



ALANYA



3-4-5 MAYIS  
2018



ULUSLARARASI  
HUKUK SEMPOZYUMU

*International Symposium on Law*

**TAM METİN KİTABI**

**ASOSCONGRESS CONFERENCE PROCEEDINGS**

Editör: Prof. Dr. Kemal Şenocak

ISBN 978-605-2132-66-1

#asoscongress

[www.asoscongress.com](http://www.asoscongress.com)

#### IV. ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU TAM METİN KİTABI

ISBN: 978-605-2132-66-1

Yayın Yönetmeni

Muhammet Özcan

Yayın Editörü

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Zincirli

Kapak Tasarımı

Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih

25.09.2018

Asos Yayınevi

1.baskı

Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4/MERKEZ/ELAZIĞ

Telefon: 0532 643 75 23

Mail Adresi: asos@asosyayinlari.com

Web: www.asosyayinlari.com

Instagram: <https://www.instagram.com/asosyayinevi/>

Facebook: <https://www.facebook.com/asosyayinevi/>

Twitter: <https://twitter.com/Asosyayinevi>

Tam metin kitabında yayınlanan tüm bildiriler Sobiad tarafından indekslenmiş, İntihal.net tarafından benzerlik denetiminden geçirilmiştir.





### **Sempozyum Onursal Başkanı**

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Ahmet Pınarbaşı

### **Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı**

Prof. Dr. Kemal Şenocak

### **Sempozyum Düzenleme Kurulu**

Prof. Dr. Leyla Harputlu

Doç. Dr. Özcan Bayrak

Doç. Dr. Serdar Yavuz

Doç. Dr. Sebahattin Devecioğlu

Doç. Dr. Ahmet Nusret Bulgurcuoğlu

Yrd. Doç. Dr. Ahmed Aldyab

Yrd. Doç. Dr. Bahar Öcal Apaydın

Yrd. Doç. Dr. Hüsamettin Karataş

Yrd. Doç. Dr. Nacide Uysal

Yrd. Doç. Dr. Seda Taş

Yrd. Doç. Dr. Yavuz Uysal

Arş. Gör. Serdar Arslan

Arş. Gör. Nuri Çelikel

Arş. Gör. Kemal Sür

Arş. Gör. Nazlı Türker

### **Bilim Kurulu**

Prof. Dr. Abdulkadir Baharçiçek

Prof. Dr. Abdullah Soysal

Prof. Dr. Adnan Çelik

Prof. Dr. Ahmet Ağca

Prof. Dr. Ahmet Aksın

Prof. Dr. Ahmet Buran

Prof. Dr. Ahmet Yatkın

Prof. Dr. Aleksandra Vranes



Prof. Dr. Ali Özdemir  
Prof. Dr. Ali Tilbe  
Prof. Dr. Ali Yılmaz Gündüz  
Prof. Dr. Anaid Donabedian Inalco  
Prof. Dr. Ayhan Aydın  
Prof. Dr. Ayşe Banu Karadağ  
Prof. Dr. Bahri Ata  
Prof. Dr. Belkacem Boumahdi  
Prof. Dr. Belkıs Özkara  
Prof. Dr. Bünyamin Akdemir  
Prof. Dr. Bünyamin Aydın  
Prof. Dr. Canan Çetin  
Prof. Dr. Candalene J. McCombs  
Prof. Dr. Cemal Avcı  
Prof. Dr. Cemile Hesenzade  
Prof. Dr. Choi Han - Woo  
Prof. Dr. Cihan Işıkhani  
Prof. Dr. Daoud Djefafla  
Prof. Dr. David Carr  
Prof. Dr. Elena Oganova  
Prof. Dr. Elif Yüksel Oktay  
Prof. Dr. Emre Erol  
Prof. Dr. Ercan Alkaya  
Prof. Dr. Erica H. Gilson  
Prof. Dr. Erol Asiltürk  
Prof. Dr. Eva Agnes Csato  
Prof. Dr. Fadime Suata Alpaslan  
Prof. Dr. Flera Sayfulina  
Prof. Dr. Füsün Ataseven  
Prof. Dr. Füsün Çınar Altıntaş  
Prof. Dr. Gülay Budak  
Prof. Dr. Gwendolyn Alexander  
Prof. Dr. H. Birsen Hekimoğlu-Örs



Prof. Dr. Hacer Tor  
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu  
Prof. Dr. Hasan Tutar  
Prof. Dr. Hasan Onat  
Prof. Dr. Himmet Karadal  
Prof. Dr. Hocine Boukara  
Prof. Dr. Işıl Uluçam Wegmann  
Prof. Dr. İ. Gülsel Sev  
Prof. Dr. İbrahim Kavaz  
Prof. Dr. İbrahim Kocabaş  
Prof. Dr. İbrahim Örnek  
Prof. Dr. İbrahim Solak  
Prof. Dr. İlhan Genç  
Prof. Dr. İsmail Bakan  
Prof. Dr. İsmail Bekçi  
Prof. Dr. İpek Deveci Karakoç  
Prof. Dr. Joachim Klose  
Prof. Dr. Kathleen Malu  
Prof. Dr. Kazuyuki Nagai  
Prof. Dr. Kemal Şenocak  
Prof. Dr. Khalil Awda  
Prof. Dr. Kim Hyo Joung  
Prof. Dr. Liptai Kalman  
Prof. Dr. Ljiljana Marković  
Prof. Dr. Lubov Kapanitsya  
Prof. Dr. Mahmut Tekin  
Prof. Dr. Mashood Baderin  
Prof. Dr. Mehmet Akif Özdoğan  
Prof. Dr. M. Ali Kırman  
Prof. Dr. Mehmet Arslan  
Prof. Dr. Mehmet Dursun Erdem  
Prof. Dr. Mehmet Nuri Gömleksiz  
Prof. Dr. Mehmet Özkarcı



Prof. Dr. Mehmet Tıraş  
Prof. Dr. Mohammed Hardan Ali  
Prof. Dr. Moheddin Bananeh  
Prof. Dr. Mukadder Boydak Ozan  
Prof. Dr. Mukadder Erkan  
Prof. Dr. Mustafa Arslan  
Prof. Dr. Mustafa Bulat  
Prof. Dr. Mustafa Çevik  
Prof. Dr. Mustafa Safran  
Prof. Dr. Mustafa Taşlıyan  
Prof. Dr. Nabeel Madallah Hamad Al-Obaidi  
Prof. Dr. Nadir İlhan  
Prof. Dr. Nassıra Hedjerassı  
Prof. Dr. Orhan Çoban  
Prof. Dr. Olena Ivanovska  
Prof. Dr. Pınar Süral Özer  
Prof. Dr. Recep Dikici  
Prof. Dr. Roberto Veraldi  
Prof. Dr. Sabahat Bayrak Kök  
Prof. Dr. Sanjin Kodric  
Prof. Dr. Semra Güney  
Prof. Dr. Sedat Cereci  
Prof. Dr. Serap Çabuk  
Prof. Dr. Serpil Ağcakaya  
Prof. Dr. Sevil Mehdiyeva  
Prof. Dr. Süleyman Cem Şaklanlı  
Prof. Dr. Süleyman Uysal  
Prof. Dr. Sven Tarp  
Prof. Dr. Şevki Özgener  
Prof. Dr. Tofiq Abdülhasanli  
Prof. Dr. Tahir Akgemci  
Prof. Dr. Tahir Balcı  
Prof. Dr. Tarık Özcan



Prof. Dr. Tetsuya Sato  
Prof. Dr. Tom Schoeneman  
Prof. Dr. Viktoria Serzhanova  
Prof. Dr. Yavuz Taşkiran  
Prof. Dr. Woo Chan Duck  
Prof. Dr. Zeynep Hatunoğlu

Doç. Dr. Ahmet Akkaya  
Doç. Dr. Ahmet Kara  
Doç. Dr. Ahmet Talimciler  
Doç. Dr. Altan Doğan  
Doç. Dr. Ayşe Nazlı Ayyıldız Unnu  
Doç. Dr. Besir Mustafayev  
Doç. Dr. Beyhan Zabun  
Doç. Dr. Beyhan Kanter  
Doç. Dr. Bülent C. Tanrıtanır  
Doç. Dr. Burçin Cevdet Çetinsöz  
Doç. Dr. Cemal İyem  
Doç. Dr. Duygu Kızıldağ  
Doç. Dr. Dündar Alikılıç  
Doç. Dr. Elmas Şahin  
Doç. Dr. Emel Bahar  
Doç. Dr. Emin Çelebi  
Doç. Dr. Erdal Arlı  
Doç. Dr. Elmira Memmedova Kekeç  
Doç. Dr. Esra Birkan Baydan  
Doç. Dr. Fatih Arslan  
Doç. Dr. Fatih Kanter  
Doç. Dr. Fatih Mehmet Öcal  
Doç. Dr. Fatih Özek  
Doç. Dr. Fatma Nur Yorgancılar  
Doç. Dr. Ferit İzci  
Doç. Dr. Funda Kıziler Emer  
Doç. Dr. Gadir Bayramlı



Doç. Dr. Gulnara Kanbarova  
Doç. Dr. Gül Kayalidere  
Doç. Dr. Güldane Araz Ay  
Doç. Dr. Güler Tozkoparan  
Doç. Dr. Halil Tokcan  
Doç. Dr. Haluk Pınar  
Doç. Dr. Hasan Güner Berkant  
Doç. Dr. Hatice Hicret Özkoç  
Doç. Dr. Hüseyin Köksal  
Doç. Dr. İbrahim Ethem Taş  
Doç. Dr. İbrahim Işıtan  
Doç. Dr. İrina Pokrovskaya  
Doç. Dr. İhsan Erdem Sofracı  
Doç. Dr. Kader Sürmeli  
Doç. Dr. Kemal Erol  
Doç. Dr. Kürşat Çelik  
Doç. Dr. Lübüv Çimpoeş  
Doç. Dr. Mahmut Yardımcıoğlu  
Doç. Dr. Mehmet Sarı  
Doç. Dr. Lütfiye Özdemir  
Doç. Dr. Mary Beth Schaefer  
Doç. Dr. Muhittin Kapanşahin  
Doç. Dr. Murat Elmalı  
Doç. Dr. Mehmet Ak  
Doç. Dr. Mustafa Karabulut  
Doç. Dr. Mustafa Kısakürek  
Doç. Dr. Mutlu Deveci  
Doç. Dr. Nazile Abdullazade  
Doç. Dr. Nazmi Özerol  
Doç. Dr. Necdet Yaşar Bayatlı  
Doç. Dr. Nesrin Deliktaşlı  
Doç. Dr. Nevin Özdemir  
Doç. Dr. Nevzat Yüksel





Doç. Dr. Nurullah Ulutaş  
Doç. Dr. Nusret Göksu  
Doç. Dr. Olca Sürgevil  
Doç. Dr. Onur Köksal  
Doç. Dr. Özcan Bayrak  
Doç. Dr. Özlem Demirel Dönmez  
Doç. Dr. Salih Yeşil  
Doç. Dr. Sare Şengül  
Doç. Dr. Saffet Kartopu  
Doç. Dr. Sebahattin Devocioğlu  
Doç. Dr. Seçil Fettahlıoğlu  
Doç. Dr. Selçuk Balı  
Doç. Dr. Selahattin Kaymakçı  
Doç. Dr. Sibel Cengiz  
Doç. Dr. Sibel Kılıç  
Doç. Dr. Sibel Üst Erdem  
Doç. Dr. Şafak Kaypak  
Doç. Dr. Tamer Budak  
Doç. Dr. Tarana Khalilova Ahmed Gizi  
Doç. Dr. Tuba Büyükbeşe  
Doç. Dr. Tudora Arnaut  
Doç. Dr. Turan Akkoyun  
Doç. Dr. Türkan Erdoğan  
Doç. Dr. Ümran Türkyılmaz  
Doç. Dr. Ünal Taşkın  
Doç. Dr. Yegane Çağlayan  
Doç. Dr. Yılmaz Karadeniz  
Doç. Dr. Yusuf Şahin  
Doç. Dr. Yücel Ayrıçay  
Doç. Dr. Yüksel Gögebakan  
Doç. Dr. Zeki Coşkuner  
  
Yrd. Doç. Dr. Adnan Altun  
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Çiçekler



Yrd. Doç. Dr. Ahmet Turan Sinan  
Yrd. Doç. Dr. Arif Selim Eren  
Yrd. Doç. Dr. Bahadır Köksalan  
Yrd. Doç. Dr. Bahar Öcal Apaydın  
Yrd. Doç. Dr. Banu Tanrıöver  
Yrd. Doç. Dr. Bekir Kayabaşı  
Yrd. Doç. Dr. Bengü Hırlak  
Yrd. Doç. Dr. Beyzade Nadir Çetin  
Yrd. Doç. Dr. Birol İpek  
Yrd. Doç. Dr. Burcu Özge Özaslan Çalışkan  
Yrd. Doç. Dr. Dilek Pembece  
Yrd. Doç. Dr. Duygu Koçak  
Yrd. Doç. Dr. Ebru Onurlubaş  
Yrd. Doç. Dr. Evrim Mayatürk Akyol  
Yrd. Doç. Dr. Fadime Tosik Dinç  
Yrd. Doç. Dr. Fahri Kılıç  
Yrd. Doç. Dr. Fikret Birdişli  
Yrd. Doç. Dr. Gökçen Şahmaran Can  
Yrd. Doç. Dr. Gülsüm Vezir Oğuz  
Yrd. Doç. Dr. Hakan Yalap  
Yrd. Doç. Dr. Hikmet Maraşlı  
Yrd. Doç. Dr. Hüsamettin Karataş  
Yrd. Doç. Dr. İbrahim Görücü  
Yrd. Doç. Dr. İdil Tuncer Kazancı  
Yrd. Doç. Dr. İzzet Taşar  
Yrd. Doç. Dr. Kürşat Yusuf Aytaç  
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Levent Erdaş  
Yrd. Doç. Dr. Lütfi Alıcı  
Yrd. Doç. Dr. Lütfiye Özaydın Akyol  
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Gürlek  
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Yalçın Yılmaz  
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Yılmaz  
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Uğraş



Yrd. Doç. Dr. Nacide Uysal  
Yrd. Doç. Dr. Nilüfer Alimen  
Yrd. Doç. Dr. Nurhodja Akbulaev  
Yrd. Doç. Dr. Ömer Tuğrul Kara  
Yrd. Doç. Dr. Özlem Yaşar Uğurlu  
Yrd. Doç. Dr. Ramazan Yirci  
Yrd. Doç. Dr. Recep Özdemir  
Yrd. Doç. Dr. Sara Onur  
Yrd. Doç. Dr. Seçil Eda Kartal  
Yrd. Doç. Dr. Seda Taş  
Yrd. Doç. Dr. Selcen Kök  
Yrd. Doç. Dr. Sezgin Demir  
Yrd. Doç. Dr. Tahir Çelikbağ  
Yrd. Doç. Dr. Tuncay Yavuz Özdemir  
Yrd. Doç. Dr. Türkan Askerova  
Yrd. Doç. Dr. Yavuz Haykır  
Yrd. Doç. Dr. Yavuz Uysal  
Yrd. Doç. Dr. Yeliz Mohan Bursalı  
Yrd. Doç. Dr. Zafer Kahraman



## İÇİNDEKİLER

FRANSA'DA ANAYASA KONSEYİ KARARLARININ OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİNE ETKİSİ .....	3
FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA .....	21
TÜRKİYE CUMHURİYETİ-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ SÜRECİNDE TÜRKİYE CUMHURİYETİ REKABET POLİTİKALARININ VE REKABET HUKUKUNUN AVRUPA BİRLİĞİ'NE UYUMU.....	29
SERBEST MUHASEBECİ MALİ MÜŞAVİR VE YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLERDE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	53
TÜRK CEZA HUKUKU ÖĞRETİSİ VE UYGULAMASINDA İŞLENEMEZ SUÇ.....	65
OSMANLI HUKUKUNDA RİSK KAVRAMI ve SOSYAL RİSKLER.....	91
TTK MD. 420 HÜKMÜNE GÖRE AZINLIĞIN FİNANSAL TABLOLAR İLE BUNA BAĞLI KONULARIN ERTELENMESİNİ TALEP HAKKI.....	101
ÖN İNCELEME DURUŞMASININ TARAFLARIN MAZERETİ SEBEBİ İLE HMK M. 140/4 HÜKMÜ GEREĞİNCE ERTELENİP ERTELENEMEYECEĞİ SORUNUNA YENİ BİR BAKIŞ	125
SON ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ UYARINCA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ.....	137
ENFORCEABILITY OF MEDIATION IN FAMILY LAW DISPUTES .....	161
EŞİTLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE YABANCILARIN TÜRKİYE'DE LİSANS EĞİTİMİNE KABULÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME.....	176
ZEYTİNDALI HAREKÂTINDA ZARAR GÖRENLER VE ŞEHİT YAKINLARI TERÖRE DESTEK VEREN DEVLETLERE KARŞI DAVA AÇABİLİR Mİ? .....	186
YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ VE ICSID TAHKİMİ.....	202
İKALE SÖZLEŞMELERİNİN GELİR VERGİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	208
TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SİSTEMİNDE TÜKETİCİLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN KAPSAMI .....	216
MİRASÇILIK BELGESİNİN VERİLMESİ.....	225
YAĞMAYA DÖNÜŞEN HIRSIZLIK SUÇU(DOLAYLI YAĞMA SUÇU).....	233
MESLEK HASTALIKLARINDA HAKSIZ FİİL TARİHİNİN BELİRSİZLİĞİ VE BUNDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR .....	258
SİGORTA SÖZLEŞMESİ ŞARTLARININ GENEL İŞLEM KOŞULLARI ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ MAHİYETİ .....	265
EZİYET YASAĞINI ULUSLARARASI BELGELERDE ARAMAK .....	278



PARİS PRENSİPLERİ İŞİĞİNDA TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN (TİHEK) BAĞIMSIZLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	301
AVRUPA BİRLİĞİ E-TİCARETİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ UYGULAMASI .....	321
HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA YEMİN FORMÜLÜ .....	334
VEKİLİN ÖZEN BORCUNA GENEL BİR BAKIŞ .....	341
İKİ BABA BİR ÇOCUK (ALMAN MEDENİ KANUNU 1686A MADDESİ UYARINCA BİYOLOJİK BABANIN HAKLARINDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ) .....	353



## FRANSA'DA ANAYASA KONSEYİ KARARLARININ OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİNE ETKİSİ

Doç. Dr. Özen ÜLGEN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Öz

Büyük kayıplara neden olan terör saldırılarının ardından Fransa'da 14 Kasım 2015'te ilan edilen olağanüstü hâl, yasama organı tarafından altı kez uzatılmış ve 1 Kasım 2017'de sona ermiştir. 715 gün süren bu dönemde, olağanüstü hâl rejimini düzenleyen 1955 tarihli Kanun esas alınmış ve gerekli görülen hallerde bu kanunda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Yeni yapılan değişikliklerin hiçbiri hakkında ön denetime yönelik olarak iptal davası açılmamıştır. Sonradan denetim yolunun benimsendiği 2008 Anayasa değişikliğinin ardından ilan edilen ilk olağanüstü halde, bugüne kadar Anayasa Konseyi konuya ilişkin dokuz karar vermiştir. İki olağanüstü hâl dönemi sona erdikten sonra sonuçlanan kararların, biri Yargıtay diğerleri Danıştay tarafından iletilen başvurular üzerine verilmiştir. Bu çalışmada, kamu düzeninin korunması gereği ile temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin özel bir önem arz ettiği olağanüstü hâl rejiminde, Fransa Anayasa Konseyinin bu dengelemeyi nasıl yaptığını incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Olağanüstü hâl, anayasa yargısı, ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükler.

3

## DECISIONS OF THE FRENCH CONSTITUTIONAL COUNCIL ON THE STATE OF EMERGENCY REGIME

### Abstract

Following the multiple terrorist attacks, the emergency state announced on 14 November 2015 in France was extended six times by the legislature and ended on 1 November 2017. During the period of 715 days, the law of 1955 regulating the state of emergency has been applied and extensive modifications were made where deemed necessary. No action for annulment (a priori) has been made. During the first state of emergency, which was announced after the constitutional amendment in 2008, the Constitutional Council has taken nine decisions on the issue so far. Two of them are taken after the end of the state of emergency. All decisions, except one, were made on applications submitted by the Council of State. This study aims to examine how the French Constitutional Council did the conciliation between the protection of fundamental rights/ freedoms and the protection of public order in emergency state regime.

**Keywords:** State of emergency, constitutional justice, principle of proportionality

### Giriş

1958 Anayasası'nda, savaş ilanı hariç, iki istisna hâli yer almaktadır. Birincisi, Anayasa'nın 36.maddesinde düzenlenen état de siège (sıkıyönetim) hâlidir. Yönetimin sivil yetkililerden askeri yetkililere geçmesi yönünden Türk hukukundaki sıkıyönetim rejimine benzemektedir. Yakın bir savaş tehlikesi veya silahlı ayaklanma durumunda, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilebilir. 12 günün üzerinde bir uzatma ancak parlamentonun kanun çıkarmasıyla mümkündür. 1958 Anayasası döneminde bu yetki hiç kullanılmamıştır. İkinci anayasal istisna hâli ise, 1958 Anayasası'nın 16.maddesinde Cumhurbaşkanıya tanınan yetkililerdir. Ancak, 1961-1962 döneminde Cezayir olayları sırasında, dönemin Cumhurbaşkanı De Gaulle tarafından kullanılan bu yetki de daha sonra hiç kullanılmamıştır.

Olağanüstü hâl rejimi olarak adlandırdığımız “état d'urgence” rejimi ise 1958 Anayasası'nda düzenlenmemiştir. Fransa'da olağanüstü hâl, Anayasa'ya değil, 3 Nisan 1955 tarihli bir Kanun'a dayanılarak ilan edilmektedir.<sup>1</sup> Bir tür “sivil kriz rejimi (Boucobza/Girard, 2016: §1)” olarak adlandırılan bu rejimde, güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacıyla sivil yetkililerin olağan döneme göre daha geniş yetkiler kullanması öngörülmektedir. Olağanüstü Hal Kanunu, 1955'te Cezayir olayları sırasında sıkıyönetim rejimine başvurmamak için yapılmıştır. Bu Kanun'a dayanılarak, 1955-1962 yılları arasında üç olağanüstü hâl ilan edilmiştir.<sup>2</sup> Bununla birlikte, aynı dönemde kabul edilen 1958 Anayasası'na, olağanüstü hâl rejimine yönelik herhangi bir hüküm konulması tercih edilmemiştir.

Yeni Anayasa'nın kabulünün ardından, ilk olağanüstü hâl ilanı, 1985-1987 döneminde denizaşırı topraklarda meydana gelen bazı olayların bastırılması amacıyla gerçekleşmiştir.<sup>3</sup> Yeni Kaledonya için ilan edilen olağanüstü hali uzatan Kanun'un iptali için 60 milletvekili/senatör tarafından Anayasa Konseyine başvurulmuştur. Başvurucular tarafından, Anayasada olağanüstü halin düzenlenmemesi nedeniyle, 1955 tarihli Kanun'a dayanılarak olağanüstü hâl ilan edilmesinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Konseyi 1958 Anayasası'nın söz konusu kanunu ilga etmediğine karar vermiştir.<sup>4</sup> Bu karardan 20 yıl sonra, 2005'te banliyö isyanlarının bastırılması amacıyla yaklaşık iki ay süren ve nispeten sınırlı bir bölgede uygulanan bir olağanüstü hâl rejimi yaşanmıştır.<sup>5</sup> 2015'te ilan edilen sekizinci olağanüstü hâl ise, bugüne kadar merkez Fransa ve denizaşırı toprakların tamamında uygulanan en uzun süreli ve kapsamlı olağanüstü hâl rejimi olmuştur.<sup>6</sup>

### **Olağanüstü Hâl Rejiminin Anayasal Dayanağı Sorunu**

<sup>1</sup> 3 Nisan 1955 tarihli ve 55-385 sayılı Kanun. (JORF n° 0085 du 7 avril 1955, s.3479). Kanun metni için bkz.

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> Cezayir olayları nedeniyle ilan edilen olağanüstü haller: (1955) (03.04.1955-01.12.1955) 03.04.1955 tarih ve 55-385 sayılı Kanun + 06.04.1955 tarih ve 55-386 sayılı Kararname + 07.08.1955 tarih ve 55-1080 sayılı Kanun; 28.08.1955 tarih ve 55-1147 tarihli Kararname; (1958) (17.05.1958-01.06.1958) 17.05.1958 tarih ve 58-487 sayılı Kanun + 17.05.1958 tarih ve 58-490 sayılı Kararname (13 Mayıs hareketine karşı); (1961)(23.04.1961-09.10.1962) 22.04.1961 tarih ve 61-395 ve 396 sayılı Kararnameler (Generaller darbesi). Bu sonuncu durumda, Cumhurbaşkanı Anayasa'nın 16.maddesinde sahip olduğu istisnai yetkileri de kullanmıştır.

<sup>3</sup> Yeni Kaledonya (1985) (12.01.1985, 27.01.1985-30.06.1985): 14.01.1985 tarih 85-46 sayılı Kararname ve 25.01.1985 tarihli Kanun; Îles de Wallis et Futuna (1986) (29.10.1986) (ertesi gün kaldırıldı) 29.10.1986 tarihli Kararname ve Fransız Polinezyası (1987) (24.10.1987-05.11.1987) 24.10.1987 tarihli Kararname.

<sup>4</sup> Anayasa Konseyi, 85-187 DC sayılı, 25 Ocak 1985 tarihli karar.

<sup>5</sup> Banliyö isyanları (2005) (09.11.2005-04.01.2006): 08.11.2005 tarih ve 2005-1386/1387 sayılı Kararnameler ve 18.11.2005 tarihli ve 2005-1425 sayılı Kanun.

<sup>6</sup> Paris ve St.Denis saldırılarının ardından 14.11.2015'te olağanüstü hâl ilan edilmiştir. 18.11.2015 tarihli Kararname ile olağanüstü hâl bölgesi denizaşırı il ve topraklara da genişletilmiştir. Böylece ülkenin tamamında geçerli bir olağanüstü hâl rejimi başlamıştır. Bu rejim 01.11.2017'ye kadar devam etmiştir.



Olağanüstü hâl rejiminin anayasal dayanağı olmaması eleştiri konusudur. Nitekim, bugüne kadar hükümetler tarafından hazırlattırılan anayasa değişikliği önerilerinde, 36.maddeye olağanüstü hâl rejiminin eklenmesi gündeme gelmiş, ancak bu yönde bir hüküm meclislere sunulan metinlerde yer almamıştır.<sup>7</sup> 20 Kasım 2015'te ilan edilen olağanüstü hâlin ardından da olağanüstü hâl rejimini anayasallaştırma yönünde bir girişimde bulunulmuştur. Dönemin Başbakanı (Manuel Valls) ön denetim yoluna başvurulmasından duyduğu endişeyi dile getirmiş ve en kısa sürede olağanüstü hâl rejiminin anayasallaştırılacağını belirterek parlamenterlerin Anayasa Konseyine başvurmalarının önüne geçmek istemiştir.<sup>8</sup> 23 Aralık 2015 tarihli tasarı, bir yanda olağanüstü hâl rejimine anayasal dayanak sağlarken, diğer yanda vatandaşlıktan çıkarmaya ilişkin oldukça tartışmalı bir hükme yer vermiştir. Özellikle bu hüküm üzerinde Ulusal Meclis ile Senato arasında uyuşma sağlanamadığı görüldüğünden, süreç Cumhurbaşkanı tarafından sonlandırılmıştır.<sup>9</sup> Bununla birlikte, olağanüstü hâl dönemi boyunca yapılan hiçbir kanun değişikliğinin ön denetim yoluyla Anayasa Konseyi önüne götürülmemiş olması anlamlıdır.

Sürecin bu şekilde sonlandırılmasında, anayasallaştırmanın gerekli olmadığı yönündeki görüşün de etkisi olduğu düşünülebilir. Bu görüşün en önemli dayanağı Anayasa Konseyinin yukarıda bahsedilen 1985 tarihli kararıdır. Anayasa Konseyine göre, Anayasa sıkıyönetim hâlini açıkça düzenlemekle birlikte, olağanüstü hâl ilan edilmesi ihtimalini dışlamamaktadır. Yasama organı, kamu düzeninin korunması ile özgürlük gereklerini bağdaştırmak için olağanüstü hâl rejimi öngörebilir.<sup>10</sup>

Anayasa Konseyinin olağanüstü hâl ilanı için anayasa değişikliğini zorunlu görmemiş olması hükümeti rahatlatmış olmakla birlikte, olası anayasaya aykırılıkların önüne geçme amacını da göz ardı etmemek gerekir. Şüphesiz olağanüstü hâl rejiminin anayasal çerçevesinin çizilmesi önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15.maddesine benzer bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, olağanüstü hâl döneminde anayasal hak ve özgürlükler aynı ilkelerle korunmaktadır. Sadece ölçülülük incelemesi yapılırken bu husus dikkate alınır, dengeleme olağanüstü hâlin gerektirdiği biçimde kamu düzeninin korunması ile temel hak ve özgürlükler arasında yapılır.

### Fransa'da Olağanüstü Hâl Rejimi

1955 tarihli Kanun'a göre, olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, kamu düzenini önemli ölçüde tehdit eden yakın tehlike veya doğal afet durumunda ilan

<sup>7</sup> Dönemin Cumhurbaşkanı tarafından, kapsamlı anayasa değişiklikleri yapılması amacıyla komisyonlar oluşturulmuştur. Bu komisyonlar başkanlarının adıyla anılmaktadır. 2 Aralık 1992'de kurulan ve başkanlığını *George Vedel*'in yaptığı *Vedel Komisyonu* 15 Şubat 1993'te raporunu Cumhurbaşkanı'na sunmuştur. Bu rapordaki pek çok madde hakkında anayasa değişikliği yapılmadığı gibi, olağanüstü hâl rejiminin 36.maddeye eklenmesi yönündeki tavsiyeye de uyulmamıştır. 2007'de oluşturulan *Balladur Komisyonu*, *Vedel Komisyonu* tarafından yapılan birçok öneriyi yinelemiştir. 23 Temmuz 2008 Anayasa değişikliğinin özü bu rapora dayanmaktadır. Ancak, 77 öneri içinde 10 numaralı öneri olan olağanüstü hâl anayasal temele kavuşması ve organik kanunla düzenlenmesi önerisi kabul görmemiş ve parlamentoya sunulmamıştır. Öneriler için bkz. [www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000687.pdf](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000687.pdf).

<sup>8</sup> Manuel Valls Senato konuşması, 20.11.2015. Manuel Valls'in Anayasa Konseyine yapılacak başvuru konusunda şüpheleri vardır. Anayasa Konseyi'nin olası bir anayasaya aykırılık kararı o ana kadar yapılmış 786 arama ve 150 ev hapsi kararını hükümsüz kılacaktır. [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

<sup>9</sup> *Projet de loi constitutionnelle de protection de la nation*, no:3381, 23.12.2015 tarihli tasarı metni için bkz. [www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-395.html](http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-395.html). Ulusal Meclis'te 10.02.2016'da kabul edilen metin, Senato tarafından 22.03.2016'da kabul edilmiştir. Her iki metin arasında fark olması nedeniyle işletilmesi gereken süreç, 30.03.2016'da dönemin Cumhurbaşkanı François Hollande tarafından sonlandırılmıştır.

<sup>10</sup> Anayasa Konseyi, 85-187 DC sayılı, 25 Ocak 1985 tarihli karar (considérant 4).



edilebilir. Olağanüstü hâlin on iki günün üzerinde sürmesi ise bu konuda çıkarılacak özel bir kanun gerektirmektedir. Olağanüstü hâlin ne kadar süreceği bu kanunda belirtilir. Süre bitiminde olağanüstü hâlin uzatılması, yeniden bir kanun yapılmasına bağlıdır.<sup>11</sup> Bütün bu kanunlar Anayasa Konseyinin denetimine tabidir. Konsey, olağanüstü hâl ilanına neden olan durumun düzeltilmesi için gerekenden fazla bir süre öngörülmemesine vurgu yapmakla birlikte, bugüne kadar hiçbir olağanüstü hâl kanununu sürenin ölçülü olmadığı gerekçesiyle iptal etmemiştir (Roux, 2016: 690). Şüphesiz gereken sürenin belirlenmesinde yasama organının takdiri ön plandadır. Ancak, Konsey kötüye kullanım ihtimali karşısında önemli bir karşı dengedir. Fransa’da 715 gün süren son olağanüstü hâl süresinde, altı ayrı kanun çıkarılmıştır. Bu kanunların kabul çoğunlukları da (Tablo n°1), ön denetim yoluna başvurulmamasını açıklayabilir.<sup>12</sup> Anayasa Konseyinin kararları ve tutumu değerlendirilirken bu veri göz ardı edilmemelidir.

**Tablo 1: Fransa’da Son Olağanüstü Hâl Rejiminin Evreleri**

	Tarih aralığı	Dayanak	Süre	Gerekçe	Oylama Sonuçları
1.EVRE	14.11.2015-25.02.2016	14 ve 18.11.2015 tarihli Kararname 20.11.2015 tarihli Kanun (2015-1501)	12 gün 3 ay	Paris Saldırıları (13 Kasım)	Senato (S) - oybirliği Ulusal Meclis (AN) – sadece 6 ret
2.EVRE	26.02.2016-25.05.2016	19.02.2016 tarihli Kanun (2016-162)	3 ay	-	S – 315 kabul, 28 ret AN - 212 kabul, 31 ret
3.EVRE	26.05.2016-25.07.2016	20.05.2016 tarihli Kanun (2016-629)	2 ay	Euro 2016 ve Tour de France’ın hedef olma riski	S – 309 kabul, 30 ret AN – 40 kabul, 20 ret

<sup>11</sup> Olağanüstü hâlin yalnızca bir kez kesin süreli olarak kanunla uzatılabileceği, bu sürenin bitiminde sorunla olağan usullerle mücadele edilmesi için gereken tedbirlerin alınmış olması gerektiği, Anayasa Konseyinin olağanüstü halin art arda gelen kanunlarla yapılabilmesi yönündeki içtihadının uygun olmadığı yönünde bkz. Cassia, 2017: s.1162 vd.

<sup>12</sup> Fransa’da Anayasa Konseyine ön denetim yolu için başvurabilecekler Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi Başkanı, Senato Başkanı, 60 Senatör ve 60 milletvekili ile sınırlıdır.

4.EVRE	26.07.2016-21.12.2016	21.07.2016 tarihli Kanun (2016-987)	6 ay <sup>13</sup>	Nice Saldırısı (14.07.2016)	S – 315 kabul, 26 ret AN – 87 kabul, 5 ret
5.EVRE	22.12.2016-15.07.2017	19.12.2016 tarihli Kanun (2016-1767)	15 Temmuz 2017' ye kadar (7 ay)	Seçim dönemi güvenliği	S – 306 kabul, 28 ret AN – 288 kabul, 32 ret
6.EVRE	16.07.2017-01.11.2017	11.07.2017 tarihli Kanun (2017-1154)	1 Kasım 2017'ye kadar (4 ay)	Terörle mücadele kanunu için son kez.	S - 312 kabul, 22 ret AN – 137 kabul, 13 ret
Toplam 715 gün (14.11.2015-01.11.2017)					

Olağanüstü hâl, 1955 tarihli bir Kanun'a dayanılarak ilan ediliyor olmakla birlikte, söz konusu Kanun'un birçok hükmü zaman içinde değişikliğe uğramıştır. Özellikle, 2015'te ilan edilen olağanüstü hâlin uzatılması için yapılan ilk Kanun'da (1.evre), temel hak ve özgürlüklerin korunmasında gelişen Avrupa standartları da dikkate alınarak, kapsamlı bir yenileme söz konusudur. Bir yanda, artık gerekli görülmeyen bazı maddeler (sansür gibi) tamamen kaldırılırken, diğer yanda yeni tedbirler eklenmiş, bazı maddelerde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Yeni düzenlemeler arasında, parlamento denetimi (m.4-1), Bakanlar Kuruluna dernekleri kapama yetkisi verilmesi (m.6-1) ve idari yargı denetimine (m.14-1) ilişkin daha önce hiç olmayan hükümlerin yanı sıra ev hapsine ilişkin 6.madde, ruhsatlı silahların teslimine dair 9.madde ve arama yetkisine ilişkin 11.maddede yapılan kapsamlı değişiklikler dikkat çekmektedir. Şubat ve Mayıs 2016'da kabul edilen kanunlar ise (2. ve 3.evre) sadece olağanüstü hâl süresinin uzatılmasına yöneliktir, içeriğe ilişkin bir değişiklik içermemektedir.

14 Temmuz Nice saldırısının ardından, daha önce planlanmadığı halde olağanüstü hâlin yeniden uzatılması gündeme gelmiştir. 21 Temmuz 2016 tarihli Kanun (4.evre), bu süreçte yapılan ikinci kapsamlı değişikliktir. Bu değişiklikte, Kasım 2015'te düzenlenen parlamento denetiminin etkinliği artırılmıştır. Kanunun 4-1.maddesine göre, Ulusal Meclis ve Senato, olağanüstü hâl sırasında hükümet tarafından alınan tüm tedbirlerden derhal haberdar edilir. İdare, bu Kanuna dayanarak yaptığı tüm işlemlerin bir kopyasını derhal parlamentoya iletmek zorundadır. Gerekli görüldüğünde her iki meclis, tamamlayıcı bilgiler talep edebilir. Böylece idare tarafından alınan tedbirler, yargı denetiminin yanı sıra

<sup>13</sup> Seçim dönemi nedeniyle, 19 Aralık 2016'da altı aylık süre dolmadan yeni bir Kanun yapılmıştır.



siyasi denetime de tabi tutulmuştur.<sup>14</sup>Anayasa Konseyinin arama tedbirine (m.11) ilişkin verdiği iptal kararının gereği olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, güvenliğin sağlanamayacağı öngörülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması (m.8) ile kamuya açık yer ve yollarda, görsel arama, çanta ve araç aramasına (m.8-1) ilişkin yeni yetkiler düzenlenmiştir.

Aralık 2016'ya gelindiğinde (5.evre), Cumhurbaşkanlığı ve meclis seçimleri döneminde oluşabilecek karışıklıkların önüne geçmek için olağanüstü hâl bir kez daha uzatılmış ve Anayasa Konseyinin ev hapsine (m.6) ilişkin iptal kararının gereği olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca, olağanüstü hâlin hükümetin istifası ve meclisin feshinden itibaren 15 gün sonra kadük kalacağına ilişkin 4.maddenin bu dönemde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Temmuz 2017'de yapılan son uzatma kanununda ise (6.evre), yine Anayasa Konseyi kararı gereğince, belirli bir yerde bulunma yasağına ilişkin 5. maddede değişiklik yapılmıştır.

Bugün yürürlükte olan olağanüstü hâl rejiminin olağan döneme göre temel farkının idarenin kolluk yetkilerinin güçlendirilmesi olduğu görülmektedir. Her ne kadar doğal afetle mücadele amacıyla da olağanüstü hâl ilan edilebilirse de Kanun'da sadece kamu düzenine yönelik tehditleri ortadan kaldırmaya odaklanan düzenlemeler yer almaktadır. Elbette, bir doğal afet nedeniyle olağanüstü hâl ilan edilmesi durumunda, gereken tedbirlerin Kanun'a eklenmesi her zaman mümkündür. İdarenin kullanacağı tüm kolluk yetkilerinin üzerinde, bunların gerekli ve ölçülü olup olmadığı konusunda idari yargı denetimi öngörülmüştür.

Olağanüstü hâl sona erdikten sonra da sonuç doğurmaya devam eden tek yetki dernek ve toplulukların kapatılmasıdır ve bu yetki özel olarak Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Bunun dışında yer alan tüm yetkiler olağanüstü halin sona ermesiyle etkisini yitirmekte, kendiliğinden sona ermektedir. Ancak, bazı yetkilerin terörle mücadele amacıyla yapılan kanun değişikliklerinde de oldukça benzer şekilde yer aldığını gözden kaçırmamak gerekir. Kişilere ve araçlara dolaşım yasağı koyma, güvenlik ve koruma alanı oluşturma, kişilere belirli bir yerde bulunma yasağı koyma, kimlik/çanta/araç kontrolü ilgili valilerin yetkisindedir. Kişilere belirli bir yerde bulunma zorunluluğu getirme (ev hapsi) ve internet sitesine erişim engeli getirme ise İçişleri Bakanının yetkisindedir. Toplantı/gösteri/ibadet yerlerinin geçici olarak kapatılması, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması, ruhsatlı silahların yetkililere teslimi ile gündüz ve gece ev araması tedbirlerine ise duruma göre vali veya İçişleri Bakanı tarafından karar verilebilir. (Bkz. Tablo n° 2)

VALİ YETKİLERİ	İÇİŞLERİ BAKANI YETKİLERİ
m. 5/1 – Kişilere ve araçlara dolaşım yasaklama	m. 6 – Ev hapsi – Bir yerde bulunma zorunluluğu
m.5/2 – Güvenlik ve koruma alanı oluşturma	m.11/II – İnternet sitesi erişim engelleme
m.5/3 – Belirli bir yerde bulunma yasağı	

<sup>14</sup> Her iki meclis, izlemeyi komisyonları aracılığıyla yapacaktır. 25 Kasım tarihinde Senato'nun kanunlar komisyonu, kendi içinde bir komite kurmuştur. Süreci izlemekle görevli bu komite, her meclis grubundan bir temsilciden oluşmaktadır. Benetti, 2015.

m.8-I- Kimlik / Çanta / Araç Kontrolü	
m. 10 – Mal/Hizmet Yükümlülükleri	
m.8 /1 – Toplantı /gösteri / eğlence / ibadet yerlerinin geçici kapatılması	
m.8/2 – Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması	
m.9 – Ruhsatlı silahların yetkililere teslimi	
m. 11- I – Gündüz ve gece konutta arama	
BAKANLAR KURULU YETKİSİ: m.6-1- Dernek ve toplulukların kalıcı olarak kapatılması	

Tablo 2: Olağanüstü Hâl Kanununda Düzenlenen Yetkiler (12 Tedbir)

Bu yetkiler içinde, dolaşım özgürlüğü, yerleşme özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, dernek kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi birçok hak ve özgürlüğün sınırlanmasına yönelik tedbirler bulunduğu görülmektedir. 2017 Temmuz ayında yapılan uzatma Kanunu öncesi hazırlanan Temsilciler Meclisi Raporuna göre, bütün bu tedbirler arasında en çok uygulanan ve en fazla şikâyet konusu olanlar ev hapsi (m.6) ile arama (m.11/I) tedbirleridir.<sup>15</sup> Nitekim Anayasa Konseyine yapılan dokuz başvurunun 5'i bu tedbirlere ilişkindir (Tablo n° 3). Valilik yetkilerinden, kişilere ve araçlara dolaşım yasağı (m.5/1); mal ve hizmet yükümlülükleri (m.10); valilik ve İçişleri Bakanının ortak yetkisindeki gösteri ve yürüyüş yasaklama (m.8/2), silahların yetkililere teslimi (m.9), İçişleri Bakanının internet sitesi erişim engelleme yetkisi ve Bakanlar Kurulunun dernek ve toplulukları kalıcı olarak kapatma yetkisine ilişkin hükümler bugüne kadar Anayasa Konseyi önüne götürülmemiştir. Dolayısıyla bu tedbirlerin anayasaya uygunluğu değerlendirilmemiştir. Soyut norm denetimine hiç başvurulmadığı için, yapılan başvuruların tamamı itiraz yolu benzeri sonradan denetim kapsamında davada uygulanacak kuralla sınırlı olarak Anayasa Konseyine iletilmiştir. Konsey zaman zaman sınırı esnetmiş olsa da incelenen tedbirlerin her ayrıntısının değerlendirilmediği görülmektedir. Örneğin, ev hapsi tedbirine ilişkin kararların hiçbirinde elektronik kelepçe/takip cihazı takılmasının Anayasa'ya uygunluğu incelenmemiştir.

Başvuru / Esas Sayısı	Başvuru Tarihi	Karar Tarihi	Karar	Konu

<sup>15</sup> Assemblée Nationale, Rapport n° 17, par Didier Paris, s.8. (5 juillet 2017)

2015/527	11.12.2015	22.12.2015	Ret	Ev hapsi I (m.6)
2016/535	18.01.2016	19.02.2016	Ret	Toplantı yerlerinin geçici kapatılması (m.8-1)
2016/536	18.01.2016	19.02.2016	İptal + Yorumlu ret +Ret	Arama I (m.11/I)
2016/567-568	24.06.2016	23.09.2016	İptal	Arama II (m.11/I)
2016/600	16.09.2016	02.12.2016	İptal + Ret (Erteleme)	Arama III (m.11/I)
2017/624	20.01.2017	16.03.2017	İptal + Yorumlu ret	Ev hapsi II (m.6)
2017/635	29.03.2017	09.06.2017	İptal (Erteleme)	Bir yerde bulunma yasağı (m.5/3)
2017/677	25.09.2017	01.12.2017	İptal (Erteleme)	Kimlik kontrolü/Araç arama (m.8/1))
2017/684	11.10.2017	11.01.2018	İptal	Güvenlik ve koruma alanı oluşturma (m.5/2)

Tablo 3: Konularına Göre Anayasa Konseyi Kararları

Olağanüstü hâlde, temel hak ve özgürlüklere olağan döneme göre daha fazla müdahalede bulunulduğuna şüphe yoktur. Anayasa Konseyinin görevi, söz konusu müdahalenin ölçülü olup olmadığını ve gerekli güvenceleri sağlayacak bir çerçeve çizilip çizilmediğinin incelenmesidir. Bu kapsamda, Anayasa Konseyinin yaptığı incelemenin her tedbir bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekir.

#### **Ev Hapsi (assignation à résidence) Tedbirine İlişkin Anayasa Konseyi Kararları:**

Anayasa Konseyinin olağanüstü hâl döneminde verdiği ilk karar “ev hapsi” tedbirine ilişkindir. Her ne kadar bu tedbir kısaca “ev hapsi” olarak adlandırılıyorsa da Kanun’un 6.maddesinde düzenlenen yetkilerin ev hapsi ile sınırlı olmadığı görülmektedir. İçişleri Bakanı, bu yetkisini, olağanüstü hâl süresince, olağanüstü hâl ilan edilen yerde, bir kişinin bir yeri terk etmesini yasaklama veya belirli bir



verde bulunmasını emretme biçiminde kullanabilir. Belirli bir yer mahalle, ilçe, il sınırları olabilir. Bunun için, o kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenliği için tehdit olduğunu düşündürecek ciddi nedenler olması gerekmektedir. Bu kişinin belirli saatler arasında belirli bir evde ikamet etmesi de zorunlu kılınabilir. Bu kararın hangi zaman dilimlerinde geçerli olacağı İçişleri Bakanı tarafından kararda açıkça belirtilir, bu süre 24 saatte 12 saati geçemez. Zorunlu ikamet, şehir sınırları içinde bulunmalı ve her durumda bu tip kişilerin bir arada tutulduğu bir kamp görünümünde olmamalıdır. İdare, bu kişilerin ve ailelerinin geçimini sağlamaları için gereken tedbirleri alır. Ev hapsi kararında ayrıca şu hususlar da belirtilebilir: Günde üç defadan fazla olmamak üzere karakola gidip imza vermek, (tatil veya Pazar günlerinin dahil olup olmadığı ayrıca belirtilir); pasaport ve kimliklere el konulması. Bunların yanı sıra, hakkında bu tür bir tedbir uygulanan kişi, adı belirtilen bazı kişilerle doğrudan veya dolaylı olarak iletişim kurmaktan men edilebilir. Hakkında ev hapsi tedbirine karar verilen kişinin geçmişinde terör eylemleri nedeniyle kesinleşmiş on yılı aşan bir hapis cezası varsa ve bu cezanın infazı son sekiz yıl içinde tamamlanmışsa, bu kişiye elektronik takip cihazı takılması da mümkündür. Bu tedbirin konulması, tedbirde yapılan değişiklikler ve kaldırılması derhal yetkili savcılığa bildirilir.

Son olağanüstü hâl döneminde yaklaşık 750 kez bu tedbire başvurulmuştur. Olağanüstü hâl İslamcı olduğunu ileri süren terör örgütlerine karşı ilan edilmiş olmakla birlikte idare, olağanüstü hâl ilanından kaynaklanan yetkilerini zaman zaman kötüye kullanmıştır. Örneğin, olağanüstü hâlin ilanının hemen ardından, bu yetkinin Paris'te yapılan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansı sırasında, şiddet içeren gösteriler düzenlemesi muhtemel olan militan ekolojistler hakkında uygulanmış olması ciddi eleştirilere neden olmuştur.<sup>16</sup> Nitekim bu nedenle verilen bazı kararların iptali amacıyla yapılan başvurular sırasında anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmüş ve bu iddia Danıştay (Conseil d'Etat) tarafından Anayasa Konseyine iletilmiştir. Anayasa Konseyi 11 gün gibi kısa bir sürede kararını vermiştir.<sup>17</sup>

Kanun'un 6.maddesi, 20 Kasım 2015'te değişmiş haliyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Anayasa'nın kişi özgürlüğüne ilişkin 66.maddesi bakımından, ev hapsinin 24 saatlik bir zaman diliminde 12 saati geçmemesi dikkate alınmıştır.<sup>18</sup> Konsey'e göre, 12 saatin üzerinde bir karar 66.maddenin kapsamına girecektir.<sup>19</sup> Somut durumda ise, konunun 66.madde üzerinden değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Anayasa Konseyinin kişi özgürlüğünden yoksun bırakma ile kişi özgürlüğünün sınırlanması arasında yaptığı ayırım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarıyla da uyumlu görünmektedir.<sup>20</sup> Bu kararlarda da kişinin dışarı çıkabilmesi, sosyal hayatı olması dikkate alınmakta ve

<sup>16</sup> 21. Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Konferansı, olağanüstü hâlin birinci evresinde 30 Kasım 2015-11 Aralık 2015 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Söz konusu kişilerce yapılan ilk başvurular 28-30 Kasım tarihlerinde reddedilmiştir. Conseil d'Etat (Danıştay), ise ilk kararlarını 11 Aralık'ta vermiştir. Detaylar için bkz. Domino, 2016: s.105 vd.

<sup>17</sup> QPC 2015/527, 22.12.2015. Conseil d'Etat tarafından başvurunun iletilme tarihi: 11.12.2015.

<sup>18</sup> Anayasanın 66.maddesi: "Kimse keyfi olarak tutulamaz. Kişi özgürlüğünün koruyucusu adli yargı, kanunda öngörülen şartlar dahilinde bu ilkeye uyulmasını sağlar."

<sup>19</sup> QPC 2015/527, 22.12.2015, § 6. Gün içindeki azami sürenin 12 saati geçmesi halinde 66.maddenin uygulanabileceğine dair görüş yasama organına bir uyarı niteliğindedir. Kararın uygulanmasına yönelik bir yorum içermediği için yorumlu ret kararı olarak değerlendirilmemektedir. Verpeaux, 2016: s.2039 vd. Öte yandan, benzer görüşlerin, kanun görüşmeleri sırasında da dile getirildiği belirtilmelidir. Anayasa Konseyi, iktidar partisinin çekincelerinin haklı olduğunu ortaya koymuştur. Konuya ilişkin olarak bkz. Anayasa Konseyi, 2015/527 sayılı karar resmi yorumu (Commentaire), s.17.

<sup>20</sup> Örnek olarak, AİHM, Büyük Daire, Tommaso/İtalya, Kt.23.02.2017 ve AİHM, Genel Kurul, Guzzardi/İtalya, Kt.06.11.1980. Fransa'da, yabancılar için öngörülen benzer bir yetki de, daha önce kişi özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemişti. Anayasa Konseyi, DC 2011-631, 9 Haziran 2011, § 68.





bu tedbirler 5.maddedeki kişi özgürlüğü bakımından değil, 4. Protokolün 2. maddesindeki dolaşım özgürlüğü bakımından değerlendirilmektedir.

Anayasa Konseyi de, dolaşım özgürlüğü bakımından değerlendirme yapmış ve bu değerlendirmesinde, kararın olağanüstü hâl süresi ve bölgesiyle sınırlı olması, sadece kamu düzeni ve güvenliği bakımından tehdit oluşturan davranışa sahip kişiler aleyhine uygulanabilmesi, kararın gerekli ve ölçülü olup olmadığının idari yargı tarafından denetlenmesi ve en geç olağanüstü hâlin bitimiyle sona ermesi hususlarını dikkate almıştır.<sup>21</sup> Konsey, anayasaya aykırılık iddiasını reddettiği bu başvuruda bazı tespitlerde bulunmuştur. Birincisi, bu tedbir hiç şüphesiz dolaşım özgürlüğüne müdahale etmektedir. İkincisi, süresi, uygulanma şartları, ilave yükümlülükler ölçülü olmak zorundadır ve ölçülü olup olmadığı idari yargı tarafından her somut olayda denetlenecektir. Üçüncüsü, olağanüstü hâli uzatan her kanundan sonra söz konusu kararın yenilenmesi gerekir. Ev hapsi tedbirine ilişkin tespit edilen bu çerçeveye yeterli bulunmuştur. Hiç şüphesiz, her somut olayda idare yargıcının ölçülülük denetimi asıl belirleyici olandır. Ancak, Anayasa Konseyine başvurunun gerekçesini de oluşturan olaylarda, ev hapsi tedbirinin olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylarla bir bağlantı kurulmaksızın kullanılabilirdiği görülmektedir. Anayasa Konseyinin bu açık kötüye kullanım karşısında, yorumlu ret yöntemini kullanarak idarenin olağanüstü hâl gerekleriyle sınırlı olduğunu vurgulaması ve böylelikle hak temelli yaklaşım içinde olması mümkün olabilirdi.<sup>22</sup> Ancak, Konsey bu şekilde bir yetki kullanımından kaçınmıştır.

Ev hapsi tedbirine ilişkin diğer karar<sup>23</sup>, ilk karardan yaklaşık bir yıl sonra Kanun'a eklenen yeni bir düzenlemeye ilişkindir. 19.12.2016 tarihli 5.evre olağanüstü hâl süresini uzatma kanunu, Kanun'un 6.maddesinde değişiklik yapmıştır. O güne kadar uygulanan yaklaşık 400 ev hapsi tedbirinin yüzde onu toplamda bir yılı geçmek üzeredir. Bu tedbirin bir yılı aşan bir şekilde uygulanması için ya yeni koşullara bağlanması ya da bir yargı yerinin ön iznine tabi kılınması gerektiği düşünülmüştür (Le Bot, 2017:1464). Yeni eklenen hükümlere göre, her olağanüstü hâl evresinde yenilenmek zorunda olan ev hapsi tedbiri, kural olarak bir kişi hakkında toplamda 12 ayı geçmemelidir. İçişleri Bakanı'nın bu süreyi uzatması Conseil d'Etat (Danıştay) tarafından verilecek bir ön izne bağlanmıştır.

Başvurucular, toplamda 12 ayı geçen bir ev hapsi tedbirinin kişi özgürlüğünden yoksun bırakma anlamına geleceğini ileri sürmüştür. Anayasa Konseyi ise, tedbirin süresinin uzamasının tek başına tedbirin niteliğini değiştirmedini belirtmiştir. Toplamda on iki ayı geçmesi halinde, ancak üç aylık periyotlarda yenileme koşuluyla bu karar devam ettirilebilir. Bununla birlikte, Anayasa Konseyi, burada üç çekincesini belirterek, kanunun ancak kararında belirtildiği şekilde uygulandığı takdirde anayasaya uygun olacağını vurgulamıştır. Buna göre, ilgili kişinin davranışının kamu düzeni ve güvenliği için belirli bir ağırlıkta tehdit içermesi ve uzatmayı haklı kılmak için idarenin kararında yeni ve tamamlayıcı unsurlar bulunması gerekir. Kişinin durumunun değerlendirilmesinde toplam süre, tedbirin koşulları ve ilave yükümlülükler bir arada dikkate alınmalıdır. Anayasa Konseyi bu yorumla kanunun anayasaya uygun olduğuna karar verdiği için, söz konusu koşulların oluşup oluşmadığı idari yargı tarafından

<sup>21</sup> Dolaşım özgürlüğü Fransa anayasal belgelerinde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, 1789 Bildirgesinin 2. ve 4.maddelerinin bir arada değerlendirilmesiyle bu özgürlük anayasal korunma altında kabul edilmektedir.

<sup>22</sup> Anayasa Konseyinin yorumlu ret kararı vermesi gerektiği yönünde bkz. Roblot-Troisier, 2016: s.424 vd.

<sup>23</sup> QPC 2017/624, Kt.16.03.2017.



denetlenecektir. Fransa’da, Anayasa Konseyinin yorumlu ret kararlarına uyulması gerektiği kabul edilmektedir.

Öte yandan, bu kararda Anayasa Konseyi, taraflarca ileri sürülmeyen bir gerekçeyi değerlendirmiş ve tedbirin bir yılın üzerinde uygulanmasını Conseil d’État (Danıştay) ön iznine bağlayan düzenlemeyi etkili başvuru hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir. Konsey’e göre, kararın hukuka uygunluğunu sonradan incelemekle görevli mahkemenin ön izin kararı vermesi etkili başvuru hakkını ortadan kaldırmaktadır. Yasa koyucunun tedbirin uygulanacağı kişiler bakımından güvence olması için getirdiği bir düzenleme Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmiştir. Oysa Konsey’in, bu ön izin sistemini etkili başvuru yolu hakkını ihlal etmeyecek şekilde yorumlayarak, burada da yorumlu ret kararı vermesi mümkündür.

Bu kararın usul kuralları bakımından da eleştiriye neden olan bazı özellikleri mevcuttur. Öncelikle, davada uygulanacak kural Aralık 2016 tarihli Kanun’un 2. maddesinin I. değil, II. bendidir. Zira, Conseil d’État (Danıştay) ön iznine bağlayan genel kural Kanuna eklenmekle birlikte, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 90 gün içinde verilecek kararlar bakımından bir geçici madde düzenlemesi mevcuttur. Danıştay önündeki davalarda, bu geçici maddeye dayanılarak verilen kararların iptali talep edildiğinden, bu davalarda uygulanan kural Kanunun 2.maddesinin II. bendidir. Oysa, Anayasa Konseyi, I. bende yönelik de inceleme yapmış ve burada yer alan hükümlerin de iptaline karar vermiştir. İkincisi, karar tarihinin ilk 90 günlük sürenin bitimine denk gelmesidir. Her ne kadar, Anayasa Konseyi, tedbirin içeriğine yönelik bir anayasaya aykırılık tespit etmemişse de olası bir iptal kararının o dönemde etkisiz kalmasının sonuçları önemli olurdu. Konuya ilişkin ilk kararını 11 gün gibi kısa bir sürede veren Konsey’in bu kararda aynı özeni göstermemesi eleştiriye açıktır (Cassia, 2017).

13

#### **Konutta Arama Tedbirine İlişkin Anayasa Konseyi Kararları**

2005’te ilan edilen olağanüstü hâlde yalnızca bir kere kullanılan bu yetki, 2015’ten itibaren oldukça sık kullanılmıştır. Bu dönemde toplam 4469 arama kararı verildiği tespit edilmiştir.<sup>24</sup> Kanun’un 11/I. maddesine göre, duruma göre vali ya da İçişleri Bakanı tarafından gündüz veya gece konut araması tedbirine karar verilebilmektedir. Ancak, bu yetkinin kullanılması her uzatma döneminde, kanunda verilecek açık izne bağlıdır. Son süreçte, sadece, Mayıs – Temmuz 2016’da (3.evre) Euro 2016 ve Tour de France gibi spor müsabakalarının güvenliği amacıyla yapılan uzatma döneminde bu yetkinin verilmesine gerek görülmemiştir.

Arama tedbirine ilişkin eski düzenleme güvencelerden yoksun olduğu için, öncelikle 20 Kasım 2015 tarihinde tedbirin uygulanışına ilişkin kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Temmuz 2016’da ise bir değişiklik daha yapılmıştır. Anayasa Konseyi, her üç dönemdeki düzenlemelerin de anayasaya uygunluğunu denetlemiştir.

İlk dönem, Kanun’un, olağanüstü hâlin ilan edildiği 14 Kasım 2015 ile yeni düzenlemelerin yürürlüğe girdiği 20 Kasım 2015 arasında uygulanan halidir. 1960 yılından kalma maddenin bu hâlinde, arama hükümlerinin gerekli yasal güvencelere sahip olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt söz konusu

<sup>24</sup> Bunların yaklaşık 3000 tanesi olağanüstü halin ilk dört ayında gerçekleşmiştir. Parlamento denetim kapsamında, güncel rakamlar Ulusal Meclis sayfasında güncellenmiş, uzatma dönemlerinde ise ayrıca raporlanmıştır. Bkz. [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)





değildir. Nitekim Anayasa Konseyi de bu durumu hemen tespit etmiştir.<sup>25</sup> Anayasaya aykırılığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmayan, aslında zaten yürürlükten kaldırılmış olan bu maddenin Anayasa Konseyi önüne götürülmesinin asıl nedeni ise farklıdır. Temel sorun, anayasaya aykırı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan aramalarda elde edilen verilerin görülmekte olan davalarda hukuka uygun delil olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Nitekim bu başvuru, diğer sekiz başvurudan farklı olarak Conseil d'Etat (Danıştay) tarafından değil, Cour de cassation (Yargıtay) tarafından Anayasa Konseyine iletilmiştir.<sup>26</sup>

Anayasa Konseyi açık anayasaya aykırılığı tespit etmekle birlikte, kararının etkisini belirleme yetkisi çerçevesinde, kararın sonuçsuz kalmasına yol açmıştır. Konsey'e göre, Anayasaya aykırı olduğu tespit edilen Kanun'a dayanılarak verilen idari arama kararlarının hukuki dayanaktan yoksun bırakılması kamu düzeni üzerinde açıkça aşırı sonuçlar doğuracaktır. Buna göre, görülmekte olan davalarda, elde edilen delilin hukuka aykırılığı bu Anayasaya aykırılık gerekçesine dayandırılmaz. Dolayısıyla, söz konusu Anayasa Konseyi kararı, bir iptal kararı olmakla birlikte, 20.11.2015'e kadar uygulanan Kanun'un Anayasaya aykırı olduğunun tespitiyle sınırlı bir etki doğurmaktadır. Böylece, yaklaşık bir haftalık dönemde uygulanan 780(786) arama emri sonucunda elde edilen verilerin ceza davalarında delil olarak sayılmaması ihtimalinden duyulan endişe giderilmiştir. Ancak, bunlardan yalnızca 4'ünün terörizmle bağı olduğu, 776'sının olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylarla bağlantılı olmadığı dikkate alındığında, olağanüstü halde hukuk devleti gereklerini korumada Anayasa Konseyinin yetersiz kaldığı düşünülebilir.<sup>27</sup>

İkinci dönem, arama tedbirinin nispeten daha güvenceli bir şekilde düzenlendiği Kanun'un 20 Kasım 2015 sonrasındaki halidir. Buna göre, arama emri, olağanüstü hâl bölgesinde, olağanüstü hâl süresince, hareketleri kamu düzeni ve güvenliği için tehdit oluşturan bir kişinin sıklıkla uğradığı bir yer olduğu konusunda ciddi gerekçeler bulunması halinde uygulanabilir. Arama emrinde yer ve zaman açıkça belirtilir, ilgili Cumhuriyet savcısı derhal bilgilendirilir ve arama yetkili adli kolluk görevlisinin gözetiminde gerçekleştirilir. İlgili kişi ya da iki tanık olmadan arama yapılamaz. Tedbir, olağanüstü hâl gereklerine uygun, ölçülü olmalı ve bu husus kararda gerekçelendirilmelidir. Yasama faaliyetinin, avukatlık, yargıçlık ya da gazetecilik mesleğinin yapıldığı yerler hakkında bu tür bir tedbir uygulanamaz. Bir bilişim sistemiyle, aramanın yapıldığı yerde bulunan sistemlerdeki -bilgisayar, telefon, usb, harici disk, dvd, bulut depolama sistemleri gibi (Hachemi, 2017: §16)- verilere ulaşılabilir ve bu veriler kopyalanabilir. Bir suç tespit edildiği takdirde, adli kolluk görevlisi suçla ilgili delillere el koyar ve derhal Cumhuriyet savcısını bilgilendirir. Kararın öğrenilmesiyle uygulanması aynı anda gerçekleştiğinden, ancak tedbirin uygulanmasından sonra idari yargıya başvurulup, hukuka aykırı kararlar bakımından idarenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanabilir.

<sup>25</sup> QPC, 2016/567-568, Kt.23.09.2016.

<sup>26</sup> Fransa'da, ilk derece mahkemelerinin doğrudan Anayasa Konseyine başvuru yetkisi bulunmamaktadır. İlk derece mahkemeleri sorunu ilgili oldukları yargı kolunun üst mahkemesi olan *Cour de cassation* (Yargıtay) ya da *Conseil d'État* (Danıştay)'ya iletmekte, burada sorunun Anayasa Konseyine iletilmesi uygun görülürse, başvuru yapılmaktadır. Görülmekte olan bir dava sırasında taraflar, yasa hükmünün Anayasa ile korunan bir hak veya özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek süreci başlatabilir. 1958 Anayasası m.61-1. Detaylı bilgi için bkz. Ülgen, 2014.

<sup>27</sup> Rakamlar ve konuya ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Bernard, 2017:501.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



Anayasa Konseyi, etkin idari yargı denetimini gerekçe göstererek, tedbirin temel koşullarını Anayasa'ya uygun bulmuştur.<sup>28</sup> Ret kararı içinde sadece aramaların gece yapılması için, gündüz yapılmasının mümkün olmadığı ya da acil olduğu yönünde haklı gerekçelerin belirtilmesi gerektiği biçiminde bir açıklayıcı yorum bulunmaktadır (§10). Konsey o zamana kadar yapılan aramaların önemli bir kısmını oluşturan gece aramalarının gerekçeli olmasını talep etmiştir. Daha önce belirtildiği gibi, bu yorumlu ret kararına uyulması beklenmektedir.

Bu kararda iptal edilen tek hüküm, veri işleme sisteminde depolanan verilerin kopyalanmasına yöneliktir. Özel hayatın gizliliği hakkı ile kamu düzeninin korunması arasındaki dengenin korunması için, bu kopyalamada gereken yasal güvencelerin yeterli olmadığı tespit edilmiştir. Bilgi/veri işleme sistemlerindeki verilerin kopyalanmasını bir tür el koyma olarak nitelendiren Konsey'e göre gerek el koyma işleminin gerekse bu verilerin daha sonra işlenmesinin ve kullanılmasının yargıç iznine tabi olmaması, arama kararına neden olan kişiyle hiçbir ilişkisi olmayan kişilerin de bilgilerinin kopyalanabilmesi gibi hususlar da yeterli güvencelerin yer almadığını göstermektedir. İptal kararının kişinin veri işleme sistemlerindeki bilgilerine ulaşmayı değil, burada ulaşılan verileri kopyalamayı anayasaya aykırı bulduğunu vurgulamak gerekir. Arama yapıldığı sırada, kopyalama işlemi yapıp konut terk edilebilecekken, kopyalama yasağı geldiğinde bütün incelemenin arama ile eş zamanlı yapılması, dolayısıyla arama işleminin daha uzun sürmesi söz konusudur.

İptal kararı derhal etki doğurmuştur. Dolayısıyla, 19 Şubat-26 Mayıs 2016 tarihleri arasında yapılan aramalarda kopyalama işlemi yapılamamıştır. 26 Mayıs-20 Temmuz 2016 döneminde ise arama emri verme yetkisi hiç tanınmamıştır. Anayasa Konseyinin bu tespitleri, söz konusu rejimin 21 Temmuz 2016 tarihli Kanunla yeniden düzenlenmesine neden olmuştur.

Üçüncü dönem 21 Temmuz 2016'da yapılan yeni düzenleme ile başlamaktadır. Buna göre, kopyalama işlemi için idari yargıçtan izin talep edilecek ve yargıç 48 saat içinde kararını verecektir. İzin verilmemesi halinde, el konulan veriler derhal yok edilecektir. Anayasa Konseyi, yapılan değişikliğin bir önceki kararının gereklerini büyük oranda karşıladığına, yeni düzenlemenin kamu düzeni/özgürlük ilişkisinde açık bir dengesizlik içermediğine karar vermiştir.<sup>29</sup> Bununla birlikte, suç teşkil etmese de, tehdit oluşturduğu kabul edilen bazı kopyalanmış verilerin yok edilmesi konusunda belirli bir süre (azami saklama süresi) öngörülmemesi özel hayatın korunması için gerekli yasal güvenceleri içermediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.<sup>30</sup> Anayasa Konseyinin bu kararının ardından, yasa koyucu 3 aylık genel sürenin olağanüstü hâl rejiminde de yeterli olduğu düşüncesiyle yeni bir düzenleme yapmamıştır.

#### **Toplantı/Eğlence Yerlerinin Geçici Kapatılmasına İlişkin Anayasa Konseyi Kararı**

Kanun'un 8.maddesine göre, İçişleri Bakanı veya vali, olağanüstü hâl ilan edilen yerde gösteri salonlarının, toplantı yerlerinin geçici olarak kapatılmasına karar verebilir. Anayasa Konseyi, olağanüstü hâlin ilk evresinde, verilen yetkinin soyut olarak Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>31</sup> Konsey'e göre, ancak olağanüstü hâl süresince uygulanabilecek olan bu yetkinin kullanıldığı

<sup>28</sup> QPC 2016/536, Kt.19.02.2016.

<sup>29</sup> Yeni düzenlemenin Anayasa Konseyinin kararında belirttiği koşulları tam karşılamadığı, ancak Anayasa Konseyinin Temmuz 2016 saldırılarının etkisiyle karar verdiği yönünde bkz. Roblot-Troisier, 2017.

<sup>30</sup> QPC 2016/600, Kt.02.12.2016.

<sup>31</sup> QPC 2016/535, Kt.19.02.2016.



her olayda, idari karar somut olarak gerekçelendirilecek ve bu gerekçenin uygunluğu, gösterdiği amaç için gerekli ve ölçülü olup olmadığı idari yargı tarafından denetlenecektir. Bir kez daha, Anayasa Konseyinin idari yargının etkin denetimini yeterli güvence olarak kabul ettiği görülmektedir.

### **Bir Yerde Bulunma Yasağı Tedbirine İlişkin Anayasa Konseyi Kararı**

Kanunun 5/3<sup>o</sup>.maddesine göre, vali, bir ilin tamamında veya belirli bir kısmında, hangi surette olursa olsun, kamu makamlarının eylemlerini engellemeye çalışan kişilere belirli bir yerde bulunma yasağı koyabilir. Bu yetki de ev hapsi tedbirinde olduğu gibi, olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylar ile ilgisiz bazı toplumsal hareketlerin önüne geçmek için kötüye kullanılmıştır. Örneğin, Anayasa Konseyinin kararına yol açan olayda, 8 Ağustos 2016'da yapılan İş Kanunu değişikliğine ilişkin protesto gösterilerini engellemek için, Paris Valiliği bazı kişilerin 28-29 Haziran 2016 tarihlerinde Paris'in bazı sokaklarında ve mahallelerinde bulunmasını yasaklamıştır (Eveillard, 2017). Dolayısıyla, düzenlemenin özel hayata saygı hakkı ve gidip-gelme(dolaşım) özgürlüğünün yanı sıra ifade ve gösteri özgürlüklerine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, Konsey incelemesini dolaşım özgürlüğü ile normal bir aile hayatı sürme hakkı ile sınırlamıştır.

Olağanüstü halin 5.evresinde, Anayasa Konseyi söz konusu düzenlemeyi, gerekli çerçeve çizilmediği için kamu düzeninin korunması ile dolaşım özgürlüğü ve normal aile hayatı sürme hakkı arasındaki dengeyi korumadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>32</sup> Konsey, ilgili kişinin evi ve işinin bulunduğu yerin kapsam dışı bırakılması için yasal güvence olması gerektiğini belirtmiştir. Anayasaya aykırılık yetkinin varlığına değil, yeterli güvenceleri içermemesine yöneliktir. Eksik düzenlemeye dayanan bu iptal kararının olası aşırı sonuçlarının önüne geçmek için, kararın yürürlüğü 15.07.2017'ye ertelemiştir. Bu tarih, o dönemde olağanüstü hâlin sona ereceği varsayılan tarihtir. Bir anlamda, olağanüstü hâli uzatmak için yapılacak yeni kanuna kadar yasama organına süre verilmiştir. Nitekim karardan yaklaşık bir ay sonra, 11 Temmuz 2017 tarihli Kanun'da yeniden düzenleme yapılmıştır.<sup>33</sup>

Yeni düzenlemeye göre, vali bu yetkiyi sadece kamu düzeni ve güvenliğine yönelik sorunları önlemek amacıyla kullanabilecektir. İlin tamamında veya bir kısmında bulunması yasaklanacak kişinin davranışlarının kamu düzeni ve güvenliği için tehdit oluşturduğunu düşündürecek ciddi gerekçeler bulunması gerekir. Yasaklama kararında, tedbirin sınırları belirlenmiş süresinin, tedbire gerekçe olan somut olayın ve uygulanacağı yerin belirlenmesi şarttır. Bu yer ilgili kişinin evi olamaz. Her durumda, bu tedbirler, ilgili kişilerin iş ve aile yaşamlarını dikkate alacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Konseyi kararının gereğinin yerine getirildiği kabul edilebilir.

### **Kimlik Kontrolü-Eşya/Araç Arama Tedbirine İlişkin Anayasa Konseyi Kararı**

Olağanüstü halin 4.evresinde 21.07.2016 tarihli Kanunla eklenen 8-1.maddede yer alan düzenlemeye göre, vali, olağanüstü hâl ilan edilen yerlerde, adli kolluk görevlilerinin, kimlik kontrolü, görsel inceleme, bagaj araması ve seyir halindeki, duran ya da park halindeki araçlarda inceleme yapmasına izin verebilir. Valilik kararında, işlemlerin yapılacağı yerler ve 24 saati aşmamak üzere süresi

<sup>32</sup> QPC 2017/635, Kt.09.06.2017.

<sup>33</sup> Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, article 2, Journal officiel, le 12 juillet 2017.



belirtilmelidir. Söz konusu işlemler, vali tarafından belirtilen yerlerde, davranışlarından bağımsız olarak her kişi hakkında rızası alınmaksızın uygulanabilir.

Başvurucular, bu yetkinin kullanımı için özel bir tehdit ya da durum gerekmediğini, uygulanan bu tedbir aleyhine başvurulabilecek etkili bir yargı denetimi bulunmadığını ve dolaşım özgürlüğü, özel hayata saygı, kanun önünde eşitlik ilkesi ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Konseyi, yasa koyucunun kişinin davranışlarına bağlı olmaksızın bu tür tedbirler öngörmesinde bir sorun görmemiştir. Ancak, bu yetkinin genel ve keyfi bir şekilde uygulanması dolaşım özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı ile bağdaşmaz. Valilik kararının tedbirin somut olarak uygulandığı yerde kamu düzenini bozacak tehdidi oluşturan özel durumlar ile kararı haklı kılacak bir gerekçe ileri sürmeksizin, olağanüstü hâl ilan edilen her yerde uygulanması ihtimali vardır. Bu durumda, yasa koyucu anayasal değerdeki kamu düzeninin korunması amacıyla söz konusu haklar arasında uygun denkleştirmeyi yapmamıştır.<sup>34</sup>

Conseil d'Etat (Danıştay) tarafından 25 Eylül 2017 tarihinde iletilen başvuru hakkında 01 Aralık 2017 tarihinde karar verilmesi dikkat çekmektedir. Daha önce belirtildiği gibi, olağanüstü hâl 01 Kasım 2017'de sona ermiştir. Dolayısıyla, bu hükmün karar tarihinde uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa Konseyi, yeniden ilan edilebilecek bir olağanüstü hali dikkate alarak, verdiği iptal kararının yürürlüğünü yaklaşık 7 ay ertelemiştir. Söz konusu anayasaya aykırılığın nasıl giderileceği yasama organının takdir yetkisindedir. Bu süreçte, yeni bir olağanüstü hâl ilan edilmesi durumunda, anayasaya aykırılığı tespit edilen hükümlerin uygulanamayacak olmasının açıkça aşırı sonuçlar doğurabileceği dikkate alınmıştır.

#### **Koruma/Güvenlik Alanı Oluşturulması Tedbirine İlişkin Anayasa Konseyi Kararı**

Kanunun 5/2<sup>o</sup> maddesi, valiye, olağanüstü hâl ilan edilen sınırlar içinde güvenlik ve koruma alanı oluşturma yetkisi vermektedir. Bu şekilde oluşturulan alanlar içinde, kişilerin ve araçların dolaşımı sınırlanmakta ya da yasaklanmaktadır. Danıştay tarafından 11 Ekim 2017'de iletilen başvuru, söz konusu maddenin 21 Temmuz 2017'de değişmeden önceki haline yöneliktir. Daha önce 5.maddenin 3.bendi iptal edilirken ileri sürülen gerekçeler bu bent için de geçerlidir. Nitekim Anayasa Konseyi, herhangi bir koşul içermediği, uygulamanın herhangi bir güvence ile çerçevesinin çizilmediği gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.<sup>35</sup> Kararın Anayasa Konseyine verilen azami üç aylık sürenin sonunda verildiği görülmektedir. Her ne kadar Anayasa Konseyi, söz konusu düzenlemenin 11.07.2017'deki değişiklikle getirilen bazı güvencelerden mahrum halinin anayasaya aykırı olduğuna karar vermişse de sonuç olarak 2 numaralı bent yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>36</sup>

#### **Sonuç**

Fransa'da olağanüstü hâl, idarenin kolluk yetkilerinin artırılması üzerine kuruludur. Bu kapsamda alınan tedbirlerin, dolaşım özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı-gösteri özgürlüğü, örgütlenme

<sup>34</sup> QPC 2017/677, Kt.01.12.2017, §6 ve 7.

