuna atıfta bulunmaktadır. Bu çerçevede Türkiye'nin Arjantin Devleti ile 1/12/2018 tarihinde imzalanan çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin anlaşma⁷⁰ ve eki protokolün 15/5/2020 tarihli 2546 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile onaylanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin kar payının düzenlendiği 10'uncu maddesinde model anlaşma hükmüne oldukça benzer ifadeler yer verildiği; ancak kaynak devletin vergilendirmesinde gerçek lehtarın kar payını ödeyen şirketin sermayesinin %25'ini elinde bulundurması halinde brüt tutarın %10'unu aşamayacağı ifade edilerek oranda bir farklılığa gidilmektedir. Yine yatırım fon ve ortaklığından elde edilen gelirlerin bu madde kapsamında temettü sayıldığı ayrıca düzenlenmiştir. Keza Katar Devleti ile revize edilerek yürürlüğe giren protokolde⁷¹ kaynak devlet vergilendirmesine ilişkin olarak gerçek lehtarın diğer akit devlet hükümetine veya politik alt bölümleri ile mahalli idarelerine ait bir kamu kurumu olması durumunda brüt tutarın %5'ini aşmaması öngörülmektedir.

⁷⁰ Anlaşma metni; (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200516-1.pdf>) (E.T.1/6/2020).

⁷¹ Türkiye - Katar Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması Revize Protokol metni; (https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/KATAR_REV.pdf) (E.T.1/6/2020).

Faizin vergilendirilmesinde elde edildiği kaynak devletin de vergilendirebilmesi imkânı getirilmektedir; ancak model anlaşmadan farklı olarak brüt tutar üzerinden alınan oranın %12'sini aşmaması düzenlenmektedir⁷². Türkiye'nin tarafı bulunduğu bu gibi ikili andlaşmalar ile protokol hükümlerinde, yabancılık unsuru taşıyan ekonomik ilişkilerden elde edilen gelirlerde çifte vergilendirmenin önlenmesi maksadıyla çeşitli ve zaman zaman değişiklik gösterebilen bu gibi düzenlemelere yer verilebilmektedir.

SONUÇ

Dünya üzerinde bir kişinin herhangi bir ticari faaliyete fiilen dahi katılmaksızın mali piyasa araçları vasıtasıyla nakdi veya nakden ölçülebilir bir bedeli bulunan değer üzerinden gelir elde edebilmesi oldukça kolaylaşmıştır. Devletlerin bu geliri takip edebilmesi ile özellikle kar payı dağıtımı ile faizin ödenmesinde yabancılık unsurunu içermesinden dolayı birbirleriyle etkin bilgi aktarımında bulunulmadığında vergilendirilebilir iradın görülebilmesi oldukça zorlaşabilmektedir. Bu çerçevede her bir ülkede bu gelir unsurlarının süregelen vergilendirme rejimi farklılık arz edebilmektedir. Uluslararası organizasyonların hazırladığı ya da devletlerin vergilendirmede işbirliği maksadıyla tarafı bulunduğu andlaşma hükümleri ile bu rejimlerin karşılaştırılması mümkün olmamaktadır. Zira her ülkenin ekonomik şartları ile tarihsel birikimi ve kurumsal yaklaşımı birbirinden farklı olmakla birlikte vergi sisteminin fiili işleyişi de kendi yasal yapısına bağlıdır. Dolayısıyla çifte vergilendirmenin bir nevi ortak zeminde önlenmesine yönelik bu anlaşmaların hükümleri sorunun tamamen çözümlenmesini de sağlayabilir.

Devletlerin karşılıklı dengeleri dolayısıyla her çifte vergilendirmenin önlenmesine dair sözleşmenin hükümlerinde benzerlikler görülebildiği gibi farklılıkların da gözlemlenmesi kaçınılmazdır. Tek taraflı iç hukuk düzenlemeleri ile birlikte ikili andlaşmaların da uluslararası ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve bunların gözetilmesinin oldukça güçleşmesi neticesinde özellikle vergilendirme gibi devletlerin egemenlik alanının doğrudan görünümü olan idari faaliyetlerde sınırlandırılmasını çoğunlukla gerektirmektedir. Diğer taraftan gelişmekte olan ülkelerin kalkınmalarına hızla devam edebilmesi için de sermaye birikimine ihtiyaç duyulmaktadır. Finansman sağlaması için yöneltilen bu araçların kullanımında vergilendirilebilir gelirin bulunmasına yönelik olarak vergi tabanının genişletilmesi maksadının da gözetilmesi kaçınılmaz olmalıdır. Bununla birlikte günümüzde uluslararası alanda faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin sadece ticari faaliyetleri dolayısıyla kurum kazancının vergilendirildiği değil aynı zamanda başka kaynak devletlerdeki ortaklıkları bulunan şirketlerden elde ettiği kar paylarının veya birbirlerine

⁷² Bkz. 70. dipnot.

ödünç ilişkisi dolayısıyla edindikleri faiz alacağının da vergilendirilmesi bağlamında menkul sermaye iradı kavramı oldukça önem arz etmektedir. Bu çerçevede vergilendirmede menkul sermaye iradı unsurlarının söz konusu ticari faaliyetler geliştikçe çeşitlendirilmesi ve kaynakta vergi kesintisinin sürekli gözetilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA:

- PALLI, Hayati:** “OECD Model Anlaşmasında Yer Alan Aktif Kazanç Unsurları”, Adalet Dergisi, Sayı:52, 2015, 75-97.
- PAMUK, Şevket:** “Türkiye’nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi”, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2018.
- AKÇAOĞLU, Ertuğrul:** “Türk Hukukunda finansal türev ürünlerin vergilendirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), (E.T.20/5/2020).
- AKIN, Emine Ebru;** “Özgün Önceliği İlkesinin Ters Repo İşlemlerinin Ticari İşletmeler Tarafından Muhasebeleştirilmesi Üzerine Etkisi”, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 19(2), 2005, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/30075>) (E.T.01/03/2021), 427-438.
- ARNOLD, BRIAN J.:** “An introduction to tax treaties”, (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf) (E.T.29/5/2020), 2013, 1-16.
- ARSLAN, İbrahim:** “Türk Hukukunda Kar ve Zarar Ortaklığı Belgesinin Kavramsal Gelişimi –Hukuki Niteliği ve Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 1989, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261670>) (E.T.27/5/2020), 289-312.
- ATEŞAĞAOĞLU, Erdem:** “Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi Kanunu Bakımından Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi”, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T.20/5/2020).
- AUERBACH, Alan J.:** “Tax Reform in the 21st Century”, University of California, Berkeley, 2006, (<https://eml.berkeley.edu/~auerbach/reform.pdf>) (E.T.1/6/2020).
- BAISTROCCHI, Eduardo/ HEARSON, Martin:** “Tax Treaty Disputes: A Global Quantitative Analysis”, Cambridge Tax Law Series, Vol:2, 2017, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945>) (E.T.1/6/2020), 1512-1546.
- BROEKHUIJSEN, Dirk-Maarten:** “A multilateral tax treaty : designing an instrument to modernise international tax law”, (<http://hdl.handle.net/1887/57407>) (E.T.30/5/2020), doctoral thesis, Leiden University Press, 2017.

- BURGESS, Robin ve STERN, Nicholas:** “Taxation and Development”, çev. DURMUŞ, Mustafa, Maliye Dergisi, 2007(152), (https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/mustafa_durmus.pdf) (E.T.01/03/2021), 1-59.
- ÇELEN, Mustafa:** “Devlet Tahvili ve Hazine Bonosu Gelirlerinin Vergilendirilmesinin Dünü, Bugünü, Yarını”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Temmuz 2005, Sayı:5, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T. 22/5/2020), s.1881-1904.
- EROL, Ahmet:** “Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku”, Adalet Yayınevi, Nisan 2018, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=17848>) (E.T.21/5/2020).
- GÖKTUNA, Ege:** “Galatasaray Üniversitesi Vergi Hukuku Merkezi Tarafından Sn.Prof.Dr. Adnan Tezel’in 10.Ölüm Yıldönümü Münasebetiyle 31.5.2007 Tarihinde Düzenlenen Toplantının Açılış Konuşmaları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, 2008, Cilt:4 Sayı:44, (<https://legal.com.tr/kitaplik>) (E.T. 28/5/2020).
- HARDING, Michelle:** “Taxation of Dividend, Interest, and Capital Gain Income”, Vol:19, 2013, (<https://doi.org/10.1787/5k3wh96w246k-en>) (E.T.1/6/2020), 1-57.
- HASLEHNER, Werner:** “Tax Treaty Disputes in Germany”, Cambridge University Press, Vol:1, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945.008>) (E.T.1/6/2020), 290-358.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı:** “Menkul Sermaye İradı Elde Eden Mükellefler İçin Vergi Rehberi”, Şubat 2020, (https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/beyannamerehberi/2020_menkulsermayebrosur.pdf) (E.T.28/5/2020).
- JOGARAJAN, Sunita:** “Double Taxation and the League of Nations”, Cambridge University Press, April 2018, (<https://doi.org/10.1017/9781108368865>) (E.T.27/5/2020).
- KORKUSUZ, M.Refik, KAYALI/F.İpek:** “Turkish Public Law”, Seçkin Yayıncılık, 2019, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22696>) (E.T.20/5/2020).
- Model Tax Convention, OECD:** (<https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>) (E.T.1/6/2020).
- ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami/KUMRULU, Ahmet:** “Vergi Hukuku”, Genel Kısım, Cilt:1, 2.Bası, Ankara 1985, (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/12375/Vergi%20Hukuku%20Cilt%201.pdf?sequence=1>) (E.T.22/5/2020).

- ÖNER, Cihat:** “Dar Mükellefiyette Ticari Kazancın Türkiye’de Elde Edilmiş Sayılmadığı Haller Üzerine”, AÜHFD, 63 (2), 2014, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622830>) (E.T.01/03/2021), 365-395.
- ÖNER, Erdoğan:** “Türk Vergi Sistemi”, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2019, (<https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22945>) (E.T.21/5/2020).
- Statement 17/3714, European Commission:** (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_17_3714) (E.T.28/5/2020) Brussels, 2017.
- T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı:** “Sermaye Piyasası Özel İhtisas Komisyonu Raporu”, Ankara, Kasım 1989, s.84. (http://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/6-SermayePiyasasi_OIK346.pdf) (E.T.20/5/2020).
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin:** “Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması”, Dayınlırlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
- United Nations:** “Analytical and Historical Review of International Double Taxation and Tax Evasion and Avoidance”, (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/2STM_Taxation-EC18-2006-7-part1-R.pdf) (E.T.28/5/2020).
- WEHRWEIN, Carl F.:** “Some Aspects of the Double-Taxation Problem”, Journal of Political Economy, The University of Chicago Press, Vol:44, No:4, 1936, (<https://www.jstor.org/stable/1823200>) (E.T.28/5/2020), 544-553.
- YALTI, Billur:** “Tax Treaty Disputes in Turkey”, Cambridge University Press, (<https://doi.org/10.1017/9781316528945.016>) (E.T.29/5/2020), 661-708.

BİLGİ SUİSTİMALİ SUÇU (İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu)

Insider Trading

Dilek Özge UĞRAŞ*

Geliş Tarihi: 25.09.2020

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

Kanun koyucu 2012 yılında yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 106 hükmünde bilgi suistimali suçuna yer vermiştir. Bilgi suistimali suçu, Türk hukukuna ilk olarak 1992 yılında 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda yapılan değişiklikle girmiştir. Mülga 2499 sayılı kanun döneminde “içeriden öğrenenlerin ticareti” olarak düzenlenen bu suç tipi, yürürlükteki kanunda “bilgi suistimali” adıyla düzenlenmiştir. Kanun koyucu, mülga düzenlemeden farklı olarak 6362 sayılı SerPK’da, sermaye piyasasında gerçekleştirilen suç tiplerine tek bir hüküm altında saymak suretiyle yer vermemiş, son derece isabetli olarak bunları ayrı maddeler halinde düzenlemiştir. Bu çalışmada anılan suç tipinin unsurları, özellikle Avrupa Birliği mevzuatında ve karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler de göz önünde bulundurularak yakından incelenecek, tartışmalı olan hususlara değinilmeye gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: bilgi suistimali, içeriden öğrenenlerin ticareti, sermaye piyasası kanunu, içeriden öğrenen, içsel bilgi.

ABSTRACT

The offence of insider trading is regulated under Art. 106 Turkish Capital Market Code. It included information abuse 106 in its judgment. The first regulation, issuing the offence of insider trading, first entered Turkish Law in 1992 with the amendment made in the Capital Market Law. This offence was primarily regulated under the name of “trade of insiders” during the abolished law period. However unlike the previous terminology it is seen that, the legislator adopted a new terminology for this offence and regulated under the name of “information abuse” in the current law. Unlike the abolished provision, the legislator did not include the offences in the capital market by counting them under a single provision, and arranged them as separate provisions with the utmost accuracy. In scope of this article the elements of the offence mentioned will be examined closely, especially considering the regulations in the European Union legislation and under the light of comparative law, and controversial issues will be addressed.

Keywords: information abuse, trade of insiders, capital market code, insider, insider information.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, ozge.erdem@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2226-7369.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu Sermaye Piyasası Kanunu'nun 106. maddesinde¹ “Bilgi Suistimali” (*içeriden öğrenenlerin ticareti, insider trading, insiderhandel*)² başlığıyla sermaye piyasası suçları arasında düzenlenen, sermaye piyasalarında güven ilkesini ve eşitliği zedeleyen, dürüstlüğe aykırı davranışları ceza yaptırımına tabi tutan norm oluşturmaktadır. Bu suçla ilgili istatistiki verilere bakıldığında Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK) raporlarına göre Türkiye’de bilgi suistimali suçu dolayısıyla kurum tarafından 2016 yılında 1 kez suç duyurusunda bulunulduğu, 2017 yılında hiç suç duyurusunda bulunulmadığı fark edilmektedir.³ Bu sayı, 2018 yılında 6, 2019 yılında ise 7 olarak kurumun raporlarına yansımıştır.⁴ Almanya’daki verilere bakıldığında ise, Alman Federal Finansal Hizmetler Denetleme Kurumu’nun (BaFin) 2018 yılında yayınlanan raporunda bilgi suistimali şüphesiyle savcılık tarafından yürütülen toplam soruşturmaların sayısının 2017 yılında 41, 2016 yılında 93, 2015 yılında ise 41 olduğu tespit edilmektedir.⁵ Her ne kadar nicelik olarak az sayıda görünse de, ekonomik suçların genelinde olduğu gibi bu suç nedeniyle elde edilen haksız kazanç çoğu kez ulusal ekonomilere önemli ölçüde zarar verecek boyutta olmaktadır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde 2012 yılında yapılan bir haberde yüksek riskli yatırım fonu yöneticisi pozisyonunda bulunan bir kişinin insider trading yoluyla 276 milyon Amerikan Doları kazanç sağladığı belirtilmiştir.⁶

Bilgi suistimali de aralarında bulunmak üzere ekonomik suçlarla mücadele kapsamında günümüzde artık özellikle büyük ve orta ölçekli işletmelerde

¹ “Bilgi suistimali MADDE 106 – (1) Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;

a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,

b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler;

c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler; ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler;

d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrafta belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler; üç yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz”

² Çalışmanın devamında bu kavramlar aynı anlamda birbirini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

³ <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1299> (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

⁴ <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1314>, <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1299> (Erişim Tarihi 15.04.2021).

⁵ Jahresbericht 2017, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), s. 136 vd.

⁶ 21.11.2012, Focus: Zocker soll für „lukrativsten Zeiten” büßen.

compliance (-hukuki- uyumluluk) departmanları oluşturulmakta, çalışanların uyması gereken kurallar şirket içi bağlayıcılığa sahip olarak düzenlenmektedir. Alman Hukuku'nda işletmeler için compliance departmanları oluşturmak ve çalışanların işlemlerini (*Mitarbeitergeschäfte*) iç denetime tabi tutmanın Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz-AktG) §§ 73, 93 ve Limited Şirketler Kanunu (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG) § 43 gereğince yasal bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir.⁷ Uygulamada ise bugün yaygın olarak şirketlerde çalışanların gerçekleştirdiği finansal işlemler compliance departmanları tarafından incelenmekte ve bilgi suistimali suçu bakımından şüphe oluşturabilecek işlemler buna özel programlara yüklenmektedir. Program tarafından ilgili işlemin kuvvetli şüphe sebepleri içerdiğinin saptanması halinde, şirket içi detaylı soruşturma yapılmakta ve Federal Finansal Hizmetler Denetleme Kurumu'na ve buradan da savcılığa bildirim yapılmaktadır. Türk Hukuku'nda da benzer yönde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete'de "Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği" yayınlanmış⁸, bu tebliğde SerPK m. 106 ve 107'de yer alan suçlara ilişkin makul şüphenin veya bilginin bulunması halinde kurul tarafından alınabilecek tedbirler belirtilmiştir.