<sup>35</sup> QPC 2017/684, Kt.11.01.2018

<sup>36</sup> Olağanüstü hâl sona ermeden kabul edilen yeni Terörle Mücadele Kanunu hükümleri arasında da benzer bir yetki bulunmaktadır (m.226-1). Bu hükmün Anayasaya uygun bulunması da (QPC 2017/695), olağanüstü hâl kapsamındaki yetkinin tamamen yürürlükten kalkmış kabul edilmesini etkilemiş olabilir.



hakkı, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayata saygı hakkı gibi pek çok hak ve özgürlüğe müdahale niteliğinde olduğu açıktır.

Anayasa Konseyi, olağanüstü hâl rejiminin anayasal dayanağı olmasını gerekli görmemiştir. Bu nedenle, bugüne kadar rejimin anayasal güvenceleri açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, olağanüstü hâl kanunlarının Anayasa Konseyi, alınan tüm idari tedbirlerin de idari yargı denetimine tabi olması, ilk bakışta usul bakımından hukuk devleti gereklerine uygun bir rejim olduğunun kabul edilmesini gerektirir. Türk hukukunda, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin yargı denetimi dışında bırakılması, anayasal sınırlarına uymayan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri yapılmasına ve bu yolla alınan kararların etkilerinin olağanüstü hâl rejimi sona erdikten sonra da devam edebilmesine yol açmaktadır. Benzer dönemlerde olağanüstü hâl rejiminde yaşayan iki ülkenin hukuk devleti yaklaşımı arasındaki fark açıkça görülmektedir. Öte yandan, hiç şüphesiz, yargı denetimine açık olunması da hukuk devleti için tek başına yeterli bir ölçüt değildir.

Anayasa Konseyi, kararlarının tamamında idari yargının rolünü ön plana çıkarmıştır. Olağanüstü halde, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında asıl etkili yargı, idari yargı olarak belirlenmiştir (Domingo, 2016). Anayasa Konseyi, yaptığı incelemeyi normun soyut sözel anlamıyla sınırlamış ve somut uygulamadan kaynaklanan tüm sorunları çözüme görevini idari yargının etkin denetimine bırakmıştır. Konsey' göre, idarenin ev hapsi kararı verebilmesi ölçsüz bir yetki değildir, bunun BM İklim Değişikliği Konferansı sırasındaki kullanımından doğan sorunların çözümü idari yargıdadır. Anayasa Konseyinin anayasaya aykırılık ya da yorumlu ret kararlarında da idari yargının denetim yetkisini güçlendirecek yasal çerçevenin belirlenmesi ön plana çıkmaktadır. Yine, tedbirlerin sadece olağanüstü hâl süresince, olağanüstü hâl bölgesinde uygulanabiliyor olması ve olağanüstü hâl sona erdiğinde etkisiz kalması Anayasa Konseyinin yaptığı ölçülülük incelemesinde önemli bir ölçüt olmuştur.

Konsey'in, olağanüstü hâl döneminde, terörle mücadele konusunda iktidarı sınırlamanın sorumluluğunu üstlenmek istemediği görülmektedir. Bununla birlikte, Anayasa Konseyinin anayasaya aykırılık tespitleri ve yorumlu ret kararlarının tamamı yasama organı tarafından dikkatle izlenmiş ve her kararın gereği süresi içinde yerine getirilmiştir. Anayasa Konseyi kararları yasama/yürütme organıyla bir çatışmaya neden olmamıştır.

Anayasa Konseyi, yorumlu ret kararı verme, iptal kararının etkisini belirleme gibi yetkilerini kullanarak anayasaya aykırılık sorununu kamu düzenine en az zarar verecek biçimde çözüme eğilimine girmiştir. Sürecin başında daha kısa sürede, ancak anayasaya uygunluk kararı vermekte iken, son dönemde daha uzun sürede anayasaya aykırılık kararları vermeye başlamıştır. (Bkz. Tablo 3 ve 4)

Esas numarası	Başvuru Tarihi	Karar Tarihi	Süre	Karar Evresi
2015/527	11.12.2015	22.12.2015	11 gün	I.EVRE
2016/535	18.01.2016	19.02.2016	32 gün	I.EVRE
2016/536	18.01.2016	19.02.2016	32 gün	I.EVRE
2016/567-568	24.06.2016	23.09.2016	≡ 3 ay	IV.EVRE

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



2016/600	16.09.2016	02.12.2016	≡ 2,5 ay	IV.EVRE
2017/624	20.01.2017	16.03.2017	≡ 2 ay	V.EVRE
2017/635	29.03.2017	09.06.2017	≡ 2,5 ay	V.EVRE
2017/677	25.09.2017	01.12.2017	≡ 2,5 ay	OHAL SONRASI
2017/684	11.10.2017	11.01.2018	3 ay	OHAL SONRASI

Tablo 4: Anayasa Konseyinin Karar Alma Hızı

Fransa’da bireysel başvuru mekanizmasına benzeyen bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Öte yandan, parlamento ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin denetimi Anayasa Konseyi yetkisindedir. Bu bakımdan Anayasa Konseyinin iş yükünün az olmadığı açıktır. Bu koşullarda sonradan denetim yolunda yaklaşık üç ay içinde kararını vermesi önemli bir başarıdır. Üstelik bu süre içinde çelişmeli yargılama usulü uygulanmakta, üçüncü kişilerin katılımına imkân sağlanmakta ve duruşma yapılmaktadır. Dolayısıyla, bazı iptal kararlarının olağanüstü hâl bittikten sonra verilmiş olması değerlendirilirken, karar süresinin azami üç ay olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Öğretide, Anayasa Konseyinin olağanüstü hâl rejimine ilişkin kararlarını olumlu bulanlar kadar yetersiz bulanlar da olmuştur. Özellikle olağanüstü halin ilk evrelerinde, Konsey’in yetersiz kaldığı, keyfi uygulamalara göz yumduğu iddiaları çok da asılsız değildir. Yine de genel olarak bakıldığında, olağanüstü hâl rejiminin çerçevesinin çizilmesinde oynadığı rolün çok da önemsiz olmadığı görülür. Şüphesiz bu sonuç, yasama/yürütme organlarının Anayasa Konseyi kararlarına uyma yükümlülüğünü kabullenmeleriyle de ilgilidir. Olağanüstü hâl düzenlemeleri yapılırken, Anayasa Konseyinin sadece verdiği iptal kararlarının gereğinin yerine getirilmesi ile yetinilmemiş, olası iptal kararlarından kaçınmak için çaba sarf edilmiştir. Bu durum, her normun anayasaya uygunluk denetimine açık olması gerektiğini, denetim olasılığının dahi kurumları Anayasaya uyma konusunda zorladığını göstermesi bakımından önemlidir.

#### Kaynakça

- Benetti, J. (2015). Quel contrôle parlementaire de l’état d’urgence?. Constitutions, s.518 vd. (en ligne).
- Bernard, C. (2017). Pérquisitions administratives et état d’urgence: une non-conformité du régime antérieur à la loi du 20 novembre 2015 sans effets. Revue française de droit constitutionnel N° 110, 2017/2, ss.487-501.
- Boucobza, I. et Girard, C. (2016). “Constitutionnaliser” l’état d’urgence ou comment soigner l’obsession d’inconstitutionnalité?. La revue des droits de l’homme. Actualités droits-libertés, mis en ligne le 05 février 2016.



Cassia, P. (2017). Le Conseil constitutionnel fait et défait le régime du renouvellement des assignations à résidence de longue durée de l'état d'urgence. Recueil Dalloz 2017, s.1162 vd. (en ligne).

Domingo, L. (2016). L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel. Constitutions. s.100 vd. (en ligne).

Domino, X. (2016). Assignation à résidence en état d'urgence. Revue française de droit administratif. s.105 vd. (en ligne)

Eveillard, G. (2017). L'inconstitutionnalité des interdictions de manifester. Droit administratif n° 10, Octobre 2017, comm.42 (en ligne).

Hachemi, A. (2017). Le traitement des données informatiques saisies lors d'une perquisition administrative dans le cadre de l'état d'urgence. Droit administratif n° 10, Octobre 2017, étude 14 (en ligne).

Le Bot, O. (2017). Assignation à résidence de plus d'un an: le Conseil constitutionnel réécrit la loi. AJDA 2017, s.1464 vd. (en ligne).

Perrier, J.B. (2017). Le juge judiciaire et l'état d'urgence. Revue française de droit administratif 2017, s.949 vd. (en ligne).

Roblot-Troizier, A. (2016). État d'urgence et protection des libertés. Revue française de droit administratif. s.424 vd. (en ligne).

Roblot-Troizier, A. (2017). Le contentieux des saisies à l'occasion de perquisition décidées dans le cadre de l'état d'urgence : quelles garanties pour les droits constitutionnel?. Revue française de droit administratif. s.182 vd. (en ligne).

Roux, A. (2016). État d'urgence et Constitution. Revue française de droit constitutionnel. N° 107, 2016/3, ss.688-700.

Ülgen, Ö. (2014). Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2014/1, C.1, ss.591-620.

Verpeaux, M. (2016). La première QPC relative a l'état d'urgence. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales n° 6, 6 juin 2016, 2039 vd. (en ligne).

Fransa Anayasa Konseyi Sitesi: (Kararlar/Resmi yorumlar) [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Fransa Mevzuat Sitesi: (Mevzuatın son hali) [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Fransa Resmî Gazetesi Sitesi: (Kararname/Kanun orijinal hali) [www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

Fransa Senato Sitesi: (Raporlar/Tutanaklar) [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

Fransa Ulusal Meclisi Sitesi: (Raporlar/Tutanaklar) [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

[www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000687.pdf](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000687.pdf).



## FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

**Dr. Öğretim Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM**  
**Necmettin Erbakan Üniversitesi**

### Öz

Fazla çalışma ücretine ilişkin talepler, işçi ile işveren arasında sık yaşanan uyuşmazlıklar arasında yer alır. Bu nedenle fazla çalışma kavramı, iş hukukunda önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesinde, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar, fazla çalışma olarak tanımlanmıştır. Günlük on bir saati aşan çalışmalar ve gece döneminde yedi buçuk saatin üzerinde yapılan çalışmalar, haftalık çalışma süresi aşılmamış olsa bile fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Fazla sürelerle çalışma ise 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, ilk kez 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenmiştir. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar, fazla sürelerle çalışma olarak tanımlanmaktadır.

Mevzuat ile bazı işlerde fazla çalışma yaptırılmayacağı yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra bazı kişilere fazla çalışma yaptırılması da yasaklanmıştır. Ancak fazla çalışmaya ilişkin sınırlamalar, kısmi süreli çalışmalar hariç olmak üzere fazla sürelerle çalışma için öngörülmemektedir.

Fazla çalışma konusundaki düzenlemeler, ücret talepleri açısından olduğu kadar, iş sözleşmesinin feshinde de belirleyicidir. Fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma talebinin hukuku aykırı olması ya da hukuka uygun talebin işçi tarafından reddedilmesi durumu, diğer taraf açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açabilir. Yargı kararları ile de fazla çalışma konusunda birtakım esaslar ortaya konulmuştur. Bu kararlar da uyuşmazlıkların çözümü noktasında önem arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler :** Fazla Çalışma, Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma Süresi, Fazla Çalışma Ücreti.

### 1. Tanım

Çalışma yaşamının gerekleri, bazı durumlarda kaçınılmaz olarak haftalık çalışma sürelerinin aşılmasını gerektirir<sup>1</sup>. Fazla çalışma kavramı, yasada gösterilen nedenlerle günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışmaları ifade eder<sup>2</sup>. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde fazla sürelerle çalışma kavramı ise bulunmamakta idi. Bu dönemde, doktrin tarafından günlük iş süresinin aşılmasının fazla çalışma için yeterli olduğu ileri sürülmekte iken aksi görüş olarak haftalık çalışma süresinin aşılması gerektiği de ileri sürülmekte idi. Yargıtay, bu dönemde fazla çalışma için haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması gerektiği şeklinde karar vermekte idi<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ERCAN, Güven/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013, 317.

<sup>2</sup> DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2016, s.129.

<sup>3</sup> ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, s.57.



4857 sayılı İş Kanunu, fazla çalışma kavramı bakımından farklı bir düzenleme getirmiştir<sup>4</sup>. Kanunda fazla çalışmanın tanımına tartışmaya yer bırakmayacak bir şekilde yer verilmiştir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle işçinin haftanın herhangi bir günü günlük çalışma süresinin üzerinde çalışması durumunda, haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşmamış ise fazla çalışma yaptığı kabul edilmez<sup>5</sup>. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda ise yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Bu durumda örneğin haftalık kırk sekiz saat çalışılmış ise kırk beş saate kadar olan süre için fazla sürelerle çalışma ücreti, kırk beş saati aşan süre için ise fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir<sup>6</sup>.

Basın İş Kanunu açısından fazla çalışma, "gündüz ve gece, sürekli olarak yapılan işlerde günlük normal iş süresi olan 8 saati aşan veya ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde yapılan çalışmalar" olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>. Kanunda günlük sekiz saat olan gece ve gündüz çalışması arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin her bir fazla çalışma saati için verilecek ücretin, normal çalışma saati ücretinin %50 fazlası olacağı, yani normal çalışma saat ücretinin yarı oranında artırılması suretiyle gece çalışma saat ücretinin hesaplanması gereği Ek 1. maddenin 4. fıkrası ile düzenlenmiştir. Saat 24.00'ten sonra gerçekleştirilen fazla çalışmalar için fazla çalışma ücreti, normal ücretin bir kat fazlası ödenmektedir<sup>8</sup>. Ek 1. maddenin son fıkrasında fazla çalışmanın gazeteciler için günde üç saati geçemeyeceği öngörülmektedir<sup>9</sup>. Deniz İş Kanununda ise günlük sekiz saat olan çalışma süresinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla çalışma sayılır. Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı % 25 oranında artırılabilmek suretiyle bulunacak miktardan az olamaz<sup>10</sup>.

Haftalık çalışma süresinin haftalık 45 saati aşmasında denkleştirme uygulanıp uygulanmadığına da bakılmalıdır<sup>11</sup>. Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz<sup>12</sup>.

Denkleştirme süresi iki ay olup, toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar uzatılabilmektedir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC. Sayılı Direktifi ise fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresinin 48 saati aşamayacağını düzenlemektedir. Kanun tasarısında da bu kapsamda bir düzenleme bulunmakta idi. Ancak halihazırdaki hali ile kanunlaşmıştır. 1475 sayılı İş Kanunumuzda olan günlük en fazla 3 saat

<sup>4</sup> DEMİRCİOĞLU, Murat, Yargıtay Kararları Işında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2014, s.230.

<sup>5</sup> SÜMER, Haluk Hadi, Konya 2017, s.137.

<sup>6</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017, s.237.

<sup>7</sup> GÖKÇEK KARACA, Nuray, Basın İş Kanununa Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, Kamu-İş Dergisi, C: 7, S: 2/2003, s.6.

<sup>8</sup> SÜMER, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013, s.236.

<sup>9</sup> ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016, s.320; SÜMER, Basın İş Hukuku, s.234.

<sup>10</sup> ŞAKAR, s.362; BEDÜK, Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, s.189; GÜNER, M. Deniz, Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Çimento İşveren Sendikası Dergisi, 2001, Sayı:6, Cilt:15, s.19.

<sup>11</sup> TUNCER, Polat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, s.71.

<sup>12</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.138; ŞAKAR, s.128; DEMİRCİOĞLU,231; SÜZEK, s.836; ÇİL, s.59.

fazla çalışma yapılabileceğine dair düzenlemeye, 4857 sayılı İş Kanunumuzda yer verilmemiştir<sup>13</sup>. Ancak genel sebeplerle yapılacak fazla çalışma için yıllık 270 saatlik fazla çalışma üst sınırı yeni kanunda da yer almaktadır. Bu sınırlandırma, işçilerin şahsına ilişkin bir sınırlamadır<sup>14</sup>. Fazla sürelerle çalışmaya dair bir üst sınır ise kanunda bulunmamaktadır. İş Kanununun 63/2 maddesine göre günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması gerekir. 11 saatlik süre, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı da kapsar<sup>15</sup>. Bu düzenleme ile günlük çalışma süresinin süresine göre arta kalan süreler açısından fazla saatlerle çalışmaya da bir sınırlandırma yapılmış bulunmaktadır.

Günde 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerekir<sup>16</sup>. Gece çalışmalarında da 7.5 saati geçen çalışmalar, fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Ayrıca Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre, günde yedi buçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedi buçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedi buçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırk beş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur. Yıllık 270 saati aşan fazla çalışmalar için de fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir<sup>17</sup>. Hafta tatilinde çalışmak sureti ile haftalık çalışma süresinin aşılması da fazla çalışma kabul edilir<sup>18</sup>.

## 2. Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti Ve Serbest Zaman Kullanılması

### 2.1. Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti

Kanunun 41. maddesinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti düzenlenirken, esnek çalışma ilke ve yöntemleri dikkate alınmıştır<sup>19</sup>. Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Fazla sürelerle çalışmalarda ise her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir. İşveren, fazla saatlerle çalışmaya dair bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır<sup>20</sup>.

Ancak yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, 4857 sayılı İş Kanununun 42. ve 43. maddelerinde sayılan hâllerde haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenecektir<sup>21</sup>.

Ücrete ilişkin düzenlemeler, nisbi emredici niteliktedir. İşçi lehine daha farklı oranlarda da düzenlenebilir. Taraflar, anlaşmak sureti ile fazla sürelerle çalışma ücretini, fazla çalışma ücreti ile aynı orana çıkarabilir<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> ÇİL, s.60.

<sup>14</sup> SÜZEK, s.839; SÜMER, s.139; GÜVEN/AYDIN, s.320.

<sup>15</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.138; GÜVEN/AYDIN, s.320; ÇİL, s.60.

<sup>16</sup> SÜZEK, 839.

<sup>17</sup> ŞAKAR, s.130; DEMİRCİOĞLU, s.235; GÜVEN/AYDIN, s.323 ÇİL, s.60.

<sup>18</sup> TUNCER, s.71; GÜVEN/AYDIN, s.318.

<sup>19</sup> DEMİRCİOĞLU, 231.

<sup>20</sup> POYRAZ, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2016, s.126.

<sup>21</sup> DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s.131.

<sup>22</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.138; GÜVEN/AYDIN, s.32; ÇİL, s.62.



Ücrete dahil edilmesi şeklindeki anlaşmalarda ücretin, asgari ücretten yüksek olması aranmaktadır. Bu durumda yapılan fazla çalışmalardan, yıllık 270 saat düşülmek sureti ile hesaplama yapılmaktadır<sup>23</sup>.

## 2.2. Serbest Zaman Kullanılması

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır. İşçinin serbest zaman kullanma talebini, işverenin reddetme imkanı bulunmamaktadır. Ancak işveren, yönetim hakkı kapsamında bu hakkın kullanılmasına karar verir<sup>24</sup>. İşçi, kanımızca kısmi olarak da serbest zaman ile ücret talebini işverenden talep edebilir. Zorunlu ve olağanüstü sebeplerle yapılan fazla çalışmada işçi, zamlı ücret yerine serbest zaman talebinde bulunamaz<sup>25</sup>.

## 3. Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışmak İçin İşçinin Onayının

### Alınması

Genel sebeplerle yapılacak fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerekir<sup>26</sup>. Fazla çalışmaya işveren tarafından karar verilir. Ayrıca bölge müdürlüğünden izin alınması gerekmez<sup>27</sup>.

Zorunlu nedenlerle ve olağanüstü hallerde yapılacak fazla çalışma için ise işçinin onayı aranmaz<sup>28</sup>. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesinin ikinci fıkrası "Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.", şeklinde idi. Ancak bu düzenleme, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>29</sup> ile "Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.", şeklinde değiştirilmiştir. Bu şekilde işverenin her yıl başında onay alması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Onay veren işçi açısından ise vermiş olduğu onayı geri alabilme imkânı tanınmıştır.

Fazla çalışma onayı, toplu iş sözleşmesi ile de alınabilmektedir<sup>30</sup>. Zira İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma Yönetmeliğinin "Fazla Çalışma Yaptırılmayacak İşçiler" başlıklı 8. Maddesinin b bendinde iş

<sup>23</sup> ŞAKAR, s.130; TEKİN, Oğuzhan, Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücretlerinin Sözleşmede Belirlenen Ücrete Dahil Edilmesi Sorunu, Çalışma Dünyası Dergisi, 2015/2, s.87.

<sup>24</sup> DEMİRCİOĞLU, 233; SÜMER, s.142; ÇİL, s.63-64; SÜZEK, 848.

<sup>25</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.143.

<sup>26</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.837; DEMİRCİOĞLU, /CENTEL, s.129; ŞAKAR, s.130; POYRAZ, s.125; DEMİRCİOĞLU, s.233; SÜMER, İş Hukuku, s.139; GÜVEN/AYDIN, s.322; ÇİL, 58; TİRYAKI, Hamit, Fazla Saatlerle Çalışmada İşçinin Onayı, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, s.202.

<sup>27</sup> TUNCER, s.73; GÜVEN/AYDIN, s.321.

<sup>28</sup> DEMİRCİOĞLU, /CENTEL, s.130; ŞAKAR, s.131-132; ÇİL, 62-64; SÜZEK, 849-851; DEMİRCİOĞLU, s.233; TUNCER, 74; POYRAZ, s.126; SÜMER, İş Hukuku, s.139 GÜVEN/AYDIN, s.326.

<sup>29</sup> RG., 25.08.2017/30165.

<sup>30</sup> SÜZEK, 838; TUNCER, s.73.



sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmektedir. Bu kapsamda toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışma onayı alınabilecektir. Bu durumda alınmış olan onayın, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince geçerli olması gereği tabidir.

İş Kanununun 41/7 maddesi gereğince fazla sürelerle çalışmak için de işçinin onayının alınması gerekmektedir. Zira maddede fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerektiği belirtilmektedir. Maddede ifade edilen “fazla saatlerle çalışmak” kavramı, hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsamaktadır.

#### 4. Fazla Çalışma Yasakları

İş hukukunda bazı işlerde fazla çalışma yapılamayacağı kararlaştırıldığı gibi bazı kişilere de fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Fazla çalışma yasakları, işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgilidir<sup>32</sup>. İşin ağırlığı ve tehlike derecesi dikkate alınmak sureti ile bazı işlerde fazla çalışma yapılması kesin olarak yasaklanmıştır<sup>33</sup>.

##### • Gece Çalışması

İşçilerin gece çalışmaları, yedi buçuk saati geçemez. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir<sup>34</sup>.

Gece döneminde fazla çalışma yaptırılmaz. Ancak gündüz çalışması sayılan işlere ek olarak yapılan işlerde fazla çalışma yaptırılabilir. Çalışma süresinin yarısından fazlası, gece döneminde geçen postanın çalışma gece çalışması sayılmaktadır. Gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamayacağına dair yasak, genel sebeplerle yapılacak fazla çalışmaya dair olup zorunlu ve olağanüstü sebeplerle gece döneminde de fazla çalışma yapılabilir. Ancak kadın çalışanlara, gece döneminde hangi nedenle olursa olsun fazla çalışma yaptırılmaz<sup>35</sup>.

##### • Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı gibi yer altı ve su altında yapılan işler

6552 sayılı Kanunla, İş Kanununun 41.maddesine dokuzuncu fıkra eklenmiş ve yer altı maden işlerine fazla çalışma yasağı getirilmiştir. Zorunlu nedenler ve olağanüstü haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, fazla çalışma yaptırılmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde de aynı düzenleme yer almaktadır. Ayrıca aynı yönetmelik ile yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, zorunlu nedenlerle ve olağanüstü hallerde

<sup>31</sup> TUNCER, s.74; GÜVEN/AYDIN, s.324.

<sup>32</sup> SÜZEK, 842.

<sup>33</sup> GÜVEN/AYDIN, s.324.

<sup>34</sup> 2003/88/EC. sayılı AB. Direktifinde de turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde gece çalışma süresinin taraflarca anlaşılacak sureti ile belirlenebileceği öngörülmektedir. Konu hakkında bkz. MÜLAYİM, Baki Oğuz, İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara 2016, s.151 vd.; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s.129.

<sup>35</sup> ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016, s.133; SÜMER, İş Hukuku, s.141.

<sup>36</sup> SÜZEK, 841; TUNCER, Polat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, s.73; POYRAZ, s.127.



yaptırılacak fazla çalışmalarda haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenmesi öngörülmüştür.

- Sağlık Kuralları Bakımından Günde ancak 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işler
- Kadın İşçiler

Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik 5. maddesinde kadın çalışanların gece postalarında fazla çalıştırılması yasaklanmış idi. Ancak 6645 sayılı Kanununun 37. maddesi ile İş Kanununun 69. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme ile turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilirdi düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilirdi düzenlenmiştir.

- 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler
- İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler
- Gebe; Yeni Doğum Yapmış ve Emziren İşçiler
- Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler

Kısmi süreli işçilere, fazla sürelerle çalışma da yaptırılamaz. Zira İş Kanununa İlişin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 8. maddesinin d bendinde bu işçilere hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma yaptırılamayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>37</sup>. Bu düzenleme, Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesi ile İş Kanununun 41. maddesine aykırıdır<sup>38</sup>.

##### **5. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Ödenmemesi**

İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını, işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır<sup>39</sup>. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37. maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir. Fazla çalışmanın hesaplanmasında yarım saatten az süreler, yarım saat; yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır (FÇY.5/2).

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin ödenmemesi, işçi açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih sebebidir. Bu durum İş Kanununun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretinin ödenmemesi de işçiye haklı nedenle fesih hakkı verir. Fazla çalışma ücreti, beş yılda zamanaşımına uğrar<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> ŞAKAR, s.133; SÜMER, s.141; GÜVEN/AYDIN, s.325.

<sup>38</sup> SÜZEK, 842.

<sup>39</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.143.

<sup>40</sup> SÜMER, İş Hukuku, s.143; ÇİL, s.76.





## Sonuç

İş Kanunumuzda, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için haftalık çalışma süresi ölçüt olarak alınmıştır. Bu kapsamda düzenlemeler yapılmıştır. 1475 sayılı İş Kanununda yer alan günlük azami üç saatlik fazla çalışma yapılabileceğine dair düzenlemeye, 4857 sayılı İş Kanunumuzda yer verilmemiştir. Ancak İş Kanununun 63/2 maddesine göre günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması gerekir. Maddede belirtilen 11 saatlik süre, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı da kapsar. Avrupa Birliğinin 2003/88/EC. Sayılı Direktifi ise fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresinin 48 saati aşamayacağını düzenlemektedir. Kanun tasarısında da bu kapsamda bir düzenleme bulunmakta idi. Ancak kanun, halihazırdaki hali ile kabul edilmiştir.

Günde 11 saati aşan çalışmalar, Yargıtay kararları ile fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Gece çalışmalarında 7.5 saati geçen çalışmalar da fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Ancak 6645 sayılı Kanunun 37. maddesi ile İş Kanununun 69. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme ile turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu doğrultuda bu sektörlerde gece döneminde yedibuçuk saati aşan çalışmalar, fazla çalışma olarak kabul edilmez. Ayrıca Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince öngörülen sürelerin aşılması da fazla çalışma olarak kabul edilmektedir.

Yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, zorunlu nedenlerle ve olağanüstü hallerde yaptırılacak fazla çalışmalarda haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere artırılması suretiyle ödenmesi öngörülmüştür. Ancak kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerde de fazla çalışma yasağı varken bunlara bu düzenleme yapılmamıştır. Bu işlere yönelik olarak da aynı kapsamda bir düzenleme yapılması gerekirdi.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri, geniş anlamda ücrete dahildir. Bu nedenle işçi açısından bu ücretlerin ödenmemesi, iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih sebebidir.

## Kaynakça

Bedük, Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.

Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3.

Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2016.

Demircioğlu, Murat, Yargıtay Kararları Işında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2014.

Ercan, Güven/Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013.

Gökçek Karaca, Nuray, Basın İş Kanununa Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, Kamu-İş Dergisi, C: 7, S: 2/2003

Güner, M.Deniz, Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Çimento İşveren Sendikası Dergisi, 2001, Sayı:6, Cilt:15.

Mülayim, Baki Oğuz, İş Hukukunda Gece Çalışması, Ankara 2016.

Poyraz, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2016.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



SÜMER, Haluk Hadi, Konya 2017. (İş Hukuku)

SÜMER, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013. (Basın İş Hukuku)

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016.

TEKİN, Oğuzhan, Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücretlerinin Sözleşmede Belirlenen Ücrete Dahil Edilmesi Sorunu, Çalışma Dünyası Dergisi, 2015/2.

TIRYAKI, Hamit, Fazla Saatlerle Çalışmada İşçinin Onayı, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2012.

TUNCER, Polat, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, S.73.



## TÜRKİYE CUMHURİYETİ-AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ SÜRECİNDE TÜRKİYE CUMHURİYETİ REKABET POLİTİKALARININ VE REKABET HUKUKUNUN AVRUPA BİRLİĞİ'NE UYUMU (REKABET POLİTİKASI FASLI NEDEN MÜZAKEREYE AÇILAMIYOR?)<sup>1</sup>

Dr. Öğretim Üyesi Dilek CENGİZ<sup>2</sup>

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

### I.Giriş

#### I.1. Konu:

T.C. tarihinde AB ile ilişkiler<sup>3</sup> daima önemli ve zorlu bir süreci ifade etmiştir. 963'te T.C. ile AB arasında bir ortaklık ilişkisi kurulmasının ilk hukuki adımı olan Ankara Antlaşmasının imzalanmasıyla başlayan ilişkiler günümüze kadar çeşitli evrelerden geçmiştir. Bu süreçte ilişkileri olumlu veya olumsuz yönde şekillendiren gelişmeler; zaman zaman tarafların beklentilerinde değişikliklere yol açsa da ilişkiler bu güne kadar kopmadan devam etmiştir. Örneğin: 1997'deki Lüksemburg zirvesinde adının tam üye adayları arasında yer almadığını gören T.C.'nin tepkisi AB ile siyasi diyalogu kesmek yönünde olmuştur. Bundan sonra ise 1999'daki Helsinki zirvesinde T.C.'nin adaylığı AB tarafından kabul edilmiş ve Konsey tarafından T.C. için de bir katılım öncesi strateji ve Katılım Ortaklığı Belgesi hazırlanacağını ifade edilmiştir. AB Konseyinin tavrındaki bu değişiklik ilişkilere dinamizm kazandırmış ve karşılıklı yükümlülük ve beklentilerin ön plana çıktığı bir döneme girilmiştir. Aynı bağlamda günümüzde de T.C. ile AB ilişkilerinde belirgin bir uzaklaşma ve gerginlik ortaya çıkmıştır.

Tebliğimin konusu 3 Ekim 2005 tarihinden beri devam etmekte olan AB - T.C. müzakere sürecinde hala müzakereye açılmamış olan, fakat açılış kriterlerinin yerine getirilmesi şartıyla bundan sonra müzakereye açılması mümkün olan üç fasıldan<sup>4</sup> birisi olan 8. Fasil Rekabet Politikası faslının neden

<sup>1</sup> u Makale Metni 4 Mayıs 2018 tarihinde Alanya'da Alaattin Keykubat Üniversitesi evsahipliğinde gerçekleştirilmiş olan Asos 4. Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Kongresi 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda Bildiri olarak sunulmuştur. 3-5 Mayıs 2018 Alanya.

<sup>2</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>3</sup> Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri,31.07.1959'da Türkiye tarafından AET'na yapılan ortaklık başvurusu ile başlamış olup,12.09.1963'te AET ile Türkiye arasında bir ortaklık ilişkisi yaratan Ankara Antlaşması imzalanmış ve bu Antlaşma 01.12.1964'te yürürlüğe girmiştir.13.12. 1995 tarihinde Türkiye ile AB arasında 1/95 Sayılı Gümrük Birliğinin son döneminin uygulamaya konmasına ilişkin 'AB Ortaklık Konseyi Kararı' Avrupa Paramentosu tarafından onaylanmıştır ve 2004 yılı Aralık ayında alınan bir kararla AB 2005 yılı Ekim ayında TC ile tam üyelik müzakerelerine başlama kararı almıştır. AB Konseyi'nin 3 Ekim 2005 tarihli toplantısında Türkiye ile müzakerelere başlanması kararlaştırılmıştır.Bundan sonraki süreçte müzakereler sürdürülmüş olup en son 10.11.2015 tarihinde '2015 yılı Türkiye İlerleme Raporu yayımlanmıştır.' 'TC ile AB ilişkilerine ilişkin kronolojik sıra için bkz.T.C. AB Bakanlığı 'Türkiye Avrupa Birliği İlişkileri Kronolojisi(1959-2015) <http://www.ab.gov.tr/file> (12.02.2017).

<sup>4</sup> Bu üç fasıl: 5. Fasil: Kamu Alımları,8. Fasil: Rekabet Politikası, 9. Fasil Sosyal Politika ve İstihdam. Fasıllarıdır.





hala müzakereye açılmamış olduğu sorunudur.. Konu olarak bu faslı seçmemin başlıca iki nedeni vardır.

Birinci neden Rekabet Politikası faslının AB entegrasyonundaki önemidir. Bu önemi rekabet hukuku literatüründe yapılan ‘Rekabet Politikası’ faslı kapsamına giren kuralların entegrasyonun ana motoru olduğu ve bu kuralların entegrasyondaki işlevinin tutkal veya lehim gibi olduğu benzetmeleri<sup>5</sup> yeterince ortaya koymaktadır. Bu bağlamda ‘Rekabet Politikası’ faslı kapsamına giren kurallar alanında uyum AB üyeliğine kabul bakımından olmazsa olmaz nitelikte, hiç tolerans gösterilmeyen taviz verilmeyen kurallardır.

İkinci neden 1960’lı yıllardan beri AB üyesi olabilmek için büyük mücadele vermiş olan T.C.’nin neden tam sona yaklaşmışken böyle olmazsa olmaz nitelikli ve taviz verilmeyen tolerans gösterilemeyen bir faslın Açılış kriterlerini yerine getirmeyerek müzakereye açılmasına engel olmaktadır? Sorusunun içerdiği çelişkinin nedenlerine ilişkin incelenmesinin Her iki tarafın da T.C.’nin AB üyeliğine yönelik asıl niyetini aydınlatmasıdır

## **I.2. Amaç**

Bu konunun tercih edilmesindeki amaç ise uzun zamandır ülkemizin siyasi gündeminin başlıca konularından olan T.C. AB ilişkilerinin güncel durumuna ve bu durumda, resmi söylem ve açıklamaların perde arkasında tarafların (AB ve T.C.) karşılıklı yaklaşımlarına ve niyetlerine ilişkin objektif ve teknik hukuki irdelemelere dayanarak, çıkarsama yapılmasıdır.

Bu çerçevede, T.C. AB ilişkileri nereye doğru gidiyor? İlişkilerdeki mevcut durumun yani uzaklaşmanın ve gerginliğin oluşumunda diğerine kıyasen daha etkin olan taraf hangisidir? ve T.C. ‘Rekabet Politikası’ faslının açılış kriterlerini neden yerine getirmiyor? Sorularının yanıtlanmasına çalışılacaktır.

## **I.3.Sistemik**

Konunun açıklanmasında sistematik olarak İlk olarak Rekabet Politikası’ faslının AB entegrasyonundaki anlam ve önemi açıklanacak; ikinci sırada bu faslın neden müzakereye açılmadığı sorununun temelini oluşturan ‘AB-T.C. İlişkileri sürecinde ‘T.C. Rekabet Politikalarının ve Rekabet Hukukunun Avrupa Birliği’ne Uyumu’nun mevcut durumuna ilişkin tespitler ve değerlendirmeler yapılacaktır. Bu tespitlere ilişkin açıklamalar temel alınarak ‘Rekabet Politikası’ faslının neden hala müzakereye açılmadığı ve T.C.’nin neden açılış kriterlerini yerine getirmediği veya getiremediği sorunu irdelenecektir. Üçüncü ve son olarak da bütün bu açıklamalar ve tespitler dikkate alınarak T.C. AB ilişkilerinin güncel durumuna ve tarafların T.C.’nin AB üyeliğine yönelik yaklaşımlarına ışık tutan başlıca çıkarsamalara yer verilecektir.

## **II. ‘Rekabet Politikası’ Faslı Kapsamına Dahil Politikaların ve Kuralların AB Entegrasyonundaki Anlam ve Önemi**

‘Rekabet Politikası’ faslı kapsamına dahil politikaların ve kuralların AB entegrasyonundaki işlevini vurgulamak üzere rekabet hukuku literatüründe<sup>6</sup> yapılmış olan bir benzetme; bu politikalar ile kuralların

<sup>5</sup> Özgöker, Uğur; Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s 3.

<sup>6</sup> Özgöker; s 3.



anlam ve öneminin açıklanabilmesi bakımından bir başlangıç noktası olarak çok uygun ve isabetlidir. Buna göre: Rekabet politikaları ile kuralları AB entegrasyonunun ana motoru olarak kabul edilmekte ve entegrasyondaki işlevi tutkal veya lehime benzetilmektedir.

Bu benzetmenin temelindeki gerçekleri şöyle açıklamak mümkündür: AB entegrasyonunun ekonomik gücünü koruması ve devam ettirebilmesi üye devletlerin AB Ortak Pazarında eşit koşullarda rekabet edebildikleri bir rekabet düzeninin varlığını gerektirmektedir. Bu AB entegrasyonunun ekonomik temelini oluşturmaktadır. Bu temel AB'nin sosyal,iktisadi, siyasi politikaları ve dengeleri ile de sıkı sıkıya bağlantılıdır. Aksi takdirde AB entegrasyonunun ekonomik temelini sarsılması suretiyle gitgide zayıflaması kaçınılmazdır. Bu nedenle aday devletlerin, AB üyeliğine kabul edilebilmeleri için rekabet politikaları ve rekabet kuralları bakımından AB'ye yeterince uyum sağlamış olmaları AB entegrasyonu için hayati bir gerekliliktir. Bu itibarla rekabet alandaki uyum AB tarafından tolerans gösterilmeyen ve taviz verilmeyen bir şarttır.<sup>7</sup> Bu bağlamda müzakere fasıllarından biri olan 'Rekabet Politikası' faslı müzakereye açılıp AB bu alanda yeterince uyum sağlandığı hususda ikna edilmeden; bir aday devlet normal koşullar altında üyelik beklentisine girilmemelidir.

Bu itibarla rekabet alanı AB'nin AB entegrasyonu hedefine yönelik olarak politikalar belirlediği ve bu politikaları hukuki düzenlemeler aracılığı ile yürürlüğe koyduğu çeşitli alanlar arasında temel öneme sahip bir alan olarak değerlendirilmektedir.<sup>8</sup> Zira Üye Devletlerin eşit koşullarda ve olması gerektiği şekilde rekabet edebildikleri bir Ortak Pazar olmaksızın, güçlü bir AB entegrasyonunun sağlanması ve devamı mümkün olmayacaktır.

Bu önem Komisyon tarafından aynen şöyle ifade edilmiştir:

'...Genel olarak rekabet kuralları Birliğin tamamında doğrudan uygulanabilir nitelikte olup, Bunların uygulanmasında Üye Devletler Komisyon ile tam bir işbirliği içinde olmak zorundadırlar...'<sup>9</sup>

Komisyonun yukarıdaki ifadesinde kullandığı 'zorunda olmak' kavramı dikkate değerdir. Komisyon bu sert ve kesin kavramı kullanmak suretiyle rekabet alanının kapsamına giren kurallar bakımından hoşgörülü olunmasının veya taviz verilmesinin imkansız olduğunu vurgulamıştır. Diğer ifade ile, siyasi gerekçelerle dahi bu alanda Üye Devlet tarafından Ortak Pazarda rekabet düzeninin bozulmasına tavizkar yaklaşamayacak, bu suretle AB entegrasyonunun zayıflatılmasına izin verilmeyecektir. II.T.C. Rekabet Politikası ve Rekabet Hukukunun AB'ye Uyumunun Mevcut Durumuna İlişkin Açıklamalar ve Tespitler

II.1. T.C.'ni, AB Rekabet Müktesebatına Uyum ile Yükümlü Kılan Hukuki Düzenlemeler.

T.C. AB ile arasındaki ortaklık ilişkisini kuran 12.09. 963 tarihli Ankara Antlaşması m16, 2Gümrük Birliğine ilişkin düzenlemeleri içeren 23.11.1973 tarihli Katma Protokol m 43 ve 1/95 S Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) m 38-43. Düzenlemeleri çerçevesinde rekabet alanında mevzuatı ve içtihatı bakımından AB Müktesebatına uyum sağlamayı yükümlenmiştir.

<sup>7</sup> Ateş, Mustafa; 'AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış' FMR,S.2009/1, C.5.s.2.

<sup>8</sup> İKV.'Temel Politika Alanları-Rekabet Politikası, <http://www.ikv.org.tr> (15.12.2017);Ateş, Mustafa; 'AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış'FMR,S.2009/1,C.5,s.60; Yıldızoğlu, Deniz;Türkiye'nin Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Alanında Muhtemel Müzakere Süreci İçin Uyum Durumu, Bu Alanda İzlenen Politikalar,AB Genel Sekreterliği, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi Uzmanlık Tezi, Ankara, Mayıs,2004,s.13.

<sup>9</sup> AB Komisyonu;' 2005 Türkiye İlerleme Raporu's 79. [http://www.ab.gov.tr/\(20.02.2017\)](http://www.ab.gov.tr/(20.02.2017)).



## II.2. T.C. Rekabet Politikalarının AB'ye Uyumu'na İlişkin Tespitler

T.C. rekabet politikası alanında AB'ye paralel olarak, 'rekabet korumacılığı'ndan, 'rekabet savunuculuğu'na doğru gelişen bir süreç izlenmiştir.

Bu sürecin ilk aşamasında yer alan 'rekabet korumacılığı politikaları', rekabet ihlallerinin yasaklanması, önlenmesi, engellenmesi ve cezalandırılması suretiyle rekabetin korunması; bu bağlamda rekabet otoritesinin rekabet düzenini koruyan bir polis gücü işlevini üstlenmesi anlamını taşımaktadır.; ancak ilerleyen süreçte, bu korumacılığa rağmen ihlallerin azalmamaya devam etmesi karşısında sosyal yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi bu alanda da yasaklamanın, engellenmenin, cezalandırmanın köklü ve kalıcı bir çözüm olmadığı anlaşılmıştır.

Bunun üzerine çağdaş Dünyada sosyal yaşamın diğer alanlarında da bir temel gereklilik olarak kabul edilen ve rekabet alanında 'rekabet savunuculuğu' olarak adlandırılan; günümüzde hem AB hem de T.C.'nde güncel bir rekabet politikası olan 'rekabet savunuculuğu' bir çözüm yolu olarak düşünülmüştür.

'Rekabet Savunuculuğu' politikası ise toplumda eğitim yoluyla ilgililer nezdinde bir rekabet bilinci ve kültürü oluşturulması hedefine varılması anlamını taşımaktadır. Bu hedefe varılması özellikle T.C. gibi rekabet hukuku kavramı ile ABD ve AB üyesi devletlere kıyasen çok geç tanışmış ülkeler için mutlaka uzun zaman alacak ve bu hususta sosyo kültürel yapının değişimi hiç kolay olmayacaktır.

Bu bağlamda, hedefe varılabilmesi için gösterilen çabaya öncelikle ticari faaliyetlerin aktörlerinin ve diğer ilgililerin eğitiminden başlanması uygun görülmektedir.. Bu çerçevede kişilerin rekabetin olumlu etkileri ve rekabet karşıtı işlem ve eylemlerin olumsuz etkileri hakkında eğitilmesi, bilinçlendirilmesi suretiyle; rekabetin aslında ticari faaliyetler alanında temel öneme sahip hem etik hem de hukuki bir ilke olduğunu kavramış bir kültürel altyapı oluşturulabilecek ve bu kültürel altyapı üzerinde rekabet kurallarına bilinçli bir tercih olarak uyum sağlanabilecektir. Günümüzde, bu kültürel altyapının Dünyadaki en belirgin örneği ABD'deki ticari faaliyetler alanında ve toplumun diğer ilgili kesimlerinde yerleşik olan rekabet kültürü oluşturmaktadır.

Rekabet savunuculuğu politikalarının hedefine varabilmesi için en başta rekabet otoritesinin ve bunun yanında en temelden başlanarak tüm eğitim ve öğretim kurumlarının, üniversitelerin, meslek odalarının, devletin diğer ilgili kurumlarının toplumu rekabet konusunda eğiten bilinçlendiren sosyal sorumluluk işlevi üstlenmesi gereklidir. RK'nun bu politika doğrultusundaki faaliyetleri bu politik yaklaşımın ortaya çıkışından itibaren başlamış olup günümüzde de yoğun olarak devam etmektedir.<sup>10</sup>

## II.3. T.C. Rekabet Hukuku Kurallarının AB'ye Uyumuna İlişkin Tespitler

'Rekabet Politikası' faslı kapsamına giren rekabet hukuku kuralları AB ve T.C. rekabet hukukunda üç temel gruba ayrılarak incelenmektedir. Şöyle ki:

1. Antirust Kurallar' Bu kurallar kendi içinde, RKHK'daki ifadeler ile a-) rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin kararları, b-) hakim durumun kötüye

<sup>10</sup> Bu faaliyetlere ilişkin duyurular ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. RK; 'Rekabet Savunuculuğu- Rekabet Kültürü, Rekabet savunuculuğu olarak eğitim seminer ve sempozyumlar', [http://www.rekabet.gov.tr/\(16.01.2017\);RK; 'Rekabet Kültürü, http://www.rekabet.gov.tr \(16.01.2017\).](http://www.rekabet.gov.tr/(16.01.2017);RK; 'Rekabet Kültürü, http://www.rekabet.gov.tr (16.01.2017).)



- kullanılması, c-) rekabeti bozucu nitelikteki birleşmeler ve devralmalar olmak üzere üç alt kategoriden ibarettir.
2. 'Devlet Destekleri'
  3. 'Özel ve İhbari Haklar Tanınan Teşebbüsler'e İlişkin Kurallar.

Aşağıdaki açıklamalarımız da bu sistematığe uygun olarak yapılacak ve sözkonusu açıklamalar ve tespitler bu üç temel grup bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, T.C.'de rekabet hukuku kuralları alanında uyumlaştırma çalışmaları özellikle 1990'lı yıllarda hız kazanmıştır. Bu dönemdeki en önemli gelişme 07.2.1994 tarih ve 4054 S RKHK'nın kabul edilmesi ve yürürlüğe konulması ve bu Kanun'a (m 20) dayanılarak Rekabet Kurumunun kurulması olmuştur. Bu gelişmeler antitrust kuralları alanındaki ikincil AB Mevzuatına ilişkin uyumlaştırma çalışmaları bakımından da sağlam bir altyapı ve başlangıç oluşturmuştur. Çünkü bu gelişmeler sonrasında Rekabet Kurumu ikincil mevzuata ilişkin uyumlaştırma çalışmalarını hızla ve titizlikle yürütmüştür. Günümüzde de AB rekabet hukukunun dinamizmine paralel olarak Rekabet Kurumunun bu çalışmaları titizlikle ve mümkün olduğunca hızla devam etmektedir.

### II.3.1. 'Antitrust Kurallar' Bakımından Uyuma İlişkin Tespitler

Bu alanda ATA (ABİHA)'da yer alan temel ilkelere RKHK'da düzenlemeler ile temel ilkeler düzeyinde uyum sağlanmıştır. İkincil düzenlemeler bakımından ise RK tarafından yakından ve titizlikle takip edilmektedir. Bu suretle başlıca ikincil mevzuat uyumlaştırılmıştır. Ayrıca AB rekabet hukukundaki gelişmelere bağlı değişiklikler de takip edilmekte ve bu konuda mümkün olduğunca hızlı hareket edilmektedir. Ancak mevcut olan istisnai bazı eksiklikler ve uyumsuzluklar teknik veya hukuki altyapı eksikliklerinden kaynaklanmıştır.<sup>11</sup> Bu nedenle bu eksiklik ve uyumsuzluklar RK tarafından sözkonusu teknik veya hukuki altyapı eksikliklerinin tamamlanmasına bağlı olarak tamamlanmakta veya giderilmektedir.<sup>12</sup>

Diğer taraftan antitrust kurallar alanında RK AB Mahkemelerinin içtihatlarını da uyum yükümlülüğünün kapsamının gereği olarak mümkün olduğunca takip etmekte ve kararlarında bu içtihatlara uyumlu ilkeleri benimsemektedir. Ancak içtihatlar bakımından uyum sağlanmamış istisnai durumlar bulunmaktadır.<sup>13</sup>

Teşebbüsler arasındaki rekabeti bozucu nitelikteki işbirlikli işlem ve eylemler (anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliklerinin kararları, birleşmeler ve devralmalar (antitrust kurallar) bakımından bakımından T.C. rekabet hukukunun uyum düzeyinin ileri düzeyde olduğu Komisyon tarafından kabul edilmektedir.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Kabaalioğlu, Haluk(2010); 'AB Belçika Dönem Başkanlığında Rekabet Başlığının Açılmaması Son Derece Kaygı Vericidir' 20 Aralık 2010, İstanbul, İKV Basın Duyurusu <http://www.ikv.org.tr> (13.02.2016), s 1.

<sup>12</sup> Kabaalioğlu; s 1-2.

<sup>13</sup> Örneğin: Ana ortaklığın yavru ortaklıkların rekabet ihlallerinden doğan idari ceza sorumluluğu konusunda içtihat uyumu bulunmamaktadır. Bu konuda AB içtihat birikimi ve RK'nın ilgili kararlarında ulaştığı çözümler hakkında açıklamalar için bkz. Kocadağ, Nilgün; Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirketlerin İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2015, s 1.

<sup>14</sup> Örneğin 2011 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda 'Türkiye antitröst alanında sağladığı ileri düzeyde uyum temelinde, bu alanda biraz daha ilerleme kaydetmiştir. Rekabet Kurumu birleşmelere ilişkin uygulama mevzuatı (birleşme işlemlerindeki çözümlere ilişkin kılavuzlar) çıkarılmış, böylelikle birleşme konusundaki AB mevzuatıyla daha fazla uyum sağlanmıştır. Toplam Pazar payları %20'nin altında olan banka birleşmeleri ve devralmaları hala RKHK'nın kapsamında değildir. Türkiye yatay



Bu durum karşısında antitrust kurallar alanındaki uyum bakımından müzakere sürecini olumsuz etkileyebilecek güce sahip hiçbir eksikliğin bulunmadığı ve bu bağlamda bu alan bakımından sorun çıkmayacağı öngörülmektedir. Nitekim bu 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterleri arasında bu alan kapsamına dahil olan hiçbir kritere yer verilmeyerek bu öngörü doğrulanmıştır.

### II.3.2. 'Kamu Teşebbüsleri ile Özel ve İnhisari Haklar Tanınan Teşebbüslere İlişkin Kurallar' Bakımından Uyuma İlişkin Tespitler

Kamu teşebbüsleri ile özel ve inhisari haklar tanınan teşebbüslerin rekabet düzeni üzerinde önemli bir etki potansiyeli bulunmaktadır. Bu nedenle bu teşebbüsler AB'de rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu durum karşısında T.C.'de de sözkonusu teşebbüslerin faaliyetlerinin AB'ye uyum yükümlülüğünün gereği olarak rekabet hukuku kuralları dikkate alınmak suretiyle düzenlenmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak Türk hukukunda kamu teşebbüsleri ile özel ve inhisari haklar tanınan teşebbüslere ilişkin rekabet kurallarını temel ilkeler düzeyinde düzenleyen bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır.

Dünyada piyasaların küreselleşmesine bağlı olarak, örnek ülke uygulamaları ile uluslararası ilke ve standartların dikkate alınması suretiyle T.C.'de de yasal tekel durumunda olan teşebbüslerin faaliyetleri 2000'li yılların başlarından itibaren rekabete açılmaya başlanmıştır.<sup>15</sup> Bu alanda özellikle telekomünikasyon,<sup>16</sup> doğalgaz elektrik dağıtımı, radio televizyon yayıncılığı ve havayolu ulaşımı sektörlerinde önemli mesafe katedilmiştir.<sup>17</sup> Fakat bu alanların bazılarının doğal tekel niteliğinde olması ve kamu müdahalesini gerekli kılıyor olması nedenleriyle rekabet hukuku ilkeleri dikkate alınmak suretiyle özel hukuki düzenlemelerin yapılması gerekliliği çok açıktır. Bu hususta T.C. rekabet hukukunda önemli eksiklik bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Bu durum karşısında bu kapsamdaki teşebbüslere bazı önemli kamu hizmetlerini yürütme görevi de verildiği de dikkate alınarak, bu teşebbüslerin ilgili görevlerini yerine getirmeleri amacı ile yapılan hukuki düzenlemelerin<sup>19</sup> rekabet politikası ve RKHK hükümleri ve ilgili AB Mevzuatı dikkate alınarak

işbirliği anlaşmalarına ve de minimis kurallarına ilişkin AB Müktesebatını henüz iç hukukuna aktarmamıştır...'. Ifadelerine yer verilmiştir. AB Komisyonu; '2011 Türkiye İlerleme Raporu',s.62 <http://www.ab.gov.tr/> (05.03.2016).

<sup>15</sup> İçöz, Özge; Telekomünikasyon sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara,2003,s 70-75; DPT; 9.Beş Yıllık Kakinma Planı ÖİK Raporu,s.56-57.

DPT; 9.Beş Yıllık Kakinma PlanıÖİK Raporu,s.56-57.  
s. 65-67;Ateş; s 79.

<sup>16</sup> Telekomünikasyon sektörünün rekabete açılışına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İçöz; s.27-33,54-63.

DPT; 9.Beş Yıllık Kakinma PlanıÖİK Raporu,s.56-57.

<sup>17</sup> DPT; 9.Beş Yıllık Kakinma Planı ÖİK Raporu,s.56-57.

<sup>18</sup> 'Devlet tekelleri ile münhasır ve özel haklara sahip şirketlerin tasfiyesinin uyumlaştırılması hususunda büyük çabaya ihtiyaç vardır.' AB Komisyonu; '2005 Türkiye İlerleme Raporu's 79,<http://www.ab.gov.tr/>(20.02.2017); '...Kamu teşebbüsleri ile kendilerine özel ve inhisari haklar tanınmış teşebbüslere ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına yönelik hiç ilerleme kaydedilmemiştir. AB. Komisyonu; '2010 Türkiye İlerleme Raporu,s 54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2017).

<sup>19</sup> Örneğin: Enerji alanında 20.02.2001'de kabul edilen '2628 S. Enerji Piyasası Kanunu' elektrik enerjisi oluşturulması ile ilgili düzenleme ve denetlemelerin yapılmasına yönelik hükümler içermektedir.Bu Kanun ile Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)oluşturulmuştur.Daha sonara bu Kurumun adı '4646 S.Doğal Gaz Piyasası Kanunu' ile 'Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu(EPDK)' olarak değiştirilmiştir.Enerji Piyasası Düzenleme Kurul'u 19.11.2001'de faaliyete geçmiştir.Bundan sonra da Kuruma '5015 S. Petrol Piyasası Kanunu' ile petrol piyasasını ve 50307 S. Sıvılaştırılmış Petrol Gazları(LPG) Kanunu ile petrol gazları piyasasını düzenleme ve denetleme görevleri verilmiştir.





oluşturulması; bu bağlamda sözkonusu teşebbüsler konusunda AB ile yapılacak olan müzakereler çerçevesinde tekrar gözden geçirilmesi aykırılık oluşturan hükümler varsa bu hükümlerin yürürlükten kaldırılması önerilmektedir.<sup>20</sup>

Ancak öğretilerde RKHK'da bu Kanunun uygulanması bakımından kamu teşebbüsü ve özel teşebbüs ayrımı yapılmamış olduğu ve Kanunun her iki tür teşebbüse de eşit olarak uygulanacağı gerekçesiyle bu alan bakımından müzakere sürecinde sorun çıkmayacağı öngörülmüştür.<sup>21</sup> Bu alana ilişkin eksiklikler ve aykırılıklar, Komisyon tarafından Türkiye İlerleme Raporlarında ifade edilmekle beraber, <sup>22</sup> 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterleri kapsamına dahil edilmemiştir. Bu bağlamda bu alandaki eksiklikler bakımından şimdiye kadar ciddi bir sorun ortaya çıkmamıştır.

Nitekim 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterleri arasında kamu teşebbüsleri ile özel ve inhisari haklar tanınan teşebbüsler alanına ilişkin bir kritere yer verilmemiştir. Bu da en azından faslın açılış kriterleri bakımından özel ve inhisari haklar tanınan teşebbüsler konusu ile ilgili kriter oluşturmaya değecek kadar önemli bir sorun bulunmadığını ortaya koymakta ve yukarıdaki görüşü doğrulamaktadır.

### II.3.3.'Devlet Destekleri' Kuralları Bakımından Uyuma ilişkin Sorunlar ve Tespitler

Devlet destekleri kuralları alanında uyum konusu müzakere sürecinin en sorunlu ve zorlu konusudur. Bu bağlamda 'Rekabet Politikası' faslının müzakereye açılmayışının nedenleri de bu alandaki sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu durum kısaca özetlenecek olursa :

Devlet destekleri uygulamalarının önemli ölçüde rekabeti bozucu etki potansiyeline sahip olduğu bilinen bir gerçektir. Bu itibarla AB'de devlet desteklerine ilişkin kurallar rekabet kuralları kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda T.C., devlet destekleri alanındaki AB müktesebatına; rekabet hukuku müktesebatına uyum yükümlülüğü kapsamında Ankara Antlaşması. 1/95 S OKK ve Katma Protokol hükümleri çerçevesinde uyum sağlamak yükümlülüğünü üstlenmiştir. Bu düzenlemelerden OKK(m 34,37,39) ve Katma Protokol'de (m 43) doğrudan devlet desteklerine ilişkin temel ilkeler içeren ve uyum yükümlülüğünü düzenleyen düzenlemeler de yer almaktadır.

1/95 S. OKK 'nda 'Devlet yardımları ile ilgili 'Topluluk üyesi Devletler'in veya Türkiye'nin herhangi bir biçimde devlet kaynaklarını kullanarak sağladıkları ve belli girişimlerin kayırılması ve belli ürünlerin üretiminin özendirilmesi suretiyle rekabeti aksatan veya aksatma tehlikesi taşıyan her türlü yardım Topluluk ile Türkiye arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Gümrük Birliği'nin iyi işleyişiyle bağdaşmaz'

Elektrik sektöründeki mevzuatın amacı,özetle doğal tekel niteliğindeki elektrik üretimi ile toptan ve perakende satış piyasalarını rekabete açmaktır.Petrol ve LPG piyasaları ise genel olarak rekabete açıktır.Ancak bazı düzenlemelere tabidir.Bu alanda 01.01.2005 tarihinden itibaren fiyat düzenlemeleri kaldırılmıştır.Doğalgaz piyasasına ilişkin düzenlemelerin amacı da ithalattan son tüketiciye kadar olan dikey yapının serbestleştirilmesinin sağlanmasıdır. 9.Beş Yıllık Kalkınma Planı ÖİK Raporu, s.56.

DPT.; 9.Beş Yıllık Kalkınma Planı,ÖİK Raporu,s57;Ateş;s.80.

<sup>20</sup> DPT.; 9.Beş Yıllık Kalkınma Planı,ÖİK Raporu,s 57

<sup>21</sup> Kabaalioğlu; s 1.

<sup>22</sup> '...Kamu teşebbüsleri ile kendilerine özel ve inhisari haklar tanınmış teşebbüslere ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına yönelik hiç ilerleme kaydedilmemiştir...' AB. Komisyonu; ' 2010 Türkiye İlerleme Raporu, s 54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2017).

(m.34/1)hükmü yer almaktadır. Ayrıca bu Karar m.37,39'da Kararın uygulanmaya başlanmasından itibaren iki yıl içinde AB'ye uyumlu bir devlet destekleri mevzuatının kabulüne ilişkin hükümler de bulunmaktadır.

T.C. devlet destekleri alanında, AB üyesi devletlere kıyasen devlet desteklerinin dağıtımında rekabeti bozucu etki potansiyelinin dikkate alınmasına ilişkin kuralları içeren çağdaş hukuki gelişmelerin oldukça gerisinde kalmıştır.T.C.'nin kuruluşundan AB ile müzakerelerin başladığı zamana kadar olan süreçte, devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usulleri rekabet düzeni üzerindeki etki potansiyelini de dikkate almak suretiyle, düzenleyen genel bir hukuki düzenleme yürürlüğe konulmamıştır. Bu süreçte devlet destekleri uygulamaları dağınık bir mevzuat çerçevesinde ve rekabet düzeni üzerindeki etkileri dikkate alınmaksızın çok parçalı kamu kurumları tarafından yürütülmüştür.<sup>23</sup> Bu gecikmeli süreçte müzakerelerin en önemli sorunu ortaya çıkmıştır.<sup>24</sup>

Bu durum karşısında, devlet destekleri alanındaki uyumsuzluk oluşturan bütün eksiklikler ve aykırılıklar Komisyon tarafından başlangıcından itibaren Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar ifade edilmiştir.<sup>25</sup>

İlk dönem İlerleme Raporlarında, bir temel gereklilik olması itibarıyla, devlet desteklerine ilişkin temel ilke ve usulleri içeren çerçeve bir hukuki düzenlemenin eksikliği ile devlet destekleri uygulamalarının izlenmesine ve denetlenmesine ilişkin bir otoritenin eksikliği eleştirileri ileri sürülmüş; ve bu temel eksikliklerin tamamlanmasına, ilgili aykırılıklara son verilmesine ilişkin ifadelere yer verilmiştir.<sup>26</sup>

### III.3.3.1. 'Rekabet Politikası Faslı'nın Müzakereye Açılmayışının Temel Nedeni Olarak Devlet Destekleri Sorunu

<sup>23</sup> T.C.'de devlet desteklerine ilişkin süreç hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz

Özkarabüber, Mustafa Mehmet; AB ve Türkiye'de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s 73-82.

<sup>24</sup> Bu sorunun ortaya çıkış sürecine ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve atıflar için bkz Cengiz, Dilek, Türkiye Cumhuriyeti- Avrupa Birliği İlişkileri Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Rekabet Politikalarının ve Rekabet Hukukunun Avrupa Birliği'ne Uyumu, 'Rekabet Politikası' Faslı Neden Müzakereye Açılmıyor?, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s 43-253.

<sup>25</sup> '...Devlet yardımlarına ilişkin mevzuat kabulü ya da bağımsız bir devlet yardımları izleme kurumunun kurulmasına dair bir gelişme kaydedilmemiştir. Bunların mevcut olmaması 1/95 B GB Kararının rekabete ilişkin uygulama kurallarının kabulünü geciktirmekte ve rekabette ciddi sapmaların ortaya çıkmasıyla sonuçlanmaktadır...Mevzuat çelik sanayiine yatırımı teşvik edici yeni sertifikaların verilmesi olanağına alacak şekilde değiştirilmiştir. Türkiye 1996 tarihli AKÇT- Türkiye Serbest Ticaret Antlaşmasında taahhüt ettiği şekildeşlik semtörüne sağladığı yardımlarının şeffaflığında tatmin edici bir düzeye gelememiştir...Devlet yardımları konusunda bir önceki İlerleme Raporundan bu yana bir ilerleme kaydedilmemiştir. Türkiye şeffaflığın sağlanmasına ve Topluluğun devlet yardımları alanındaki kurallarının uygulanmasına yönelik yasal çerçeveyi ve idari yapıları oluşturamamıştır.' AB Komisyonu; '2006 Türkiye İlerleme Raporu's 38, <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).

AB Komisyonu; Türkiye 2007 İlerleme Raporu, s.54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2017).

'Devlet yardımları konusunda hiçbir gelişme yaşanmadığı gibi Türkiye yeni teşvikler vermeye devam etmiştir. Demir çelik sektöründeki yardımlarda ise sınırlı gelişme olmuştur. Türkiye Komisyon'a taslak bir Ulusal Yeniden yapılandırma Planı iletmiştir. Bu sayede geçmişte verilen yardımların envanteri çıkarılabilmiştir. Yeni çıkarılan yatırım teşviki düzenlemesi de bu sektörde devlet yardımı verilmesini önlemektedir. Ancak hala özellikle sektöre ilişkin sanayi stratejisi ve gelecekte verilecek yardımlar konusunda olmak üzere önemli eksiklikler bulunmaktadır. Türkiye şirket bazında iş geliştirme planlarını da Komisyon'a sunmamıştır.' AB Komisyonu; Türkiye 2007 İlerleme Raporu, s.54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2017)..

<sup>26</sup> '...devlet yardımlarının kontrol edilmesinden sorumlu tek bir makam yoktur... Dolayısıyla devlet yardımlarının kontrolünden sorumlu bir organın yokluğunda, bu politika alanında herhangi bir icra geleneği henüz oluşturulmuş değildir.... Topluluk'un devlet yardımları konusundaki araştırma yöntemini ve sunuşunu izleyerek, mevcut devlet yardımlarının bir envanterinin oluşturulması ve yıllık düzenli raporlama yoluyla saydamlığın artırılmasına ve genel devlet yardımı sistemine özen gösterilmelidir..' AB. Komisyonu; '2000 Türkiye İlerleme Raporu', s.30-31. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).





T.C. tarafından sözkonusu eksikliklerin tamamlanması ve aykırılıklara son verilmesi amacıyla zamanında gereken adımların atılmaması üzerine, tepkisel olarak, Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar ifade edilmiş olan bu eksiklikler ve aykırılıkların tamamı; müzakere sürecinin başladığı 03.10.2005 tarihinden çok kısa bir süre sonra 08.-09.11.2005 tarihli tanıtıcı toplantıda ve 01.02.2005 tarihli tarama toplantılarında<sup>27</sup> müzakerelerin en önemli fasıllarından biri olan ‘Rekabet Politikası’ faslının açılış kriterleri kapsamına dahil edilerek, Komisyon tarafından belirlenmek ve Konsey tarafından onaylanmak suretiyle kabul edilmiştir. Bu kriterler daha sonra Avusturya dönem başkanlığı tarafından 20.06.2006 tarihli tarama mektubu ile T.C.’ne bildirilmiştir.<sup>28</sup> Bu mektupta ‘Rekabet Politikası’ Faslına ilişkin 6 adet Açılış kriteri belirlenmiştir. <sup>29</sup> Bu kriterlerin tamamı devlet desteklerine ilişkin olup; daha önce Komisyon tarafından Türkiye İlerleme Raporlarında eksiklikleri ve tamamlanması gerekliliği defalarca vurgulanmış olan hususlarla ilgilidir. Bu bağlamda AB’nin ‘Rekabet Politikası’ Faslına müzakereye açılabilmesi için bu kriterleri tercih etmesi tepkiseldir. Çünkü bu fasıl kapsamında devlet desteklerine ilişkin eksikliklerin yanısıra diğer alanlara ilişkin eksiklikler de bulunmaktadır. Örneğin kamu teşebbüsleri ile özel ve inhisari haklar tanınan teşebbüslere ilişkin kurallar alanındaki eksiklikler gibi.. Ayrıca, devlet desteklerine ilişkin eksiklikler bakımından geçmiş 10 yıla ait Türkiye İlerleme Raporlarındaki vurgulayıcı ifadelerle açılış kriterlerinde yer alan ifadeler arasındaki benzerlik de dikkat çekmektedir.<sup>30</sup>

AB ‘Rekabet Politikası’ faslının açılış kriterlerine ilişkin bu tercihi ile T.C.’ne ciddi ve ağır bir mesaj vermektedir. Bu mesaj ‘uzun yıllardır devlet olarak devlet destekleri alanında gerçekleştirdiğiniz rekabet ihlallerinin AB tarafından tolere edilmesi mümkün değildir. Eğer bu tavrınız değişmezse ‘Rekabet Politikası’ faslının müzakereye açılması; buna bağlı olarak da T.C.’nin AB üyeliğine kabul edilmesi mümkün değildir’ mesajıdır.<sup>31</sup>

Nitekim bu kriterler kapsamındaki eksiklikler T.C. tarafından hala gereğince yerine getirilmemiş olup; müzakere sürecinin olmasız olmaz nitelikteki ‘Rekabet Politikası’ Faslı bu nedenle hala müzakereye açılmamıştır. Bu duruma paralel olarak T.C.’de artık, müzakere sürecinin başlangıcında olduğu gibi AB üyeliğine yönelik çok hevesli veya istekli tavrını değiştirmiştir.<sup>32</sup>

Bu durum müzakere sürecinde devlet destekleri sorununun başlangıç noktasını oluşturmuştur. Bu şekilde başlayan devlet destekleri sorunu; bundan sonraki süreçte bugüne kadar zincirleme olarak çeşitli dış faktörlerin de etkisiyle derinleşerek devam etmiştir.<sup>33</sup>

### **II.3.3.2. ‘Rekabet Politikası’ Faslına Tamamı Devlet Desteklerine İlişkin Eksiklikleri İçeren Açılış Kriterleri ve T.C. Tarafından Bu Kriterlerin Karşılmasına İlişkin Sorunlar**

<sup>27</sup> Tarama toplantılarındaki sunumların ve Tarama Raporunun tam metni için bkz. T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı; ‘Rekabet Politikası’s.2 , <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).

<sup>28</sup> Aktar-Baykan-Genç; ‘AB’ye Üyelik Müzakerelerinde Son Durum’ Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırma Merkezi (BETAM), Araştırma Notu 13/144, 21.02.2013, <http://bahcesehir.edu.tr/> (10.02.2016).s. 13.

<sup>29</sup> Bu kriterler için bkz. AB’ye Katılım için Ulusal Eylem Planı I. Aşama Haziran 2014 Kasım 2015, s.35; AB’ye Katılım için Ulusal Eylem Planı II. Aşama Haziran 2015 Haziran 2019, s.53. <http://www.ab.gov.tr/> /temel belgeler/ (15.03.2017); T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı; ‘8. Rekabet Politikası’, s.1, <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).

<sup>30</sup> Cengiz; s 189.

<sup>31</sup> Cengiz; s 189-190.

<sup>32</sup> Cengiz; s 282.

<sup>33</sup> Bu süreçte ve devlet destekleri sorununa ilişkin gelişmelerle ilgili açıklamalar için bkz III.3.3.2.



Bu kriterler şunlardır:

**1-**Devlet destekleri konusunda şeffaflığın sağlanmasını teminen, Gümrük Birliği'nin son aşamasının uygulanmasını uygulanmasına ilişkin 1/95 Sayılı OKK'nın kapsadığı bütün devlet desteği tedbirlerinin kapsamlı bir envanterinin AB'ne iletilmelidir.

**2-**2001 yılından bu güne kadar çelik sektöründe kapasite değişimine ve her bir şirkete verilen devlet desteklerine ilişkin AB'ne ayrıntılı bilgi sunulmalıdır.

**3-**T.C. ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla devlet desteklerinin onaylanması, devlet destekleri uygulamasının izlenmesi ve devlet desteklerinin geri alınmasına ilişkin genel şartları ve kuralları belirleyen bir devlet destekleri kanununu kabul edilmelidir.

**4-**Mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip işlevsel olarak bağımsız bir devlet destekleri otoritesinin kurulmalı; bu otorite devlet destekleri tedbirlerini ve münferit devlet desteklerini onaylama yetkisine sahip olduğu gibi kanuna aykırı olarak verilen devlet desteklerinin geri alınması yetkisine de sahip olmalı ve bu gerçekleşene kadar Gümrük Birliği kararı gerekleri doğrultusunda, yeni destek tedbirlerinin kabul edilmesinden veya mevcut olanların uzatılmasından kaçınılmalıdır.

**5-**Türkiye ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumsuz olduğu belirlenen tüm diğer destek tedbirlerinin veya eş etkili tedbirlerin uyumlaştırılması amacıyla açık bir takvim içeren, Komisyonun kabul edeceği bir eylem planı sunulmalıdır.

**6-**Kömür ve çelik ürünlerinde ticarete ilişkin olarak AKÇT ve Türkiye arasındaki anlaşmaya aykırı olarak verilmiş olan devlet desteklerinden hiçbir çelik şirketinin faydalanmamasını temin amacıyla gerekli tüm tedbirler kabul edilmelidir. 2001 tarihinden bu yana verilmiş olan destekler, ancak ulusal bir yeniden yapılandırma programı (UYYP) içerisine derc edilmiş sınırlı koşullar altında Komisyon tarafından kabul edilebilir. Böyle bir yeniden yapılandırma programı bu koşulları en iyi şekilde karşılamak amacıyla, 1 Eylül 2006 tarihinden önce kabul edilmelidir.

'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin tamamının devlet destekleri alanındaki eksiklik ve aykırılıklar arasından tercih edilmiş olması dikkate değerdir.

Ancak bu durum şaşırtıcı değil beklenen bir durum olarak değerlendirilmelidir. Şöyle ki:

Bu tercih tepkiseldir. Bu tepkinin köklerini, T.C.'nin devlet destekleri alanında, AB üyesi devletlere kıyasen devlet desteklerinin rekabeti bozucu etki potansiyelini dikkate alarak düzenleme yapan çağdaş hukuki gelişmelerin çok gerisinde kalmış olmasında ve bu geri kalmışlığın üzerine; Komisyon tarafından mevcut eksiklik ve aykırılıkların Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar ifade edilmiş olmasına rağmen; T.C. tarafından atılması gereken adımların zamanında atılmamış olmasında aramak gereklidir. .

Bu tepkisel tavır ile AB, T.C.'ne, müzakere sürecinin geleceği ve sonucu bakımından ciddi ve ağır bir mesaj vermiştir. Açık ifade ile bu mesaj, T.C.'nin AB üyesi olabilmesi için, devlet destekleri alanındaki eksiklikleri tamamlamak ve aykırılıkları sona erdirmekten başka seçeneğinin olmadığı ve AB'nin bu konuda hoşgörülü olmayacağı, AB Ortak Pazarında devlet destekleri ile rekabetin bozulmasına hiçbir surette izin verilemeyeceği mesajıdır.

Nitekim, bu eksiklik ve aykırılıklar Komisyon tarafından yapılan ikazlara<sup>34</sup> rağmen T.C. tarafından zamanında, yani müzakere süreci başladıktan sonra da uzun süre tamamlanmamış ve sona erdirilmemiştir.

Ancak, müzakere sürecinin başlamasından 5 yıl sonra T.C. tarafından bu temel eksikliklerden olan, devlet desteklerine ilişkin temel ilkeleri, temel esas ve usulleri içeren AB müktesebatına uyumlu olarak hazırlanmış 13.10.2010 tarih ve 6015 S ‘Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun’<sup>35</sup> (DDİDHK) kabul edilmiş ve bu Kanun’un m.4/1 düzenlemesi hükmüne dayanılarak ‘Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu’ kurulmuştur.

AB’de devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesi usulüne ilişkin temel ilkeler ABİHA m.108-109’da (ATA/Ams m.88-89) düzenlenmiştir. Bu temel ilkeler çerçevesinde devlet destekleri sistemine ve sistemin uygulanması usulüne ilişkin ayrıntılar, Komisyon Kararları, ATAD İçtihatları ile m.89 uyarınca Konsey tarafından çıkarılan ‘ATA m.88’in uygulanmasına ilişkin 659/1999 S Usul Tüzüğü’<sup>36</sup> ve ‘659/1999 S Usul Tüzüğü’nün Uygulanmasına İlişkin Tüzük’<sup>37</sup> te yer almaktadır. AB Denetim Sisteminin hukuki kaynakları bunlardan ibarettir

Bu durum karşısında, T.C.’nde devlet destekleri alanına ilişkin temel eksiklikler olarak Komisyon tarafından Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar vurgulanan iki temel eksiklik olan, yani devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usulleri içeren AB müktesebatına uyumlu genel bir hukuki düzenleme<sup>38</sup> ve devlet desteklerinin gözetim ve denetiminden sorumlu bir otoritenin kurulmasına ilişkin eksiklikler<sup>39</sup> tamamlanmış gibi görülmektedir.

<sup>34</sup> ‘...Devlet destekleri alanındaki ilerleme bir hayli sınırlı görünmektedir. Gelecekte ilerleme kaydetmenin önkoşulu Gümrük Birliği Anlaşması çerçevesinde devlet yardımı kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasını ve kontrolünü sağlayacak bir kontrol makamının kurulmasıdır...Devlet yardımları ile ilgili olarak Türkiye ülkenin bir bölgesel yardım haritasının tanımlanması üzerine bir araştırmanın geçici sonuçlarını Komisyon’a iletmıştır. Ülkenin azami yardım yoğunluklarının farklılaşmasına imkan vermek üzere haritaya son şeklini verirken Topluluk kriterleri ve yönteminin izlenmesini sağlamak için çok daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır. Türkiye devlet yardımı verilmesine ilişkin politikalarının bazı bölümleri hakkında bilgi vermiştir. Komisyon ile beraber ilgili Türk bakanlıkları mevcut ilgili yasaların bir listesini çıkarma sürecindedirler. Bu temelde Topluluk müktesebatına uygunluk konusunda özlü bir değerlendirme başlayabilir... Verilen yardımların Topluluk müktesebatına uygunluğunu sistematik olarak inceleyerek devlet yardımlarının kontrol edilmesinden sorumlu tek bir makam yoktur... Dolayısıyla devlet yardımlarının kontrolünden sorumlu bir organın yokluğunda, bu politika alanında herhangi bir icra geleneği henüz oluşturulmuş değildir... Topluluk’un devlet yardımları konusundaki araştırma yöntemini ve sunuşunu izleyerek, mevcut devlet yardımlarının bir envanterinin oluşturulması ve yıllık düzenli raporlama yoluyla saydamlığın artırılmasına ve genel devlet yardımı sistemine özen gösterilmelidir.....’