Bilgi suistimaline ilişkin düzenlemenin geçmişine bakıldığında Türk Hukuku'nda ilk olarak 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı SerPK'na 29.04.1992 tarihinde 3794 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle eklendiği (m. 47/(A)-1) ve diğer sermaye piyasası suçları arasında düzenlenerek "İçerden Öğrenenlerin Ticareti Suçu"⁹ olarak yer aldığı görülmektedir.¹⁰ Bilgi suistimali suçunun dünyadaki geçmişine bakıldığında ise Amerika'da ilk olarak 1980 *Chiarella v. United States* davasında Amerikan Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun (1934) 10b-5 hükmünün uygulanmasıyla görüldüğü ifade edilmiştir.¹¹ Bilgi suistimalini sermaye piyasasının işlerliği açısından problem olarak ele alan

⁷ **Matthias Noll**, Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, Tübingen 2018, s. 145.

⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140121-15.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2020).

⁹ 6362 sayılı SerPK'da tercih edilen "Bilgi Suistimali" ifadesi belirleyicilikten uzak ve son derece kapsayıcı bir ifadedir. Bu ifade altında esas itibarıyla her türlü sırın ya da bilginin kötüye kullanılmasına ilişkin suçlar genel bir kavram altında buluşturulabilir. Bu nedenle mülga kanunda kullanılan "içerden öğrenenlerin ticareti" suçun benzer suçlardan ayrılmasını sağlayan özelliklerini ifade etmek bakımından daha elverişli ve isabetli görünmektedir. Ancak çalışmada kanunda kullanılan terminoloji ile uyum amacıyla "Bilgi Suistimali" terimi kullanılmıştır.

¹⁰ **Çetin Arslan/Didar Özdemir**, "Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu", International Conference on Eurasian Economies, Session 2D, 2018, s. 405.

¹¹ **Rodolfo J. Aguilar jr.**, "Securities Regulation: Nondisclosure of Insider Information, Chiarella v. United States", Louisiana Law Review, Vol. 41, 1981, s. 1296 dn. 5.

ilk düzenleme olarak kabul edilen¹² bu kanunun 1929-1933 yıllarındaki büyük buhran döneminde Amerikan hukukuna girişi, 1285 yılında ilk olarak I. Edward'ın Londra'da borsa simsarlarına ruhsat vermesiyle başlayan düzenlemelere değin uzanan bir geçmişe sahiptir.¹³ Avrupa'da diğer ülkelere kıyasla oldukça geç olarak düzenleme yoluna giden Almanya'da ise ilk olarak 1970 yılında Ekonomi Bakanlığı'na bağlı bir komisyon tarafından bilgi suistimali problemine çözüm önerileri; menkul kıymetler borsası çalıştayları ve sendikalar tarafından tavsiye niteliğinde, genel bağlayıcılığı olmayan usule ilişkin yönetmelik, tacirler ve danışmanlara yönelik kurallar ve direktifler olarak kaleme alınmıştır.¹⁴ Hukuki olarak hiçbir bağlayıcılığı olmayan, tavsiye niteliğindeki bu kararlardan sonra yasal düzenlemenin yapılması ve bilgi suistimalinin cezai yaptırıma bağlanması ilk olarak Avrupa Topluluğunun 13.11.1989 tarihli direktifini dayanak alan 01.08.1994 tarihinde yürürlüğe giren Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu (WpHG) ile gerçekleşmiştir.¹⁵

Bilgi suistimali niteliğindeki davranışlar ve bu anlamda kavramın tanımı her ülkenin kanununda farklı olarak yapılmıştır. Ancak Türk Hukuku'ndaki düzenleme (SerPK m. 106) göz önünde bulundurulduğunda kapsayıcı olarak bu kavram, doğrudan ya da dolaylı olarak edinilen, kamuya açıklanmamış ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin kullanılarak, kendisi veya bir başkasına menfaat sağlanması olarak tanımlanabilir.¹⁶

I. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu, suçun işlenmesi ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat olup,¹⁷ bu varlık veya menfaat suçtan doğrudan doğruya zarar

¹² **Gerson Trüg**, Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, Tübingen 2014, s. 4; **Heinz-Dieter Assmann/Uwe H. Schneider/Assmann**, Wertpapierhandelsgesetz, Köln 2012, Vorbemerkung zum § 12 Rn. 3.

¹³ Aguilar, s. 1296 dn. 6; İngiltere'de insider trading hakkında ilk yasa ise 1980 yılındaki Şirketler Kanunu'yla olmuştur (**Rojina Thapa**, "Insider Trading: A Brief Overview of Legal Regime in USA, UK, India and Nepal", Mirmire-Economic Article Special Issue, Vol. 38, January/February 2010, Nepaş Rastra Bank-Central Bank of Nepal, s. 4.).

¹⁴ **Marc Colussi**, Kapitalmarktstrafrecht-Insiderhandel und Marktmanipulation, Frankfurt am Main 2010, s. 104; **Julia Baedorff**, Das Merkmal der Verwendung von Insiderinformationen, Hamburg 2010, s. 20.

¹⁵ Colussi, s. 104.

¹⁶ Aynı yönde bkz. **Jeffrey P. Strickler**, "Inside Information and outside Traders: Corporate Recovery of the Outsider's Unfair Gain", California Law Review, Vol. 73, 1985, s. 483; **H. H. Marshall**, "Insider Trading", International and Comparative Law Quarterly 27 (1), s. 250, 251; kavramın tanımında ekonomik ve hukuki anlamda farkından yola çıkan görüş için bkz. **Dennis W. Carlton/Daniel R. Fischel**, "The Regulation of Insider Trading", Stanford Law Review, Vol. 35, 1983, s. 860, 861.

¹⁷ **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010, s. 97.

gören kişiye veya kişi topluluklarına, yani suçun pasif süjesine aittir.¹⁸ Suç tipinin, suçların gruplandırılması, kanunun sistematığı açısından korunmasını amaçladığı menfaatlerden birisine ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesi, diğer hukuksal menfaatlerin korunmadığı anlamına gelmeyeceği gibi bu menfaatler ilgili hükmün uygulanmasında da göz ardı edilmemelidir.¹⁹ Ancak bir suçun fiilen birden çok varlık veya menfaati ihlal etmesi ve bu varlık veya menfaatlerin kanun tarafından göz önünde bulundurulmuş olması hallerinde dahi, bunlardan sadece biri normun sağladığı korumanın ve dolayısıyla suçun hukuki konusunun tespiti yönünden belirleyici varlık veya menfaati teşkil eder.²⁰

Bilgi suistimali suçunun hukuki konusuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Normla birden fazla menfaatin korunmasının amaçlandığını belirten görüşlere göre, suçun hukuki konusu birden fazla olup, bir yandan kamusal bir menfaat olarak sermaye piyasasının işlerliği amaçlanırken; diğer yandan da eşitlik ilkesine dayalı şeffaf bir piyasada bilgi üstünlüğü yoluyla haksız kazancın önüne geçilmesi ve yatırımcıların korunması amaçlanmaktadır.²¹ Yatırımcıların menfaatlerinin ön planda tutulduğu bir görüşe göre, suçun hukuki konusunu sermaye piyasasında olması gereken şeffaflıktan herkesin yararlanmasının ve yatırımcıların eşit haklara sahip olmasının sağlanması teşkil etmektedir.²² Normla korunan menfaatin kamusal nitelikte olduğu yönündeki bir görüşe göre, suçun hukuki konusunu sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması oluşturmaktadır.²³ Suçun hukuki konusunu kamusal nitelikte tespit eden bir diğer görüşe göreyse

¹⁸ **Nevzat Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 166.

¹⁹ **Yener Ünver**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 1011, 1012.

²⁰ **Nevzat Toroslu**, “İftira Cürmünün Hukukî Konusu”, AÜHFHD, C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 109; Toroslu, Suçun Hukuki Konusu s. 288-290.

²¹ **Asena Kamer Usluadam**, “Bilgi Suistimali Suçu”, AndHD, C. 5, S. 1, Y. 2019, s. 233, 238; **Güventürk Kızılyel**, “Halka Açık Şirketlerde Bilgi Suistimali Suçu ‘Insider Trading’”, İBD, C. 91, S. 2, Y. 2017, s. 80.

²² **Uğur Özil**, “Bilgi Suistimali Suçu”, İBD, C. 88, S. 4, Y. 2014, s. 418; **Ali Hakan Evik/Vesile Sonay Evik**, “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, İÜHFMD, C. 63, S. 1-2, Y. 2005, s. 35, 37; **Jea Hyen Soung**, “Financial Investment Services and Capital Markets Act and Penalty”, Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, 23-24/09/2019; **Christian Thaler**, Sanktionen bei Marktmissbrauch, Wien 2014, s. 11; **Tido Park/Hilgendorf/Kusche**, Kapitalmarktstrafrecht, Baden-Baden 2020, s. 647, Rn. 17, 18.

²³ **Hamide Tacir**, “Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 2006, s. 95; bu yönde **Uğur Aşkın**, “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 692; Arslan/Özdemir, s. 405.

normla korunan değer menkul kıymetler borsasında şeffaflıktan herkesin yararlanmasını sağlamak ve tekelleşmenin önüne geçmektir.²⁴

Esas itibarıyla yatırımcıların menfaatlerinin korunması normla doğrudan doğruya korunması amaçlanan bir menfaat olmaktan ziyade bunun bir sonucu niteliğindedir. Zira eşitlik ilkesine dayalı ve şeffaf olarak işlerliğini sürdüren sermaye piyasasında yatırımcıların piyasaya olan güveninin zedelenmemesi, adil ve hukuka uygun olarak işleyen piyasa ortamının dolaylı bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Anayasa m. 48’de devlete özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması ödevi yüklenmiştir. Bu ödevin somut bir görünümü olarak SerPK m. 1 hükmünde *“Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir”* denilerek kanunun amacı sermaye piyasasının hukuka uygun işlerliği olarak ortaya konmuş, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesiyle elde edilmesi hedeflenen bir sonuç olarak ifade edilmiştir.

Suçun Sermaye Piyasası Kanunu’nda düzenlendiği de göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun normla korunan menfaatlerden kamusal nitelikte olan sermaye piyasasının işlerliğine ilişkin menfaatlere üstünlük tanığı görülmektedir. Bu anlamda suçun hukuki konusunu kamusal nitelikte olan sermaye piyasasının işlerliğinin ve güvenilirliğinin korunması teşkil etmektedir.²⁵

II. MAĞDUR

Suçun mağduru ya da pasif süjesi, ceza normu tarafından korunan, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamilidir.²⁶ Mağdur daima bir süje, yani kişidir; zira ceza hukuku da dahil olmak üzere hukukun bütün alanlarında süje daima kişilerdir, şeyler ise ancak hakların ve hukuki ilişkilerin konusunu

²⁴ **Sahir Erman**, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993, s. 149.

²⁵ **Petra Wittig**, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017, § 30 Rn. 52; **Klaus Tiedemann**, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017, § 22 Rn. 1052; **Philipp Gehrmann**, Das versuchte Insiderdelikt, Baden-Baden 2009, s. 79; Colussi, s. 106; Baedorf, s. 44; insider trading yoluyla yatırımcıların doğrudan doğruya zarara uğramaması hakkında ayrıca bkz. **Volker Lücker**, Der Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), Berlin 1998, s. 20-23; **Christopher Schrank**, “Kapitalmarktstrafrecht”, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (Hrsg.Kert/Kodek), Wien 2016, s. 682 Rn. 17.8;

²⁶ **Tuğrul Katoğlu**, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 661.

teşkil edebilirler.²⁷ Gerçek veya tüzel kişilerin suçun mağduru ²⁸olabileceği açıktır; ancak tüzel kişiliği olmayan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi sosyal topluluklar da bu kavrama dahil kabul edilmektedir; zira ceza hukuku birey ve toplum arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve topluma özgü olan sosyal menfaatleri de koruma altına almaktadır.²⁹ Bu korumanın sonucu olarak anılan menfaatler hak haline değil, fakat sadece topluma ait hukuki menfaatler haline gelmektedirler; toplum, gerçek hakların süjesi yani tüzel kişi olarak değil, aksine cezai yaptırımlar ile korunan menfaat ve varlıkların, yani hukuki menfaat ve varlıkların süjesi olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰

Bu anlamda inceleme konusu suçun mağdurunu kişiliği veya sosyal topluluk niteliğini haiz olmayan “milli ekonomi” olarak tespit eden görüş³¹ isabetli değildir. Suçun mağduru kavramından anlaşılması gereken, suç fiilinden zarar gören herkes değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahipleridir.³² Kamusal nitelikteki sermaye piyasasının işlerliğine ve güvenilirliğine ilişkin menfaatin hamili ve dolayısıyla bilgi suistimali suçunun mağduru ise toplumdur.³³ Bilgi suistimali nedeniyle dolaylı olarak menfaatleri zarara uğrayan kişiler ise suçtan zarar gören niteliğindedir.³⁴ Bu anlamda yatırımcılar suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.

III. SUÇUN MADDİ KONUSU

A. GENEL OLARAK

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde husule geldiği şahıs veya şeydir.³⁵ Maddi konu aracılığıyla korunan hukuksal değer ihlal edilmiş olur.³⁶ Suçun hukuki konusu, aksi yönde görüşler bulunmakla³⁷ birlikte maddi ya da

²⁷ Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 175; Ünver, s. 141; Katoğlu, s. 660.

²⁸ Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

²⁹ Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

³⁰ **Devrim Güngör**, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009, s. 43, 44; Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

³¹ Tacir, s. 99.

³² Katoğlu, s. 662.

³³ Arslan/Özdemir, s. 407; Özil, s. 423.

³⁴ ArslanÖzdemir, s. 407; Özil, s. 423; suçtan zarar gören yatırımcıları mağdur olarak kabul eden görüş için bkz. Usluadam, s. 238.

³⁵ Toroslu, Ceza Genel, s. 98; Toroslu, Suçun Hukukî Konusu, s. 185; **Faruk Erem**, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 14; **Sulhi Dönmezer/Sahir Erman**, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, İstanbul 1997, s. 333; suçun maddi konusuna ilişkin olarak bunun yalnızca maddî veya fiziki yapısına sahip şeyler olabileceği görüşü yanı sıra psikik nitelikteki kavramların da maddi konuya dahil edilebileceği görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 185 vd.; Erem, Suçun Konusu, s. 31.

³⁶ Ünver, s. 142.

³⁷ Bkz. **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, München 2006, s. 34.

gayrimaddi olabilirken³⁸ maddi konu her zaman fiziki varlığa sahip, somut niteliktedir.³⁹

Bilgi suistimali suçunun maddi konusuna ilişkin olarak doktrinde içeriden öğrenilen bilgi ve sermaye piyasası araçları olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür. Aşağıda bu görüşler detaylı olarak incelenecektir.

B. İÇERİDEN ÖĞRENİLEN BİLGİ (İçsel Bilgi, Insider information)

1. İçsel Bilgi Kavramı ve Bilginin Suçun Maddi Konusu Açısından Değerlendirilmesi

Doktrindeki bir görüşe göre bilgi suistimali suçunun maddi konusu “bilgi” olup, bu bilginin sermaye piyasası araçları veya bunların ihraççıları ile ilgili olması gereklidir.⁴⁰ Bir diğer görüşe göre, bu suç açısından bilgi kimi durumlarda fiilin bir unsuru kimi durumlardaysa suçun maddi konusu niteliğindedir.⁴¹ Ancak fiziki varlığa sahip olmayan bilginin suçun maddi konusu olarak değerlendirilmesi isabetli değildir.⁴² Suçun maddi konusunu teşkil etmemekle birlikte içeriden öğrenilen bilgi, failin kastı kapsamında tipik fiilin bilinmesi gereken unsurları⁴³ arasında yer almaktadır. Bu nedenle içeriden öğrenilen bilgi (insider information) kavramının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bilişsel bir fenomen olarak bilgi, ulaşmasıyla birlikte alıcısında algılanabilir bir değişikliğe yol açan ve en azından alıcısının bilişsel durumunda (Erkenntnis- und Wissensstand) ya da davranışlarında bir değişikliğe neden olmaya elverişli olan bildiri, mesajdır.⁴⁴ SerPK’da içsel bilginin tanımı yapılmamış, bunun yerine

³⁸ Toroslu, Ceza Genel, s. 98; **Faruk Erem**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1995, s. 252.

³⁹ Roxin, s. 33, 34; **Urs Kindhäuser**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2009, s. 36; **Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2018, § 1 Rn. 14.

⁴⁰ Arslan/Özdemir, s. 406; **Zeki Aksoy**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, Ankara 2018, s. 178; Özil, s. 423; Tacir, s. 99.

⁴¹ **Cem Şenol**, “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012, s. 127; bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira suçun maddi konusu halihazırda fiilin bilinmesi gereken unsurları arasında yer almaktadır (**Devrim Güngör**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 35).

⁴² **Dilek Özge Erdem**, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ankara 2019, s. 98.

⁴³ İçsel bilgiyi fiilin önşartı olarak kabul eden görüş için bkz. Aksoy, s. 197; ancak fiilin (daha isabetli bir ifadeyle “hareketin”) ön şartı olarak nitelendirilen unsurlar da fiilin yapısına dahil olup suçun asli unsurlarındandır (Toroslu, Ceza Genel, s. 115).

⁴⁴ **Marius Prinz**, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, Münster 2015, s. 10; bilgi kavramı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Jean Nicolas Druey**, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, s. 3-26; bilgi kavramını açıklarken kavramın “olgu” ile olan farkına işaret edilmelidir; bilgi,

m. 106 hükmünde “doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgiler” denilmekle yetinilmiştir. Kanunun genel gerekçesinde piyasa suçlarının düzenlenmesinde AB mevzuatına uyumun da amaçlandığı göz önünde bulundurulduğunda⁴⁵ 03.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren AB 596/2014 sayılı Tüzük’te ve 6362 sayılı SerPK’nın yürürlüğe girdiği 2012 yılında yürürlükte olan AB 2003/6 sayılı Direktif’te yapılan tanım ışığında içsel bilgiyi, “doğrudan ya da dolaylı olarak bir veya birden fazla ihraççı ya da sermaye piyasası aracı hakkında, kamuya henüz açıklanmamış, kesin nitelikte ve açıklandığı takdirde sermaye piyasası araçlarının veya buna bağlı türev araçların fiyatını önemli ölçüde etkilemeye elverişli olan bilgi”⁴⁶ şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴⁷

İçsel bilginin kanunda tanımlanmamış olması ve niteliklerine ilişkin detaylı açıklamalara Özel Durumlar Rehberi’nde yer verilmiş olması, doktrinde Anayasa m. 38’de ve TCK m. 2’de düzenlenen kanunilik ilkesine aykırılık yönünden eleştirilmiştir.⁴⁸ Esas itibarıyla bu sorun doktrinde açık ceza normları olarak ifade edilen; normun kural ve müeyyide unsurlarından kural unsurunun içeriğinin çerçeve olarak belirlendiği ve yetkili makamların verecekleri buyruklarla somutlaştığı normların⁴⁹ kanunilik ilkesini ihlal edip etmediği ile ilgilidir. Bu husus hem Türk doktrininde hem de karşılaştırmalı hukuk doktrinlerinde tartışmalı olup, burada açık ceza normlarının kuralın

olgular hakkında ifadeler bütününden oluşmaktadır ve dilsel olarak kodlanmıştır; buna karşın olgular, bilginin konusunu oluşturan, kendisiyle ilişkili bulunduğu hususlardır. Yine bilgi isabetli ya da isabetsiz veya gerçek ya da yanlış olabilirken olgu, geçmişte yahut güncel zamanda gerçekleşmiş vakıa ya da durumları konu almaktadır, bu anlamda ileriki zamanda gerçekleşecek olan durum ve hadiseler hakkında olgu ifadesi kullanılamazken, bilginin geleceğe ilişkin olması mümkündür (Prognose, tahmin) (Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 663 Rn. 10-12).

⁴⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf> (Erişim Tarihi: 19.04.2020).

⁴⁶ Wittig, § 30 Rn. 57;

⁴⁷ İçsel bilgiye faaliyet alanlarına ilişkin değişiklikler; birleşme, ayrılma ya da şirket yapısındaki değişikliklere ilişkin diğer kararlar; temettüdeki değişikliklere ilişkin açıklamalar; yılsonu bilançosunun sonuçlarında önemli değişiklikler ya da piyasa tahminlerinin sonuçlarına ilişkin ara dönem raporları; bilanço manipülasyonu şüphesi, denetmen tarafından yılsonu bilançosunun tasdikinin reddinin duyurulması; önemli buluş, patent veya lisanslara ilişkin açıklamalar; kazançta azalma ya da yükselmeler; hâkimiyet veya kazanç devri sözleşmeleri; ödemelerin durdurulması, aşırı borçlanma ya da önemli kredi limitlerinde kısa süreli iptaller; olağandışı, önemli harcamalar ya da kazançlar; önemli sözleşme ilişkilerinin kurulması, ortadan kalkması ya da değişikliğe uğraması; şirketin kilit pozisyonlarında (yönetici kadrosu, denetim kurulu gibi) önemli değişiklikler gibi durumlar örnek gösterilebilir (Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 686, 687 Rn. 77, 78).

⁴⁸ Aksoy, s. 143-147.

⁴⁹ Güngör, Fiil, s. 119, 120.

eksik olduğu normlar olmayıp, kuralın içeriğini somutlaştıran düzenleyici işlemlerin fiilin normatif bir unsurunu tanımlayan ceza normu hükmünde normlar olduğunu⁵⁰ ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmekle yetinilecektir.

2. İçsel Bilginin Unsurları

a. Kesinlik

Bilginin içsel bilgi niteliğini taşıması için kesin (præzis) olması gerekmektedir. Doktrinde içsel bilginin unsurları arasında sayılan bu koşula ne 2449 sayılı SerPK m. 47/(A)-1 ne de 6362 sayılı SerPK m. 106 hükmünde açıkça yer verilmiştir. Ancak Sermaye Piyasası Kurulu Özel Durumlar Rehberi'nde⁵¹ (2.1) ve AB 596/2014 sayılı Tüzük m. 7/I(a) hükmünde kesinlik açıkça içsel bilginin unsurları arasında sayılmış, hükmün 2. fıkrasında kavramın tanımı yapılmıştır. Buna göre bilgi; *hali hazırda gerçekleşmiş ya da ileride gerçekleşmesi rasyonel olarak beklenebilir* durum veya vakıalara ilişkin ve bu vakia ya da durumların sermaye piyasası araçlarının fiyatı üzerindeki muhtemel etkisine ilişkin bir sonuca varılabilecek derecede spesifik⁵² olduğunda, bu bilginin kesin olduğu söylenebilir.⁵³

Bilginin tahmin (Prognose) niteliğinde olduğu hallerde de rasyonel olarak, bu tahminin gerçekleşeceğinin yeterli ölçüde mümkün (mit hinreichender Wahrscheinlichkeit) görüldüğü, beklenebilir olduğu hallerde içsel bilgi söz konusu olacaktır.⁵⁴ Burada gerçekleşme ihtimalinin yeterli olup olmadığının tespitinde ticari bir değerlendirme sonucunda, bu bilgiyi dayanak alarak yatırım işleminin yapılmasında makul bir şüphe sebebinin bulunup bulunmadığı esas alınmalıdır.⁵⁵

⁵⁰ Güngör, Fiil, s. 120; **Zeki Hafızoğulları**, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 282.

⁵¹ <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103> (Erişim Tarihi: 19.04.2020)

⁵² Avrupa Adalet Divanı yakın tarihli bir kararında yalnızca bilginin aleniyet kazanması halinde fiyat üzerinde belli bir yönde etkili olacağının beklenebileceği halde kesinliğin var olmasını (bilginin spesifik nitelikte olmasının aranmasını) reddetmiş, bilginin kesin nitelikte olması koşulunun sadece sermaye piyasası araçlarının fiyatları üzerinde muhtemel etkilerine ilişkin herhangi bir çıkarım yapılmasını sağlamayan, genel ya da belirsiz nitelikteki bilgilerin içsel bilginin kavramı dışında tuttuğunu vurgulamıştır (EuGH NZG 2015, 432 (433 vd.)). Doktrinde mahkemenin bu kararıyla kesinlik unsurunun sıkılaştırıldığı, açıklanması halinde kur üzerinde nasıl etki göstereceği açık olmayan bilgilerin de içsel bilgi kapsamında sayılmasının kabul edildiği belirtilmiştir; nitekim makul bir yatırımcının bilginin kur üzerinde nasıl bir etki yaratacağının öngörülemediği hallerde de bu bilgiyi yatırım kararına esas alması mümkündür (Schränk, s. 686 Rn. 17.20).

⁵³ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 663 Rn. 20.

⁵⁴ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 663 Rn. 30.

⁵⁵ Schränk, s. 686, Rn. 17.19.

İçsel bilgiye konu koşul veya olayların bir süreç sonunda ortaya çıkacak olması ve aşamalardan oluşması durumunda, yalnızca ileride gerçekleşmesi kuvvetli ihtimal dahilinde olan olaylar kapsamında nihai sonuç değil, fakat münferit aşamalar da kesinlik taşıyan içsel bilgi olarak değerlendirilmelidir.⁵⁶ Nitekim Avrupa Adalet Divanı da Daimler-Chrysler⁵⁷ kararında bu yönde görüş belirtmiştir.⁵⁸

Söylenti/dedikodu niteliğindeki bilgilerin kesinlik şartını sağlayıp sağlamadığına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir

⁵⁶ AB 596/2014 sayılı Tüzük m. 7/II; Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 673 Rn.43, 44.

⁵⁷ Olayda DaimlerChrysler A. Ş. yönetim kurulu başkanı Jürgen Schrempp 2008 yılında dolan görev süresinden önce 06.04.2005 tarihinde genel kuruldan sonra 2005 yılı sonunda şirketten ayrılmaya karar verir. Bu arada ise 2005 yılı boyunca konuyla ilgili sürece yayılan bir işlemin olağan aşamalarını teşkil eden birçok işlem ve görüşmeler gerçekleştirilir. 27.07.2005 tarihinde Schrempp'in ayrılmasının genel kurulun onayına sunulması önerilir ve izleyen gün 28.05.2005 tarihinde saat 09:50 sularında genel kurul kararı alınarak karar BaFin'e ve yetkili borsa kuruluşlarına bildirilerek Schrempp'in ayrılmasına ilişkin karar, saat 10:32'de kamuyu aydınlatma ilkesi gereğince açıklanır. Bunun üzerine şirketin hisse senetlerinin fiyatı piyasada hızlı bir şekilde yükselmeye başlar ve öncesinde şirkete ait hisse senetlerini satmış olan birçok yatırımcı aydınlatmanın gecikmeli olarak yapılmış olması gerekçesiyle tazminat davası açar. Yerel mahkemelerden sonra en son Alman Federal Temyiz Mahkemesinin (BGH) önüne gelen olayda, mahkeme yürürlükteki Menkul Kıymetler Ticareti Kanununun (WpHG) bilgi suistimaline ilişkin § 13 hükmünün AB 2003/124 sayılı Direktifi esas alması nedeniyle birçok aşamadan oluşan ve sürece yayılan gelişmelerde direktif kapsamında yalnızca ileride gerçekleşecek olan olayın mı içsel bilgi niteliği taşıyan kesin bilgi olarak değerlendirilmesi gerekeceği yoksa ara aşamaların da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve ileride gerçekleşmesi muhtemel olan olaya ilişkin ihtimal derecesinin açıklanmasını istemiştir. Adalet Divanı kararında özetle, ara aşamaların da içsel bilgi olarak değerlendirileceğini belirtmiş; (**Lars Klöhn**, Der „gestreckte Geschehensablauf“ vor dem EuGH zum DaimlerChrysler-Vorlagebeschluss des BGH, NZG 2011, 166 (166-169)) ve 1988 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesinin (US Supreme Court) *Basic v. Levinson* (485 U.S. 224, 233-240 (1988)) kararında esas aldığı gerçekleşme ihtimalinin yeterli derecede olup olmadığının ölçüsünün kur üzerindeki etkiye bağlı belirlendiği, bir diğer deyişle ileride gerçekleşmesi muhtemel olan gelişmelerde gerçekleşme ihtimalinin derecesine ilişkin beklentinin, bunun piyasa aracının fiyatı üzerindeki etkisinin büyüklüğü oranında düşük olabileceğinin kabul edildiği *probability/magnitude-formel* (olasılık/ağırlık formülünü) kabul etmemiş, maddi unsurlardan birinin varlığının bir diğerine bağlı kılınamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre direktif anlamında ihtimalin derecesi düzenlemenin amacına ters düşecek şekilde yüksek bir derece olarak anlaşılmamalıdır ancak bu aynı zamanda gerçekleşme ihtimali son derece düşük hatta gerçekleşme ihtimali olmayan olaylara ilişkin bilgilerin de içsel bilgi kapsamında kamuya açıklanması gereken bilgi olarak değerlendirilebileceği anlamına gelmemektedir. Burada aranması gereken ölçü, olgusal olarak en azından bilgi kapsamındaki olayın realist bir olasılıkla gerçekleşecek görünmesidir (**Thomas M. J. Möllers/Sabine Seidenschwann**, Anlegerfreundliche Auslegung des Insiderrechts durch den EuGH-Das Ende der Daimler/Schrempp-Odyssee in Luxemburg, NJW 2012, 2762 (2264, 2265)).

⁵⁸ EuGH NJW 2012, 2787.

görüŖe göre söylenti niteliğindeki bu bilgiler, kavramın anlamında mündemiç Ŗüpheden dolayı kesinlik özelliğinden yoksundur.⁵⁹ Daha isabetli görünen diğeri bir görüŖe göreysel söylenti niteliğindeki bilginin somut olaylarla ilgili olması ve en azından belirli ölçüde olgusal dayanağına sahip olması halinde kesin bilgi niteliğinde olduğı, aksi takdirde yalnızca spekülasyondan ibaret bulunduğı kabul edilmelidir.⁶⁰ Nitekim Alman Federal Finansal Hizmetler Denetleme Kurumu’nun ihraççılar için kılavuzunda söylenti veya dedikodu niteliğindeki bilgilerin de olgulara dayandığı, yalnızca fikir beyanı olmadığı takdirde kesinlik şartını sağladığı kabul edilmiştir.⁶¹

b. Kamuya Açıklanmamış Olma

Kesin nitelikteki bilginin içsel bilgi olarak değerlendirilebilmesi için kamuya açıklanmamış olması gereklidir. Bilginin kamuya açıklanmamış olması şartından anlaşılması gereken, belirli bir “alana”, sermaye piyasası ile ilgili olan kişilere açıklanmamış (Bereichsöffentlichkeit) olmasıdır.⁶² Burada gerekli ve yeterli olan sermaye piyasasıyla ilişkili olan belirsiz sayıda kişinin fiili olarak bilgiye erişebilecek olmasıdır.⁶³ Bu anlamda örneğın bilginin sınırlı sayıda katılımcının bulunduğu bir konferansta açıklanmış olması halinde, piyasada işlem yapan yatırımcıların bu bilgiye erişme olanağı ve fırsat eşitliği sağlanmamış olduğundan, kamuya açıklanmasından söz edilemeyecektir.⁶⁴ Yine bilginin bu suç anlamında kamuya açıklanmış kabul edilebilmesi için kamuyu aydınlatma ilkesi gereğince öngörülen usule uygun olarak yapılmış olması gerekmez. Her ne kadar Özel Durumlar Rehberi’nde “içsel bilginin kamuya duyurulmuş sayılabilmesi için, söz konusu bilginin Kurulun kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde yayımlanmış olması zorunludur”⁶⁵ denilmekteyse de usule uygun olarak bilginin yayımlanması kamuyu aydınlatma yükümlüğünün yerine getirilmesi şartı olarak anlaşılmalıdır. Usule uyulmamış olması halinde bu yükümlülüğün ihlali söz konusu olsa da bilgi içsel bilgi niteliğini kaybetmiş olacaktır.⁶⁶

Bilginin kamuya açıklanmış olduğunu kabul ederken, bunun duyurulma anı üzerinden piyasanın olağan akışına göre yatırımcıların bilgiden haberdar olmaları için gereken makul bir süre sonrası esas alınmalıdır; bu süre

⁵⁹ Assmann/Schneider/Assmann WpHG § 13 Rn.17.