<sup>35</sup> 6015 s ddidhk; RG 23.10.2010, S 27738.

<sup>36</sup> Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 93 of the kEC Treaty, OJL 83, 27.03.1999.

<sup>37</sup> Council Regulation (EC) No 794/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L- 140 30.04.2004.

<sup>38</sup> ‘...Devlet yardımlarına ilişkin mevzuat kabulü ya da bağımsız bir devlet yardımları izleme kurumunun kurulmasına dair bir gelişme kaydedilmemiştir. Bunların mevcut olmaması 1/95 B GB Kararının rekabete ilişkin uygulama kurallarının kabulünü geciktirmekte ve rekabette ciddi sapmaların ortaya çıkmasıyla sonuçlanmaktadır....’ AB Komisyonu; Türkiye 2007 İlerleme Raporu, s.54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2017).

<sup>39</sup> ‘...Devlet destekleri alanındaki ilerleme bir hayli sınırlı görünmektedir. Gelecekte ilerleme kaydetmenin önkoşulu Gümrük Birliği Anlaşması çerçevesinde devlet yardımı kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasını ve kontrolünü sağlayacak bir kontrol makamının kurulmasıdır...Devlet yardımları ile ilgili olarak Türkiye ülkenin bir bölgesel yardım haritasının tanımlanması üzerine bir araştırmanın geçici sonuçlarını Komisyon’a iletmıştır. Ülkenin azami yardım yoğunluklarının farklılaşmasına imkan vermek üzere haritaya son şeklini verirken Topluluk kriterleri ve yönteminin izlenmesini sağlamak için çok daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır. Türkiye devlet yardımı verilmesine ilişkin politikalarının bazı bölümleri hakkında bilgi vermiştir. Komisyon ile beraber ilgili Türk bakanlıkları mevcut ilgili yasaların bir listesini çıkarma sürecindedirler. Bu



Bu Kanun içerdiği devlet desteklerine ilişkin temel ilkeler(m 2-3) bakımından ABİHA'nın Devlet Desteklerine İlişkin temel İlkelerin Düzenlendiği m 107-109 düzenlemesine uygundur.

Bu durum karşısında, T.C.'nde devlet destekleri alanına ilişkin temel eksiklikler olarak Komisyon tarafından Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar vurgulanan iki temel eksiklik olan, yani devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usulleri içeren AB müktesebatına uyumlu genel bir hukuki düzenleme ve devlet desteklerinin gözetim ve denetiminden sorumlu bir otoritenin kurulmasına ilişkin eksiklikler tamamlanmış gibi görülmektedir.

Ancak Komisyon T.C. nezdinde yapmış olduğu inceleme ve araştırmalar sonucunda tam aksine bir sonuca varmış ve gösterilen durumun gerçek olmadığını tespit etmiştir. Bu tespitleri üzerine Komisyon ısrarlı bir şekilde, T.C.'deki devlet destekleri uygulamaları, yani 6015 S DDİDHK'nın uygulanması üzerinde durmuştur.Şöyle ki:

Komisyon 13.12.2010 tarihli ve 6015 S DDİDHK'nın m.16/1 düzenlemesindeki 'Bu Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girer' hükmünün ve Kanununun RG'de yayınlanmış olmasının yeterli olmadığını, Bu Kanunun içerdiği ilkelerin uygulanmasının gerekli olduğunu ; bunun için Kanunun uygulanmasına ilişkin AB'ye uyumlu ikincil mevzuat niteliğindeki uygulama mevzuatının yürürlüğe konulması gerektiği, Kanunun bu ikincil mevzuat yürürlüğe konulmaksızın etkisiz olacağı, bu bağlamda mevcut durumda etkisiz olduğu görüşünü açıklamıştır. Komisyon bu yargısını özellikle bu Kanun'un yayınlanmasından sonraki sürece ilişkin 2012-2016 Türkiye İlerleme Raporlarında açıkça ifade etmiştir.<sup>40</sup>

Ayrıca Bu Raporlarda aynı konu ile bağlantılı üzerinde durulması gereken bir diğer önemli ayrıntı , DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin bu ikincil mevzuatın yürürlüğe konulacağına ilişkin T.C. tarafından kesin tarih belirtilerek taahhüt edilmiş olduğu, ancak buna rağmen sözkonusu taahhüdün dört defa ertelenmiş olduğuna ilişkin tespittir. Bu durum Raporlarda vurgulayıcı bir üslupla ifade edilmiştir.

Bunlara ek olarak, Komisyon, 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin bildirilmesinden sonraki sürece ilişkin Türkiye İlerleme Raporlarında gene bu kriterlerin kapsamına dahil olan güncel ve resmi bir devlet destekleri envanterinin hazırlanması ve devlet desteği uygulamalarının AB müktesebatına

---

temelde Topluluk müktesebatına uygunluk konusunda özlü bir değerlendirme başlayabilir... Verilen yardımların Topluluk müktesebatına uygunluğunu sistematik olarak inceleyerek devlet yardımlarının kontrol edilmesinden sorumlu tek bir makam yoktur... Dolayısıyla devlet yardımlarının kontrolünden sorumlu bir organın yokluğunda , bu politika alanında herhangi bir icra geleneği henüz oluşturulmuş değildir.... Topluluk'un devlet yardımları konusundaki araştırma yöntemini ve sunuşunu izleyerek, mevcut devlet yardımlarının bir envanterinin oluşturulması ve yıllık düzenli raporlama yoluyla saydamlığın artırılmasına ve genel devlet yardımı sistemine özen gösterilmelidir....' AB. Komisyonu; '2000 Türkiye İlerleme Raporu', s.30-31. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).

<sup>40</sup> Bu hususta 2012 Türkiye İlerleme Raporunda: '.....mevcut Devlet Destekleri uygulamasının AB Gümrük Birliği kuralları ile çeliştiği,Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanması mevzuatının bulunmaması nedeniyle etkisiz kaldığı ve Türkiye'nin Devlet Destekleri konusunda henüz yeteri kadar hazır değildir' ifadelerine yer verilmiştir. 2012 Türkiye İlerleme Raporu,s52, <http://www.ab.gov.tr> (16.02.2017);

2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda da "Türkiye'nin genel anlamda Rekabet Politikası alanında nispeten ileri düzeyde olduğu, ancak Devlet Destekleri alanında bir ilerleme kaydetmemiş olduğu; bu bağlamda Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasına yönelik mevzuatın Devlet Desteklerinin kontrolü için etkin hale getirilmesinin gerekli olduğu,ancak bu mevzuatın kabulünün ertelendiği ve bir dizi destek programının Gümrük Birliği'ni ihlal etmeye devam ettiği' vurgulanmıştır. AB Komisyonu '2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



uyumluluğuna ilişkin bir eylem planının hazırlanması gibi diğer hususlardaki eksiklikleri ve aykırılıkları da tekrar tekrar vurgulamıştır.<sup>41</sup>

II.3.3.3. T.C. Tarafından Açılış Kriterlerinin Yerine Getirilmesi Amacıyla Yapılmış Olan Çalışmalar ve Bu Çalışmaların Yeterliliğine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler

### II.3.3.1. AB ile uyumlu devlet desteği uygulamalarının temini ve bu amaçla bir izleme ve denetleme mekanizmasının oluşturulması'na yönelik (1.3.,4. ve5. Kriterler)'e yönelik çalışmalar ve bu kriterlerin hangi ölçüde yerine getirildiğine ilişkin tespitler ve değerlendirmeler:

'Rekabet Politikası' Faslı'nın Açılış Kriterlerinden Birincisi , : 'Devlet destekleri konusunda şeffaflığın sağlanmasını teminen, Gümrük Birliği'nin son aşamasının uygulanmasını uygulanmasına ilişkin 1/95 Sayılı OKK'nın kapsadığı bütün devlet desteği tedbirlerinin kapsamlı bir envanterinin AB'ne iletilmesi' ,kriterindeki kapsamlı envanterin esas itibarıyla Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Otoritesi tarafından hazırlanması gerekmektedir birlikte, ülkemizdeki mevcut destek programlarının türünü ve içeriğini 'genel hatlarıyla değerlendiren taslak envanter' Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanarak 18.10.2010 ve 29.11.2010 tarihlerinde iki grup halinde Komisyona iletilmiştir.<sup>42</sup>

AB tarafında ise 2011 yılı Türkiye İlerleme Raporunda Komisyon tarafından Türkiye'de T.C. AB Bakanlığı tarafından yapılan açıklamalara paralel olarak, gayri resmi nitelikte bir devlet destekleri envanterinin çıkarılmış ve kendilerine iletilmiş olduğu belirtilmiş olup; T.C.'nin devlet destekleri alanında, özellikle Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un kabulü ile Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Otoritesinin oluşturulduğu hususlarına yer verilerek, genel olarak uyumda ilerleme kaydetmiş olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>43</sup> Bu gayri resmi envanterin 'Rekabet Politikası' faslı'nın açılış kriterleri bakımından yeterliliği hususunda hiçbir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

Bu gayriresmi envanterin birinci kriterin karşılanması için yeterli olup olmadığı hususu bundan sonraki 2013<sup>44</sup>, 2014<sup>45</sup> ve 2015<sup>46</sup> yılları İlerleme Raporlarında açıklanmıştır

<sup>41</sup> Bu ifadeler için bkz.

AB. Komisyonu; '1998 Türkiye İlerleme Raporu', s.26. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '1999 Türkiye İlerleme Raporu', s.45-46. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2000 Türkiye İlerleme Raporu', s.30-31 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2001 Türkiye İlerleme Raporu', s.54-55 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2002 Türkiye İlerleme Raporu', s.65-66 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2003 Türkiye İlerleme Raporu', s.68-69. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2004 Türkiye İlerleme Raporu', s.78-79 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB. Komisyonu; '2005 Türkiye İlerleme Raporu', s.79-81 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).  
AB Komisyonu; '2006 Türkiye İlerleme Raporu', s.37. <http://www.ab.gov.tr/>(20.02.2017)

<sup>42</sup> T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı; 'Rekabet Politikası', s.2.

<sup>43</sup> AB. Komisyonu; '2011 Türkiye İlerleme Raporu', s 62-63.<http://www.ab.gov.tr/> (05.03.2017).

<sup>44</sup> AB Komisyonu '2013 tarihli Türkiye İlerleme Raporu', s.30 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>45</sup> AB Komisyonu '2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporu', s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>46</sup> AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu', s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).





Bu Raporlarda T.C. tarafından hala resmi ve kapsamlı bir devlet destekleri envanterinin çıkarılmamış olduğu bir eksiklik olarak vurgulanmıştır. Örneğin:

2013 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki ‘...Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulunun hala resmi bir Devlet Destekleri Envanteri oluşturması gereklidir, çok sayıda devlet desteği uygulaması Gümrük Birliği ile uyumsuz olmaya devam etmektedir...’;<sup>47</sup>

2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki, ‘...Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulu’nun henüz resmi bir Devlet Destekleri Envanteri oluşturmamıştır...’;<sup>48</sup>

2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki ‘...hala, kapsamlı bir Devlet Destekleri Envanterinin oluşturulamamıştır...’<sup>49</sup> ifadeleri yapılmış olanların AB tarafından yeterli bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

-) **‘Rekabet Politikası’ Faslının Açılış Kriterlerinden Üçüncüsü** :‘Türkiye ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla devlet desteklerinin onaylanması, devlet destekleri uygulamasının izlenmesi ve geri alınmasına ilişkin genel şartları ve kuralları belirleyen bir devlet destekleri kanununun kabul edilmesi’.kriterindeki kanun ,devlet desteklerinin T.C. ile AB arasındaki anlaşmalara uygun olarak izlenmesinin ve denetlenmesinin sağlanması amacıyla (m.1) 6015 Sayılı ‘Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun’ (DDİDHK) yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunun ‘Amaç’ başlığını taşıyan m1/1 düzenlemesinde ‘Bu Kanunun amacı devlet desteklerinin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşmalara uygun olarak düzenlenmesini ve ilgili mercilere bildirimini sağlamak üzere ilke ve esasların belirlenerek devlet desteklerinin izlenmesine ve denetlenmesine ilişkin ilke ve esasları tespit etmektir.’ hükmünü içermektedir. Kanunun içeriğinin bu amaca uygun olduğu , yani AB’de yürürlükte olan devlet destekleri ilkeleri ile uyumlu olduğu , AB Komisyonu tarafından da 2016 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda doğrulanmıştır.

Ancak, Komisyon tarafından bu Kanunun yürürlüğünün düzenlendiği m.18’de ‘Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer’ hükmünü içeren DDİDHK’ RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olmakla beraber; içeriğindeki devlet desteklerine ilişkin ilkelerin tam anlamıyla uygulanması, diğer ifade ile hayata geçirilmesi için bunu sağlayacak olan usul ve esasları düzenleyen ikincil mevzuatın hazırlanması ve yürürlüğe konulmasına ihtiyaç olduğu. Yoksa Kanunun RG’de yayınlanarak m.18 hükmü gereği yayınlandığı tarihte yürürlüğe girmiş olması şekli bir durumdan ibaret kaldığı.;diğer ifade ile bu şekli durumda Kanun etkisiz veya atıl kaldığı yorumu yapılmıştır. <sup>50</sup>

Komisyon’un kastettiği ikincil Mevzuat Kanunun yayımlanması tarihinden itibaren uygun ve makul bir süre içinde çıkarılmamıştır.

<sup>47</sup> AB Komisyonu ‘2013 tarihli Türkiye İlerleme Raporu’,s.30 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>48</sup> AB Komisyonu ‘2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporu’,s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>49</sup> AB Komisyonu ‘2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu’,s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>50</sup> Bu hususta 2012 Türkiye İlerleme Raporunda: ‘...mevcut Devlet Destekleri uygulamasının AB Gümrük Birliği kuralları ile çeliştiği,Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun’un uygulanması mevzuatının bulunmaması nedeniyle etkisiz kaldığı ve Türkiye’nin Devlet Destekleri konusunda henüz yeteri kadar hazır değildir’ ifadelerine yer verilmiştir. 2012 Türkiye İlerleme Raporu,s52, [http://www.ab.gov.tr](http://www.ab.gov.tr/) (16.02.2017);



T.C.'ni üyelik müzakereleri devam eden bir devlet olarak, titizlikle ve yakından gözlemleyen AB, DDIDHK bakımından ortaya çıkan bu şekli durumun uyum için yeterli olmadığını, Kanunun tam anlamıyla uygulanabilmesi için gerekli olan ikincil mevzuatın çıkarılması gerekliliğini T.C. bakımından bir uyum eksikliği olarak eleştiri konusu yapmıştır. Bu eleştiriler, Komisyon tarafından, 2012,2014 ve 2015,2016 tarihli Türkiye İlerleme Raporlarında üç defa açıkça ifade edilmiş ve devlet desteklerine ilişkin sözkonusu eksikliğin, uyumsuzluğun giderilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

T.C. tarafından ise bu Kanunun uygulanmasına ilişkin bir mevzuatın hazırlanmış olduğu ve yayınlanarak yürürlüğe konacağı AB'ye taahhüt edilmiştir. Ancak bu taahhüt Kanunun yayınlanmasından itibaren bu güne kadar toplam 4 defa Kanun veya Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan hukuki düzenlemeler(KHK) ile toplam dört defa ertelenmiştir. Bu ard arda gelen ertelemeler AB nezdinde rahatsızlık yaratmış ve bu durum Komisyon tarafından 2012,2014,2015,2016 tarihli Türkiye İlerleme Raporlarında şöyle ifade edilmiştir:

1- 2012 tarihli Raporda: '.....Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin bir mevzuat hazırlanmış ,ancak bu mevzuatın Eylül 2011 sonu itibarıyla çıkarılarak yürürlüğe konulması planlanmasına rağmen,Kasım 2011'de çıkarılan bir KHK ile bu sürenin Haziran 2013'e kadar uzatılmış.....'(olduğu);<sup>51</sup>

2- 2014 tarihli Raporda: '...Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin mevzuatın yürürlüğe giriş tarihinin 'Torba Kanun'<sup>52</sup> ile 31.12.2014'e ertelenmiş ve bu sürenin Bakanlar Kurulu tarafından bir kez daha yenilenebilecek şekilde bir yıl daha uzatılmasının mümkün ve olası' (olduğu);<sup>53</sup>

3-2015 tarihli Raporda: '....Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasını sağlayacak olan mevzuatın yürürlüğünün, tekrar 31.12. 2015 tarihine kadar ertelenmiş.....'olduğu; ifadeleri yer almaktadır.<sup>54</sup>

Bu ifadelerde belirtilen üç ertelemeden sonra

4-Devlet Desteklerinin izlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esasları içeren ikincil mevzuatın çıkarılması bu defa bir önceki erteleme taahhüdü olan 31.12.2015 tarihinde de çıkarılmamış; dördüncü olarak 2015/8325 S Bakanlar Kurulu Kararı ile 31.12.2016 tarihine ertelenmiştir.

Bu durum AB 'nin 2016 yılı Türkiye İlerleme Raporunda sert bir üslupla vurgulanarak eleştirilmiştir. Rapordaki ifadeler şöyledir: '...Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun, ABİHA m.107 ve m.108 (devlet desteklerine ve devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin ilkeler) ile büyük ölçüde uyumludur.Ancak sözkonusu Kanunun uygulanmasına yönelik ikincil mevzuat henüz yürürlükte değildir.Yürürlüğe girişi dört kez ertelenen sözkonusu mevzuatın, mevcut durumda 31.12.2016 yılı itibarıyla yürürlüğe girmesi gerekmektedir.....Türkiye'nin özellikle: Güncel devlet destekleri envanteri hazırlanması da dahil olmak üzere destek tedbirlerinin etkin bir şekilde

<sup>51</sup> AB Komisyonu; 2012 tarihli Türkiye İlerleme Raporu,s.52 <http://www.ab.gov.tr>. (16.02.2017).

<sup>52</sup> 04.04.2015 tarihli, 6645 sayılı Kanun RG; 23.04.2015, S 29335.

<sup>53</sup> AB Komisyonu '2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017)

<sup>54</sup> AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).





izlenmesi ve AB müktesebatına gereken uyumun sağlanması amacıyla devlet desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanunu gecikmeksizin uygulanması gerekmektedir....<sup>55</sup>

Bu duruma karşılık T.C. tarafında ise DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin ABnin talep ettiği DDİDHK'nın uygulanmasını sağlayacak olan Yönetmeliklerin çıkarılacağı zaten bu Kanunda da düzenlenmiştir.

Örneğin: 'Uygun devlet desteği' başlığını taşıyan m 3/3 düzenlemesinde:

'Belirli türdeki devlet desteklerine grup muafiyeti tanınmasına ve bir teşebbüse belirli bir dönemdebirli bir miktarı aşmayacak şekilde verilen ve rekabeti önemli ölçüde bozmayan devlet desteklerinin bu Kanun kapsamında uygun devlet desteği olduğuna ve Kurula bildirimine gerek olmadığına ilişkin usul ve esaslar bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak yürürlüğe konulan Yönetmeliklerle belirlenir.' hükmü yer almaktadır. Bu hükme karşılık Hazine Müsteşarlığı tarafından şimdiye kadar sadece iki Yönetmelik hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmelikler: 'Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'<sup>56</sup> ve 'Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik'<sup>57</sup> tir.

Bunlardan 'Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik' 'Amaç' başlığını taşıyan m 1/1 düzenlemesinde 'DDİDHK'nın uygulanmasını sağlamak, izlemek ve denetlemek amaçlarından sözedilmektedir. Şöyle ki:

'Bu Yönetmeliğin amacı; 13.10.2019 tarihli ve 6016 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek, mezkur Kanunda verilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler yapmak diğer görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak amacıyla kurulan Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemektir.'

Diğer Yönetmelik 'Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik'in 'Amaç' başlığını taşıyan m 1/1 düzenlemesinde de

'Bu Yönetmeliğin amacı kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir mali fayda sağlayan uygulamaların izlenmesi her türlü kayıt ve verinin elektronik ortamda Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Aktarılması ve bu verilerin paylaşılması ile kayıt ve veri verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir' hükmü yer almaktadır.

Ancak bu Yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler DDİDHK'nın ilgili düzenlemelerinde çıkarılmasına hükmedilmiş olan Yönetmelikleri tam olarak karşılamamaktadır. DDİDHK'nın tam olarak uygulanmasının sağlanması için ilgili düzenlemelerde çıkarılması gerekliliğine hükmedilmiş olan m 3/3, m 10/5, m 7/3-c, Geçici m 1, m5/1-a bütün Yönetmeliklerin çıkarılması gereklidir. Komisyon'un kastettiği de budur.

<sup>55</sup> AB Komisyonu; 2016 yılı Türkiye ilerleme Raporu Eki Komisyon tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye ve Bölgeler Komitesine Sunulan 'AB Genişleme Politikasına ilişkin 2016 Bildirimi, s.49, Brüksel 09.11.2016 SWD (2016)366 nihai, (COM (016)715 nihai).

<sup>56</sup> RG;10.06.2011, S 27960

<sup>57</sup> RG;30.05.2014, S 29015.



Komisyon tarafından da, bu iki Yönetmeliğin yürürlüğünden sonraki Türkiye İlerleme Raporlarında ye alan ikincil uygulama mevzuatının eksikliğine ilişkin ifadelerinden DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin bu iki Yönetmelik çerçevesinde düzenlenen ilke ve esasların yeterli bulunmadığı; AB müktesebatında olduğu gibi devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usullerin tam olarak uygulanmasını sağlayacak ikincil düzenlemelerin hazırlanarak ve yürürlüğe konulmasının beklendiği anlaşılmaktadır. Bu ikincil mevzuat da DDİDHK (m 3/3, m 10/5, m 7/3-c, Geçici m 1, m5/1-a) düzenlemelerinde çıkarılmasına hükmedilen Yönetmeliklerdir.

Sonuç olarak, DDİDHK'da çıkarılmasına hükmedilen ve çıkarmakla görevli Merciin de belirtilmiş olduğu bu Yönetmeliklerin Kanunun yayınlanmasından ve Kurulun oluşturulmasından itibaren ortalama sekiz yıl geçmiş olmasına rağmen hala çıkarılmamış olmasını idare hukuku ilkeleri karşısında izah etmek güçtür.

Bunlara ek olarak T.C. tarafında bu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik muhalefetten gelen talepler de olmuş ancak sonuca ulaşamamıştır.

Örneğin: Bu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik olarak MHP Manisa Milletvekili Erkan Akçay tarafından '6015 S DDİDHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' Teklifi TBMM Başkanlığına sunulmuştur. <sup>58</sup>Bu Kanun Teklifi, TBMM nezdinde muhalefetin sözkonusu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik çabasının önemli bir örneğini oluşturmaktadır. .

Bu Kanun Teklifinin genel gerekçesinde yer alan bazı ifadeler bu çabanın ve amacın ortaya konulabilmesi bakımından önemli ve vurgulayıcıdır. Şöyle ki:

' 6015 S DDİDHK AB uyum ve denetlenebilmesinin yasal çerçevesi programı kapsamında yasalaşmıştır. Böylece devlet yardımlarının AB mevzuatına uygun olarak verilmesinin ve denetlenebilmesinin yasal çerçevesi oluşturulmuştur....Devlet yardımları, büyüme bölgesel farklılıkların giderilmesi, işsizliğin azaltılması, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin artırılması, çevresel sorunların azaltılması gibi konularda görülen temel ekonomik politikalar çerçevesinde bu politikaların olumlu etkilerini arttıran uygulamalardır....Bu çerçevede devlet yardımları ülkedeki ekonomik ve sosyal temelli sorunların giderilmesinde önemli bir uygulama olarak kalkınma politikalarının temelinde bulunmaktadır.... Devlet yardımları piyasanın işleyişinde rekabeti bozucu etki yaratmakla birlikte yukarıda ifade edilen amaçları çerçevesinde büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla uygulamada bu yardımların belirlenmesi, dağıtımı ve uygulanması aşamalarının en ince ayrıntısına kadar denetlenebilir olması gerekmektedir. Aksi bir durum yardımı alan çevrelere ekonomik rant ve avantaj sağlama haline gelebilecektir. Bu sakıncanın giderilmesinin en önemli şartı etkin bir denetim mekanizmasının işleyişidir.....

...Demokratik yönetimlerde kamu bütçesinin esası denetimdir. Kamu kaynaklarının harcanmasına ve dağıtılmasına esas olan denetimdir.....Hükümetin kamu kaynaklarının kullanımına yönelik denetim olgusuna yaklaşımı denetim sürecinin ortadan kaldırılmasıdır. Nitekim devlet yardımlarına yönelik 5 yıl

<sup>58</sup>MHP TBMM Grup Başkanlığı Tarih 11.02.2015 ve 20151/4480 Sayılı Belge. TBMM Tali Komisyon: AB Uyum Komisyonu, Asıl Komisyon: Plan ve Bütçe Komisyonu 13 Mart 2015, E No:2/ 2696.TBMM Genel Evrak 24.11.2015 No:54/48 <http://www.tbmm.gov.tr> (01.18. 2017).



önce çıkarılan ve 1 Oca 2011 itibarıyla işlemeye başlaması öngörülen denetim mekanizması 6015 S DDİDHK'a dayanılarak 1 yıl ertelenmiştir.

6015 S DDİDHK'ya 06.02.2014 tarih ve 6518 S Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile Bazı Kanun ve KHK'larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun m. 111 ile eklenen m.1/1'de Devlet desteklerinin bildirim ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin 31.12.2014 tarihine kadar yürürlüğe konulacağı belirtilmekle beraber Bakanlar Kuruluna bu sürenin birer yıllık sürelerle iki defa ertelene bilmesi yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu da bu yetkinin arkasına sığınarak devlet yardımlarının denetlenmesini düzenleyen yönetmeliklerin yayınlanmasını bir yıl ertelenmiştir.

6015 S DDİDHK Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kuruluna, şüpheli gördüğü devlet desteklerini durdurma, hak etmeyen kişilere veya yanlış şirketlere verilen devlet desteklerini iptal etme yetkisi verilmiştir. Bu yetki çerçevesinde sözkonusu yönetmeliklerin bir an önce yayınlanarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir....

Sonuç olarak kamu yönetimindeki şeffaflığın sağlanmasının en önemli şartlarından biri olan devlet yardımlarının denetlenebilirliğinin sağlanması için 6015 S DDİDHK'da devlet desteklerinin bildirim ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin bir an önce yürürlüğe girerek denetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işleyişinin sağlanması gerekmektedir.'

Kanun Teklifinin genel gerekçesindeki DDİDHK'un etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yönetmeliklerin bir an önce çıkarılması gerekliliğine ilişkin,, bu vurgulayıcı ifadeler karşılık; Kanun Teklifinde yapılması istenen değişikliği içeren maddelerin metni ve madde gerekçelerinde bu yönetmeliklerin yürürlüğe kurmasına yönelik bir care olarak, yönetmeliklerin yürürlüğe konulması yolunda süre sınırı belirlemek suretiyle yükümlülük yükleyen bir düzenleme değişikliği yapılması, böylece bu yönetmeliklerin bu süreler içinde hazırlanmasına ve yayınlamak yürürlüğe konmasına yönelik olarak ilgili merciin teşvik edilmesi amaçlanmıştır.

Kanun Teklifinde yapılması istenen değişikliği içeren maddelerin tam metni ve madde gerekçeleri şöyledir:

**MADDE 1:** 13.10.2010 tarih ve 6015S DDİDHK EK 1 maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

'Müşteşarlıkça, kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir şekilde maddi fayda sağlayan uygulamaların izlenmesine yönelik yönetmelikler Kurul tarafından 01.04. 015 tarihine kadar yürürlüğe konulur.'

Bu düzenlemenin madde gerekçesinde: '..6015 S DDİDHK m.1/1'de değişiklik yapılmak suretiyle devlet desteklerinin bildirim ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin yürürlüğe gireceği en geç tarih belirlenmektedir.');

**MADDE 2:** 6015 S Kanununun Geçici m3/1'de yer alan 'üç ay' ibaresi 'kırkbeş gün' olarak, bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan 'altmış' ibaresi 'otuz' olarak, üçüncü fıkrasında yer alan 'otuz' ibaresi 'onbeş' olarak, dördüncü fıkrasında yer alan 'Geçici linci madde uyarınca çıkarılan yönetmeliklerin' ibaresi 'Devlet desteklerinin bildirim izlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili yönetmeliklerin' olarak değiştirilmiştir.



Bu değişikliğin madde gerekçesinde: ‘6016 S DDİDHK Geçici m.3’te değişiklik yapılmak suretiyle mevcut devlet desteklerinin 6015 S DDİDHK’a göre denetiminin kısa bir süre içinde tamamlanması düzenlenmektedir’. İfadeleri yer almaktadır.

6015 S DDİDHK’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin bu Kanun Teklifinin içeriğinden ve genel gerekçesi ile madde gerekçelerinden Kanun Teklifi ile, AB’nin T.C.’den AB rekabet hukukuna uyum yükümlülüğü ve ‘Rekabet Politikası’ faslı açılış kriterleri çerçevesinde ısrarla vurguladığı DDİDHK’un ve T.C. devlet desteklerinin bu Kanundaki düzenlemelere göre ve AB rekabet hukukuna uygun olarak bildirilmesi, verilmesi ve izlenmesi, denetlenmesi sisteminin hayata geçirilmesidir. Diğer ifade ile bunu sağlayacak olan ikincil mevzuatın çıkarılmasıdır. Bu nedenle ikincil mevzuatın çıkarılmasına ilişkin süre sınırları belirlenmiş (m.1) ve çıkarılması gereken bu yönetmeliklerin devlet desteklerinin bildirimi, izlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili olması şartı getirilmiştir (m.2).

Bu durum karşısında, AB’nin, sözkonusu ikincil mevzuatın çıkarılmasına, açık ifade ile devlet desteklerinin bildirilmesi, izlenmesi ve denetlenmesi sisteminin, AB rekabet mevzuatına uyum yükümlülüğü ve ‘Rekabet Politikası’ faslı açılış kriterleri çerçevesindeki bütün uyarılarına ve hatırlatmalarına rağmen; T.C. tarafında çıkarılması gereken ikincil mevzuat 2017 itibarıyla halen çıkarılmamıştır. Bu bağlamda yukarıda açıklanan kanun teklifi de etkili olamamış ve 6015 S DDİDHK’da bu teklife uygun bir kanun değişikliği yapılmamıştır.

Sonuç olarak Komisyon mevcut durum karşısında DDİDHK’nın olması gerektiği ölçüde uygulandığı hususunda ikna olmamıştır.

#### **‘Rekabet Politikası’ Faslının Açılış Kriterlerinden Dördüncüsü:**

-‘Mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip işlevsel bağımsız bir devlet destekleri otoritesinin kurulması gerekliliği’

Kriterindeki ‘...işlevsel bağımsız bir devlet destekleri otoritesinin kurulması gerekliliği’ şartının yerine getirilmesi amacıyla, 6015 S DDİDHK m.4/1 düzenlemesindeki ‘Bu Kanun ve diğer kanunlardaki görevleri yürütmek üzere Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu kurulmuştur.’ hükmüne dayanılarak,

Devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin kurumsal bir organizasyonun oluşturulması kapsamında,

Hazine Müsteşarlığı bünyesinde Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Dış Ticaret Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Rekabet Kurumu tarafından bu Kurumları temsilen birer üye olmak üzere altı üye ile Devlet Destekleri Genel Müdürlüğünden oluşan Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu kurulmuştur (DDİDK m.4/2). Devlet destekleri Genel Müdürlüğü’nün personel atama işlemleri tamamlanmıştır. Bu Genel Müdürlüğün kurumsal yapısının geliştirilmesi amacıyla Genel Müdürlük çalışanlarının TAİEX faaliyetlerine ve EIPA seminerlerine katılımı sağlanarak kurum içi eğitim faaliyetleri uzun süre sürdürülmüş ve Kurul düzenli olarak toplanmak suretiyle faaliyetine başlamıştır.<sup>59</sup> Kurulun faaliyetlerinin düzenlenmesine yönelik olarak, ‘Devlet Desteklerini İzleme ve

<sup>59</sup>T.C. AB Bakanlığı; ‘Rekabet Politikası, s.2 <http://www.ab.gov.tr/rekabet/> (15.02. 2017).



Denetleme Kurulu'nun Görev ve Yetkileri ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik' yayınlanmıştır.<sup>60</sup> Kurul bu Yönetmelik çerçevesinde faaliyetini sürdürmüştür.

Bu durum 2011 tarihli AB Türkiye İlerleme Raporunda: 'DDİDHK'nın kabul edilmesinin ardından, Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulunun üyelerinin atanarak, Hazine Müsteşarlığı tarafından uzman personel desteği transferinin gerçekleştirilmiş olduğu, böylece Devlet Destekleri Otoritesinin artık bütünüyle oluşturulmuş ve ilgili devlet destekleri ikincil mevzuatını hazırlamaya başlamış olduğu...' ifadesiyle vurgulanarak 'olumlu bir ilerleme' olarak değerlendirilmiştir.

Ancak bütün bunlar 'Rekabet Politikası' faslının Açılış Kriterlerinden dördüncü kriterin karşılanması için yeterli değildir. Çünkü AB'nin dördüncü kriterde asıl istediği, 'mevcut İkili anlaşmalardan kaynaklanan devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip işlevsel bağımsız' olmak şartıyla bir devlet destekleri otoritesinin kurulmasıdır.

Oysa T.C.'de faaliyetine devam etmekte olan Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulunu devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip kılacak 6015 S DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin Komisyonun beklentilerine uygun ikincil düzenlemeler, yukarıda üçüncü kriter bakımından ayrıntılı olarak açıklandığı üzere henüz çıkarılmamıştır.

Bu durum karşısında DDİDKurulunun işlevsel olabilmesi için öncelikle 6015 S DDİDHK'u uygulanabilir kılacak olan sözkonusu ikincil mevzuatın çıkarılması gereklidir.

Diğer taraftan bu ikincil düzenlemeler yürürlüğe konulsa dahi 6015 S DDİDHK'daki mevcut hukuki düzenleme çerçevesinde DDİDKurulu'nun işlevini objektif ve bağımsız olarak yerine getirebilmesi pek mümkün değildir. Çünkü Kurul üyeleri siyasi iktidarın bir parçası olan bazı bakanlıklar ve kamu kurumları tarafından belirlenmektedir. Ayrıca Kurulun tüzel kişiliği de bulunmamaktadır. Bu da işlevini yerine getirebilmesi bakımından güçlük çıkaracak bir engel niteliğindedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde 6015 S DDİDHK m 4/1 hükmü gereği kurulmuş olan DDİDKurulu, İşlevsellik ve bağımsızlık koşulları bakımından eksik olup ilgili kriterin karşılanması için yeterli değildir.

#### **'Rekabet Politikası' faslının Açılış Kriterlerinden Beşincisi :**

Türkiye ile AB arasındaki mevcut ikili Anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumsuz olduğu belirlenen tüm diğer destek tedbirlerinin uyumlaştırılması amacıyla açık bir takvim içeren , Komisyonun kabul edeceği bir eylem planı sunulması' gerekliliği kriterindeki;

'Eylem planı' hakkında AB Bakanlığı tarafından '...DDİDHK çerçevesinde Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan bir Taslak Eylem Planının 27. 10.2010 tarihinde AB Komisyonuna iletilmiş ', olduğu bilgisi açıklanmıştır.<sup>61</sup>

Ancak, beşinci kriterde AB tarafından istenilen eylem planı 'mevcut ikili Anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumsuz olduğu belirlenen tüm desteklerin uyumlaştırılması amacıyla açık bir takvim içermesi şartıyla, Komisyonun kabul edeceği bir eylem planı'dır. Komisyona T.C. tarafından

<sup>60</sup> RG;10.06.2011, S27960.

<sup>61</sup> T.C.Avrupa Birliği Bakanlığı; '8. Rekabet Politikası',s.2, <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).





sunulmuş olan Taslak Eylem Planının bu niteliklere sahip olmadığı, Komisyonun sunulmuş olan Taslak Eylem Planı ile bu kriter bakımından yeterli bulmadığı 2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki ifadelerden anlaşılmaktadır. Bu konuda 2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda ‘Devlet Desteği uygulamalarının AB Müktesebatına uyumuna ilişkin Eylem Planının tamamlanmasının hala beklenmekte olduğu.’<sup>62</sup> ifadesi yer almaktadır.

### **II.3.3.2. ‘Kömür ve Çelik Sektörüne Verilen Desteklerin Uyumlu Hale Getirilmesi’ne İlişkin Kriterler (2.ve 6. Kriterler)’e Yönelik Çalışmalar ve Bu Kriterlerin Hangi Ölçüde Yerine Getirildiğine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler:**

‘Rekabet Politikası’ faslının açılış kriterlerinden ikinci ve altıncı kriterler ‘kömür ve çelik sektörüne verilen desteklerin uyumlu hale getirilmesi’ne ilişkindir.

Bu kriterlerden ikincisi olan ‘2001 yılından bu yana çelik sektöründe kapasite değişimine ve her bir şirkete verilen devlet desteklerine ilişkin, AB’ne ayrıntılı bilgi verilmesi’ kriteri hakkında

AB Bakanlığı tarafından ‘Çelik sektörü Ulusal Yeniden Yapılandırma Planı çerçevesinde 2001 yılından bu yana çelik sektöründe kapasite değişimine ve her bir şirkete verilen devlet desteklerine ilişkin ayrıntılı bilgilerin AB tarafına iletilmiş olduğu’ bilgisi açıklanmıştır.<sup>63</sup>

#### **‘Rekabet Politikası’ Fıslı Açılış Kriterlerinden Altıncısı :**

‘Kömür ve çelik ürünlerinde ticarete ilişkin olarak AKÇT ile Türkiye arasındaki anlaşmaya aykırı olarak verilmiş devlet desteklerinden hiçbir çelik şirketinin faydalanmamasının temini amacıyla gerekli tüm tedbirler kabul edilmelidir. 2001 yılından bu yana verilmiş olan destekler, ancak Ulusal Yeniden Yapılandırma Programı içerisine derc edilmiş sınırlı koşullar altında Konsey tarafından kabul edilebilir. Böyle bir yeniden yapılandırma programı, bu koşulları, en iyi şekilde karşılamak amacıyla, 1 Eylül 2011 tarihinden önce kabul edilmelidir.’ kriteri hakkında AB Bakanlığı tarafından: ‘AKÇT ve Türkiye arasındaki anlaşmaya aykırı şekilde verilmiş devlet desteklerine ilişkin altıncı kriterde öngörüldüğü üzere, çelik sektöründe Türkiye Ulusal Yeniden Yapılandırma Planı(UYYP) Komisyona ilk olarak 31 Ağustos 2006 tarihinde iletilmiştir. Komisyon yetkilileri ile yapılan teknik toplantılar sonunda UYYP 2009 yılında güncellenmiştir’ açıklaması yapılmıştır.<sup>64</sup>

T.C. tarafından 2. ve 6. kriterlerin karşılanması amacıyla bütün bu yapılanları AB Komisyonu yeterli bulmamış ve bu yetersizliği 2011 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda ifade etmiştir. Şöyle ki:

‘2001-2006 yılları arasında Çelik sektörünün desteklenmesine yönelik devlet destekleri uygulamalarının 1996 tarihli Türkiye Serbest Ticaret Antlaşması ile AKÇT’ye uyumsuzluk oluşturduğu... mevcut Devlet Destekleri programlarının uyumlaştırılması konusunda çok daha fazla çaba gösterilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.’ ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.<sup>65</sup>

AB’nin devlet destekleri alanındaki uyuma yönelik bu yaklaşımları karşısında, T.C. tarafından ‘Rekabet Politikası’ fıslı açılış kriterlerinin karşılanmasına yönelik olarak yapılmış olan çalışmalar sonucunda

<sup>62</sup> AB Komisyonu ‘2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu’,s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2017).

<sup>63</sup> T.C.AB Bakanlığı; ‘8. Rekabet Politikası’,s.2, <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).

T.C.AB Bakanlığı; ‘8. Rekabet Politikası’,s.2, <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).

<sup>64</sup> T.C.AB Bakanlığı; ‘8. Rekabet Politikası’,s.2, <http://www.ab.gov.tr/> (13.05.2017).

<sup>65</sup> AB Komisyonu; 2011 tarihli Türkiye İlerleme Raporu,s.63 [http://www.ab.gov.tr.](http://www.ab.gov.tr/) (05.03.2017).



bu kriterlerin hiçbirisi şimdiye kadar AB'nin talep ettiği koşullara uygun olarak karşılanmamıştır. Bu kapsamda 6015 S DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuat yürürlüğe konulmamış, güncel ve resmi bir devlet destekleri envanteri çıkarılmamış ve uyuma ilişkin bir eylem planı hazırlanmamıştır. Bu durumun olağan sonucu olarak 'Rekabet Politikası' faslı hala müzakereye açılmamıştır.

Bütün bunların üzerine, T.C. tarafından Komisyon'un Türkiye İlerleme Raporlarında DDİDHK'nın uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuatın yürürlüğe konulması taahhüdünün dört defa ertelenmiş olduğu tespit edilmiştir

Buna karşılık T.C. tarafından ise AB'ye uyuma ilişkin planları içeren Ulusal Programlar, Ulusal Eylem Planları gibi resmi belgelerde bu ikincil mevzuatın yürürlüğe konulacağı tarih ve görevli kurumun da belirtilmesi suretiyle planlanmıştır.<sup>66</sup> Ancak belirlenen tarihlerin geçmiş olmasına rağmen bugüne kadar hala yürürlüğe konulmamıştır.

Diğer taraftan DDİDHK'nın içeriğindeki düzenlemelerde de bu Kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliklerin çıkarılacağı hükmünü içeren düzenlemeler vardır. Örneğin: m 3/3, m 10/5, m 7/3-c, Geçici m 1, m5/1-a düzenlemelerinde uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılacağına hükmedilmiştir. Bu Yönetmelikleri çıkarmakla görevli merciin DDİD Kurulu olduğuna m 5/1-a düzenlemesinde hükmedilmiştir.

Örneğin: 'Uygun devlet desteği' başlığını taşıyan m 3/3 düzenlemesinde

'Belirli türdeki devlet desteklerine grup muafiyeti tanınmasına ve bir teşebbüse belirli bir dönemdebirli bir miktarı aşmayacak şekilde verilen ve rekabeti önemli ölçüde bozmayan devlet desteklerinin bu Kanun kapsamında uygun devlet desteği olduğuna ve Kurula bildirimine gerek olmadığına ilişkin usul ve esaslar bu Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak yürürlüğe konulan Yönetmeliklerle belirlenir.' hükmü yer almaktadır.

Bu ve diğer ilgili düzenlemelerde belirtilmiş olan çıkarılması gereken uygulama Yönetmelikleri çıkarılmadığı takdirde Kanunun tam anlamıyla uygulanamayacağı çok açık anlaşılmaktadır.

Hazine Müsteşarlığı tarafından şimdiye kadar sadece iki Yönetmelik hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmelikler: 'Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'<sup>67</sup> ve 'Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik'<sup>68</sup> tir.

Bunlardan 'Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik' 'Amaç' başlığını taşıyan m 1/1 düzenlemesinde 'DDİDHK'nın uygulanmasını sağlamak, izlemek ve denetlemek amaçlarından sözedilmektedir. Şöyle ki:

'Bu Yönetmeliğin amacı; 13.10.2019 tarihli ve 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek, mezkur Kanunda verilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler yapmak diğer görevleri

<sup>66</sup> Bu planları içeren belgeler ve içeriklerine ilişkin alıntılar için bkz Cengiz; s 218-240.

<sup>67</sup> RG;10.06.2011,S 27960

<sup>68</sup> RG;30.05.2014, S 29015.





yerine getirmek ve yetkileri kullanmak maksadıyla kurulan Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemektir.’ hükmü;

‘Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik’ in ‘Amaç’ başlığını taşıyan m 1/1 d7üzenlemesinde de ‘Bu Yönetmeliğin amacı, kamu tarafından veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir mali fayda sağlayan uygulamaların izlenmesi her türlü kayıt ve verinin elektronik ortamda Devlet Destekleri Bilgi Sistemine aktarılması ve bu verilerin paylaşılması ile kayıt ve veri verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir’ hükmü yer almaktadır.

Ancak bu Yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler DDİDHK’nın ilgili düzenlemelerinde çıkarılmasına hükmedilmiş olan Yönetmelikleri tam olarak karşılamamaktadır. DDİDHK’nın tam olarak uygulanmasının sağlanması için ilgili düzenlemelerde çıkarılması gerekliliğine hükmedilmiş olan m 3/3, m 10/5, m 7/3-c, Geçici m 1, m5/1-a bütün Yönetmeliklerin AB müktesebatındaki ikincil düzenlemelere uygun olarak hazırlanması ve yürürlüğe konulması gereklidir. Komisyon’un kastettiği de budur.

Zaten Komisyonun, bu iki Yönetmeliğin yürürlüğünden sonraki Türkiye İlerleme Raporlarında yer alan ikincil uygulama mevzuatının eksikliğine ilişkin ifadelerinden de, DDİDHK’nın uygulanmasına ilişkin bu iki Yönetmelik çerçevesinde düzenlenen ilke ve esasların yeterli bulunmadığı; AB müktesebatında olduğu gibi devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usullerin tam olarak uygulanmasını sağlayacak ikincil düzenlemelerin hazırlanarak ve yürürlüğe konulmasının beklendiği anlaşılmaktadır. Bu ikincil mevzuat da DDİDHK (m 3/3, m 10/5, m 7/3-c, Geçici m 1, m5/1-a) düzenlemelerinde çıkarılmasına hükmedilen Yönetmelikler ile Kanunun gereğince uygulanması için gerekli olacak diğer Yönetmeliklerdir. Komisyon’un istediği bütün bu Yönetmeliklerin içerikleri itibarıyla, Kanunun gereğince uygulanmasını sağlayacak olan yeterlilikte ve AB’nin ilgili ikincil mevzuatına uygun olarak hazırlanması ve yürürlüğe konularak uygulanmasıdır.

Sonuç olarak, DDİDHK’da çıkarılmasına hükmedilen ve çıkarmakla görevli Merciin de belirtilmiş olduğu bu Yönetmeliklerin Kanunun yayınlanmasından ve Kurulun oluşturulmasından itibaren ortalama sekiz yıl geçmiş olmasına rağmen hala çıkarılmamış olmasını idare hukuku ilkeleri karşısında izah etmek oldukça zordur.

Ayrıca, bunlara ek olarak T.C. tarafında bu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik muhalefetten gelen talepler de olmuş ancak sonuca ulaşamamıştır.<sup>69</sup>

### III. Sonuç

Yukarıdaki incelemeler, tespitler ve açıklamalar çerçevesinde T.C.-AB ilişkilerine ilişkin açık ve net bir gerçek olarak ortaya çıkan temel çıkarsama şudur:

T.C. bugün, AB ile ilişkilerinin başlangıcında olduğu gibi, AB üyesi olmaya çok hevesli tavrını değiştirmiştir. Tam aksine AB’den uzaklaşma stratejisi içindedir. T.C.bu gerçeği, yukarıda açıklanmış olan ‘Rekabet Politikası’ faslı gibi üyelik için uyum sağlanması vazgeçilmez fasıllardan birisi olan bir

<sup>69</sup>MHP TBMM Grup Başkanlığı Tarih 11.02.2015 ve 20151/4480 Sayılı Belge. TBMM Tali Komisyon: AB Uyum Komisyonu, Asıl Komisyon: Plan ve Bütçe Komisyonu 13 Mart 2015, E No:2/ 2696.TBMM Genel Evrak 24.11.2015 No:54/48 <http://www.tbmm.gov.tr> (01.18. 2017). Muhalefetten gelen bu taleplerin içeriklerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve atıflar için bkz III.3.3.3.1. ‘Rekabet Politikası’ Faslının Açılış Kriterlerinden Üçüncüsüne İlişkin Açıklamalar



faslın ‘Açılış kriterleri’ni yerine getirmemekle ortaya koymaktadır. Belirtmek gerekir ki bu kriterlerin yerine getirilmesi T.C. için imkansız olmadığı gibi zor da değildir. Bu tamamen siyasi iradenin tercihi ile yapılmaktadır. Böylece T.C. AB’ye, varlığını koruyabilmek ve güçlü olabilmek için AB üyeliğinin şart olmadığı, bunun dışında başka seçeneklerinin de olduğu, hatta tek başına varlığını koruyabileceği ve güçlü olabileceği mesajını vermektedir.

Ancak T.C.’nin ‘Açılış kriterleri’ni yerine getirmeyişi durumunun, bir de madalyonun diğer yüzü bakımından değerlendirilmesi gereklidir. Şöyle ki: T.C. tarafından, devlet destekleri gibi rekabet düzeni ve sosyal adalet bakımından son derece önemli bir alanda; 6015 S DDİDHK’yı RG’de yayınlamak, suretiyle Kanun yürürlüğe girmiş ve uygulanıyor gibi sahte bir görüntünün yaratılması fakat Kanunun gerçekten uygulanmasını sağlayacak olan Kanun kapsamında ifade edilen uygulama yönetmeliklerinin yürürlüğe konulmaması suretiylebu Kanun’un atıl bırakılarak uygulanmaması durumu; bizzat devlet tarafından hem rekabetin, hem de sosyal ve iktisadi adaletin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca devletin yürürlüğe koyduğu bir Kanunu uygulamaması da kendi içinde çelişkili olup hukuken izah edilebilecek bir durum değildir.Hatta bu uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılması tam dört defa ertelenmiştir<sup>70</sup> ve 2018 yılı itibarıyla hala çıkarılmamıştır. Gene devlet desteklerine ilişkin resmi bir envanterin çıkarılmayışı da demokrasinin temel ilkelerinden olan saydamlık ilkesi ile bağdaşmamaktadır.<sup>71</sup>

Diğer taraftan AB de T.C.’ne yönelik olarak, müzakere sürecinde objektif olmamış, siyasi ayrımcılık yapmıştır. AB’nin, ‘Rekabet Politikası’ faslı alanında T.C.’ne yönelik siyasi ayrımcılığını ortaya koymak bakımından Hırvatistan örneği en uygun örnek olarak gösterilmektedir.<sup>72</sup> Gene AB üyesi en güçlü devletlerden ikisi olan Fransa ve Almanya T.C.’nin AB üyesi olmasını istemediklerini zaman zaman açıkça ifade etmişlerdir.Bunlara ek olarak Türk hukukunda ‘AB’nin müzakere sürecinin sonucuna ilişkin belirsizliğin her geçen gün artmasına rağmen %100 uyum aramasının’ da haklı olmadığı ve T.C.’ne yönelik olumsuz siyasi ayrımcı bir tavır olduğu eleştirileri yapılmaktadır.<sup>73</sup>

Vurgulamak gerekir ki AB-T.C. ilişkilerinin yukarıda açıklanan güncel durumunda uzaklaşma stratejisi izleyen tek taraflı olarak sadece T.C. değil AB de aynı stratejiyi izlemektedir. Bu durum kısa ifade ile karşılıklı uzaklaşma stratejisidir. Kuşkusuz bu tercih, uluslararası ilişkilerde sadece çıkarların etkin ve belirleyici olduğu ilkesinin gereği olarak her iki tarafın da tek taraflı çıkarlarının gerektirdiği bir tercihtir. Ancak her şeye rağmen, T.C.’nin bugün itibarıyla politik tercihi ne olursa olsun, AB ile ilişkiler sürecinin etkisiyle Türk hukukunun rekabet hukuku, fikri ve sınai haklar hukuku gibi bir çok alanda hukuki düzenlemelerin yürürlüğe konulmuş olması suretiyle önemli kazanımları olmuştur.

<sup>70</sup> Bkz Cengiz; s 197-201.

<sup>71</sup> Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Cengiz; s175-283.

<sup>72</sup> Aksoy,Murat-Uğur; ‘Rekabet Faslı Neden Açılmıyor?’ Para Dergisi, Sayı 6, 6-12 Şubat 2011,Ankara, s22; Cengiz; 279-280.

<sup>73</sup> Kabaalioglu, Haluk(2011);“Müzakere Sürecinin Önü Açılmadan Yüzde Yüz Uyum Beklenemez”02.01.2011, İstanbul, İKV Basın Duyurusu, <http://www.ikv.org.tr> (31.01.2016); s 11.



## SERBEST MUHASEBECİ MALİ MÜŞAVİR VE YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLERDE MÜŞTEREK VE MÜTESELSİL SORUMLULUK

**Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAOĞLU**

**Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### Öz

Vergi idaresi ile mükellefi odak alan vergi ilişkisi, alacaklı sıfatına haiz devlet tarafından hak ve yükümlülük eksenli çerçevelendirilirken, vergi alacağını güvence altına almak ve vergi tahsilini daha kolay hale getirmek amacıyla farklı özneleri de hedef alabilmektedir. Özellikle ulusal ve uluslar arası düzeyde vergi gelirinin aşınması sorunlarının açığa çıkması, devletleri bu konuda idari hiyerarşi düzeni dışında alternatif muhatap arayışlarına sevk eder. Zira bu konuda bireyin sorumluluk alanını genişleterek vergi gelirin ulaşmak, devlet için daha sade ve pratik bir süreçtir.

Her bir hukuk alanında sorumluluk, farklı anlamlar ihtiva eden bir kavramdır. Ancak vergi sorumluluğu diğer hukuk alanlarına nazaran daha girift bir yapıya sahiptir. VUK, m.8 deki tanımdan hareketle vergi sorumlusu, vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olmasına rağmen bir başkasının borcunu ödemek veya şekli ödevlerini yerine getirmek zorunda olan vergi kanunlarıyla belirlenen 3. kişidir. Diğer taraftan sorumluluk kavramının vergi mevzuatındaki kullanımının tutarlı bir bütün olduğunu ifade etmek oldukça zordur. En yaygın kullanım olması nedeniyle vergi hukukunda sorumluluk konusu 213 sayılı VUK ve 6183 sayılı AATUHK'a göre şekillenmektedir.

SMMM ve YMM'lerin vergisel alandaki sorumluluğuna dair mevzuat düzenlemeleri ise VUK' da vergi ile ilgili ödevlerin yerine getirilmesi konusu ile şekillenen vergi sorumluluğundan niteliği itibariyle farklıdır. 3568 sayılı Kanun ile görev ve yetki kapsamı belirlenen meslek mensupları, bu kanun ve VUK düzenlemeleriyle ayrıca denetim ödevi içerisine dahil edilmektedir. Bu halde denetimden doğan bir sorumluluk şekli olarak kendine özgü bir kanuni yapı ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda VUK, mükerrer m.227 ve 3568 sayılı Kanun m.8/A ve m.12'de yer alan hükümlere istinaden SMMM ve YMM'ler için müşterek ve müteselsil olarak nitelenen sorumluluk alanı irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergisel sorumluluk, meslek mensupları, müşterek ve müteselsil.



## JOINT AND SEVERAL LIABILITY FOR CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANT AND CHARTERED ACCOUNTANT

### Abstract

The tax relationship that focuses on taxpayers and tax administration is framed in the form of the rights and obligations of the creditor state, as well as targeting different people in order to ensure that the tax will be taken and make the collection of taxes easier. Especially at the national and international level, the problem of the erosion of tax revenue leads the states to search for alternate respondent outside this administrative hierarchy. In this respect, expanding the responsibility of the individual and reaching tax revenue is a simple and practical process for the state.

The concept of responsibility includes different meanings within the legal fields. However, tax liability is more complicated than in other legal fields. According to VUK, Article 8, withholder is the third person determined by the tax code, who has to pay the debts or fulfill his / her duties, even though the event that caused the tax was not realized in his / her personality. On the other hand, it is difficult to state that the concept of responsibility is a consistent whole in the use of tax legislation. Due to its widespread use, responsibility in tax law is shaped according to no. 213 VUK and no. 6183 AATUHK.

Regulations on the tax liability of certified public accountant and chartered accountant are different from those of tax liability which is formed by the fulfillment of tax related duties. Job families whose duty and scope of authority are determined by Law no. 3568 are included in the control duty by this law and VUK regulations. In this case, a specific legal structure emerged as a responsibility arising from supervision. In our work, we will examine the responsibility area joint and several liability for certified public accountant and chartered in order to 3568 no. Law Article 8/A and 12 and VUK, Article running 227.

**Keywords:** Tax liability, professionals, jointly and severally.

### Giriş

Devlet tarafından sınırları ve ölçüleri belirlenen vergisel ilişkinin sürekliliğinin ve sürdürülebilirliği sağlanması, alacaklı konumunda olan devletin koyduğu ve yürüttüğü kuralların etkinliğine bağlıdır. Vergi gelirin zamanında ve tam bir şekilde devlet hazinesine intikal ettirilmesi sistemin işlediğini gösterir. Bu çerçevede vergi alacağının güvencede olması ve bu alacağa sorunsuz ulaşılabilmesi devletin sorumluluğundadır. Devletin bu sorumluluğu kendi idari hiyerarşi düzeni içerisinde içselleştirmesi ve teşkilatlanmasını bu şekilde organize etmesi beklenildik bir haldir. Ancak söz konusu devletin “olmazsa olmaz” vergi olunca, bireylere sorumluluk yüklemek hukuken gerekçelenebilir olmaktadır.

Sorumluluk kavramı, farklı hukuk dallarında farklı anlamlar ihtiva eder. Ancak hem kavram hem de mevzuatta yer alışı itibarıyla “vergi sorumluluğu” diğer hukuk dallarına nazaran daha girift yapıdadır. VUK, m.8’de “Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından alacaklı devlet dairesine karşı muhatap olan kişidir” olarak tanımlanmaktadır. Bu halde vergi sorumlusu, verginin maddi ve şekli ödevleri



yönünden kendisine borç yüklenen 3. kişi olarak belirginleşir (Saban, 2014: 78). Vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşmemiş olmasına rağmen bir başkasının borcunu ödemek veya şekli ödevlerini yerine getirmek zorunda olan vergi sorumlusu vergi kanunlarıyla belirlenir (Öncel vd., 2007: 75). Ancak sorumluluk kavramının Vergi Usul Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu gibi çeşitli vergi kanunlarındaki kullanılışı birbirinden farklıdır. Vergi Usul Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan vergi sorumluluk halleri ise en yaygın kullanımı olması nedeniyle vergi hukukunda sorumluluk konusunu şekillendirmektedir (Karakoç, 2017: 163).

Bireylerin vergi ile ilgili ödevlerini hukuka uygun şekilde yerine getirebilmesi, karışık mali konularda destek alması ve daha az vergi ödeyebilmek için görüş alması, vergi danışmanlığı müessesini gerektirmektedir. Bu noktada vergi mükellef veya sorumlusu ile doğrudan ilişki içerisinde bulunan meslek mensupları olarak Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirler bulunmaktadır. Bu meslek grubunun muhtevastından kaynaklanan misyon ise vergisel açıdan sorumluluk alanı içerisinde dahil edilmelerine olanak tanımaktadır.

Bu doğrultuda Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerin vergisel alandaki sorumluluğuna dair mevzuatta hükümler yer almaktadır. Ancak Vergi Usul Kanunu'nda vergi ile ilgili ödevlerin yerine getirilmesi konusu ile şekillenen vergi sorumluluğu ile karşılaştırıldığında burada farklı bir sorumluluk tipi bulunur (Danıştay 7. Dairesi 13.12.1995 tarih, E.1994/4568, K.1995/5197). 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu ile görev ve yetki kapsamı belirlenen meslek mensupları, bu kanun ve Vergi Usul Kanunu düzenlemeleriyle ayrıca "denetim" içerisine dahil edilmekte ve bu halde denetimden doğan bir sorumluluk şekli olarak kendine özgü bir kanuni yapı ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede çalışmada, öncelikle mevzuatta kendisine işaret edilen meslek mensupları ve ardından Vergi Usul Kanunu, mük. m.227 ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m.8/A ve m. 12'de hüküm altına alınan müşterek ve müteselsil sorumluluk hali ele alınacaktır.

### 1. 3568 Sayılı Kanunda Yer Alan Meslek Mensupları

Mali müşavirlik mesleğinin çıkış noktası işletmelerin mali tablolarının tarafsız ve bağımsız üçüncü kişilerce güvenilirliğinin tespiti, muhasebe denetimi, tasdik gibi muhasebe mesleğini ilgilendiren haller olmakla beraber aynı zamanda mali müşavirlik, vergi hukuku alanını ilgilendiren konularda faaliyet gösteren bir vergi danışmanlığı müessesidir (Canyaş, 2006: 99). Vergisel ödevlerin yerine getirilmesi, vergi planlaması konularında yardımcı olma, vergi idaresi veya vergi mahkemesi nezdinde temsil etme gibi vergilendirme düzeninde geniş bir faaliyet yelpazesi dahilinde olabilen vergi danışmanlığı müessesesi içerisinde, mali müşavirlerin rolünün belirlenmesi ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Ülkemizde uzun yıllar herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın çalışan meslek mensupları 1.6.1989 tarihinde çıkartılan 3568 sayılı Kanun ile yasal çerçeveye sahip olmuşlardır. 10.7.2008 tarihli 5786 sayılı Kanun'un "Serbest Muhasebecilik" ve "Serbest Muhasebeci" ibarelerini kanundan çıkartmasıyla birlikte halihazırda 3568 sayılı Kanunda, meslek mensubu olarak işaret edilen Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirler bulunmaktadır.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



3568 sayılı Kanun meslek mensuplarını odak almak suretiyle, “işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmak ve yüksek mesleki standartları gerçekleştirmek” amacı üzerine inşa edilmiştir.

İki farklı tasnif içerisinde yer alan meslek mensuplarının mesleki konu alanı ise bazı noktalarda birbirinden ayrılabilir. 3568 sayılı Kanun m.2/A’da “Muhasebecilik ve mali müşavirlik mesleğinin konusu” başlığı altında Kanunkoyucu, Serbest muhasebeci mali müşavirin kim olduğunu, faaliyet konusu üzerinden tanımlamaktadır. Bu hükümde Serbest muhasebeci mali müşavirlerin faaliyet konuları sayma yoluyla ifade edilerek, bu işleri bir işyerine bağlı olmaksızın gerçekleştiren kişiler konu alınmıştır. Kanunun ilgili hükmüne göre:

“Gerçek ve tüzelkişilere ait teşebbüs ve işletmelerin;

- a) Genel kabul görmüş muhasebe prensipleri ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince, defterlerini tutmak, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyannameleri ile diğer belgelerini düzenlemek ve benzeri işleri yapmak.
  - b) Muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, muhasebe, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek veya bu konularda müşavirlik yapmak.
  - c) Yukarıdaki bentte yazılı konularda, belgelerine dayanılarak, inceleme, tahlil, denetim yapmak, mali tablo ve beyannamelerle ilgili konularda yazılı görüş vermek, rapor ve benzerlerini düzenlemek, tahkim, bilirkişilik ve benzeri işleri yapmak.
- Yukarıda sayılan işleri; bir işyerine bağlı olmaksızın yapanlara serbest muhasebeci mali müşavir denir.”

3568 sayılı Kanun m.2/B’de ise Yeminli mali müşavirlik mesleğinin konusu şu şekilde ifade edilmektedir:

“A) fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı işleri yapmanın yanında Kanunun 12 nci maddesine göre çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde tasdik işlerini yapmaktır. Yeminli mali müşavirler muhasebe ile ilgili defter tutamazlar, muhasebe bürosu açamazlar ve muhasebe bürolarına ortak olamazlar.”

Kanuni düzenleme çerçevesinde ele alındığında Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve Yeminli mali müşavirlik mesleğini birbirinden ayıran temel unsurun “tasdik işleri” olduğu görülebilmektedir. Ayrıca Yeminli mali müşavirler için muhasebeye yönelik özel sınırlandırmalar içeren yasaklar bulunmaktadır. Onlar defter tutma, bilanço, kar-zarar tablosu ve beyanname vb. diğer belgeleri düzenleyememektedir.

Diğer taraftan ruhsatname alınarak icra edilen her iki meslek grubunun yeterlilikleri de birbirinden farklıdır. 3568 sayılı Kanun m.4’de meslek mensubu olmanın genel şartları yer almakla birlikte, m.5’de Serbest muhasebeci mali müşavir, m.9’da ise Yeminli mali müşavir olabilmenin özel şartları yer almaktadır.

Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerin mesleki konu ve faaliyet alanları itibariyle bir taraftan kamu hukuku, diğer taraftan özel hukuk ilişkisi doğuran yapısı bulunmaktadır. Bu haliyle, ruhsat edinme, disiplin sorumluluğu, kamu hizmeti vb. ile idare hukuku, ceza sorumluluğu açısından ceza hukuku, vergisel sorumluluk ile vergi hukuku gibi kamu hukuku alanlarını ilgilendiren konulara temas edilirken, sözleşme ilişkisi gibi hallerde de özel hukuk alanlarına temas edilmektedir.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018





Mesleki faaliyetin yürütülmesi noktasında Serbest muhasebeci mali müşavirler, iki farklı “sözleşme ilişkisi” içerisinde mesleklerini icra edebilmektedir. Tam bağımlı statü şekliye “hizmet sözleşmesi” veya bağımsız statü biçiminde tekil sözleşmeler bu doğrultuda kullanılmaktadır. Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği tarafından da örnek mukabilinden meslek mensuplarına sunulan bu tip tekil sözleşmelerin hukuki niteliği Türk Borçlar Kanunu anlamında iş görme sözleşmesidir. Doktrin ve Yargıtay uygulamaları çerçevesinde, bir iş görme sözleşme türü olan “vekalet sözleşmesi” olduğu kabul edilmektedir (Acar, 2017:40). Vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ise Serbest muhasebeci mali müşavir ile iş gördüğü kişi arasında Türk Borçlar Kanunu, m.506/2-3 hükmü çerçevesinde “özenli iş görme yükümü” ile özen ve sadakat mükellefiyeti tesis eder.

Yeminli mali müşavirlerin ise iş gördüğü kişiler ile arasında kurulan sözleşme ilişkisinin “vekalet sözleşmesi” veya “eser sözleşmesi” tiplerine çok uygun olmadığını ifade etmek gerekir. Faaliyet alanının biraz daha farklı olmasından dolayı burada “sui generis bir sözleşme” ilişkisinin olduğu düşünülmektedir. Bu halde atipik yapısından kaynaklı olarak her bir ilişki özel olarak ele alınmalıdır.

Diğer taraftan özel hukukta yer alan sözleşme ilişkisi ile yürütülen bir serbest meslek faaliyeti olmanın ötesinde, Anayasa Mahkemesi bir kararında bu faaliyetleri kamu hizmeti olarak nitelemiştir. Ayrıca bu kararda Yeminli mali müşavirler, kamu görevlisi olarak tarif edilmektedir (Anayasa Mahkemesi 19.02.1987 tarih E.1986/5, K.1987/7).

## 2.Müşterek ve Müteselsil Olarak Nitelenen Sorumluluk Alanı

Maliye Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi birçok idari kuruma doğru veri ulaşımının sağlanması ve mükellefiyetin denetlenmesi Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerin faaliyet konularıyla birebir ilgilidir. Zira bu konuda mevzuatın meslek mensuplarına biçtiği görev-yetki kurgusu böyle bir fonksiyona hizmet eder. Görev ve yetki alanının bu denli devlet için önemli bir konuda şekillenmesi meslek mensuplarının sorumluluk sınırlarını genişletmektedir. Bu noktada meslek mensupları için serbest meslek mensubu olmanın ötesinde adeta devlet hiyerarşisi içerisinde yer alan bir görevliden beklenen hassasiyette ödevler yüklenmiş ve sorumluluk alanı belirlenmiştir.

Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerin idari, hukuki ve cezai olmak üzere farklı hukuki alanlarda sorumluluğu bulunur. Konumuz kapsamında irdelediğimiz vergisel sorumluluk ise VUK ve 3568 sayılı Kanun çerçevesinde şekillenmiştir.

Bu kanunlarda meslek mensuplarının vergisel sorumluluğuna dair üç farklı hüküm belirleyici olmaktadır. Serbest muhasebeci mali müşavirler için VUK, mükerrer m.227, 3568 sayılı Kanun m.8/A; Yeminli mali müşavirler için ise VUK, mükerrer m.227 ve 3568 sayılı Kanun m.12 hükümleri yer almaktadır. Her üç düzenlemenin sonucu üzerinden hareket ettiğimizde ise meslek mensupları, mükellefle birlikte mükellefin vergi borcundan kaynaklanan vergi ve cezalar için “müşterek ve müteselsil” olarak sorumlu tutulmaktadır. Burada VUK, mükerrer m.227 genel sorumluluk, 3568 sayılı Kanun m.8/A ve m.12 ise özel sorumluluk hükümleri ihtiva ettiği ifade edilebilir.

Kanunkoyucu meslek mensuplarına vergi düzenine ilişkin mesleki faaliyet alanlarında, mükellefiyete ilişkin bir takım ödevler yükleyip, bu ödevlerin tam olarak yerine getirilmemesinden doğan borçtan,

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018





onları takip hukukundan kaynaklanan sorumlular olarak belirlemektedir. Bir başka ifadeyle burada meslek mensupları, mükellefe ait ödevlerin, mükellef tarafından yerine getirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan borcun sorumluları değildir. Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirler, kanunun kendilerine yüklediği mükellefiyete ilişkin denetim ödevinin yerine getirilmemesinden dolayı mükellefin borcuna sorumlu olarak ilave edilmektedir.

Bir borç ilişkisinde normal olarak bir alacaklı ve bir borçlu bulunmaktadır. Ancak alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunduğu ve alacaklı borcun tümünün ifasını istediği borçludan talep edebildiğinde müteselsil borçluluktan bahsedilmektedir. Alacaklı açısından elverişli hukuki durum ihtiva eden müteselsil borçluluk, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Diğer taraftan müşterek borçluluk, bir alacaklı karşısında birden fazla borçlu olmasına rağmen alacaklının her bir borçludan borcun tamamı yerine ancak sorumlu olduğu kısımları talep edebilmesidir. Müşterek borçluluğa bu özelliği nedeniyle “kısmi borçluluk” da denilmektedir (Oğuzman ve Öz, 2005:837-838). Kavramsal olarak iki ibareyi birleştiren müşterek ve müteselsil sorumluluk ise borçluların tümünün alacaklıya karşı aynı anda ve borcun tamamıyla sorumlu tutulması hali olarak belirginleşmektedir (Çitil, 2013:346).

Vergi Usul Kanunu'nda “müteselsil sorumluluk” kavramı 3 yerde, “müşterek ve müteselsil” kavramı ise 2 yerde kullanılmıştır. Her iki meslek grubu için sorumluluk alanı ihtiva eden “Vergi Beyannamelerinin İmzalanması ve Yeminli Mali Müşavir Tasdik Raporları” başlıklı VUK, mükerrer m.227 hükmü şu şekildedir:

“Maliye Bakanlığı: 1. Vergi beyannamelerinin 3568 sayılı Kanuna göre yetki almış serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavirler tarafından da imzalanması mecburiyetini getirmeye, bu mecburiyeti beyanname çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulamaya,  
2. Vergi kanunlarında yer alan muafiyet, istisna, yeniden değerlendirme, zarar mahsubu ve benzeri hükümlerden yararlanılmasını Maliye Bakanlığınca belirlenen şartlara uygun olarak yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibraz edilmesi şartına bağlamaya,  
3. (Ek: 23/7/2010-6009/10 md.) Vergi kanunları kapsamındaki yeminli mali müşavirlik tasdik işlemlerini elektronik ortamda gerçekleştirmeye ve tasdike konu işlemleri mükellef grupları, faaliyet ve tasdik konuları itibarıyla ayrı ayrı belirlemeye ve uygulamaya, Bu uygulamalara ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.  
Yukarıdaki fıkra hükümlerine göre beyannameyi imzalayan veya tasdik raporunu düzenleyen meslek mensupları, imzaladıkları beyannamelerde veya düzenledikleri tasdik raporlarında yer alan bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını teşkil eden belgelere uygun olmamasından dolayı ortaya çıkan vergi ziyana bağlı olarak salınacak vergi, ceza, gecikme faizlerinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulurlar.  
2 numaralı bent hükmüne göre yararlanılması yeminli mali müşavirlerce düzenlenmiş tasdik raporu ibrazı şartına bağlanan konularda, tasdik raporunu zamanında ibraz etmeyen mükellefler tasdike konu hakdan yararlanamazlar. Ancak, Maliye Bakanlığı tasdik raporlarının ibraz süresini iki aya kadar uzatmaya yetkilidir.  
(Ek: 25/5/1995-4108/5 md.) 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi olan Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile bunlara ait müesseseler hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

Kanun gerekçesinde, bu hükmün düzenleme amacının “vergi denetiminde Serbest muhasebeci, Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerden yararlanmak” olduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçe ile birlikte kanun hükmü değerlendirildiğinde vergi idaresi yararına olacak biçimde meslek mensuplarına “ön denetim” görev ve yetkisi verildiği görülebilmektedir. Böylece vergi denetimi için



daha az zaman ve emek harcanarak, denetimlerin kolaylaştırılması ile vergi idaresi yükünün hafifletilmesi hedeflenmektedir (Yüce, 2018:146).

Diğer taraftan bu hükme istinaden Maliye Bakanlığı 4, 39, 41, 42 ve 44 sıra no.lu Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir veya Yeminli Mali Müşavirler Kanunu Genel Tebliği yayımlamıştır. Bu tebliğlerde meslek mensuplarının yapacakları işlemler belirlenip, hangi işlemlerden müşterek ve müteselsil sorumlu olduklarına yer verilmiştir.

Bu mevzuat düzenlemeleriyle beyanname imzalama veya tasdik raporu düzenleme görev ve yetkisi, imzalanan veya düzenlenen belgelerdeki bilgilerin defter kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağı belgelere uygun olması denetimini içerecek şekilde bir ödev olarak verilmektedir.

Mükelleflerin beyannameleri meslek mensupları tarafından imza edilirken, herhangi bir rapor yazılmasına gerek olmadan, muhasebe kurallarına uygun ve doğru olarak kanuni süresi içinde kanuni defterlere kayıt edilmesi ve mali tablolara aktarılmasından sorumlu olunmaktadır. Bu çerçevede meslek mensupları (Yüce, 2018:148);

- Belgeyi bilerek kullanmış ya da harici araştırmayı gerektirmeden sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olduğu anlaşılan,
- Miktar veya tutar itibariyle işletmenin faaliyet konusu veya iş hacmiyle mütenasip olmayan belgelerden,
- Örf veya teamüle uygun olmayan belgelerden, sorumlu olmaktadır (Danıştay 9. Dairesi 28.03.2002 tarih, E.2000/1862, K.2002/1083).

Şüpheli bulunan belge hakkında beyanname verme süresi sonuna kadar ilgili vergi dairesine yazılı olarak bildirimde bulunulması gerekir. Aksi halde meslek mensupları, bu ödevle bağlantılı olarak ortaya çıkan vergi ziyana bağlı olan vergi, ceza ve gecikme faizinde mükellefle birlikte müşterek ve müteselsil olarak sorumlu tutulmaktadır. Dikkat çekicidir ki kanunda gecikme zammı yer almamaktadır. Bu halde gecikme zammı için sorumluluk yoktur.

Meslek mensuplarına VUK, mük. m.227 ile biçilen denetim ödevinin hukuki niteliğinin, “özenli çalışma yükümlülüğü” ile beslenen bir “uygunluk denetimi” mahiyetinde olduğunun altını çizmek gerekir. Uygunluk denetimi olduğu konusunda şüphe bulunmayan bu düzenleme ele alınırken, mesleki özen yükümü gerekliliklerinin yerine getirilip, getirilmediğine bağlı olarak sorumluluk şekillendirilmelidir. Bu noktada iş ilişkisi kurulan kişiyle olan kusur bağı, meslek mensubunun idareye karşı sorumluluğunda da ölçü olarak görülmelidir.

Zira meslek mensubunun sorumlu olabilmesi için “kastının” aranıp aranmadığı hususunda veya “kusur derecesi” konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Modern hukuk sistemlerinde “objektif sorumluluk” esasının geçerli olmadığı ve “kusur sorumluluğunun” odak alındığı düşünüldüğünde meslek mensubunu sorumlu olabilmesi için ona izafe edilecek bir “kusura” ihtiyaç bulunduğu ifade edilmelidir. Bu noktada ise “özenli çalışma yükümü gereklilikleri” somut hareket noktası olarak belirlenmeli ve en az taksir seviyesinde bir kusur varlığı aranmalıdır. Mesleki hatanın bu çerçevede sorumluluk gerektirdiği ifade edilmelidir Diğer taraftan halihazırda, vergi idaresinin sorumluluk



doğumu için vergi ziyasını yeterli gördüğünü, yargı organlarında ise istikrarlı bir uygulama bulunmadığını hatırlatmak gerekir.

Yeminli mali müşavirler VUK, mük. m.227'e ilave olarak ayrıca 3568 sayılı Kanun m.12 çerçevesinde müşterek ve müteselsil olarak sorumlu tutulmaktadır. "Tasdik ve tasdikten doğan sorumluluk" başlıklı m.12'e göre:

"Yeminli mali müşavirler gerçek ve tüzelkişilerin veya bunların teşebbüs ve işletmelerinin mali tablolarının ve beyannamelerinin mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ile muhasebe standartlarına uygunluğunu ve hesapların denetim standartlarına göre incelediğini tasdik ederler. Yeminli mali müşavirlerin tasdik edecekleri belgeler, tasdik konuları ile tasdike ilişkin usul ve esaslar; gerçek ve tüzelkişilerin mükellefiyet şekilleri, iş kolları ve ciroları, döviz kazandırıcı işlemleri, ithalat ve ihracatları, yatırımın miktarları ve neveleri ile belgelerin ibraz edileceği merciler esas alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir. Kanunları gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına verilen tasdik edilmiş mali tablolar, kamu idaresinin yetkili memurlarınca, tasdik kapsamı ölçüsünde incelenmiş bir belge olarak kabul edilir. Ancak, çeşitli kanunlarla kamu idaresine tanınan teftiş ve inceleme yetkilerinin kullanılmasına ve gerektiğinde tekrarına ait hususlar saklıdır. Yeminli mali müşavirler yaptıkları tasdik doğruluğundan sorumludurlar. Yaptıkları tasdik doğru olmaması halinde, tasdik kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyaa uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Yeminli mali müşavirler yaptıkları tasdik kapsamını düzenleyecekleri raporda açıkça belirtirler. Bu Kanun hükümlerine göre meslek icra edenlerin vergi kanunları ve diğer kanunlardaki sorumlulukları saklıdır."

Yeminli mali müşavirlere yüklenen tasdik ödeviyle, hem muhasebe denetimi hem de vergi denetimi sağlanması hedeflenmektedir. Ayrıca hileli durum karşısında vergi idaresine bilgi verme yükümü de yüklenerek sorumluluk alanı genişletilmektedir.

Yeminli mali müşavirler tasdik sözleşmesi uyarınca düzenledikleri tasdik raporları kapsamında sınırlı olarak, kendisine yüklenen ödevden sorumlu olmaktadır. Bu hususta Danıştay kararlarında meslek mensuplarının tasdik sözleşmesi uyarınca düzenlediği tasdik raporlarıyla sınırlı olan sorumluluk gereklerini yerine getirip getirmediğini, vergi inceleme raporuyla tespit edilerek ve vergi kaybına yol açan hususlar incelenerek ortaya konulması gerektiği vurgulanmaktadır (Gümüş, 2017: 209). Ayrıca yasal defter ve kayıtlar arasında bulunması zorunlu olmayan ve yeminli mali müşavire ibraz edilmeyen belgelere dayanılarak saptanan matrah farkından dolayı YMM'ler müşterek ve müteselsil sorumlu tutulmayacaktır (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 21.03.2008 tarih, E.2007/319, K.2008/212).

VUK, mük. m.227'den farklı olarak 3568 sayılı Kanun m.12'de Yeminli mali müşavirler için uygunluk denetimi değil, "doğruluk denetimi" söz konusudur (Şenyüz, 2017:71). Serbest muhasebeci mali müşavirler için vergi beyannamelerinin imzalanması noktasında uygunluk denetimi bulunmakta ve burada; defter, kayıt ve belgeler ile beyannamelerin birbirine tutarlı olması gibi biçimsel-şekli bir sorumluluk yer almaktayken, Yeminli mali müşavirlerde ise tasdik işleri ile ilgili olarak belgelerin doğruluğunu kapsayan daha geniş bir sorumluluk alanı öngörülmektedir.

Ayrıca kanun Yeminli mali müşavirleri, tasdik edilen konularla sınırlı doğruluk denetimi dolayısıyla ortaya çıkan vergi kaybından ve kesilen cezalardan sorumlu tutmaktadır. VUK, mük. m.227 hükmünün



aksine burada gecikme faizi yoktur. Diğer taraftan bu hüküm meslek mensupları için VUK, mük. m.227 dahil diğer kanunlardan doğan sorumluluk hallerini ortadan kaldırmamaktadır.

3568 sayılı Kanun m.12 mesleki özen yükümlüğüne uygun ele alınmalıdır. Bu doğrultuda tasdik edilen hesap ve işlemlerin vergi mevzuatına uygun olup olmadığını doğruluk yönüyle denetleyen meslek mensuplarının, gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğine, araştırma yükümünü yerine getirilip getirmediğine bağlı olarak sorumluluk yüklenmelidir.

06.04.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 3568 sayılı Kanun m.8/A hükmü ile meslek mensuplarının sorumluluk haline yeni bir boyut kazandırılmıştır. Zira bu hükümlerle birlikte Serbest muhasebeci mali müşavirler için “doğruluk denetimi” anlamı taşıyan özel bir sorumluluk türü ihdas edilmiştir. Hükme göre;

“Maliye Bakanlığı, bu Kanun kapsamında yetki almış serbest muhasebeci mali müşavirlere, beyannamelerini imzaladıkları dönem ve mükelleflerle sınırlı olmak kaydıyla, 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu kapsamında yapılacak iadeye dayanak teşkil edecek rapor düzenlettirmeye, bu kapsamda rapor düzenleyecek serbest muhasebeci mali müşavirlerde aranacak nitelik ve şartlar ile rapor düzenlenebilecek iade türlerini ve azami iade tutarlarını tespiti, rapor düzenleme yetkisini, belirleyeceği usul ve esaslara göre yapılan eğitimlere katılma ve başarılı olma şartına bağlamaya ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Serbest muhasebeci mali müşavirler, iadeye ilişkin düzenledikleri raporların doğru olmasından sorumludurlar. Düzenledikleri raporun doğru olmaması halinde, rapor kapsamı ile sınırlı olmak üzere, ziyaa uğratılan vergilerden ve kesilecek cezalardan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”

Maliye Bakanlığı, Serbest muhasebeci mali müşavirlere KDV iadesine dayanak teşkil eden rapor düzenlettirme konusunda kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Buna göre beyannamelerini imzaladıkları dönem ve mükellefle sınırlı olmak şartıyla, iade türü ve miktarın belirlenmesi ile Maliye Bakanlığının yetkilendirdiği belli nitelik ve şartlara haiz sSerbest muhasebeci mali müşavirler KDV iadesine dayanak teşkil edecek rapor düzenleyebilecektir. Bu halde bazı Serbest muhasebeci mali müşavirlerin görev alanı genişlemektedir.

Ancak bu görev alanın gerektirdiği sorumluluk kanun tarafından tıpkı Yeminli mali müşavirlerde olduğu gibi m.12’ye uygun surette düzenlenmiştir. Bu halde Serbest muhasebeci mali müşavirler iadeye ilişkin raporların doğruluğundan sorumludur. Doğru olmaması halinde rapor kapsamıyla sınırlı olarak ziya uğratılan vergi ve kesilecek cezalardan müşterek ve müteselsil sorumlu olunmaktadır. Burada da gecikme faizi sorumluluk kapsamına dahil edilmemiştir.

Diğer taraftan idare hukukuna ait kadim ilkelerden olan “yetki ve sorumlulukta paralellik” gereğince tasdik sorumluluğu bulunun Yeminli mali müşavirin, KDV iadesi raporu düzenleyebilen Serbest muhasebeci mali müşavirlerin kendilerine yüklenen ödevi yerine getirebileceği hukuki araçlara da sahip olması gerekir. Bu çerçevede, Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik Edecekleri Belgeler, Tasdik Konuları, Tasdike İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Yeminli mali müşavirlere, sözleşme yaptıkları mükellefin tasdik konularıyla ilgili tüm defter, kayıt ve belgeleri gizli olsa dahi inceleyebilme, tasdik



işlemlerini ilgilendiren tüm bilgileri yöneticiler, iç denetçiler ve diğer ilgililerden isteyebilme, hatta şirket yönetim ve genel kurul toplantılarına katılabilme imkanı içeren yetkiler vermiştir.

Doğruluk denetimi yapan Yeminli mali müşavirlerin vergiyi doğuran olaya temas eden maddi vakıalara ulaşabilme adına “karşıt inceleme” yetkisine sahip olabilmesi, ilgili 3. kişilerin defter ve belgeleri üzerinde inceleme yapabilmesi de Yönetmeliğin 15. maddesi ile 27 seri nolu SM, SMMM, YMM Kanunu Genel Tebliği’ne göre mümkündür. Ancak uygulamada fiilen bu yetkinin kapsamlı bir biçimde kullanılabildiğinin söylenmesi pek zordur. Ayrıca “YMM’lerle ilgili mesleki yükümlülükler”, “vergi mahremiyeti” gibi haller bu konuda çatışan ilişkilere neden olmaktadır (Güneş ve Barlass, 2017:96).

Bu noktada yeminli mali müşavirlerin karşıt inceleme yapmadıkları defter ve kayıtlarla ilgili olarak sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olmadığını ifade etmek gerekir. Ayrıca dikkat çekmek gerekir ki karşıt incelemenin “kanuni bir dayanak” ile kullanılan bir yetki olmadığından bahisle, Danıştay 7. ve 9. Daireleri, böyle bir yetkiye kanunen sahip olunmamasına istinaden, Yeminli mali müşavirler adına düzenlenen ödeme emirlerini iptal eden kararları onamaktadır (Gümüş, 2017: 210).

Diğer taraftan “Defter ve Belgelerle Diğer Kayıtların İbraz Mecburiyeti” başlıklı Vergi Usul Kanunu m.256’da yer alan hüküm ise bu noktada konuyu giriftleştirmektedir. Ayrıca bu hükme 7104 sayılı Kanun m.20 (06.04.2018 yürürlük tarihli) ile Serbest muhasebeci mali müşavirlere ait yetki de ilave edilmiştir. Bu hükme göre Tasdik ve KDV İadesine dayanak teşkil eden raporla ilgili hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerin, Yeminli mali müşavir ve Serbest muhasebeci mali müşavirlere ibraz edilmesi bir ödev olarak kanunda ifade edilmektedir. İlgili hükme göre;

“(Değişik: 22/7/1998 - 4369/4 md.) Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Maliye Bakanlığınca belirlenecek usule uygun olarak, tasdike (7104 Sayılı Kanunun 20 ncu maddesiyle eklenen ibare; Yürürlük: 06.04.2018)ve 3568 sayılı Kanunun 8/A maddesi uyarınca düzenlenecek katma değer vergisi iadesine dayanak teşkil eden rapora konu hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerle sınırlı olmak üzere, bu hesap ve işlemlere doğrudan ya da silsile yoluyla taraf olanlara, defter ve belgelerinin tetkiki amacıyla yeminli mali müşavirler (7104 Sayılı Kanunun 20 ncu maddesiyle eklenen ibare; Yürürlük: 06.04.2018)ve serbest muhasebeci mali müşavirler tarafından yapılan talepler için de geçerlidir.”

Meslek mensuplarının müşterek ve müteselsil sorumluluğunun tespiti denetim elemanlarınca yapılmakta olup, VUK, m.135 çerçevesinde yapılan vergi incelemesi sonucunda matrah farkı ortaya çıktığında denetim elemanları, raporlarında bu durumu ayrıca belirtmektedir. Vergi inceleme sürecinin sonunda hazırlanan vergi inceleme raporuna istinaden, Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavir için ayrıca vergi, ceza ihbarnamesi tebliğ edilmemektedir.

Vergi ve ceza tahakkukun kesinleşmesinden sonra meslek mensupları için “ödeme emri” ile takibat başlatılır (Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 26.03.2004 tarih, E. 2003/370, K.2004/39; Danıştay 3. Dairesi 27.01.2011 tarih E.2009/203, K.2011/200). Mükellef adına tarhiyat ve kesilen cezalar kesinleştikten sonra Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavir için ödeme





emrinin “bağlı oldukları” vergi dairesi tarafından düzenlenmesi gerektiği, Danıştay tarafından kabul edilmektedir (Gümüş, 2017: 211).

Bu noktada dikkat çekmek gerekir ki, Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlerin, mükellef hakkında yürütülen vergi inceleme sürecinden haberinin olmaması mümkündür. Ayrıca meslek mensubunun, mükellefe gönderilen vergi, ceza ihbarnamesinden de haberi olmayabilir. Haricen haberi olsa dahi böyle bir bilgi hukukun koruması altında değildir. Mükellefin bu işlemlere karşı dava açma hakkını kullanmak istememesi de mümkündür. Bu durumlarda meslek mensubu, vergi inceleme sürecine, tarh edilen ve kesilen ceza işlemine karşı hukuka aykırılık iddialarını dile getirememiş, savunma hakkını kullanamamış olmaktadır. Ancak kendi aleyhine doğacak sonuçların kaynağı bu inceleme süreci ve işlemlerdir. Halihazırda Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlere ödeme emri gönderildiğinden sadece ödeme emrine karşı dava açabilmektedirler. Ancak ödeme emrine dava açıldığında, meslek mensuplarının davada ileri sürebileceği sebepler sınırlı sayıdadır. Ayrıca ödeme emrine dava açmak ile tarh işlemine dava açmak birbirinden farklı mahiyettedir.

Bu halde asıl mükellef hakkındaki vergi inceleme süreci başlatıldığında bu durumun meslek mensuplarına ihbar edilmesi ve inceleme sürecine aktif katılımının sağlanarak onlara bazı hak ve yetkiler tanınması gerekir. Ayrıca mükellef vergi, ceza ihbarnamelerine dava açtığında meslek mensuplarına bu davaya katılım hakkı (davaya müdahil) verilmeli, mükellefin bu işlemlere dava açmaması halinde ise “menfaati ihlal olunan sıfatıyla” meslek mensuplarının dava açma hakkını kullanabilmesi mümkün olmalıdır. Böyle bir yaklaşım içeren “kanuni” düzenlemelerde bulunulmalıdır.

## Sonuç

Serbest muhasebeci mali müşavir ve Yeminli mali müşavirlere dair müşterek ve müteselsil sorumluluk hali için VUK, mük. m.227, 3568 sayılı Kanun m.12 ve 06.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren 3568 sayılı Kanun m.8/A hükümleri kanuni dayanak olarak alınmaktadır. Ancak bu kanun hükümlerinde verilen yetkiye istinaden çıkartılan yönetmelikler ve meslek kararları gibi ikincil mevzuat da bulunmaktadır. Oldukça dağınık mevzuat düzenlemelerinin olduğunu ve hukuki güvenlik ilkesi gereğince daha düzenli bir mevzuat bütününe ihtiyaç bulunduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca karşıt inceleme yetkisi konusunda daha belirgin kanuni dayanak beklentisi, meslek mensuplarının dava açma ve savunma hakkının etkin kullanılabilirliği noktasında zafiyet içeren hususların varlığı, bu noktada hukuki düzenlemelere ihtiyacı göstermektedir.

Diğer taraftan devletlerin vergi gelirinin aşınmasını önleme ve vergiden kaçınma gibi sorunlarının çözümünde, mükellef, sorumlu veya vergi ile ilgili mesleki faaliyet yürüten vergi danışmanlarının sorumluluk alanlarını genişletme eğiliminde olduğunu ifade etmek gerekir. Zira devletin vergi gelirini korumaya odaklanması ve kendi hiyerarşik düzeninde etkin mekanizmalar geliştirememesi, kendi yükünü hafifletmek adına böyle bir reflekse neden olmaktadır. Ancak böyle bir refleks, bir taraftan özel kişilerle sözleşme ilişkisi içerisinde bulunup onlara hizmet verme yükümünde olması, diğer taraftan kanun ile denetim içerisine alınması ile meslek mensuplarını çatışan zıt menfaatlerin arasında bırakarak, çıkmaza sokmaktadır.





Meslek mensupları sözleşme ilişkisi içinde olduğu bireyler adına, vergi planlaması yapma, onların daha az vergi ödemesini, daha çok vergi avantajından istifade etmesini sağlama gibi vergi idaresi aleyhine olan durumları da içerecek bir mesleki sorumluluk altındadır. Diğer taraftan vergi idaresinin ajanı pozisyonunda mükellefiyeti denetleme konumunda olup, buradan doğan borçtan da sorumlu tutulmaktadır. Şu ifade edilmelidir ki burada gerçekçi olmayan bir sisteme işaret edilmektedir.

Bu noktada devletin idari yapısı içinde vergi denetimini daha etkin biçimlendirmesi, meslek mensuplarının görev-yetki-sorumluluk çerçevesini buna göre yeniden “mesleki faaliyet odaklı” olarak tasarlaması gerektiği düşünülmektedir.

### **Kaynakça**

Acar, F. (2017). YMM ve SMMM’ler ile Vergi Mükellefleri Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği. Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (edt). *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları* (s.37-45). Ankara:Seçkin.

Canyaş, O. (2006). *Yeminli Mali Müşavirlerin Vergisel Sorumluluğu*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Çitil, B. (2013) Vergi Hukukunda Mali Müşavirlerin Sorumluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (106), 345-356.

Gümüş, M.A. (2017). Türkiye’de YMM ve SMMM’lerin Vergi Ziyat ve İdari Vergi Cezaları Nedeniyle Sorumlulukları. Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (edt). *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları* (s.203-214). Ankara:Seçkin.

Güneş, G. ve Barlass, İ. (2017). Yeminli Mali Müşavirler ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlerin Vergi Usulündeki Görev ve Yetkileri. Funda Başaran Yavaşlar ve Tuğçe Karaçoban Güneş (edt). *Arafta Bir Meslek Grubu: Vergi Danışmanları* (s.83-96). Ankara:Seçkin

Karakoç, Y. (2017). *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Yetkin.

Oğuzman, K. ve Öz T. 2005. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul:Filiz kitabevi

Öncel, Mualla vd. (2007). *Vergi Hukuku*. Ankara: Turhankitabevi.

Saban, N. (2014). *Vergi Hukuku*. İstanbul: Beta.

Şenyüz, D. (2017). *Vergi Ceza Hukuku*. Bursa: Ekin.

Yüce, M. (2018). *Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Yargılama Usulü*. Ankara: Adalet.



## TÜRK CEZA HUKUKU ÖĞRETİSİ VE UYGULAMASINDA İŞLENEMEZ SUÇ

Dr. Öğr. Üyesi Hüsnü Sefa ERYILDIZ

LL.M. (FU Berlin) Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” olarak ifade edilen suça teşebbüs, kanuni tanımda yer alan tipik hareketi ve neticeli suçlarda tipik neticeyi meydana getirmeye elverişliliği şart koşmaktadır. Kanun koyucu tarafından madde hükmü lafzında açıkça vurgulanan ve teşebbüsün varlığı için olmazsa olmaz koşul kabul edilen “elverişlilik”, icra hareketi olarak nitelendirilen fail davranışları ile suçun konusu ve suçta kullanılan araçların tipik hareket ve neticeyi gerçekleştirme bakımından uygunluklarının değerlendirilmesini zorunlu kılar. Öğretide “işlenemez suç”, çoğunlukla elverişlilik koşulu ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Hukuki niteliği ve suç genel teorisi içerisindeki yeri tartışmalı olmakla birlikte işlenemez suç; hareketin ya da suçta kullanılan araçların elverişsiz olmasını veya suçun maddi konusunun bulunmamasını ifade etmektedir. Böylece işlenemez suç bakımından iki farklı ihtimal gündeme gelebilir. Bunlar; harekette veya araçta elverişsizlik ile suçun maddi konusunda elverişsizliktir. Bu çalışmada; işlenemez suçun tanımı, hukuki niteliği, suç genel teorisi içerisindeki yeri, cezalandırılması lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşler, türleri ve tespiti bakımından ortaya konulan öğreti ve uygulama görüşleri ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** işlenemez suç, eksik teşebbüs, mutlak elverişsizlik, nisbi elverişsizlik.

### THE UNCOMMITABLE CRIME IN DOCTRINE AND PRACTICES IN TURKISH CRIMINAL LAW

#### Abstract

Attempt to crime, which is stated in Article 35 of the Turkish Criminal Code numbered 5237 as “starting to perform directly with the suitable movements” stipulates the typical movements in the legal definition and, in terms of resultant crimes, convenience for creating the typical consequence. The “convenience”, which is clearly emphasized by the legislator in the article provision and which is considered as an indispensable condition for the existence of the attempt, requires the evaluation of the suitability of the offender behaviours that are indicated as an executive action, as well as, the evaluation of the subject of the crime and the instruments used in the crime in terms of their suitabilities for the typical movement and realisation of the consequence. In doctrine, “uncommitable crime” is principally considered to be related with condition of “convenience”. Although its legal characteristic and its placement in the general theory of crime is controversial; “uncommitable crime” represents the inconvenience of the criminal attempt or the instruments used in the crime or the lack of the physical issue of the crime.

4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Thereby, two different inconveniences may arise from uncommitable crime, these are, inconvenience in the attempt or inconvenience in the instrument and inconvenience in the issue of the crime. In this present study, the definition of the uncommitable crime, its legal characteristic, and its placement in the the general theory of crime; the opinions in favor of and against to the penalization of uncommitable crime; and the doctrines and the views of the practices in terms of its types and determination will be examined.

**Keywords:** uncommitable crime, defficient attempt, absolute inconvenience, relative inconvenience.

### 1. Tanım

TCK m.35/1 uyarınca suça teşebbüs; failin, işlemeyi kastettiği bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı durumlarda gündeme gelmektedir. Madde fikrasında verilen tanımdan yola çıkıldığında, teşebbüs sorumluluğun doğabilmesi için aranan maddi koşulun “suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlama” olduğu kabul edilmelidir. O halde, teşebbüsün varlığı için somut olayda; bir taraftan, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuruna ilişkin koşulları haiz bir suçun varlığı, diğer taraftan da, bu suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlanması gerekmektedir. Öğretide ağırlıklı olarak “işlenemez suç” olarak adlandırılan<sup>1</sup> durumlarda ise; TCK m.35/1’de aranan bu iki maddi koşulda ortaya çıkan eksiklikler söz konudur. “İşlenemez suç”; somut olayda teşebbüs kapsamında değerlendirilen icra hareketinin, suç tanımında yer verilen tipik tehlike ya da zararı meydana getirmeye elverişli olmaması veya gerçekleştirilmek istenilen suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmaya mahkûm olduğu durumları ifade etmektedir.

İşlenemez suçta da fail, suça ilişkin iradesini dış dünyaya gerçekleştirdiği hareketlerle yansıtmaktadır. Ancak bu hareketler, elverişsizlik ya da konu yokluğu nedeniyle işlenmek istenen suçun TCK m.35 anlamında “doğrudan doğruya” icrasına başlanması sonucunu doğurmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, işlenemez suçun varlığı için, failin suç teşkil eden neticeyi irade etmesi ve istemesi, ancak bu neticenin aracın elverişsizliği ya da konunun yokluğu nedeniyle meydana gelmesinin imkânsız olması gerekmektedir. Failin aslında fiilinin araç elverişsizliği ya da konu yokluğu nedeniyle neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olduğunu bildiği hallerde ise, artık neticeyi gerçekleştirme kastından bahsedilemeyeceğinden işlenemez suç da söz konusu olmayacaktır.<sup>2</sup>

Suçta teşebbüs ile işlenemez suç arasındaki temel farklılık; teşebbüs halinde, icra hareketlerinin tamamlanamamasının ya da neticenin meydana gelmemesinin, kullanılan araçların elverişsiz olması ya da suçun maddi konusunun bulunmaması dışındaki bir engelleyici sebepten ileri gelmesine, ikinci halde ise bu sebebin kullanılan araçların elverişsizliği veya suçun maddi konusunun bulunmamasından kaynaklanmasına dayanmaktadır.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Öğretide işlenemez suç; “işlenmez suç”, “elverişsiz teşebbüs”, “imkânsız suç”, “imkânsız teşebbüs” ya da “muhal suç” olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>2</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 524.

<sup>3</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 459.



Kanun koyucu 5237 sayılı TCK'da işlenemez suça ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemiş olsa da, TCK m.35 lafzında kullandığı “elverişli hareketler” ibaresinin tersine yorumu ile işlenemez suç müessesesini yürürlükteki hukuk bakımından da kabul ettiği söylenebilir.

## 2. İşlenemez Suçun Hukuki Niteliği

İşlenemez suçun hukuki niteliği ve dolayısıyla suç genel teorisindeki yerine ilişkin öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüş; işlenemez suç, kusur (manevi unsur) kapsamında değerlendirmekte ve işlenemez suçun cezalandırılmamasının sebebi olarak, bu gibi hallerde failin anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olmasını ya da kastının bulunmamasını gerekçe göstermektedir.<sup>4</sup> Ancak bu görüş, işlenemez suç hallerinde de failin anlama ve isteme yeteneğine sahip olduğu ve kasten hareket ettiğinden bahisle kabul görmemiştir.<sup>5</sup> Kanaatimizce, bu görüşün kendi içerisinde kısmen tutarlı olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü suçun manevi unsurlardan olan kast ve taksiri kusur kapsamında değerlendiren klasik görüş dikkate alındığında, harekette elverişsizlik ve suçun konusunun yokluğu hallerinde, failin suçun maddi konusunda hataya düştüğü ve bu hatasının da kusurluğu etkileyen kastı ortadan kaldırdığının ileri sürülmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle, failin hareketin elverişliliği ya da suçun konusunun varlığı bakımından düştüğü hata, kastını ve dolayısıyla kusurluluğunu ortadan kaldıracaktır.

İşlenemez suç tipiklik ile bağlantılı olarak ele alan diğer bir görüş uyarınca; elverişlilik tipikliğin bir özelliği, yani ön şarttır. Buna göre; hareketin elverişliliği, doğrudan tipikliğin varlığında etkili olup, hareketin elverişliliği belirlenmeksizin, tipikliğin meydana getirilmesi olanaklı değildir. Tipik olmayan bir fiil ise, kanuni tanıma uygun değildir ve kanuni tanıma uygun olmayan bir fiilin cezalandırılması da mümkün değildir; zira elverişli olmayan (atipik) bir hareket, suç ile korunan hukuki menfaat bakımından bir tehlike veya zarara sebebiyet veremez. Bu bakımdan elverişlilik hem tamamlanmış suçlar ve hem de teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından aranan bir ön şarttır.<sup>6</sup>

Gai (final) hareket teorisine dayanan bu görüşün temelinde, Ceza Hukuku anlamında iradeye dayanan her hareketin belirli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirildiği ve bu amaca yönelik iradenin aynı zamanda icra edilecek hareketlerin anlamını, etkisini, sonuçlarını kapsadığı savı yatmaktadır. Amaca yönelik irade, aynı zamanda suçun icrasında kullanılacak araçların seçimini de kapsar. Suçta kullanılacak araçların tercihi iradeye dayalı hareketin diğer bir somutlaşma şeklidir. Sonuç olarak; irade ile hareket birbirini tamamlar ve ancak amaca dayalı iradeyi gerçekleştirmeye elverişli olan davranışlar hareket olarak nitelendirilebilir.<sup>7</sup>

Türk öğretisinde bu görüşü savunan Alacakaptan'a göre; hareket kavramı, yapılmasındaki amaçla değerlendirildiği takdirinde bir anlam ifade eder. Bu nedenle de, elverişlilik, hareketin tipik sayılması için varlığı gereken bir unsur sayılmalı, diğer bir ifadeyle elverişsiz bir hareket, kanuni tipe uygun olmayan bir davranış olarak kabul edilmelidir. Öte yandan yazar, elverişliliğin, hareketin gayeci kavramı içinde ele alınmasının, subjektif bir elverişlilik anlayışına yol açabileceği ve bunun sonucu olarak,

<sup>4</sup> Bknz. Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 18.

<sup>5</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 18.

<sup>6</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 19.

<sup>7</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 20.



objektif bakımdan elverişsiz olan bir hareketin, failin bakış açısında göre elverişli sayılabileceği anlayışına sebep olabileceğini de inkâr etmemektedir.<sup>8</sup>

İpekçioğlu'na göre de; işlenemez suç, tipikliğin oluşumunu engelleyen bir haldir. Yazara göre elverişlilik, tipik hareketin bir unsuru olduğundan, tipik fiilin aynı zamanda elverişli olması gerekmektedir. Elverişsiz hareket, işlenmek istenen suç bakımından atipik bir fiil teşkil ettiğinden, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği cezalandırılmaz.<sup>9</sup>

Karşıt görüşte olan Tozman ise, gai (final) hareket teorisine dayanan anlayışın kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre; teori kabulüyle, subjektif elverişlilik anlayışına yol açacağı, kusurluluk unsurunu kast ve taksirden yoksun kılıp boş bir kalıp haline getireceği eleştirileri gündeme gelecektir. Diğer taraftan yazar, tipikliğin biçimsel anlaşılması gerektiğini, kanuni tipe uygun bir hareket gerçekleştirildiğinde tipiklik unsurunun meydana geleceğini ve suçun tamamlanacağını, ayrıca hukuki konunun ihlalinin aranmasının gereksiz olduğunu ve yanlış sonuçlara götürebileceğini de vurgulamaktadır.<sup>10</sup>

Öğretide “Geleneksel doktrin” olarak da adlandırılan görüşe göre ise; “elverişsiz teşebbüs” olarak da adlandırılan işlenemez suç hali, suça teşebbüsten farklıdır. Suça teşebbüste, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya tamamlanmakla birlikte neticenin meydana gelmemesi araçtaki elverişsizlik ya da suçun konusunun yokluğu dışındaki bir sebepten kaynaklanırken, işlenemez suçta, suç ile korunan hukuki menfaate herhangi bir zarar gelmemekle birlikte suç, aracın elverişsizliği veya suçun konusunun yokluğu nedenlerinden dolayı işlenememektedir.<sup>11</sup> Teşebbüsün varlığı için aranan temel koşul, elverişli hareketlerle icra hareketlerine başlanmasıdır. Bu bakımdan araçta veya hareketlerde elverişsizlik ile suçun maddi konusunda yokluk, teşebbüsle doğrudan bağlantılı bir sorunu ortaya çıkarmaktadır.<sup>12</sup>

Öğretide ileri sürülen başka bir görüş ise; araç veya harekette elverişsizlik ile suçun konusunun olmamasının farklı kavram ve durumlar olduğunu dile getirmektedir. Buna göre, aracın ve hareketin elverişsizliği aslında teşebbüse ilişkin bir durumdur ve bu durum elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşın, konunun elverişsizliği, teşebbüsten ziyade suçun unsurlarına ilişkin bir durumdur ve bu durumda tipikliğin maddi unsurlarında yokluk olduğundan işlenemez suçtan bahsedilmelidir.<sup>13</sup>

Son olarak, diğer bir görüş ise, araç ve konuda elverişsizliği suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüşe göre; kastın suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları kapsamaması zorunludur. İşlenemez suçun söz konusu olduğu durumlarda ise, fail araçtaki elverişsizliği veya suçun maddi konusundaki yokluğu bilmediği için hareketin tipikliği konusunda hataya düşmekte, yani fiilinin elverişli olduğunu zannetmektedir. Bu durumda, kastın oluşmayacağı kabul edilmektedir.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 22 vd.

<sup>9</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 97.

<sup>10</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 134.

<sup>11</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 18 vd.

<sup>12</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 18 vd.; Tozman, Suça Teşebbüs, s. 134.

<sup>13</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422 vd.; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s. 529; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 476.

<sup>14</sup> Bknz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 448.



Kanaatimizce, işlenemez suçun hukuki niteliğini ortaya koyan farklı görüşlerin kendi içinde tutarlı ve kabul edilebilir dayanakları mevcut olmakla birlikte, meseleye suç genel teorisi çerçevesinde yaklaşıldığında gai (final) hareket teorisine dayanan ve işlenemez suçu tipiklik, yani kanuni tarife uygunluk bağlamında ele alan görüşün daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü Ceza Hukuku anlamında hareket, amaç bilincini de ihtiva eder. Hareket tanımlanırken, bu harekete içeriğini veren amaç göz ardı edilemez. Fail, gerçekleştireceği hareketlerinin anlam ve sonuçlarını ama kısa ama uzun bir zamansal süreç içerisinde olmak üzere önceden öngörür ve suçun icrasında kullanacağı araçları edindiği amaç doğrultusunda seçer. Suçta kullanılacak araçların tercihi ise, iradeye dayalı hareketin diğer bir tezahürüdür. Bu nedenledir ki hareket, fail tarafından tercih edilen araçlar vasıtasıyla ve irade doğrultusunda amaca yönelik elverişli davranışlarla dış dünyaya yansıtıldığı takdirde Ceza Hukuku alanında bir anlam ifade edecektir. Bu bakımdan, elverişli hareket tipikliğin bir unsurunu teşkil etmekte ve hareketin elverişsiz olması, aynı zamanda tipikliğin reddi ile sonuçlanmaktadır.

O halde hareketin elverişli olması, tipiklik ile bağlantılı bir meseledir. Öyle ki hareketin elverişli olduğu sonucuna varmadan, tipikliğin mevcudiyet olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Bu nedenledir ki, elverişli ve dolayısıyla tipik olmayan, suçla korunan hukuki menfaat bakımından somut bir tehlike yaratmayan bir davranışın cezalandırılması mümkün değildir.

Tipiklik sadece tamamlanmış suçlar değil, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da aranan bir unsurdur. TCK m.35 lafzında geçen “elverişli hareket” ibaresi, bu anlamda suça teşebbüsün maddi unsurları, yani tipikliği dâhilinde yer almaktadır. Bu ifadeyle kanun koyucu, teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için hareketin elverişli, tipik, yani tipik neticeyi meydana getirmeye muktedir olması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından yapılan incelemede tespiti gereken ve TCK m.35’de zikredilen maddi unsurlar, aynı zamanda teşebbüs sorumluluğunun tipiklik unsurlarıdır. Elverişli olmayan hareket, atipik olması nedeniyle ne tamamlanmış ne de teşebbüs aşamasında kalmış bir suç bakımından ceza sorumluluğu doğurabilir.

Görüşümüz, araç ve konuda elverişsizliği hata hükümleri kapsamında değerlendiren ve işlenemez suçun gündeme geldiği hallerde kastın oluşmayacağını kabul eden görüşle de uyumludur. İşlenemez suçta fail, tipikliğin maddi unsurlarında hataya düşmektedir. Diğer bir ifadeyle, gerçekleştirdiği fiilin elverişli olduğu ya da suçun maddi konusunun bulunduğu zannıyla hareket etmekte, ancak bu tasavvuru somut gerçeklik ile örtüşmemektedir. Suçun maddi konusunda hata TCK m.30/1 uyarınca failin kastını etkilediğinden, elverişlilik ya da suçun maddi konusunun yokluğu bakımından failin düştüğü hata, bir tipiklik hatası olarak değerlendirilecek ve failin kastını ortadan kaldıracaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar suçun maddi konusunun yokluğu bakımından da geçerlidir. Suçun maddi konusu, tipikliğin, yani suçun kanuni tarifinin maddi bir unsurudur. Maddi konusu olmayan bir suçun varlığından ya da bu suça teşebbüs edilmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla, işlenemez suçta maddi konunun yokluğu da doğrudan tipiklikle alakalı olup, bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Öte yandan, aracın ve dolayısıyla hareketin elverişsizliği ile suçun maddi konusunun yokluğunun tipiklikle bağlantılı meseleler olduğunu kabul etmekle birlikte, bu iki durum arasında, “elverişsiz teşebbüs” ve “işlenemez suç” ayrımı yapan görüşün de kanun koyucu tarafından TCK m.35’de ortaya konulan anlayışa uygun olduğu söylenebilir. Zira TCK m.35/1’e göre suça teşebbüs; failin, işlemeyi





kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması hallerinde söz konusu olmaktadır. Buna göre, teşebbüs sorumluluğu bakımından aranan maddi koşul, suçun icrasına doğrudan doğruya “elverişli hareketlerle” başlanmasıdır. O halde, araç ve dolayısıyla hareketin elverişliliği meselesinin suça teşebbüs müessesesi dâhilinde ele alınmasında ve elverişli hareket ile elverişsiz teşebbüs (ya da işlenemez suç) arasındaki ayrımın da yine bu müessese çerçevesinde değerlendirilmesinde bir sakınca bulunmadığı düşünülebilir.

Aynı görüş, suçun maddi konusunun yokluğunun, “elverişli hareket” şartının aksine TCK m.35 anlamında bir maddi koşul değil, tipikliğin bir maddi koşulu olarak kabul edilmesi ve bu aşamada ele alınması gerektiğini dile getirmektedir. Ancak meseleye TCK m.35 çerçevesinde yaklaşıldığında, “suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” koşulundan hareketle, maddi konunun bulunmadığı halleri de teşebbüs müessesesi çerçevesinde değerlendirmenin mümkün olduğu söylenebilir. Zira bir suçun doğrudan doğruya icrasına başlanabilmesi için, o suça ilişkin maddi konunun bulunması gerekmektedir. Somut olayda maddi konunun yokluğu halinde, TCK m.35’e göre bir suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmasının da mümkün olmadığı dikkate alındığında, konunun yokluğu hallerinin de pekâlâ teşebbüs müessesesi çerçevesinde ele alınabileceği ileri sürülebilir.

### 3. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Hususunda Görüşler

#### 3.1. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Yönündeki Görüşler

##### 3.1.1. Sübjektif Teori

Alman menşei olan ve işlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini savunan sübjektif teoriye göre; teşebbüsün cezalandırılma nedeni failin suç işleme iradesini dış dünyaya yansıtmasıdır.<sup>15</sup> Fail tarafından gerçekleştirilen davranışların, suçun tipik hareketlerini tamamlamaya ya da neticesini meydana getirmeye objektif olarak elverişli olup olmadığı veya suçla korunan hukuki menfaatler bakımından tehlikeye neden olup olmadığı dikkate alınmaz.<sup>16</sup> Aksine, elverişliliğin mevcudiyeti için failin, gerçekleştirdiği hareketlerin hedeflediği tipik neticeye ulaşmaya muktedir olduğu tasavvuru ile hareket etmesi yeterlidir. Dolayısıyla sübjektif açıdan, teşebbüs aşamasında kalan bir suç ile işlenemez suç arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Fail, suç işleme kastı ile birlikte suça yönelik iradesini ortaya koymuştur ve cezalandırılmalıdır.<sup>17</sup>

İşlenemez suçun cezalandırılmasının, cezanın amacı ile de örtüştüğü ileri sürülmüştür. Buna göre ceza, kamu güvenliğinin tesisi için verilir. Bu amaca ulaşabilmek için devlet, sadece hareket ile netice arasında gerçek anlamda illiyetin var olduğu vakıaları değil, aynı zamanda bu illiyetin mevcut olmadığı, ancak fail tarafından var kabul edildiği vakıaları da yaptırım tehdidi altına almalıdır.<sup>18</sup> Zira fail, ahlaki kötülüğe ve kamu güvenliği bakımından zararlı bir kişiliğe sahip olduğunu suç işleme iradesini ortaya koyarak

<sup>15</sup> Mahmutoglu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, s. 805.

<sup>16</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 462; Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 466; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 282.

<sup>17</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 462; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 467; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 311.

<sup>18</sup> Bknz. Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 34; İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 467.



göstermiştir.<sup>19</sup> Böylece örneğin, mağdurun cebine elini atan ancak para bulamayan yankesiciye, keza hali hazırda ölmüş bir kişiyi sağ zannederek kasten öldürmeye teşebbüs eden kişiye işlenemez suç kapsamında ceza verilmemesi isabetli değildir.<sup>20</sup>

Sübjektif teori farklı noktalardan eleştirilmiştir. Teoriye yöneltilen ilk eleştiri, kanunilik ilkesi sınırları dışına çıkılarak cezalandırmada aşırılığa kaçması, diğer bir ifadeyle tipik olmayan ve suçla korunan hukuki menfaat bakımından herhangi bir tehlike veya zarara neden olmayan bir fiil nedeniyle failin ceza yaptırımına maruz kalabilmesine yol açmasıdır.<sup>21</sup> Buna göre, failin suç işleme iradesini dış dünyaya yansıttığı, ancak suçun kanuni tanımında yer almayan ve herhangi bir zarar ya da en azından tehlike doğurmayan her türlü hareketi teşebbüs sorumluluğu bakımından yeterli sayılacak ve bu surette cezalandırma alanı aşırı genişletilerek, adil olmayan sonuçlara sebep olunacaktır.

Diğer taraftan, sübjektif teori, hazırlık hareketlerinin neden cezalandırılmadığı sorusunu açıklayamamaktadır; zira hazırlık hareketlerinde de tıpkı işlenemez suçta olduğu gibi suç iradesi ve ahlaki kötülük dış dünyaya yansıtılmıştır.<sup>22</sup>

### 3.1.2. Sübjektif Tehlike Teorisi

Sübjektif tehlike teorisi, fiilin değil failin tehlikeliliğini kıstas almaktadır. Teşebbüs; failin, tehlikeliliğini herhangi bir şüpheye yer bırakmaksızın dış dünyaya yansıttığı durumlarda söz konusu olur. Sübjektif tehlike teorisi de tıpkı sübjektif teori gibi, failin dış dünyaya yansıttığı suç iradesini esas alsa da, ondan farklı olarak, “her somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle” suç iradesinin failin tehlikeliliğini de yansıtmasını aramaktadır. Bu bakımdan, suçta kullanılan araçlar failin suçunu gerçekleştirmek bakımından yetersizliğini ortaya koyuyor ise, artık kendisinin tehlikeliliğinden bahsetmek mümkün değildir. Suçlu irade tehlikeli değil ise, cezalandırmanın da bir anlamı yoktur. Netice itibarıyla; suçta kullanılan araçlar elverişsiz olsa dahi, failin tehlikeliliğinin ve ahlaki kötülüğünün belirlilik kazanıp kazanmadığına bakılmalıdır.<sup>23</sup>

## 3.2. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Yönündeki Görüşler

### 3.2.1. Objektif Teori

“Eski objektif teori” olarak da adlandırılan bu teori uyarınca, işlenemez suç ile teşebbüs arasındaki ayrım objektif alanda gerçekleşmelidir. Buna göre; teşebbüsün cezalandırılmasında temel ölçüt, suçla korunan hukuki konunun tehlikeye düşürülmesidir; zira suç işleme kastı suçun her aşamasında aynı türden olduğundan, bir hareketin hukuka aykırı kabul edilerek cezalandırılabilmesi için suç işleme kastı tek başına yeterli değildir.<sup>24</sup> Aynı zamanda bu hareketlerin suçla korunan hukuki menfaat bakımından bir

<sup>19</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 525; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460.

<sup>20</sup> Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 282.

<sup>21</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 283.

<sup>22</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, s. 343 vd.

<sup>23</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 463 vd.

<sup>24</sup> İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 467; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 459.

tehlike veya zarara neden olması gerekir.<sup>25</sup> Bu bakımdan, teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni failin suça yönelik iradesi değil, tipik neticenin gerçekleştirilmesine ilişkin neden olduğu yakın tehlikedir.<sup>26</sup>

Objektif teori uyarınca hakim, elverişliliği, hareket yapıldıktan sonra ortaya çıkan sonuca göre (ex-post), diğer bir ifadeyle, sonuç bakımından yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı o ana göre değerlendirir.<sup>27</sup> Ancak hareket yapıldıktan sonraki durumların da göz önünde bulundurulması suretiyle yapılan değerlendirmenin, hareketin hiçbir zaman tehlike yaratmadığını sonuçlayacağı, çünkü her olay sonrası yapılan değerlendirmede aslında suçun tamamlanmış olduğu dikkate alınacağından hareketin elverişliliğinden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>28</sup>

Hareket yapıldıktan sonraki durumların göz önünde bulundurulması suretiyle yapılan ex-post değerlendirmenin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla mutlak ve nisbi imkânsızlık arasında bir ayırım yapılması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır.<sup>29</sup> Araç bakımından mutlak surette imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde, yani objektif bir tehlikenin bulunmadığı durumlarda teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır.<sup>30</sup> Çünkü bu gibi durumda failin cezalandırılmaması, toplum açısından bir tehlike arz etmemektedir. Bu kişilerin hareketleri diğerleri tarafından tekrarlanırsa dahi, herhangi bir zarar ya da tehlike söz konusu olmayacaktır. Örneğin, büyü yaparak bir kimsenin öldürülmeye çalışılması durumunda, araç sonucu meydana getirmeye mutlak olarak elverişsizdir.<sup>31</sup>

Buna karşın, araçta nisbi imkânsızlığın, yani geçici ve tesadüfi yetersizliğin ya da failin beceriksizliğinin bulunduğu hallerde tehlikenin var olduğu kabul edilmeli ve teşebbüs sorumluluğu doğmalıdır.<sup>32</sup> Örneğin, vücuduna çelik zırh geçiren kişiye ateş edilmesi halinde nisbi imkânsızlıktan söz edilmelidir.<sup>33</sup>

Objektif teoriye göre, mutlak-nisbi imkânsızlık ayırımına suçun konusu bakımından da gidilebilir. Öldürülmek istenenin daha önce ölmüş olması, gebe olmayan bir kadının çocuğunun düşürtülmeye çalışılması hallerinde konu bakımından mutlak imkânsızlık gündeme gelecektir ki, konuda mutlak imkânsızlık halinde de teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğuna gidilmez.

Suçun konusu bakımından nisbi imkânsızlıkta ise suçun maddi konusunun aslında var olduğu, ancak hareketin tesadüfi veya geçici nedenlerle konuya ulaşamayıp, sonucu meydana getiremediği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun maddi konusu gerçekte vardır, fakat hareketin icrası sırasında failin bulunduğu zannettiği yerde değildir.<sup>34</sup> Örneğin, çalınmak istenen paranın, failin elini soktuğu cepte bulunmamasında konu bakımından elverişsizlik nisbidir. Nisbi elverişsizlik halinde, teşebbüs sorumluluğu doğacak ve fail cezalandırılacaktır.

Objektif teori farklı açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle objektif teori teşebbüs sorumluluğunun kabulü için objektif bir tehlikenin varlığını aramaktadır. Ancak, nisbi elverişsizlik hallerinde suçla korunan

<sup>25</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 551; Mahmutoglu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, s. 806; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 450; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 281.

<sup>26</sup> Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, s. 512 vd.

<sup>27</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 639.

<sup>28</sup> Mahmutoglu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, s. 806.

<sup>29</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 459.

<sup>30</sup> Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, s. 512 vd.

<sup>31</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 460.

<sup>32</sup> Bknz. İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 101.

<sup>33</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 461.

<sup>34</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 639.

hukuki menfaat bakımından objektif bir tehlike meydana gelmemesine rağmen, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan mutlak-nisbi elverişsizlik konusunda yapılan ayırımın tutarlı olmadığı ileri sürülmüştür. Örneğin, bir kimseyi öldürmek için yatağına silahla ateş edilmesi, ancak kişinin o gece evinde olmaması, yani suçun konusu yönünden bir objektif tehlike doğmamasına rağmen nisbi elverişsizlik görüşü doğrultusunda cezalandırılabilir teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir.<sup>35</sup>

Öte yandan, hareketin veya aracın elverişliliğinin somut olayın koşullarına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü soyut olarak suçu işlemeye elverişli görünen bir hareket veya araç, somut olayda belirli etkenler dolayısıyla elverişsiz hale gelebilir. Keza, soyut olarak suçu işlemeye elverişsiz kabul edilen bir hareket veya araç da, somut olayda suçu işlemeye muktedir, yani elverişli olabilir.<sup>36</sup> Örneğin, su, soyut bir değerlendirme yapıldığında kasten öldürme suçu bakımından elverişsizdir, ancak yeni ameliyat olmuş kimseye içirilmesi halinde su, bahsi geçen suçun işlenmesi bakımından elverişli vasıta haline gelebilecektir.

Son olarak, objektif teori uyarınca imkânsızlık mutlak ve nisbi şeklinde ayrılabilir de, imkânsızlığın hangi ana göre tespit edileceği sorununun söz konusu ayrımla çözülebilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.<sup>37</sup>

Türk öğretisinde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, yapılan eleştirilere rağmen işlenemez suç yönünden, hukukumuzda hali hazırda mutlak ve nisbi imkânsızlık ayırımının bir değerinin olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>38</sup>

### 3.2.2. Tehlike Teorisi

“Yeni objektif teori” olarak da adlandırılan tehlike teorisi uyarınca teşebbüsün varlığı için, suç işleme iradesinin tehlike meydana getirebilecek hareketlerle dış dünyaya yansıtılması gerekmektedir.<sup>39</sup> Objektif teoriden farklı olarak, bu teoride fail tarafından meydana getirilen tehlike derecelendirilmektedir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği hareketin suçun konusu üzerinde tehlike yaratmadığı ve önemsiz bir tehlike yarattığı durumlarda teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır.<sup>40</sup> Görünüşte tipe uygun olarak kabul edilebilecek bir fiil, somut olayda suçun konusu üzerinde tehlike veya zarara neden olmuyor ise, fail cezalandırılmamalıdır.<sup>41</sup>

Failin hareketinin tehlikeliliği, somut olayın özellikleri gözetilerek, genel hayat tecrübeleri ve failin bilgisi de esas alınmak suretiyle, uygun nedensellik anlayışından hareketle hakim tarafından belirlenir.<sup>42</sup> Yargıtay 6. Ceza Dairesi 1983 senesine ait bir kararında; “Hırsızlıkta maddi konu taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu eylem sonrası değil eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerini normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanması gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak

<sup>35</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 465; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460.

<sup>36</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 465.

<sup>37</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 464.

<sup>38</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 640.

<sup>39</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 463.

<sup>40</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 525.

<sup>41</sup> Mahmutoğlu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, s. 809; Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 465.

<sup>42</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 439; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 463; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460.



yokluğu, işlenemez (muhal, imkânsız) suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşlarının girdiği lokantada masa çekmecesinde para bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkardığında, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur.” ifadeleriyle, işlenemez suç ile teşebbüs arasındaki ayrımı tehlike teorisindeki esaslar çerçevesinde değerlendirirken, aynı zamanda suçun konusu bakımından mutlak-nisbi yokluk ayrımına giderek bu teoriden ayrılmıştır.<sup>43</sup>

Aynı Daire 2007 senesine ait bir kararında; “Sanık M.D.’nin bıçağı yakınan E.B.’nin boğazına dayadığı sırada adı geçen yakınının üzerini arayan sanık M.Ü.’nün yağmalanacak bir şey bulamadığının anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminin kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmeden yazılı biçimde tamamlanmış suçtan hüküm kurulmasını ...” bozma nedeni olarak kabul etmiştir.<sup>44</sup> Görüleceği üzere Yüksek Mahkeme, yağma fiiline maruz kalan mağdurun üzerinden herhangi bir şey çıkmaması durumunda dahi, sanığın yağma suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur.

Objektif teoriden farklı olarak, tehlike teorisi mutlak-nisbi elverişsizlik ayrımını kabul etmemektedir.<sup>45</sup> Tehlike teorisi, araçta ve konuda elverişsizliğin tespiti noktasında ex-post değil, ex-ante bakış açısını esas almış, yani elverişsizliğin hareketin yapıldığı zamana göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul ederek, failin tasavvuru ile netice arasındaki uygunluğun araştırılmasını esas almıştır. Şayet uygunluk var ise, işlenebilir suç vardır, buna karşın uygunluk yok ise, işlenemez suç vardır ve fail cezalandırılmaz.<sup>46</sup> Örneğin atış mesafesi dışında kalan bir kişiyi öldürmek amacıyla ateş edildiğinde ve doğal olarak isabet kaydedilemediğinde, tehlike teorisine göre suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana gelmediğinden, mutlak imkânsızlığın varlığı kabul edilmeli ve fail cezalandırılmamalıdır.<sup>47</sup> Hâlbuki objektif teori esas alındığında, ex-post bir değerlendirme sonucunda bahsi geçen olayda nisbi elverişsizlik söz konusu olabilecekti.

Tehlike teorisi de eleştirilmiştir. Önemli olanın hareketin arz ettiği tehlike değil, failin bu hareketle ortaya koyduğu iradesinin toplum bakımından gösterdiği tehlike olduğu, tehlike teorisinin ise bu hususu göz ardı ettiği ileri sürülmüştür.<sup>48</sup>

Bu noktada “etki teorisi”nden de bahsedilmelidir. Temelinde objektif olan ve tehlike teorisini esas alan bu teori uyarınca, tehlike somut olay bakımından değil, hareketin toplum üzerinde meydana getireceği olumsuz etkiye göre belirlenmelidir.<sup>49</sup> Örneğin, gerçekte gebe olmayan bir kadının çocuğunu düşürmek amacıyla düşüğe neden olabilecek bir ilacı kullanması halinde, her ne kadar çocuk olmadığından, düşük

<sup>43</sup> Yargıtay 6. CD, 14.06.1983, 4019/3620.

<sup>44</sup> Yargıtay 6. CD, 2007, 2006/19303 E. 2007/5513 K.

<sup>45</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 465; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460.

<sup>46</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 525; Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 465; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 460.

<sup>47</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 466.

<sup>48</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 465.

<sup>49</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 552; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 460; Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 466.





ihtimali söz konusu olmasa da, failin hareketi toplum bakımından olumsuz bir etki doğuracağından teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması kabul edilmelidir.<sup>50</sup>

### 3.2.3. Hukuki İmkânsızlık Teorisi

Hukuki imkânsızlık teorisine göre, bir fiilin cezalandırılması için tipe uygun olması gerekir. Tipe uygunluk; hareketin, bu harekete nedensellik bağı ile bağlı ve objektif isnat edilebilir neticenin, suçla korunan hukuki menfaatin ve suçun maddi konusunun tipik olması anlamına gelir. Fail tarafından gerçekleştirilen hareketler çeşitli nedenlerle kanuni tipe uygun olmayıp, neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse, artık tipiklikte hukuki nitelikte bir eksiklik söz konusudur ve suçun gerçekleştirilmesi hukukten mümkün değildir.<sup>51</sup> Hareket veya konuda eksiklik, aynı zamanda tipiklikte eksiklik anlamına geleceğinden, artık suçun oluşumu ve dahi teşebbüsün kabulü mümkün değildir; zira atipik, yani faile objektif olarak isnadı mümkün olmayan bir hareket söz konusudur. Buna karşın, failin icrasına başladığı hareket, kanuni tipikliği gerçekleştirme imkânına sahipse, teşebbüs sorumluluğunun doğduğu kabul edilebilecektir.<sup>52</sup>

Hukuki imkânsızlık teorisine yöneltilen temel eleştiri, hareket veya araç bakımından elverişsizliğin tespitinde kısmen, yani sadece bağlı hareketli suçlar bakımından çözüm getirebildiğinden bahisle yapılmıştır; zira suçun meydana gelebilmesi için gerçekleştirilmesi gereken tipik hareketlere sadece bu suçlarda normda açıkça yer verilmiştir. Bu türdeki suçlar dışında kalan suçlar bakımından normda hareket veya araca ilişkin bir belirlemeye gidilmediğinden, özellikle aracın elverişsizliğinin tipiklik bakımından değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>53</sup>

### 3.2.4. Türk Öğretisindeki Görüşler

Türk öğretisinde Dönmezer, imkânsızlığın veya elverişsizliğin, mutlak-nisbi ayrımına göre değil, failin somut olayda ve günlük hayat tecrübelerine göre, neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli bir şekilde hareket edip etmediği dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini, ancak bu tespit yapılırken fail tarafından bilinen şartların değil, failin hareketleri hakkında dışarıdan verilecek değer hükmünün üstün tutulması, yani fail icra hareketlerine başladıktan sonra, onun yaptığı işin geriye dönük ex-post incelenmesi gerektiği görüşündedir.<sup>54</sup> Buna göre, uygun sebep teorisinin esasları ve karma uygunluk kistasının objektif değerlendirme aşamasına ait kuralları uygulandığında, failin icrayı tamamlamasına ihtimal verilebiliyor ise, fail teşebbüsünden dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>55</sup>

İpekçioğlu, işlenemez suça ceza verilmemesinin nedeninin hukuki imkânsızlık teorisi ile açıklanabileceği görüşündedir. Yazara göre, hukuki imkânsızlık, fiilin tipik olmasını şart koşmakta; tipik fiilin hareketinin de elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, hareket ancak elverişli ise tipiktir. Temelini gerçek (somut) tehlikenin oluşturduğu anlayış, elverişliliğin, araçların somut bir hareketin ve diğer tüm şartların değerlendirilmesiyle tespit edilebileceği fikrini ortaya koymaktadır. Bu değerlendirme, suçun işlendiği ana geri gidilerek var olan şartların incelenmesi

<sup>50</sup> Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, s. 466.

<sup>51</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 461; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 286.

<sup>52</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 49 vd.; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 461 vd.

<sup>53</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 53.

<sup>54</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 466 vd.

<sup>55</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 468.





suretiyle yapılmakta ve buna göre netice elde edilmektedir. Bu bakımdan işlenemez suç, tipiklik konusuyla hukuki imkânsızlık görüşü içinde mütalaa edilmelidir.<sup>56</sup>

İçel'e göre; teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin yaptığı hareketlerin tipik eylem oluşturmaya uygun ve tehlikeli olmasıdır. Dolayısıyla, hareketin tipik eylem oluşturmaya uygun olduğu saptanın ve bundan dolayı tehlikeli olduğu sonucuna varıldığı takdirde, fail suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir. Buna karşılık, hareketin tipik eylem oluşturmaya uygun olmadığı belirlenirse, cezalandırılmayacaktır.<sup>57</sup>

Tehlike teorisine taraftar olan yazarlardan Demirbaş'a göre; fail hareketi ile neticeyi gerçekleştiremese de, tasavvuru ile gerçekleştirmek istediği neticenin birbirine uygun olduğu hallerde, işlenebilen teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Yazar, konun bulunmadığı bazı hallerde dahi, hareketin yapıldığı anda bilinebilen şartlara göre, neticenin gerçekleşmesi olası gözükmüyor ise, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Yine, hareketin başlamasından sonra veya hareketle birlikte ortaya çıkan yokluk hallerinin tamamı teşebbüs kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bakımdan örneğin, bir anne, ölü doğan veya doğumdan hemen sonra ölmüş olan çocuğunu canlı zannederek öldürme hareketlerine giriştiği takdirde, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmalıdır.<sup>58</sup>

Öztürk/Erdem ise; karma görüş taraftarı olduklarını, buna göre işlenemez suçun belirlenmesinde dört temel hususun dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bunlar; 1) failin fiili veya kullandığı araç, 2) olayı yargılayan hakimin suç konusu veya aracı hakkındaki günlük yaşam deneyimi, 3) somut olayın özellikleri ve 4) failin fiilinin veya kullandığı aracın somut olayda neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli olup olmadığıdır.<sup>59</sup>

Özen'e göre; nisbi ve mutlak elverişsizlik somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Ayrıca aracın elverişsizliğinde öznel ve nesnel değerlendirme birlikte yapılmalı, ancak bu iki durum zıtlık gösterirse, öznel değerlendirme dikkate alınmalıdır.<sup>60</sup>

Kanaatimizce, işlenemez suçun neden cezalandırılmadığı sorusu ile cezalandırılabilir teşebbüs ile işlenemez suç arasındaki ayrımın hangi teori çerçevesinde yapılması gerektiği soruları birbirinden ayrılmalıdır. Bu noktada görüşümüz, işlenemez suçun hukuki niteliği de dikkate alındığında, işlenemez suçun neden cezalandırılmadığı sorusunun cevabının hukuki imkânsızlık teorisi çerçevesinde verilebileceği yönündedir. Çünkü tipiklik sadece tamamlanmış suçlar değil, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da aranan bir maddi unsurdur. TCK m.35'inde geçen "elverişli hareket" ibaresi, bu anlamda suça teşebbüsün maddi unsurları, yani tipikliği dâhilinde yer almaktadır. Bu ifadeyle kanun koyucu, teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için hareketin elverişli, tipik, yani tipik neticeyi meydana getirmeye muktedir olması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından yapılan incelemede tespiti gereken ve TCK m.35'de zikredilen maddi unsurlar, aynı zamanda teşebbüs sorumluluğunun tipiklik unsurlarıdır. Bu bakımdan, hareket veya konuda eksiklik, aynı zamanda teşebbüsün tipikliğinde eksiklik anlamına

<sup>56</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 103 vd.

<sup>57</sup> İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 467.

<sup>58</sup> Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 460 vd.

<sup>59</sup> Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 326.

<sup>60</sup> Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s. 529.

geleceğinden, artık ne tamamlanmış ne de teşebbüs aşamasında kalmış bir suç bakımından ceza sorumluluğu doğurabilir.

#### 4. İşlenemez Suçun Türleri

İşlenemez suç, araçta veya suçun konusundan kaynaklanan elverişsizlikler nedeniyle, failin tasavvurunun gerçekleştirilmek istediğine uygun sonuç vermemesi halinde gündeme gelir. Elverişlilik, sadece hareket değil, fiilin bütünlüğü açısından ele alınmalıdır. Maddi konu ise, hareketin yapısının dışında kalan, suçun üzerinde işlendiği şey veya şahıstır.<sup>61</sup> Bu nedenle öğretide, Ceza Hukuku alanında cezalandırılabilirliğin başlangıç noktasını teşebbüsün oluşturduğu ve hareketin elverişsizliğinin ise suçun icrasına başlanmış sayılmasını engellediğinden hareketle, gerçekleştirilen elverişsiz hareketlerin teşebbüsü oluşturmadığı durumların “elverişsiz teşebbüs” olarak adlandırılmasının isabetli olduğu, buna karşın suçun konusu haricindeki diğer maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesine rağmen, konusunun yokluğu nedeniyle suçun işlenemediği hallerin ise “işlenemez suç” olarak nitelendirilmesinin doğru olacağı ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

##### 4.1. Aracın Ve/Veya Hareketin Elverişsizliği

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda hareketin elverişliliğinin belirlenmesi hususunda bir ölçüt getirilmemiş, ancak TCK m.35’de teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlaması koşulu aranmıştır. Bu kapsamda, kullanılan aracın ve dolayısıyla yapılan hareketin elverişli olmaması, teşebbüs sorumluluğunun doğmasına engel olabilecektir. Örneğin, öldürme suçunda kullanılan silahın boş olması ya da mekanizmasının bozuk olması hallerinde araç bakımından elverişsizlik gündeme gelebilecektir.<sup>63</sup> Nitekim kanun koyucu TCK m.35 gerekçesinde; “Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır.” açıklamasıyla, teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için suçta kullanılan aracın mutlaka elverişli olması gerektiğine vurgu yapmıştır.<sup>64</sup>

Hareketin elverişliliği, aynı zamanda hukuken korunan hak veya menfaati, yani suçun hukuki konusunu, tehlikeye atmaya veya ortadan kaldırmaya uygun olması anlamına da gelmektedir.<sup>65</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, hareketin elverişsizliği çoğunlukla aracın elverişsizliğinden kaynaklanıyor olsa da, elverişli araç her zaman hareketin de elverişli olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin, dolu ve tüm fonksiyonları haiz bir silah öldürme suçu bakımından elverişli olsa da, atış menzili dışında bulunan bir kişiyi öldürmek bakımından mutlak surette elverişsizdir.<sup>66</sup> Diğer bir ifadeyle, araç soyut olarak elverişli

<sup>61</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s.106.

<sup>62</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 423; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s. 529; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 476.

<sup>63</sup> Yargıtay 4. CD, 25.01.2005, 2003/11914 E. 2005/152 K.: “... sanık tarafından, telsiz şarj cihazı içerisine yerleştirilen dinleme cihazının arızalı olduğunun anlaşılması karşısında, işlenemez suç nedeniyle sanığın beraati yerine, eylemin TCY’nın 547. maddesine uyacağından söz edilerek, zamanaşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi ...” bozmayı gerektirmiştir.

<sup>64</sup> Yargıtay 8. CD, 05.05.2014, 2013/19446 E. 2014/11361 K.: “Sanık ...’in hırsızlık suretiyle ele geçirdiği suça konu kredi kartlarının, mağdur ... tarafından iptal edilmesi sebebiyle kullanılmasının mümkün bulunmayıp vasıtanın elverişli olmaması karşısında, eylemin işlenemez suç niteliğinde olduğu gözetilerek sanıkların atılı suçtan beraatları yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi ...” bozmayı gerektirmiştir.

<sup>65</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 61.

<sup>66</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 335.



olmasına rağmen, somut olayda icra hareketleri kastedilen suç gerçekleştirmeye elverişli olmayabilir.<sup>67</sup> Bu bakımdan TCK m.35 lafzında “elverişli araç” yerine “elverişli hareket” ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olduğu kabul edilmektedir.<sup>68</sup>

Objektif teori kapsamında; hareketin elverişliliğin tespiti bakımından mutlak ve nispi elverişsizlik ayrımı yapılmalıdır. Hareket, mutlak olarak neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse, yani yapısı gereği suçu tamamlayamayacak veya kullanılan araç itibariyle tasavvur edilen neticeyi gerçekleştirmeyecek nitelikte ise mutlak elverişsizlik söz konusu olmalı ve fail suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamalıdır.<sup>69</sup> Çünkü hareketin mutlak olarak elverişsiz olduğu hallerde, suçla korunan hukuki menfaate zarar verme tehlikesi doğmamakta, yalnızca failin suç işleme niyeti ortaya çıkmaktadır. Örneğin; boş veya oyuncak bir tabanca ile bir insanı öldürmeye kalkışmada durum bu şekildedir.<sup>70</sup>

Objektif teoriye göre, failin suçu işlemek için gerçekleştirdiği hareketlerin elverişliliği konusundaki tasavvuru önem arz etmez. Bu bakımdan örneğin, hasmını zehirleyerek öldürmek isteyen kişinin, onun bardağına zehir yerine yanılarak şeker koyması halinde, kullanılan araç ölüm sonucu doğurmaya elverişsizdir.<sup>71</sup>

Buna karşın, nisbi elverişsizlik hallerinde hareket veya kullanılan araç objektif olarak suçu gerçekleştirmeye elverişli olmakla birlikte, geçici veya tesadüfi nedenlerden dolayı sonucu meydana getirememektedir. Nisbi elverişsizliğin söz konusu olduğu durumlarda suça teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir, zira suçla korunan menfaat için gerçekte bir tehlike meydana gelmiştir.<sup>72</sup>

Mutlak elverişsizlik hallerinde, elverişsiz teşebbüsten bahsedilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda mutlak elverişsizliğin cezalandırılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TCK m.35’de yer verilen elverişli hareketlerle suçun icrasına başlama koşulu dikkate alındığında araçta mutlak elverişsizlik halinin cezalandırılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay’ın 765 sayılı mülga TCK döneminde objektif teorinin elverişsizlik bakımından başvurduğu mutlak-nisbi ayrımını benimsediği, ancak benzer olaylarda farklı sonuçlara ulaştığı kararları mevcuttur. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1987 tarihli bir kararında; “Sanık 9 metre gibi yakın sayılacak bir mesafeden ateş etmesine ve hayati bölgelere isabet kaydetmesine rağmen, saçma taneleri derine nüfus etmemiştir. Sanığın kullandığı av tüfeği bu haliyle öldürmeye teşebbüs suçuna elverişli

<sup>67</sup> Yargıtay 1. CD, 20.12.2017, 2016/3543 E. 2017/5248: “Sanık tarafından 12.09.2006 tarihinde imal edilerek mağdurun adresine kargo ile gönderilen ikinci bombanın mağdurun adresinin eksik olması sebebiyle ulaşmadan geri döndüğü anlaşılmakla; sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması sebebiyle işlenemez suç niteliğinde olacağı düşünülmeyerek sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde kasten öldürmeye teşebbüsten ceza verilmesi ... Yasaya aykırı olup ... hükmün ... bozulmasına ... oybirliği ile karar verildi”.

<sup>68</sup> Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 102; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 335.

<sup>69</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 335; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304.

<sup>70</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304; aksi yönde, Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475, failin öldürme kastıyla silahı mağdura yöneltmesi ve tetiği çekmesi, ancak silahın boş olması nedeniyle ateş almaması hallerinde gerçekleştirilen fiilin kasten öldürme suçuna elverişli olduğunu, fakat icra hareketlerinin tamamlanmadığını dile getirmektedir.

<sup>71</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 335; İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 106.

<sup>72</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 335; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304.



vasıta değildir.” ifadelerine yer verilerek, somut olayda kullanılan av tüfeğinin öldürme suçunun icrası bakımından mutlak elverişsiz olduğu kabul edilmiştir.<sup>73</sup>

Buna karşın Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 1990 senesine ait bir kararında; “Sanığın av tüfeği ile keşfen 10 metre gibi tüfeğin efektif tesir mesafesi dahilinden, mağdur A. Ö.'ın beyanına göre çok yakın mesafeden baş bölgesine tevcihen yaptığı atıştan çıkan saçmaların mağdurun yüzüne yaygın şekilde isabet ettiği ve her iki gözünü de kör ettiği halde, derine nüfuz edecek mekanik ve kinetik enerjiden yoksun olduğu cihetle, sathi kaldığı anlaşılma ile nisbi imkansızlıkla malul olduğu anlaşılma bu silaha ait saçmaların adam öldürme fiilini irtikap için müsait olmadığı açığa çıkmakla, sanığın tatili uzuv tevlit edecek derecede yaralama seviyesinde kalan eylemi nedeniyle ...” ifadeleriyle, somut olayda kullanılan av tüfeğinin öldürme suçunun icrası bakımından nisbi elverişsiz olduğu ve sanığın kasten öldürmeye teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması gerektiği görüşü ortaya konulmuştur.<sup>74</sup>

Mutlak elverişsizlik halleri bakımından, failin tehlikeliliğini dış dünyaya yansıttığından hareketle cezalandırılması ya da en azından güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören yabancı ülke kanunları mevcuttur. Örneğin, Alman Hukuku'nda, işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) müessesesine yer verilmiştir. Konunun düzenlendiği Alman Ceza Kanunu m.23/3'de: “Fail ağır bir bilgi ve anlama eksikliği nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermektan tamamen vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir” denilmektedir. Alman Ceza Kanunu'ndaki bu hüküm uyarınca, elverişsiz teşebbüs hallerinde mahkeme, sanığa hiç ceza vermeyebileceği gibi, cezasını da indirebilmektedir. Benzer şekilde, İngiliz Hukuku'na göre hukuki ya da maddi imkânsızlık teşebbüsü ortadan kaldırmamakta, bu durumda fail teşebbüsten sorumlu tutulmaktadır. Keza İtalyan Ceza Kanunu, işlenemez suçta dışa yansıyan bir tehlikelilik olduğundan yola çıkarak faile güvenlik tedbiri uygulanmasını kabul etmektedir.<sup>75</sup> Objektif görüşün tercih ettiği mutlak ve nisbi elverişsizlik ayırımına, söz konusu ayırımın bilimsel olmadığı, bir hareket veya aracın mutlak olarak elverişli olup olmadığının tespitinin mümkün olmadığı, zira hareket ve aracın etkilerinin sıkı sıkıya somut olayın içinde cereyan ettiği şartlarla bağlantılı olduğu, elverişlilik ve elverişsizliğin soyut olarak, yani oluştan bağımsız olarak belirlenemeyeceği eleştirisi getirilmiştir.<sup>76</sup>

Ayrıca, hareket ister mutlak isterse de nisbi olarak elverişsiz olsun, her iki halde de esasen suç meydana gelmeyeceğinden neticenin değişmeyeceği belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, imkânsızlığın ya var ya da yok olduğu, bunun derecesinin bulunmadığı, bu bakımdan fiilin işlendiği andaki hal ve koşullara bakılması gerektiği, nisbi imkânsızlığın söz konusu olduğu anda da neticenin meydana gelmesinin mutlak surette imkânsız olduğu ve suçun işlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.<sup>77</sup>

Koca, Yargıtay'ın bu konularla ilgili yeni tarihli kararlarının bulunmadığını, eski içtihatların, 5237 sayılı TCK'nın anlayışıyla bağdaştırılmasının zor olduğunu ve özellikle suçun konusunun mutlak veya nispi

<sup>73</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02.03.1987, 1986/1-548 E. 1987/91 K.

<sup>74</sup> Yargıtay 1. CD, 09.04.1990, 576/902.

<sup>75</sup> Bknz. Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 103.

<sup>76</sup> Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 336 vd.; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304 vd.

<sup>77</sup> Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 285.

olarak elverişsizliğinden söz etmenin hatalı olduğunu ifade etmektedir Yazara göre; suçun konusu bir olayda ya vardır ya da yoktur. Bulunmuyorsa, suça teşebbüsün kabulü mümkün değildir.<sup>78</sup>

Yöneltilen eleştirilere binaen, hareketin elverişli olup olmadığının ex-ante, yani somut olayın gerçekleştiği koşullar dikkate alınarak değerlendirilmesi görüşü ortaya çıkmıştır. Buna göre; aracın elverişliliği konusunda soyut değerlendirme ile yetinilmemeli, somut olarak da değerlendirme yapılmalıdır. Hareket veya araç, hayatın olağan akışı ile genel tecrübe kurallarına göre neticeyi meydana getirmeye uygunsa, soyut olarak elverişli olduğu, bunun yanı sıra suçun oluşumunda etkili olan örneğin failin karşılaştığı güçlükler, olayın özel koşulları, failin sahip olduğu özel bilgiler, yer ve zaman gibi diğer koşullar da dikkate alındığında, neticeyi meydana getirmeye uygun ise, somut olarak elverişli olduğu kabul edilecektir. Bu bakımdan, soyut değerlendirmeye göre neticeyi meydana getirmeye elverişli bir araç, somut değerlendirmede olumsuz sonuç verebilir. Keza, soyut değerlendirmeye göre neticeyi meydana getirmeye elverişsiz bir araç, somut değerlendirmede olumlu sonuç verebilir.<sup>79</sup>

Türk öğretisinde de aracın elverişli olup olmadığının fiilin gerçekleştiği şartlar da (somut olay) gözetilerek ex-ante belirlenebileceği görüşü hakimdir.<sup>80</sup> Elverişliliğin tespitinde araç önemi haiz olsa da, tek başına belirleyici değildir, ayrıca hareketin gerçekleştirildiği andaki tüm şartlar gözetilmelidir.<sup>81</sup>

Nitekim Centel/Zafer/Çakmut, elverişliliğin, fail tarafından girilen faaliyetin tümünün, yani araçla birlikte hareket ve mevcut tüm diğer koşulların dikkate alınarak değerlendirilebileceğini, dolayısıyla nisbi bir kavram olduğunu, aracın ne biçimde kullanıldığı ve somut olayın koşulları bilinmeden elverişlilik konusunda bir hükme varılamayacağını vurgulamaktadır.<sup>82</sup>

Hakim, objektif bir gözlemcinin bilgi ve öngörüsünü esas alarak normal hayat tecrübelerine göre hareketin tipikliği gerçekleştirilebileceğini mümkün görüyor ise elverişlilik söz konusu olacaktır. Buna karşılık, yapılan değerlendirme sonucunda, hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye uygun olmadığı belirlenmişse artık elverişlilik mevcut değildir.<sup>83</sup> Bu bakımdan örneğin, öldürmek kastıyla silahın etki mesafesi dışından ateşlenmesi halinde, silah soyut olarak değerlendirildiğinde her ne kadar öldürme

<sup>78</sup> Koca, Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, CHKD, Yıl: 2015 Cilt: 3 Sayı: 2, s. 108 vd.

<sup>79</sup> Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 102; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 464; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475 vd.; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 449.

<sup>80</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 562 vd.; Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 102; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 464; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 439 vd.; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 337; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 421; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s. 529; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 449.

<sup>81</sup> Yargıtay 4. CD, 19.03.2015, 2013/10541 E. 2015/24956 K.: “Sanığın, bir araç alışverişi sebebiyle aralarında ihtilaf bulunan mağdur D.A. ile oğlu mağdur E.A.’in işyerine gelmeleri sonrasında E.A.’i çekyata oturtup kafasına silah dayamak, durumu görerek müdahalede bulunmak isteyen mağdur D.’ye de tehdit amacıyla kurusıkı tabanca ile iki el ateş etmek şeklindeki eyleminde, ateş mesafesi ve silahın niteliği birlikte değerlendirildiğinde tabancanın yaralama ve öldürmeye elverişli olmaması karşısında, etkili eylemin işlenemez suç niteliğinde olduğu ve ayrıca müştekilere yönelik tehdit suçunun aynı olay bütünlüğü içinde tek fiil ile gerçekleştirilmesi sebebiyle sanık hakkında bu suçtan verilen cezanın TCK’nın 43/2. maddesi aracılığıyla aynı maddenin 1. fıkrası ile artırılması gerektiği gözetilmeden, yaralama suçundan beraat yerine mahkumiyet hükmü kurulması, tehdit suçundan verilen cezada ise aynı nev’iden fikri içtima hükmünün uygulanmaması ...” bozma sebebi olarak kabul edilmiştir.

<sup>82</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 464.

<sup>83</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 562 vd.





suçu bakımından elverişli bir araç olarak kabul edilse de, failin gerçekleştirdiği hareket, somut olayın koşulları dikkate alındığında ölüm neticesini gerçekleştirilmesi bakımından elverişli olmayacaktır.<sup>84</sup>

Buna karşın, failin elverişli hareketlerle başladığı icra hareketlerini tamamlayamaması veya neticeyi gerçekleştirememesi halinde elverişsizlik söz konusu değildir.<sup>85</sup> Yargıtay da aynı yönde verdiği bir kararında; “Sanığın, maktulü öldürdükten sonra bankanın içinde bulunan ve kendisine engel olmak amacıyla bankadan dışarı çıkmak isteyen görevli mağdur Recep’e doğru hedef gözeterek dört el ateş ettiği, ancak kurşungeçirmez cam nedeniyle sonucun gerçekleşmediği olayda, mağdur Recep’e yönelik eylemin TCK’nın 82/1-g-h, 35. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bir bütün halinde görevliye direnme suçunun oluştuğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasını” bozma sebebi olarak kabul etmiştir.<sup>86</sup>

Failin sahip olduğu özel bilgi, elverişliliğin tespitinde dikkate alınmalıdır. Örneğin, hemofili hastası olduğunu bilinen bir kişinin yaralanması ya da şeker hastası olduğunu bilinen bir kişiye şeker verilmesi durumunda elverişliliğin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Yine, su öldürmek için elverişli bir araç olmasa da, ameliyatından hemen sonra mağduru öldürmek için ona su vererek ölüm neticesine yol açılması da mümkündür.<sup>87</sup>

Aracın işlenmek istenen suçta kullanılış şekli de elverişlilik bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, ağır bir metalden yapılmış oyuncak tüfek, ateşleyerek adam öldürme suçu bakımından elverişli bir araç değildir. Ancak kişi suçu, silahı ateşleyerek değil de, mağdurun başına vurarak işlemek istediği takdirde, tüfek elverişli bir vasıta haline gelebilecektir.<sup>88,89</sup>

Elverişliliğin objektif olarak neticeyi meydana getirmeye uygunluğu ile yetinilmemesi gerektiğini savunan subjektif görüşe göre; ayrıca failin özellikleri, bilhassa aracı kullanma konusundaki bilgi ve becerisi ile aracı kullanma şekli de dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan örneğin, ömründe hiç silah görmemiş bir kimsenin elindeki tabanca dolu ve arızasız olsa bile bunun ne şekilde kullanılacağını bilmediğinden vasıta elverişsiz olarak kabul edilmelidir.<sup>90</sup>

Benzer şekilde Hafizoğulları/Özen, hareketin ve dolayısıyla vasıtanın suçun icrasına elverişli olup olmadığının tespitinde sadece kullanılan vasıtaya bakılmaması gerektiğini, aynı zamanda failin tüm faaliyetleri, hatta içinde hareket ettiği şartların da değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>91</sup>

<sup>84</sup> Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 563; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 340; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 421; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475.