⁶⁰ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 670 Rn. 35.

⁶¹ BaFin, Emittentenleitfaden Modul C, Stand 25 März 2020, s. 39; Özel Durumlar Rehberi, 2.4.

⁶² Schrank, s. 685 Rn. 17.17; Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 678 Rn. 57; Erman, s. 154.

⁶³ Nina Nestler, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, Berlin 2017, s. 262 Rn. 639.

⁶⁴ Nestler, s. 262 Rn. 642; Lücker, s. 55; Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 680 Rn. 61.

⁶⁵ Özel Durumlar Rehberi, 2.2.

⁶⁶ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 679 Rn. 59; Aksoy, s. 195.

içerisinde de suçun hala işlenebileceği kabul edilmelidir.⁶⁷ Zira fırsat eşitliğinin sağlanması açısından “muhtemel” olarak haberdar olmayı değil fakat, “fiili” olarak bilginin edinilebilir olmasını esas almak daha isabetli görünmektedir.⁶⁸

Doktrindeki bir görüşe göre tamamı henüz açıklanmamış olan bir bilginin önemli olmayan bir kısmının kamuya açıklanmış olması halinde, bilgi gizli bilgi olma özelliğini yitirecek ve artık bilgi suistimali suçu mümkün olmayabilecektir.⁶⁹ Daha isabetli görünen diğer bir görüşe göre, kamuya açıklanmamış olmasına rağmen bilginin tamamını kamuya açıklanmış kabul etmek, normla korunan hukuki menfaat açısından doğru bir değerlendirme değildir, zira açıklanmamış bilgi her halükârda fırsat eşitsizliği yaratacaktır.⁷⁰ Dolayısıyla bilginin kamuya açıklanmamış kısmı bakımından bilgi suistimali suçu söz konusu olabilecektir.⁷¹ Burada anılan ilk görüşte belirtildiği gibi bilginin yalnızca “önemsiz” bir kısmının açıklanmış olduğu hallerde, açıklanan kısmın başından itibaren içsel bilgi niteliği taşımadığı kabul edilmelidir, zira bu halde içsel bilginin diğer şartlarından olan fiyatlara etkili olma şartı “önemsiz” bir bilgi bakımından gerçekleşmemiş olacaktır. Öte yandan bilginin açıklanmamış kısmı bakımından içsel bilginin diğer şartlarını da taşıması halinde gizlilik özelliğini ve içsel bilgi niteliğini yitirmediği kabul edilmelidir.

c. Sermaye Piyasası Araçları veya İhraççılara İlişkin Olma

Kamuya açıklanmamış, kesin nitelikteki bilgi doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçlarına veya ihraççılara⁷² ilişkin olmalıdır (SerPK m. 106/I). 2499 sayılı Kanun m. 47/(A)-1 hükmünden farklı olarak 6362 sayılı Kanun’da, doktrinde ve AB mevzuatında aranan bu şarta isabetli olarak açıkça yer verilmiştir. Bu suretle öğretilde tartışmalı olan⁷³ sermaye piyasası veya ihraççılarla ilgili olmayan fakat devletin ekonomi, güvenlik veya dış politikasına ilişkin, *dolaylı olarak* sermaye piyasası araçlarının değeri üzerinde etkili olabilecek bilgilerin de içsel bilgi kapsamında değerlendirilmesine olanak tanınmıştır.⁷⁴

⁶⁷ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 679 Rn. 60; Lücker, s. 56; **Asuman Turanboy**, Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Ankara 1990, s. 63.

⁶⁸ Lücker, s. 56.

⁶⁹ Evik/Evik, s. 45.

⁷⁰ Usluadam, s. 243.

⁷¹ Usluadam, s. 243.

⁷² Doktrinde yapılan şirket bilgisi ve piyasa bilgisi ayırımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Aksoy, s. 189-195. Bu ayırma ilişkin detaylı açıklamalara kanunun ifadesinin sermaye piyasası araçlarına veya ihraççılara ilişkin bilgiler denilmek suretiyle kapsayıcı şekilde olması nedeniyle ayrıca yer verilmiştir.

⁷³ Evik/Evik, s. 45.

⁷⁴ Usluadam, s. 240, 241.

Kanunda sermaye piyasası araçları m. 1/(ş) hükmünde “*Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri*”⁷⁵ de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını...ifade eder” denilmek üzere tanımlanmıştır. Yine m. 1(h) hükmüne göre ihraççılar “*Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanuna tabi yatırım fonlarını...ifade eder.*”

Kişinin kendisinin ihraççı olduğu durumda kendi ticari planları ve işlem stratejilerine ilişkin bilgiler içsel bilgi niteliğinde değerlendirilemez,⁷⁶ BGH (Bundesgerichtshof, Alman Federal Temyiz Mahkemesi) da bir kararında isabetli olarak bu durumda bilginin içsel bilgi olabilmesi için gerekli olan “üçlü ilişkinin” bulunmaması gerekçesiyle bilginin içsel nitelikte olmadığını belirtmiştir.⁷⁷ Yine 596/2014 sayılı Tüzük gerekçesinin 54. paragrafında da ticari planların ve işlem stratejilerinin ancak üçüncü kişilere ait olması halinde içsel bilgi olarak değerlendirilebileceği, kişinin kendisine ait olması halinde bunların içsel bilgi niteliği taşımadığı belirtilmiştir. Bu husus hukuka uygun işlemlerin düzenlendiği Tüzük m. 9/V hükmünde tekrarlanmış, ancak f. VI hükmünde istisnai olarak yapılacak işlemin hukuka aykırı bir sebebe sahip olması hali öngörülmüştür. Hükümde içsel bilginin kullanılmasından söz edildiğinden, bu halde bilginin bu niteliğe sahip olduğunun kabul edildiği sonucu çıkarılabilmektedir.⁷⁸ Bu ayrım önemini özellikle şirketin ticari hamlelerinin tek kişi tarafından belirlendiği hallerde göstermektedir; örneğin

⁷⁵ SerPK m. 3/(o): “*Menkul kıymetler: Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirler dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını... ” (u): Türev araçlar: Aşağıda sayılan veya Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer türev araçları: 1) Menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçları, 2) Değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri, 3) Döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemleri... ifade eder.*”

⁷⁶ Wittig, §30 Rn. 60.

⁷⁷ BGH NJW 2004, 302 (303).

⁷⁸ Wittig, § 30 Rn. 60.

A şirketinde tek başına karar almasına olanak tanıyan hisse payına ve yetkiye sahip B'nin, X şirketinin satın alınmasına karar vermesi halinde bu kararı kendisine ait ticari bir plan olarak değil A şirketine ait bir ticari plan ve içsel bilgi olarak değerlendirilecektir. Bu halde her ne kadar kişinin bireysel olarak aldığı bir karara dayanan ticari işlem söz konusu olsa da artık kendisi, tüzel kişiliğe sahip A şirketi ve diğer tarafını kamunun oluşturduğu üçlü bir ilişki bulunmaktadır.

d. Fiyata Etkili Olma

Bilginin içsel bilgi olarak nitelendirilebilmesinin bir diğer koşulu ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte olmasıdır. Kanun koyucunun burada fiyat, değer ve yatırımcıların kararlarını etkileme kabiliyetini birbirinin alternatifi olarak saymış olması bunlarla farklı anlamların işaret edildiği sonucunu beraberinde getirmektedir. Ancak fiyat kavramı somut bir veriye işaret ederken değer kavramının belirlenmesinde esas alınması gereken bir husus olması açık değildir. Nitekim burada piyasa değerinden yola çıkılması gerektiği düşünüldüğünde bununla ifade edilenin “*bir varlığın, piyasada varlıkların değerini etkileyebilecek tüm bilgilere sahip, herhangi bir zorlayıcı etki altında olmayan, istekli bir alıcı ve satıcı arasında el değiştirdiği ‘fiyat’*”⁷⁹ olduğu kabul edildiğinde, sermaye piyasasında piyasa aracının değerinin göstergesinin, bunun piyasadaki fiyatı olduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla piyasa fiyatı üzerinde etki göstermeyen fakat aracın içsel değerinde etkisini gösteren bir bilginin, sermaye piyasası bakımından fiyatına yansımadağı sürece bir karşılığı olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle ekonomi bilimi çerçevesinde farklı içeriklere sahip olsa da suçun unsurlarına dahil olan bu kavramlara ayrı anlamlar atfetmek isabetli görünmemektedir. Yine yatırımcıların kararını ya da aracın fiyatını etkilemenin, alternatif olarak düşünülmesi de mümkün görünmemektedir; zira yatırımcıların kararlarının piyasa aracının fiyatına ve fiyatın gelişimine göre şekilleneceği düşünüldüğünde; bilginin, yatırımcıların kararlarını etkileme kabiliyetine sahipken fiyatı etkileme kabiliyetinin bulunmaması makul görünmemektedir. Bir diğer deyişle yatırımcının kararları üzerindeki etki her hâlükârda yatırımcının bu sermaye piyasası aracına ilişkin işlemleriyle, aracın fiyatına etkisiyle kendini gösterecektir. Kaldı ki piyasa dolandırıcılığı suçlarının düzenlendiği SerPK m. 107 hükmünde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda *sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve(ya) taleplerine* etkiden söz edilmişken, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda failin amacı *sermaye piyasası araçlarının değerlerini, fiyatlarını veya yatırımcıların kararlarını etkilemek* olarak

⁷⁹ **Murat Ertuğrul**, Değer-Fiyat Ayrımı ve İşletme Değeri: Kuramsal Bir Bakış, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, 3(2), s. 147.

belirlenmiştir.⁸⁰ Fiyat, değer ve yatırımcıların kararları kavramlarına farklı anlamlar yüklenmesi piyasa aracının fiyatını değil fakat değerini etkilemek amacıyla gerçekleştirilen işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı hareketlerinin suça vücut vermemesi şeklindeki isabetsiz sonuca götürecektir.⁸¹ Dolayısıyla bu kavramlara birbirinin alternatifi olarak ayrı anlamlar yüklenmesi isabetli görünmemektedir. Nitekim AB 2003/6 sayılı Direktif’inde de 596/2014 sayılı Tüzük’te de aracın değerine veya yatırımcının kararlarına etkiden söz edilmemiş, fiyat üzerindeki etki esas alınmıştır. Kanun koyucunun uluslararası ve diğer ülkelerdeki düzenlemelerden farklı olarak belirlediği esaslar daha fazla izaha ihtiyaç duymaktadır.

Bilginin fiyata etkili olabilecek nitelikte olmasından anlaşılması gereken, genel hayat tecrübesine göre sermaye piyasası aracının kurunu potansiyel olarak etkileyebilecek olmasıdır, somut olarak bu etkinin gerçekleşmiş olması şart değildir.⁸² Bu değerlendirme ex-ante olarak yapılmalıdır.⁸³ Doktrinde bu değerlendirmeyi yaparken objektif ve sübjektif kriterlerin birlikte göz önünde bulundurulması gerektiğinden bahsedilmiştir. Buna göre bilginin fiyata etkili olup olmadığı tespit edilirken makul yatırımcı objektif kıstası yanında failin sübjektif durumu, yani fiili işlerken bilgiye ilişkin değerlendirmesinin de esas alınması gerekmektedir.⁸⁴ Bilginin objektif olarak fiyatı etkilemeye elverişli olmaması halinde aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçun varlığı söz konusu olacaktır.⁸⁵

Bu görüşe işlenemez suça ilişkin tespitleri bakımından katılmakla birlikte, sübjektif ve objektif değerlendirmenin aynı anda yapılması gereken değerlendirmeler olarak ele alınmasının isabetli görünmediği belirtilmelidir. Objektif ve sübjektif değerlendirmenin aynı anda bilginin “içsel bilgi niteliğinin” belirlenmesinde yapılması, failin sübjektif tahayyülüne göre suçun maddi unsurunun belirlenmesi anlamına gelecektir. Failin bilgiye ilişkin sübjektif değerlendirmesi, içsel bilginin bir unsuru olarak ele alındığında; failin bilginin fiyatları etkilemeye elverişli olmadığını düşünmesinin bilginin içsel bilgi olarak değerlendirilmemesi sonucuna yol açacaktır. Ancak, bilginin içsel bilgi niteliğinde olup olmadığı sübjektif kıstastan ayrı objektif olarak tespit edilmesi gereken maddi unsura ait bir meseledir. Sübjektif değerlendirme suçun manevi unsuru kapsamında yapılması gereken bir değerlendirmedir.

⁸⁰ Dilek Özge Erdem, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Adalet Dergisi, 2020/2, s. 357.

⁸¹ Erdem, Piyasa Dolandırıcılığı, s. 257.

⁸² Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 682 Rn. 68.

⁸³ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 682 Rn. 68; bu esas kanunda belirtilmiş olmamakla beraber, AB 596/2014 sayılı Tüzük m. 7 hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁴ Usluadam, s. 241; Şenol, s. 138; Aksoy, s. 186.

⁸⁵ Şenol, s. 138.

Sübjektif ve objektif değerlendirmelerin bilginin içsel niteliğini belirleyici şekilde aynı anda yapılması, suçun manevi unsurunun maddi unsurunun içine dahil edilmesi şeklindeki tehlikeyi beraberinde getirir. Bir diğer deyişle, bilginin, fiyatı etkilemeye elverişli olup olmadığına suçun maddi unsuru bakımından incelenmesi gerekli olup, bu durum objektif bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu noktada makul yatırımcı ölçütünden⁸⁶ hareket edilerek, borsa uzmanı düzeyindeki değil fakat ortalama makul bir yatırımcının bilgiyi yatırım kararında esas alıp almayacağından yola çıkılmalıdır.⁸⁷ Failin, bilginin fiyatları etkilemeye elverişli olup olmadığına ilişkin tahayyülü ise suçun maddi unsuru kapsamında değil manevi unsuru, diğer bir deyişle failin kastı kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁸ Bu şekilde aşamalı olarak ex ante perspektiften yapılacak değerlendirme yargılama sürecinde geriye dönük olarak bakıldığında sonucun önceden öngörülebilir olduğuna ilişkin önyargının (*hindsight bias*)⁸⁹ ve özellikle menfaat unsurundan yola çıkarak suçun diğer unsurlarının varlığına dair önyargının önüne geçilmesi açısından da önem arz etmektedir. Nitekim önüne gelen olayda ex-post olarak değerlendirme yapan hâkim geriye dönük olarak baktığında içsel bilginin sermaye piyasası aracının fiyatına etkisi ve temin edilen menfaat hakkında somut verilere sahip olacak ve bu durum failin işlemi gerçekleştirirken bilginin etkisine ilişkin kasıtlı hareket ettiğine ilişkin önyargı tehlikesini beraberinde getirecektir.

Ceza hukukunda geçerli olan kastın fiilin gerçekleştiği anda mevcut olması prensibi (*Koinzidenzprinzip*)⁹⁰ gereğince failin bilginin fiyata etkisi üzerindeki sübjektif, fiilin işleniş esnasındaki tahayyülü esas alınmalı, bu değerlendirme suçun maddi unsuru kapsamında değil manevi unsuru kapsamında yapılmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinde aranan, bilginin sermaye piyasası araçlarının fiyatını *önemli* ölçüde etkilemesi koşulu Türk Hukuku'nda aranmamıştır, dolayısıyla kanunilik ilkesi göz önünde bulundurulduğunda bu şartın bilgi suistimali suçu bakımından önem taşımadığını söylemek mümkündür. Bu anlamda fiyatlar üzerindeki etkinin zayıf ya da düşük olması, diğer şartlarının bulunması halinde suçun gerçekleşmesine engel değildir.⁹¹

C. SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI

Yukarıda açıklandığı üzere somut varlığa sahip olmayan bilginin, suçun maddi konusu olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Bu

⁸⁶ AB 596/2014 sayılı Tüzük'ün m. 7/IV hükmü de bu yöndedir.