<sup>85</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 421 vd.

<sup>86</sup> Yargıtay 1. CD, 04.11.2008, 2007/6932 E. 2008/7041 K.

<sup>87</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 475; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305.

<sup>88</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 69.

<sup>89</sup> Öğretide bir görüş, menzili dışında bir silahın kullanılması örneğinde mutlak imkânsızlığın değil, yetersizliğin söz konusu olduğunu ifade etmektedir, bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 450. Buna karşın, Aydın, İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs), s. 101, çok uzak mesafelerden bir tüfekle birisinin öldürülmesi amacıyla ateş edilmesi durumunda esasında elverişli bir araç söz konusu olmakla birlikte yetersizliğin ortaya çıktığını, fakat bu yetersizliğin somut olay açısından hareketin elverişsizliğini de sağlayacağını belirtmektedir.

<sup>90</sup> Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 103; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 488; Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, s. 503; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 329; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 449.

<sup>91</sup> Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 336.



Aksi yöndeki görüşe göre ise; “elverişli vasıta” ifadesi sadece objektif yoruma uygundur, bu nedenle, silahın fail tarafından sonucu meydana getirmeye uygun bir tarzda kullanılmasında kesin imkânsızlık bulunmadıkça objektif olarak belirli bir sonucu meydana getirmeye muktedir olan araç “elverişli” sayılmalıdır. Bu bakımdan, kullanılan araç özel teknik ve fenni bilgilerin varlığını gerektirip, fail böyle bilgilerden yoksun olmadıkça elverişliliğin varlığı kabul edilmelidir.<sup>92</sup> Örneğin, bir silahın güvenlik mandalını açıp ateşlenmesini bilmemek o silahın elverişlilik niteliğini kaldırmayacaktır, zira bu kolayca öğrenilebilir. Ayrıca mandalı kapalı tabancanın tetiğine basmak da bir tehlike meydana getirmektedir.<sup>93</sup>

Elverişlilik suçtan suça geçebileceğinden, aracın elverişliliği bakımından değerlendirme yapılırken, öncelikle işlenmek istenen suçun tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>94</sup> Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında; “Aracın objektif olarak elverişli olup olmadığı, ancak onunla işlenmek istenen suç esas alınmak suretiyle tespit edilebilir. Belirli bir suç bakımından elverişli olan araç, başka bir suçta aynı vasfı taşımayabilir” ifadeleriyle bu hususa işaret etmiştir.<sup>95</sup> Benzer şekilde Yargıtay 4. Ceza Dairesi de, bir oyuncak tabancanın öldürme suçu için elverişli araç sayılmayacağı, ancak tehdit suçu bakımından elverişli araç kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.<sup>96</sup>

Öğretide ağırlıklı görüş, hareketin elverişliliği ile yetersizliği arasında ayırım yapılması gerektiğini ve aracın somut olayda yetersiz kaldığı durumlarda elverişliliğin var olduğunu, yani teşebbüs sorumluluğunun doğduğunu savunulmaktadır.<sup>97</sup> Buna göre, örneğin, hasmına zehirli pasta gönderen kimsenin, içerisindeki zehir ölüm neticesini gerçekleştirmede yetersiz kalsa dahi, öldürme suçunun icrasına elverişli hareketlerle başladığı ve cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir.<sup>98</sup>

Son olarak, suçta kullanılan araçtan anlaşılması gerekenin sadece “alet, araç ve gereçler” olmadığı, bazı hallerde insanın organ ve uzuvlarının da araç olabileceği, örneğin, cinsel saldırı vb. suçlarda el, kol, ayak, yumruk gibi organ ve uzuvların elverişli araç olarak nitelendirilebileceği de göz ardı edilmemelidir.<sup>99</sup>

#### 4.2. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu

<sup>92</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 419.

<sup>93</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 467.

<sup>94</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 466; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 419.

<sup>95</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02.03.1987, 1-549/92.

<sup>96</sup> Yargıtay 4. CD, 21.06.1991, 2956/4226.

<sup>97</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 465; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 420; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 527; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 337; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 449 vd.

<sup>98</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.04.1938, 169/388: “... sanığın öldürmek maksadıyla mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir öldürmeye elverişli olup ancak miktarın azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nispi imkânsızlık dolayısıyla cürmün 61. maddede yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür”.

Yargıtay 1. CD, 16.05.1953, 320/1134: “Sanık tarafından kullanılan strychine zehrinin 61. Maddedeki elverişli vasıtalarından olduğu şüphesizdir. Ancak miktarı mağduru öldürmeye kafi gelmediği anlaşılmasına göre vasıtada nisbi imkânsızlık hali bahis konusu olmaktadır. Vasıtada kati imkânsızlık halinde teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse de bu olayda olduğu gibi nisbi imkânsızlıkta nakis teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekli görülmüştür”.

<sup>99</sup> Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 420; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 337.

Suçun maddi konusu, failin hareketinin üzerinde gerçekleştiği, etkisini icra ettiği şey veya şahıstır. Ancak, failin hareketinin üzerinde etkisini gösterdiği her kişi veya şey suçun konusu teşkil etmez. Aksine yalnızca kanuni tanımda yer verilen ve tipik hareketlerin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey suçun maddi konusu olabilir.<sup>100</sup> Öğretide kabul edilen; her suçun bir maddi konusunun olmasının gerekmediği (örneğin, sırf hareket suçları), ancak hukuki konusunun var olmak zorunda olduğudur. Dolayısıyla, suçun konusu ile hukuki konu birbirinden farklıdır.<sup>101</sup>

Failin, kast ettiği suçu işlemek için elverişli hareketlerle suçun icrasına doğrudan başlamasına ve bu hareketleri tamamlamasına rağmen, hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi konunun bulunmaması halinde, suçun maddi konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusu olur.<sup>102</sup>

Nitekim TCK m.35 gerekçesinde; “Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır” denilmek suretiyle suçun maddi konusunun varlığı halinde teşebbüs sorumluluğunun doğabileceği, aksi hal olan suçun maddi konusunda elverişsizlik halinde ise teşebbüs sorumluluğundan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir.

Hareket ile suçun maddi konusunun, aralarındaki sıkı bağa rağmen birbirlerinden farklı oldukları belirtilmektedir. Bir hareketin elverişli olup olmadığı ağırlıklı görüş uyarınca her olayın somut koşulları dikkate alınarak belirleneceği için, elverişliliğin suçun maddi konusundan bağımsız olarak değerlendirilmesi düşünülemez.<sup>103</sup> Bununla birlikte, maddi konunun yokluğunun, sadece hareketin elverişliliği meselesi kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmayacağı kabul edilmektedir; zira hareketin elverişsizliğinden bağımsız olarak, salt maddi konunun yokluğu sebebiyle işlenemez suçun gündeme geldiği durumlarda da vardır.<sup>104</sup> Örneğin, hasmını öldürmek için pusu kuran fail, ilerideki karaltıya hasmı olduğu zannıyla ateş edip, sahipsiz bir köpeği vurursa ortada öldürme suçunun maddi konusunu teşkil eden bir insan olmadığından teşebbüsten bahsedilemeyecektir.<sup>105</sup>

#### 4.2.1. Klasik Objektif Görüş

Klasik objektif görüş, maddi konunun yokluğunun teşebbüs sorumluluğuna mı, yoksa işlenemez suçun sebebiyet vereceği sorusunun yanıtını, bu yokluğun mutlak veya nisbi oluşuna göre vermektedir. Maddi konuda mutlak yokluk, hareketin yapıldığı sırada ve hatta öncesinde maddi konunun bulunmamasını ifade eder. Başka bir deyişle, mutlak yokluk halinde, hareketin hiçbir zaman ve hiçbir koşulda konu üzerinde etkisini göstermesi mümkün değil, yani failin suç işleme niyetinin gerçeğe dönüşmesi kesin olarak imkânsızdır.<sup>106</sup> Bu duruma örnek olarak; öldürülmek istenen kişinin zaten ölmüş

<sup>100</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 135.

<sup>101</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 135.

<sup>102</sup> Yargıtay 10. CD, 24.05.2011, 2009/5954 E. 2011/4568 K.: “Diğer sanıklar Ç. ve O.’nun suç konusu uyuşturucu maddeyle birlikte yakalanmalarından sonra, sanığın Ç.’i cep telefonundan aradığı, görevlilerin talimatı sebebiyle Ç.’in telefonu açmayıp sanığa otobüsteyim, mesaj at şeklinde mesaj gönderdiği, sanığın yolda mısın, geliyor musun, seni ...’den alayım mı diyerek cevap mesajı gönderdiği, Ç.’in tekrar 10-15 dakika sonra orada ol diyerek mesaj yazdığı, görevlilerce belirtilen akaryakıt istasyonunda tertibat alındığı ve oraya gelen sanığın yakalandığı; suç konusu uyuşturucu maddeye daha önce görevliler tarafından elkonulmuş olması nedeniyle, sanığa satılmasına veya verilmesine olanak bulunmadığı, buna bağlı olarak olayda sanık yönünden işlenemez suçun söz konusu olduğu ve atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi ...” bozmayı gerektirmiştir.

<sup>103</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 135.

<sup>104</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 115; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 422 vd.; Tozman, Suça Teşebbüs, s. 136.

<sup>105</sup> Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 101.

<sup>106</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 137.

olması, hamile olmayan bir kadının, çocuğunu düşürmek için ilaç alması, insan zannedilerek ateş edilen şeyin, aslında bir ağacın gölgesi olması, hırsızın elinde anahtarla boş bir eve girmesi gösterilmektedir.<sup>107</sup> Mutlak yokluk hallerinde, işlenemez suçun varlığı kabul edilmekte ve teşebbüs sorumluluğu reddedilmektedir.

Maddi konunun nisbi yokluğunda ise, suçun konusu gerçekte var olmasına rağmen, geçici ve tesadüfi nedenlerle hareketin gerçekleştirildiği sırada olay yerinde bulunmamaktadır.<sup>108</sup> Nisbi yoklukta, failin hareketlerine devam etmesi halinde, maddi konuyu tekrar bulabileceği ve tasavvur ettiği suçu işleyebileceği ihtimali söz konusu olmaktadır.<sup>109</sup> Öldürülmek istenen kişinin az önce terk ettiği yatağına uyuduğu sanılarak ateş edilmesi, yankesicinin mağdurun boş cebine elini atması, hırsızlık için açılan kasanın veznedar tarafından önceden boşaltılmış olması örneklerinde nisbi yokluk söz konusu olacaktır. Nisbi yokluk hallerinde failin cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Maddi konunun bulunmamasının mutlak veya nisbi yokluk olarak tespitinde hakim, uygun nedensellik anlayışından ve günlük hayat tecrübelerinden istifade edecektir. Buna göre; normal bir insanın bakış açısından, maddi konunun bulunması muhtemel kabul ediliyor ise teşebbüs, muhtemel kabul edilmiyor ise mutlak imkânsız nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır.<sup>110</sup>

Mutlak ve nisbi yokluk ayrımı, değişmez bir ölçüt getiremediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda, örneğin bir hırsızlık olayında kasanın bir ay, bir gün veya bir saat önceden boşaltılmış olması arasındaki zamansal farka değer atfedilmesi mümkün değildir, zira suçun konusunun ne zaman ya da ne kadar uzakta olursa nisbi yokluğun kabul edileceğine dair kesin bir ölçüt yoktur.<sup>111</sup> Ayrıca, mutlak yoklukta suçu işlemek ne kadar imkânsız ise, nisbi yokluk hallerinde de o kadar imkânsızdır.<sup>112</sup> Örneğin, ölmüş bir kimse nasıl öldürülemezse, hareketin icra edildiği anda olay yerinde bulunmayan, yatağından kalkıp banyoya giden ya da bulunduğu yeri az öncesinde terk eden kimsenin öldürülmesi de mümkün değildir. Her iki durumda da tehlike koşulu gerçekleşmemektedir.<sup>113</sup>

Öte yandan, nisbi yokluk hallerinde, failin hareketini devam ettirmek suretiyle tasavvur ettiği neticeye ulaşma ihtimalinin olması ve bu sebeple teşebbüs sorumluluğunun doğması doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü failin maddi konunun tekrar bulunması sonrası gerçekleştirdiği hareketler artık yeni bir teşebbüs veya tamamlanmış suç sorumluluğuna yol açacaktır.<sup>114</sup>

Türk öğretisinde Özgenç, suçun konusunun yokluğu açısından mutlak ve nisbi ayrımının yapılamayacağını, somut olayda mevcut şartların dikkate alınması suretiyle suçun konusunun yokluğu bakımından değerlendirme yapılması gerektiğini, buna göre somut olayda suçun konusunun ya var ya da yok olacağını, suçun konusunun bulunmadığı hallerde farazi bir değerlendirme ile bu yokluğun nisbi

<sup>107</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307.

<sup>108</sup> Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 639; Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 336; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 284 vd.

<sup>109</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 137.

<sup>110</sup> Bknz. İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 110.

<sup>111</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 110; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307; Tozman, Suça Teşebbüs, s. 138.

<sup>112</sup> İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 110; Tozman, Suça Teşebbüs, s. 138.

<sup>113</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 138.

<sup>114</sup> Tozman, Suça Teşebbüs, s. 138.



olduğunun ve teşebbüsün gerçekleştiğinin kabulünün isabetli olmadığını savunmaktadır.<sup>115</sup> Bu nedenledir ki failin, hırsızlık amacıyla girdiği evde alacak bir şey bulamaması halinde sadece konut dokunulmazlığını ihlal suçu, mağdurun uyuduğunu zannederek öldürmek amacıyla boş yatağa ateş etmesi halinde sadece ateşli silah bulundurma suçu ve yine içinde para olduğu zannıyla boş zarfı açmasında sadece haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu gündeme gelecektir.<sup>116</sup>

Benzer şekilde Koca/Üzülmez, suçun konusunun ya var ya da yok olacağını, suçun konusu bakımından mutlak ve nisbi ayrımının yapılamayacağını, zira suçun konusunun somut olayın şartları göz önünde bulundurularak tespit edilebileceğini, eğer konu mevcut olsaydı icra edilen hareket büyük ihtimalle suçun kanuni tarifindeki unsurları gerçekleştirirdi şeklindeki bir değerlendirme neticesinde failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının suç teorisinin ilkeleri ve suça teşebbüse ilişkin TCK'nın benimsemiş olduğu sistemle bağdaşmadığını, çünkü suça teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğunun doğabilmesi için suçun konusuyla yakın bağlantı içerisinde olan, ona zarar veren veya onu tehlikeye düşüren hareketlerin gerçekleştirilmiş olması gerektiğini, oysaki olmayan bir konuya zarar verilmesinden veya onun tehlikeye düşürülmesinden bahsedilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>117</sup>

#### 4.2.2. Hareketten Önceki veya Sonraki Yokluğa Göre Değerlendirme

Konunun yokluğunun tespitinde ileri sürülen diğer bir görüş, suçun maddi konusunun fail harekete başlamadan önce zaten bulunmaması ile harekete başladıktan sonra veya hareketle birlikte yok olması arasında ayırım yapmaktadır. İlk durumda, yani harekete başlamadan evvel maddi konunun bulunmadığı hallerde, işlenemez suça ilişkin hükümlerin, diğer durumda ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>118</sup>

O halde, failin teşebbüs sorumluluğunun tespiti için, hareketin başladığı anda maddi konunun var olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Buna göre; maddi konunun hareketin başladığı anda mevcut olması, ancak devam ettiği ya da son bulunduğu sırada artık bulunmaması halinde, teşebbüs sorumluluğu doğmalıdır. Kendisine tehdit mektubu gönderilen kimsenin, bunu almadan ölmesi veya bir evin penceresinden kendisine doğrultulan silahı gören kimsenin, odadan kaçarak kurtulması örneklerinde maddi konudaki yokluk fail icra hareketlerine başladıktan sonra ortaya çıktığından teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir.<sup>119</sup>

Buna karşın, maddi konunun hareketten önce bulunmadığı durumlarda, hareketle konu arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Örneğin, hamile sanılan kadının çocuğunun düşürtülmeye çalışılması, yatağında bulunmayan kimseye ateş edilmesi veya boş eve hırsızlık için girilmesi hallerinde maddi konu icra hareketleri başlamadan önce yok olduğu için artık işlenemez suç sözü konusu olacaktır. Ayrıca, hareketin yapıldığı sırada mevcut olmayan konuya karşı daha sonradan yapılacak bir hareketle neticeye ulaşma ihtimalinin mevcudiyeti halinde de durum değişmeyecektir. Çünkü böyle bir hareket, konu yokken yapılmış olan hareketin devamı niteliğinde sayılamaz.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 477.

<sup>116</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 477.

<sup>117</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 424.

<sup>118</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 118 vd.

<sup>119</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 119 vd.

<sup>120</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 336.



Türk Öğretisinde Erem, nisbi elverişsizliğin tespitinde icra fiillerinin başladığı anın esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre fiilin süratle yapılmadığı için mahalli işgal etmeyen suçun konusunda elverişsizlik hali yoktur. Örneğin, öldürmek için bir kimse üzerine sürülen otomobilin önünden, süratin az olmasından istifade ederek mağdurun kaçabilmesi halinde artık teşebbüs sorumluluğu söz konusu olacaktır.<sup>121</sup>

İşlenemez suç hükümlerinin uygulanması için, hareketin konusunun, icraya başlandığı anda mevcut olup olmadığının araştırılmasının zorunlu olduğunu kabul eden bu görüş, yokluğun tespitini, hali hazırda gerçekleşmiş durumlara, yani ex-post olarak yaptığı için, olayın sübjektif, belirtici ve objektif tehlikeliliğini ihmal ettiği ve dolayısıyla işlenemez suçun uygulama alanını genişlettiğinden bahisle eleştirilmiştir. Bu bakımdan, çalmak istediği belli bir şeyi almak için bir eve giren kimsenin, o şeyin evde bulunmaması halinde, hareketten önceki yokluk sebebiyle cezasız kalmasını hukuk şuurunun kabul etmeyeceği ileri sürülmektedir.<sup>122</sup>

Teoriye yöneltilen diğer bir eleştiri de, suç konusunun hareketten önce ya da sonra yokluğunun zamansal olarak belirlenmesinde ortaya çıkan güçlüklerden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan örneğin, kocasından kurtulmak isteyen kadın, kocasının evde yokluğunu fırsat bilerek içkisine zehir koyar, ancak eve dönen koca bu zehirli içkiyi içmeye fırsat bulamadan içki şişesi devrilerek kırılır ise, bu teoriye göre somut olayda hareketin yapılmasından önce suçun konusunun bulunmadığı gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen fiil cezasız kalacaktır ki, bu sonucun kabul edilemez olduğu dile getirilmektedir.<sup>123</sup>

Öğretide Alacakaptan, teorinin işlenemez suç ile teşebbüs ayrımında isabetli sonuçlara götürebileceği kanaatinde olmadığını, ancak en azından, mutlaklık-nisbilik ya da tesadüfilik gibi keyfi yorumlara elverişli kıstasları dikkate almayıp, objektif, elle tutulabilir bir ölçüt getirebilmiş olması dolayısıyla kısmen kabul edilebilir kıstaslar ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, teori taraftarları, hareketin başlamasından sonra ve hatta hareketle aynı zamanda ortaya çıkan konuda yokluk hallerinin, işlenemez suç ipotezlerine vücut vermeyeceğini söylerlerken bir gerçeğe tercüman olmuşlardır.<sup>124</sup>

#### 4.2.3. Somut Tehlike Görüşü

Somut tehlike görüşü uyarınca; maddi konunun yokluğunun tespiti soyut olarak değil, somut olayın koşullarına göre yapılmalıdır. Failin, harekete geçtiğinin belirtisi olan aşamada maddi konunun varlığı veya yokluğu tespit edilmelidir.<sup>125</sup>

Maddi konunun varlığını belirleyebilmek için, hareketin elverişliliğinde olduğu gibi ex-ante değerlendirme yapılmalıdır. Hareketin gelişmesi ve son bulması sonucunda öğrenilebilecek, bilinebilecek durumlar dikkate alınmamalıdır. Hakim değerlendirme yaparken, normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, ayrıca varsa failin olay bakımından sahip olduğu özel bilgiyi de dikkate alarak,

<sup>121</sup> Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 336.

<sup>122</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 124 vd.

<sup>123</sup> Bknz. Tozman, Suça Teşebbüs, s. 141.

<sup>124</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 124.

<sup>125</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 308.





hareketin gerçekleştirildiği anda maddi konunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştırmalıdır.<sup>126</sup> Bu bakımdan örneğin, yankesicinin otobüste elini mağdurun boş cebine atması, kuyumcu tarafından kasadan bir gün öncesinde toplanan mücevherleri çalmak isteyen hırsızların kasayı boş bulmaları halinde, failin, hareketin icrasına başlama anında suçun neticesine ulaşması muhtemel olduğundan teşebbüs sorumluluğu kabul edilmelidir.<sup>127</sup>

Türk öğretisinde Soyaslan, somut tehlike teorisinin doğal nedensellik kanunu çerçevesinde daha esnek ve hayatın gerçeklerine daha uygun olduğunu, Kanunun teşebbüsü cezalandırmasının temel nedeni olan “zarar verme tehlikesi” dikkate alındığında, bu tehlikenin önyargı ve prensipsiz olarak hayatın nedensel zinciri içinde düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>128</sup>

## 5. Sonuç

TCK m.35/1 uyarınca suça teşebbüs; failin, işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlayıp, elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Teşebbüs sorumluluğu bakımından aranan maddi koşul suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlanmasıdır. O halde teşebbüsün varlığı için; bir taraftan, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuruna ilişkin koşulları haiz bir suçun varlığı, diğer taraftan da, bu suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlanması gerekmektedir. “İşlenemez suç” olarak adlandırılan durumlarda ise; teşebbüs kapsamında değerlendirilen icra hareketleri, suç tanımında yer verilen tipik tehlike ya da zararı meydana getirmeye elverişsizlik veya gerçekleştirilmek istenilen suçun maddi konusunun bulunmaması nedenleriyle başarısız kalmaktadır.

İşlenemez suçun cezalandırılması hususunda objektif ve sübjektif anlayışı benimseyen farklı görüşler bulunmaktadır. Sübjektif anlayışı benimseyen görüşler, failin gerçekleştirdiği fiille dış dünyaya yansıttığı suç işleme iradesinin tehlikeliliğini, ahlaki kötülüğünü ve toplum güvenliği bakımından sakıncalarını esas alıp, fiilin tipik neticeyi meydana getirebilmeye muktedir olup olmamasını cezalandırılabilirlik bakımından dikkate almaz iken; objektif anlayışı benimseyen görüşler, teşebbüs sorumluluğunun doğabilmesi için yalnızca suç işleme iradesinin dış dünyaya yansıtılmasını yeterli görmemekte, ayrıca failin gerçekleştirdiği hareketlerin hukuken korunan menfaati bir tehlike veya zarara düşürmesini de aramaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, işlenemez suçun cezalandırılması yönünde herhangi bir hüküm ihtiva etmemekte, tıpkı 765 sayılı mülga TCK’da olduğu gibi suça teşebbüs müessesesinin tanımı ve unsurlarına yer vermiştir. Bununla birlikte, TCK m.35’de yer verilen teşebbüsün tanımı ve “doğrudan doğruya elverişli hareketlerle suçun icrasına başlama” ölçütünden hareketle cezalandırılabilir teşebbüs ile cezalandırılmayan işlenemez suç arasındaki ayrımın ortaya koyulabilmesi mümkündür. Çünkü hareketin elverişsiz olması ya da suçun maddi konusunun bulunmaması hallerinde; elverişli hareketten, kast edilen suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmasından, hukuken korunan menfaat üzerinde tehlike yaratılmasından ve dolayısıyla cezalandırılabilir teşebbüsten bahsedilemez.

<sup>126</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 125 vd.; İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, s. 115; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 308.

<sup>127</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 308.

<sup>128</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 309.





O halde kanun koyucunun iradesi, işlenemez suçun teşebbüs müessesesinden ayrılarak cezalandırılmaması yönündedir. Çünkü TCK m.35’de yer alan teşebbüse ilişkin koşullardan hareketle işlenemez suçun cezalandırılması olanaksızdır. Nitekim madde hükmünün ikinci fıkrasında, suça teşebbüs halinde failin, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre” cezalandırılması öngörülmüş ve böylece teşebbüsün hukuken korunan menfaat üzerinde bir tehlike veya zarar oluşturması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Hâlbuki işlenemez suç olarak nitelendirilen durumlarda böyle bir tehlike veya zararın mevcudiyeti söz konusu değildir.

Bugün öğretilerde bizim de iştirak ettiğimiz hakim görüş, işlenemez suç (ya da elverişsiz teşebbüs) hallerinde fail hakkında, suç işleme iradesini dış dünyaya yansıtarak sosyal tehlikeliliğini ortaya koyduğu için, somut olayın koşulları dikkate alınarak ve hakimın takdirine bağlı olarak güvenlik tedbiri ya da ceza tatbik edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.<sup>129</sup> Ancak, kanun koyucu tarafından işlenemez suçun cezalandırılmasına ilişkin genel ya da özel bir hüküm sevk edilmediği müddetçe, TCK’daki teşebbüse ilişkin hükümlerin yorumlanması yoluyla işlenemez suçun teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi ve yaptırım altına alınması da mümkün değildir.

Öte yandan, işlenemez suçun, suçta kullanılan aracın ve dolayısıyla hareketin elverişsizliği ile suçun maddi konusunun yokluğu olmak üzere iki türde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. İlk durumda, yani suçta kullanılan aracın ve dolayısıyla hareketin elverişsizliğinin değerlendirilmesinde de ikili bir ayrıma gidilerek, suçta kullanılan aracın ve hareketin elverişsizliği ayrı ayrı ele alınmalıdır; zira somut olayda suçta kullanılan araç elverişli olmasına rağmen, icra hareketinin elverişsizliği söz konusu olabilir.

Yine, öğretilerde bazı yazarlar tarafından nisbi imkânsızlık kapsamında değerlendirilen “yetersizlik” hallerinin de ayrıca incelenmesi gerektiğini, bu bakımdan elverişsizliğe yol açmadığı müddetçe aracın yetersizliğinin teşebbüs kapsamında cezalandırılmasının isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Suçta kullanılan araca ve harekete ilişkin elverişliliğin değerlendirmesi ve bu bağlamda işlenemez suçun tespiti bakımından somut tehlike teorisinden hareketle, öğretilerde hakim görüş tarafından da kabul edilen ölçütlerin uygulanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Buna göre; hareketin elverişli olup olmadığı ex-ante, yani somut olayın başladığı anda bilinebilen bütün koşullar dikkate alınarak değerlendirilmeli, aracın elverişliliği konusunda soyut değerlendirme ile yetinilmeksizin, somut olarak da bir değerlendirme yapılmalıdır. Öyleyse hakim, konuya ilişkin tespitini yaparken; hayatın olağan akışı ile genel tecrübe kurallarına göre aracın ya da hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişliliğini, failin karşılaştığı güçlükleri, somut olayın özelliklerini, normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini ve ayrıca varsa failin olaya ilişkin sahip olduğu özel bilgileri, mağdurun durumunu sıkı bir zamansal ve mekânsal bağ içerisinde bütünsel olarak değerlendirmelidir. Yapılan bu değerlendirme neticesinde, kullanılan aracın veya icra edilen hareketin suçla korunan hukuki menfaati gerçek ve somut bir tehlikeye düşürdüğü kabul edilebiliyor ise cezalandırılabilir teşebbüsün, aksi halde cezalandırılmayan işlenemez suçun varlığı kabul edilmelidir.

<sup>129</sup> Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 128; Aydın, Suça Teşebbüs, AÜHFD, Yıl: 2006 Cilt: 55 Sayı: 1, s. 103; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 641; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, s. 469; Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 338; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 424 vd.; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 478; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 330; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 288; aksi görüşte olan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 468.



Aynı şekilde, maddi konunun yokluğunun tespiti bakımından da, mutlak-nisbi yokluk ayırımından ziyade, aracın ve hareketin elverişliliğinde olduğu gibi ex-ante değerlendirme yapılmalı, hareketin gelişmesi ve son bulması sonucunda öğrenilebilecek, bilinebilecek durumlar dikkate alınmamalıdır. Buna göre hakim konunun yokluğuna ilişkin değerlendirmesini yaparken; normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, ayrıca varsa failin olay bakımından sahip olduğu özel bilgiyi de dikkate alarak, hareketin gerçekleştirildiği anda maddi konunun varlığının hayatın olağan akışı ile genel tecrübe kurallarına göre muhtemel olup olmadığını araştırmalıdır.

#### **Kaynakça**

- Akbulut, B. (2016). Ceza Hukuku genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Alacakaptan, U. (1968). İşlenemez suç, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 223.
- Artuk, M. E. vd. (2017). Ceza Hukuku genel hükümler, 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, D. (2006). Suça teşebbüs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55 Sayı: 1, 85-113.
- Aydın, M. (2013). İşlenemez suç (Elverişsiz teşebbüs), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 77-104.
- Centel, N. vd. (2017). Türk Ceza Hukukuna giriş, 10. Baskı, Ankara: Beta Yayınları.
- Demirbaş, T. (2013). Ceza hukuku genel hükümler, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). Nazari ve tatbiki ceza hukuku genel kısım, Cilt: I, 13. Tıpkı Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- Erem, F. (1984). Türk Ceza Hukuku genel hükümler, Cilt: I, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Kitapevi.
- Hakeri, H. (2016). Ceza Hukuku genel hükümler, 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hafizoğulları, Z. ve ÖZEN, M. (2011). Türk Ceza Hukuku genel hükümler, 4. Baskı, Ankara: U.S.A. Yayıncılık.
- İçel, K. (2014). Ceza Hukuku genel hükümler, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- İpekçioğlu Aksoy, P. (2009). Türk Ceza Hukukunda suça teşebbüs, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Jescheck, H-H. ve Weigend, T. (1996). Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Berlin: Duncker&Humblot Yayınları.
- Koca, M. (2015). Suçun özel görünüş şekillerine ilişkin Yargıtay içtihatlarının değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 2, 103-118.
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2017). Türk Ceza Hukuku genel hükümler, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Mahmutoğlu, F. S. ve Karadeniz, B. (2017). Türk Ceza Kanunu genel hükümler şerhi (2017), 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Özbek, V. Ö. vd. (2012). Türk Ceza Hukuku genel hükümler, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2017). Ceza hukuku genel hükümler dersleri, Ankara: Adalet Yayınevi.



- Özgenç, İ. (2017). Türk Ceza Hukuku genel hükümler, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2012). Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Roxin, C. (2003). Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München: C. H. Beck Yayınları.
- Soyaslan, D. (2016). Ceza hukuku genel hükümler, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi.
- Taner, T. M. (1953). Ceza hukuku umumi kısım, 3. Basım, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Toroslu, N. ve TOROSLU, H. (2016). Ceza hukuku genel kısım, 23. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tozman, Ö. (2008). Suça teşebbüs, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara.
- Zafer, H. (2016). Ceza hukuku genel hükümler, 6. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.



## OSMANLI HUKUKUNDA RİSK KAVRAMI ve SOSYAL RİSKLER

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Arş. Gör. Mustafa Yasir AKTEKE**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### Öz

Risk kavramı, farklı bilim dallarında kullanılan bir kavramdır. Hukuk alanında ise sigortanın ve sosyal güvenliğin tanımlanmasında kullanılan önemli bir kavramdır. Risk, insanlığın ortaya çıkmasıyla ortaya çıkmış, tanımlanması ise daha sonra olmuştur. Osmanlı hukukunda da tanımı yapılmamış olsa da riskler vardır. Risk kavramının Osmanlı hukukundaki yeri, yeterince değerlendirilmiş değildir.

Osmanlı hukukçuları riskleri, kendi terimleri ile ifade etmişlerdir. Riske uğrayanları muhtacin, musabin, mariz, amel-mande gibi kelimeler karşılamıştır. Sigortaya ve sosyal güvenliğe ilişkin Osmanlı mevzuatında ve arşiv belgelerinde, risklerle ilgili düzenlemeler vardır. Osmanlı hukukçuları, risk için temel kıstas olarak fakr-u zarurete duçar olmak deyimini kullanmışlardır. Risk türlerini ve riskin kapsamını kendilerine özgü bir şekilde ele almışlardır. Osmanlı uygulamasında çok sayıda sosyal riske karşı güvence sağlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı hukuku, sosyal güvenlik hukuku, risk, sosyal risk

### RISK LOCUTION and SOCIAL RISKS IN OTTOMAN LAW

#### Abstract

The locution of risk is a concept used in different branches of science. In the law, it is an important locution used to define insurance and social security. Risk has emerged with the history of humanity. The definition of risk was made much later. Although there is no definition in Ottoman law, there are many risks. The importance of the concept of risk in the Ottoman law is not adequately assessed.

The Ottoman lawyers expressed risks with their own terms. The words like muhtacin, musabin, mariz, amel-mande used for riskiers. There are regulations related to risks in Ottoman legislation and archival document about insurance and social security. Ottoman lawyers have used the term become poor as a basic criterion for risk. They studied risk types and coverage of risk in their own way. There are assurances against a lot of social risks in Ottoman practice.

**Keywords:** Ottoman law, social security law, risk, social risk

#### Giriş



Farklı bilim dallarında kullanılan bir terim olan risk, sosyal güvenlik alanında da kullanılmaktadır. Risk kavramı sosyal güvenliğin en önemli kavramlarından biridir; çünkü sosyal güvenliğin konusu risklerdir.<sup>1</sup> Sosyal güvenliğin konusunu oluşturan bu riskler, sosyal güvenlik sistemlerinin oluşmasının da sebebidir. İnsanlar risklere karşı güvence oluşturmak amacıyla sosyal güvenlik sistemleri kurmuşlardır. Bu sebeple risk kavramına yer vermeyen bir sosyal güvenlik tanımı yoktur. Sosyal güvenliğin anlaşılabilmesi için risk kavramının anlaşılması gerekir.

Osmanlı Devletinde sosyal güvenliği ve sosyal riskleri konu alan eserler oldukça kısıtlıdır. Bu sebeple Osmanlıda risklere ilişkin cevaplanması gereken sorular bulunmaktadır. Osmanlılar risk kavramını nasıl ele almışlardır? Risklerin kapsamı belirlenirken ve risklere karşı güvence sağlanırken hangi kıstaslardan hareket edilmiştir? Osmanlı Devletinde hangi risklere karşı güvence sağlanmıştır? Hangi kurumlar hangi riskleri güvence altına almıştır? Bu çalışmada bu sorulara modern sosyal güvenliğin penceresinden cevaplar verilmeye çalışılmıştır. Sosyal güvenlik hukuku eserleri kaynaklarımız arasında yer almakla birlikte, özellikle merhum Turan Yazgan'ın eserlerinin konu bakımından önemli olduğunu belirtmek gerekir.

Sosyal güvenlik hukuku genç bir hukuk dalıdır. Terim anlamıyla sosyal güvenlik kavramı ilk olarak 1935 yılında ABD Sosyal Güvenlik Kanununda kullanılmıştır.<sup>2</sup> Sosyal güvenlik kavramının bilinen ilk kullanımı ise 1819 yılında Simon Bolivar tarafından olmuştur.<sup>3</sup> Bu sebeple Osmanlı hukukunda teorik olarak risk kavramı ve sosyal riskler konusu ele alınmamıştır. Ancak bu durum Osmanlı Devletinde sosyal güvenlik kurumları olmadığı anlamına gelmez. Osmanlı Devleti, dönemin ihtiyaçlarını karşılayacak sosyal güvenlik kurumlarına sahip olmuştur. Bu dönemde, topluma en çok zarar veren risklere karşı güvence sağlayan kurumlar ortaya çıkmıştır.<sup>4</sup>

## **Risk Kavramı**

### **Genel Olarak Risk Kavramı**

Türkçede risk, tehlike ve riziko kelimeleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Sözlükte tehlike; büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum olarak tarif edilmiştir. Risk ise zarara uğrama tehlikesi veya bir olayın meydana gelme olasılığı şeklinde açıklanmıştır.<sup>5</sup> Yazgan da tehlike ve risk kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ifade etmiştir. Tehlikeyi isteğimiz dışında meydana gelebilecek her türlü olay, riski ise tehlikenin meydana gelme olasılığı olarak tanımlamıştır.<sup>6</sup> Türk Hukuk Lugatında ise riziko, gelecekte, belirsiz bir zamanda, zarar meydana getirecek bir olayın, irade dışında meydana gelmesi olarak tanımlanmıştır.<sup>7</sup> Sosyal güvenlik hukuku kaynaklarında, tehlike ve risk kavramları arasında ayırım yapılmamıştır. Kavramlar genellikle birbirinin yerini tutacak şekilde kullanılmıştır.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Arıcı, 1999, s.5.

<sup>2</sup> George, 2002, s.2-3.

<sup>3</sup> Ferrara- Tanner, 1998, s.13.

<sup>4</sup> Aykanat, 2016, s.12.

<sup>5</sup> TDK Büyük Türkçe Sözlük.

<sup>6</sup> Yazgan, 1977, s.3-4.

<sup>7</sup> Türk Hukuk Lugatı, 1991, s.287.

<sup>8</sup> Tuncay- Ekmekçi, 2012, s.8-10; Güzel- Okur- Caniklioğlu, 2012, s.3-5; Korkusuz- Uğur, 2010, s.5-10.



Sosyal güvenlik bakımından risk, insanın iradesi dışında meydana gelen ve kişiyi kazanç elde etmekten alıkoyan her türlü olay<sup>9</sup>, sosyal güvenlik ihtiyacını doğuran her türlü sebeptir.<sup>10</sup> Yazgan, riski insanın iradesi dışında meydana gelen ve kişiyi kazanç elde etmekten alıkoyan her türlü olay olarak tanımlamıştır.<sup>11</sup>

### İslam ve Osmanlı Hukukunda Risk Kavramı

Risk kavramı batıda ortaya konmuş bir kavram olduğundan İslam hukukçularının yeni bir risk tanımı yapmamışlardır. Ancak İslami literatürde risk kavramına karşılık gelebilecek veya benzerlik taşıyan kavramlar bulunabilir. Örneğin Şatıbi'nin azimet ve ruhsat konusunu anlatırken ifade ettiği meşakkat kavramı risk kavramı ile benzerdir. Şatıbi, sosyal güvenlik ihtiyacı doğuran bazı olayları meşakkat kavramına örnek olarak göstermiştir.<sup>12</sup> Risk kavramından sadece olumsuz olaylar anlaşılmalıdır. İş kazası, ölüm gibi olumsuz olaylar yanında evlenme, doğum gibi mutluluk veren olaylar da sosyal güvenlik bakımından risk olarak kabul edilir.<sup>13</sup> İslam sosyal güvenlik sisteminin amacı mümkün olan bütün insan ihtiyaçlarını karşılamaktır.

Osmanlılar risk kavramına karşılık olarak zaruret kavramını sıkça kullanmışlardır. Özbek, zaruret ifadesini “genellikle geçici veya beklenmeyen bir durum sonucu ortaya çıkan maddi zorluklar”<sup>14</sup> şeklinde anlamlandırmıştır ki bu anlam sosyal risk kavramının anlamı ile örtüşmektedir. Osmanlı kaynaklarında kullanılan “fakr-u zarurete duçar olmak” ifadesi riske uğrama sonucunda ortaya çıkan durumu anlatmaktadır. Riske uğrayanlar için ise “muhtac-ı muavenet” ifadesi kullanılmıştır.<sup>15</sup> “Muhtacin” ifadesi de yine riske uğrayanlar için mevzuatta da kullanılmış olan bir ifadedir. “Muhtacin Maaşatı Hakkında Kanun”, “İnfak-ı Muhtacin-i Eytam ve Eramil-i İlmiye Nizamnamesi” gibi çok sayıda kanun başlığında muhtacin kavramı kullanılmıştır. Bu kanunların dışındaki kanun içeriklerinde de muhtacin kavramına rastlamak mümkündür.

Risklerin karşılanması bakımından İslam anlayışı ile modern anlayış arasında büyük farklar olduğu söylenemez. Her iki sistemde de zararların giderilmesi yoluyla risklerin telafi edilmesi amaçlanır.<sup>16</sup>

### Risklerin Çeşitleri

Yeryüzünde insanın karşılaşabileceği çok sayıda risk vardır. Risklerin ortak özelliği irademiz dışında karşımıza çıkmasıdır. İnsan istemese de hayatta risklerle mutlaka karşılaşır.<sup>17</sup> Risklerin sosyal hayatı etkilediği düşünülen türleri sosyal risk olarak adlandırılmıştır. Sosyal risk, kişinin gelirlerinde azalmaya ve/veya giderlerinde artışa sebep olan olaylardır.<sup>18</sup> “...Sen mülkü dilediğine verirsin. Dilediğinden de mülkü çeker alırsın. Dilediğini aziz edersen, dilediğini zelil edersen. Hayır senin elindedir. Şüphesiz Sen her şeye hakkıyla gücü yetensin.” ayeti<sup>19</sup> insanın her an risklerle karşı karşıya olduğunu belirtmektedir.

<sup>9</sup> Yazgan, 2005, s.11.

<sup>10</sup> Yazgan, 1975, s.13.

<sup>11</sup> Yazgan, 1977, s.7; Yazgan, 2005, s.11.

<sup>12</sup> Şatıbi, 1990, c.1, s.336.

<sup>13</sup> Çubuk, 1982, s.4-5; Arıcı, 1999, s.6-7.

<sup>14</sup> Özbek, 2002, s.48.

<sup>15</sup> Özbek, 2002, s.49-50.

<sup>16</sup> Yılmaz, 1991, s.158.

<sup>17</sup> Yazgan, 1977, s.5.

<sup>18</sup> Korkusuz- Uğur, 2010, s.5.

<sup>19</sup> Âl-i İmrân 3/26.





Yine “...Hiç kimse yarın ne kazanacağını bilemez. Hiç kimse nerede öleceğini de bilemez...” ayeti<sup>20</sup> risklere dikkat çekmektedir. Kuran ayetlerinde işaret edildiği gibi her insanın risklerle karşı karşıya olduğu, her an riske uğrayabileceği İslam düşüncesinde de yer almıştır.

Modern sosyal güvenlikte riskler, çeşitli açılardan sınıflandırılmıştır. Genel olarak yapılan ayrıma göre sosyal riskler mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik olarak ayrılmaktadır. İş kazaları ve meslek hastalıkları mesleki risk; hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm riskleri fizyolojik risk; işsizlik ve ailevi yükler ise sosyo-ekonomik risk olarak sınıflandırılmıştır.<sup>21</sup> Risklerin çeşitlerine ilişkin yapılan sınıflandırmalar yakın döneme aittir. Bu sınıflandırmaların İslam ve Osmanlı hukuku bakımından da kabul edilmesi mümkündür. Bu şekilde Osmanlıların karşılaştığı sosyal riskler bu sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Tanzimat sonrası çalışanların sosyal güvenliğini düzenleyen tekaüd nizamnamelerinde mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik risk çeşitlerine rastlamak mümkündür. Riskler bakımından farklı sınıflandırmalar da yapılabilir.

Sosyal riskler, insanı hedef alan risklerdir. Meydana geldiklerinde gelir azalması veya kesilmesi, gider artışı gibi ekonomik olumsuzluklar ortaya çıkarırlar. İnsanın ne zaman bir riskle karşılaşabileceği belirli değildir. Gerçekleşme ihtimali bakımından sosyal riskler mutlak ve muhtemel riskler olarak ikiye ayrılır.<sup>22</sup> Sosyal risklerden işsizlik ve malullük gibi bazılarının gerçekleşmesi muhtemeldir. Ölüm ve yaşlılık gibi bazı risklerin gerçekleşmesi ise kesindir.<sup>23</sup> Kuran’da insanın risklerle kesin olarak karşılaşacağına dikkat çekilmiştir. “Andolsun ki sizi biraz korku ve açlıkla, bir de mallar, canlar ve ürünlerden eksilterek deneriz...” ayetinde<sup>24</sup> insanın hayatı boyunca çeşitli risklerle karşılaşacağından bahsedilmektedir.

Osmanlılar riskleri sınıflandırmaya da riske uğrayanlara ilişkin sınıflandırmalar yapıldığı söylenebilir. Özellikle yetimlere ilişkin kurulan kurumlar ve yapılan hukuki düzenlemeler ileri düzeydedir. Osmanlılar deprem, yangın, sel gibi doğal afetlere maruz kalmış olanlara musibete uğrayan anlamında musabin demişlerdir. Depreme uğramış olanlara sosyal yardım yapılmasına ilişkin bir hukuki düzenlemede “zelzele-i musabin” ifadesi kullanılmıştır.<sup>25</sup> Deprem yardımlarına ilişkin bir belgede ise “hareket-i arz sebebiyle ‘düçar-ı felaket’ olanlara muavenet-i lazımenin ifası...” şeklinde bir ifade yer almıştır.<sup>26</sup>

Yaşlılık, sakatlık, küçük yaşta kimsesiz kalmak gibi riskler sebebiyle geçimini sağlayamayan kişiler ise aceze olarak adlandırılmıştır. Klasik dönemde yaşlılar için pir-i fani ifadesi de kullanılmıştır. Hasta için mariz, iş göremez olanlar için amel-mande tabirleri kullanılmıştır.<sup>27</sup> Evlad-ı şüheda, malulin-i guzat, eytam ve eramil gibi başka risk grupları da vardır.<sup>28</sup> Osmanlı hukukunda yer verilen risk gruplarının

<sup>20</sup> Lokman 31/34.

<sup>21</sup> Korkusuz- Uğur, 2010, s.6-8; Tuncay- Ekmekçi, 2012, s.8-10; Güzel- Okur- Caniklioğlu, 2012, s.4-5.

<sup>22</sup> Yazgan, 1977, s.3 vd; Arıcı- Alper, 2014, s.33-35; Arıcı, 1999, s.7.

<sup>23</sup> Tuncay- Ekmekçi, 2012, s.8.

<sup>24</sup> Bakara 2/155.

<sup>25</sup> Düstur: 2/4, s.652.

<sup>26</sup> BOA, BEO, 433/32447, 8 M 1312.

<sup>27</sup> Kulaksız, 1999, s.64.

<sup>28</sup> Özbek, 2002, s.50-51.



hukuki düzenlemeler içerisinde tespit edilmesi mümkündür. Doğrudan bir risk grubuna yapılan düzenlemeler olmakla birlikte, çeşitli düzenlemeler içinde yer verilen risk grupları da vardır.<sup>29</sup>

Çağdaş bir İslam hukukçusu risklerin doğurduğu ihtiyaçları iki kategoriye ayırmıştır. Birincisi temel ihtiyaçlardır ki bunlar yiyecek, giyecek, barınma ve temel sağlık ihtiyaçlarıdır. İkinci grup ihtiyaçlar ise eğitim, evlenme, yaşlılık yardımları gibi ihtiyaçlardır.<sup>30</sup> İnsan ihtiyaçları sınırsız olduğundan İslam sosyal güvenliğinin kapsamına giren riskler de sınırlı sayıda değildir. Ancak ihtiyaçlar arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu gibi riskler bakımından da bir sınıflandırma yapmak mümkündür. Yiyecek, giyecek, barınma ve temel sağlık hizmeti ihtiyacı doğuran risklerin öncelikli riskler arasında kabul edilmesi mümkündür.

Riskler zaman içinde çeşitlilik göstermiştir. Toplumların gelişmişlik seviyesine göre risklerin çeşitliliği artmıştır. Yani geçmişten günümüze risklerin sayısı ve çeşitlilik bakımından arttığı görülmektedir.<sup>31</sup> Toplumsal yapıda meydana gelen değişiklikler bazı riskleri ortadan kaldırırken yeni riskler ortaya çıkarmıştır. Birkaç yüzyıl önceki riskler ile günümüzdeki riskler aynı değildir.<sup>32</sup> İlk İslam devleti döneminde riskler sayısı bakımından daha azdır. İnsanları zor durumda bırakan riskler de günümüz risklerinden farklıdır. Bireysel olarak baş edilemeyecek olan riskler kölelik, taksirle insan öldürme ve ağır borç altına girme gibi risklerdir. Bu riskler toplumsal dayanışma yöntemleri ile güvence altına alınmıştır.<sup>33</sup> Bu sebeple riskleri ve telafi yollarını geçmişe dönerek değerlendirmek gerekir. Bugünün sorunlarına geçmişin kurumları ile değil, geçmişin tecrübeleri ile çözümler üretilebilir.

Aslında sosyal risklerin hepsi gelir azalmasına ve gider artışına sebep oldukları için sosyal güvenliğin ilgi alanına girmektedir. Yani risklerin ortak özelliği ekonomik yönden bireye zarar vermeleridir. Kaynaklarda hastalık, analık, iş kazası, meslek hastalığı, maluliyet, yaşlılık, ölüm, işsizlik, evlenme, çocuk sahibi olma, konut ihtiyacı, dul ve yetimlik, öğrencilik gibi çok sayıda riskten bahsedilmektedir. Bu risklerin tümünün İslam ve Osmanlı sosyal güvenlik hukukunda güvence altına alınması mümkündür.<sup>34</sup>

H. Peygamber'in ömrün kötüsünden, acizlikten (hastalıktan ve malullükten), ihtiyarlıktan, üzüntüden, kederden, ezici borçtan, insanların zulmünden, zenginliğin ve fakirliğin şerrinden, yoksulluktan, aşağılanmaktan, ezilmekten ve ezilmekten, nimetin elden çıkmasından, sağlığını yitirmekten, çeşitli afetlerden, açlıktan, enkaz altında kalmaktan, evinin yıkılmasından, düşüp yuvarlanmaktan, boğulmaktan, yangından, çeşitli hastalıklardan, zehirlenmelerden, borcunu ödeyememekten Allah'a sığındığı hadislerde görülmektedir.<sup>35</sup> Bunlar H. Peygamber döneminde Peygamberin güven duymak istediği tehlikeler arasındadır.

### **Risklerin Kapsamı**

<sup>29</sup> Hukuki düzenlemeler için bkz. Akman, 2007, s.67-224; Akman, 2007b, s.41-368.

<sup>30</sup> Syed, ty.

<sup>31</sup> Arıcı, 1999, s.5.

<sup>32</sup> Tuna- Yalçıntaş, s.101.

<sup>33</sup> Dalgın, 1996, s.918.

<sup>34</sup> Aykanat, 2016, s.22.

<sup>35</sup> Beşer, 2004, s.77.



Sosyal sigortalar belirli sayıda riski kapsamına alan bir tekniktir.<sup>36</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu ILO'nun 1952 tarihli Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşmesi dokuz sosyal riski kabul etmiştir. Bu riskler hastalık halinde sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, analık, sakatlık, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, ölüm, aile yardımları ve işsizlik sigortasıdır. Batılı ülkeler genellikle dokuz riskin tamamı için güvence sağlamaktadır. Ülkemizdeki sistem aile yardımları dışındaki riskleri kapsamına almıştır. Uygulamada daha az sayıda riske karşı güvence sağlayan ülkeler olduğu görülmektedir.

Dar anlamda sosyal güvenlik anlayışı içinde güvence altına alınan riskler Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından sosyal güvenlik sözleşmelerinde belirtilen risklerdir. Geniş anlamda sosyal güvenlik anlayışı içerisinde eğitim, kira ve gıda gibi çok çeşitli gelir transferleri yer alır.<sup>37</sup> Sosyal güvenliğin kapsamına girecek risklerin belirlenmesinde toplumların iktisadi, siyasi ve sosyal gelişmişlik düzeyleri belirleyicidir.<sup>38</sup> Osmanlı uygulamasında özellikle vakıfların çok çeşitli riskleri kapsamına almasına ilişkin örnekler verilebilir. Hizmetçilerin kırdığı eşyaları tazmin eden vakıf örneği bunlardan biridir.<sup>39</sup> Bu uygulamada riske uğrayan hizmetçiye ve eşya sahibine destek olunmuştur.

Günümüzde sosyal risk olarak kabul edilen riskler, İslam devlet anlayışında devletin güvence sağlamak zorunda olduğu riskler arasındadır. Doğal afet, sakatlık, işsizlik, yaşlılık, ölüm gibi risklere uğrayan bireylere destek sağlamak devletin yükümlülüğüdür.<sup>40</sup> İslam hukukunda sosyal güvenliğin kapsamına alınan risklerin bunlardan daha fazla olduğunu söylemek mümkündür. Esasında İslam hukukunda sınırlı sayıda riskin korunması söz konusu değildir. İslam sosyal güvenlik anlayışında bireylere destek sağlanırken risklerden hareket edilmez. Bireyin uğradığı risk değil, o riskin meydana getirdiği olumsuzluklar kıstas olarak alınır.<sup>41</sup>

İslam hukukuna göre bireyin hayatındaki en temel risk fakirliktir. Çünkü bütün gelir azalmasına ve gider artışına sebep olan risklerin sonucu ekonomik gücü olmayanlar için fakirliktir. Fakirlik riskine Kuran'da da dikkat çekilmiş ve fakirliğin, Allah'ın insanları imtihan ettiği yollardan biri olduğu belirtilmiştir.<sup>42</sup> Fakirlik konusunun daha geniş ele alındığı hadislerde Hz. Peygamber, fakirliğin doğal olarak korkulan ve istenmeyen bir durum olduğunu belirtmiş,<sup>43</sup> fakirlik fitnesinin şerrinden Allah'a sığınmıştır.<sup>44</sup> Fakirliğin insana her şeyi unutturan bir risk olduğundan bahsetmiştir.<sup>45</sup> Osmanlı uygulamasında da fakirlik önemli bir kıstas olmuştur. Riske uğrayan bir kişiye sosyal güvenlik desteği sağlanması için "fakr u zarurete düçar olması" aranmıştır. Hukuki düzenlemelerde özellikle çoğul ifade olan fukara kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Fukara-i ahali, fukara-i ziraat, fukara-i hüccac gibi tamlamaların hukuki düzenlemelerde yer aldığı görülmektedir.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> Tuncay- Ekmekçi, 2012, s.17.

<sup>37</sup> Güzel- Okur- Caniklioglu, 2012, s.6-8; Dilik, 1992, s.5.

<sup>38</sup> Arıcı, 1999, s.6.

<sup>39</sup> Çağatay, 1976, s.4.

<sup>40</sup> Syed, ty.

<sup>41</sup> Aykanat, 2016, s.23.

<sup>42</sup> Bakara 2/273; Uludağ, 1995, s.132.

<sup>43</sup> Ahmed b. Hanbel 2/292; İbn Mace, *Vasiyyetler* 4; Nesai, *Vasiyyetler* 1; Nesai, *Zekât* 60.

<sup>44</sup> Ahmed b. Hanbel 6/1657; Ebu Davud, *Edep* 101; Nesai, *Allah'a Sığınma* 14-16.

<sup>45</sup> Tirmizi, *Zühd* 3.

<sup>46</sup> Aykanat, 2016, s.24.

En ileri sosyal güvenlik sistemlerinde dahi korunmayan borçluluk, İslam ve Osmanlı hukukunda riskler arasındadır.<sup>47</sup> Doğal afetler de İslam anlayışına göre risk kapsamındadır.<sup>48</sup> Modern sosyal güvenlik sistemlerinde doğal afetlerin genellikle risk kapsamında yer almadığı, sosyal güvenlik dışında yöntemlerle telafi yoluna gidildiği görülmektedir. 18.yy Osmanlı esnafının önemli sorunlarının incelendiği bir çalışmada konumuzla ilgili olarak kıtlık ve yangınlar yer almıştır.<sup>49</sup> Yangınların bir dönem Osmanlı İstanbul'unun en önemli riski olduğu görülmektedir.

Osmanlı Devletinde ekonomik, siyasi ve sosyal gelişmişlik düzeyine uygun; toplumda sıklıkla karşılaşılan risklere önlem alınmıştır. Ancak risklerin kapsamının belirlendiği söylenemez. Çünkü risklere karşı değil, bireylerin ekonomik durumlarına karşı sosyal güvenceler sağlanmıştır. Bu anlamda günümüzde risk kapsamında olmayan riskler güvence altına alınmıştır.

### Osmanlı Kurumlarının Güvence Sağladığı Riskler

Osmanlı sosyal güvenlik kurumları, yararlananların katkı sağladığı ve yararlananların katkı sağlamadığı kurumlar şeklinde ikiye ayrılabilir. Klasik dönemde yararlananların katkı sağlamadığı kurumlar ağırlıklıdır. Tanzimat sonrasında ise modern sosyal güvenlik kurumlarına benzer sandıklar oluşturulmuş ve primli sisteme geçiş başlamıştır. Klasik dönemde vakıflar, zekât, yardımlar, nafaka, âkile gibi kurumlar çeşitli risklere karşı güvence sağlamışlardır. Klasik dönemde birkaç kurumda başlayan ve Tanzimat döneminde yaygınlaşan sandıklar ise günümüz kurumları gibi belirli risklere karşı güvence sağlamışlardır.<sup>50</sup>

Osmanlı sosyal güvenliğinin en önemli kurumlarından olan vakıfların her türlü riske karşı güvence sağlayan örnekleri olduğu gibi, bazı riskler üzerinde yoğunlaşan örnekleri de vardır. Vakıflar risklere karşı güvence sağlarken, risklerden değil ihtiyaç sahibi olma kıstasından hareket etmişlerdir. Bu sebeple her türlü riske karşı güvence sağlayabilmişlerdir. Bu riskler arasında günümüzde güvence sağlanan riskler bulunduğu gibi çok tali nitelikte riskler dahi vardır.<sup>51</sup>

İslam hukukunun önemli kurumlarından olan zekât, riske uğrayanların mağduriyetlerini gidermeyi hedefleyen bir kurum değildir. Ancak ILO tarafından belirlenen dokuz riskin tümüne güvence sağlayabilen bir kurumdur. Zekatın güvence sağladığı riskler, sınırlı sayıda değildir. Zekât her türlü riske karşı güvence sağlayabilir.<sup>52</sup> Kuran'da zekâtın yararlananları sekiz sınıf olarak sayılmıştır.<sup>53</sup> Zekât kurumunda risklere göre değil, riske uğrayanlara göre destek sağlandığı görülmektedir.

Sadaka ve infak gibi yardımlar da her türlü riske karşı güvence sağlayabilir. Bu tür yardımlar genellikle toplumda en çok desteğe ihtiyaç duyan kesimlere yönelir.<sup>54</sup> Osmanlı uygulamasında riske uğrayanlara, padişah tarafından “sadaka-i seniyye” veya “sadaka-i şahane” adıyla destek verildiği görülmektedir.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Yazgan, 2005, s.9.

<sup>48</sup> Yılmaz, 1991, s.160.

<sup>49</sup> Güler, 2000, s.144-145.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Aykanat, 2016.

<sup>51</sup> Aykanat, 2016, s.66-69.

<sup>52</sup> Hasan, 1984, s.29.

<sup>53</sup> Tevbe, 9/60.

<sup>54</sup> Heytemi, ty, s.36.

<sup>55</sup> Aykanat, 2016, s.125.



Yaralanan, malul olan kişilerin sadaka-i şahane talep ettiklerine ilişkin belgeler vardır.<sup>56</sup> Sadaka taşları da ihtiyaç sahiplerinin onurunu koruyarak yardım yapılmasının Osmanlı uygulamasındaki güzel bir örneğidir.<sup>57</sup>

Yükümlülerin ve yararlananların belirli kişiler olduğu nafaka kurumunda da giyecek, yiyecek ve barınma ihtiyaçlarına güvence sağlanmaktadır. Bu sebeple giyecek, yiyecek ve barınma ihtiyacı doğurabilecek her türlü risk nafakanın kapsamında yer alır.<sup>58</sup>

Genellikle sigorta ile karşılaştırılan ve bir tür sigorta grubu olduğu ileri sürülen âkile, içlerinden birinin diyet sorumluluğunu paylaşan gruptur.<sup>59</sup> Âkile kurumu ile güvence sağlanan risk sadece diyet ödenmesi gereken bir suç işlenmesidir.<sup>60</sup>

Günümüz primli sosyal güvenlik sistemlerine benzeyen sandıklar ise Ahilik ve lonca teşkilatları tarafından kullanılmıştır. Yeniçerilerin de bir yardımlaşma sandığı olmuştur. Klasik sonrası dönemde kurumlar kendi sandıklarını oluşturmuşlardır. Bu sandıklar sosyal sigorta işlevine sahip tekaüd sandıklarına dönüşmüştür. Tekaüd sandıklarının emekli aylığı, malullük aylığı ve dul ve yetim aylığı şeklinde destekler sağladıkları görülmektedir.<sup>61</sup>

## Sonuç

Sosyal güvenlik sistemlerinin kurulma sebebi olan risk kavramı, batı hukukuna ait bir kavramdır. Buna karşın İslam hukukunda risk benzeri kavramlar olduğu gibi Osmanlı uygulamasında da güvence sağlanan riskler söz konusudur.

Sosyal güvenlik hukukunda riskler belirlenmiş ve bu risklere belirli şartlarla güvence sağlanmıştır. Osmanlı hukukunda ise risklerden hareket edilmemiştir. Kişiyi ihtiyaç sahibi durumuna getiren tüm risklere karşı güvence sağlanmıştır. Bu anlamda Osmanlı hukukunda güvence sağlanan risk çeşidi daha fazladır.

Osmanlı hukukunda riskler türlere ayrılmamış, bunun yerine riske uğrayanlar sınıflandırılmıştır. Riske uğrayan kişiler için muhtacin, musabin, aceze, pir-i fani, amel-mande, mariz, malul, eytam ve eramil gibi isimlendirmeler kullanılmıştır. Bu kişiler için güvence sağlayan çeşitli kurumlar oluşturulmuştur. Vakıf, zekât, sadaka, infak, nafaka, âkile gibi geleneksel kurumlar yanında yardımlaşma sandıkları ve tekaüd sandıkları risklere karşı güvence sağlayan kurumlar olmuşlardır.

Modern sosyal güvenlikte riske uğrayanlara yardım edilmesi belirli şartların gerçekleşmesi ile mümkündür. Bu şartlara sahip olanların durumları dikkate alınmaz. Gerçek anlamda zor durumda kalmasa da kişilere destek sağlanır. Zor durumda olsa bile şartları sağlamayan kişilere destek sağlanmamaktadır. Osmanlı hukukunda ise kişilerin durumlarına göre destek sağlanmaktadır. Kişiyi zor duruma getiren risk her ne olursa olsun kişiye destek olunmaktadır. Bu sistemin risk sebebiyle gerçek anlamda zor durumda kalan kişilere destek olduğu düşünülmektedir.

<sup>56</sup> BOA, MVL, 49/21, 12 Ş 1263; BOA, HAT, 281/16694, 29 Z 1225.

<sup>57</sup> Kazıcı, 2008, s.61.

<sup>58</sup> Akgündüz, 2011, c.2, s.260; Abd al-Ati, 2006, s.227.

<sup>59</sup> Khan, 2003, s.10.

<sup>60</sup> Beşer, 2004, s.133.

<sup>61</sup> Aykanat, 2016, s.235 vd.



## Kaynakça

Abd el-Ati, H. (2006). Islam in Focus, Adam Publishers.

[Ahmed b. Hanbel, M. Ş. \(2005\). Müsned, Çev. Rıfat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya.](#)

Akgündüz, A. (2011). İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, OSAV Yayınları, İstanbul.

[Akman, M. \(2007\). Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I – I. Tertip Düstur'un Tarihi Fihrist ve Dizini, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.3.](#)

[Akman, M. \(2007b\). Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I – II. Tertip Düstur'un Tarihi Fihrist ve Dizini, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S.4.](#)

Arıcı, K. (1999). Sosyal Güvenlik, Tes-iş Yayınları, Ankara.

[Arıcı, K.- Alper, Y. \(2014\). Sosyal Güvenlik, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir.](#)

Aykanat, M. (2016). Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara.

[Beşer, F. \(2004\). İslamda Sosyal Güvenlik, Bilge Yayınları, İstanbul.](#)

BOA, BEO, 433/32447, 8 M 1312.

BOA, HAT, 281/16694, 29 Z 1225.

BOA, MVL, 49/21, 12 Ş 1263.

[Çağatay, N. \(1976\). İslam'da Vakıf Kurumunun Miras Hukukuna Etkisi, Vakıflar Dergisi, S.11, VGM Yayınları, Ankara.](#)

[Çubuk, A. \(1982\). Sosyal Güvenlik ve Sosyal Güvenlik Kurumları, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara.](#)

[Dalgın, N. \(1996\). Kaza, Hayat ve İşsizlik Sigortalarına Yeni Bir Yaklaşım, 1. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya.](#)

[Dilik, S. \(1992\). Sosyal Güvenlik, Kamu İş Yayınları, Ankara.](#)

[Düstur: 2/4, Matbaa-i Osmaniye, İstanbul, 1331.](#)

[Ebu Davud, S. \(2003\). Sünen, Çev. Necati Yeniçel ve Hüseyin Kayapınar, Samil Yayınları, İstanbul.](#)

Ferrara, P. J.- Tanner, M. (1998). A New Deal For Social Security, Cato Institute, Washington.

George, V. (2002). Social Security: Beveridge and After, by Routledge, London.

Güler, İ. (2000). XVIII. Yüzyılda Osmanlı Esnaf ve Zanaatkarları ve Sorunları Üzerine Gözlemler, Muğla ÜSBE Dergisi, c.1, S.2.

[Güzel, A.- Okur, A. R.- Caniklioğlu, N. \(2012\). Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul.](#)

Hasan, N. (1984). Social Security System of Islam With Special Reference to Zakah, King Abdulaziz





University Press, Jeddah.

Heytemi, İ.H. (ty). el İnafe fi's Sadakati ve'd Diyafe, Mektebetü'l Kuran, Kahire.

[İbni Mace, Y. \(1983\). Sünen, Çev. Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul.](#)

Kazıcı, Z. (2008), Osmanlıda Hayır Müesseseleri ve Sadaka Taşları, İnsani Yardım Dergisi, S.35.

Khan, M. E. (2003). Islamic Economics and Finance: A Glossary, Routledge, New York.

[Korkusuz, R.- Uğur, S. \(2010\). Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ekin Yayıncılık, Bursa.](#)

[Kulaksız, M. \(1999\). Tanzimat'tan Cumhuriyet'e \(Sivil\) Memurların Emeklilik Sistemi, Gazi ÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.](#)

[Kuran-ı Kerim Meali \(2007\). Haz. Halil Altuntaş ve Muzaffer Şahin, DİB Yayınları, Ankara.](#)

[Nesai, Ş. \(2005\). Sünen, Çev. Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya.](#)

[Özbek, N. \(2002\). Osmanlı İmparatorluğu'nda Sosyal Devlet; Siyaset, İktidar ve Meşruiyet 1876-1914, İletişim Yayınları, İstanbul.](#)

Syed, I. B. (ty). Social Security in Islam,

[http://www.irfi.org/articles/articles\\_251\\_300/social\\_security\\_in\\_islam.htm](http://www.irfi.org/articles/articles_251_300/social_security_in_islam.htm), E.T.07.04.2018.

Şatıbi, E. I. (1990). el-Muvafakat, Ter. Mehmet Erdoğan, İz Yayıncılık, İstanbul.

TDK Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts).

[Tirmizi, S. \(2007\). Sünen, Çev. Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya.](#)

[Tuna, O.- Yalçıntaş, N. \(1994\). Sosyal Siyaset, Filiz Yayınevi, İstanbul.](#)

[Tuncay, C.- Ekmekçi, Ö. \(2012\). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul.](#)

[Türk Hukuk Lugati. \(1991\). Türk Hukuk Kurumu, Ankara.](#)

[Uludağ, S. \(1995\). "Fakr", DİA, c.12, TDV Yayınları, İstanbul.](#)

[Yazgan, T. \(1975\). Gelir Dağılımı Açısından Sosyal Güvenlik, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.](#)

[Yazgan, T. \(1977\). Görüşler, Kutsun Yayınevi, İstanbul.](#)

Yazgan, T. (1977). Sosyal Sigorta, İÜ İktisat Fakültesi Yayını No:402, İstanbul.

[Yazgan, T. \(2005\). Sosyal Güvenlik Açısından Zekât, TDV Yayınları, Ankara.](#)

[Yılmaz, F. \(1991\). İslam'da Sosyal Güvenlik Sistemi in İslam Ekonomisi ve Sosyal Güvenlik Sistemi, Marifet Yayınları, İstanbul.](#)



## TTK MD. 420 HÜKMÜNE GÖRE AZINLIĞIN FİNANSAL TABLOLAR İLE BUNA BAĞLI KONULARIN ERTELENMESİNİ TALEP HAKKI

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Arş. Gör. Mustafa Yasir AKTEKE**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi, azınlığa, genel kurul toplantısı sırasında kullanabileceği, finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresinin bir ay sonraya ertelenmesi hakkını vermektedir.

Söze konu hak bir azınlık hakkı niteliğinde olduğu için, çalışma konumuz özelinde derinleşmeyi sağlamak adına öncelikle "azınlık" kavramı açıklanmış, devamında azınlık hakkının hukuki niteliği ile benzer haklardan farkları ele alınmış; eTK'da yer alan düzenleme ve o dönem itibariyle yapılan eleştiriler dile getirilmiş ve nihayet konu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde tüm detaylarıyla incelenmiştir.

Bu inceleme yapılırken olan ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirmelerde bulunulmuş, tespit edilen sorunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmiştir. Öğretide yer alan görüşler ile Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi de ihmâl edilmemiştir.

**Anahtar Kelimeler:** TTK md. 420, Azınlık hakları, Toplantının ertelenmesi.

### ACCORDING TO ARTICLE 420 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE DEMAND OF POSTING MINORITY'S FINANCIAL TABLES AND RELATED ISSUES

#### Abstract

Article 420 of the Turkish Commercial Code No. 6102 gives the minority the right to postpone the negotiation of the financial statements and the related issues that may be used during the general meeting in one month. Since the right is a right of a minority, the concept of "minority" is first explained in order to ensure deepening of the working position, the differences between the legal nature of minority right and similar rights are discussed; The regulation in the eTK and the criticisms made at that time were expressed and finally the subject was examined in detail in the framework of the Turkish Commercial Code No. 6102. Legal considerations have been made in the course of this investigation. A solution to the identified problems has been proposed. The opinions in the teaching and the evaluation of the decisions of the Supreme Court have not been neglected.



**Keyword:** TTK md. 420, Minority rights, postponement of the meeting.

## Giriş

### A.TTK md. 420'nin Konuluş Amacı

Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi, azınlığa, finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresini bir ay sonraya erteleme hakkı vermektedir. Finansal tablolar şirketin finansal durumu hakkında veriler içerir<sup>1</sup>. Bu çerçevede finansal tablolar şirketin aktifinde yer alan varlıklar ile borçlarını, gelir ve giderlerini, kâr ve zararlarını vb. içerir.

Kanun koyucu finansal tabloların onaylanmasına başka bazı sonuçlar da bağlamıştır. Bunlara örnek olarak, bilançonun onaylanmasına ilişkin karar, karada aksine bir açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurmaktadır (TTK md. 424).

Görüldüğü gibi finansal tablolar şirket hakkında son derece önem arz eden veriler içermekte ve bu tabloların onaylanmasına çok önemli sonuçlar bağlanmaktadır.

Öte yandan finansal tablolarda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemiş olabileceği gibi bu tablolar şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları da içeriyor olabilir. Bu gibi durumlarda pay sahiplerinin haklarını kullanırken ihtiyaç duydukları bilgileri doğru ve anlaşılır bir şekilde elde etmeleri son derece önem arz etmektedir. Başta oy hakkı olmak üzere diğer pay sahipliği haklarının etkin bir şekilde kullanılabilmesinin yolu, doğru ve anlaşılır bir finansal tablo bilgisinden geçmektedir. Bir pay sahibi şirkette kalma, payını devretme, rüçhan hakkını kullanma, yöneticileri ibra etme, yeni yönetim kurulu üyeleri seçme, yönetim kurulu üyelerinin faaliyet raporlarını onaylama, kâr dağıtımını, sermaye artırımını veya azaltımını gibi konularda bir karar vermeden önce doğru, açık ve anlaşılır finansal tablo verilerini inceleme imkânında bulunması son derece önemlidir.

Tüm bu nedenlerden dolayı, azınlığa, finansal tablolar ile buna bağlı konuları bir ay sonraya erteleme hakkı verilmiştir. Bu süre içinde, açık ve anlaşılır olmayan bilgiler, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevaplanmalıdır. Böylelikle pay sahibi haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilecektir. Herhangi bir konu hakkında iradenin doğru bir şekilde oluşmasında bilginin çok önemli bir işlevi vardır. Zira somut bir konu hakkında bilgi sahibi olunmadan doğru karar vermek mümkün değildir. Pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanımı, şirket hakkında yeterli bilgiye sahip olmaktan geçmektedir<sup>2</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin ratio legisi, pay sahiplerinin finansal tablolar aracılığı ile şirketin ekonomik durumu hakkında açık ve net bir bilgi sahibi olmalarını temin etmektir.

### B.Azınlık Hakları Kavramı, Hukuki Niteliği ve Tanımı

#### 1.Azınlık Kavramı ve Oranı

<sup>1</sup> Toroslu, Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim, Ankara 2015, s. 171 vd.

<sup>2</sup> Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 243; Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, BATİDER 2005, C. CCIII, S. 2, s. 78 vd.



Sözcük anlamı ile azlık, az olma durumudur<sup>3</sup>. Azınlık ise, bir toplulukta herhangi bir nitelik bakımından ayrı ve ötekilerden sayıca az olanlar, ekalliyet, çoğunluğun karşıtıdır<sup>4</sup>.

Kanun koyucu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun azınlık haklara ilişkin hükümlerinde "azlık" ifadesini tercih etmiştir. Gerçekten de, anılan Kanununun 208, 360/1, 411, 486/3 ve nihayet geçici 6/2'nci maddelerinde "azlık" ifadesi kullanılmış; "azınlık" ifadesi ise tek bir maddede geçmiştir: md. 155/2. Belirtilmelidir ki, "azınlık" ifadesinin geçtiği 155'inci maddenin ikinci fıkrasında, teknik anlamda azınlık hakkı ve azınlık oranı düzenlenmemektedir.

Öğretide kanun koyucunun "azlık" tercihi eleştirilere konu olmuş, bunun yerine, anlamı ve sözlüklerde karşılığı olan "azınlık" ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmiştir<sup>5</sup>.

Öğretide hem "azlık" hem "azınlık" ifadeleri kullanılmakla beraber, ağırlıklı olarak "azınlık" ifadesi tercih edilmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarı ile "azlık" ifadesini tercih eden tek yazar, Tekinap'tır<sup>6</sup>.

Çalışmamızda, öğretilerde yerleşmiş olan ve sözlükte karşılığı bulunan bir ifade olması nedeniyle "azınlık" kelimesi kullanılmıştır.

Azınlık oranı halka açık şirketler ile halka açık olmayan şirketlerde farklılık arz etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 411'inci maddesine göre azınlık, halka açık şirketlerde sermayenin yirmide birini<sup>7</sup>, halka açık olmayan şirketlerde ise onda birini oluşturan pay sahiplerinden meydana gelmektedir.

Öğretide azınlık oranının azaltılıp azaltılamayacağı konusunda farklı görüşler yer almaktadır. İmregün, azınlık oranının azaltılamayacağını belirtmektedir<sup>8</sup>. Bunun nedeni olarak, olumlu azınlık haklarının sadece azınlığı koruma amacı ile değil, genel kurulda çoğunluk ve azınlık arasında çıkabilecek çıkar çatışmalarını bağdaştırmak için sevk edildiğini göstermektedir<sup>9</sup>.

Domaniç, müktesep hakların da üstünde yer alan, ortakların onayı olsa dahi ortadan kaldırılamayan ve vazgeçilemeyen haklar olması nedeniyle, azınlık hakkı oranının düşürülmesini çok sakıncalı bulmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Belirtilmelidir ki, "azlık" ifadesi ile ilgili sözlüklerde herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

<sup>4</sup> Püsküllüoğlu, Öz Türkçe Sözlük, 7. Bası, Ankara 1982, s. 75 ve 76.

<sup>5</sup> Bkz. Bahtiyar, "Türk Ticaret Kanun Tasarısının Dili Ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Makalelerim II, İstanbul 2008, s. 143. Ayrıca bkz. Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, 8. Bakı, İstanbul 2016, s. 228. Ayrıca bkz. Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 311.

<sup>6</sup> Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 330 vd.

<sup>7</sup> Belirtilmelidir ki, 2499 sayılı Mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun 11'inci maddesinin 8'inci fıkrası, halka açık anonim şirketlerde azınlık hakkını kullanacak pay sahiplerine dair yirmide birlik oran bakımından "ödenmiş sermaye" kriterini kabul ediyordu. Oysaki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 411'inci maddesinde "sermaye" esas alınmıştır. Bu farklılık, henüz ödenmemiş sermayesi bulunan halka açık anonim şirkette yapılacak hesaplama bakımından farklı sonuçlar doğurmaya neden olacaktı. 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nda böylesi farklı sonuca gidecek bir hüküm yer almamaktadır. Diğer bir deyişle yeni Sermaye Piyasası Kanunu, yeni Türk Ticaret Kanunu ile bu konuda uyum içindedir.

<sup>8</sup> İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 286; İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 82.

<sup>9</sup> İmregün, s. 286; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 82.

<sup>10</sup> Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II: TK 269-474, Anonim Şirketler, İstanbul 1988, s. 814.



Buna karşılık, azınlık haklarını talep oranının kaldırılamayacağını fakat azaltılabileceğini ancak ağırlaştırılamayacağını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>11</sup>.

Son olarak belirtilmelidir ki, azınlık oranı ile ilgili yapılan tartışmalar ve belirtilen görüşler 6762 sayılı Ticaret Kanunu dönemine aittir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hukukumuzda giren “Emredici Hükümler İlkesi” çerçevesinde konu bir kez daha değerlendirilmelidir. Zira söz konusu hükme göre esas sözleşme, ancak Türk Ticaret Kanunu’nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Örneğin, azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun 411’inci maddesinde, “sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri...” genel kurulu toplantıya çağırma yetkili kılınmış ve devam eden cümlede “esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir” demek suretiyle, esas sözleşme hükmü ile daha az sayıdaki pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırmasına açık bir şekilde cevaz verilmiştir. Konumuz özelinde Türk Ticaret Kanunu’nun 420’nci maddesinde böyle bir açıklık yer almamaktadır. Bu durumda esas sözleşme ile azınlık oranının azaltılıp azaltılamayacağını tespiti önem arz eder<sup>12</sup>.

## 2. Azınlık Haklarının Hukukî Niteliği

Öğretide olumlu azınlık hakları şeklinde adlandırılan haklar, sahibine bir talep hakkı bahşeder. Talep, başkasından bir şey yapmasını veya yapmamasını isteme hakkı olarak ifade edilir<sup>13</sup>. Olumlu azınlık haklarının ihlâli durumunda hak sahibi, bu haklarının kullanımını mahkemeden talep edebilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 559’uncu maddesinde düzenlenen ve olumsuz azınlık haklarından olan kuruluşun ve sermaye artırımından sorumluların sulh ve ibrasına engel olmak ise bir talep içermemektedir. Bu hak, yenilik doğuran haklardandır. Zira hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukukî durum yaratılmaktadır<sup>14</sup>.

Azınlık hakları, azınlığın tek taraflı irade beyanı ile, kural olarak yöneldiği organın onayına bağlı bulunmadan kullanılan, hakkın kötüye kullanılması denetimine tâbi olan haklardır<sup>15</sup>.

## 3. Azınlık Kararının Genel Kurul Kararı Niteliği

Diğer azınlık hakları bir kenara bırakılacak olursa, Türk Ticaret Kanunu’nun 420’nci maddesinde düzenlenen toplantının ertelenmesine ilişkin azınlık hakkının genel kurul kararı niteliğini haiz olup

<sup>11</sup> Tekil, Şirketler Hukuku, C. II, İstanbul 1976, s. 464; Arslanlı, Anonim Şirketler I, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 222; Sumer, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Hakkı Nedenle Feshi, İstanbul 1991, s. 9; Helvacı, “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 302.

<sup>12</sup> Emredici Hükümler İlkesi ile ilgili olarak bkz. Karasu, Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 1 vd.; Şehriali Çelik (Kırca/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 152 vd.; Eminoğlu/Dalgıç Altıntaş, “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, Yıl: 2014, s. 1 vd.; Karasu, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. I, S. I, Yıl: 2015, s. 115 vd.

<sup>13</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 77; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Bası, İstanbul 2015, s. 48 vd.

<sup>14</sup> Helvacı, Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği, s. 304-306.

<sup>15</sup> Helvacı, Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği, s. 309.



olmadığının tespiti önem arz eder. Zira bir karar genel kurul kararı olarak nitelendirildiğinde, bu kararın bünyesinde, genel kurul kararlarının bütün hüküm ve sonuçları doğmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinde yer alan hakkın genel kurul kararı niteliğini haiz olup olmadığı tespitine geçmeden önce "genel kurul kararı" kavramına bakılmalıdır. Öğretide Moroğlu, genel kurul kararını, "genel kurul olarak toplanan pay sahipleri ve/veya temsilcilerinin oyları ile meydana gelen, kural olarak ortaklık içi ilişkide ve istisnaen de dış ilişkide hukuki sonuç sağlama amacına yönelik olan ortaklık irade beyanıdır" sözleriyle ifade etmektedir<sup>16</sup>. Yazar, aynı eserinin devam eden sayfalarında genel kurul kararının türlerini tanıtırken "azınlık kararları" nı da zikretmektedir. Buna gerekçe olarak ise, söz konusu kararların genel kurulda alındığını<sup>17</sup>, yalnız azınlık pay sahiplerinin değil bütün pay sahipleri ile ortaklık tüzel kişiliğini ve organlarını hukuken bağladığını belirtmektedir<sup>18</sup>.

Moroğlu'nun tanımına göre, genel kurul kararından bahsedilebilmesi iki unsurun varlığını gerektirir. Bunlardan birincisi, pay sahiplerinin ve/veya temsilcilerinin toplanmaları ve ikincisi, "oy" kullanmak suretiyle bir karara varmalarıdır. Buna göre pay sahiplerinin bir araya gelmeleri tek başına genel kurul kararına vücut vermemekte; oy kullanmaları, genel kurul kararının temel unsurunu oluşturmaktadır.

Finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin, "...sermayenin onda birine...sahip pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulda bir karar alınmasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır..." şeklindeki hükmü karşısında, Moroğlu'nun azınlık kararını bir genel kurul kararı olarak nitelendirmesi sorgulanmalıdır. Zira zikredilen hükümden de anlaşılacağı üzere, erteleme kararı genel kurulda "oy" kullanılmadan alınmaktadır. Oysaki yukarıda genel kurul kararının temel unsurunun "oy" olduğu ifade edilmişti. Nitekim erteleme kararının alınması için genel kurulda "oy" kullanılmaması, toplantı başkanının kararı ile müzakerelerin bir ay sonraya bırakılması karşısında, finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi kararının bir genel kurul kararı niteliğinde olduğu fikri sorgulanmaya muhtaçtır.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, Moroğlu, aynı eserinde, toplantı başkanı kararlarının genel kurul kararı niteliğinde olmadığı tespitinde bulunmaktadır<sup>19</sup>.

### **C.Azınlık Haklarının Benzer Haklardan Farkları**

#### **1.Azınlık Hakları ve Bireysel Haklar**

Bireysel hakların kullanılabilmesi için, tek bir pay sahip olmak yeterlidir. Bu hakların kullanılabilmesi, diğerlerinin katılımını gerektirmez. Bireysel haklar ortaklık sıfatından doğan haklardır<sup>20</sup>.

Kâr payı alma, tasfiye artığından yararlanma, rüçhan hakkı, hazırlık dönemi faizi alma, genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma, bilgi alma ve inceleme hakkı ve özel denetçi isteme hakkı bireysel haklardır.

<sup>16</sup> Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 11.

<sup>17</sup> Belirtilmelidir ki, genel kurulda alınmayan azınlık kararları da vardır. Diğer bir deyişle genel kurul dışında alınan azınlık kararları da vardır. Bunlara örnek olarak, genel kurulu toplantıya davet ve gündeme madde ekletme hakları gösterilebilir.

<sup>18</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 19 ve 20.

<sup>19</sup> Bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 16.

<sup>20</sup> Tekinalp, s. 352, N. 14.





Bireysel haklar da tıpkı azınlık hakları gibi pay sahiplerinin korunması amacına hizmet ederler<sup>21</sup>. Bu iki hak türü arasındaki fark, kullanımını bakımındadır. Diğer bir deyişle, bireysel hakları tek bir pay sahibi kullanabilirken; azınlık haklarını tek bir pay sahibi kullanamamaktadır<sup>22</sup>.

## 2. Azınlık Hakları ve Müktesep Haklar

Müktesep hak, pay sahibinin rızası olmadan hiçbir değişiklik yapılamayan haktır. Müktesep haklar bireysel nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle, her bir pay sahibi sermayeye katılım oranına bağlı olmaksızın müktesep haklardan yararlanabilir<sup>23</sup>.

Pay sahibinin rızasıyla müktesep haklarda değişiklik yapmak veya kaldırmak mümkün iken; azınlık haklarının kaldırılması mümkün değildir.

## 3. Azınlık Hakları ve İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hakları

Türk Ticaret Kanunu'nun 478'inci maddesine göre imtiyaz, "kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır". Kârda imtiyaz, kârdan daha büyük bir pay almak, kârdan öncelikle yararlanmak şeklinde olabilir. Söz konusu hüküm imtiyazı sınırlı sayı şeklinde olmaksızın, örnekler vermek suretiyle tanımlamaktadır. Bu örnekler haricinde de imtiyaz yaratılabilir<sup>24</sup>.

Müktesep hak niteliğinde olmayan imtiyaz, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen şartlar dâhilinde, bir kısım paylara, diğer paylara nazaran üstünlük tanınmaktadır. Tanınan bu üstünlük esas sözleşmede yer almalıdır. Müktesep hak ise, genel kurul veya yönetim kurulu kararlarına bağlı olmayan bir haktır.

İmtiyaz, azınlık haklarından da farklıdır. Azınlık haklarının kaynağı, kural olarak kanundur. İmtiyazın kaynağı ise esas sözleşmedir (TTK md. 478/I).

İmtiyaz paya bağlıdır. Ancak belirli bir hak grubuna üstün hak tanınabileceği kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Azınlık, belirli bir grup niteliğinde değildir. Anonim şirkette esas sermayenin en az yüzde onunu temsil eden herhangi bir pay grubu veya pay sahibi azınlıktır<sup>26</sup>.

### 6762 Sayılı Etk'da Yer Alan Düzenleme (Md. 377)

6762 sayılı Eski Ticaret Kanunu'nun "müzakerelerin başka bir güne bırakılması" kenar başlığını taşıyan 377'nci maddesi, "bilançonun tasdiki hakkındaki müzakere, ekseriyetin veya şirket sermayesinin onda birine sahip olan azlığın talebi üzerine bir ay sonraya bırakılır; keyfiyet 368'inci maddede yazılı olduğu üzere pay sahiplerine bildirilir ve usulü dairesinde ilan olunur. Bununla beraber azlığın talebi üzerine

<sup>21</sup> Tekinalp, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1978, s. 39; Birsal, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 654.

<sup>22</sup> Belirtilmelidir ki, tek pay sahibi Kanun'un aradığı azınlık oranını tek başına sağlıyor ise, bu kişi, tıpkı bireysel haklarda olduğu gibi azınlık haklarını tek başına kullanabilecektir.

<sup>23</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 611 vd.; Kirca (Şehriali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, 2. Bası, Ankara 2017, s. 21 vd.

<sup>24</sup> Karahan, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar Ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s. 23 vd.

<sup>25</sup> Belirli grupların yönetim kurulunda temsilini hüküm altına alan Türk Ticaret Kanunu'nun 360'ıncı maddesi, grup imtiyazını düzenlemektedir.

<sup>26</sup> Sumer, s. 17; Karahan, s. 22.



bir defa tehir edildikten sonra tekrar müzakerelerin geri bırakılması talebolunabilmek için bilançonun itiraza uğrayan noktaları hakkında gereken izahatın verilmemiş olması şarttır” şeklindedir.

Anılan hükümde “azlık” ifadesi kullanılmış, azlık oranı olarak şirket sermayesinin onda biri aranmıştır. Bu orana sahip kişi veya kişiler müzakerenin bir ay sonraya bırakılmasını talep edebilecektir. Söze konu talep bir azınlık hakkı niteliğindedir. Çoğunluk da pekâlâ bunu talep edebilecektir.

6762 sayılı eTK’nın “malumat alma hakkı” kenar başlığını taşıyan 362’nci maddesinin birinci fıkrası, “kar ve zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor ve safi kazancın nasıl dağıtılacağı hususundaki teklifler, murakıplar tarafından verilecek raporla birlikte umumi heyetin adi toplantısından en az on beş gün önce şirketin merkez ve şubelerinde pay sahiplerinin emrine amade bulundurulur” şeklindedir. Söz konusu hüküm eTK’nın 377’nci maddesi ile bağlantılıdır<sup>27</sup>. Pay sahipleri eTK md. 362’deki imkândan yararlanamamış ve bilançonun incelenmesi için yeteri kadar zaman bulamamışlarsa, genel kuruldan bilanço görüşmelerinin ertelenmesini talep edebileceklerdir. 362’nci maddedeki on beş günlük süre, bilanço, kâr zarar hesabı gibi hususların okunması tekniğini bizzat bilmeyen pay sahipleri tarafından anlaşılması güç olan belgelerin incelettirilebilmesi için kısa bir zaman dilimidir. Söz konusu hususlar teknik bilgi gerektirmektedir. Üstelik anonim şirketler, yapısı itibarıyla bünyesinde birçok pay sahibi barındırmaya müsait hukukî kurumlardır. Nitekim çok sayıda pay sahibinin eTK md. 362’deki on beş günlük süre zarfında bilançoğu bizzat veya bir uzman yardımı ile incelemeleri oldukça güçtür<sup>28</sup>.

Bu güçlüğü göz önünde bulunduran kanun koyucu, 377’nci madde ile azınlığa, bilanço görüşmelerinin bir ay sonraya bırakılması hakkını vermiştir. Bir aylık süre zarfında azınlık, bilanço ile ilgili yeterli şekilde ve açıklıkta bilgilendirilmedikleri takdirde, bilanço görüşmeleri ikinci defa ertelenir. Diğer bir deyişle azınlık, yetersiz, yani, açık ve anlaşılır olmayan bir şekilde bilgilendirilirse, bilanço görüşmeleri ikinci defa ertelenir. Zira bir aylık ertelemenin amacı vâki olmamıştır. Buna karşılık azınlık, bir aylık süre içinde yeterli bir biçimde bilgilendirilmişse, bilanço görüşmelerinin ikinci defa ertelenmesi mümkün değildir.

eTK’nın yürürlükte olduğu dönemde azınlık erteleme talebinde bulunurken gerekçe gösterilmesi gerekip gerekmediği tartışmalı olmakla beraber, ağırlıklı görüş, gerekçe gösterme zorunluluğu olmadığı yönündeydi<sup>29</sup>.

Genel kurul azınlığın erteleme talebini oylayamaz<sup>30</sup>. Geçerli bir azınlık talebine rağmen genel kurul oylama yapıp görüşmelere devam ederek konu özelinde kararlar verilirse, söze konu kararlar, eTK’nın 381’inci maddesi uyarınca iptali kabil kabul ediliyordu<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Kaya, s. 45 vd.

<sup>28</sup> Tekinalp, “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 238.

<sup>29</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010, N. 757a; Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 238; Arslanlı, Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 199; İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 151; Çamoğlu, “Azınlığın Bilanço Ertelenmesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler?”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003, s. 288; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2009, s. 343.

<sup>30</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2010, N. 757a.

<sup>31</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2010, N. 757a; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 72; Arslanlı, Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 242.



Tekinalp, azınlığın ertelenme talebinin genel kurul kararına bağlı olmaması nedeniyle, azınlığın geçerli talebine rağmen toplantının devamına yönelik kararın yok hükmünde olduğunu savunmaktadır<sup>32</sup>.

Teoman ise azınlığın talebine rağmen bilanço görüşmelerine devam edilmesi kararının yokluk yaptırımına tâbi olmasını, azınlığı, muhalefetini toplantı tutanağına yazdırmak ve üç ayda iptal davası açmak yükümlülüğünden kurtardığı için yerinde bulmasına rağmen, genel kurul kararlarının belirsiz bir süre yokluk tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmasını hukuk güvenliği açısından sakıncalı bulmaktadır<sup>33</sup>.

Azınlığın bilanço görüşmelerinin ertelenmesi talebi ile gündemde bulunan hangi maddelerin erteleneceği, eTK'nın 377'nci maddesinde açık bir şekilde yer almamaktadır. Bu sebeple öğretici bilanço görüşmeleri ile hangi gündem maddelerinin erteleneceğine ilişkin farklı görüşler ortaya koymuştur.

Poroy, kâr dağıtımı, ibra ve ibraya bağlı olarak yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin seçimi gibi bilanço ile ilgili maddelerin ertelenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>34</sup>.

Çelik, bilançonun onaylanması ile ibra kararının birbirinden bağımsız hususlar olduğunu, bu nedenle ibra kararının ertelenmeyeceğini ifade etmektedir<sup>35</sup>.

Arslanlı ve Birsell, bilançonun onaylanması hakkındaki gündem maddesini geniş yorumlamakta; bilançonun onayı ile ilgili bulunan diğer gündem maddelerinin de bir ay sonraya bırakılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>36</sup>.

Çamoğlu, bilanço müzakereleri ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olan gündem maddelerinin erteleme kapsamında yer alması gerektiğini belirtmektedir<sup>37</sup>.

Yargıtay'ın yönetim kurulu üyeleri ile denetçinin seçimini bilançonun onaylanması ile bağlantılı görmemesi ve erteleme talebinden etkilenmemesi görüşü üzerine Teoman kaleme aldığı makalesinde, yönetim kurulu üyelerinin bu şekilde seçimini uygun bulmadığını ifade etmiştir. Zira bilanço görüşmelerinin ertelenmesi hâlinde genel kurulda bilanço hakkındaki tartışmalar henüz bitmemiştir. Azınlık, erteleme süresi içinde bilançoju inceledikten sonra bilançoju itiraz edebilir. Yazar, bilanço görüşmelerinin ertelendiği toplantıda eski yöneticilerin yeniden seçilmemeleri gerektiğini ifade etmiştir<sup>38</sup>.

Tekinalp ise bilançonun ertelenmesi ile etkilenecek maddeler ölçütünün kabul edilmesini önermiştir. Yönetim kurulu ve denetçilerin seçimini bilançonun onaylanması ile bağlantılı sayılıp sayılmayacağını net olmadığını belirtmiş; kâr dağıtımı ve ibra konularının ise bilanço ile bağlantılı olduğunu ifade etmiştir<sup>39</sup>.

eTK döneminde tartışma, bilanço görüşmelerinin ertelenmesi ile hangi gündem maddelerinin erteleneceği noktasında toplanmıştır. Yeni düzenlemede kanun koyucu bu konuda eTK'ya oranla daha

<sup>32</sup> Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 240.

<sup>33</sup> Teoman, "Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m.377) Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, İstanbul 200, s. 129.

<sup>34</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2010, N. 757a.

<sup>35</sup> Çelik, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007, s. 166-167.

<sup>36</sup> Arslanlı, Anonim Şirketler I, s. 242; Birsell, s. 140.

<sup>37</sup> Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 289.

<sup>38</sup> Teoman, "Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilir Mi?", Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, İstanbul 200, s. 82.

<sup>39</sup> Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 237.



net bir ifade kullanmış; “finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular”ın ertelenmesi gerektiğini belirtmiştir (TTK md. 420). Şimdi bu düzenleme daha yakından incelenecektir.

## 6102 Sayılı Ttk’da Yer Alan Düzenleme (Md. 420)

### A.Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “toplantının ertelenmesi” kenar başlığını taşıyan 420’nci maddesi aynen şu şekildedir:

“(f.1) Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır. Erteleme, 414 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılı olduğu şekilde pay sahiplerine ilanla bildirilir ve internet sitesinde yayımlanır. İzleyen toplantı için genel kurul, kanunda öngörülen usule uyularak toplantıya çağrılır.

(f.2) Azlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların müzakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi, finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır”.

Adalet komisyonu raporu doğrultusunda, Tasarının 420’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki “bilanço” ibaresi yerini “finansal tablolar” ibaresine bırakmıştır.

420’nci maddenin gerekçesi, “hüküm 6762 sayılı Kanunun 377’nci maddesindeki ilkeleri aynen korumaktadır...” şeklindedir<sup>40</sup>. Gerekçe maddede yer alan değişiklikleri göz ardı etmektedir<sup>41</sup>. Zira yeni düzenleme ile, sadece finansal tabloların müzakeresi değil; finansal tabloların müzakeresine “bağlı konular” da ertelenmektedir. eTK md. 377’de bilançonun müzakeresine bağlı konuların erteleneceğine ilişkin bir ibare yer almamış; öğretide bilançonun müzakeresi ile ilgili konuların erteleme kapsamına girip girmeyeceği; girecekse hangi konuların bilanço “ile ilgili” sayılacağı, tartışmanın merkezini oluşturmuştu. Kanun koyucu finansal tabloların müzakeresine “bağlı konuları” da erteleme kapsamına almak suretiyle öğretide yer alan tartışmaları ve çelişkili mahkeme kararlarını sonlandırmayı amaçlamıştır.

Türk Ticaret Kanunu’nun 420’nci maddesinin “toplantının ertelenmesi” şeklinde olan kenar başlığı, içeriği ile uyumlu değildir. Başlık, genel kurul toplantısının bir bütün hâlinde erteleneceği izlenimi vermektedir. Fakat bu yanıltıcıdır. Zira metinde sadece finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların erteleneceği düzenlenmektedir. Kenar başlıkların metne dâhil olduğu unutulmamalıdır (TTK md. 1534/1). Bu nedenle, maddenin kenar başlığı “finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresinin ertelenmesi” şeklinde değiştirilmeli, hükmün içeriği ile uyum sorununu giderilmelidir.

### B.Erteleme Talebinin Kullanım Şekli

<sup>40</sup> Bkz. Gerekçe md. 420/1

<sup>41</sup> Benzer şekilde bkz. Moroğlu, s. 238.



## 1. İstem

Finansal tablolar ile buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesini talep hakkı, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerine aittir. Öğretide bu oranın artırılamayacağı noktasında fikir birliği bulunmakla beraber, azaltılıp azaltılamayacağı tartışma konusudur<sup>42</sup>. Belirtilmelidir ki, çoğunluğun bu yönde karar almasına herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

Öğretide Tekil ve Kayar, herhangi bir pay sahibinin de erteleme isteğinde bulunabileceğini belirtmekte ve bu isteğin sonuç doğurması için genel kurul kararına ihtiyaç duyulduğundan söz etmektedir<sup>44</sup>. Yazarların görüşü tartışılmaya değer. Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, azınlık haklarının kullanılmasında gündeme bağlılık ilkesi cari değildir. Genel kurulda söze konu azınlık hakkına ilişkin bir gündem maddesi yer almasa bile bu azınlık hakkı kullanılabilir. Diğer bir deyişle, gündemde madde bulunmaması nedeniyle azınlık hakkının kullanımı engellenemez. Azınlık haklarının kullanılması gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil eder<sup>45</sup>. Ancak azınlık hakkı niteliğinde olan bu isteğin sonuç doğurması, istek sahibinin azınlık sıfatını taşımasına bağlıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi uyarınca azınlık vasfına sahip olmayan kişi veya kişilerin ise azınlık haklarından yararlanmaları mümkün değildir; meğerki gündemde söze konu isteğe ilişkin bir madde bulunsun. Aksini kabul kanun koyucunun, "gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz" sözleriyle ifade ettiği Türk Ticaret Kanunu'nun 413'üncü maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil eder. Gündeme aykırılığın hukukî sonucu ise, gündeme aykırı bir şekilde alınmış olan kararın iptalidir.

Finansal tabloların müzakeresine geçildiğinde<sup>46</sup>, azınlık hakkı sahipleri, toplantı başkanına istemde bulunmak suretiyle finansal tablolar ile buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesini talep ederler<sup>47</sup>. Önemle belirtilmelidir ki, finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesine ilişkin istem, genel kurulun oylamasına açık değildir. Diğer bir deyişle, istem, genel kurulda oylama yapılmaksızın, toplantı başkanı tarafından karara bağlanacak ve finansal tablolara ilişkin müzakereler bir ay sonraya bırakılacaktır<sup>48</sup>.

Hâl böyle olmakla beraber, genel kurul, erteleme talebini oylar ve oylama neticesinde erteleme talebinin reddi yönünde bir karar çıkarsa, söze konu kararın akıbetinin yokluk olduğu savunulmaktadır<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Bu konuya ilişkin olrk bkz. s. 3.

<sup>43</sup> Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 287.

<sup>44</sup> Kayar, s. 112.

<sup>45</sup> Arslanlı, Anonim Şirketler I, s. 21; Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1946, s. 283; Pulaşlı, s. 371 ve 372.

<sup>46</sup> Öğretide *Bozgeyik*, genel kurul gündeminin münhasıran finansal tabloların müzakere edilmesi ile buna bağlı konuların görüşülmesine ilişkin olduğu hallerde, azınlığın bu konuya ilişkin talebini toplantıdan önce de yapabileceğini ve bunun "toplantının ertelenmesi" anlamına geleceğini belirtmektedir. Bkz. Karahan/Bozgeyik, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013, s. 670.

<sup>47</sup> Öğretide *İmregün*, azınlığın erteleme isteğinin "öneri" şeklinde olması ile "talep" şeklinde olmasına haklı olarak farklı sonuçlar bağlar. Erteleme isteği *öneri* şeklinde olursa, genel kurulun oylanmasını gerektirirken; *talep* şeklinde toplantı başkanına iletilirse, bu talep oylamaya konu olamayacaktır. Bkz. İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 315 vd. Çalışmamızda Kanun'un ifadesine sadık kalınarak "istem" kelimesi kullanılmıştır. Bu kelime öneriye karşılık gelmemektedir; bir talep niteliğindedir.

<sup>48</sup> Tekinalp, s. 331; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2017, s. 308; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013, s. 536; Karahan/Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 670; Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 240.

<sup>49</sup> Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 240.



Öğretide Bozgeyik, erteleme talebinin toplantı öncesinde azınlığı oluşturan pay sahipleri tarafından yönetim kuruluna istemde bulunmak suretiyle de gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir<sup>50</sup>. Kanaatimizce Kanun'un açık hükmü karşısında öğretideki bu görüşün isabeti tartışılmaya değer. Erteleme kararının yönetim kurulu tarafından alınabileceği varsayıldığında, bu kararın sıhhati sorgulanmaya muhtaçtır. Zira kanun koyucu finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesini, genel kurulun yetkisine bırakmakta; yönetim kurulu, genel kurulun yetki alanına giren bir konu hakkında karar almaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu organların işlevsel ayrılığını kabul etmiştir<sup>51</sup>. Söz konusu husus, anonim şirketin temel yapısıyla ilgilidir. Yönetim kurulu, şirketin temel yapısına uymayan kararlar alırsa, bu kararlar kesin olarak hükümsüzdür (TTK md. 395/1-b). Nitekim yönetim kurulunun alacağı erteleme kararı kesin olarak hükümsüzdür.

Son olarak, “toplantı başkanının kararıyla” ibaresinin yeni sorunlara kapı aralayabileceği belirtilmelidir.

## **2. İstem Toplantı Tutanağına Yazılmalıdır**

İstemin toplantı tutanağına yazılması gerekir. Zira Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik<sup>52</sup> md. 28/3.c.2, “azınlık pay sahipleri tarafından finansal tabloları hakkında ileri sürülecek tüm itirazların ilk toplantıda yapılması ve bunların tutanağa yazılması zorunludur” şeklindedir.

## **3. İtiraz Noktalarının Belirtilmesi Zaruretinin Bulunmaması**

Ertelenme talebi ile pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı bağlantılı konulardır<sup>53</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 437'nci maddesi pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre finansal tablolar genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Onbeş günlük süre, payları tabana yayılmış olan anonim şirketlerin pay sahipleri için yeterli olmayabilir. Bu süre içinde tabloların bir kısmı veya tamamı incelenememiş olabilir.

Öte yandan pay sahipleri, finansal tabloları incelemek için yeterli süreye sahip olmakla beraber; finansal tabloların bazı hususları yeteri kadar açık ve anlaşılır nitelikte olmayabilir.

Tüm bu ihtimallerde azınlık, erteleme isteminde itiraza uğrayan noktaları belirtmek yükümlülüğü altında değildir. Diğer bir deyişle, sadece finansal tabloların ertelenmesinin talep edilmesi yeterlidir; ayrıca hangi finansal tablo kalemlerinin yeteri kadar açık ve anlaşılır olmadığını veya hangi kalemlerin onbeş günlük süre zarfında inceleme imkânından yoksun kaldığını belirtme zarureti bulunmamaktadır<sup>54</sup>.

Son olarak ifade edilmelidir ki, itiraz noktalarının belirtilmesi zaruretinin bulunmaması, ilk erteleme talebi bakımındadır. İkinci ertelemenin talep edilebilmesi, itiraz noktalarının belirtilmiş olmasına bağlıdır. İkinci erteleme talebini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddenin ikinci fıkrası

<sup>50</sup> Bkz. Karahan/Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 670-671.

<sup>51</sup> Nitekim devredilemez görev ve yetkilere ilişkin olarak bkz. TTK md. 375 ve md. 408.

<sup>52</sup> RG. 28. 11. 2012, S. 28481. Söz konusu yönetmelik bundan sonra “Bakanlık Temsilciliği Yönetmeliği” (BTY) olarak anılacaktır.

<sup>53</sup> Kaya, s. 45.

<sup>54</sup> Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s 239





bu hususu, “azınlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların müzakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi, finansal tabloların itiraza uğrayan...noktaların...” sözleriyle ifade etmektedir. Sonuç olarak, ilk erteleme talep edilirken itiraz noktalarının belirtilmesi gerekmeseydi; ikinci erteleme hakkının kaybedilmemesi adına, ilk erteleme talebinde itiraz noktalarının belirtilmesi<sup>55</sup> azınlık hakkı sahipleri için yararlı olacaktır.

### 3.Gerekçe Gösterme Zorunluluğu Var Mıdır?

eTK md. 377’de ertelemeye ilişkin açık bir hüküm yer almaması nedeniyle eTK döneminde erteleme istemi için gerekçe gösterilmesi gerekip gerekmediği noktasında fikir birliğinin olmadığı ifade edilmişti<sup>56</sup>. Ne var ki, eTK md. 377’ye benzer şekilde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da azınlığın erteleme talebinde bulunurken gerekçe gösterilmesi gerekip gerekmediği noktasında açık bir düzenleme yapılmayı tercih edilmemiştir. Kanun koyucunun bu tercihi eTK dönemindeki tartışmalar ile beraber değerlendirildiğinde, azınlığın erteleme talebinde bulunurken gerekçe göstermesi gerekmediği sonucuna varılmalıdır. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 420’nci maddesindeki hakkın kullanılmasında gerekçe gösterilmesi şartı aranacak olsa idi, bu açık bir şekilde belirtilirdi. Nitekim bu hususta ayrıca ve açıkça bir ifadeye yer verilmemiş olması, gerekçe gösterilmesi zaruretinin olmadığına bir göstergesi olarak yorumlanmalıdır. Öğretideki ağırlıklı görüş de bu yöndedir<sup>57</sup>.

Toplantı başkanı, gerekçe gösterilmemiş olması nedeniyle erteleme istemini reddedemez; erteleme isteminin gerekçesini soramaz. Zira 420’nci maddede gerekçe göstermeye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Kanunda olmayan bir şartın yorum ile eklenmesi hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, azınlık haklarının amaçları göz önüne getirildiğinde, bu hakların kullanımının zorlaştırılması değil kolaylaştırılması ilke edinilmelidir<sup>58</sup>.

Gerekçeye ihtiyaç duyulmamasına rağmen gerekçe gösterilirse, toplantı başkanı, gösterilen gerekçenin haklı olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapamaz. Erteleme istemi üzerine başkan, finansal tablolar ile buna bağlı konuların görüşülmesini bir ay sonraya bırakır.

### C.Erteleme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Azınlığın istemi üzerine toplantı başkanının erteleme kararı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilir. Ayrıca internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketlerin internet sitelerinde karar tarihinden itibaren beş gün içinde yayımlanır (BTY md. 10/4).

Azınlığın erteleme hakkını kullanması üzerine, aynı genel kurulda, finansal tablolar ile buna bağlı konulara ilişkin bir karar alınmaz. Gündemde yer alan bu maddeler toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır. Öğretide tartışmalı olmakla beraber ağırlıklı görüş, bir aylık sürenin asgari olduğu ve

<sup>55</sup> Öğretide *Tekinalp*, itiraza uğrayan noktaların, erteleme isteminde bulunduğu anda belirtilmesi gerekmediğini; iki genel kurul arasında ve hatta ikinci genel kurul toplantısında da itiraza uğrayan noktaların saptanabileceğini belirtmektedir (Bkz. *Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi*, s. 239).

<sup>56</sup> Bkz. s. 9 vd.

<sup>57</sup> *Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi*, s. 238; *Tekinalp*, s. 331; *Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011*, s. 1421; *Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi*, s. 288; *Domaniç*, s.854. Aksi yönde bkz. *Birsel*, s. 639; *Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015*, s. 486.

<sup>58</sup> *Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi*, s. 238; *Kayar, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989*, s. 21 ve 22.



daha uzun bir süre tanınabileceği yönündedir<sup>59</sup>. Kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin, "bir ay sonraya bırakılır" şeklindeki açık hükmü karşısında, daha kısa veya daha uzun bir süre tayin etmek mümkün olmamalıdır<sup>60</sup>. Daha uzun süre verilmesi pay sahiplerinin yararına gibi görünse de; sürenin uzun tutulması, çeşitli olumsuzlukları bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten de, kötüniyetli azınlık, finansal tabloların müzakeresini sürüncemede bırakabilecek, hatta istenmeyen yönetim kurulu üyeleri görevden alınamayacağı gibi yerlerine yenileri de seçilemeyecektir.

Öğretide tartışmalı olmakla beraber, kanaatimizce, ikinci toplantı bağımsız bir toplantı niteliğinde değildir<sup>61</sup>. Birsnel'e göre ise, erteleme istemi üzerine bir ay sonra yapılacak olan toplantı bağımsız bir toplantıdır<sup>62</sup>. Ne var ki bu fikre katılmak mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi açıkça "finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular" bir ay sonraya bırakılır demektir. Kaldı ki yeni toplantı görüşü, yeni bir azınlığın TTK md. 420/1'deki hakkı kullanmaya olanak verir. Fakat Birsnel bunu reddetmektedir<sup>63</sup>.

#### D.Ertelenen Toplantının Çağrı Şekli

Ertelenen toplantıda yeni toplantı tarihinin tayin edilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Kanaatimizce, ertelenen toplantıda yeni toplantı tarihini tayin etmek, hukuk tekniğine uygun düşer. Hukuk güvenliği de bunu gerektirir. Aksini kabul bizi hukuk güvenliğinden uzaklaştırır. Zira ikinci toplantının sürüncemede kalması ihtimali gözden kaçırılmamalıdır. Fakat sadece erteleme kararı verilmiş olması, genel kurul kararının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamalıdır. Diğer bir deyişle, toplantı başkanının erteleme kararı verip ikinci toplantının tarihini tayin etmemesi, tek başına genel kurul kararının hükümsüzlüğüne yol açmamalıdır. Yönetim kurulu bir aylık süreyi göz önünde bulundurarak genel kurulu toplantıya çağırmalıdır.

Pay sahipleri ikinci toplantıya esas sözleşmede gösterilen şekilde şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır (TTK md. 414). Öğretide bu toplantının birinci toplantının devamı niteliğinde olduğu, bu nedenle aynı gündem maddeleri ile toplanılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>64</sup>. Kanaatimizce, birinci toplantıda görüşülüp karara bağlanan gündem maddeleri, ikinci toplantının gündeminden çıkarılmalıdır. İlk toplantı gündeminde bulunmayan yeni gündem maddeleri eklemek suretiyle alınan kararların geçerliliğinin tartışılmaya değer olduğunu belirtmekle yetinelim. Finansal tabloların ve buna bağlı konuların müzakeresine ilişkin gündem ile toplantı günü ve ilanının çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla, pay defterine yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine bildirilir.

<sup>59</sup> Arslanlı, Anonim Şirketler I, s. 242; Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 241; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 71 ve 72. Ancak *Domaniç*, bir aylık sürenin kesinlikle uzatılamayacağını belirtmektedir (Bkz. *Domaniç*, s. 626). Benzer şekilde, bkz. *Kayar*, s. 41.

<sup>60</sup> Ancak ikinci toplantı bir aylık süre dolduktan sonra yapılmışsa, sadece bunun bir iptal sebebi teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

<sup>61</sup> Aynı yönde bkz. Arslanlı, Anonim Şirketler II-III, s. 190; Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 242.

<sup>62</sup> Birsnel, s. 640.

<sup>63</sup> Bkz. Birsnel, s. 640.

<sup>64</sup> İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 317; Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 242.



## E.İkinci Erteleme Talebi Ve Kullanım Şartları

### 1. Genel Olarak

Finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresinin ikinci kez ertelenmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin ikinci fıkrasında, “azınlığın istemiyle bir defa ertelendikten sonra finansal tabloların müzakeresinin tekrar geri bırakılmasının istenebilmesi, finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları hakkında, ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması şarttır” sözleriyle düzenlenmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, 420'nci maddenin ikinci fıkrası birinci fıkradan farklı olarak, ikinci kez ertelenecek konuların kapsamını daraltmıştır. Birinci fıkroda finansal tabloların müzakeresi ve “buna bağlı konular” erteleme kapsamında iken; ikinci fıkroda “buna bağlı konular” yer almamaktadır. Hükmün lafzına sadık kalındığında ikinci ertelemenin kapsamında sadece finansal tabloların müzakeresinin yer alacağı; buna karşılık finansal tabloların müzakeresine bağlı konuların yer almayacağı pekâlâ düşünülebilir. Kanaatimizce kanun koyucunun bu tercihi bilinçli değildir. Diğer bir deyişle, “buna bağlı konuların” ikinci fıkra metninde yer almamasının nedeni, yapım sürecinde kanun koyucunun gözünden kaçmış olmasıdır! Aksini kabul, hükmün ratio legisine aykırılık teşkil eder.

Son olarak belirtilmelidir ki, yeni bir azınlık, ilk toplantıda erteleme haklarını kullanmamış olması gerekçesi ile, ikinci toplantının ertelenmesi isteminde bulunamaz. Bakanlık Temsilciliği Yönetmeliğın 28'inci maddesinin 4'üncü fıkrası bu hususa şu sözlerle işaret etmektedir: “Erteleme üzerine yapılacak toplantıda aynı veya farklı gerekçelerle azlık pay sahipleri tarafından finansal tabloların müzakeresinin tekrar ertelenmesi talep edilemez”.

### 2. Kullanım Şartları

Finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresinin tekrar geri bırakılabilmesi, biri olumlu diğeri olumsuz iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. İtiraz noktalarının belirtilmiş olması olumlu; itiraza uğrayan noktaların ilgililer tarafından, dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olması ise olumsuz şarttır.

#### a. İtiraz Noktaları Belirtilmiş Olmalıdır

İkinci kez erteleme talebinde bulunmanın şartlarından ilki, birinci toplantıda itiraz noktalarının belirtilmiş olmasıdır. Konuyu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin ikinci fıkrası, yalnızca “itiraza uğrayan noktalar...hakkında” erteleme talebinde bulunulabileceğinden söz etmektedir. Bu şart, sadece ikinci erteleme talebinin kullanılabilmesi içindir. Diğer bir deyişle, birinci erteleme talebinin kullanılabilmesi, itiraza uğrayan noktaların belirtilmiş olmasına bağlı değildir; bu noktalar belirtilmeden de birinci erteleme talebi geçerli bir şekilde kullanılabilir.

Azınlığın toplantıyı ikinci kez erteleyebilme haklarını kaybetmemek adına, itiraza uğrayan noktaları açık bir şekilde ilk toplantıda tutanağa geçirmeleri yararlı olacaktır.

## b. Dürüst Hesap Verme Ölçüsü<sup>65</sup> İlkeleri Uyarınca Cevap Verilmemiş Olmalıdır

Azınlık tarafından belirtilmiş ve tutanağa geçirilmiş olan itiraz noktaları, ilgililer tarafından dürüst hesap ölçüsü ilkeleri<sup>66</sup> uyarınca cevaplanmalıdır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesinin ratio legisi, pay sahiplerinin şirketin ekonomik durumu hakkında finansal tablolar aracılığı ile açık ve net bir şekilde bilgi sahibi olmalarını temin etmektedir.

İkinci erteleme hakkının kullanılabilmesi, itiraz noktalarının ya hiç cevaplanmamış olmasına veya dürüst hesap ölçüsü ilkeleri doğrultusunda cevaplanmamış olmasına bağlıdır.

Şener, dürüst hesap verme ölçüsünü, finansal tabloların itiraza uğrayan tüm noktalarının herkes tarafından kabul edilebilecek açıklıkta olması ve üzerinde şüphe duyulan tüm noktaların başka bir yoruma izin vermeyecek şekilde açıklanması şeklinde ifade etmiştir<sup>67</sup>.

İtiraz noktalarına yönelik cevapların dürüst hesap ölçüsü ilkelerine uygun olup olmadığı hususunda ortaya çıkabilecek ihtilafın çözümü Kanun'da yer almamaktadır. Diğer bir deyişle, ilgililer itiraz noktalarını cevaplamış; fakat azınlık bu cevaptan tatmin olmamış ise, ne şekilde bir yol izlenmelidir?

Öncelikle belirtilmelidir ki, azınlığın, cevabın dürüst hesap ölçüsü ilkelerine uygun olmadığını iddiasında bulunması, tek başına erteleme sebebi teşkil etmez. İlk olarak cevabın dürüst hesap verme ölçüsü ilkelerine uygun olup olmadığını tespiti yapılmalıdır. Bu noktada cevaplanması gereken soru, bu tespiti yapacak olan kişinin kim olduğudur. Bu tespiti toplantı başkanı mı, yoksa genel kurul mu yapmalıdır? Birinci fıkranın kıyasen uygulanması akla gelebilir. Yani, toplantı başkanının bu tespiti yapmayla yetkili olduğu söylenebilir. Fakat kanaatimizce, genel kurul tarafından karara bağlanmalıdır.

Şartların gerçekleşmesi durumunda ikinci toplantının ne kadar süre erteleneceğine ilişkin Kanun'da herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu eksiklik, Bakanlık Temsilciliği Yönetmeliği'nin 28'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının, "toplantı yeniden bir ay sonraya ertelenir" sözleriyle giderilmiştir. İlk ertelemeye ilişkin "bir aylık süre" hakkında yapılan açıklamalar ikinci erteleme bakımından da geçerlidir<sup>68</sup>.

## F.Erteleme Talebinin Reddi

Toplantı başkanı azınlığın istemini usulüne uygun bir şekilde yerine getirmezse, Türk Ticaret Kanunu'nun 445 vd. maddeleri uyarınca karar iptal edilebilir<sup>69</sup>. İptal edilecek kararlar, sadece finansal tabloların onaylanması ve bununla bağlantılı genel kurul kararlarıdır. Genel kurulda alınan diğer kararların iptal edilmesi -eğer başka bir sakatlık söz konusu değilse- mümkün değildir.

<sup>65</sup> Öğretide Kendigelen, dürüst hesap verme ölçüsü ilkesinde yer alan "ölçüsü" kelimesinin gereksiz olduğunu söylemektedir (Bkz. Kendigelen, s.319).

<sup>66</sup> İlke, Kanunun farklı maddelerinde farklı ifade tarzları ile kaleme alınmıştır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun "bağlı şirketler hakkında bilgi alma" kenar başlığını taşıyan 200'üncü maddesi, "özenli, gerçeği annen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkeleri..."nden söz etmektedir. Ayrıca bkz. ve krş. TTK md. 437/2.

<sup>67</sup> Şener, s. 490 ve 491.

<sup>68</sup> Bkz. s. 19 vd.

<sup>69</sup> Domaniç, s. 855; Baştuğ, Şirketler Hukuku Temel İlkeleri, İzmir 1974, s. 340; Arslanlı, Anonim Şirketler I, s. 243; Şener, s. 486; Pulaşlı, C. II; Aydın, "Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 20.

Öğretide *Tekinalp*, burada alınan kararın iptal edilebilir değil yoklukla malul olduğunu, bu nedenle açılacak davanın tespit davası olabileceğini söylemektedir (Bkz. Tekinalp, Bilançonun Ertenilmesi, s. 240).

## G.Erteleme Talebinin Gündemdeki Diğer Konulara Etkisi

### 1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi azınlığın istemi üzerine finansal tablolar ile buna bağlı konuların görüşülmesinin bir ay sonraya erteleneceğinden söz etmektedir. 6762 sayılı eTK döneminde tartışmanın merkezinde, finansal tabloların müzakeresinin gündemdeki diğer maddelere etkisinin ne şekilde olacağı yer almakta idi. Kanun koyucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bu tartışmayı sona erdirmek amacıyla, finansal tabloların müzakeresi ve "buna bağlı konuları" erteleme kapsamına dâhil etmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun çeşitli maddelerinde finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olduğu belirtilen hükümler yer almaktadır. Finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olduğu belirtilen konuların, 420'nci maddenin ifadesiyle "finansal tabloların müzakeresine bağlı konular" olduğunun kabulü gerekir. Kanunda öngörülen finansal tabloların müzakeresi ile ilgili konulara örnek olarak, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yenilerinin seçimini düzenleyen TTK md. 413 ve bilançonun onaylanmasının ibra anlamına geldiğini düzenleyen md. 424 verilebilir.

Kanunda, finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olduğu belirtilen konuların erteleme kapsamında olacağı noktasında tereddüt edilmemelidir. Fakat finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olduğu belirtilmemekle beraber; finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olan diğer konuların erteleme kapsamında yer alıp almayacağı tartışmaları devam edecektir. Yeni düzenleme tartışmaları sona erdirmekten uzaktır. 6102 sayılı TTK, eTK'dan farklı olarak sadece finansal tabloların değil; bunun yanı sıra finansal tablolara bağlı konuların da erteleme kapsamında yer aldığı belirtilmiş olsa da, hangi konuların finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olduğu sorusu güncelliğini koruyacaktır.

### 2. Kanunda Öngörülenler

#### a. Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevden Alınmaları Ve Yenilerinin Seçimi

Genel kurulda gündeme bağlılık ilkesini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 413'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası çalışma konumuz ile doğrudan bağlantılıdır. Söz konusu fıkra göre, "yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır". Anılan hüküm uyarınca finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi talebi ile yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi konuları bir ay sonraya ertelenecektir.

Hükmün gerekçesi, "bu madde genel kurula yönetim kurulu üyelerini her olağan genel kurul toplantısında görevden alabilme olanağını vermektedir..." şeklindedir. Ne var ki inceleme konumuz Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesine göre, yönetim kurulunun seçimi ve azli de erteleme kapsamına girmektedir. İfade edilen hükmün yerindeliği tartışmasına girmeksizin<sup>70</sup>, gerekçenin varmak istediği sonuç tartışmaya açıktır<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Öğretide Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu'nun 364'üncü maddesi karşısında 413/3'ü gereksiz görmektedir (Bkz. Moroğlu, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 230). TTK md. 364, "Yönetim kurulu üyeleri ... gündemde madde bulunmasa bile, haklı bir sebebi varlığı halinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler..." şeklindedir.

<sup>71</sup> Ayrıca bkz. Moroğlu, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 230 ve 231.





Moroğlu, bu hükmü, Kanun'da benimsenen çoğunlukça istenmeyen yönetim kurulu üyelerinin azlinin geciktirilmemesi gerektiği ilkesine aykırı bulmaktadır<sup>72</sup>.

Eski Kanun döneminde Yargıtay'ın yönetim kurulu üyeleri ile denetçinin seçimini bilançonun onaylanması ile bağlantılı görmemesi ve erteleme talebinden etkilenmemesi görüşü üzerine<sup>73</sup> Teoman kaleme aldığı makalesinde, yönetim kurulu üyelerinin bu şekildeki seçimini uygun bulmadığını ifade etmiştir. Zira bilanço görüşmelerinin ertelenmesi hâlinde genel kurulda bilanço hakkındaki tartışmalar henüz bitmemiştir. Azınlık, erteleme süresi içinde bilançoğu inceledikten sonra bilançoğa itiraz edebilir. Yazar, bilanço görüşmelerinin ertelendiği toplantıda eski yöneticilerin yeniden seçilmemeleri gerektiğini ifade etmiştir<sup>74</sup>.

Tekinalp<sup>75</sup>, ibra edilmemiş yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçilemeyeceğini belirtmektedir<sup>76</sup>. Yazar, ertelemeyen etkilenecekler bakımından bir ayrıma gitmektedir. Ayrım, ibra edilmiş ve edilmemiş yönetim kurulu üyesi şeklindedir. Söze konu ifadenin mefhum-u muhalifinden hareketle, ertelemenin talep edildiği toplantıda ibra edilmiş bir yönetim kurulu üyesi varsa, bu üyenin tekrar seçilebileceği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan yeni yönetim kurulu üyesinin seçiminin erteleme kapsamında olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 413'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası açık bir şekilde, "yeni yönetim kurulu üyelerinin seçimini..." finansal tabloların müzakeresi ile ilgili saymıştır. O halde, yönetim kurulu üyelerinin seçiminde ikili bir ayrıma gidilmelidir. Zira ertelemenin kapsamı bakımından mevcut yönetim kurulu üyeleri ile yeni seçilecek yönetim kurulu üyeleri arasında farklılık vardır. Nitekim yeni yönetim kurulu üyesinin seçimi hiçbir şekilde mümkün değilken; mevcut yönetim kurulu üyesi, ibra edilmiş olması koşulu ile erteleme kapsamına girmeksizin yeniden seçilebilecektir<sup>77</sup>.

Son olarak belirtmelidir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 413'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, herhangi bir finansal tablonun müzakeresi maddesi ile ilgili olmayıp; yılsonu finansal tabloların müzakeresi ile ilgilidir. Olağan genel kurul toplantısının olağan gündem maddelerinden birisi de "yılsonu finansal tabloların müzakeresi"dir. Olağanüstü genel kurul toplantısının gündeminde yılsonu niteliğinde olmayan finansal tabloların müzakeresi maddesi yer almakta ise, bu gündem maddesi ile yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi, ilişkili<sup>78</sup> değildir. Bunun sonucu olarak, azınlık Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci madde kapsamında finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresini bir ay

<sup>72</sup> Moroğlu, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 238.

<sup>73</sup> 11. HD., T. 10.07.1986, E. 1986/3798, K. 1986/4357.

<sup>74</sup> Teoman, Yeni Yönetim Kurulu Seçilir Mi?, s. 82.

<sup>75</sup> Tekinalp, s. 331.

<sup>76</sup> Çamoğlu ise, mevcut yönetim kurulu üyesinin ibra edilmiş olup olmadığı noktasında fark gözetmeksizin, yeniden seçilemeyeceğini ve ertelemenin kapsamında yer alacağını söylemektedir. Bunun gerekçesini, mevcut yönetim kurulu üyelerinin henüz ibra edilmemiş olmaları değil, aksine genel kurulda bilanço hakkındaki tüm tartışmaların bitirilmemiş olması şeklinde ifade etmektedir (Bkz. Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 82).

<sup>77</sup> Öğretide Çamoğlu, 6762 sayılı Kanun döneminde kaleme aldığı makalesinde, yönetim kuruluna seçilmesi önerilen kişilerin tümü ile yeni isimlerden oluşması ihtimalinde, azınlığın bilanço görüşmelerini bir ay erteletirmesine rağmen, genel kurulun gündeminde yer alan "yönetim kurulunun seçimi" maddesi görüşülüp karara bağlanabileceğini savunmuştur (Bkz. Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 82).

Ne var ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte bu görüş geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır. Zira 413'üncü madde hükmü açık bir şekilde, yeni yönetim kurulu üyesi seçimini ertelenen konular arasında zikretmektedir.

<sup>78</sup> Kanunî ifadeyle, finansal tabloların müzakeresine bağlı değildir.



sonraya bırakma hakkını kullanacak olursa, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi bu ertelemeyi etkilenmeyecektir.

## b. İbra

Şirketler hukuku bakımından teknik bir kavramı ifade eden ibra, borçlar hukukunda taşıdığı anlamdan farklılık arz etmektedir<sup>79</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun "ibra" kenar başlığını taşıyan 132'nci maddesi, "borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır" şeklindedir. Zikredilen hükme göre, borçlar hukukunda ibra, bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle borç tamamen veya kısmen ortadan kalkmaktadır<sup>80</sup>. Malvarlığına yaptığı etki bakımından tasarruf işlemleri arasında yer almaktadır<sup>81</sup>.

Ticaret hukuku anlamında ibra, menfi borç ikrarı niteliğindedir ve tek taraflı bir işlemdir<sup>82</sup>. Diğer bir deyişle ticaret hukuku anlamında ibra, genel kurul tarafından alınan bir kararla, yönetim kurulu üyelerinin son dönemdeki iş ve işlemlerinin hukuka ve şirket esas sözleşmesine uygunluğunun kabul edilmesidir<sup>83</sup>. Bunun sonucu olarak şirket<sup>84</sup>, ibra edilen kişilere karşı sorumluluk davası açamamaktadır<sup>85</sup>. Yönetim kurulu üyesinin ibra edilmemiş olması, sorumluluk davasının dava şartlarındandır.

İbra kararı almaya yetkili organ, genel kuruldur. Bu yetki, genel kurulun devredilemez yetkilerindedir (TTK md. 408/2-b). İbra kararı açık bir şekilde alınabileceği gibi örtülü bir şekilde de alınabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 424'üncü maddesinin birinci cümlesi, "bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur..." şeklindedir. Söz konusu ibra öğretide "örtülü ibra" olarak isimlendirilmektedir<sup>86</sup>.

424'üncü maddenin "ibra" olan kenar başlığı adalet komisyonu raporu doğrultusunda, maddenin ibrayı değil bilançonun onaylanmasına ilişkin kararın sonucunu düzenlediği gerekçesiyle, "bilançonun onaylanmasına ilişkin karar" olarak değiştirilmiştir<sup>87</sup>. Bu değişiklik, Moroğlu tarafından maddenin

<sup>79</sup> Aytaç, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 7; Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1975, s. 144; Atan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 59 ve 60; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esasları, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 724.

<sup>80</sup> Eren, s. 1270.

<sup>81</sup> Eren, s. 1271.

<sup>82</sup> Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.344; Aytaç, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 7; Çelik, s. 13; Bahtiyar, s. 394.

<sup>83</sup> Aytaç, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 15 ve 16; Ulusoy, Şirketler Hukukunda İbranın Hukukî Niteliği, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 253 vd.

<sup>84</sup> İbra şirket içi bir işlemdir. Bu nedenle ibra kararı sadece şirketi ve belirli koşulların varlığında bazı pay sahiplerini bağlar; alacaklılara bir etkisi ise yoktur. Bkz. Aytaç, İbra, s. 16; Şener, s. 425.

<sup>85</sup> Moroğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı Ve Geri Alınması, BATİDER, 2001, C. XXI, S, 2, s. 5; Çamoğlu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 196; Pulaşlı, Eski Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurulun İbra Etmeme Kararının İptalini Dava Etme Hakkının Türk Ticaret Kanununa Ve Tasarıya Göre Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 261 vd.

<sup>86</sup> Pek çokları yerine bkz. Tekinalp, s. 366.

<sup>87</sup> Bkz. TTK md. 424'e ilişkin Adalet Komisyonu Raporu.



örtülü ibrayı düzenlediği gerçeğini değiştirmemesi nedeniyle, haklı olarak eleştirilmiştir<sup>88</sup>. Gerçekten de, Kanun'un açık ifadesine göre, bilançonun onaylanmasına ilişkin karar ibra niteliğindedir.

Söze konu hüküm, azınlığın finansal tabloların ve buna bağlı konuların müzakeresinin ertelenmesi hakkını düzenleyen 420'nci madde ile bağlantılıdır. Zira kararda aksine açıklık bulunmaması şartı ile, genel kurulda alınan bilançonun onaylanmasına ilişkin karar, ibra sonucunu doğurmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 424'üncü maddesinde ibra kararı, bilançonun onaylanması kararı ile bağlantılı kabul edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi ise "finansal tablolara bağlı konuların" da azınlığın talebi doğrultusunda erteleneceğini düzenlemektedir. Nitekim ibra kararı da bir ay sonraya ertelenmelidir.

Bu sonuca genel kurulun gündeminde ayrıca ve açıkça ibraya ilişkin bir maddenin yer almaması ihtimalinde varılmıştır. İbraya ilişkin açık bir gündem maddesinin yer alması durumunda varılan bu sonucun değişip değişmeyeceği tartışılabilir. Diğer bir deyişle ibraya ilişkin açık bir gündem maddesinin yer alması ihtimalinde ibra, TTK md. 420 hükmüne göre ertelenecek midir?

Bu noktada, ibranın finansal tablolara bağlı bir konu olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır.

Öğretide ağırlıklı görüş ibranın finansal tablolar ile ilişkili bir konu olduğu ifade edilmekle beraber, aksini savunan yazarlar da vardır.

Aksini savunan yazarlardan Çelik, bilançonun onaylanması ile ibra kararlarının birbirinden bağımsız hususlar olduğunu ifade etmiş; bu nedenle ibra kararının ertelenmeyeceğini belirtmiştir<sup>89</sup>.

Bizim de katıldığımız Arslanlı, Birsal, Tekinalp, Çamoğlu'na göre ise ibra ile finansal tablolar ilişkili gündem maddeleridir. Finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi durumunda ibra maddesi de ertelenmelidir.

### 3. Öğretideki Görüşler

Finansal tabloların müzakeresi ile ilişkili konuların bir kısmı Kanun'da ifade edilmiştir. Fakat finansal tabloların müzakeresi ile ilişkili konular bunlarla sınırlı değildir. Zira finansal tabloların müzakeresi ile ilişkili olan konuları, kanunî iz düşümleri ile sınırlamak ticarî hayatın gerçekleri ile bağdaşmaz. Kanun koyucunun amacının bu şekilde sınırlamak yönünde olmadığını, ertelemenin düzenlendiği 420'nci maddenin, "finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular" biçimindeki ifade tarzını tercih etmesinden anlamak mümkündür.

Erteleme kapsamına girecek gündem maddelerinin tayin ve tespitinde finansal tabloların müzakeresi "ve buna bağlı konular" kriteri yol gösterici olacaktır. Kanaatimizce bu kriter geniş yorumlanmalıdır. Diğer bir deyişle, finansal tablolar ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde bağlantılı olan konular erteleme kapsamına girmelidir<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Bkz. Moroğlu, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 244.

<sup>89</sup> Çelik, s. 166 ve 167.

<sup>90</sup> Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 289.



Arslanlı ve Birsel, bilançonun onaylanması hakkındaki gündem maddesini geniş yorumlamışlar, bilançonun onayı ile ilgili bulunan diğer gündem maddelerinin de bir ay sonraya bırakılması gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>91</sup>.

Çamoğlu, bilanço müzakereleri ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı olan gündem maddelerinin tümünün erteleme kapsamı içinde yer alacağını belirtmiştir<sup>92</sup>.

Yargıtay'ın yönetim kurulu üyeleri ile denetçinin seçimini bilançonun onaylanması ile bağlantılı görmemesi ve erteleme talebinden etkilenmemesi görüşü üzerine Teoman kaleme aldığı makalesinde, yönetim kurulu üyelerinin bu şekilde seçimini uygun bulmadığını ifade etmiştir. Zira bilanço görüşmelerinin ertelenmesi hâlinde genel kurulda bilanço hakkındaki tartışmalar henüz bitmemiştir. Azınlık, erteleme süresi içinde bilançoju inceledikten sonra bilançoju itiraz edebilir. Yazar, bilanço görüşmelerinin ertelendiği toplantıda eski yöneticilerin yeniden seçilmemeleri gerektiğini ifade etmiştir<sup>93</sup>.

Tekinalp eTK döneminde kaleme aldığı bir makalede, bilançonun ertelenmesi ile etkilenecek maddeler ölçütünün kabul edilmesini önermiştir<sup>94</sup>. Yeni Türk Ticaret Kanunu döneminde kaleme aldığı eserinde ise, ibra edilmemiş yönetim kurulu üyelerine kazanç payı veya genel kurul kararı ile ikramiye verilmesini, rekabet ve şirket ile işlem yapabilmeleri izninin verilmesini erteleme kapsamında saymıştır<sup>95</sup>.

Kanaatimizce bu sayılanlara pay sahiplerine kâr payı verilmesi<sup>96</sup>, yönetim kurulu faaliyet raporu, sermaye artırımı ve azaltımı da eklenebilir.

## Sonuç

Çalışmamızda Türk Ticaret Kanunu'nun 420'nci maddesi ile azınlığa tanınan finansal tabloların müzakeresi ile buna bağlı konuların ertelenmesi hakkı, eTK, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay uygulamaları ekseninde, olan ve olması gereken hukuk boyutları ile incelenmiştir. Nitekim çalışmaya konu 420'nci maddeye dair vardığımız sonuçlar sırasıyla şu şekildedir:

1. Madde kenar başlığı ile hükmü uyumlu değildir. Zira "toplantının ertelenmesi" kenar başlığını taşıyan düzenleme, toplantının bir bütün olarak erteleneceği izlenimi yaratmaktadır. Bu ise yanıltıcıdır. Ertelenen bir bütün olarak genel kurul toplantısı değil; sadece finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresidir. Bu nedenle, kenar başlığının "finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresinin ertelenmesi" şeklinde değiştirilmesi, hükmün içeriği ile uyum sorununu giderecektir.
2. Finansal tabloların müzakeresinin "toplantı başkanının kararıyla" alınacak olması, yeni sorunlara kapı aralayacak türdendir. Bu ibare, olması gereken hukuk bakımından, "genel kurul kararıyla" şeklinde olmalıdır. Nitekim toplantının ikinci kez ertelenmesine "genel kurul" yetkili kılınmıştır. Bu

<sup>91</sup> Arslanlı, Anonim Şirketler I, s. 242; Birsel, s. 140.

<sup>92</sup> Çamoğlu, Bilançonun Ertelenmesi, s. 289.

<sup>93</sup> Teoman, Yeni Yönetim Kurulu Seçilir Mi?, s. 82.

<sup>94</sup> Tekinalp, Bilançonun Ertelenmesi, s. 238.

<sup>95</sup> Tekinalp, s. 366.

<sup>96</sup> Benzer şekilde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2010, N. 757a.



yönde yapılacak değişiklikle, birinci erteleme ile ikinci erteleme kararını verecekler bakımından da yeknesaklık sağlanmış olacaktır.

3. Birinci fıkrada yer alan “bir aylık” erteleme süresinin uzatılmayacağı kanaatindeyiz. Sürenin uzatılması pay sahiplerinin yararına gibi görünse de, bu, çeşitli olumsuz sonuçlara neden olabilir. Kötüniyetli azınlık finansal tabloların müzakeresini sürüncemede bırakabilecek, istenmeyen yönetim kurulu üyeleri görevden alınamayacak ve yerlerine yenileri seçilemeyecektir. Bu ve benzeri nedenlerden dolayı, bir aylık sürenin uzatılmayacağı kesin bir dil ile yeniden kaleme alınması gerekmektedir.
4. İkinci fıkra, erteleme ne kadar süreliğine gerçekleşeceğine dair herhangi bir ibare içermemektedir. Bu eksiklik Bakanlık Temsilciliği Yönetmeliğinin 28’inci maddesinin dördüncü fıkrası ile giderilmiştir. Bu düzenleme kanun yapım tekniğine uygun değildir. Bu nedenle yönetmelikle yapılan düzenlemenin, Kanuna aktarılması gerekmektedir.
5. Erteleme neticesinde yapılan ikinci toplantının, ilk toplantının devamı niteliğinde olup olmadığı; ikinci toplantıda yeni gündem maddelerinin görüşülüp görüşülemeyeceği belirsizdir. Bu belirsizliklerin giderilerek hükmün yeniden kaleme alınması, hukuk güvenliğinin bir gereğidir. Kanaatimizce ikinci toplantı, ilk toplantıdan bağımsız düşünülemez. Diğer bir deyişle ikinci toplantı, ilk toplantının devamı niteliğindedir. Nitekim ikinci toplantıda, sadece ertelenen konular müzakere edilip karara bağlanmalıdır.
6. 420’nci maddenin ikinci fıkrası birinci fıkradan farklı olarak, ikinci kez ertelenebilecek konuların kapsamını daraltmıştır. Gerçekten, birinci fıkrada finansal tabloların müzakeresi “ve buna bağlı konular” erteleme kapsamında iken; ikinci fıkrada “ve buna bağlı konular” yer almamaktadır. Hükmün lafzına sadık kalındığında ikinci erteleme kapsamında sadece finansal tabloların müzakeresinin yer alacağı; buna karşın finansal tabloların müzakeresine bağlı konuların yer almayacağı pekâlâ düşünülebilir. Kanaatimizce kanun koyucunun bu tercihi bilinçli değildir. Diğer bir deyişle, “ve buna bağlı konuların” ikinci fıkra metninde yer almamasının nedeni, yapım sürecinde kanun koyucunun gözünden kaçmış olmasıdır! Aksini kabul, hükmün ratio legisine aykırılık teşkil eder. Söz konusu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.
7. TTK md. 420/2 hükmünde, ikinci erteleme kararını almaya yetkili olan kişi belirsizdir. Bu belirsizlik nedeniyle, erteleme kararı, birinci fıkranın kıyasen uygulanması suretiyle toplantı başkanı tarafından alınması şeklinde pekâlâ yorumlanabilir. Fakat ilk erteleme kararının aksine ikinci erteleme kararını vermeye toplantı başkanı yetkili değildir. Eksiklik, “genel kurulun alacağı kararlar bir ay sonraya bırakılır” şeklinde yapılacak bir eklemeyle giderilmelidir.
8. Kanun koyucu eTK’den farklı olarak isabetli bir şekilde finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresini erteleme kapsamına almıştır. “Buna bağlı konuların” belirsizliği gerekçesiyle hukuk güvenliğinden uzaklaşıyor şeklinde haklı eleştiriler yönetilebilir. Fakat bunun tespiti öğreti ve yargı uygulamalarına bırakılması hukuk tekniği açısından isabetli olmuştur.

#### **Kaynakça**

Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1975.

Arsanlı, Halil: Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960 (Anonim Şirketler I).

Arsanlı, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, 2. Bası, İstanbul 1960 (Anonim Şirketler II-III).



Atan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Aydın, Aydın: “Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 29-50.

Aytaç, Zühtü: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982 (İbra).

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2017.

Bahtiyar, Mehmet: “Türk Ticaret Kanun Tasarısının Dili Ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Makalelerim II, İstanbul 2008, s. 138-150.

Baştuğ, İrfan: Şirketler Hukuku Temel İlkeleri, İzmir 1974.

Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa 2013.

Birsel, Mahmut T.: Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 619-659.

Çamoğlu, Ersin: “Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler?”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul 2003 (Bilançonun Ertelemesi).

Çamoğlu, Ersin: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, İstanbul 2010.

Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007.

Domaniç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II: TK 269-474, Anonim Şirketler, İstanbul 1988.

Eminoğlu Cafer/Dalgıç Altıntaş: “Türk Ticaret Kanunu’nun 340. Maddesi: Sermaye Şirketleri Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sonu Mu?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, Yıl: 2014, s. 1-25.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.

Helvacı, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 297-310 (Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği).

Hirsch, Ernst E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1946.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

İmregün, Oğuz: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul 1962 (Menfaat İhtilafları).

İmregün, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989 (Anonim Ortaklıklar).

Karahan, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar Ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991.

Karahan, Sami (Edit): Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013.

Karasu, Rauf: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, BATİDER 2005, C. CCIII, S. 2, s. 73-114.



- Karasu, Rauf: Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Karasu, Rauf: “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler Ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. I, S. I, Yıl: 2015, s. 115-132.
- Kaya, Arslan: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.
- Kayar, İsmail: Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989.
- Kendigelen, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.
- Kırca, İ./Şehriali Çelik, F. H./Manavgat, Ç: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Kırca, İ./Şehriali Çelik, F. H./Manavgat, Ç: Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, 2. Bası, Ankara 2017.
- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurur Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul 2017 (Hükümsüzlük).
- Moroğlu, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, 8. Bakı, İstanbul 2016 (Değerlendirme Ve Öneriler).
- Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklık Yönetim Ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı Ve Geri Alınması, BATİDER, 2001, C. XXI, S. 2, s. 5-12.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 13. Bası, İstanbul 2015.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2010 (2010).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2009 (Şirketler 2009).
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esasları, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011 (C. II).
- Pulaşlı, Hasan: Eski Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Kurulun İbra Etmeme Kararının İptalini Dava Etme Hakkının Türk Ticaret Kanununa Ve Tasarıya Göre Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 261-283.
- Püsküllüoğlu, Ali: Öz Türkçe Sözlük, 7. Bası, Ankara 1982.
- Sumer, Ayşe: Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Hakkı Nedenle Feshi, İstanbul 1991.
- Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.
- Tekil, Fahiman: Şirketler Hukuku, C. II, İstanbul 1976, s. 464; Arslanlı, Anonim Şirketler I, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Tekinalp, Ünal: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1978.





Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.

Tekinalp, Ünal: “Azınlığın Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Müzakerenin Ertelenmesi İstemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 233-243 (Bilançonun Ertelenmesi).

Teoman, Ömer: “Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m.377) Konusundaki Yargırat Kararlarının Değerlendirilmesi”, Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, İstanbul 2000, s. 127-150.

Teoman, Ömer: “Bilanço Görüşmelerinin Azınlığın İstemi Üzerine Ertelendiği Genel Kurul Toplantılarında Yeni Yönetim Kurulu Seçilir Mi?”, Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, İstanbul 2000, s. 77-84 (Yeni Yönetim Kurulu Seçilir Mi?).

Toroslu, Vefa: Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim, Ankara 2015.

Ulusoy, Erol: Şirketler Hukukunda İbranın Hukukî Niteliği, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 253-282.



## ÖN İNCELEME DURUŞMASININ TARAFLARIN MAZERETİ SEBEBİ İLE HMK M. 140/4 HÜKMÜ GEREĞİNCE ERTELENİP ERTELENEMEYECEĞİ SORUNUNA YENİ BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Gör. Orhan EROĞLU

Ufuk Üniversitesi, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı

### Öz

HMK m. 140/4 hükmü gereğince ön inceleme duruşmasının tek oturumda tamamlanması gerekmektedir. Madde, zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilebileceğini bildirmektedir. Ancak, HMK m. 140/4 yanlış yorumlanmaktadır. Uygulamada bu maddeye; ön inceleme duruşmasının, taraflardan birinin mazeret dilekçesi vermesi sebebi ile başka bir güne ertelenmesinde başvurulmaktadır. Taraflardan birinin ikinci kez tayin edilen duruşma için de mazeret dilekçesi vermesi halinde, üçüncü kez yeni bir duruşma günü tayin edilemeyeceği gerekçe gösterilerek ön inceleme duruşması tamamlanmaktadır.

Ön inceleme duruşması açısından yeni bir gün tayin edilebilmesi için; ön inceleme duruşmasının başlamış olması ancak örneğin, tarafların sulh olması için süre verilmesi gibi zorunlu bir sebeple oturumun tamamlanamamış olması gerekmektedir. Taraflardan birinin mazeret dilekçesi vermesi sebebi ile ön inceleme duruşması için başka bir gün tayin edilmesinde, ön inceleme duruşması hiç başlamamıştır ve bu durum HMK m. 140/4' de öngörülen zorunlu hal kapsamına girmemektedir. Maddenin yanlış yorumlanması sebebi ile ön inceleme duruşması, yargılamanın uzamasına sebebiyet vermektedir. Bu çalışmada, ön inceleme kurumunun yargılamadaki rolü, HMK m. 140/4' de yer alan eksiklikler ve çözüm yolları yer almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ön İnceleme, Oturum, Mazeret Dilekçesi, Tahkikat, Usul Ekonomisi

**A RECENT LOOK TO THE ISSUE WITHIN THE SCOPE OF**

**THE CCP NO: 6100 ARTICLE 140/4**

**WHETHER THE PRELIMINARY HEARING CAN BE POSTPONED BY THE REASON THAT EXCUSES OF THE PARTIES**

### Abstract

The preliminary hearing must be ended with a single session because of The Code of Civil Procedure No: 6100 article 140/4. The aforementioned article is reporting what a new trial day can be determined if there is a compulsory situation, only for once. However, this article has been misinterpreted. In practice, this article is being applied in case of the preliminary hearing is postponed by the reason that the petition of excuse by one of the parties. The preliminary hearing is being ended for why the new trial



day can not be determined for the third time if the petition of excuse by one of the parties has been given again for the new trial day.

In order to be able to determine a new trial day for the preliminary hearing, it is requisite that the preliminary hearing session has begun but can not be completed for a compulsory reason, For instance, if a time is given to the parties for the settlement. In case of assigning another day for the preliminary hearing by reason one of the parties gives a petition of excuse, the preliminary hearing is not started least of all. And this situation is not counted as one of the compulsory conditions of The Code of Civil Procedure No: 6100 article 140/4. Due to misinterpretation of the article, the preliminary hearing leads to the prolongation of the trial. In this article, preliminary regime's status in the judgment, deficiencies of the CCP No: 6100 article 140/4 and the resolutions about these problems have been presented.

**Keywords:** Preliminary, Session, The Petition of Excuse, Inquirement, Procedural Economy

### **Giriş**

“Adaletin en kötüsü geç tecelli edenidir. Sonunda hüküm isabetli olsa da, geciken adalet zulümdür.” (Orhan Gazi)

Adaletin dağıtılmasında yaşanan gecikme, yargılamanın yıllarca sürmesi ülkemizde kangrene dönüşen bir sorundur. Prof. Dr. Baki Kuru, bir makalesinde; “Adalet dağıtımındaki gecikmeler, vatandaşımız için sadece bir şikâyet konusu değil, aynı zamanda bir ızdırap kaynağı olmuştur.”<sup>1</sup> demek sureti ile yaşanan mağduriyeti gözler önüne sermiştir. Prof. Dr. Baki KURU' nun vatandaşın mağduriyetini dile getirdiği bu makale 1984 tarihli. 1984' de ve hatta daha öncesinde mevcut olan ve günümüze adeta bir çığ gibi büyüyen gelen adaletin dağıtılmasında yaşanan gecikme sorunu ancak hukukun doğru uygulanması ile çözüme kavuşturulabilecektir.

Çalışmamızda HMK m. 140/4' de yer alan “yeni bir duruşma günü tayin edilir” ibaresinin yanlış yorumlandığı ve bu nedenle ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi halinde mahkemelerce yanlış bir yol izlendiği ve buna bağlı olarak yargılamanın daha en başında adaletin dağıtılmasının aylarca ertelendiği sorunu üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, öncelikle genel hatları ile davanın açılması, dilekçelerin teatisi aşaması ve ön incelemeye yer verilmiş, akabinde ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi halinde HMK m. 140/4 hükmü gereğince ön inceleme duruşmasının ertelenebilip ertelenemeyeceği sorunu detaylıca incelenmiştir.

## **I. Medeni Yargılama Hukukunda Ön İnceleme Aşaması**

### **A. Genel Hatları İle Davanın Açılması Ve Dilekçelerin Teatisi Aşaması**

Herkes, Anayasa m. 36 hükmü gereğince meşru vasıtalardan faydalanarak mahkemeler önünde davacı veya davalı olarak bulunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Buna, dava hakkı denilmektedir. Dava hakkı ve bu kapsamda adil yargılanma hakkı gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nde gerekse de Anayasa' da koruma altına alınmıştır. Dava hakkının kullanılması beraberinde adil yargılanma hakkını getirmektedir. Bir yargılamanın adil olması ve yargılamanın etkin, verimli ve sonuç odaklı olabilmesi için usuli kuralların titizlikle ve kanuna uygun şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda, hukuk

<sup>1</sup> Kuru, Baki, Makaleler, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler (S.117 - 146), İstanbul 2006, S.117.



mahkemelerinde açılan özel hukuk alanındaki bütün yargısal faaliyetlerde, usul kurallarının kanunun öngördüğü şekilde ve etkin olarak uygulanması gerekmektedir. Aksi takdirde, maddi mutlak gerçekliğe ulaşamayacak ve hak sahipleri ihkak-ı hak yoluna gidecek, caiz olmayan yollar ile hak aramanın öntü açılacaktır.

Anayasa ile güvence altına alınan dava hakkının kullanılması ile mahkeme açısından davanın incelenmesi zorunluluğu doğacaktır. Açılan davada usuli eksiklikler bulunsa dahi mahkeme, açılan davayı incelemek zorundadır. Mahkeme, bu inceleme zorunluluğunun gereğini yargılama yapmak sureti ile yerine getirecektir. Hukuk mahkemelerinde yapılan yargılama, kendi içerisinde çeşitli aşamalara ayrılmıştır. Temel yargılama aşamaları; davanın açılması ( HMK m. 118 vd.), dilekçelerin teatisi aşaması ( HMK m. 126-136), ön inceleme (HMK m. 137-142), tahkikat, tahkikatın sona ermesi - sözlü yargılama ( HMK m. 184-186) ve son olarak da hüküm ( HMK m. 294 vd.)' dür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yargılama usulü olarak iki yargılama usulü öngörmüştür. Bunlardan birincisi yazılı yargılama usulü (HMK madde 118–186), ikincisi ise basit yargılama usulüdür (HMK madde 316–322).