⁸⁷ Nestler, s. 263; Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 682 Rn. 68.

⁸⁸ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 682 Rn. 69.

⁸⁹ **Julian Spatz**, Die Insiderinformation bei der Unvorhersehbarkeit der Richtung der Kursauswirkung, Berlin 2018, s. 267.

⁹⁰ **Johannes Kaspar**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2017, § 5 Rn. 137.

⁹¹ Aksoy, s. 185.

anlamda bilgi suistimali suçunun maddi konusunu suç fiilinin üzerinde gerçekleştirildiği sermaye piyasası araçları olarak saptayan görüşler⁹² daha isabetli görünmektedir. Sermaye piyasası araçlarına, özellikle Türkiye Sermaye Piyasalarında en çok işlem gören yatırım araçları olan hisse senetleri ve tahviller örnek gösterilebilir.⁹³ Kanunda ise bu araçların neler olduğu tek tek sayılmamış, her türlü yatırım aracını kapsayıcı bir tanımlama yapılmıştır.⁹⁴ Ancak doktrinde kanunun bu araçların tanımına ilişkin m. 3/I-ş hükmünde “kurulca bu kanun kapsamında olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları” ifadesi yeterince açık ve belirli olmaması nedeniyle eleştirilmiş; kavramın kapsamını belirleme yetkisinin idareye verilmesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.⁹⁵ Öte yandan burada SerPK m. 106 hükmünün normatif bir unsuru olarak sermaye piyasası araçlarını, kanun koyucu kanunun başka bir maddesinde tanımlamış, yalnızca tek tek neler olduğu belirtilmemiştir. Böyle bir belirleme yapmak ise teknolojinin ve ekonomik ürünlerin son derece dinamik olduğu ve çeşitlilik gösterdiği günümüz dünyasında bir gereklilik olmadığı gibi son derece kısıtlayıcı nitelikte olacaktır. Düzenlemede bu şekilde tahdidi olarak sayma yoluna gidilmemesi, ekonominin dinamik, sürekli gelişen yönü ve zaman içerisinde farklı yatırım araçlarının piyasalara sunulması bir gerçeklik olarak göz önünde bulundurulduğunda yerinde görünmektedir. Yine sermaye piyasası araçlarının neler olduğunu belirleme yetkisine Sermaye Piyasası Kurulu’nun sahip olması da kanunilik ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Zira burada açık ceza normu niteliğinde bir hüküm söz konusu olup; kuralın içeriğini somutlaştıran düzenleyici işlemler de fiilin normatif bir unsurunu tanımlayan ceza normu niteliğindedir.⁹⁶

IV. FAİL

Fail, suçun aktif süjesi olup ceza hukukunda suç fiilini gerçekleştiren kişidir.⁹⁷ Cezalandırılabilir bir fiilin gerçekleşmesi suçun maddi ve manevi unsurlarının birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla davranışlarını belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirme yeteneğine, başka bir deyişle yönlendirici irade yeteneğine sahip olmayan tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün değildir.⁹⁸

⁹² Nestler, s. 251 Rn. 613; **Wabnitz/Janovsky/Schmitt/Gehrmann**, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2020, 11. Kapitel, Rn. 15; **Park/Hilgendorf/Kusche**, Kapitalmarktstrafrecht, s. 654 Rn. 4.

⁹³ Aksoy, s. 188.

⁹⁴ Bkz. IV. B. c) Sermaye Piyasası Araçları veya İhraççılara İlişkin Olma

⁹⁵ **Buminhan Duman**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2020, s. 104, 105.

⁹⁶ Güngör, Fiil, s. 120; Hafızoğulları, s. 282.

⁹⁷ Toroslu, Ceza Genel, s. 96.

⁹⁸ **Zeynel T. Kangal**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 126. Tüzel kişilerin

Bu durum suç ve cezanın şahsiliği ve kusur ilkesinin de doğal bir sonucudur.⁹⁹ Failin niteliğini esas alan ayrıma göre suçlar, özgü suçlar ve genel suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel suçlar, herkes tarafından gerçekleştirilebilen, genellikle kanunda “her kim” ifadesi kullanılarak failin belirtildiği suçlarken, özgü suçlar failin niteliğinin suçu işleyebilecek kişileri sınırlandırıcı olarak belirtildiği suçlardır. Özgü suçlar kendi içerisinde, failin niteliğinin suçun kurucu unsurları içerisinde yer aldığı gerçek özgü suçlar ve cezayı etkileyen bir hal teşkil ettiği gerçek olmayan özgü suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁰⁰ SerPK m. 106 hükmünde “a) *İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri*, b) *İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler*, c) *İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler*, ç) *Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler*, d) *Sahip oldukları bilginin bu fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler*” denilmek suretiyle faile ilişkin bir belirleme yapılmıştır. Hükümde bu şekilde sayılma yoluna gidilmesi ilk bakışta suçun özgü suç niteliğinde olduğu izlenimini yaratsa da (d) bendinde yapılan belirleme ışığında suçun herkes tarafından işlenebilen genel suç niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰¹ Bu şekilde öğretide bilgiyi görevi veya statüsü gereği doğrudan öğrenen kişilerle (birincil öğrenen, Primärinsider) doğrudan öğrenme imkânı olmamasına karşın bilgiyi bu kişilerden ya da herhangi bir şekilde edinen kişiler (ikincil öğrenen, Sekundärinsider)¹⁰² arasında hükmün uygulanması bakımından bir ayırım yapılmamıştır.¹⁰³

Kanun koyucu SerPK m. 106 hükmünde mülga SerPK m. 47/(A)-1’den farklı olarak tüzel kişi niteliğindeki ihraççıları suçun faili olabilecek birincil öğrenenler arasında saymamış, SerPK m. 114 hükmünde bu suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabileceğini öngörmüştür. Tüzel kişilerin, yukarıda açıklandığı üzere, fail olarak kabul edilemeyeceği düşünüldüğünde, bu kişiler hakkında söz konusu olacak yaptırımların ayrıca düzenlenmesi ve fail olabilecek kişiler arasında sayılmaması son derece isabetli görünmektedir.

ceza sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Devrim Aydın**, “Are There Any Suitable Sanctions New Forms of Corporate Offences”, *Regulating Corporate Criminal Liability* (Edt. Klaus Tiedemann-Joachim Vogel), İsviçre 2014, s. 313 vd., **Henry W. Edgerton**, “Corporate Criminal Responsibility”, *The Yale Law Journal*, Vol. 36(6), April 1927, s. 828 vd.

⁹⁹ Aydın, s. 313.

¹⁰⁰ Roxin, s. 339, 340; Kindhäuser, s. 68; özgü suçlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Eva Julia Krause**, *Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, Hamburg 2008, s. 31 vd.

¹⁰¹ Arslan/Özdemir, s. 407; Usluadam, s. 234; Aksoy, s. 150.

¹⁰² Turanboy, s. 74.

¹⁰³ Usluadam, s. 235; Şenol, s. 139.

V. FİİL: İÇSEL BİLGİYE DAYALI OLARAK İLGİLİ SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI İÇİN ALIM YA DA SATIM EMRİ VERMEK, VERİLEN EMRİ DEĞİŞTİRMEK VEYA İPTAL ETMEK VE BU SURETLE MENFAAT TEMİN ETMEK

Mülga SerPK m. 49/(A)/1 hükmünde düzenlenen içerden öğrenenlerin ticareti suçu, içsel bilgileri kendisi veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak suretiyle işlenmekteydi. Kanun koyucu doktrinde oldukça tartışmalı olan “işlem yapanlar arasında fırsat eşitliğini bozacak şekilde” ve “kullanmak” ifadelerine yürürlükteki kanun düzenlemesinde yer vermeyerek tipik hareketleri sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri vermek veya verilen emri değiştirmek ya da iptal etmek olarak sayarak, bağlı ve seçimlik hareketli bir suç tipi düzenlemiştir. Alım ya da satım emri vermek, verilen emri iptal etmek ya da değiştirmek ancak icrai hareketlerle gerçekleştirilebileceğinden suçun ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir.

Hükümde yapılan belirlemeyle yalnızca sermaye piyasasında işlem yapmak niteliğindeki hareketler tipik fiil kapsamında düzenlenmiş, içsel bilginin aktarılmasına bunlar arasında yer verilmemiştir. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere bakıldığında bilginin açıklanmasının da bilgi suistimali kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.¹⁰⁴ Nitekim mülga kanundaki düzenlemede yer alan “kullanmak” ifadesi çerçevesinde yalnızca piyasada işlem yapmanın değil; içsel bilginin menfaat karşılığı başkasına aktarılmasının da anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmiştir.¹⁰⁵ Bu anlamda yürürlükteki düzenleme gereğince sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmemesi ancak bilginin bir başkasına açıklanması veya bilgiye kamuya açıklanmasından önce aleniyet kazandırılması halinde bilgi suistimali değil fakat iştirak iradesine bağlı olarak bu suça yardım etme ya da diğer şartlarının da oluşması halinde TCK m. 239 hükmünde yer alan ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu söz konusu olabilecektir. Yine tek başına hukuka aykırı surette bilgiyi edinmek de bilgi suistimali suçunun oluşması bakımından yeterli değildir. Bu halde bilginin edinilmesinin başka bir suça (hırsızlık ya da bilişim sistemine girme gibi) vücut vermesi mümkündür.

¹⁰⁴ Rusya için bkz. **Alexander Anichkin/Yulia Prudnikova**, “Russia: Insider Trading Law Virtually here”, *Journal of Investment Compliance*, Vol. 12, 2011, s. 53; Avusturya Borsegesetz § 154; Almanya WpHG § 119 Abs. 3 Nr. 3; yine İngiltere’de Criminal Justice Act 1933 Part V 52 (2) (b); Avrupa Birliğinin Piyasaların Kötüye Kullanılmasına ilişkin Tüzük Nr. 596/2014 m. 10, 14 ile açıkça hukuka aykırı olarak içerden öğrenilen bilginin açıklanması yasaklanan fiiller arasında sayılmıştır.

¹⁰⁵ Evik/Evik, s. 42, 43; Aksi yönde Erman, s. 155.

Bilgi suistimali suçu, kişinin kendisine ya da bir başkasına menfaat temin edilmesiyle, içsel bilginin kamuya açıklanması ve sermaye piyasası aracının fiyatı üzerinde etkisini göstermesiyle tamamlanır; bu anlamda suç, zarar suçu niteliğinde neticeli bir suçtur.¹⁰⁶ Menfaat temininin gerçekleştiğinden söz edebilmek için failin mutlaka içsel bilgiye dayalı olarak kâr elde etmesi gerekmez, içsel bilgiye dayalı işlem yapılmasaydı ortaya çıkacak olan muhtemel bir zararın engellenmesi veya azaltılması da menfaat kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰⁷ Yine alım işlemlerine kârın realizasyonu, yani failin içsel bilgiye dayalı olarak alım yaptığı sermaye piyasası aracını satması, gerekmemektedir; aksi halde menfaat neticesinin gerçekleşmesi ve suçun tamamlanması failin yatırım tercihine bağlı olarak belirsiz bir sürece yayılmış olacaktır.¹⁰⁸

Kanun koyucu tipik hareketlerin gerçekleştirilmesi için emrin verilmesini veya bunun iptal edilmesini ya da değiştirilmesini yeterli görmüştür, ayrıca işleme dönüşmesini aramamıştır. Ancak menfaat temini, yani suçun neticesi ancak emrin işleme dönüşmesiyle mümkündür.¹⁰⁹ Kanun koyucu herhalde düzenlemede bu ifadeleri tercih etmekle bilgi suistimaline neden olabilecek hareketlerin erken evrelerinde engellenmesini amaçlamıştır. Esas itibarıyla kanun koyucunun bu amaçla düzenlemede işlem yapılmasını değil fakat emrin verilmesini tipik hareket olarak belirlediği düşünülürse, suçun tamamlanmasının menfaat neticesinin gerçekleşmesine bağlı tutulması isabetli görünmemektedir. Bu anlamda suçun, kanun koyucunun kanunun amaçları arasında belirttiği gibi, Avrupa Birliği mevzuatında öngörüldüğü şekilde tehlike suçu olarak düzenlenmesi; suçun tamamlanmasında emrin verilmesi değil fakat işlem gerçekleştirilmesinin, bir diğer deyişle alıcı ve satıcının piyasada eşleşerek borçlar hukuku anlamında sözleşmenin kurulmasının¹¹⁰ esas alınması, daha isabetli görünmektedir.

Doktrinde kanun koyucunun mülga kanundan farklı olarak mameleki bir yarar veya zarar ifadesi yerine menfaat teminini suçun neticesi olarak belirlemesinden yola çıkılarak, manevi menfaatlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekeceğinden bahsedilmiştir.¹¹¹ Bu anlamda salt rakibi alt etmek için hükümde sayılan tipik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle de menfaat temin edilebileceği ifade edilmiştir.¹¹² Ancak salt manevi menfaat sağlanan hallerde normla korunan hukuki değer, sermaye piyasasının güvenilirliğinin

¹⁰⁶ Aksoy, s. 207.

¹⁰⁷ Aksoy, s. 212.

¹⁰⁸ Aksoy, s. 211.

¹⁰⁹ Aksoy, s. 203.

¹¹⁰ Gehrmann, s. 113.

¹¹¹ Bu görüş için bkz. Usluadam, s. 244.

¹¹² Usluadam, s. 244.

ve hukuka uygun işlerliğinin ihlal edildiğini ve buna bağlı olarak yatırımcılar arasında bilgi eşitsizliğinden ileri gelen bir zararın ortaya çıktığını söylemek çok mümkün değildir. Bu anlamda kanun koyucu her ne kadar açıkça yalnızca mameleki menfaatten söz etmemişse de, hukuki konunun tipik fiilin unsurlarının yorumlanmasında esas alınması gerektiği¹¹³ göz önünde bulundurulduğunda menfaat unsurunun maddi nitelikte anlaşılması gerekmektedir.

VI. HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka uygunluk nedenleri suç olarak tanımlanan fiilin gerçekleştirilmesine kanunun izin verdiği istisnai haller olup, suçun oluşması olayda bu nedenlerin bulunmamasına bağlıdır.¹¹⁴ Doktrinde bilgi suistimali suçu bakımından TCK'da yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinden zorunluluk halinin¹¹⁵ (TCK m. 25/II), bilerek sebebiyet verilmeyen bir iflas tehlikesine karşı, konkordatoya başvurmak gibi başka hukuki çarelerin bulunmaması halinde uygulama alanı

¹¹³ Roxin, s. 14.

¹¹⁴ Toroslu, Ceza Genel, s. 131.