HMK' nın öngördüğü yargılama usullerinde asıl olan yargılama usulü yazılı yargılama usulüdür. Yazılı yargılama usulünde dilekçelerin teatisi aşaması; davanın açılmasından sonra dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi, davalının dava dilekçesine karşı cevap dilekçesi sunması, cevap dilekçesinin davacıya tebliğinden sonra davacının cevaba cevap dilekçesi sunması ve son olarak da davalının ikinci cevap dilekçesi sunması olmak üzere dört safhadan oluşmaktadır. Dilekçelerin teatisi aşaması teksif ilkesi ile yakın ilişkilidir. Teksif ilkesine göre taraflar, bütün iddia veya savunma sebeplerini, belirli bir usul kesiti içerisinde ileri sürmelidir<sup>2</sup>. Bu usul kesitinden sonra ileri sürülen iddia veya savunmalar kural olarak mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir. Teksif ilkesi gereğince dilekçelerin teatisi aşamasında davacı iddiasını, davalı ise savunmasını dilediği şekilde değiştirip genişletebilecektir<sup>3</sup>. Bu usulde, hâkim dosya

<sup>2</sup> ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 156; ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s. 4; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C:1,2 İstanbul, 2000, s. 252, 253; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:II, İstanbul 2001, s. 1709; ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 185, 186; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 368; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 101; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan /YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 350; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 267, 268; GÖRGÜN, Şanal, Medeni Usul Hukuku, 4. baskı, Ankara 2015s. 240; ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. baskı, Konya 2015, s. 128; POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 169; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 155; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C:I, Ankara 2016, s. 362; PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ-KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, C:II, İstanbul 2017, s. 1249; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 181; YBGK, 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1; "Bu külfet, iddia ve savunma sebeplerinin yargılamanın belirli bir aşamasına kadar ileri sürülmesini, bundan sonra ileri sürülen iddia ve savunma sebeplerinin mahkemece dikkate alınmayacağını ifade eden "teksif ilkesi" ile de ilişkilidir."; Y.8.HD., 29.01.2013, E. 2012/10670, K. 2013/944 ([www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim](http://www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim) tarihi:23.04.2018).

<sup>3</sup> AKCAN, Recep, Hükümün Bozulması Sonrasında İslah, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 860; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:III, S:1, Y:2006, s. 172, 173; KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, C:85, S:5, Y:2011, s. 15; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara 2012, s. 965; YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 6100 sayılı HMK'na göre Değiştirilmiş, Ankara 2013, s. 482; DEYNEKLİ, Adnan, Medeni Usul Hukukunda İslah, Ankara 2013, s. 25; KARSLI, s. 604; GÖRGÜN, s. 302; TANRIVER, s. 678, 683; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 523; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usûl, s. 1267; Y.2.HD., 27.05.2015, E. 2014/24972, K. 2015/10869; "Taraflar cevaba cevap ve 2. cevap dilekçeleriyle serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık

üzerinden esas hakkında karar veremeyeceğinden dolayı, ön inceleme duruşması yapılması zorunludur. Yani, ilk itirazlar ve dava şartlarının değerlendirilmesi aşamasında, dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanmış olması gerekmektedir<sup>4</sup>.

HMK' nın öngördüğü diğer bir yargılama usulü olan basit yargılama usulü, yazılı yargılama usulünün uygulandığı davalara kıyasla, yargılama sürecinin daha hızlı yapılmasının gerektiği konular açısından kabul edilmiş bir yargılama usulüdür<sup>5</sup>. HMK m. 316' da basit yargılama usulünün uygulanması gereken davalar sınırlı olarak sayılmıştır. Basit yargılama usulünde dilekçelerin teatisi aşaması, davanın açılması ile birlikte davacının dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi ve davalının da dava dilekçesine karşı cevap dilekçesi vermesi aşamalarından oluşmaktadır. Basit yargılama usulünde, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilmesi söz konusu olmadığından dolayı, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı davanın açılması ile davacı açısından ve cevap dilekçesinin verilmesi ile davalı açısından başlamaktadır<sup>6</sup>. Bu usulde de mümkün olması halinde, mahkeme dosya üzerinden usule ilişkin karar verebilmektedir. Aksi takdirde yapılan ilk duruşma ön inceleme amacı ile yapılmaktadır.

## B. Ön İncelemenin Kapsamı

Mahkeme, HMK m. 137/1 hükmü gereğince dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanmasından sonra ön inceleme yapar ve HMK m. 137/2 hükmü gereğince ön incelemeyi tamamlamadan ve ön incelemede

---

muvafakatiyle iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun onayı aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir.” ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)-Erişim tarihi: 23.04.2018).

<sup>4</sup> Y.15.HD, 28.10.2014, E. 2014/5360, K. 2014/6131; “Mahkemenin, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verebileceğini öngören aynı Kanun'un 138. maddesi hükmü, dilekçelerin karşılıklı verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, hâkime, belirtilen hususlar hakkında gerekmiyorsa ön inceleme duruşması yapmaksızın karar verebilme yetkisi tanır. Ön inceleme duruşması yapmaksızın dosya üzerinden karar verilebilmesi için de davanın ön inceleme aşamasına getirilmiş olması gereklidir. Yasa'nın 137'nci maddesinin (1.) fıkrasında, ön inceleme dilekçelerinin karşılıklı verilmesinden sonra yapılacağına açıkça öngörülmüş olması karşısında, dava şartlarının mevcut olup olmadığının davanın her aşamasında hâkim tarafından kendiliğinden gözetilebileceğine ilişkin 115/1. madde hükmü de bu hususlarda, davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden karar verilebileceğine izin verir tarzda bir yoruma elverişli değildir. Diğer Yandan; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağını dava ve cevap dilekçesinin verilmesi ile başlatmamış; bu yasağı, dilekçelerin karşılıklı verilmesinin tamamlanmasına, bazı hallerde ön inceleme duruşmasına kadar ileriye ötelemiştir. Tarafların bu haklarını kullanabilmeleri, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesini veya bunun için kanunda belirlenen sürelerin geçmesini gerekli kılar. Bazı hallerde dava dilekçesindeki talebe göre görevli olmayan mahkemenin, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinin verilmesinden sonra görevli hale gelmesi mümkün bulunmaktadır.” (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y:55, S:656, Ağustos 2015, s. 11265,11266).

<sup>5</sup> BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1967s. 641; KAYA, Cemil / AKCAN, Recep, Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı, İÜHFİM, C:LXVII, S:1-2, (s.123-124), İstanbul 2009, s. 135; YILMAZ, Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 539,540; PEKCANİTEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 860, 861; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 769; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 343; GÖRGÜN, s. 411; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 835, 836; ARSLAN/ YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 713; TANRIVER, s. 1060; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s. 858-860.

<sup>6</sup> KAYA / AKCAN, s. 135; ZEKERİYA, YILMAZ, s. 540; MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 495; DEYNEKLİ, s. 13; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 862; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 770; SUNGURTEKİN-ÖZKAN, s. 344; KILIÇOĞLU, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 1247, 1248; GENÇCAN, Ömer Uğur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 1112; KARSLI, s. 660; ULUKAPI, s. 258; GÖRGÜN, s. 413; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 838; KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 669; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ, s. 716; TANRIVER, s. 678, 679.

verilmesi gerekli olan kararları vermeden tahkikat aşamasına geçemez<sup>7</sup>. Ön incelemenin yapılma zamanı dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanması ile başlar. Ön incelemede mahkeme, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, taraflar arasındaki uyuşmazlık konularını tam anlamı ile belirler, hazırlık işlemlerini yapar, tarafların var ise tüm delillerini sunması ve sunulan delillerin toplanması için gerekli olan işlemleri yapar, uyuşmazlık konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konu ise tarafları sulh olmaya teşvik eder ve tüm bu hususları tutanağa geçirir.

Hâkim, ön incelemede öncelikle dava şartlarını ve davalı tarafından ileri sürüldü ise ilk itirazları inceler. Hâkim, HMK m. 138 hükmü gereğince dava şartlarını ve ilk itirazları incelediği aşamada, dosya üzerinden inceleme yapmak sureti ile bu hususta kararını verebilir. Ancak her halükarda bu incelemeyi, taraflar açısından iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı başladıktan sonra yapması gerekmektedir<sup>8</sup>. Ön incelemede dava şartlarının ve ilk itirazların incelenmesi, duruşma açılmasına gerek olmayan işlemlerdir. HMK m. 138/1 hükmü gereğince gerektiği takdirde bu işlemlerin incelenmesi açısından duruşma açılabilir. Bu hususta hâkimin gerek görmemesi halinde incelemeyi dosya üzerinden yaparak usule ilişkin bir karar vermesi de mümkündür.

## C. Ön İnceleme Duruşması

### 1. Tarafların Ön İnceleme Duruşmasına Davet Edilmesi

Hâkim, dava şartlarını ve ilk itirazları inceledikten sonra eğer bu hususta bir eksiklik varsa ve bu eksikliğin tamamlanması mümkün değilse davayı usulden reddeder. Eğer hâkim davayı usulden reddetmemişse ve gerekli incelemeleri tamamlamışsa; bir ön inceleme duruşma günü tayin eder ve bu duruşma gününü taraflara meşruhatlı davetiye ile bildirir. Bu davetiyede, tarafların sulh için gerekli olan hazırlıkları yapmaları ve arabulucuya gidip gitmeyecekleri hususunda bir karar vermeleri taraflara ihtar edilir.

<sup>7</sup> Y.19.HD., 24.11.2014, 570/16706; “[...] dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra, öncelikle dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi, bu konularda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi, dosya üzerinden karar verilemeyen dava şartları ile ilk itirazlar hakkında karar verilmek ve diğer ön inceleme işlemlerini yapmak üzere tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesi, 6100 sayılı HMK 137 ve 140. maddelerine göre ön inceleme duruşmasında gerekli usul işlemleri yapıldıktan sonra tahkikat duruşmasına geçilmesi gerekirken, ön inceleme işlemleri yapılmadan tahkikat duruşmasına geçilmesi ve esas hakkında karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” ([www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim](http://www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim) tarihi: 23.04.2018).

<sup>8</sup> Y.15.HD., 28.10.2014, E. 2014/5360, K. 2014/6131; “Mahkemenin, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verebileceğini öngören aynı Kanun’un 138. maddesi hükmü, dilekçelerin karşılıklı verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, hakime, belirtilen hususlar hakkında gerekmiyorsa ön inceleme duruşması yapmaksızın karar verebilme yetkisi tanır. Ön inceleme duruşması yapmaksızın dosya üzerinden karar verilebilmesi için de davanın ön inceleme aşamasına getirilmiş olması gereklidir. Yasa’nın 137’nci maddesinin (1.) fıkrasında, ön inceleme dilekçelerinin karşılıklı verilmesinden sonra yapılacağına açıkça öngörülmüş olması karşısında, dava şartlarının mevcut olup olmadığından davanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden gözetebileceğine ilişkin 115/1. madde hükmü de bu hususlarda, davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden karar verilebileceğine izin verir tarzda bir yoruma elverişli değildir. Diğer Yandan; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanun’dan farklı olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağını dava ve cevap dilekçesinin verilmesi ile başlatmamış; bu yasağı, dilekçelerin karşılıklı verilmesinin tamamlanmasına, bazı hallerde ön inceleme duruşmasına kadar ileriye ötelemiştir. Tarafların bu haklarını kullanabilmeleri, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesini veya bunun için kanunda belirlenen sürelerin geçmesini gerekli kılar. Bazı hallerde dava dilekçesindeki talebe göre görevli olmayan mahkemenin, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinin verilmesinden sonra görevli hale gelmesi mümkün bulunmaktadır.” (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Y:55, S:656, Ağustos 2015, s. 11265,11266).





HMK m. 141/1 hükmü gereğince ön inceleme duruşmasına, davacının veya davalının mazeretsiz olarak gelmemesi halinde; duruşmaya gelen taraf, herhangi bir sınırlama olmaksızın iddiasını veya savunmasını değiştirip genişletebilir<sup>9</sup>. Ancak bu istisnanın uygulanabilmesi için taraflara çıkarılacak ön inceleme duruşma gününe ilişkin meşruhatlı davetiyede, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmesi halinde bir sınırlama olmaksızın iddia veya savunmasını değiştirebileceğinin veya genişletilebileceğinin ve yapılan işlemlere itiraz edilemeyeceğinin ihtar edilmesi şarttır.

## 2. Ön İnceleme Duruşmasında Yapılacak İşlemler

Ön inceleme duruşmasında yapılması gereken işlemler, HMK m. 140' da belirtilmiştir. HMK m. 140 ön inceleme duruşmasına ışık tutan ve mahkemeye yol gösteren bir hükümdür. Önemle belirtmek gerekir ki yapılan ön inceleme duruşmasında, hâkimin tahkikata ilişkin işlemleri yapması mümkün değildir. Ön inceleme duruşmasında hâkim, dosya üzerinden yaptığı inceleme neticesinde bir karara varmadıysa ve gerekli görürse dava şartları ve ilk itirazlar açısından tarafları dinler ( HMK m. 138 ve HMK m. 140/1). Sonrasında, dilekçelerin teatisi aşamasında ileri sürülen iddia ve savunmalar ışığında tarafların anlaşmışları veya anlaşmadıkları hususları tespit eder ( HMK m. 140/1). Hâkim bu hususta gerekli görürse tarafları dinleyebilir. Tarafların anlaşmışları veya anlaşmadıkları hususların doğru olarak tespit edilmesi yargılamanın verimi ve mutlak maddi gerçeğe ulaşma açısından çok önemlidir. Aksi takdirde yargılama yanlış bir temele oturtulacak ve yargılamada gereksiz birçok işlemin yapılması söz konusu olacaktır.

Yapılan bu tespitten sonra anlaşılmayan hususların sayısı çok fazla olsa dahi hâkim, HMK m. 140/2 hükmü gereğince tarafları sulh olmaya teşvik eder. Tarafların sulh olması gerek usul ekonomisi açısından gerekse de yargılama yapılmaksızın anlaşmazlıkların çözümü ve toplumsal barış açısından çok önemlidir. Hâkimin, tarafları kanunun emredici hükmünü yerine getirmek amacı ile değil, toplum barışının sağlanması amacı ile sulh olmaya teşvik etmesi gerektiği kanaatindeyim. Hâkim, tarafları sulh olmaya teşvik ettikten sonra, bu konuda bir sonuç alınabileceği ancak bu konuda bir süreye ve tarafların karşılıklı olarak görüşmesine ihtiyaç olduğu kanaatine varırsa; bir defaya mahsus olmak üzere, yeni bir duruşma günü verebilir. Yeni bir duruşma günü verilmesini taraflar talep edebileceği gibi hâkim de kendiliğinden karar verebilir. Hâkimin tarafları sulh olmaya teşvik etmesinden sonra, taraflar sulh olmak arzusunda olmadıklarını beyan edebilir. Ancak HMK m. 140/2' nin lafzi yorumundan hâkimin buna rağmen sulh için yine de gün verebileceği sonucu çıkmaktadır.

Ön inceleme duruşması sonunda, sulhe teşvik neticesinde bir sonuç alınıp alınmadığı, sulh faaliyeti neticesinde bir sonuç alınmaması halinde tarafların anlaşmadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa geçirir. Tutanağın altı, ön inceleme duruşmasında hazır bulunan taraflarca veya vekillerince (HMK m. 140/3), hâkim ve zabıt kâtibince imzalanır. HMK m. 140/3 hükmü gereğince tahkikat bu tutanak esas alınmak sureti ile yürütülür. HMK m. 140/5 hükmü gereğince hâkim, ön inceleme duruşmasında davanın taraflarına dilekçelerin teatisi aşamasında gösterdikleri ancak ön inceleme duruşması tarihi itibari ile dava dosyasına sunmadıkları delilleri sunmaları veya bu deliller başka bir yerde ise bu delillerin mahkemece celp edilebilmesi için gerekli açıklamayı yapmaları için iki haftalık

<sup>9</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 342; KURU, Ders Kitabı, s. 202; POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 500; ULUKAPI, s. 291; GÖRGÜN, s. 224; KURU, İstinaf, s. 286; TANRIVER, s. 678, 679; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usûl, s. 1269.



kesin süre verir. Taraflar bu hususları, verilen bu iki haftalık kesin süre içerisinde yerine getirmez ise dilekçelerinde dayanmış oldukları delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına karar verilir.

## **II. Ön İnceleme Duruşmasının Tarafların Mazereti Sebebi İle Ertelenip Ertelenemeyeceği Sorunu**

### **A. Uygulamada Taraflardan Birinin veya Her İkisinin de Ön İnceleme Duruşmasına Mazeret Dilekçesi Vermesi Halinde Mahkemelerin İzlediği Yöntem**

Dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi ve kanunun öngördüğü işlemlerin tamamlanmasından sonra hâkimin, tarafları usulüne uygun olarak ön inceleme duruşmasına davet etmesi ve bu yol ile tarafların ön inceleme duruşmasına katılımlarını sağlanması gerekmektedir. Usulüne uygun olarak ön inceleme duruşmasına çağrılan taraflardan biri veya her ikisinin duruşmaya katılmalarını engelleyen bir mazeretleri mevcut ise; buna ilişkin mazeret mahkemeye bildirilmeli, mazeret belgelendirilmeli ve yeni tayin edilecek olan duruşma gününün bildirilmesi için gerekli giderler yatırılmalıdır.

Gerçekten de taraflar, ön inceleme duruşması için tayin edilen günde hasta olabilir, kaza geçirmiş olabilir veya taraf vekillerinin aynı gün içerisinde ön inceleme duruşmasına katılımı engelleyen başka bir duruşması olabilir ve taraflar bu sebeple ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verebilir. Bu aşamada mazeretin geçerli bir nedene dayandırılması, mazeretin var olduğunun ispatına ilişkin belgelerin ( duruşma zaptı, kaza tutanağı, doktor raporu vs.) mazeret dilekçesine eklenmesi, ön inceleme duruşma tutanağının ve tahkikat için tayin edilen duruşma gününün bildirilmesi için gerekli masrafların ( gider avansı, posta pulu vs.) verilmesi gerekmektedir. Mazeret dilekçesi verilmesi halinde hâkimin, bildiren mazeret sebeplerinin gerçekten var olup olmadığına ilişkin araştırma yapma yükümlülüğü yoktur. Mahkeme mazeretin geçerli olup olmadığını, gerekli olan masrafların karşılanıp karşılanmadığını inceleyecektir. Bu aşamada duruşmaya gelen tarafın mazeret dilekçesine karşı beyanı alınacak ve mazeret hususunda bir karar verilecektir.

HMK m. 140/4; " Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir." şeklindedir. HMK m. 140/4 hükmü gereğince kural olarak ön inceleme duruşmasının, tek duruşmada tamamlanması gerekmektedir. Maddeye göre zorunlu olan hallerde, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir ön inceleme duruşma günü tayin edilecektir. Uygulamada ise sıklıkla taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi vermesi halinde, mahkemece HMK m. 140/4 hükmü gereğince ön inceleme duruşması ertelenmektedir. Mahkeme, taraflardan birinin mazeret dilekçesini HMK m. 140/4 kapsamında zorunlu hal olarak değerlendirmektedir. Taraflardan birinin veya her ikisinin de ikinci kez tayin edilen ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi vermesi halinde mahkeme, HMK m. 140/4' de " bir defaya mahsus olmak üzere" ibaresinden yola çıkarak üçüncü kez ön inceleme duruşması için gün tayin edilemeyeceği gerekçesi ile ön inceleme duruşmasını tamamlamaktadır.

Kanun koyucunun, ön inceleme duruşması yapılmasını öngören düzenlemesi ile güttüğü amaç; dava şartları ve davalı tarafından ileri sürülmüş ise ilk itirazlar hakkında bir karara varılabilmesi ve bu kapsamda usulü eksikliğinin mevcut olması halinde esasa ilişkin incelemeye geçilmemesi; davaya konu uyuşmazlığın tam olarak tespit edilebilmesi için tarafların dinlenilmesi; dilekçelerin teatisi aşamasında tarafların ileri sürdüğü iddia veya savunmalar kapsamında uyuşmazlık konularının tespit edilmesi;



davanın taraflarının sulh yoluna veya arabuluculuğa başvurmaya teşvik edilmesidir. Ön inceleme duruşmasının sonunda düzenlenen tutanak ise HMK m. 140/3 hükmü gereğince ön incelemeden sonra tahkikatın bu tutanak esas alınarak yürütülecek olması sebebi ile önemlidir.

Ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, duruşmaya gelen tarafın iddiasını veya savunmasını serbestçe ve karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç duymadan değiştirip genişletebilmesi, özü itibari ile ön inceleme duruşmasına katılımın sağlanması amacı ile getirilmiş bir düzenlemedir<sup>10</sup>. Kanun koyucu, ön inceleme duruşmasına vermiş olduğu önemi bu düzenleme ile göstermiştir. Kanun koyucunun bu derece önem verdiği ön inceleme duruşması usulüne uygun ve kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde yapılmalıdır. Ön inceleme duruşmasının verimli olması için ise kanunda yer alan düzenlemelerin açık ve yanlış yorumlanmaması gerekmektedir. Kanımızca, ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verildiği durumlarda, HMK m. 140/4 uygulayıcılar ve mahkeme tarafından yanlış yorumlanmaktadır ve bu nedenle yargılama gereksiz yere sürüncemede kalmakta ve hatta adil yargılanma hakkına aykırı olarak reddedilebilmektedir. Çalışmamızın devamında HMK m. 140/4' ün niçin yanlış yorumlandığı ve kanun koyucunun HMK m. 140/4' ü düzenlemekteki amacı açıklanmaya çalışılacaktır.

#### **B. Ön İnceleme Duruşmasına Mazeret Dilekçesi Verilmesi Halinde HMK m. 140/4 Hükmü Gereğince Ön İnceleme Duruşmasının Ertelenebilir Ertelenemeyeceği Sorunu**

Asıl olan ön incelemenin tek duruşmada tamamlanmasıdır. Bu hususun kural olarak görülmesinde yatan sebep usul ekonomisi ve yargılamanın gereksiz yere sürüncemede kalmamasıdır. Zorunlu olan hallerde ise yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. HMK m. 140/4' de yer alan “yeni bir duruşma günü tayin edilir” ibaresi kanımızca yanlış yorumlanmakta ve bu nedenle ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi halinde mahkemelerce yanlış bir yol izlenmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeret dilekçesi vermesi hali mahkemeler ve uygulayıcılar tarafından HMK m. 140/4 kapsamında zorunlu hal olarak değerlendirilmektedir ve bu nedenle ön inceleme duruşması için yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Taraflardan birinin veya her ikisinin, yeni tayin edilen ön inceleme duruşmasına da mazeret dilekçesi vermesi halinde, üçüncü kez ön inceleme duruşması tayin edilemeyeceği gerekçe gösterilerek ön inceleme duruşması yapılmakta ve tahkikat için gün belirlenmekte yahut dosya işlemden kaldırılmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tayin edilen ilk ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin veya her ikisinin de mazeret dilekçesi vermesi halinde ön inceleme duruşmasına hiç başlanmamış olmasıdır. Tayin edilen ilk ön inceleme duruşma gününde duruşma açılmakta, tarafın veya tarafların göndermiş olduğu mazeret değerlendirilmekte, yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Yani bu duruşmada, ön inceleme duruşmasına ilişkin HMK m. 140' da öngörülen usuli işlemler yapılmamaktadır. Sonuç olarak, mazeret dilekçesi verilen duruşma aslında ön inceleme duruşması olarak nitelendirilmemektedir. Duruşma tutanağında da ön inceleme duruşması olduğuna dair bir başlık yer almamaktadır.

HMK m. 140/4' ün lafzı incelendiğinde, tayin edilen ilk ön inceleme duruşmasının başlamış olması; fakat örneğin, duruşmanın mücbir sebep, taraflardan birinin duruşma esnasında hastalanması, duruşmanın uzun sürmesi, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde bir sorun yaşanması gibi bir sebep ile tamamlanamamış olması ve ancak zorunlu olan haller sebebi ile ön inceleme duruşmasının

<sup>10</sup> GÖRGÜN, s. 229; POSTACIOĞLU/ALTAY, 493; TANRIVER, s. 692.

tamamlanamamasından dolayı yeni bir duruşma günü verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, ön inceleme duruşmasının tek oturumda tamamlanmasının kural, ertelenmesinin ise istisna olarak görülmesi ile sabittir. Maddenin yanlış yorumlanmasına sebebiyet veren husus “ duruşma “ ibaresidir. Kanun koyucu her ne kadar duruşma demiş ise de kanımızca maddenin “ ön inceleme tek oturumda tamamlanır” şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında<sup>11</sup>; "Mahkemece dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi aşaması (HMK.md. 126-136) tamamlandıktan sonra ön inceleme duruşma günü ( HMK.md.139) tayin edilmiştir. Davalı-karşı davacı kadının vekili ön inceleme günü duruşma için mazeret dilekçesi göndermiş, mahkemece davalı-karşı davacının mazereti kabul edilerek ön inceleme duruşması davalı-karşı davacının yokluğunda yapılmış ve gelecek oturum tahkikat duruşma günü olarak belirlenerek oturum ertelenmiştir.

Ön inceleme duruşmasında davalı-karşı davacı kadın vekilinin mazereti kabul edilip, duruşmanın bir başka güne bırakılmasına karar verildiğine göre; ön inceleme o gün tamamlanmamış, zorunlu sebeple yeni bir duruşma günü tayin edilmiş demektir (HMK. m. 140/4). Bu durumda, yasanın ön inceleme duruşmasında yapılmasını öngördüğü işlemlerin (HMK.md.137/1, 140/1-2), mahkemece yeniden belirlenen 12.06.2014 günlü duruşmada tamamlanması gerekecektir. Ne var ki, aynı duruşmaya davalı yine mazeret göndererek gelmediğine ve 3. Kez ön inceleme duruşma günü belirlenemeyeceğine göre (HMK.md.140-(4)) göre ön inceleme duruşmasıyla ilgili usuli işlemlerin tamamlanıp, tahkikat duruşma gününün belirlenerek davalının tahkikat duruşmasına usulünce davet edilmiş olması gerekir(HMK.md.147)" demektedir.

Yargıtay kararında da görüleceği üzere, ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi sebebi ile ertelenen duruşma hakkında, ön inceleme duruşmasına başlandığı ancak duruşmanın zorunlu sebep ile tamamlanmadığı şeklinde yorum getirilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ön incelemenin hiç başlamadığıdır. Yeni bir gün tayin edilen duruşma yalnızca gün vermek için usulen açılmış ve bu duruşmada ön inceleme ile alakalı HMK m. 140/4’ de öngörülen herhangi bir usuli işlem yapılmamıştır. Bu nedenle ön inceleme duruşmasının tamamlanmamış olması da söz konusu değildir. Kanun’ un öngördüğü husus, ön inceleme duruşmasına ilişkin oturuma başlanması; ancak zorunlu bir halin mevcut olması halinde ikinci bir oturum için gün verilmesidir. Tarafların vermiş olduğu mazeret dilekçesi zorunlu bir hal değildir ve ayrıca ön inceleme duruşmasına hiç başlanmadığı için tayin edilen yeni duruşma günü de bir önceki duruşmanın devamı mahiyetinde değildir.

Uygulamada, tayin edilen ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi halinde HMK m. 140/4’ ün yanlış yorumlanması neticesinde, ön inceleme duruşması mahkemenin dosya sayısının fazla olması ve iş yükünün ağır olması sebebi ile aylar sonrasına ertelenmektedir. İşte bu ve benzeri nedenlerle ülkemizde yargılamalar yıllarca sürmektedir. Maddenin yanlış yorumlanması, usul ekonomisine de

<sup>11</sup> Y.2.HD., 22.10.2015, E. 2015/4809, K. 2015/19215 ( [www.hukukmedeniyeti.org-Erişim](http://www.hukukmedeniyeti.org-Erişim) Tarihi:23.04.2018). Bu yönde bir başka Yargıtay kararı; Y.2.HD., 20.06.2016, E. 2015/26648, K. 2016/11898; “Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir (HMK m. 140/4). Mahkemece ön inceleme duruşma gününün 13.05.2015 tarihine bırakılmasına karar verilmiş, davalı vekili ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi göndermiştir. Yukarıda açıklanan gerekçeler karşısında mahkemece yeni bir duruşma günü belirlenmek suretiyle usulüne uygun ön inceleme duruşması yapılması, ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra tahkikat aşamasına geçilmesi gerekirken bu usulü işlemler yapılmadan davalının yokluğunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” ( [www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim](http://www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim) tarihi: 23.04.2018).



aykırı hareket edilmesine sebebiyet vermektedir. Usul ekonomisi, HMK m. 30' da; “ Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Tayin edilen ilk ön inceleme duruşması için mazeret dilekçesi verilmesinin zorunlu hal kabul edilmesi ve henüz başlamamış olan ön inceleme duruşmasının sanki HMK m. 140' da öngörülen usuli işlemler yapılmaya başlanmış ancak zorunlu bir halin meydana gelmesi sebebi ile tamamlanamamış gibi HMK m. 140/4' e istinaden ertelenmesi hatalı bir uygulamadır. Anayasa m. 141/4' e istinaden, davaların mümkün olan süratle ve en az gider ile sonuçlandırılması, yargının görevidir. Hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı da ayrıca dikkate alınması gereken hususlardır. Yargı ise ancak kanun maddelerini doğru tatbik ederek yargılamanın makul süre içerisinde yürütülmesini sağlayacaktır.

### Sonuç

Kural olarak ön incelemenin tek duruşmada tamamlanmaktadır. Bu hususun kural olarak görülmesinde yatan sebep usul ekonomisi ve yargılamanın gereksiz yere sürüncemede kalmamasıdır. Zorunlu olan hallerde ise yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. HMK m. 140/4' de yer alan “yeni bir duruşma günü tayin edilir” ibaresi kanımızca yanlış yorumlanmakta ve bu nedenle ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilmesi halinde mahkemelerce yanlış bir yol izlenmektedir. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeret dilekçesi vermesi hali mahkemeler ve uygulayıcılar tarafından HMK m. 140/4 kapsamında zorunlu hal olarak değerlendirilmektedir ve bu nedenle ön inceleme duruşması için yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Taraflardan birinin veya her ikisinin, yeni tayin edilen ön inceleme duruşmasına da mazeret dilekçesi vermesi halinde, üçüncü kez ön inceleme duruşma günü tayin edilemeyeceği gerekçe gösterilerek ön inceleme duruşması yapılmakta ve tahkikat için gün belirlenmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tayin edilen ilk ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin veya her ikisinin de mazeret dilekçesi vermesi halinde ön inceleme duruşmasına hiç başlamamış olmasıdır. Tayin edilen ilk ön inceleme duruşma gününde duruşma açılmakta, tarafın veya tarafların göndermiş olduğu mazeret değerlendirilmekte, yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Yani bu duruşmada, ön inceleme duruşmasına ilişkin HMK m. 140' da öngörülen usuli işlemler yapılmamaktadır. Sonuç olarak, mazeret dilekçesi verilen duruşma aslında ön inceleme duruşması olarak nitelendirilmemektedir.

HMK m. 140/4' ün lafzı incelendiğinde, tayin edilen ilk ön inceleme duruşmasının başlamış olması; fakat örneğin, duruşmanın mücbir sebep, taraflardan birinin duruşma esnasında hastalanması, duruşmanın uzun sürmesi, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde bir sorun yaşanması gibi bir sebep ile tamamlanamamış olması ve ancak zorunlu olan haller sebebi ile ön inceleme duruşmasının tamamlanamamasından dolayı yeni bir duruşma günü verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, ön inceleme duruşmasının tek oturumda tamamlanmasının kural, ertelenmesinin ise istisna olarak görülmesi ile sabittir. Kanunun öngördüğü husus, ön inceleme duruşmasına ilişkin oturuma başlanması; ancak zorunlu bir halin mevcut olması halinde ikinci bir oturum için gün verilmesidir. Tarafların vermiş olduğu mazeret dilekçesi zorunlu bir hal değildir ve ayrıca ön inceleme duruşmasına hiç başlanmadığı için tayin edilen yeni duruşma günü de bir önceki duruşmanın devamı mahiyetinde değildir. Sonuç olarak mahkemelerin, taraflardan birinin veya her ikisinin de ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi vermesi halinde bu durumu herhalde zorunlu hal olarak kabul etmemesi, henüz başlamamış olan ön inceleme duruşmasının sanki HMK m. 140' da öngörülen işlemler yapılmaya





başlanmış gibi HMK m. 140/4' e istinaden ertelenmemesi, HMK m. 140/4' e istisnai hallerde başvurulması gerektiği kanaatindeyiz.

#### **Kaynakça**

Akcan, R. (2003). Hükümün bozulması sonrasında ıslah, Ünal Tekinalp' e Armağan. İstanbul: Beta Yayınları.

Alangoya Y. (1979). Medeni usul hukukunda vakıaların ve delillerin toplanmasına ilişkin ilkeler. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Alangoya, Y. ve YILDIRIM, K. ve Deren-Yıldırım, N. (2009). Medeni usul hukuku esasları. İstanbul: Beta Yayınları.

Ansay, S. Ş. (1960). Hukuk yargılama usulleri. Ankara: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Arslan, R. ve Yılmaz, E. ve Taşpınar-Ayvaz, S. (2016). Medeni usul hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Bilge, N. (1967). Medeni yargılama hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası.

Budak, A. C. ve Karaaslan, V. (2017). Medeni usul hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.

Deynekli, A. (2013). Medeni usul hukukunda ıslah. Ankara: Bilge Yayınevi.

Gençcan, Ö. U. (2013). 6100 sayılı hukuk muhakemeleri kanunu yorumu. Ankara: Yetkin Yayınevi.

Görgün, Ş. Medeni usul hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi.

Karşlı, A. (2014). Medeni muhakeme hukuku. İstanbul: Alternatif Yayınevi.

Kaya, C. ve Akcan, R. (2009). Medeni ve idari yargıda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LXVII, S:1-2, 123-124.

Kılıçoğlu, M. (2012). 6100 sayılı hukuk muhakemeleri kanunu el şerhi. İstanbul: Legal Yayınevi.

Kuru, B. (2001). Hukuk muhakemeleri usulü, C:I,II,III, IV. İstanbul: Demir-Demir Yayınevi.

Kuru, B. (2006). Hukuk davalarında yargılamanın çabuklaştırılması için alınması gereken tedbirler, Makaleler, 117 – 146.

Kuru, B. (2016). Medeni usul hukuku ders kitabı. İstanbul: Legal Yayınevi.

Kuru, B. (2016). İstinaf sistemine göre yazılmış medeni usul hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. ve Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). Medeni usul hukuku ders kitabı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru, B. ve Budak, A. Cem, (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi, C:85, S:5.

Muşul, T. (2012). Medeni usul hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.

Pekcanıtez, H. ve Atalay, O. ve Özekes, M. (2013). Medeni usul hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.

Postacıoğlu, İ. ve ALTAY, S. (2015). Medeni usul hukuku dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.





Sungurtekin-Özkan, M. (2013). Türk medeni yargılama hukuku. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.

Tanrıver, S. (2016). Medeni usul hukuku, C:I. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ulukapı, Ö. (2015). Medeni usul hukuku. Konya: Mimoza Yayınları.

Umar, B. (2006). Hukuk muhakemeleri kanunu (HMK) tasarısıyla şimdiki HUMK kurallarına getirilmek istenen değişikliklerin başlıcaları. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:III, S:1.

Üstündağ, S. (2000). Medeni yargılama hukuku, C:1,2. İstanbul: Nesil Matbaacılık.

Yılmaz, E. (2012). Hukuk muhakemeleri şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Yılmaz, E. (2013). Medeni yargılama hukukunda ıslah. Ankara: Yetkin Yayınları.

Yılmaz, Z. (2012). Hukuk muhakemeleri kanunu ve getirdiği yenilikler. Ankara: Adalet Yayınevi.



## SON ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ UYARINCA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

**Dr. Öğretim Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER**  
**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### Öz

2019'da yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimlerinden sonra yürürlüğe girecek olan son Anayasa değişiklikleri ile, söz konusu Anayasa değişiklikleri ile öngörüldüğü biçimiyle Türk Hukukunda daha önceden bulunmayan yeni bir kamusal işlem türü olarak “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” hukuk düzenimizde yerini alacaktır. Söz konusu cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliklerinin ve normlar hiyerarşisindeki yerlerinin, dolayısıyla tabi olacakları hukuki rejimin belirlenmesi Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden sonra başta yargı yerlerinin çözmesi gereken bir hukuki sorun olarak ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümüne katkı sağlamak amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Türk Hukukundaki yeri konusu, konuya ilişkin Türk doktrini ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine benzer bir hükümet sistemi olan yarı-başkanlık sisteminin hakim olduğu Fransız hukukunun incelenmesi suretiyle ele alınmıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusu bakımından “mahfuz alan” ve “yasamayla paylaşımlı alan” olmak üzere ikiye ayrıldığı; mahfuz alan kararnameleri ile bireysel ve düzenleyici işlemler tesis edilebildiği; “yasamayla paylaşımlı alan”da da paylaşımın esasa ve usule ilişkin olabildiği ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejiminin bu ayırım çerçevesinde tutarlı bir biçimde belirlenebileceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Son Anayasa Değişiklikleri

### Giriş

16.04.2017 tarihinde halkoylamasına sunularak kabul edilen ve 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile parlamenter sistem terkedilerek, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılan, ancak niteliği itibarıyla parlamento ve başkan arasındaki dengenin başkan lehine bozulduğu bir başkanlık sistemi olan yeni bir hükümet sistemine geçilmiştir.

Yeni hükümet sisteminde dengeleri başkanlık sisteminin özüne aykırı olarak başkan lehine bozan en önemli yetkilerden biri de Cumhurbaşkanı’na verilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisidir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Başkana Kanun düzeyinde düzenleme yapma yetkisi verilmesine daha çok Afrika tipi Başkanlık sistemlerinde ve Latin Amerika ülkelerinde istisnai bazı hallerle sınırlı olarak rastlanmaktadır. ABD’de ise Anayasa başkana herhangi bir kararname çıkarma yetkisi tanımamış; ancak yürütme yetkisine ilişkin hükme dayanarak başkanlar zaman zaman kararnameler çıkarmışlar ve “executive order” denilen bu kararnameler anayasal bir teamül haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.

Hukuk düzenimiz için ismen olmasa da cismen yeni bir işlem türü olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin hükümler içeren Anayasa'nın 104, 106, 108, 118, 119, 123, 124, 137, 148, 150, 151, 152, 153, 161 ve geçici 21. maddeleri, 6771 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendi uyarınca "birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte" yürürlüğe girecektir. Buna göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuk düzenimize girmesine çok kısa bir sürenin kaldığı şu günlerde, bu yeni işlem türünün hukuk düzenindeki yerinin tayin edilmesi meselesi hukuk gündeminin en sıcak konularından birini oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi esas itibariyle Anayasa'nın 104, 106, 108, 118, 119 ve 123. maddelerinde, üzerinde kapsamlı akademik tartışmalar yapılmasına imkan verecek bir dağınıklık ve karmaşıklıkta düzenlenmiştir. Hukuki kavramları anlamlarından soyutlamadan yapılacak tutarlı bir yorumu son derece güçleştiren bu düzenleme biçimine rağmen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk hukukundaki yerini anlaşılabilir bir biçimde tespit edebilmek için, bu işlem türüne özgülenmiş konularla, hem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hem Kanun ile düzenlenebilecek konuların birbirinden ayrılması gerekmektedir. Bir başka deyişle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin bir kısmı salt bu işlem için öngörülen mahfuz bir alanda çıkarılacak (A); bir kısmı da yasamayla paylaşımlı bir alanda çıkarılabilecektir (B).

#### **I. Mahfuz Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine mahfuz bir alan tanınması, başka bir deyişle bazı konuların salt Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebilmesi, Kanun ile düzenlenememesi, Meclisin sistemin merkezinde yer aldığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku ve kuruluş tarihi bakımından son derece radikal bir değişiklik olarak kabul edilebilir.

Zira yürütme organına bırakılmış özerk (mahfuz, saklı) bir düzenleme yetkisinin bulunmamasının en önemli sebebi, doktrin ve yargı içtihatlarında büyük bir çoğunlukla kabul edilen yasama yetkisinin genelliği ilkesidir<sup>2</sup>. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yasama yetkisinin genelliği ilkesine Anayasa'da sınırlı sayıda gösterilen konularda istisna getirilmiştir (B). Bu konulardan bahsetmeden önce, Anayasa'da Cumhurbaşkanına mahfuz bir şekilde tanınan bireysel nitelikte işlemler tesis etme

ÇOLAK Çağrı D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, December 2017, s. 59, 60.

<sup>2</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 294. AYM, 02.11.1978, E. 1978/31, K. 1978/50, RG 13.03.1979, S. 16577: "Anayasa hukukumuzda, yasama işlemleri için gerek alan gerek işlem çeşidi olarak bir sınır çizilmemiştir. Yasa, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilecektir. Anayasa'nın değinilen 5. ve 6. maddelerindeki yetkinin ilkel ve kendine özgü bir yetki oluşu ve her konunun başlangıçta yasa ile düzenlenme zorunluğu bu sonucu ortaya koymaktadır." AYM, 09.10.1987, E. 1987/23, K. 1987/27, RG 14.10.1987, S. 19604: "Hukuk sistemimize göre, kanunkoyucu, Anayasa'ya uygun olmak şartı ile kanunla, her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilir. Yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır." Ancak son yıllarda Anayasa Mahkemesi yasama yetkisinin genelliği ilkesini, yürütmenin mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığını ortaya koymaktan çok, Anayasa'da açıkça düzenlenen konular haricinde yasama organının takdir yetkisinin sınırsızlığını ve dilediği konuda düzenleme yetkisini yürütme organına bırakabileceğini vurgulamak için kullanmaktadır. AYM, 02.10.2014, E. 2014/149, K. 2014/151, RG 01.01.2015, S. 29223: "Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasa'da bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkelere içinde kanun koyucunun takdirindedir." AYM, 30.10.2014, E. 2014/133, K. 2014/165, RG 10.01.2015, s. 29232; 01.04.2015, E. 2013/50, 2015/38, RG 15.04.2015, S. 29327: "Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir."



yetkisinin, bu çalışmanın konusunu oluşturan ve düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bir ilgisinin bulunmadığının ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır (A).

#### A. Mahfuz Alandaki Bireysel İşlemler

Anayasa’da Cumhurbaşkanına çeşitli bireysel idari işlemler yapma yetkisi tanınmıştır. Bunlar madde sıralamasına uygun biçimde, üst kademe yöneticileri atama ve görevlerine son verme (md. 104/9), Anayasa ve Kanunlarla verilen diğer seçme ve atama yetkilerini kullanma (md. 104/20), Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyelerini atama (md. 108/3), Genelkurmay Başkanını atama (md. 117/3), mahalli idarelerin birlik kurmalarına izin verme (md. 127/6), rektörleri atama (md. 130/6), Yükseköğretim Kurulu üyelerini atama (md. 131/2), Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerini seçme (md. 159/3) olarak sayılabilir.

Ayrıca yeni hükümet sistemiyle beraber bakanların “merkezi idare teşkilatında yer alan ve belirli bir milli kamu hizmetinin örgütlendiği bakanlık kuruluşunun, siyasal bir kişi olarak, en üst amiri olmaları keyfiyeti[nin], yürütme organının yeniden tanımlanmasıyla oluşan Cumhurbaşkanının konumu ve yetkileri karşısında geçerliliğini yitir[diği]”<sup>3</sup>, “bu sistemde Bakanlar Kuruluna yer verilmediği, (...) bakanları yürütme organı içinde değerlendirme[nin] mümkün olamayacağı, (...) yasama organına karşı siyasal bir sorumlulukları [bulunmadığı], (...) bu nedenlerden dolayı bakanların, Cumhurbaşkanı tarafından atandıkları bakanlık örgütünün başında yer alan, ancak siyasal niteliği bulunmayan kamu görevlileri haline getirildiği”<sup>4</sup> ileri sürülerek, Cumhurbaşkanının bakanları atama işleminin de (md. 104/8) idari işlem olduğunun kabul edilebilmesi mümkün gözükmektedir.

Bunların yanı sıra cumhurbaşkanının idare fonksiyonuna ilişkin olmayan çeşitli işlemleri de bulunmaktadır.

**Cumhurbaşkanının (Yürütmenin), yargı ile ilişkilerine yönelik işlemleri,** Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açma (md. 148/2), Kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açma (md. 150), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilini seçme (md. 154/4), Danıştay üyelerinin dörtte birini seçme (md. 155/3), Anayasa Mahkemesi üyelerini seçme (md. 146/2), sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma (md. 104/16); yasama ile ilişkilerine yönelik işlemleri, Kanunları yayımlama, geri gönderme (md. 89/1 ve 2), TBMM’yi toplantıya çağırma (md. 93/2), Anayasa değişikliklerine ilişkin Kanunları bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderme, bunları halkoyuna sunma (md. 175/3), seçimlerin yenilenmesine karar verme (md. 116/2), olağanüstü hal ilan etme (md. 119/1) / süresinin uzatılmasını talep etme (md. 119/4), Bütçe Kanunu (md. 161/3) ve Kesin Hesap Kanunu teklifini Meclise sunma (md. 161/9); yabancı ülkelerle ilişkilerine (diplomasiye) yönelik işlemleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verme (md. 92/3), yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini gönderme, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet

<sup>3</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 26.

<sup>4</sup> KAHRAMAN Mehmet – BALKAN Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim”, *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, Vol:4, Issue:19; s. 241.

temsilcilerini kabul etme (md. 104/10), Milletlerarası andlaşmaları onaylama ve yayımlama (md. 104/11) olarak sayılabilir<sup>5</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın yukarıda sayılan bireysel işlemlerinin aşağıda açıklanacağı üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilmesi mümkün bulunmayıp (1); buna rağmen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel idari işlemler tesis edilmesi halinde bu işlemlerin yargısal denetimi idari yargı yerleri tarafından yapılacaktır (2).

### 1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Bireysel İşlemler Tesis Edilememesi

Anayasa'nın hem lafzi (a), hem sistematik (b) yorumu Cumhurbaşkanının yukarıda sayılan işlemleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle tesis edip edemeyeceği, başka bir deyişle bireysel nitelikteki işlemlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin konusunu oluşturup oluşturamayacağı sorusuna olumsuz cevap verilmesini gerektirmektedir<sup>6</sup>.

#### a. Lafzi Yorum Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bireysel İşlemler Tesis Edilememesi

Anayasa'da "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" terimi, sadece düzenleme veya çıkarma (yayımlama) gibi düzenleyici nitelikteki işlemler için geçerli olabilecek fiillerle kullanılmıştır<sup>7</sup>. Bunun yanı sıra Anayasa'da Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilmesi öngörülen hiçbir bireysel işlemin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yapılması da öngörülmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın lafzi

<sup>5</sup> Anayasa değişiklikleri ile birlikte Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolu açılmış olması, Cumhurbaşkanının hangi işlemlerinin idare fonksiyonuna ilişkin bulunduğu ve idari yargı yerleri tarafından denetlenebileceği, hangi işlemlerinin farklı fonksiyonlara ilişkin olduğu, farklı fonksiyonlara ilişkin işlemlere karşı yargı yolunun kapalı mı bulunduğu soruları ve bu sorular vesilesiyle "hukukumuzda öteden beri varlığı ve yokluğu tartışmalı olan ve bir dizi eleştiri ile farklı yaklaşım ve kararlara vücut vermiş olan "hükümet tasarrufları" meselesini yakıcı bir biçimde kamu hukukunun gündemine getirecektir." Bkz. ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 30. Yazar, çalışmamızın konusuyla doğrudan ilgisi bulunmayan bu meseleyi "Hükümet Tasarrufları Teorisinin Hortlaması İhtimali" olarak ele almıştır. Bkz. ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 29.

<sup>6</sup> Doktrinde de birçok yazar bu görüştedir. "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasada düzenlenmiş özel bir düzenleme yetkisini içerdiğinden", bireysel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Bkz. ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 43. "Genel olarak sınırları belli olmak şartıyla belli kanunlar yerine CBK, içerik olarak KHK yerine CBK, içerik açısından tüzük yerine CBK, içerik açısından bakanlar kurulunun kaide kararnameleri yerine CBK kavramının getirildiği belirtilebilir." Bkz. ERDOĞAN Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, 2018, s. 50. Ancak Yüzbaşıoğlu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlemler yapılabileceğini savunmaktadır: "cumhurbaşkanlığı kararnameleri esas itibarıyla kanunların uygulanması amacıyla çıkarılan yürütmenin düzenleyici işlemleri olmakla birlikte, önceden olduğu gibi atama, görevden alma gibi birel, özenel işlemler niteliğinde de olabilecektir. (...)Anayasanın 104. maddesinde öngörülen "üst kademe yöneticilerini atama ve görevlerine son verme" gibi birel, özenel işlemlerin, öteden beri olduğu gibi yine cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılabileceği anlaşılmaktadır." Bkz. TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 437, 438.

<sup>7</sup> MADDE 104/9 – (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.  
MADDE 106/son – (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.  
MADDE 108/4 – (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.  
MADDE 118/6 – (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.  
MADDE 104/17 – (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.



yorumuna göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bir düzenleyici işlemdir<sup>8</sup>. Sistematik yorum da bu sonucu teyit etmektedir.

## **b. Sistematik Yorum Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bireysel İşlemler Tesis Edilememesi**

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ilgili hükümlerinin, diğer hükümleriyle tutarlı bir şekilde yorumlanabilmesi için de bireysel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi alanından dışlanması gerekmektedir. Zira gerek mahkemeye erişim hakkına (i), gerek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanının sınırlarına (ii) ilişkin anayasal düzenlemeler uyarınca bireysel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilmesi mümkün gözükmemektedir.

### **i. Mahkemeye Erişim Hakkına İlişkin Anayasal Düzenlemeler Bakımından Sistematik Yorum Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bireysel İşlemler Tesis Edilememesi**

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş; 150. maddesinin birinci fıkrası ile de Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere tanınmıştır. Bunun dışında bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesini sağlamanın tek yolu, Anayasa'nın 152. maddesi gereğince bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması sonucunda itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurusudur.

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen Hukuk Devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı öncelikle kişilerin mahkemeye erişim hakkına sahip olmasını gerektirmektedir. Söz konusu subjektif hakkın Devlete yüklediği objektif yükümlülük de Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." hükmüyle düzenlenmiş; bu düzenlemeye Cumhurbaşkanının tek başına tesis ettiği işlemler bakımından getirilen anayasal istisna da kaldırılmıştır.

Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bireysel işlemler tesis edilebileceğinin kabul edilmesi halinde, bu işlemle doğrudan hakları veya menfaatleri ihlal edilen kişilerin, Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan iptal davası açabilecek kişilerin sınırlı sayıda sayma yoluyla belirlenmiş olması karşısında dava açabilmeleri mümkün olmayacak; söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilmesi de, davaya bakmakta ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini uygulayacak olan mahkemenin takdirine kalacaktır.

Üstelik idari yargıda iptal davası açılabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin üçüncü fıkrasının "d" bendi ve 15. maddesinin birinci fıkrasının "b" bendi uyarınca "idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem" bulunması gerekmektedir. Doğrudan

<sup>8</sup> ÜLGEN Özen – ŞİRİN Tolga, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkan Kararnamesi", *Güncel Hukuk*, S. 170, Mart-Nisan 2018, s. 31.



Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle tesis edilen bir atama işlemi bakımından, dava konusu oluşturacak ayrı bir idari işlemin varlığı söz konusu olmayacağından, “davaya bakmakta olan mahkeme” koşulunun sağlanarak itiraz yolunun işletilebilmesi de oldukça güç gözükmektedir.

Diğer taraftan idari yargı yerlerince gerçekleştirilen hukuka uygunluk denetiminin, Anayasa Mahkemesi’nce norm denetimi kapsamında yapılan Anayasa’ya uygunluk denetimine nazaran çok daha sıkı bir denetim olduğu, idari yargı yerlerinin iptal davası dışında işlemde doğan tam yargı davalarına da bakabildiği<sup>9</sup>, Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin idari yargının aksine Anayasa’da açıkça düzenlenmemiş olduğu<sup>10</sup>, idari yargıca verilen iptal kararlarının aksine Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının Anayasa’nın 153. maddesinin beşinci fıkrasının açık hükmü gereğince geriye yürümediği gibi hususlar da dikkate alındığında, yukarıda açıklanan engellere rağmen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tesis edilen bir bireysel işlemin Anayasa Mahkemesi önüne taşınabilmesi ihtimalinde dahi, yapılacak olan yargılamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi içtihatları bakımından adil bir yargılama olarak kabul edilebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Şu halde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlem tesis edilebileceğinin kabul edilmesi, bu işlemde dolayı menfaati veya hakkı ihlal edilen ve bu işleme karşı dava açmak isteyen kişilerin adil yargılanma haklarının sürekli bir şekilde ihlali anlamına gelecek olup; Anayasa maddelerinin birbiriyle uyumlu ve sistematik bir şekilde yorumlanabilmesi için, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlemler tesis edilemeyeceğinin kabulü bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Burada Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından Anayasa’ya uygunluk denetimini yapma yetkisinin Anayasa Mahkemesi’ne verildiği, bu Kararnamelerden dolayı uğranılan zararların giderilmesi talebiyle açılacak davalar hakkında Anayasa’da herhangi bir hüküm bulunmadığından dolayı, bu davaların idari yargı yerleri önünde açılacağı savunulabilirse de, bir işlemin iptali ile bu işlemde doğan zararların tazmini taleplerinin farklı yargı düzenleri tarafından çözülmesi anlamına gelen bu yorum da öncelikle içtihat çatışması gibi pratik bir sorunu gündeme getirecektir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi hukuk güvenliğini doğrudan etkileyen ve yargılamanın bütünlüğünü bozan söz konusu pratik sorunu daha önceki kararlarında yargı düzenine ilişkin kanuni düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığının gerekçesi olarak ortaya koymuştur. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı Sulh Ceza Mahkemesi’ne başvurulmasını öngören düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına göre, “*İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Ancak, itiraz konusu kuralda olduğu gibi bir idari işlemin bir bölümünün idari yargının, diğer bir bölümün ise adli yargının denetimine bırakılmasında, kamu yararı bulunmamaktadır.*” (AYM, 15.05.1997, E. 1996/72, K. 1997/51, RG 01.02.2001, S. 24305.). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin iptaline ilişkin kararda da, “*dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu(nun) kapsama*” alındığı; “*bu tazminat davalarına bakma görevi(nin) asliye hukuk mahkemelerine*” verildiği; “*buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları(nın) idari yargıda görülmeye devam*” edeceği, “*bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi(nin) yargılamanın bütünlüğünü*” bozacağı belirtilmiştir (AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, RG 19.05.2012, S. 28297.).

<sup>10</sup> ÜLGEN Özen – ŞİRİN Tolga, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Güncel Hukuk*, S. 170, Mart-Nisan 2018, s. 31.

<sup>11</sup> Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlemler tesis edilebileceğini ileri süren yazarlar da “*bireysel işlem niteliğindeki cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi konusunun sorunlu bir alan olduğu*”nu, “*çıkarılacak kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin önüne götürülebilmesi ya da denetlenememesi[nin] söz konusu olabilece[ğini]*” kabul etmektedir. Bkz. KAHRAMAN Mehmet – BALKAN Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim”, *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, Vol:4, Issue:19; s. 239, 244. “*Bir kaymakam, bir emniyet müdürü ya da herhangi bir üst düzey kamu yöneticisi; cumhurbaşkanının hakkında tesis ettiği işleme karşı dava açılırsın diye; mecliste kulis mi yapması beklenmektedir? Bu kişiler milletvekillerini “lütfen benim için dava açın” diyerek ikna etmeye mi çalışacaktır? Bunun hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenme hakkı gibi temel haklar ve ilkelerle bağdaşması*

## ii. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Düzenleme Alanının Sınırlarına İlişkin Anayasal Düzenlemeler Bakımından Sistematik Yorum Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bireysel İşlemler Tesis Edilememesi

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı'nın tesis ettiği ve yukarıda sıralanan bireysel idari işlemlerin neredeyse tamamı kamu görevlilerinin atanması, seçilmesi veya görevden alınmasına yönelik olup; kamu görevine atanma veya bu görevden alınmanın Anayasa'nın siyasi haklar arasında 70. maddesinde düzenlenen "kamu hizmetine girme hakkı"na ilişkin olduğu her türlü izahtan varestedir.

O halde Cumhurbaşkanına tanınan bireysel idari işlemler tesis etme yetkisinin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kullanılabileceğinin kabul edilmesi halinde, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesine aykırı olarak, bir siyasi hak olan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bulunan bu Kararnamelerin başka herhangi bir incelemeye gerek kalmaksızın iptal edilmesi gerekecektir. Cumhurbaşkanı'nın tüm atama kararnamelerini doğrudan Anayasaya aykırı hale getiren bu yorumun Anayasa'nın sistematiğiyle bağdaştırılması mümkün olmayıp, Anayasa maddelerinin birbiriyle uyumlu ve sistematik bir şekilde yorumlanabilmesi için, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlemler tesis edilemeyeceğinin kabulü bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

## 2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Tesis Edilen Bireysel İşlemlerin Yargısal Denetimi

Genel olarak tüm Mahkemelerin, konumuz bakımından ise Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın önlerine gelen hukuki bir işlemi, taraflarının veya işlemi tesis eden kişi veya makamın nitelemesiyle bağlı kalmaksızın nitelendirmesi gerekmekte; hukuki nitelendirme bu anlamda yargılama faaliyetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.

Gerçekten de Danıştay örneğin "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün" hukuki niteliğinin ülke çapında uygulanacak bir genel düzenleyici işlem olduğuna<sup>12</sup> veya araç muayene hizmetinin görülmesi için aktedilen "imtiyaz sözleşmesinin" imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunmadığına<sup>13</sup> karar verebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de yargılama yetkisi kapsamında bulunan nitelendirme yetkisini kullanarak örneğin bir Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin Anayasa'da öngörülen tanımı kapsamında Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi sayılıp sayılamayacağını incelemiş ve olumsuz sonuca varması durumunda Yetki Kanununa dayanmayan Kanun Hükmünde Kararnamenin iptaline karar vermiştir<sup>14</sup>.

*mümkün müdür?"* Bkz. TAMER Giray, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf> (erişim tarihi: 28.04.2018).

<sup>12</sup> D. 15. D., 22.12.2015, E. 2015/9987, K. 2015/9042, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>13</sup> D. 1. D., 18.05.2005, E. 2005/307, K. 2005/668, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>14</sup> AYM, 02.05.2003, E. 2003/28, K. 2003/42, RG 16.03.2004, S. 25404. "Anayasa Mahkemesi, yasama organının nitelemesi ile bağlı değildir, örneğin Anayasa Mahkemesi, "Asarı Atika Nizamnamesinin (Eski Eserler Tüzüğü'nün) adı kanun olmasa Tüzük olsa da kanun gibi bağlayıcı olduğuna karar vermiştir, çünkü bu tüzük bu alanı ilk kez düzenlemekte ve bir kanuna dayanmamaktadır (E. 1966/4, K. 1966/25, 03.05.1966, AMKD, S. 4, s. 170)". Bkz. FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, s. 133.



Ancak “Anayasa Mahkemesi milletvekillerinin dokunulmazlığını topluca kaldıran 2016 tarihli Anayasa değişikliğini ve 21 Temmuz 2016’da ilan edilen olağanüstü hal kapsamında çıkarılan KHK’leri denetlerken, denetim yetkisi bakımından da bu işlemleri yapan organların nitelendirmesine bağlı kalarak, kendisi bir nitelendirme yapmamak suretiyle elli yıllık içtihadından dönmüş görünmektedir”<sup>15/16</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bireysel işlemler tesis edilmesinin Anayasa’nın lafzi ve sistematik yorumu karşısında mümkün olmamasına rağmen, Cumhurbaşkanının yetkisinde bulunan bir bireysel işlemin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi olarak adlandırılan bir işlemle tesis edilmesi halinde, gerek idari yargı yerlerinin gerek Anayasa Mahkemesi’nin yargılama yetkisi kapsamında bulunan hukuki nitelendirme yetkilerini kullanmaları, dava konusu işlemin teknik bir hukuk terimi olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi niteliğinde bulunmadığını tespit etmeleri gerekmektedir<sup>17</sup>. Bu durumda Anayasa Mahkemesi görev noktasından red kararı verecek; idari yargı yerleri de davanın esasını inceleyecektir<sup>18</sup>.

Cumhurbaşkanına mahfuz olarak tanınan bireysel işlemler tesis etme yetkisinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kullanılamayacağını açıkladıktan sonra, mahfuz olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılabilecek düzenleyici işlemleri inceleyebiliriz.

## B. Mahfuz Alandaki Düzenleyici İşlemler

Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin son fıkrasında Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin ve 118. maddesinin altıncı fıkrasında Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülmüştür.

Aşağıda açıklanacağı üzere, gerek lafzi yorum (1), gerek sistematik yorum (2) gerek amaçsal yorum (3) ve gerek tarihi yorum (4) çerçevesinde yukarıda sayılan ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla kullanılacak dört alandaki düzenleme yetkisi mahfuz olarak Cumhurbaşkanına tanınmış olup, yasama organının bu konularda Kanun veya karar adı altında herhangi bir işlem tesis etmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır.

<sup>15</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 298, 299. Yazara göre, “Anayasa Mahkemesi, kendi denetim yetkisini saptamak amacıyla yapmış olduğu bu değerlendirme ve nitelendirmeye, bir yandan Meclisin Anayasa Mahkemesinin denetiminden kaçmak için yapabileceği bir nitelendirme ve usul saptırmasını önlerken; diğer yandan da, Meclisin bir hukuki işlemin nitelendirilmesi ve yapılış usulüne ilişkin yanlışlarını da gidermiş olmaktadır.”

<sup>16</sup> AYM, 12.10.2016, E. 2016/166, K. 2016/159, RG 04.11.2016, S. 29878.

<sup>17</sup> Böyle bir karışıklığın ortaya çıkmaması için Cumhurbaşkanının tesis ettiği bireysel işlemler bakımından şimdiye kadar olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi teriminin kullanılması önerilmiştir. Bkz. ÜLGEN Özen – ŞİRİN Tolga, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Güncel Hukuk*, S. 170, Mart-Nisan 2018, s. 31.

<sup>18</sup> Cumhurbaşkanının tesis ettiği bireysel idari işlemlere karşı açılan davalara idari yargı düzeninde hangi görevli ve yetkili mahkemenin bakacağı hakkında özel bir düzenleme bulunmadığı için, bu davalara genel görevli ve yetkili Ankara İdare Mahkemeleri bakacaktır. Artık sistemimizde bulunmayacak olan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılan davalara 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı dikkate alındığında, tek başına yürütme organı haline gelen Cumhurbaşkanının bireysel idari işlemlerine karşı açılan davalarda da Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olması makul bir çözüm olarak düşünülebilirse de hukuken böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

## 1. Lafzi Yorum Çerçevesinde Mahfuz Alan Değerlendirmesi

Anayasa'nın yukarıda anılan hükümlerinde yer alan konular bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle “düzenler” veya “düzenlenir” kelimeleri kullanılarak, bu konuların Kanun veya başka bir işlemle düzenlenebileceği anlamına gelebilecek hiçbir ifadeye yer verilmemiştir. Üstelik Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasamayla paylaşım alanında “çıkabilir” (md. 104/17/birinci cümle), “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” (md. 123/3) gibi mahfuzluğu açıkça dışlayan ifadeler kullanılarak, mahfuz alan ve mahfuz olmayan alan arasındaki fark çelişkisiz ve açık bir biçimde ortaya konulmuştur.

Ancak Anayasa'nın lafzının açık düzenlemesine rağmen “Anayasa değişiklikleri ile yasakoyucuya kapatılmış ve yürütmeye “münhasır” olarak verilmiş bir düzenleme yetkisinden bahsedebileceğimiz bir anayasa normu” bulunmadığı, “Bilakis md. 104/17 hükmünde kanuna münhasır alanlar tanın”dığı ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. Yüzbaşıoğlu'na göre de, “Anayasada bunların kanunla düzenlenmeyeceğine dair bir hüküm olmadığı gibi, bunların münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceklerine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. (...) yasama yetkisinin genelliği ile Anayasadaki kanunların cumhurbaşkanlığı kararnamelerine üstünlüğüne ilişkin açık vurgu da dikkate alındığında, bu konularda kanun da çıkarılabileceği, böyle durumlarda da kanunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hale getireceği söylenebilir.”<sup>20</sup>.

Ancak Kanuna mahfuz alanlar tanınmış olmasının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine mahfuz alan tanınmasına engel olmadığı; 1958 Fransız Anayasası'nda da yasamaya mahfuz (idarenin düzenleme yapamayacağı) bir düzenleme alanı tanındığı, ancak bunun idarenin de mahfuz (yasamanın düzenleme yapamayacağı) bir düzenleme yetkisine sahip bulunduğu sonucunu değiştirmedeği belirtilmelidir. Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi arasındaki ilişki (astlık-üstlük) bakımından ise; bir konuda aynı anda hem Kanun hem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bulunmasının kural olarak mümkün olmaması karşısında<sup>21</sup>, bu iki işlem türü arasında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ister mahfuz alanda ister yasamayla paylaşım alanı çıkarılmış olsun, esas bakımından uygunluğa dayalı bir hiyerarşi ilişkisinden<sup>22</sup> söz edilmesi zaten mümkün gözükmemektedir.

<sup>19</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 37.

<sup>20</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 438.

<sup>21</sup> Buna rağmen, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının beşinci cümlesinde “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri[nin] uygulan[acağı]” öngörülmüş olmasının sebebi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Kanunun aynı konuda olmayan, ancak somut olaya uygulanmaları halinde farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek hükümler içermesi halinde, uygulanacak hukuk kuralının tayin edilebilmesinin sağlanmasıdır. Üstelik bu yönde bir çatışma hükmü ancak normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan düzenlemeler arasında öngörülebilir nitelikte olup, yukarıda anılan düzenleme Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Kanun arasında esasa ilişkin uygunluğa kapsayan bir hiyerarşi ilişkisi bulunmadığını da teyit etmektedir.

<sup>22</sup> Bu noktada Kanunların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin çıkarılması usulüne ilişkin düzenlemeler içerebileceği, bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin, çıkarılma usullerine ilişkin Kanunlara uygun bulunması gerektiği belirtilmelidir. Üstelik mevcut düzenimizde bulunan, ancak son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle beraber kaldırılacak olan Bakanlar Kurulu kararları, tüzükler ve Kanun Hükmünde Kararnamelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kolektif nitelikte bulunmamakta; tek kişi tarafından tesis edilmektedir. Tek kişi tarafından tesis edilen ve adeta Kanunla yarışan bir idari düzenleyici işlemin hiçbir usul kuralına tabi olmaksızın çıkarılabilmemesinin demokratik Hukuk Devleti ve Hukuk Güvenliği ilkesi bakımından önemli sakıncalar doğurabileceği açıktır. Nasıl ki, Kanunların çıkarılması belli bir usule tabi kılınmıştır, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılması için de örneğin Danıştay incelemesi gibi çeşitli usul hükümleri



Yasama yetkisinin genelliği ise Anayasa’da açıkça yer alan bir ilke değildir. Şimdiye kadar yürütmeye çok sınırlı bir istisna dışında (Anayasa md. 107’de öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) mahfuz bir düzenleme yetkisi tanımayarak, Türk Anayasası bakımından bu ilkedden bahsedilebilmesine imkan veren Anayasakoyucu<sup>23</sup>, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu ilkeye önemli istisnalar getirmiş; ilkeyi mutlak olmaktan çıkarmıştır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesinden Anayasa’da yürütmeye mahfuz bir düzenleme alanı tanıyarak “sapılmasında”<sup>24</sup> herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Üstelik yasama yetkisinin genelliğinin son Anayasa değişikliğinden önce de mutlak bir ilke olduğu tartışmalıdır. Yasama organının yetkisinin “Anayasa’nın çeşitli maddelerinde düzenleyebileceği ve kararlaştırabileceği açıkça belirtilmiş olan konularla sınırlı” olduğu<sup>25</sup>; “Yasamanın yasakları [olduğu]: yargısal nitelikli kanun çıkarama[yacağı], karar vereme[yeceği], belli bir kişiye mükellefiyet yükleyeme[yeceği], kanunları uygulayıcı işlem yapama[yacağı]”<sup>26</sup>; “bireysel idari işlemler ve önlemlerin kanunla yapılamayacağı”<sup>27</sup> savunulmuştur.

Ardıçoğlu’na göre, “Anayasada, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkarılamaz” gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm yer almadığı sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi anayasaya aykırılık oluşturmaz.”<sup>28</sup>. Anayasa’da yer alan bir kuralın uygulanabilmesi için mefhumu muhalifinden de açıkça teyit edilmiş olması gerektiği anlamına gelen bu yoruma katılmak mümkün gözükmemektedir. Göztepe’ye göre de örneğin Devlet Denetleme Kurulu’nu düzenleyen 108. maddede “kanun çıkarılamaz denmese de, Anayasa metninin bu yönde değiştirilmiş olması, yürütmenin mahfuz alanı görüşünü destekleyici bir nitelik arz etmektedir.”<sup>29</sup>. 104. maddede öngörülen üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğine dair hüküm bakımından da “Yasamanın bu konuda düzenleyici işlem yapmasının istenmediği yönündeki siyasal tercih, bu maddeye içkindir.”<sup>30</sup>.

## 2. Sistematik Yorum Çerçevesinde Mahfuz Alan Değerlendirmesi

Anayasa’nın yukarıda açıklanan açık lafzı gereğince Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ne mahfuz bir alan tanınmadığı, bu konularda Kanun da çıkarılabileceğinin ve bu konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin de yasamayla esasen paylaşımlı alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimine tabi olduğunun kabul edilmesi halinde, örneğin 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların

öngörülmesi, bu sakıncaları bertaraf edeceği gibi, Danıştay’ın merkezi idarenin danışma organı fonksiyonuna da son derece uygun düşecektir.

<sup>23</sup> “Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını anlatır.” Bkz. ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017, s. 211.

<sup>24</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017, s. 251.

<sup>25</sup> ERDOĞAN Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, 2018, s. 159.

<sup>26</sup> FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, s. 133.

<sup>27</sup> TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, s. 15.

<sup>28</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 44.

<sup>29</sup> GÖZTEPE Ece, “Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk*, Mart 2017.

<sup>30</sup> GÖZTEPE Ece, “Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk*, Mart 2017.



Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun, 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu yasama organınca yürürlükten kaldırılmadığı sürece, bu Kanunların düzenlediği konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı kabulü gerekecektir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere Kanunla düzenlenen bir konuda, yasamayla esasen paylaşımlı alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme getirmesi mümkün değildir.

Oysa 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin "B" bendinin son cümlesine göre, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir". Söz konusu geçiş hükmü de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konuları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği öngörülen konulardan açık bir biçimde ayırmakta; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi zorunlu bulunan birinciler bakımından mevcut Kanunlar yürürlükte olsa dahi, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasını emredici olarak öngörmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konularda mevcut Kanunlar yürürlükteyken Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleme yapılmasını emredici olarak öngören Anayasa'nın geçici 21. maddesinin "B" bendi, Anayasa'nın lafzı ile açıkça ifade edilen mahfuz alanın varlığını sistematik olarak da teyit etmektedir.

### 3. Amaçsal Yorum Çerçevesinde Mahfuz Alan Değerlendirmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa değişikliği ile parlamenter sistem terkedilerek, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılan, ancak niteliği itibarıyla parlamento ve başkan arasındaki dengenin başkan lehine bozulduğu bir başkanlık sistemi olan yeni bir hükümet sistemine geçilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 8. maddesi ile yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa ve Kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüş; 104. maddesinin birinci fıkrasında da yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu düzenlenmiştir.

Bu kapsamda 1961 Anayasası'nda bir "görev" olarak düzenlenen yürütme, 1982 Anayasası'nın ilk halinde "yetki ve görev" olarak düzenlenmiş; son Anayasa değişiklikleri ile de Anayasa'nın 8. maddesinde yine "yetki ve görev" olarak düzenlenmeye devam edilen yürütme, Cumhurbaşkanını düzenleyen 104. maddenin birinci fıkrasında salt bir yetki haline gelmiştir<sup>31</sup>.

Nasıl ki 1961 Anayasası'nda yürütmenin bir görev olarak nitelendirilmesi yalnızca türevsel, bağlı ve istisnai bir düzenleme yetkisine sahip olduğunun bir göstergesi olarak görülüyordu<sup>32</sup>; 1961

<sup>31</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 24.

<sup>32</sup> GÜNEŞ Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 80. Ancak Danıştay'ın bu dönemde dahi aksi yönde kararları bulunmakta idi. Danıştay'a göre, "kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukuken genel ilkelerindedir.". İdarenin bir alanı düzenleyebilmesi için "mutlak surette bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığının zorunlu" olmadığını (DDDK, 28.04.1972, E. 1968/709, K. 1972/364) belirten Danıştay'a göre, "yasal metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içinde düzenlemelerde bulunması zorunluluğu" vardır (DDDK, 05.07.1974, E. 1972/358, K. 1974/437). Danıştay'ın 1982 Anayasası döneminde de benzer bir kararı bulunmaktadır (DİDDK, 27.03.2012, E. 2009/638, K. 2013/1079,



Anayasası'ndan 1982 Anayasası'na geçişte yürütmenin aynı zamanda bir yetki haline gelmesi, yürütmenin güçlendirilmesinin<sup>33</sup>, doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bazı yetkileri bulunmasının<sup>34</sup>, yürütmeye son derece sınırlı da olsa (Anayasa md. 107'de düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) mahfuz düzenleme yetkisi tanınmasının bir sonucu olarak kabul edilmiştir<sup>35</sup>.

Son Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanını düzenleyen maddede yürütmenin salt bir yetki olarak düzenlenmesi de “basit bir ihmâl olmayıp, esaslı bir zihniyet değişiminin tezahürüdür”<sup>36</sup>. Bu zihniyet tali kurucu iktidarın hükümet sistemini değiştirme, Cumhurbaşkanını güçlendirme amacının açık bir yansımasıdır. Söz konusu amaç ise, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanının mahfuz düzenleme yetkisi bulunduğu dair yukarıda lafzi ve sistematik yorum çerçevesinde açıklanan hukuki sonucu amaçsal yorum çerçevesinde de teyit etmektedir.

#### 4. Tarihi Yorum Çerçevesinde Mahfuz Alan Değerlendirmesi

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi terimi hukuk düzenimize 1982 Anayasası'nın 107. maddesi ile girmiş; söz konusu maddede “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri[nin] Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlen[eceği]” öngörülmüştür. Görüldüğü üzere son derece sınırlı bir alanda istisnai olarak çıkarılabilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>37</sup> Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin asli ve mahfuz olarak, yani herhangi bir Kanuna ihtiyaç olmaksızın<sup>38</sup> ve kanunkoyucunun bu konuda düzenleme yapma yetkisi bulunmaksızın<sup>39</sup>, Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesini sağlamaktaydı. Son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılacak olan<sup>40</sup> bu düzenleme uyarınca 18.08.1983 tarihli ve 1 sayılı

yayımlanmamıştır.). Söz konusu kararlar için bkz. TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Eylül 2016, § 115, s. 66; GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku - Cilt I*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara 2018, s. 106.

<sup>33</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 399, 403.

<sup>34</sup> TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, s. 17.

<sup>35</sup> TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Eylül 2016, § 116, s. 68; GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku - Cilt I*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara 2018, s. 108. Yürütmenin aynı zamanda bir yetki olarak öngörülmesinin bir anlamı bulunmadığını savunanlar da bulunmaktadır. “Esasen yetki kavramını görevden farklılaştıran yön, ilgililerin hukuksal durumlarında değişiklik yaratan işlemler yapabilmeyi de içermesidir; oysa yürütmenin görev olarak düzenlendiği dönemde de, bu anlamda yetkiyi içermediği sonucuna varmak mümkün değildir. Bu anlamda yürütmenin bir yetki olduğunun öngörülmesi, aynı zamanda görev olarak da düzenlenmesi karşısında, 1961 Anayasası'nda olduğundan farklı sonuçlara ulaşmaya izin vermemektedir.” Bkz. ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 121. Hatta Duran, 1982 Anayasası uyarınca bu “yetki”nin “kanunlara uygun olarak kullanılması” zorunluluğu bulunmasını (md. 8), 1961 Anayasası'nın yürütme “görevi” için koyduğu “kanunlar çerçevesinde yerine getirme” (md. 6) kaydından daha kısıtlayıcı ve daraltıcı bulmaktadır. Bkz. DURAN Lütfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983, Y. 4, S. 1-3, s. 38.

<sup>36</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 47.

<sup>37</sup> ÇOLAK Çağrı D., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, December 2017, s. 56; GÖZTEPE Ece, “Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk*, Mart 2017.

<sup>38</sup> GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Temmuz 2015, s. 423; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Kasım 2017, s. 227, 412; FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, s. 135.

<sup>39</sup> TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, s. 15; ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 122; FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, s. 592.

<sup>40</sup> Son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte Cumhurbaşkanlığı teşkilatının, kuruluşu, görevleri ve işleyişine ilişkin konular Kanun ile düzenlenebilecek hale gelecek; yasama organı Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyebilecektir.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmış<sup>41</sup> ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi isimli işlem hukukumuzda ilk kez uygulanmıştır.

1982 Anayasası'nın yürütmeyi aynı zamanda bir yetki olarak nitelendiren düzenlemesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı kabul edilen<sup>42</sup> bu istisnai özerk ve mahfuz düzenleme yetkisinin<sup>43</sup> konusu, son Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanına tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle mahfuz düzenleme alanına nazaran son derece dar bir alanı, salt Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemlerini kapsamakta<sup>44</sup>; bu konuların sadece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebileceği<sup>45</sup>, bunun dışındaki konuların ise Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyeceği kabul edilmekte<sup>46</sup>; Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılan<sup>47</sup> bu idari işlemin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri yargı denetimi dışında bırakan Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrası karşısında yargısal denetimi mümkün bulunmamaktaydı<sup>48</sup>.