¹¹⁵ Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu çalışmada da esas alınan ve zorunluluk halinin esasını meşru savunmada olduğu gibi, kişinin kendini koruma içgüdüsünün hukuken tanınmasıyla, “zaruretin kanunu yoktur” prensibiyle açıklayan görüş, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir (bkz. Toroslu, Ceza Genel, s. 154). Buna karşın bu nedeni mazeret nedeni olarak kabul eden görüşler çerçevesinde, CMK m. 233/3'te yer alan zorunluluk hali içinde fiili gerçekleştiren kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceğine dair hükmün, zorunluluk halinin, kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedeni olarak düzenlendiğini ortaya koyduğu haklı olarak belirtmektedir (bkz. **Mahmut Koca/İlhan Üzülmaz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 346). Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin diğer bir görüşe göreyse, TCK m. 25/II hükmünde düzenlenen zorunluluk halinin hukuki niteliği somut olayda karşı karşıya kalan hukuki değerlerin birbiri karşısındaki konumuna göre belirlenmeli, korunan değer ihlal edilen değer karşısında üstünlük taşıdığı hallerde hukuka uygunluk nedeninden, diğer hallerde ise mazeret nedeninden söz edilmelidir (**Zeynel T. Kangal**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 482 vd.). Bu görüş ise doktrinde koşulları aynı şekilde düzenlenen bir hükümden nitelikleri ve sonuçları ayrı iki ayrı kurumun çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir (Koca/Üzülmaz, s. 347 dn. 998). Zorunluluk halinin mazeret nedeni olarak kabul edilmesinde esas alın CMK m. 223/3 hükmünde yer da yer alan düzenlemeye karşın kanun koyucu, TBK m. 63 hükmünde ise, zorunluluk halini açıkça hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ve hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin hukukun tüm alanları bakımından hukuka uygun kabul edilmesine yol açtığı göz önünde bulundurulduğunda ise, kanun koyucunun ceza hukuku açısından mazur gördüğü fiili, borçlar hukuku açısından hukuka uygun kabul ettiği şeklindeki değerlendirme, hukuka uygunluk nedenlerinin temel nitelikleriyle bağdaşmamaktadır (Koca/Üzülmaz, s. 266, 346, 347). Bu durum ise, doktrinde de haklı olarak eleştirildiği üzere zorunluluk halinin tutarlı ve kurumun Türk hukukunda yerleşik doktrin ve yargı uygulamasıyla bağdaşır bir şekilde düzenlenmediğini ne yazık ki ortaya koymaktadır (bkz. **Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 222).

bulabileceği ifade edilmiştir.¹¹⁶ Mağduru toplum olan bir suç olduğu için bilgi suistimali suçu bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin (TCK m. 26/II) uygulanması mümkün değildir; zira topluma ve devlete ait hukuksal menfaatleri koruyan suçlar bakımından rıza geçerli değildir.¹¹⁷

Bunun dışında özel hukuka uygunluk nedenleri olarak SerPK m. 108 hükmünde “ a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi” denilerek bilgi suistimali ve veya piyasa dolandırıcılığı sayılmayacak haller tahdidi olarak sayılmıştır. Hükümde (a) bendinde sayılan hallerde yetkili kişiler tarafından kamu politikası veya finansal istikrar amacıyla işlem yapılması TCK m. 24 hükmünde düzenlenen görevin ifası genel hukuka uygunluk nedeninin özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Yine (b) bendinde ortakların kendi paylarını satın almasına imkân tanınan istisnai haller ve (c) bendinde fiyat istikrarını sağlamak amacıyla işlem yapılabilmesine izin verilen haller hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin (TCK m. 26/1) özel birer düzenlemesi olarak değerlendirilebilir.

VII. MANEVİ UNSUR

SerPK m. 106 hükmünde yer alan bilgi suistimali suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli haline kanunda yer verilmediği için bu suçun taksirli olarak işlenebilmesi mümkün değildir. Kast, failin fiilin bilinmesi gereken tüm unsurlarını bilmesi ve istemesidir.¹¹⁸ Failin bilginin içsel bir bilgi olduğunu; söz konusu işlemin alım, satım emri niteliğinde ya da daha önce verilmiş olan bu emrin değiştirilmesi veya iptali niteliğinde olduğunu, yani bir sermaye piyasası işlemi olduğunu bilerek ve isteyerek hareket ettiği hallerde kasıtlı hareket ettiğinden söz edilecektir.

Bilgi suistimali suçunda failin kastı konusunda değinilmesi gereken önemli bir husus da Avrupa Adalet Divanı’nın Spector Photo Group¹¹⁹ ortaya koyduğu

¹¹⁶ Erman, s. 145, 156; aksi yönde Evik/Evik, s. 51.

¹¹⁷ **Meral Ekici Şahin**, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 123, 134.

¹¹⁸ Güngör, Fiil, s. 83.

¹¹⁹ Olayda Bekçikalı bir şirket olan Spector Photo Group NV, 2003 yılının Ağustos ayında ortalama 9,97 Euro fiyattan 20.000 kendine ait hisseyi geri satın alır; bu işleminden kısa bir süre

kast karinesidir. Mahkeme bu kararında birincil öğrenen niteliğindeki kişiler bakımından bilgiye sahip olması halinde yaptığı piyasa işlemlerinde bu bilginin esas alındığının aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edileceğini ve aksinin ispat edilebilir olması nedeniyle suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir. Esas itibarıyla bazı yazarlar tarafından kararın idari yargı kararı olması ve ispat yükümlüğüne ilişkin öngördüğü esasların ceza hukukuna doğrudan bir etkisi bulunmayacağı savunulmuşsa da¹²⁰ karşıt görüşteki yazarlarca Alman Hukuku bakımından Avrupa Birliği Hukukuna uygun yorum ilkesinin iç hukuk normları bakımından da geçerli olacağı fakat anayasal ilkelerin (hukuk devleti, suçsuzluk karinesi, şüpheden sanığın yararlanacağı ve kanunilik ilkesi) bunun sınırını çizdiği belirtilmiştir.¹²¹ Nitekim Türk Hukuku bakımından da anılan ilkeler ışığında salt bilgiye sahip olmak ve piyasada işlem yapmaktan yola çıkarak failin bilgi suistimali suçuna ilişkin kastının bulunduğu sonucuna ulaşılmasına ve bu ikisi arasında nedensellik bağı bulunmadığını kanıtlama yükümlülüğünün faile yüklenmesine imkân bulunmamaktadır.

Doktrinde birincil öğrenenler bakımından failin kanunda sayılan görev, statü veya durumlardaki kişilerden olması halinde, başka bir şart aranmaksızın bilginin içsel bilgi niteliğinde olduğunu bildiğinin (aksi ispat edilemeyen) kesin karine olarak kabul edileceği ifade edilmiştir; bir diğer deyişle ikincil öğrenenler bakımından geçerli olan bilmediğinin ya da bilmesi gerekmediğinin ispatı bu kişiler bakımından sorumluluğu kaldıran bir etkiye sahip olmayacaktır.¹²² Bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira suçun unsurlarından birinin bulunmasının diğerinin varlığına karine olarak kabul

sonra şirket ticari faaliyetlerine ve firma politikasına ilişkin 31 Aralık 2003 tarihi itibarıyla hisse senetlerinin fiyatının 12, 50 Euro'ya yükselmesine neden olan bilgileri kamuya açıklar. Bunun üzerine Belçika'da yetkili organlar tarafından şirket ve şirket yöneticisi hakkında bilgi suistimali suçunun işlendiği gerekçesiyle toplam 100.000 Euro tutarında para cezası uygulanır. Tarafların bu cezaya itirazı üzerine Belçika Temyiz Mahkemesinden Avrupa Adalet Divanına aktarılan dosyada temyiz mahkemesi, dönem itibarıyla yürürlükte olan AB Direktifi kapsamında Divan'dan piyasa işleminin gerçekleştirildiği esnada kişinin içsel bilgiye sahip olmasının tek başına direktif m. 2/1 anlamında içsel bilginin "kullanılması" anlamına gelip gelmediği konusunu açıklığa kavuşturmasını ister (bkz. Baedorff, s. 149, 150); EuGH NZG 2010, 107 vd.

¹²⁰ **Peter Optiz**, Der EuGH und die Unschuldsvermutung bei Insiderdelikten – Europa auf dem Wege in die Verdachtsstrafe? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23. 12. 2009 – C – 45/08, BKR 2010, 65 (74).

¹²¹ Aktaran: Baedorff, s. 156.

¹²² **Herbert Schimansky/Hermann-Josef Bunte/Hans-Jürgen Lwowski/Hopt/kumpan**, Bankrechts Handbuch, Band I, München 2017, § 107 Rn. 68; **Boris Washkowski**, Insiderhandel der Marktmissbrauchverordnung, Berlin 2019, s. 207; **Schwark/Zimmer/Kumpan/Schmidt**, Kapitalmarktrechtskommentar, München 2020, VO (EU) 596/2014 § 8 Rn. 32.

edilmesi ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi (TCK m. 2, Anayasa m. 38) karşısında mümkün değildir. Esas itibarıyla SerPK'daki düzenlemeye de kaynak olduğu düşünülen AB 2003/6 sayılı Direktif'te (m. 2), AB 596/2014 sayılı Tüzük'te (m. 8) bilgiye sahip olmaya karşılık "possess", "verfügen" ifadeleri kullanılmıştır; bunlardan anlaşılması gereken; bilginin görevi, statüsü ya da durumu gereğince hâkimiyeti altında bulunduğu kişilerdir. Örneğin kapalı bir zarfta bilgi kendisine iletilen yönetici, bu bilgi üzerinde hâkimiyete sahiptir ve bu hâkimiyetle görevi arasında nedensellik bağı bulunmaktadır; ancak bilginin içeriği ve niteliği henüz bu kişinin bilgisi dahilinde değildir.¹²³ Anılan görev, statü ya da durumlar bilgiye sahip olmanın gerekçesini oluşturup bu ikisi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır, dolayısıyla birincil ya da ikincil öğrenen olduğu fark etmeksizin kişinin bilginin niteliğini ya da içeriğini bilmemesi ya da hataya düşmesi mümkündür. İlk halde tipik fiilin gerçekleştiğinden, failin bilginin niteliğine ilişkin hatası halinde ise kastının bulunduğundan söz edilemeyecektir.¹²⁴

Failin işleme konu aracın, sermaye piyasası aracı niteliği üzerinde hataya düşmesi ve sermaye piyasası aracı olmayan bir ekonomik değere ilişkin, içsel bilgiye dayalı olarak emir vermesi veya emri değiştirmesi ya da iptal etmesi halinde konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs, untauglicher Versuch) söz konusu olacak¹²⁵, kanunilik ilkesi gereğince¹²⁶ tipik fiilin gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin açık hüküm bulunmadığı için failin cezalandırılmasından söz edilemeyecektir.

Doktrinde hükmün (d) bendinde bilginin içsel bilgi niteliğinde olduğunu "*ispat edilmesi halinde bilmesi gereken*" kişilerin cezai sorumluluğunun öngörülmesiyle objektif sorumluluğa¹²⁷ yol açabilecek bir düzenleme yapılması eleştirilmiştir.¹²⁸ 2499 sayılı Kanun'un 47/(A)-1 hükmünde bu düzenlemenin karşılığı olarak görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler denilmekteydi. 6362 sayılı Kanun'da farklı şekilde düzenlenmesinin nedeni Avrupa Birliği tüzük ve direktifleriyle uyum sağlanması amacından kaynaklı görünmektedir. Zira AB 596/2014 sayılı Tüzük'ten önce yürürlükte olan AB 2003/6 sayılı Direktif m.

¹²³ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 724 Rn. 27.

¹²⁴ Lücker, s. 121; Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 725, 738, 739, Rn. 27-29, 79, 80.

¹²⁵ Güngör, Fiil, s. 124.

¹²⁶ Güngör, Fiil, s. 127.

¹²⁷ Objektif sorumluluk hakkında detaylı bilgi için bkz. **Muharrem Özen**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, s. 77 vd.

¹²⁸ Aksoy, s. 173.

4'te insider muameleleri gerçekleştirmeye ilişkin yasağın, bilginin içsel bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişiler hakkında da geçerli olacağı belirtilmekteydi. Bu düzenlemeye yürürlükte olan AB 596/2014 sayılı Tüzük m. 8/IV hükmünün ikinci cümlesinde de yer verilmiştir. Düzenlemeye ilişkin olarak Alman doktrininde yapılan açıklamalara bakıldığında hükümle fail çevresini geniş tutmanın ve tesadüfen öğrenenleri de ikincil öğrenen olarak sorumlu tutmanın amaçlandığı görülmektedir.¹²⁹ Birincil öğrenenler bilgi suistimali yasağına belirli meslek görev veya statülerde olmaları ya da suç dolayısıyla bilgiyi edinmiş olmaları nedeniyle tâbidir ve bu kişilerin içsel bilgiye sahip olmaları ile gerçekleştirdikleri işlem arasındaki nedensellik bağının tespiti ikincil öğrenenlere kıyasla daha kolaydır. Ancak yine bu kişiler bakımından kümülatif olarak kişiye bağlı şartın (görev, statü ya da suç dolayısıyla erişim) ve nesnel/konuya ilişkin şartı (bilgiye sahip olma) ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir, aksi halde bu kişiler ikincil öğrenen olarak değerlendirilmelidir.¹³⁰

Buna karşın ikincil öğrenenlerin bilgiyle aralarında birincil öğrenenlerde olduğu gibi doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır; bu bağlantının saptanması da birincil öğrenenlere kıyasla daha zor olduğundan kanun koyucu bilgiye sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, bunun içsel bilgi niteliğinde olduğunun bilinmesi gerekmesini ispat bakımından yeterli kılmış görünmektedir. Dolayısıyla bu ifadeyi suçun manevi unsurunun aranmadığı şeklinde değil fakat ispata yönelik bir belirleme olarak anlamak daha isabetli görünmektedir.

Hangi koşullarda kişinin “bilmesi gerektiğinden” söz edilebileceği net değildir; Alman hukukunda bir görüşe göre burada kişinin basit taksiri aranmalıdır.¹³¹ Diğer bir deyişle, failin taksirli olarak bilginin içsel bilgi niteliğinde olmadığını bilmemesi (gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek olması) halinde bilmesi gerektiği kabul edilecektir.¹³² Basit taksirden daha fazlasının aranması gerektiğini kabul eden bir görüşe göre burada ağır ihmal (culpa lata-Leichtfertigkeit) aranmalı, failin bilmemesinin dikkat ve özen kurallarına ağır ve bariz aykırılıktan ileri gelmiş olması gerekmektedir.¹³³

Ancak taksirin yeterli olacağının kabulü, yalnızca kanunda buna ilişkin açık düzenleme bulunan hallerde mümkündür; “bilmesi gereken” ifadesi tek başına taksire işaret eder görünse de Alman hukukunda ağır ihmal dolayısıyla bilgi suistimali suçunun yalnızca bilginin bir başkasına açıklanması şeklinde

¹²⁹ Park/*Hilgendorf/Kusche*, Kapitalmarktstrafrecht, s. 734 Rn. 62.

¹³⁰ Park/*Hilgendorf/Kusche*, Kapitalmarktstrafrecht, s. 734 Rn. 28; **Heinz-Dieter Assmann/Rolf A. Schütze/Petra Buck-Heeb/Buck-Heeb**, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 2020, §8 Rn.138, 139.

¹³¹ Washkowski, s. 207.

¹³² Schwark/*Zimmer/Kumpan/Schmidt*, VO (EU) 596/2014 § 8 Rn. 32.

¹³³ **Claus Wilhelm Canaris/ Mathias Habersack/Carsten Schäfer/ Grundmann**, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Band 11/1, Berlin/Boston 2017, s. 384 Rn. 376.

gerçekleşen haline ilişkin olarak düzenlenmesinden yola çıkılarak, işlem yapma şeklindeki diğer tipik hareketlerde söz konusu olamayacağı belirtilmiştir.¹³⁴

SerPK m. 106 hükmünde “bilmesi gereken” ifadesinin açıkça tüm seçimlik hareketlere ilişkin olarak düzenlenmiş bulunmasının kaynağını AB 2006/6 sayılı Direktif m. 4’te yer alan bu ifadenin bilginin bir başkasına verilmesine ilişkin hareketi de kapsayacak şekilde tüm hareketlere yönelik olarak düzenlenmesinin teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Alman hukukunda da bilgi suistimali suçuna ilişkin ceza normunun 2016 yılına kadar yürürlükteki eski halinde de işleme dayalı şekilde bilgi suistimali suçunun ağır ihmal göstererek işlenmesinin cezalandırılacağı düzenlenmekteydi. Buna karşın suçun kasıtlı halinde ceza 5 yıla kadar hapis cezası ya da para cezası olarak düzenlenmekteydi (§ 38 I WpHG), taksirli halinde ceza bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmekteydi (§ 38 IV WpHG). Nitekim düzenlemenin son halinde kastın aranmadığına ilişkin bu halde değişiklik yapılarak bilgi suistimali suçunun işlem yapmak suretiyle işlenmesi bu kapsamdan çıkarılarak yalnızca bilginin açıklanması, bir başkasına verilmesi ağır ihmal nedeniyle cezalandırılabilir bir hal olarak düzenlenmiştir.¹³⁵ SerPK m. 106 hükmünde ise ne hareketlere ne de cezaya ilişkin böyle bir ayrıma yer verilmemiş olması karşısında hükümde geçen “bilen” ifadesi “kesin bilgi”nin (sicheres Wissen) gerektiği doğrudan kast (dolus directus zweiten Grades);¹³⁶ bilmesi gereken ifadesi ise olası kast olarak anlamak gerekmektedir. Failin kastının tipik fiilin objektif tüm unsurlarını kapsaması gerektiğinden içsel bilgi niteliğinin en azından olası kastla bilinmemesi gerekmektedir. Bu anlamda failin örneğin tesadüfen öğrendiği bilginin henüz kamuya açıklanmamış bir bilgi olabileceğini öngörmesine rağmen bu durumu kabullenerek hareket etmesi halinde olası kastından söz edilebilecektir.¹³⁷ Ancak içsel bilginin unsurlarından olan bilginin fiyat üzerindeki etkisini failin bildiğini, bu etkinin nasıl olacağının çok açık olmadığı hallerde ispat etmek kolay değildir; dolayısıyla fiyat üzerindeki etkiye ilişkin failin bilgisi olduğunun kabul edilebilmesi için failin yalnızca içsel bilgiye özelliğini, önemini kazandıran hususları bilmesi ve bunların fiyat üzerinde etkili olabileceğini öngörmesi ve olası kast halinde bunu kabullenerek, doğrudan kastta ise isteyerek hareket etmesi gerekir.¹³⁸

Öte yandan failin bilginin bu nitelikte olduğunu bilmesi gerekmediğini ispat yükümlülüğü olmayıp, bilmesi gerektiği ispatlanmadığı takdirde şüpheden yararlanacağı kabul edilmedir. Hükümde “*ispat edilmesi halinde*” denilerek

¹³⁴ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 702 Rn. 49.

¹³⁵ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 702 Rn. 49.

¹³⁶ Washkowski, s. 208.

¹³⁷ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 702 Rn. 51.

¹³⁸ Park/Hilgendorf/Kusche, Kapitalmarktstrafrecht, s. 702 Rn. 51.

sadece ceza muhakemesinde geçerli olan temel kural tekrarlanmıştır; bu ifadenin bir “ispat karinesi”¹³⁹ olarak yorumlanması isabetli görünmemektedir.

Suçun manevi unsuru kapsamında sorunlu olan noktalar esas itibarıyla Avrupa Adalet Divanı’nın Spector Photo Group kararında ve Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından 596/2014 sayılı Tüzük gerekçesinin 24. paragrafında ortaya konulduğu gibi, içsel bilgiye doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olmakla sermaye piyasasında yapılan işlemler arasında aksi ispat edilebilir bir nedensellik ve kast karinesi kurulmasının amaçlanmasından kaynaklanır görünmektedir. Bu amaç, bilgi suistimalini yasaklayan düzenlemelerde de birincil ve ikincil öğrenenler bakımından yukarıda açıklanan yorum sorunlarını; objektif sorumluluk tartışmasına kapı aralayan ve ceza hukuku tekniği açısından sorunlu ifadeleri beraberinde getirmektedir.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. TEŞEBBÜS

Bilgi suistimali suçu neticeli bir suç olup menfaat temin edilmesiyle suç tamamlanır. Suçun icrai hareketleri failin alım, satım, değiştirme ya da iptal etme emri vermesiyle gerçekleştirilir; failin icrai hareketi tamamladığından söz edebilmek için ayrıca verilen emrin işleme dönüştürülmesine gerek yoktur.¹⁴⁰ Bu anlamda failin elinde olmayan sebeplerle icrai hareketleri tamamlayamaması ya da icrai hareketlerin tamamlanmasına rağmen menfaat neticesinin gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsten söz edilecektir. Bir diğer deyişle failin emir vermesine rağmen elinde olmayan nedenlerle bu emrin işleme dönüşmemesi ya da işleme dönüşmesine karşın menfaat neticesinin gerçekleşmediği durumlarda TCK m. 35 gereğince suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Kanunda her ne kadar emrin işleme dönüşmesi icra hareketlerinin tamamlanması bakımından aranmasa da neticenin gerçekleşmesi için tek başına emrin verilmesi yeterli değildir ayrıca işleme dönüşmesi gereklidir.¹⁴¹ Failin emri verdiği fakat bu emrin işleme dönüştürülmediği durumlara, yetkili kuruluşun bu emirden şüphelenmesi ya da failin hesap limitinin yetersiz olması veya başka bir gerekçeyle bu emri işleme dönüştürememesi; yetkili kuruluşun emri kabul etmesine rağmen internet hesabı üzerinden gerçekleştirilen işlemlerde bu emrin teknik nedenlerle borsa sistemine aktarılamaması gibi haller örnek gösterilebilir.¹⁴²

Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere sermaye piyasası aracının değerinin içsel bilginin kamuya açıklanmasından önce yapay olarak değiştirilmesi mümkündür. Bu halde içsel bilgi açıklandığında sermaye

¹³⁹ Bu yöndeki görüş için bkz. Usluadam, s. 237.

¹⁴⁰ Aksoy, s. 209.

¹⁴¹ Aksoy, s. 209.

¹⁴² Aksoy, s. 214.

piyasası aracının fiyatına yansımaması mümkün olduğu gibi manipülatörler tarafından ilgili sermaye piyasası aracının satılarak içsel bilginin fiyata tam tersi şekilde yansımaması, yani fiyatın düşürülmesinin sağlanması da söz konusu olabilir.¹⁴³ Bu halde de menfaat neticesinin gerçekleşmemesi nedeniyle suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.¹⁴⁴

Failin içsel bilgiye dayalı olarak yetkili kuruluşa işlem emri verdiği fakat menfaat temin etme imkânına sahip olmasına rağmen kendi iradesiyle, bunu istemeyerek neticenin gerçekleşmesini önlemek üzere emri iptal etmesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır.¹⁴⁵ TCK m. 36 gereğince bu halde failin bu zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler başka bir suça vücut vermediği takdirde fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmayacaktır.

B. İŞTİRAK

Bilgi suistimali suçu suça iştirak bakımından bir özellik göstermez. Suça katılmanın her şekli mümkündür. İçsel bilginin birincil öğrenenler tarafından üçüncü bir kişiye birlikte suç işleme kararının icrası kapsamında aktarılması halinde, fiil üzerinde hâkimiyet sahibi birincil öğrenen ve ikincil öğrenen müşterek fail¹⁴⁶ olarak sorumlu olacaktır. Birlikte suç işleme kararının bulunmaması ya da bilgiyi aktaran kişinin fiil üzerinde hakimiyetinin bulunmaması, hareketinin yalnızca işlemi gerçekleştiren kişiye bilginin iletilmiş olması halinde, bu kişinin içsel bilgiye dayalı olarak işlem yapabileceği öngörülmüş ve bunun kabullenilmiş olması (en azından olası kastla hareket edilmiş olması) halinde yardım eden olarak sorumluluk söz konusu olacaktır.

Doktrinde bilgi suistimali suçuna yardım eden olarak katılmanın mümkün olduğu bir diğer duruma, işlem emri veren fail ile işlem emrinin iletildiği yetkili kuruluş görevlileri arasında iştirak ilişkisi bulunma hali örnek gösterilmiştir.¹⁴⁷ Ancak aracı kurum görevlisinin suça fail olarak mı şerik olarak mı katıldığı her somut olay bakımından iştirak iradesinin görünüm biçimine ve fiil üzerinde hâkimiyetin bulunup bulunmadığına bakılarak belirlenmelidir. Bu anlamda failin işlem emrini, bunun bilgi suistimali suçunun icrası kapsamında verildiğini bilerek işleme dönüştürüp, buna aracılık eden yetkili kuruluş görevlileri suçun işlenişindeki katkısına -fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyete sahip olup olmadığına- ve birlikte suç işleme kararının varlığına bağlı olarak müşterek fail veya yardım eden olarak sorumlu olabilecektir.

Doktrinde içsel bilgiye dayalı olarak bir başkasının hesabı üzerinden işlem yapılması halinde dolaylı failliğin söz konusu olacağı ve hesabını bu

¹⁴³ Aksoy, s. 212.

¹⁴⁴ Aksoy, s. 212.

¹⁴⁵ Aksoy, s. 215.

¹⁴⁶ Kaspar § 6 Rn. 19, 24.

¹⁴⁷ Aksoy, s. 226.

kişinin kullanımına sunan kişinin yardım eden olarak (TCK m. 39) sorumlu olabileceği belirtilmiştir.¹⁴⁸ Ancak dolaylı fail, suçun işlenişinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi olup (TCK m. 37/II); araç olarak kullanılan kişi isnat yeteneği bulunmayan veya olayda kendisi bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunan ya da kast veya taksirle hareket etmeyen ve bu nedenle esas itibarıyla fiil üzerinde hâkimiyeti bulunmaması nedeniyle sorumluluğu bulunmayan kişidir.¹⁴⁹ Bu şekilde bir başkasının hesabının kullanılması halinde hesabı kullanan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olurken, hesabı kullanılan kişinin şerik olarak sorumlu tutulması isabetli değildir. Bu halde hesabını işlemi gerçekleştiren kişinin kullanımına sunan kişi; hakkında anılan nedenlerden birinin bulunmaması halinde ve yardım etme iradesinin varlığı durumunda yardım eden olarak; birlikte suç işleme kararının ve fiil üzerindeki hakimiyetinin varlığı halinde müşterek fail olarak suça iştirak ederken, hesabı kullanarak işlem yapan kişi doğrudan fail olarak sorumlu olacaktır.

Yine insider muamelesi gerçekleştirme kararına sahip olmayan failin bu kararı vermesine neden olan ve bu şekilde suçun ilk ve etkili psikik nedeni oluşturan kişi azmettiren olarak değerlendirilecektir (TCK m. 38/I).¹⁵⁰

C. İÇTİMA

Bilgi suistimali suçunun bir başka suç ile araç suç-amaç suç ilişkisi içinde gerçekleştirilmesi ya da içsel bilginin edinilmesi amaçlanmadığı halde tesadüfen, işlenen suç dolayısıyla bilginin edinilmesi ve bu bilgiye dayanılarak sermaye piyasasında işlem yapılması halinde gerçek içtima söz konusu olacak ve fail her iki suçtan ayrı sorumlu tutulacaktır. Bu durum özellikle suç dolayısıyla bilgiye sahip olan birincil öğrenenler (*kriminalinsider*) bakımından söz konusu olacaktır.

Daha önce belirtildiği gibi bu suç, mağduru muayyen bir suç olmayıp, suçun mağduru toplum olduğundan TCK m. 43/1 hükmünün son cümlesinde öngörülen zincirleme suça ilişkin kuralın uygulanması mümkün değildir.¹⁵¹

¹⁴⁸ Aksoy, s. 225.

¹⁴⁹ Kaspar §6 Rn. 38 vd.

¹⁵⁰ Toroslu, Ceza Genel, s. 309.

¹⁵¹ Mağduru toplum olan suçlarda zincirleme suça ilişkin TCK m. 43/1 son cümle hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hükmün gerekçesinde de belirtilen ve doktrinde de benimsenen bir görüşe göre zincirleme suça ilişkin bu hüküm, mağdurun toplum olduğu suçlarda uygulanmalıdır (bkz. **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku, Ankara 2017, s. 631). Ancak gerekçe hükmü metnine dahil olmadığı gibi yalnızca yol gösterici niteliktedir. Buna karşın gerekçede yer alan bu ifade doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, hükmün gerekçede açıklanan biçimde anlaşılması halinde mağdurun toplum olduğu tüm suçlarda ortada yalnızca bir suç bulunmasına rağmen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına neden olunacağı belirtilmiştir; nitekim mağdurun toplum olduğu suçlarda toplumu oluşturan fertlerin her biri mağdur değil suçtan zarar görendir; bu suçlarda mağdur bir bütün olarak “toplum”dur (**Türkân Yalçın Sancar**, Yeni Türk Ceza Kanununda “Zincirleme Suç”, TBBD, S. 70, Y. 2007, s. 256, 257). Bu anlamda TCK m.

Failin hükümde sayılan seçimlik hareketlerden hepsini ya da birkaçını gerçekleştirmesi halinde zincirleme suç değil tek bir suç söz konusu olacaktır. Örneğin failin önce emir vermesi, ardından bu emri değiştirmesi ya da iptal etmesi halinde tek bir fiilin parçalarını oluşturan hareketler ve tek bir suç söz konusu olacaktır.¹⁵² Ancak failin farklı zamanlarda farklı içsel bilgileri kullanarak işlem yapması halinde birden fazla fiilin ve suçun varlığından söz edilecektir. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, sahip olduğu içsel bilgileri kullanarak farklı zamanlarda, bilgi suistimali suçunu işlemesi halinde ceza, zincirleme suça ilişkin hükümlere göre belirlenmelidir.¹⁵³ Failin, örneğin aynı şirkete ait hisse senedine ilişkin olarak farklı zamanlarda ve farklı içsel bilgileri kullanarak kazanç sağlaması halinde de birden fazla fiil ve suç söz konusu olacaktır. Burada suçun aynı sermaye piyasası aracı üzerinde işlenmiş olması, tek bir fiil ve suç olduğu anlamına gelmeyecektir; bu halde de suçların bir suç işleme kararın icrası kapsamında işlenmesi halinde ise zincirleme suç söz konusu olacaktır.

Bilgi suistimali suç, özel norm niteliğinde olup diğer suçlarla fikri içtima ilişkisi halinde bulunması olası görünmemektedir.¹⁵⁴

IX. SUÇUN MUHALEMESİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

A. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Sermaye piyasası suçları bakımından SerPK m. 116 hükmünde CMK'da yer alan genel hükümlerden farklı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre CMK m. 8, 12 hükümleri gereğince geçerli olan suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olacağı kuralına SerPK ile istisna getirilerek, Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından görevlendirilen asliye ceza mahkemelerinin yetkili olacağı belirtilmiş, kurulun 1. dairesinin 09.05.2013 tarihli, 864 sayılı kararı ile İstanbul 3. Asliye Ceza Mahkemesi yetkili ve görevli mahkeme olarak tayin edilmiştir.

SerPK'da yetkili ve görevli mahkemeye ilişkin bu düzenlemeye karşın, soruşturmayı hangi savcılığın yapacağına ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Bu noktada doktrinde soruşturma işlemlerine yönelik uygulamanın SPK tarafından suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcılığına

41/3 hükmünde yer alan bu düzenleme mağdurun toplum olduğu suçlara ilişkin olarak değil fakat madde hükmünde de belirtildiği gibi “mağdurun belli bir kişi” olmadığı, hareketin birden fazla kişiye yöneldiği ve bu kişilerin bir topluluk, kalabalık bir grubu oluşturduğu ve failin hareketini bu topluluğa yönelik olarak gerçekleştirdiği hallerde uygulanmalıdır (Yalçın Sancar, s. 257).

¹⁵² Aynı yönde bkz. Aksoy, s. 223.

¹⁵³ Ancak burada failin suç işleme kararında birliğin mevcudiyetine bakılmalıdır. Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bilgi suistimali suçunu gerçekleştirmiş olmaması halinde zincirleme suç söz konusu olamayacaktır (ayrıca bkz. Aksoy, s. 223).

¹⁵⁴ Evik/Evik, s. 55.

yapılan yazılı başvuruyla gerçekleştiği, sermaye piyasasına özgü suçlar bakımından suçun işlendiği yer olarak işlemlerin gerçekleştirildiği yer olarak Borsa İstanbul'un bulunduğu idari alanın dikkate alındığı, dolayısıyla bu suçlar bakımından yapılan soruşturmaların İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Ekonomik Suçlar Bürosu tarafından yürütüldüğü belirtilmiştir.¹⁵⁵

B. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

SerPK m. 115/1 hükmü ile bu kanunda düzenlenen suçlar bakımından SPK tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartı aranmış, bu başvurunun muhakeme şartı olduğu belirtilmiştir. Ancak hükümde, SPK'nın yazılı başvuruda bulunup bulunmama konusunda takdir yetkisine sahip olup olmadığı hususu açıkça belirtilmemiş, yalnızca soruşturma yapılmasının bu yazılı şartın bulunmasına bağlı olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁶ SPK ise, 2015 yılında düzenlediği faaliyet raporunda “*SPK, yaptığı inceleme ve denetimler sonucunda ulaştığı tespitleri, olayın bütünlüğü, menfaatler dengesi, Kanunun geneli ve kamu yararı açısından değerlendirerek, kovuşturmaya geçilmesinde kamu yararı varsa Savcılığa başvuruda bulunmaktadır. Cumhuriyet Savcıları, Kanuna aykırılık oluşturan fiilleri Kurulumuz dışı bir kanalla öğrenmeleri halinde dahi, durumu Kurula intikal ettirerek inceleme istemektedirler.*”¹⁵⁷ demek suretiyle suç duyurusunda bulunup bulunmamak hususunda olayın bütünlüğü, menfaatler dengesi, kanunun geneli ve kamu yararı açısından değerlendirerek suç duyurusunda bulunmak hususunda takdir yetkisini haiz olduğu ifade etmiştir. Bu durum doktrinde isabetli olarak SPK'da yetkili görevlilerin, kamu yararı veya sair bir gerekçeyle suç duyurusunda bulunmaktan imtina etmesinin TCK m. 257 hükmünde düzenlenen görevi kötüye kullanma veya m. 279 hükmünde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu kapsamında değerlendirilebileceği belirtilerek eleştirilmiştir.¹⁵⁸

Bu noktada son olarak belirtilmelidir ki SerPK m. 115 hükmünde düzenlenen muhakeme şartı, diğer muhakeme şartları olan şikâyet, talep ve izin şartlarından farklı sui generis niteliktedir.¹⁵⁹ Zira, TCK m. 73 gereğince şikâyet fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde yapılması gerekirken, şikâyetten vazgeçme ve şikâyeti geri alma mümkünken, SPK'nın yazılı başvurusu bakımından herhangi bağlayıcı bir süre öngörülmediği gibi kurula geri alma ve vazgeçme yetkisi de tanınmamıştır.¹⁶⁰ Yine talep koşulunda devletin yetkili organının talebi üzerine Cumhuriyet savcılığınca dava açılması zorunluysa ve izin koşulunda savcılığın izin talebinde bulunması gerekirken,

¹⁵⁵ Aksoy, s. 235.

¹⁵⁶ Aksoy, s. 237.

¹⁵⁷ <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/5> (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

¹⁵⁸ Aksoy, s. 237.

¹⁵⁹ Aksoy, s. 240.

¹⁶⁰ Aksoy, s. 239.

SPK'nın yazılı başvurusu üzerine savcılığın soruşturma başlatma zorunluluğu bulunmadığı gibi izin talebinde bulunması da söz konusu değildir.¹⁶¹

SONUÇ

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen bilgi suistimali suçunun, hukuki konusunu sermaye piyasasının işlerliği ve güvenilirliğinin korunması oluşturmaktadır. Bu anlamda hukuki konunun hamili olarak suçun mağduru toplumdur. Tipik hareketin üzerinde husule geldiği varlık olarak suçun maddi konusunu sermaye piyasası araçları teşkil etmektedir. Hükümde görev veya statüleri ya da suç dolayısıyla bilgiye sahip olanlar ve bunlar dışında herhangi bir şekilde sahip olanlar olmak üzere suçun faili olabilecek kişiler iki gruba ayrılarak düzenlenmiştir. Bu iki grup arasında suçun müeyyidesi bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucu bilgiye herhangi bir şekilde sahip olan kişilerin de bilgi suistimali suçunu işleyebileceklerini belirterek suçu özgü olmayan, herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlemiştir.

Suç bağlı, seçimlik hareketli ve neticeli bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Menfaat temini neticesinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olacaktır. Failin elinde olmayan sebeplerle icrai hareketleri tamamlayamaması ya da neticenin gerçeklememesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda bu suç ve piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından 108. maddede özel hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Kanunda özel kast aranmadığından genel kastla işlenebilen bir suçtur.

Hükümde sayılan seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç söz konusu olmayıp tek fiil ve tek suç bulunacaktır. Suçun mağduru toplum olup, mağduru muayyen nitelikte olmadığından zincirleme suça ilişkin TCK m. 43/I son cümlesinde öngörülen halin uygulanması mümkün değildir. Failin bilgiye bir suça bağlı olarak sahip olması halinde bilgi suistimali ve bu suçtan sorumluluğu hakkında gerçek içtimaya göre ceza belirlenecektir.

Suçta katılma hakkında genel iştirak kuralları geçerli olup, bilgi suistimali suçu bu açıdan bir özellik arz etmez.

SerPK m. 106 hükmü özel hüküm niteliğinde olup, diğer suçlarla fikri içtima ilişkisi içinde olması mümkün görünmemektedir.

Kanun koyucu bilgi suistimali suçunun muhakemesine ilişkin olarak CMK'da yer alan genel kurallardan ayrılarak görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde HSK'nın yetkili olacağını belirtmiş, Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma başlatılmasını SPK'nın yazılı başvurusunun bulunması muhakeme şartına bağlı kılmıştır.

¹⁶¹ Aksoy, s. 239, 240.

KAYNAKÇA

- Aguilar J. Rodolfo, jr.**, “Securities Regulation: Nondisclosure of Insider Information, Chiarella v. United States”, Louisiana Law Review, Vol. 41, 1981, ss. 1295-1305.
- Aksoy Zeki**, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu, Ankara 2018.
- Anichkin Alexander/ Prudnikova Yulia**, “Russia: Insider Trading Law Virtually here”, Journal of Investment Compliance, Vol. 12, 2011, ss. 53-56.
- Arslan Çetin/Özdemir Didar**, “Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu”, International Conference on Eurasian Economies, Session 2D, 2018, ss. 405-410.
- Assmann Heinz-Dieter/Schneider Uwe H. (Hrsg.)**, Wertpapierhandelsgesetz, Köln 2012.
- Assmann Heinz Dieter/Schütze Rolf A. /Buck-Heeb Petra (Hrsg.)**, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 2020.
- Aşkın Uğur**, “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 682-710.
- Aydın Devrim**, “Are There Any Suitable Sanctions New Forms of Corporate Offences”, Regulating Corporate Criminal Liability (Edt. Klaus Tiedemann-Joachim Vogel), İsviçre 2014, ss. 311-320.
- Baendorff Julia**, Das Merkmal der Verwendung von Insiderinformationen, Hamburg 2010.
- Bundesanstalt für Finanzleistungsaufsicht (BaFin)**, Jahresbericht 2017.
- Bundesanstalt für Finanzleistungsaufsicht (BaFin)**, Emittentenleitfaden, Stand 25.03.2020.
- Canaris Claus Wilhelm/ Harbersack Mathias/Schäfer Carsten (Hrsg.)**, Handelsgesetz-buch Großkommentar, Band 11/1, Berlin/Boston 2017.
- Carlton Dennis W./Fischel Daniel R.**, “The Regulation of Insider Trading”, Stanford Law Review, Vol. 35, 1983, ss. 857-895.
- Colussi Marc**, Kapitalmarktstrafrecht-Insiderhandel und Marktmanipulation, Frankfurt am Main 2010.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. 1, İstanbul 1997.
- Druey Jean Nicolas**, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995.
- Duman Buminhan**, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2020.

- Edgerton Henry W.**, “Corporate Criminal Responsibility”, The Yale Law Journal, Vol. 36(6), April 1927, ss. 827-844.
- Erdem Dilek Özge**, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ankara 2019.
- Erdem Dilek Özge**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Adalet Dergisi, 2020/2, ss. 335-363. (Piyasa Dolandırıcılığı)
- Erem Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1995.
- Erem Faruk**, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 11-33. (Suçun Konusu)
- Erman Sahir**, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993.
- Ertuğrul Murat**, Değer-Fiyat Ayrımı ve İşletme Değeri: Kuramsal Bir Bakış, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, 3(2), ss. 143-154.
- Evik Ali Hakan / Evik Vesile Sonay**, “İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, İÜHFM, C. 63, S. 1-2, Y. 2005, ss. 1-56.
- Gehrmann Philipp**, Das versuchte Insiderdelikt, Baden-Baden 2009.
- Güngör Devrim**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007. (Fiil)
- Güngör Devrim**, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009.
- Hafızoğulları Zeki**, Ceza Normu, Ankara 1996.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku, Ankara 2017.
- Kangal Zeynel T.**, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003.
- Kangal Zeynel T.**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kaspar Johannes**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2017
- Katoğlu Tuğrul**, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 657-693.
- Klöhn Lars**, Der „gestreckte Geschehensablauf“ vor dem EuGH zum DaimlerChrysler-Vorlagebeschluss des BGH, NZG 2011, ss. 166-171.
- Kindhäuser Urs**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2009.
- Kızılyel Güventürk**, “Halka Açık Şirketlerde Bilgi Suistimali Suçu ‘Insider Trading’”, İBD, C. 91, S. 2, Y. 2017, ss. 78-86.
- Koca Mahmut /Üzülmez İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Krause Eva Julia**, Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, Hamburg 2008

- Marshall H. H.**, “Insider Trading”, *International and Comparative Law Quarterly* 27 (1), ss. 250-252.
- Möllers Thomas M. J./Seidenschwann Sabine**, *Anlegerfreundliche Auslegung des Insiderrechts durch den EuGH-Das Ende der Daimler/Schrempp-Odyssee in Luxemburg*, *NJW* 2012, ss. 2762-2265.
- Nestler Nina**, *Bank- und Kapitalmarktstrafrecht*, Berlin 2017.
- Noll Matthias**, *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*, Tübingen 2018.
- Opitz Peter**, *Der EuGH und die Unschuldsvermutung bei Insiderdelikten – Europa auf dem Wege in die Verdachtsstrafe? Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23. 12. 2009 – C – 45/08*, *BKR* 2010, ss. 65-79.
- Özen Muharrem**, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998.
- Özil Uğur**, “Bilgi Suistimali Suçu”, *İBD*, C. 88, S. 4, Y. 2014, ss. 417-430.
- Park Tido (Hrsg.)**, *Kapitalmarktstrafrecht*, Baden-Baden 2020.
- Prinz Marius**, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht*, Münster 2015.
- Roxin Claus**, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München 2006.
- Schimansky Herbert/Bunte Hermann-Josef/Lwowski Hans-Jürgen (Hrsg.)**, *Bankrechts Handbuch*, Band I, München 2017.
- Schrank Christopher**, “Kapitalmarktstrafrecht”, *Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (Hrsg. Kert/Kodek)*, Wien 2016.
- Schwark Eberhard/Zimmer Daniel (Hrsg.)**, *Kapitalmarktrechtskommentar*, München 2020.
- Spatz Julian**, *Die Insiderinformation bei der Unvorhersehbarkeit der Richtung der Kursauswirkung*, Berlin 2018.
- Strickler Jeffrey P.**, “Inside Information and outside Traders: Corporate Recovery of the Outsider’s Unfair Gain”, *California Law Review*, Vol. 73, 1985, ss. 483-524.
- Soung Jea Hyen**, “Financial Investment Services and Capital Markets Act and Penalty”, *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu*, 23-24/09/2019.
- Şenol Cem**, “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2012, ss. 126-145.
- Tacir Hamide**, “Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dersi*, C. 5, S. 2, Y. 2006, ss. 87-115.
- Thaler Christian**, *Sanktionen bei Marktmissbrauch*, Wien 2014.

- Thapa Rojina**, “Insider Trading: A Brief Overview of Legal Regime in USA, UK, India and Nepal”, Mirmire-Economic Article Special Issue, Vol. 38, January/February 2010, Nepaş Rastra Bank-Central Bank of Nepal, ss. 2-16.
- Tiedemann Klaus**, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017.
- Trüg Gerson**, Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, Tübingen 2014.
- Toroslu Nevzat**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010. (Ceza Genel)
- Toroslu Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970. (Suçun Hukuki Konusu)
- Toroslu Nevzat**, “İftira Cürmünün Hukukî Konusu”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, ss. 107-128.
- Turanboy Asuman**, Insider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı), Ankara 1990.
- Usluadam Asena Kamer**, “Bilgi Suistimali Suçu”, AndHD, C. 5, S. 1, Y. 2019, ss. 229-254.
- Ünver Yener**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- Wabnitz Heinz-Bernd/Janovsky Thomas/Schmitt Lothar (Hrsg.)**, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2020.
- Waschkowski Boris**, Insiderhandel nach der Marktmissbrauchverordnung, Berlin 2020.
- Wessels Johannes/Beulke Werner/Satzger Helmut**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2018.
- Wittig Petra**, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017.
- Yalçın Sancar Türkân**, Yeni Türk Ceza Kanununda “Zincirleme Suç”, TBBD, S. 70, Y. 2007, ss. 244-259.

ONLINE KAYNAKLAR

- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140121-15.htm>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1103>
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1314>
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1299>
- <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/7/5>
- www.beck-online.beck.de

1. **Prof. Dr. Muharrem KILIÇ**
GEREKÇELİ KARAR HAKKI: YARGISAL KARARLARIN RASYONALİTESİ
The Right to Reasoned Decision: Rationality of Judicial Decisions
2. **Prof. Dr. Cenk AKİL**
MEDENİ YARGIDA İDDİANIN DARALTILMASI VE BU NEDENLE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR
Reducing of the Claim in Civil Proceedings and Problems Arising from It
3. **Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA**
BREXIT'İN AB'NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI HUKUK ANLAŞMALARİ ÜZERİNDE DOĞURACAĞI ETKİLER
The Effects of Brexit on Treaties Under International Law Which the EU is a Party to These Treaties
4. **Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**
Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ
KIRAYA VERENİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU
Lessor's Responsibility Arising from the Defect
5. **Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU**
İDARE HUKUKU YAKLAŞIMIYLA REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPISAL TEDBİRLER
Structural Remedies in the Law on the Protection of Competition with the Administrative Law Approach
6. **Dr. Recep DOĞAN**
CEZA MUHAKEMESİNDE DAVAYA KATILMA VE 6284 SAYILI KANUNDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR
Civil Party Participation in Criminal Proceedings and the Problems Arising from the Implementation of Law no. 6284
7. **Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ**
İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA ANA BABANIN ERGİN ÇOCUĞUN BAKIM VE EĞİTİM GİDERLERİNİ KARŞILAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
The Parents' Duty of Maintaining the Education and Care of their Adult Child in Line with the Recent Developments in the Swiss Law
8. **Dr. Öğr. Üyesi Talat KAYA**
YABANCILARIN ÇALIŞMA İZNİ MUAFİYETLERİNE DAİR BİR DEĞERLENDİRME
An Evaluation on Work Permit Exemptions for Foreigners
9. **Dr. Öğr. Üyesi Enes KÖKEN**
YAPAY ZEKÂNIN CEZÂİ SORUMLULUĞU
An Evaluation on Work Permit Exemptions for Foreigners
10. **Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA**
DAĞLIK KARABAĞ SORUNUNUN VE 'ATEŞKES' ANDLAŞMASI'NIN ULUSLARARASI HUKUK VE İNSANCIL HUKUK AÇILARINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
Evaluation of the Nagorno-Karabakh Issue and 'Ceasefire' Agreement Under International and Humanitarian Law
11. **Arş. Gör. Can Eralp ELİBOL**
Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK
KAMUYA GEREKLİ ŞEYLERİN YOKLUĞUNA NEDEN OLMA SUÇU (TCK m. 238)
The Crime of Causing the Lack of Necessary Things for the Public (TCC Art. 238)
12. **Nurcan ARSLAN**
KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİNDE RİSKLİ YAPI TESPİTİ ÜZERİNE ALINACAK KARARLAR VE AKDEDİLEBİLECEK SÖZLEŞMELERİ
Decisions to be Taken on Risky Structure Detection in the Urban Renewal Process and Contracts that can be Contracted
13. **Arş. Gör. İmge Hazal YILMAZ**
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DAYANISMA AİDATI ÖDEYEREK YARARLANMANIN BAŞLANGICI -ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ-
Beginning of Benefiting from Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Dues -Thoughts on the Decision of Constitutional Court-
14. **Arş. Gör. Dr. Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM**
PSİKOLOJİK PLANLI ESKİTME VE COVID 19 PANDEMİSİNDE DURUM
Psychological Planned Obsolescence and Covid-19
15. **Arş. Gör. Burcu GÖRKEMLİ**
CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTECİLİK SUÇLARI İLE VERGİ CEZA HUKUKUNDAKİ SAHTE BELGE DÜZENLEME-KULLANMA SUÇLARI
The Crimes of Counterfeiting in Criminal Law and the Crimes of Issuing-Using Counterfeit Document in Tax Criminal Law
16. **Gülçin KOÇAK**
OECD MODEL VERGİ ANLAŞMASI HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA MENKUL SERMAYE İRATLARININ VERGİLENDİRİLMESİ
The Taxation of Capital Income in the Light of the Provisions of the OECD Model Tax Convention
17. **Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ**
BİLGİ SUİSTİMALİ SUÇU (İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu)
Insider Trading