17.08.1983 tarihli ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu'nun<sup>49</sup> çıkartılmış olması, 1982 Anayasası'nın 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mahfuz bir alan yarattığı konusundaki görüşü çürütüyor gözükabilir<sup>50</sup>. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine tanınan mahfuz alanı ihlal eden bir Kanunun varlığı, bu Kanun Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça Anayasa'ya uygun bulunmadığı sürece, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine mahfuz bir alan tanınmadığı değil, Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına gelir. Aksi takdirde Anayasa'ya aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi önünde iptalleri talep edilmemiş olduğu için hukuk düzeninde var olmaya devam eden tüm Kanunların

<sup>41</sup> RG 20.08.1983, S. 18141.

<sup>42</sup> ERDOĞAN Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, 2018, s. 188.

<sup>43</sup> TAŞDÖĞEN Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65/3, 2016, s. 943.

<sup>44</sup> Her ne kadar Duran tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin konusunun Cumhurbaşkanlığının ancak iç yapısı ve işleyişi ile ilgili olduğu, bireyler ve toplulukları üzerinde etkili ve geçerli olmadığı ileri sürülmüşse de, Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin düzenlemeler içeren bu işlemi etkisiz kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bkz. DURAN Lütfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1983, Y. 4, S. 1-3, s. 40.

<sup>45</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1995, s. 217.

<sup>46</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1995, s. 217; ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 123; YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÖZDEMİR H. Eyüp – ÜSTÜN Gül – OKAY TEKİNSOY Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekim 2013, s. 414; TAŞDÖĞEN Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65/3, 2016, s. 940, 941; ERDOĞAN Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, 2018, s. 188.

<sup>47</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1995, s. 217; GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Temmuz 2015, s. 135; TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 376.

<sup>48</sup> KAHRAMAN Mehmet – BALKAN Ali, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim", *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, Vol:4, Issue:19, s. 241; FENDOĞLU Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, s. 592; ERDOĞAN Mustafa, *Türk Anayasa Hukuku*, Hukuk Yayınları, 2018, s. 188. Ancak 1982 Anayasası'nın 107. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin de karşı imzaya tabi, başka bir deyişle Cumhurbaşkanının Başbakan ve ilgili bakanın katılımı ile yapabildiği bir işlem olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bkz. TAŞDÖĞEN Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65/3, 2016, s. 947. Ancak uygulama bu yönde olmamıştır.

<sup>49</sup> RG 19.08.1983, S. 18140.

<sup>50</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1995, s. 217.



Anayasayı değiştirdiği gibi Hukuk Devleti ilkesi ve normlar hiyerarşisi bakımından kabul edilemeyecek bir sonuca ulaşılması gerekir.

Ayrıca, 2879 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, “Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluğu teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler.”. Bu kapsamda Kanun’un Anayasa’ya aykırı, yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin mahfuz alanına giren düzenlemeler içermediğini düşünenlerin yanı sıra<sup>51</sup>, Kanunun çeşitli maddelerinde yer alan hükümlerin, sözgelimi, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nde görevlendirilecek sözleşmeli personel ile süreli veya geçici personelin atanmasına ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanı’na tanınan yetki alanına müdahale eder nitelikte olduğunu savunanlar da bulunmaktadır<sup>52</sup>. Her durumda Anayasa’ya aykırı olsun veya olmasın 2879 sayılı Kanun’un varlığının, normlar hiyerarşisi kapsamında Anayasa’nın 107. maddesinin anlamı ve kapsamı üzerinde bir etkisinin bulunabileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre de, “İdarenin düzenleme yetkisi yasama yetkisinden farklı olarak asli değil, türevsel niteliktedir. Buna göre, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Anayasa’nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönünden bu kurala bir istisna getirilmekte ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluğu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin, yasama organının yetkilendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmektedir.”<sup>53</sup>.

Ancak Mahkeme, 5018 sayılı Kanun’un 24. maddesinin, Cumhurbaşkanı verilen örtülü ödeneğin kullanılış şekline ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesini öngören hükmünü, “Anayasa’nın 107. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin düzenleme yetkisi asli bir yetki olarak Cumhurbaşkanlığına tanınmış ise de bu hk[mn], Anayasa ve ilgili kanunlarla Cumhurbaşkanı verilen görevler kapsamında TBMM tarafından Cumhurbaşkanı düzenleme yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmeyeceği” gerekçesiyle Anayasa’ya uygun bulmuştur<sup>54</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesinin yazımından Cumhurbaşkanı verilen düzenleme yetkisinin Anayasa’ya uygunluğunun değerlendirildiği, bu yetkinin Anayasa’da düzenleme alanı sınırlı bir biçimde ngrlen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılmasının, Anayasa’ya uygun olup olmadığı yönünden bir inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının, 1982 Anayasası’nın 107. maddesinde ngrlen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin kapsamının, anılan maddede sayılan konularla sınırlı olmadığı, kanunkoyucu tarafından bu kapsamın genişletilebileceği biçiminde yorumlanmasının mümkün bulunmadığı düşünülmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi isimli işlemin Türk hukukuna tamamen yabancı olmadığı, 1982 Anayasası’nın 107. maddesinde de son Anayasa değişikliğiyle mahfuz alanda düzenlenmesi ngrlen Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine benzer bir biçimde, ancak daha dar

<sup>51</sup> TAşDöğEN Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65/3, 2016, s. 941, 954, 955.

<sup>52</sup> ÖZTÜRK Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 123.

<sup>53</sup> AYM, 18.01.2017, E. 2015/42, K. 2017/8, ř 36, RG 02.03.2017, S. 29995.

<sup>54</sup> AYM, 18.01.2017, E. 2015/42, K. 2017/8, ř 37, RG 02.03.2017, S. 29995.



bir alanın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası'nın 107. maddesinde öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Cumhurbaşkanına mahfuz bir yetki tanıdığı, bu maddede öngörülen konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi dışında bir işlemle düzenlenemeyeceği konusunda doktrinde oluşan ortak görüşün, son Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konular bakımından da geçerli olmaması için hiçbir makul sebep bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen ve bu işlem türü için mahfuz bir alan yaratan sınırlı sayıdaki konu<sup>55</sup> dışında, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi daha genel anlamda yasamayla paylaşımli bir alanda çıkarılan bir düzenleyici işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

## **I I.Yasamayla Paylaşımli Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

Son Anayasa değişiklikleri uyarınca öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanı esas itibariyle yasamayla ortak olup (A); esasa ilişkin bu ortaklık olağanüstü dönemlerde usulü de kapsamaktadır (B).

### **A. Yasamayla Esasen Paylaşımli Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasamayla paylaştığı düzenleme alanı oldukça geniş olup; bu alan kural olarak sınırları belirtilmek suretiyle tanımlanmış; ancak Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kamu tüzelkişiliği[nin], kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurul[acağı]" öngörülerek, yasamayla paylaşımli alana ilişkin bir konu özel olarak ve açıkça ifade edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasamayla paylaşımli alanına yönelik sınırlandırmaların bir kısmı doğrudan Anayasa'da öngörülmüş (1), bir kısmı da anayasakoyucu tarafından kanunkoyucunun takdirine bırakılmıştır (2).

## **1. Yasamayla Esasen Paylaşımli Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Düzenleme Alanına İlişkin Doğrudan Anayasal Sınırlandırmalar**

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yasamayla paylaştığı düzenleme alanına ilişkin doğrudan Anayasa'da öngörülen sınırlandırmalar; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin salt yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilmesi (a), sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler dışındaki temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Düzenlenememesi (b), Anayasa'da münhasıran Kanunla düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaması (c) ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bütçedeki ödeneğin aşılmasının öngörülememesidir (d). Bu sınırlandırmalara aykırı bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Anayasa'ya aykırı olacak ve bu Kararname, iptal davası veya itiraz yoluyla iptalinin talep edilmesi halinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir (md. 148/1).

<sup>55</sup> Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar; 106. maddesinin son fıkrasına göre Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması; 108. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ve 118. maddesinin altıncı fıkrası mucibince Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri.



#### **a. Salt Yürütme Yetkisine İlişkin Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılabilmesi**

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabileceği öngörülmüştür. “Yürütme yetkisine ilişkin konular” ibaresinin “sınırları belirsiz, çok geniş bir alanı kapsadığı açık”<sup>56</sup> olmakla birlikte, bu düzenleme uyarınca en azından yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı söylenebilir.

#### **b. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Dışındaki Temel Hak ve Özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenememesi**

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesine göre, “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” Buna göre yalnızca sosyal ve ekonomik hak ve ödevler – aşağıda açıklanacak olan münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin sınırlama saklı kalmak kaydıyla – Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenebilecektir.

#### **c. Anayasa'da Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Öngörülen Konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Çıkarılamaması**

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesi, “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıl[ması]” yasaklamıştır. Ancak Anayasa'nın hiçbir hükmünde “münhasıran kanunla düzenleme” öngörülmemiştir. Bu nedendir ki, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin doğrudan anayasal sınırını oluşturan “münhasıran Kanunla düzenlenecek konu” kavramının anlamının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir<sup>57</sup>.

“Münhasıran” kelimesi, “yalnızca” ve “özellikle” anlamlarına gelmektedir. Münhasıran Kanunla düzenlenecek konuların, yalnızca, yani ancak Kanunla düzenlenecek konular olduğunun kabul edilmesi ve Anayasa'da “ancak” kelimesi kullanılarak Kanunla düzenlemeyi öngören hükümlerin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “münhasıran Kanunla düzenleme” kapsamındaki anayasal sınırları olarak değerlendirilmesi bir ihtimal olarak gündeme gelebilecektir<sup>58</sup>. Bu durumda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması (md. 13), kişisel verilerin işlenebileceği hallerin belirlenmesi (md. 20/3/son cümle), ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin konulması (md. 38/3), vatandaşlığın kaybedilmesi (md. 66/3), yükseköğretim elemanlarının siyasi partiye üye olmaları (md. 68/6/birinci cümle), “münhasıran Kanunla düzenlenecek konulara” ilişkin doğrudan anayasal sınırlandırma kapsamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlemeyecek; ama yasama ve yürütme kuvvetlerinin ayrılığı ilkesini zedeleyecek biçimde örneğin TBMM üyelerinin, üyelikleriyle bağdaşmayan işlerin belirlenmesi (md. 82/3) veya ödenek, yolluk ve emeklilik işlemlerinin düzenlenmesinin (md. 86) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yapılması mümkün olabilecektir. Gerçi bu durumda da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin aşağıda açıklanacak olan Anayasa ile yasama organının takdirine

<sup>56</sup> ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017, s. 251.

<sup>57</sup> GÖZTEPE Ece, “Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk*, Mart 2017.

<sup>58</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 38.





bırakılmış olan sınırları bakımından yasama organı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasını engelleyebilecektir.

Her durumda “münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konular”ın, “ancak Kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” olarak kabul edilmesi halinde, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanına ilişkin tutarlı bir sonuca varılması mümkün gözükmemektedir. Bu nedendir ki, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin içtihadına ve münhasıran kelimesinin anlamına da uygun olarak, “münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konuları”, “özellikle Kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” olarak değerlendirmek gerekmektedir<sup>59</sup>.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.”<sup>60</sup>.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi’ne göre “münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konu”, “Anayasa’da Kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” olup, Anayasa’nın özellikle Kanunla düzenlemeyi öngördüğü bu konularda yürütme organına bırakılan düzenleme yetkisinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine uygun olabilmesi için, “kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir.”<sup>61</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin kanunilik ilkesinin kapsamını – yetkinin Kanunla verilmesi / yetkiye ilişkin temel esasların, ilkelerin ve çerçevenin Kanunla belirlenmesi - açıklamak için kullandığı “Anayasa’da münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konu” kavramı, son Anayasa değişiklikleriyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin doğrudan anayasal sınırı olarak Anayasa metnine girmiş bulunmaktadır. Söz konusu kavramı lafzına ve Anayasa Mahkemesi içtihadına uygun olarak “Anayasa’da özellikle Kanunla düzenleneceği öngörülen konular” olarak yorumlamamak için hiçbir makul ve hukuki gerekçe bulunmamaktadır.

<sup>59</sup> TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, s. 438.

<sup>60</sup> AYM, 09.05.2013, E. 2011/42, K. 2013/60, RG 25.07.2014, S. 29071; 31.10.2013, E. 2013/72, K. 2013/126, RG 24.01.2014, S. 28892; 16.01.2014, E. 2013/77, K. 2014/4, RG 04.03.2015, S. 29285; 30.10.2014, E. 2014/133, K. 2014/165, RG 10.01.2015, S. 29232; 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38, RG 15.04.2015, S. 29327; 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49, RG 11.06.2015, S. 29383; 10.09.2015, E. 2015/5, K. 2015/82, § 34, RG 20.10.2015, S. 29508; 02.11.2016, E. 2015/61, K. 2016/172, § 210, RG 09.12.2016, S. 29913; 14.12.2016, E. 2016/139, K. 2016/188, § 9, RG 03.01.2017, S. 29937; 18.01.2017, E. 2015/42, K. 2017/8, § 33, RG 02.03.2017, S. 29995; 29.11.2017, E. 2017/51, K. 2017/163, § 13, RG 21.12.2017, S. 30277; 28.12.2017, E. 2016/150, K. 2017/179, § 57, RG 15.02.2018, S. 30333; 28.12.2017, E. 2016/179, K. 2017/176, § 28, RG 08.02.2018, S. 30326; 18.01.2018, E. 2016/180, K. 2018/4, § 17, RG 07.02.2018, S. 30325.

<sup>61</sup> Münhasıran Kanunla düzenleneceği öngörülen konular hakkında yürütme organının türevsel de olsa düzenleme yetkisinin bulunmadığını söylemek hukuken mümkün değildir. Bkz. GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 101.





“Anayasada münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konular” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanının doğrudan ve açık anayasal sınırını oluşturduğundan, başka bir deyişle bu konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılması mümkün bulunmadığından, Anayasa’da Kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların, Anayasa’nın 91. maddesinde Kanun Hükmünde Kararnameler için öngörülen sınırlandırmalara uygun olmak ve açıkça yasaklanmamış olmak kaydıyla (md. 163 gibi) Kanun Hükmünde Kararname ile de düzenlenebileceğine dair Anayasa Mahkemesi içtihadının<sup>62</sup>, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından da uygulanabileceğinden söz edilemeyecektir.

Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa’da münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmamasının bir diğer sonucu da, bir önceki cümlede Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine tanınan “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevleri düzenleme imkanı”nın da büyük ölçüde ortadan kaldırılmış olmasıdır. Zira “münhasıran Kanunla düzenlenebilecek konular” kapsamına Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” ve ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler kısmında yer alıp da Kanunla düzenleneceği öngörülen konular da girmektedir. Bu nedenledir ki, 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilmesi” mümkün gibi gözükmekte ise de, münhasıran Kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmaması karşısında, “sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle sınırlandırılmayacağı<sup>63</sup>”; “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında yer alan (md. 41-65) ve Kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenemeyeceği” sonucuna varılması gerekmektedir.

#### **d. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Bütçeyle Verilen Ödeneğin Aşılmasına İlişkin Düzenlemeler İçerememesi**

Anayasa’nın 161. maddesinin yedinci fıkrasına göre, “Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.”. Buna göre merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödeneğin aşılabileceğine dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bir düzenleme yapılması mümkün bulunmadığı gibi, Bütçe Kanunu’na buna imkan sağlayan bir hüküm konulması da Anayasa’ya açıkça aykırı olacaktır.

## **2. Yasamayla Esasen Paylaşımlı Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Düzenleme Alanına İlişkin Anayasa ile Yasama Organının Takdirine Bırakılmış Olan Sınırlandırmalar**

<sup>62</sup> AYM, 16.05.1989, E. 1989/4, K. 1989/23, RG 18.10.1989, S. 20306; 01.03.2017, E. 2017/52, K. 2017/32, § 14, RG 15.03.2017, S. 30008.

<sup>63</sup> Bu noktada, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin konusunun belirlenebilmesi için, bazı yazarlar tarafından savunulmuş olsa da (SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, s. 268.), başka bazı yazarlarca kabul edilmeyen (GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 102.) ve Anayasa Mahkemesi kararlarında karşılığı bulunmayan sınırlama-düzenleme ayrımı üzerinde yeniden düşünmekte fayda olacaktır. Ardiçoğlu’na göre de, “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasada özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş pozitif statü haklarına ilişkin düzenlemeler yapılabilir, ancak bunlara bir sınırlandırma getirilemez. Zira, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yürütme yetkisinin kapsamında olmayıp, yasama organının yetkisindedir.”. Bkz. ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2017/3, s. 41.



Son Anayasa değişiklikleriyle getirilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanının asıl sınırını yasama organı takdir edecek; Cumhurbaşkanı Kararnamesiyle düzenlenebilecek (a) veya düzenlenmiş (b) bir konu hakkında yasal düzenleme yapmak suretiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenleme alanını sınırlandırabilecektir.

#### a. A Priori Sınırlandırma: İptal Yaptırımı

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının dördüncü cümlesine göre, "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.". Buna göre yasama organı bir konuyu Kanunla açıkça düzenleyerek, o konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilesi imkanını ortadan kaldıracaktır; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin konusunu önceden (a priori) sınırlandırabilecektir. Kanunla açıkça düzenlenen bir konuda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu noktada söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'nin "Kanunla **açıkça** düzenlenen konu"nun ne olduğu, "Kanunla düzenlenen konu"dan hangi noktalarda ayrıldığı sorusuna da cevap bulması gerekecektir<sup>64</sup>.

#### b. A Posteriori Sınırlandırma: Hükümsüzlük Yaptırımı

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının altıncı cümlesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.". Buna göre, yasama organı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda, sonradan (a posteriori) Kanun çıkararak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini hükümsüz kılacaktır. Yasama organının a posteriori denetiminin yaptırımı, a priori denetiminden farklı olarak ve açıkça "hükümsüzlük" olarak öngörülmüştür.

Anayasa'da Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin üç ay içinde Meclis tarafından karara bağlanmaması halinde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı öngörüldüğü halde, yasama organınca sonradan aynı konuda Kanun çıkarılması halinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hükümsüz hale geleceğinin ifade edilmiş olmasının bir anlamı olmalı; hükümsüzlük, kendiliğinden yürürlükten kalkmadan farklı bir hukuki duruma işaret etmelidir.

Hükümsüz bir işlemin iptal talebine konu edilebilmesi mümkün bulunmadığından, hükümsüzlüğün tüm uygulayıcılar tarafından tespit edilebileceği ve tüm uygulayıcıların hükümsüz olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini uygulamaması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Bu durumun farklı uygulamalara yol açacak ve bu yönüyle de hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecek olmasından kaynaklanabilecek sakıncaların<sup>65</sup>, "hükümsüzlüğün", "kendiliğinden yürürlükten kalkmadan farklı olarak" yokluk

<sup>64</sup> GÖZTEPE Ece, "Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Mart 2017.

<sup>65</sup> "Hükümsüz hale gelme halinde, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mevzuat bilgi sisteminden çıkartılması işleminin kim tarafından gerçekleştirileceği ve bunun gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkabilecek çatışmanın hangi tarafsız organ tarafından çözüme kavuşturulacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir.". Bkz. GÖZTEPE Ece, "Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Mart 2017.

anlamına geldiğinin kabul edilmesi<sup>66</sup>; Anayasa Mahkemesi'nin yokluk tespiti ihtimalini dışlamayan yerleşik içtihadına uygun olarak<sup>67</sup>, üstelik bu sefer hükümsüzlük doğrudan Anayasa tarafından öngörüldüğünden, hangi hukuka aykırılık hallerinin yokluk sayılması gerektiğine ilişkin bir tereddüde düşmeksizin yokluğu tespit edebilmesi; bu amaçla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesi suretiyle giderilmesi mümkün gözükmektedir<sup>68</sup>.

Bu noktada, sonradan aynı konuda Kanun çıkarılması üzerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hükümsüz sayılmasının yokluk anlamına geldiğinin kabul edilmesi halinde, yok hükmünde bir işlemin herhangi bir hukuki sonuç doğuramayacağı gerçeği karşısında, yasama organı a posteriori sınırlandırma getirene kadar, başka bir deyişle yasama organı Kanun çıkarıncaya kadar hukuka uygun bulunan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin doğurduğu hukuki sonuçların yok sayılmasının gerekeceği ve bu durumun da hukuki güvenlik ilkesini ağır biçimde ihlal edeceği ileri sürülebilir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin aynı konuda sonradan çıkarılan Kanun ile hükümsüz hale gelmesi, Anayasa'da açıkça öngörülmüş özel bir yokluk hali olup, burada yokluğa sebep olan durum baştan beri bulunmamakta, yasamanın Kanun çıkarmasıyla ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da öngörülen bu özel yokluk halinin hukuki sonuçları bakımından, yokluğa yol açan durumun işlem tesis edildiği andan itibaren varolduğu varsayımı üzerine kurulu bulunan yokluk içtihadından sapılması ve yokluk halinin ortaya çıktığı andan, yani yasama organının Kanun çıkarması anından itibaren yok hale gelen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin, bu andan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğuramayacağının kabul edilmesi gerekmektedir.

## **B. Yasamayla Esasen Ve Usulen Paylaşımlı Alandaki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri**

156

Yasamayla esasen ve usulen paylaşımlı alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri olup; Anayasa'nın açık düzenlemesine göre Kanun hükmünde olan bu Kararnamelerin düzenleme alanı, özellikle doğrudan anayasal sınırlar bakımından olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine nazaran daha geniştir (1). Buna karşılık, yasama organı da Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yapılış usulüne dahil olmakta; gerekirse hareketsiz kalarak bu Kararnameleri hükümsüz kılabilmektedir (2).

### **1. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Düzenleme Alanı**

<sup>66</sup> Teziç'e göre de, "Hükümsüzlük: Kanunun varlığı için gerekli unsurlardan birinin olmaması, ya da kanunun hukuk alanında varlık kazanmasına engel olacak nitelikteki sakatlıklar, yok sayılması (kenenleyekun) sonucunu doğurur." Bkz. TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, s. 59.

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi henüz bir yokluk kararı vermemişse de, yokluk ihtimalini ve bu ihtimalde Mahkemece salt yokluğun tespiti yapılacağını kabul etmektedir. Bkz. AYM, 17.09.1992, E. 1992/26, K. 1992/48, RG 29.11.1992, S. 21420; 02.07.2007, E. 2007/72, K. 2007/68, RG 07.08.2007, S. 26606; 22.11.2007, E. 2007/99, K. 2007/86, RG 19.02.2008, S. 26792; 10.04.2014, E. 2014/57, K. 2014/81, RG 14.05.2014, S. 29000.

<sup>68</sup> ARDIÇOĞLU Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2017/3, s. 45. Teziç'e göre de, "Yokluğu her makam tespit edebilir. Yokluk iddiası aslında bir iptal davası niteliğinde değildir; bu iddianın dava ya da itiraz yolu ile ileri sürülmesi bir süre ile de kayıtlı değildir. (...) Anayasa Mahkemesine dava açılmasına kuşkusuz bir engel yoktur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi böyle bir kanunun konusu bulunmadığı için yoklukla malul olduğunu saptamakla da yetinebilir." Bkz. TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, s. 59. Anayasa Mahkemesi'nin yokluk kararı veremeyeceği yolunda görüşler de mevcuttur. Bkz. ÖZBUDUN Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017, s. 414.



Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinden farklı olarak yalnızca olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılmakta (a); ancak bu Kararnamelerle olağan dönem Kararnameleri ile düzenlenemeyecek bazı konular da düzenlenebilmektedir (b).

#### **a. Olağanüstü Halin Gerektirdiği Konular**

Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasına göre "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.". Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yalnızca olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılabilmesi yolundaki anayasal sınırlamanın, mevcut Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri için de aynı yönde bir anayasal sınırlandırma bulunduğu halde (md. 121/3), Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamelere karşı anayasa yargısı yolunun kapatılmış olduğunu gerekçe göstererek (md. 148/1/üçüncü cümle) bu yönde bir denetim yapmayı reddeden içtihadı karşısında<sup>69</sup> çok etkili bir sınır olduğunun kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira son Anayasa değişiklikleriyle Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine karşı da yargı yolu kapatılmıştır<sup>70</sup>.

#### **b. Anayasa'nın 104. Maddesinin 17. Fıkrasının İkinci Cümlesi ile Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Yasaklanmış Konular**

Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasına göre "Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda **104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın** Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.". Buna göre sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler de Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile düzenlenebilecek; üstelik bu kararnameler kanun hükmünde olduklarından ötürü (md. 119/6/ikinci cümle), bunların 104. maddenin 17. fıkrasında öngörülen doğrudan anayasal sınırlandırmalardan "münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamaması" kuralına da tabi olmaları mümkün bulunmayacaktır. Yasamanın takdirinde bulunun sınırlandırmalar da (a priori ve a posteriori sınırlandırmalar) kanun hükmündeki bu kararnameler bakımından geçerli olabilecek nitelikte değildir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yalnızca yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğine yönelik doğrudan anayasal sınırlandırma, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından dışlayıcı bir düzenleme de bulunmadığından, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri açısından da geçerli kabul edilmelidir.

## **2. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Düzenlenme Usulü**

Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenlenme usulü Cumhurbaşkanı ve TBMM arasında bir yetki paylaşımını öngörmekte (a); bu paylaşımaya aykırılık da, mevcut Anayasa'da öngörülen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin hukuki rejiminden farklı olarak yaptırımı bağlanmaktadır (b).

<sup>69</sup> Bkz. dipnot 14, 15, 16.

<sup>70</sup> Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine olduğu gibi, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine karşı yargı yolunun kapatılması da Hukuk Devleti ilkesine aykırı bulunduğundan bahisle haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. DURAN Lütüfi, "Bunalım Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1983, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, Prof. Dr. Turan Güneş'e Armağan Sayısı, s. 157; KAHRAMAN Mehmet – BALKAN Ali, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim", *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, Vol:4, Issue:19, s. 243.



#### **a. Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin Yetki Paylaşımı**

Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, kanun hükmünde olmalarının da gerektirdiği bir sonuç olarak, doğrudan ve sadece Cumhurbaşkanı tarafından yapılmamaktadır. Kanun hükmündeki bu Kararnamelerin tesisi usulüne Cumhurbaşkanı'nın yanı sıra TBMM'nin de katılımı öngörölmüş; böylece Cumhurbaşkanı ve TBMM arasında yetki paylaşımı yapılması sağlanmıştır.

Anayasa'nın 119. maddesinin yedinci fıkrasının birinci cümlesine göre, "Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşölür ve karara bağlanır."

#### **b. Yetki Paylaşımına Aykırılığın Kural Olarak Yaptırıma Bağlanması: Kendiliğinden Yürürlükten Kalkma**

Son Anayasa değişiklikleriyle getirilen en önemli düzenlemelerden biri de, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından, yukarıda açıklanan yetki paylaşımının gerçekleşmemesi, başka bir deyişle bu Kararnamelerin Mecliste görüşölmemesi halinde, Anayasa'ya aykırı bu durumun bir hukuki yaptırıma bağlanmış olmasıdır. Anayasa'nın 119. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, üç ay içinde TBMM'de görüşölüp karara bağlanmayan Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri "kendiliğinden yürürlükten kalkar".

Mevcut Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Mecliste görüşölüp karara bağlanması bakımından herhangi bir süre ve bu süreye bağlı yaptırım öngörmeyen Anayasa hükmü karşısında (md. 121/son), Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından TBMM onayını süreye ve süreye uyulmamasını yaptırıma bağlayan anayasal düzenlemenin olumlu bir değişiklik olduğu kabul edilmelidir.

#### **Sonuç**

Son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle beraber hukuk düzenimize girecek yeni bir işlem türü olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki yerinin belirlenebilmesi farklı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi türlerinin tespit edilerek bunların tabi olduğu hukuki rejimin, Anayasa hükümlerinin tüm karmaşıklığına ve belirsizliğine rağmen belirlenebilmesi gibi oldukça güç bir çalışmayı gerektirmektedir.

Bu gerekliliğin salt bir tebliğ ile giderilmesi mümkün olmamakla birlikte; Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini "mahfuz alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" ve "yasamayla paylaşımlı alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" olarak ayırmak; "yasamayla paylaşımlı alanda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri"ni de, "yasamayla esasen paylaşımlı alanda çıkarılan olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" ve "yasamayla esasen ve usulen paylaşımlı alanda çıkarılan Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" biçiminde sınıflandırmak suretiyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin türlerinin tespit edilmesine katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Açıkça kanun hükmünde kabul edilen Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri hariç, bir konuda Kanun ile aynı anda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bulunması ihtimali kural olarak dışlanmış bulunduğundan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Kanun arasından esas bakımından uygunluğa dayalı bir hiyerarşi ilişkisi bulunmadığı, ancak Kanunun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yapılaş usulüne





ilişkin düzenlemeler öngörmesi ihtimalinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin usul hükümleri yönünden Kanuna uygun olması gerektiği söylenebilir.

Üstelik mevcut düzenimizde bulunan, ancak son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle beraber kaldırılacak olan Bakanlar Kurulu kararları, tüzükler ve Kanun Hükmünde Kararnamelerden farklı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kolektif nitelikte bulunmamakta; tek kişi tarafından tesis edilmektedir. Tek kişi tarafından tesis edilen ve adeta Kanunla yarışan bir idari düzenleyici işlemin hiçbir usul kuralına tabi olmaksızın çıkarılabilmemesinin demokratik Hukuk Devleti ve Hukuk Güvenliği ilkesi bakımından önemli sakıncalar doğurabileceği açıktır. Nasıl ki, Kanunların çıkarılması belli bir usule tabi kılınmıştır, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin çıkarılması için de Kanunla örneğin Danıştay incelemesi gibi çeşitli usul hükümleri öngörülmesi, bu sakıncaları bertaraf edeceği gibi, Danıştay'ın merkezi idarenin danışma organı fonksiyonuna da son derece uygun düşecektir.

#### Kaynakça

- ARDIÇOĞLU Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2017/3, ss. 19-51.
- ÇOLAK Çağrı D., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, Strategic Public Management Journal, Volume 3, Special Issue, December 2017, ss. 51-65.
- DURAN Lütüfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1983, Y. 4, S. 1-3, ss. 33-42.
- DURAN Lütüfi, “Bunalım Kararnameleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1983, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, Prof. Dr. Turan Güneş'e Armağan Sayısı, s. 141-158.
- ERDOĞAN Mustafa, Türk Anayasa Hukuku, Hukuk Yayınları, 2018, 258 s.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Düzeltilmiş ve 2017 Değişikliği Yapılmış 2. Baskı, 2017, 665 s.
- GÖZLER Kemal – KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Temmuz 2015, 863 s.
- GÖZTEPE Ece, “Anayasa 2017: Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, Güncel Hukuk, Mart 2017.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku - Cilt I, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara 2018, 1135 s.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 11. Baskı, Kasım 2017, 670 s.
- GÜNEŞ Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, 208 s.
- KAHRAMAN Mehmet – BALKAN Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetim”, International Journal of Academic Value Studies (Javstudies), Vol:4, Issue:19; pp. 239-246.
- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 1995, 408 s.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018





- ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, 2017, 449 s.
- ÖZTÜRK Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 172 s.
- SAĞLAM Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1984, ss. 261-271.
- TAMER Giray, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf> (erişim tarihi: 28.04.2018).
- TAN Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Eylül 2016, 1140 s.
- TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 17. Bası, Şubat 2018, 589 s.
- TAŞDÖĞEN Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65/3, 2016, ss. 937-966.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta, 10. Bası, Ekim 2005, 456 s.
- ÜLGEN Özen – ŞİRİN Tolga, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanı Kararnamesi”, Güncel Hukuk, S. 170, Mart-Nisan 2018, ss. 30-32.

YILDIRIM Turan – YASİN Melikşah – KAMAN Nur – ÖZDEMİR H. Eyüp – ÜSTÜN Gül – OKAY TEKİNSOY Özge, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekim 2013, 920 s.



## ENFORCEABILITY OF MEDIATION IN FAMILY LAW DISPUTES

Dr. Öğretim Üyesi Seda Gayretli AYDIN

Karadeniz Teknik Üniversitesi

### Absract

Mediation is an alternative dispute resolution (ADR) method and appeals to litigation in various ways such as it's easier, faster and cheaper. If the parties choose mediation, they will have the power to control the outcome, therefore, both parties will WIN. In 2013, Law on Mediation in Civil Law Disputes entered into force in Turkey. The scope of the Law on Mediation in Civil Law Disputes is determined under its first article. According to this article, only private law disputes are suitable for mediation which means if the dispute is not related to public law, criminal law, tax law nor administrative law parties can't apply to mediation. Even if the private law dispute has an existence of a foreign element, mediation is still applicable. Furthermore, mediation applied in private law disputes, arising solely from the affairs or actions on which the parties may freely have a disposal right. For instance, under Turkish family law parents don't have free disposal right over their children. Therefore, child support is not in the scope of the mediation since the government has a duty to protect the child's interest. The first article also emphasizes that disputes containing domestic violence are not suitable for mediation. Although mediation is a new ADR in Turkey its application is growing rapidly. But still, it has a long way to develop if we compare with the European countries and the United States. Unfortunately, the enforceability of the mediation on family law disputes is still limited. This study will lay down the statistics of the family mediation and discuss the enforceability of mediation in the family law disputes arising from breaking the engagement, annulment of marriage, results of divorce and separation, marital property, kindship, adoption, family property, custody of the child, and guardianship.

**Keywords:** Mediation, Turkish Family Law, Enforceability, Turkish Mediation Law on Civil Disputes, Alternative Dispute Resolution, Family Mediation

### AİLE HUKUKUNDA ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

#### Öz

Arabuluculuk ihtiyari alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Arabuluculuk yoluyla hukuki uyuşmazlıkları çözmek klasik dava yoluna göre daha kolay hızlı ve ekonomiktir. Eğer taraflar arabuluculuk yöntemiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye karar verirse sonucu kontrol etme gücüne de sahip olurlar. Böylelikle taraflardan birinin kazanıp diğerinin kaybettiği dava yoluna karşın arabuluculuk yolu ile her iki taraf da kazanmış olmaktadır. 2013 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde belirlenen



kanun kapsamına göre; bu kanun sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanabilecektir. Yani taraflar serbestçe sözleşme yapamayacakları alanlarda arabuluculuğa başvuramazlar. Ayrıca aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ise arabuluculuk yöntemiyle çözümlenemeyecektir. Türkiye'de arabuluculuk yeni bir uyuşmazlık çözüm metodu olmasına rağmen uygulaması hızla artmaktadır. Ancak, Arabuluculuk Kanunu arabuluculuğa elverişliliği sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları olarak sınırlandırdığından aile hukukundan doğan hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulama alanı diğer Avrupa ve Amerika ülkelerine göre oldukça sınırlı sayıda olmaktadır. Bu sınırlı sayı ise Türk Aile Hukukunda kamu düzenin etkisinden özellikle çocuğu korumak için devletin müdahalesinden ve icra edilebilirlik şerhi alınması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin devletin çocuğun menfaatini koruma yükümlülüğü olduğundan velayete ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Bu çalışmada arabuluculuğa başvuru uyuşmazlıklar içinde aile hukukunun yeri belirlenecek ve aile hukukundan kaynaklı olarak çıkabilecek uyuşmazlıkların teker teker ( nişanlanma, boşanma, mal rejimleri, aile malları, velayet, vesayet) arabuluculuğa elverişliliği tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Arabuluculuğa Elverişlilik, Arabuluculuk Kanunu, Aile Arabuluculuğu, Aile Hukuku, Türk Arabuluculuk Kanunu

## I. MEDIATION

### 1.1. In General

Alternative dispute resolution (ADR) refers to a variety of processes that help parties to resolve disputes without a judicial trial. However, ADR's don't compete with the judiciary litigation system. Litigation and ADRs stand next to each other therefore it is better to call ADRs as peaceful resolution methods.<sup>1</sup> Alternative dispute resolutions include various methods, almost all this methods include an independent third party involvement, and the role of the third person usually determines the name of the method.<sup>2</sup> Leading ADR methods are mediation, arbitration, conciliation, mini-trials, early neutral evaluation, fact-finding, and negotiation<sup>3</sup>. In Turkey, the most common ADR's are mediation, arbitration, and conciliation.

Mediation is a non-judicial process an independent third party called mediator help parties to communicate solve their dispute.<sup>4</sup> Mediation is the most commonly applied ADR in the world. Law on Mediation on Civil Law Disputes No 6325 is applied for mediation in Turkey since 2013. Arbitration is a non-judiciary method that a third independent party (one or more people) settles the dispute like a judge and his/her decision is binding. is a non-judicial process for the settlement of disputes where an independent third party - an arbitrator - makes a decision that is binding. In Turkey international

<sup>1</sup>Tanrıver S. (2006). Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2006/64, 151-177, 155 : Özbek M. S. (2016) *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* 1. Cilt 4. Baskı Ankara: Yetkin.198-211.(Özbek Cilt 1)

<sup>2</sup> Sevim, O. U., (2016). *Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara: Adalet, 9.

<sup>3</sup> Sevim, 10-28. For more types of ADRs read: Ceylan Şahin Ş.(2009) *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. İstanbul:Onikilevha Yayınları.296-313.

<sup>4</sup> Ildır G., (2003). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Ankara: Seçkin Yayınları,88 Yeşilirmak A. (2011)*Türkiyede Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* İstanbul:Onikilevha Yayınları 18,19.

arbitration rules are governed by International Arbitration Law<sup>5</sup> No. 4658 and national arbitration is governed by Turkish Civil Procedure Law. Arbitration is usually applied in commercial disputed to solve legal issues faster. Conciliation is also an alternative dispute resolution method that a third party offers solutions to the parties to the dispute. Conciliation is applied in some criminal law disputes and governed by Criminal Procedure Law no 5275 and Criminal Procedure Law Conciliation Regulations.<sup>6</sup>

The definition of the mediation varies according to the applying countries legal system. Hopt/ Steffek defines the common core mediation as “a procedure based on the voluntary participation of the parties, in which an intermediary (or multiple intermediaries) with no adjudicatory powers systematically facilitates communication between the parties with the aim of enabling the parties to themselves take responsibility for resolving their problem”.<sup>7</sup> Article 3 of EU Mediation Directive(2008/52/EC) defines mediation as ‘Mediation’ means a structured process, however, named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State’.<sup>8</sup>

	Mediation	Litigation
<b>Decision Making &amp; Control</b>	<b>Proactive!</b> You are in control of the outcome and the decisions agreed upon reflect you and your family's unique needs!	<b>Reactive.</b> Lawyers and Judges rely on precedent which results in a loss of control and power.
<b>Cost</b>	Financially <b>responsible</b> and cost <b>effective</b>	Financially <b>draining</b> on your assets
<b>Communication</b>	Fosters an <b>open</b> and <b>honest</b> dialogue of issues. Encourages expression of positions, interests & needs.	Communication between parties is <b>discouraged</b> by counsel. Opportunities to express concerns are <b>limited</b> .
<b>Confidentiality</b>	<b>All</b> information shared during the mediation process is <b>private</b> .	<b>All</b> information, including finances, becomes part of the <b>public record</b> of the court.
<b>Emotional Atmosphere</b>	Cooperative, comfortable and <b>less stressful</b> .	<b>Adversarial</b> and contentious (you vs. them mentality)
<b>Impact on Children</b>	<b>Minimized!</b> The needs of the children remain <b>central</b> to decision making.	<b>Often overlooked.</b> Children may be used as <b>pawns</b> in legal proceedings.
<b>Meeting Tone</b>	Business-like & <b>informal</b> .	Formal and <b>intimidating</b> .
<b>Duration of Process</b>	Time <b>efficient</b> by design.	Court dictated & <b>lengthy</b> .
<b>Future Interactions</b>	Stage is set for <b>future agreements</b> .	Stage is set for <b>future disputes</b> .

Table 1 Mediation and Litigation Comparisons.<sup>9</sup>

Mediation is a cheap, easy, voluntary, confidential, less stressful, and fast resolution method.<sup>10</sup> Mediation will result in both parties to WIN because they will have control over the outcome. However,

<sup>5</sup>Arbitration is considered foreign if it involves a foreign element. For further reading: See, Carter H. J. (Ed), The International Arbitration Review, London Law Buisness Research.

<sup>6</sup> Sevim 26, 28. Also See, Özbek, M. S. Cuni O. Özcan M. (Ed.) 2018 *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma El Kitabı* Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık.

<sup>7</sup> Kaus J. Hopt/ Felix Steffek: Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, 2013, 11.

<sup>8</sup> *Official Journal of European Union*, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008. (EU Mediation Directive) Available online at

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=en> Last visited in 17.07.2018.

<sup>9</sup>Modern Family Mediation The Civilized Divoce Experts available, [http://modernfamilymediation.org/?page\\_id=40](http://modernfamilymediation.org/?page_id=40) , 01.05.2018.

<sup>10</sup> Postacıoğlu İlhan, Altay Sümer; Medeni Usul Hukuku Dersleri vedat kitapçılık, İstanbul, 2015, 1056-1060; Süral C., Ömeroğlu E. (2015) Türkiye’de Arbuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, How Would Mediation Become Efficient and Successful in Turkey? Discussions in the Light of UK and Portugal Practice, Ankara: Seçkin Yayınları 24-29.



in litigation one party will win the other party will lose the case and sometimes neither of them will be satisfied with the result of the decision.<sup>11</sup> During How Would Mediation Become Efficient and Successful in Turkey? conference, Mackie noted that: Although mediation process applied in the USA because of their adversarial and expensive judicial proceedings, in Asian African and Arabic cultures applied native forms of mediation and consolation for a long time. Until the European Union's Civil and Commercial Mediation Directive (2008/52/EC) people had resistance to the mediation idea.<sup>12</sup>

Law on Mediation in Civil Disputes Law no: 6325 (Mediation Law) regulates the mediation process in Turkey. Mediation Law is enacted in 2012 and entered into force in 2013. The main principles of the mediation are the equality of the parties, confidentiality and being voluntary.<sup>13</sup> Article 3 of the Mediation Law's government ground dictates that the most important principle of the mediation is the voluntariness and equality. Parties will have equal rights during the mediation process.<sup>14</sup> Mediators should have the same distance to both parties. Parties are free to take their dispute to court or to mediation. Parties can always cease the negotiations and bring their case to a court. EU Directive encourages the countries to have voluntary mediation. In 2012 only Italy had mandated participation in mediation as a prerequisite to litigation in a fairly broadly defined range of disputes.<sup>15</sup> One EU study shows when Italy ceased mandatory mediation, voluntary mediation numbers also fell almost to zero. Then they restarted mandatory mediation and numbers decreased rapidly.<sup>16</sup> Turkey also initiated to apply mandatory mediation for employer-employee disputes since January 2018.

Article 4 of the Mediation Law states that the mediation process is confidential for both parties and for the mediators. In addition to this mediators should be neutral and independent.<sup>17</sup> Unless otherwise is agreed the mediation procedure should be kept confidential because parties don't want their reputation to be affected by the dispute. This is a fundamental aspect of the mediation that leads companies or well-known families to choose mediation over litigation to protect their companies or families from gossips. Second, this article prevents parties or the mediators to use the confidential information that they have learned during mediation procedure by any means. They can't use the information without the consent of the parties.<sup>18</sup>

According to the Turkish Justice Council Mediation Department, for 15655 dispute parties applied to mediation process. 15234 of this disputes are resolved by mediation on the other hand 421 of them could not be resolved by mediation.<sup>19</sup> These numbers are shows %97 of the applied parties resolved their dispute with judicial trials.

<sup>11</sup> Pekcanitez H., Özekes., Akkan M/, Taş Korkmaz H.(2017): *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2083, Onikilevha Yayınları, 2084.

<sup>12</sup> Süral, 23.

<sup>13</sup> Tuğsavul M. T. (2012) *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 125vd.

<sup>14</sup> Işıktaş Y. (2014) *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu*, İstanbul: Sümer Kitabevi, 25.

<sup>15</sup> Palo G. Trevor M. (E) (2012) *Mediation Law and Practice* Oxford: Oxford University Press, 3.

<sup>16</sup> European Parliament, *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*. (2014) Available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

<sup>17</sup> For further reading Klaus 13.

<sup>18</sup> See, for further, Tıktık Yazıcı Ç. (2013) *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* İstanbul: Onikilevha Yayınları, 53vd

<sup>19</sup> Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihivari.pdf> Last visited in 17.07.2018.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

**Voluntary Mediation Statistics According to the Subject Matter of the Dispute (02.01-27.05.2018)**

DISPUTE SUBJECT	RESOLVED	NOT RESOLVED	TOTAL
EMPLOYEE EMPLOYER DISPUTES	14140	312	14452
CLAIMS ARISING FROM CONTRACT	309	25	334
CONSUMER LAW	221	19	240
CLAIMS	199	23	222
MATERIAL AND IMMATERIAL DAMAGES	107	22	129
INSURANCE LAW	64	0	64
REAL PROPERTY	44	1	45
WORK CONTRACT ( WERKVERTAGS )	32	2	34
SEPARATION OF JOINT OWNERSHIP	31	1	32
RENT AND EJECTMENT	21	7	28
MATERIAL AND IMMATERIAL DAMAGES OF FAMILY LAW	19	5	24
PRIVATE PERSON DISPUTES WITH GOVERNMENT	18	3	21



ALIMONY	18	0	18
BEQUEST -INHERITENCE	6	1	7
MARITAL PROPERTY REGIMES	4	0	4
INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS	1	0	1
<b>TOTAL</b>	15234	421	15655

Table 2: Mediation Statics<sup>20</sup> (02.01-27.05.2018 )

Mediation is growing rapidly but the enforceability of the mediation in civil law disputes are very limited compared to the EU and the US. Also, number of the family law disputes are drastically law compare to other disputes.<sup>21</sup> The law numbers are associated with the narrow scope of the mediation which will be discussed in the next parts of this study.

## 1.2. The scope of the Mediation in Turkey

The scope of the Mediation Law is described under its Article 1 (2) as “This Law shall be applied in private law disputes, arising solely from the affairs or actions on which the parties may freely have a disposal, including those possessing the element of alienage. However, disputes containing domestic violence are not suitable for mediation.”<sup>22</sup> The scope of the mediation can be divided into two groups first positive elements and second negative elements.

- Positive elements
  1. Only private law disputes
  2. Arising solely from the affairs or actions on which the parties may freely have a disposal.
- Negative element

<sup>20</sup> Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihtiyari.pdf> Last visited in 17.07.2018.

<sup>21</sup> Table 2 shows that only 46 disputes are related to family law.

<sup>22</sup> [Arabulucu ADR Mediation Laws articles are translated into Turkish by Mustafa Serdar Özbek available at : http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-mevzuati/law-on-mediation-in-civil-disputes-no-6325-with-comparisons](http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-mevzuati/law-on-mediation-in-civil-disputes-no-6325-with-comparisons)



- Disputes containing domestic violence are not suitable for mediation.

### 1.2.1. Private Law Disputes

Mediation Law is applicable to only private law (jus privatum) disputes. Therefore, it's not applicable to public law(jus publicum) disputes such as criminal law, tax law, and administrative law. There are different approaches to determine if a dispute is a private law issue or public law issue. If the parties are equal in a dispute and individual interests are important than the dispute is usually related to private law. The main principle of the private law is "the freedom of will" principle. If at least one party is governmental, parties are not equal since the government is using the government power and the important thing is the interest of the public. In my opinion, the mother of the private law is Civil Law since it lays down the main principles applicable to all private law issues. Family Law, Law of Inheritance, Real Estate Law, Law of Obligations, Commercial Law, International Private Law are the typical subjects of the private law disputes. Currently, the division between private law and public law is losing its importance since there are lots of areas of law are seen in the intersection of the private law and public law. Because some private law codes include public law-related articles and vice versa.

Disputes include foreign element are also the subject of the mediation. Turkish International Arbitration Law article two as "The existence of any of the following circumstances demonstrates that the dispute has a foreign element and, under such circumstances, arbitration is considered as international:

1. where the parties to the arbitration agreement have their domiciles or habitual residences or places of business in different States;
2. where one of the following is situated outside the State in which the parties have their domiciles or habitual residences or places of business;
  - a. the place of arbitration, which is determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; [or]
  - b. a place where a substantial part of the obligations arising from the underlying contract is performed or a place where the dispute has the closest connection;
3. where a shareholder of the company which is a party to the underlying contract that constitutes the basis for the arbitration agreement has brought foreign capital [into Turkey] in accordance with the laws concerning the encouragement of foreign capital or where a loan and/or guarantee agreement needs to be signed for the execution of the underlying contract;
4. where, in accordance with the underlying contract or with the underlying legal relationship, the movement of capital or of goods shall be made from one country to another.<sup>23</sup>

The same criteria may be applied to determining the foreign element in mediation.

---

<sup>23</sup> Turkish International Arbitration Law in English Available at [http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/tial\\_turkey.pdf](http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/tial_turkey.pdf)  
Last visited in 17.07.2018.



### 1.2.2. Parties Should Have Free Disposal Right on the Subject Matter of the Dispute

Under Turkish civil law parties have free disposal right unless otherwise regulated by the Law or the public order (Ordre public). Under Turkish laws, if an issue is related to public order only Governmental Courts can declare a judgment on that dispute. Therefore, mediation will be applicable to the disputes if the resolving of that dispute by mediation is not against public order. Government Grounds for Mediation Law article one states that: the mediation may be implemented to only the context of the disputes on that the parties may freely have and, ‘ the disputes that can conclude by the parties agreement’. The public order term differs from the country to country and legislation to legislation. For instance, in the Anglo American law systems, mediation is applicable to the divorce cases since divorce is not seen as a public order issue.<sup>24</sup> Moreover, family law is the one of the early subjects to mediation.<sup>25</sup>

### 1.2.3. Disputes involving Domestic Violence are not Suitable for Mediation

Disputes arising from family law issues are available for mediation procedure unless they include a domestic violence. Özbek notes that mediation requires a peaceful environment and a stressful environment with the threat of violence and fear is not acceptable not for only family law disputes for all kinds of disputes since violence is contrary to mediation concept.<sup>26</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention 2011) article 48 also prohibits mandatory alternative dispute resolution processes or sentencing relation to all forms of violence covered by the scope of this Convention.<sup>27</sup>

Article 3(b) of Istanbul Convention 2011 “domestic violence” shall mean all acts of physical, sexual, psychological or economic violence that occur within the family or domestic unit or between former or current spouses or partners, whether or not the perpetrator shares or has shared the same residence with the victim”<sup>28</sup> According to Turkish Protection of the Family and Preventing Violence against Woman article 2 domestic violence is “Any physical, sexual, psychological and economic violence between the victim of violence and the perpetrator of violence and between the family members and the people who are considered as a family member whether they live or do not live in the same house.”<sup>29</sup> Victim of the domestic violence stated at Article 2 e) of the same Law as “The person who is directly or indirectly

<sup>24</sup> Tuğrulsavul Taşpolat M. (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara : Yetkin, 109.

<sup>25</sup> “In the 1930 American divorce courts began to recommend mediation to the parties and in the 1936, California created Conciliation Court, with the parties allowed to go through conciliation, usually in a uncontested divorce, as an alternative to the normal adversary divorce process. The rapid spread of no fault divorce in the last several decades has further spurred the movement towards replacing an adversary divorce trial with mediation settlement. In the last decade, California mandated conciliation for issues of child custody or visitation as a prerequisite to a divorce trial and judges in some other states have imposed this requirement through the court rule.” Rau S A, Sherman E, Peppet S., (2002) Mediation and Other Non-Binding ADR Process, New York: Foundation Press 4,5.

<sup>26</sup> Özbek, (Cilt 2), 1189.

<sup>27</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Available at <https://rm.coe.int/168008482e> Last visited in 17.07.2018.

<sup>28</sup> Ibid Article 3(b).

<sup>29</sup> English version of the Law on Protection of the Family and Preventing Violence against Woman Available at

<http://www.lawsturkey.com/law/law-to-protect-family-and-prevent-violence-against-woman-6284> Last visited in 17.07.2018.



subject to or at the risk of the attitudes and behaviors which are defined as violence in this Law and the people who are affected by violence or at the risk of being affected by violence. “

Therefore, domestic violence is not only limited to physical sexual violence also psychological or economic. Also former and current spouses and partners can be deemed as perpetrator even if they do,n't live with the woman victim. However domestic violence is nthe ot limited to that, also includes the violence occurred by a female partner to male one (wife to husband), parents to kids, and kids to each other.<sup>30</sup> Moreover the Turkish Family Protection Law defines violence as “ The acts which results or will probably result in person’s having physical, sexual, psychological and financial sufferings or pain and any physical, sexual, psychological, verbal or economical attitude and behavior which include the treat, pressure and arbitrary violation of persothe n’s frethe edom as the well and conducted in social, public and private space. “ If we consider the broad definition of violence, it’s almost impossible to find a family dispute does not involve with a type of violence. Therefore this article should be interpreted narrowly. The violence should be a degree that really effects the will of the party. Also, the Istanbul Agreement only bans the mandatory mediation but Turkish Mediation Law bans all of the disputes involving domestic violence. In my opinion family, mediation would offer creative solutions to problems rather than giving material damages, for instance, they can lead parties to get psychological treatment or have family therapies that would be more effective for protection families.

## II. TURKISH FAMILY LAW

Turkish Constitution regards the family as the fundamental unit of the Turkish society. Turkish Constitution imposes government to protect the family, especially woman and kids and prohibits intervention in the family privacy.<sup>31</sup> Also, Turkish Constitution article 90 states that if an article of the constitution and an article of international agreement related to fundamental rights that Turkey is party to is conflict international agreements article shall prevail. Therefore the international agreements related to fundamental rights that are put into duly effect in Turkey are also a part of the family law system. Turkish Civil Law No: 4721 date of 2011 consists of preface articles( 7 general articles that are applicable to all private law disputes), and four books ( law of persons, the law of the family, the law of succession, real estate law).<sup>32</sup> Turkish Family laws rules are mainly regulated under Turkish Civil Lawbook two. Turkish family law relations has the numerous clauses principle, each relationship is counted and you can’t create a new relationship contrary to Law of Obligations that allows one two create any type contracts as long as it does not contradict with law and ethics. Turkish family laws are also regulating the society therefore the articles are generally imperative. The government has a duty to protect children and disadvantaged person in the family. The effect of the government interface is higher than the other branches of the private law.<sup>33</sup> Family Law Book consists of three parts: marriage law, kinship, and guardianship.

<sup>30</sup> Özbek, (Cilt 2), 1190 vd.

<sup>31</sup> Ansay T. (2011) *Introduction to Turkish Law*, Wolters Kluwer, 119.

<sup>32</sup> Law of Obligation is regarded as the fifth book of the Civil Law and the Commerical Law is also regarded as completing the Civil Law.

<sup>33</sup> Dural M, Öğüz T, Gümüş M A (2016) *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz, 4,5.



## 1. Marriage Law

Marriage law is regulated between Article 118 to Article 281 of the Turkish Civil Law. This part consists of marriage, divorce, general rules on marriage, and the marital property regime between spouses.

### 1.1 Marriage

Marriage is regulated between Articles of 118 to Article 161 of Turkish Civil Law and it consists of engagement, capacity to get married and marriage impediments, application to marriage, the marriage ceremony, and annulment of the marriage.

#### 1.1.1. Engagement

According to Article 118 of Turkish Civil Law engagement is constituted by mutual promises to get married. Minors need their legal representative's consent in order to be obligated by engagement agreement. Engagement is a family law contract but it is not binding therefore parties can't force each other get married. If the engagement is ended and the conditions are met parties may demand; material and moral compensation arises from engagement.<sup>34</sup> These articles of the engagement are not a public issue or not considered as a public order. Although parties can ask the extraordinary gift that they have given the other party it is not a mandatory article. After ending the engagement they can keep their presents or share them, they free disposal right on the engagement presents and the material and immaterial damages arising from the ending of engagement. Therefore, both ex-fiancés have right to disposal to break the engagement without a court decision. Resolution of the engagement is available to mediation.

#### 1.1.2. Capacity to get Married and Marriage Impediments

According to Turkish Civil Law capacity to get married requires completing the age of seventeen, the capacity of judgment and the lack of the marriage impediments. According to article 124 of the Civil Law if there is an extraordinary issue like the woman is pregnant, the men and woman can get married if they reached to age of sixteen but they will need a judicial decision. If the spouses are age of seventeen they will have the capacity to marriage but since they are younger than age of eighteen which is capacity to act, they will need their legal representative's approval in order to get married.<sup>35</sup> Marriage impediments are kinship, existing marriage, and legal waiting period for woman.<sup>36</sup>

Capacity to get married is public order, marriage capacity is a mandatory law. Parties don't have the disposal right to change the capacity to get married. Therefore, a dispute solely arising from the capacity to get married can't be a subject to mediation process. There are two kinds of marriage impediments first one is absolute marriage impediments which are existing marriage, lacking the capacity of judgment and kinship. These are public issues, therefore, they can't be a subject to the mediation. Parties cannot go to mediation to declare their relation valid even if they have marriage impediment. If a woman gets marrieds somehow without waiting end of the legal waiting period, her marriage will be deemed still

<sup>34</sup> Kılıçoğlu A. (2016), *Aile Hukuku Ankara*: Turhan, 25- 41.

<sup>35</sup> Turkish Civil Law article 126.

<sup>36</sup> Gayretli Aydın S. (2018), *Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (Vol. 136) Ankara, 274 vd.



valid. The waiting period is not a public issue, however, parties don't have free disposal right to change the waiting period, therefore, it can't be subject to the mediation process.

### 1.1.3. Application to Marriage

Application to marriage is regulated between articles 134 to 144 of the Turkish Civil Law. Only civil law marriage is legal under Turkish law and there are strict rules regulating how to apply to get marriage certificate and how the marriage ceremony must happen. These rules are mandatory; spouses don't have free disposal right to change them, therefore, they are not subject to family mediation.

### 1.1.4. Annulment of the Marriage

Annulment of the marriage and the divorce are different procedures. At divorce procedure, there is a valid marriage at the beginning but parties don't want to pursue it. However, at the annulment of the marriage, there is no valid marriage at the beginning.<sup>37</sup> Annulment of the marriage may result from the marriages contracted but the marriages involve absolute marriage impediments, therefore, they will be invalid when the court declares the annulment of the marriage.<sup>38</sup> Annulment of the marriage requires a court decision without a court decision parties can't declare annulment of the marriage. Annulment of the marriage involves public interest, therefore it's not a subject of the mediation process.

## 1.2. Divorce

Under Turkish laws, divorce is considered as a public law issue and spouses don't have a disposal right on divorce itself. Only the judge can decide to divorce upon the party's request. Divorce reasons are divided into two groups; first special grounds second general grounds for divorce. Special grounds for divorce are: Article 161 adultery(zina); Article 162 attempted murder, very bad or dishonorable behaviour(hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış); Article 163 crime and dishonorable life(suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme); Article 164 abandonment (terk); Article 165 mental illness(akıl hastalığı). Special grounds of divorce are determined under numerous clauses principle. Judges can't add another special ground for divorce. The reasons of special grounds to divorce are determined and limited.<sup>39</sup>

General grounds of divorce are regulated under the article 166 of the Turkish Civil Law: a matrimonial breakdown (evlilik birliğinin sarsılması), divorce by joint request (eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları) and, the absence of the reestablishment of mutual life (ortak hayatın yeniden kurulamaması).

Another division for the divorce reasons is absolute reasons and partial reasons divorce. If an absolute reason to divorce happens judge has no discretion on the judgment and s/he has to divorce the spouses. For this reasons, there is no need to check if this event makes matrimonial life unbearable. Absolute divorce reasons are adultery, attempted murder, very bad or dishonorable behavior, and abandonment.

Partial reasons for divorce are matrimonial breakdown, crime and dishonorable life, and, mental illness. For these reasons the conditions should met for the specific or general reasons and the mutual life should

<sup>37</sup> Kılıçoğlu, 106 vd.

<sup>38</sup> Kılıçoğlu, 98.

<sup>39</sup> Kılıçoğlu 114.





be unbearable. The judge has discretionary authority to decide if the couples matrimonial life is unbearable or not.<sup>40</sup>

Divorce reasons explained in their details since its considered as a public issue. Even if the spouses make a divorce agreement it should be approved by a judge. Therefore, mediation is not available for divorce cases. However, mediation is available for the results of the divorce alimony cases and the material and immaterial damages claims.

Under Turkish family law parents don't have free disposal right over their children. Under Turkish family law parents don't have free disposal right over their children. Therefore, custody of the child is not in the scope of the mediation since the government has a duty to protect the child's interest. Also, child support issues are not available to mediation since the government has a duty to protect child interest and, child interest is a public issue.

### 1.3. General Rules on Marriage

If the general rule of the marriage is not a public issue it can be a subject to mediation. For instance, woman surname was deemed as a public issue year ago, therefore, it can't a subject to mediation but currently, woman's surname is not deemed as a public issue.<sup>41</sup> According to Article 186 of the Civil Law spouses jointly decide on the marital home. If the spouses can't decide on the marital home, they can apply to family mediation since they both have free disposal right to choose where to live and they don't need courts approval.

### 1.4. Marital Property Regime

Marital property regimes are regulated between the article of (202 281) the Civil Law. The ordinary marital property regime in Turkey is participation in the acquired property but the spouses can also choose one of the contractual regimes: Community of Property Regime, Separation of Property Regime, and Joint Community of Property Regime. According to Article 203 of the Civil Law, spouses may conclude a matrimonial contract before or after the wedding. However these contracts should be only within the limits of law and should be one of the matrimonial contracts of Turkish Civil Code. Therefore, numerous claus principle is applicable to marital contracts. The spouses can't create or apply a different kind of marital property regime. However, the disputes arising from the marital property regimes are available to mediation process after divorcing. Because it is not considered as a public issue.

## 2. Kinship

Kinship is regulated between Article 282 to Article 395 of the Turkish Civil Law. This part consists of the establishment of the kinship and family.

### 2.1. Establishment of Kinship

---

<sup>40</sup> Kılıçoğlu 115.

<sup>41</sup> Demircioğlu R. (2015) Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:6, Sayı:23, 58.



According to Article 282 of the Turkish Civil Law the parent-child relationship is formed between child and mother on birth. The kindship between child and father can be established by virtue of the latter being married to the mother, by recognition or by judge declaration. Kindship is also formed by adoption. Surrogacy agreements are null and void in Turkey because kindship is reviewed as a public issue. Parties cannot change requirements of the establishment of kindship. Therefore, the establishment of the kinship is not available to mediation. During the adoption procedure, the government should protect the adopted kid's interest. Therefore, mediation is not available for adoption. Child custody and the child property are also regulated between the articles of the 355 to Article 363. The government has a duty to protect child interest, therefore, the child custody issues are not available to mediation.

## 2.2. Family

The duty of Assistance, Authority with Household and Family Property is regulated under this division. According to Article 364 of the Civil Law,, everyone has a duty to lend assistance to any lineal relatives of older or younger generations who would suffer hardship without such assistance. The duty of sister and brother to assist each other depends on if they live in comfort. The duty of assistance to lineal kinship is a mandatory rule. However, parties don't need a court decision to help each other. If they have a dispute on the amount of the assistance in they may go to mediation before going to court. Turkish family law article 367 states that if by a law, contract of custom rules living in a common household have a head of the family, such person holds authority within the household. The authority extends over all persons living in the household, whether relatives by blood or marriage or employes or similar persons in the similar position based on contractual relation. If the parties made a contract and determined someone to be head of the family without a court decision that means they free disposal right on that issue, therefore, this issue can be mediation subject. According to Article 372, A body of assets may be tied to a family by means of a family foundation created under the law of persons or inheritance law in order to meet the costs of raising, education, endowing or supporting family members or for similar purposes. This is not a mandatory rule. If a family member wants to establish a family foundation and others don't they may go to mediation but they can't force teach other to found it by court decision.

## 3. Guardianship

Guardianship is regulated between the articles 396 to 501 of Turkish Civil Law. Guardianship institutions and their responsibilities are determined under this section. The government has to protect weak people. Guardianship issues are also public issues and parties can't determine them without public approval. Therefore guardianship issues are not available to mediation.

## III. CONCLUSION

Mediation Law in Civil Law Disputes entered into force in 2013. Although mediation is a new alternative dispute resolution method in Turkey, its application is growing rapidly. However, mediation has a long way to develop, if we compare the application statics with the European countries and the United States. According to the Turkish Justice Council Mediation Department Statistics family mediation application number, between 02.01-27.05.2018 is only 46 (18 alimony, 4 marital property, 24 damages arising from family law). Unfortunately, the enforceability of the mediation on family law disputes is still limited because of the scope of mediation. Mediation is only applicable to private law



disputes, including the ones contains foreign element, and the parties should have free disposal right on the dispute subject. Also, it should not include a domestic violence.

The subjects that are available to mediation are not counted in Mediation Law. In other words, numerous clauses principle doesn't apply for the enforceability of the mediation. Judges will decide if the dispute is available to family mediation or not. Judges will examine if the dispute is a private law dispute and, it does not include domestic violence. Then they will check if the parties have free disposal right on the subject. If the parties can decide on the subject without a court decision it means that they have a free disposal right. Judges will also use the public order concept. If the subject matter of the dispute concerns the public order mediation is not available to that dispute. For instance government has a duty to protect child's interest therefore child custody child support and adoption are not available to mediation. n Public order concept (ordre public) is not sufficient solely to determine if a family law dispute is available to mediation or not. This concept will change and develop according to Court of Cassations ( Court of Appeals) and Regional Court of Justice.

## RESOURCES

Ceylan Şahin Ş.(2009). Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. İstanbul:Onikilevha Yayınları.

Demircioğlu R. (2015) Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:6, Sayı:23.

Dural M, Öğüz T, Gümüş M A (2016). Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz.

Tıktık Yazıcı Ç. (2013) Arabuluculukta Gizliliğin Korunması İstanbul: Onikilevha Yayınları.

Gayretli Aydın S. (2018), Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Vol. 136) Ankara.

Hopt K. J. , Steffek F. (Ed) (2013). Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford.

Ildır G., (2003). Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara: Seçkin Yayınları.

Işıktaş Y. (2014) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu, İstanbul: Sümer Kitabevi.

Pekcanitez H., Özekes M, Akkan M., Taş Korkmaz H. (2017). Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayınları.

Kılıçoğlu A. (2016), Aile Hukuku Ankara: Turhan.

Postacıoğlu İ., Sümer A. (2015). Medenî Usûl Hukuku Dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sevim, O. U., (2016). Avrupa Birliği Müktesebatı ve Türk Hukukunda Arabuluculuk. Ankara: Adalet.

Süral C., Ömeroğlu E. (2015) Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler, How Would Mediation Become Efficient and Successful in Turkey? Discussions in the Light of UK and Portugal Practice. Ankara: Seçkin Yayınları.

Tuğsavul M. T. (2012) Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbek M. S. (2016) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 1. Cilt 4. Baskı Ankara: Yetkin. Özbek Cilt 1)

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



Özbek M. S. (2016) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2. Cilt 4. Baskı Ankara: Yetkin. Özbek Cilt 2)

Özbek, M. S. Cuni O. Özcan M. (Ed.) (2018) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma El Kitabı Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık.

Tanrıver S., (2016) Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2006/64,s 151-177.

Palo G. Trevor M. (E) (2012) Mediation Law and Practice Oxford:Oxford University Press.

Rau S A, Sherman E, Peppet S., (2002) Mediation and Other Non-Binding ADR Process, New York: Foundation Press.

Yeşilirmak A. (2011)Türkiyede Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme Arabuluculuk Hakem Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul:Onikilevha Yayinlari 18,19.

### Online Resources

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/istatistikler/ihityari.pdf>

[Arbulucu ADR http://www.arbulucu.com/arbuluculuk-mevzuati/law-on-mediation-in-civil-disputes-no-6325-with-comparisons](http://www.arbulucu.com/arbuluculuk-mevzuati/law-on-mediation-in-civil-disputes-no-6325-with-comparisons)

Modern Family Mediation The Civilized Divorce Experts, available, [http://modernfamilymediation.org/?page\\_id=40](http://modernfamilymediation.org/?page_id=40)



## EŞİTLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE YABANCILARIN TÜRKİYE'DE LİSANS EĞİTİMİNE KABULÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

**Dr. Öğr. Üyesi Süleyman DOST**

**Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi**

**Arş. Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN**

**Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi**

### **Öz**

Lisans eğitime kabulde vatandaş ile yabancı aday arasında ayırım yapılarak, yabancı adayların farklı bir sınava tabi tutulması genel olarak kabul gören bir anlayıştır. Nitekim diğer ülkelerde de lisans eğitime yabancı öğrenci kabulünde ülkemizdekine benzer uygulama ve düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Yabancı öğrencilerin ülkemizdeki lisans eğitime kabulü, 2010 yılına kadar Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılan Yabancı Uyruklu Öğrenci Sınavı (YÖS) ile merkezi olarak yapılmaktaydı. Bu sınavın 2010 yılında kaldırılmasıyla birlikte üniversiteler, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın (YÖK) yayınladığı Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar çerçevesinde kendi yaptığı sınav ile yabancı uyruklu öğrencileri lisans eğitime kabul etmektedir.

Lisans eğitimi de dâhil olmak üzere eğitim hakkı ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki eşitlik ilkesi ile birlikte düşünülmesi gereken bir haktır. Ancak üniversitelerin lisans eğitime bu şekilde yabancı öğrenci kabulünün eşitsizliklere yol açtığı düşünülmektedir. Bu nedenle Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar ile uygulamanın, eşitlik ilkesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yabancıların lisans eğitime kabul şartları, Türk vatandaşı olan adayların durumu ile karşılaştırılacaktır. İşbu tebliğde öncelikle eşitlik ilkesi ve eğitim hakkına kısaca değinilecektir. Ardından Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar'da yer alan şartlar ile eşitsizlik olarak düşünülen ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yabancı öğrenci, lisans eğitimi, kabul, eşitlik

### **Abstract**

It is generally accepted that foreign applicants are subject to a different examination by making a distinction between the citizen and the foreign candidate accepting undergraduate education. As a matter of fact, in other countries it seems that there are similar practices and regulations in our country for accepting foreign students to undergraduate education. Admission of foreign students to undergraduate education in our country was made centrally with the Examination for Foreign Students (YÖS) conducted by the Center for Measurement, Selection and Placement (ÖSYM) until 2010. With the abolition of this examination in 2010, universities accept foreign students with a bachelor's degree education with their own examination within the framework of the Guidelines for Acceptance of Foreign Students published by the Higher Education Council Presidency (YÖK).



The right to education, including undergraduate education, is a right that must be considered together with the principle of equality in national and international regulations. However, it is thought that universities lead to inequalities in accepting foreign students to undergraduate education in this way. For this reason, the Principles and Procedures for Admission of Students from Abroad must be examined within the framework of the equality principle. In this context, acceptance conditions for foreign students' undergraduate education will be compared with those of Turkish candidates. In this paper, the principle of equality and the right to education will be briefly mentioned. It will then be dealt with as those considered as inequality with the conditions contained in the Principles for Student Admission from Abroad.

**Keywords:** Foreign student, undergraduate education, acceptance, equality

## 1. Giriş

Ülkemizde 2010 yılı öncesinde 2922 sayılı Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Kanun<sup>1</sup> ve Yönetmelik<sup>2</sup> yürürlükteydi. Bu dönemde yabancı uyruklu öğrenciler için ÖSYM tarafından Yabancı Öğrenci Sınavı (YÖS) merkezi olarak yapılmaktaydı. Bu sınava bir uyuğu Türkiye Cumhuriyeti olan çift uyruklular eğitiminin tümünü Türkiye’de tamamlamış olsalar dahi yabancı öğrencilere yönelik sınava girebilmekteydi. Ayrıca Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) vatandaşlarına yönelik sorunlar ile de karşılaşılmaktaydı. 2010 yılında 2922 sayılı Kanun’un kaldırılması ile birlikte yabancıların lisans eğitimi için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda (YK) düzenleme yapılarak yükseköğretim kurumlarına kabul usul ve esaslarının belirlenmesi YÖK’e bırakıldı. Bunun ardından Kurul, Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar’ı yayınlamıştır. Bu esaslar çerçevesinde merkezi olarak yapılan YÖS kaldırılmış ve yükseköğretim kurumlarının, sınavını kendi bünyesinde yapacağı kararlaştırılmıştır.

Çalışmada öncelikli olarak sırasıyla eşitlik ilkesi, yabancı ve eğitim hakkı kavramlarına değinilecektir. Ardından YÖK’ün yayınlamış olduğu Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar’da yabancıların lisans eğitimine kabul şartları değerlendirilecektir.

## 2. Eşitlik İlkesi

1982 Anayasası’nın 10/1. maddesine göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Ancak 16. madde kapsamında “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi başlıklı 42. maddeye göre “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.” Bu hükümler bağlamında eğitim hakkı, genel olarak herkese tanınması gereken, sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmiştir. Kural olarak eşitlik ilkesi benimsenmiş olmasıyla birlikte Anayasa’nın 42. maddesine göre öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Bu bağlamda yabancı öğrencilerin lisans eğitimi de iç hukuk düzenlemesine tabidir. Bu sebeple kural olarak vatandaş ve yabancı eşit olmakla birlikte yabancıların bazı haklardan yararlanmasına ek bir takım şartlarda getirilmesi mümkündür.

<sup>1</sup> R.G. 19.10.1983, S. 18196.

<sup>2</sup> R.G. 30.04.1985, S. 18740.





Türk eğitim sisteminde yükseköğretime kabul için yapılan sınav, öğrenciler arasında seçiciliği sağlamak bakımından yapılan bir sınavdır<sup>3</sup>. Yabancıların Türkiye’de lisans eğitim hakkının sağlanması elbette ki, vatandaşların lisans eğitimine hak kazanmasını düzenleyen kurallara tabi olmayacaktır. Bu konuda vatandaş ve yabancı aynı durumda değildir. Bu durumda hukuki eşitliğin sağlanması için yabancıların lisans eğitimine kabulü, kendilerine uygun olan ve kendilerinden başarı beklenebilecek bir sınav ve buna bağlı şartların sağlanması ile gerçekleşecektir.

### 3. Yabancı Kavramı

Bir devlet ile hukuki bir bağ kurulduğunu gösteren vatandaşlık, insanların doğduktan sonra elde ettikleri bir statüdür. Bu sebeple insanların doğması ile birlikte vatandaş ve yabancı olmaları önemli olmaksızın insan olduklarından dolayı bir takım doğal hakları mevcuttur. Ancak insanların farklı uyruklara sahip olması, sosyal hakların kullanımında bir takım sınırlamalara gidilmesine sebebiyet verebilmektedir<sup>4</sup>.

Devletler Hukuku Enstitüsü’nün 1982 tarihinde Cenevre toplantısında yabancı, “bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını henüz iddiaya hakkı olmayan kimse” şeklinde tanımlanmıştır<sup>5</sup>. Nitekim 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)’da “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” yabancı olarak tanımlanmıştır (TVK, m.3/1-d, YUKK, m.3/1-ü).

Gerçek kişi yabancılarla vatandaşlık durumları ve ülkede sahip oldukları haklar dikkate alınarak bir ayrıma gidilmiştir<sup>6</sup>. Dolayısıyla yabancılar, yabancı ülke vatandaşları, vatansızlar, göçmenler, mülteciler, şartlı mülteciler, ikincil koruma altındakiler, başvuru sahibi sığınmacılar ve özel statülü yabancılar şeklinde ayrılmaktadır.

### 4. Eğitim Hakkı

1982 Anayasası’nda Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler arasında düzenlenen eğitim hakkı, genel olarak ırk, cinsiyet, cinsel, yönelim, etnik ya da sosyal köken, din yahut siyasi görüş, yaş engellilik duruma bakılmadan herkesin temel eğitim hakkından yararlanması şeklinde ifade edilebilir<sup>7</sup>. Bu tanım eğitime çocukluk yıllarında başlanması sebebiyle yapılmaktadır. Ancak genel itibarıyla hangi aşamadaki eğitim olursa olsun, eğitim hakkı erişilebilir<sup>8</sup>, kaliteli ve öğrenme ortamında saygı görme

<sup>3</sup> Erdem, A. R. (2012). Yükseköğretime Geçişin Kritiği. Cumhuriyetin Kuruluşundan Günümüze Eğitimde Kademeler Arası Geçiş ve Yeni Modeller Uluslararası Kongresi. 16-18 Ocak 2014 (s. 851-864). Antalya: Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları. s. 851.

<sup>4</sup> Asar, A. (2008). Sosyal Haklarda Uyruklu Sorunu, Ankara: Özbay Ofset. s. 14-18.

<sup>5</sup> Doğan, V. (2016). Türk Yabancılar Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları. s.2.; Çelikel, A. (2017). Yabancılar Hukuku. 23. Bası, İstanbul: Beta. s. 16.; Tekinalp, G. (1975). Türk Yabancılar Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Fakülteler Matbaası, s. 6.

<sup>6</sup> Doğan, s. 3.

<sup>7</sup> Adıgüzel, S. (2016). Uluslararası Hukukta ve Türkiye’de Eğitim Hakkı. İstanbul: Legal Yayıncılık. s. 63.

<sup>8</sup> Gül, İ. I. (2009). Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi. I. Tüzün (Derleyen). İ. Aktaşlı - A. B. Hazırmirzaoğlu - N. Berktaş - A. Şaşmaz (Yay. Haz.). Eğitimde Erişim: Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği (s. 17-46). İstanbul: Yelken Basım. s. 21.



hakkını içerisinde barındırmalıdır<sup>9</sup>. Ayrıca eğitim hakkı, belli bir eğitim içeriğini alma hakkı olarak ele alınmalıdır. İnsan hakkı ile eğitim hakkının içeriği açısından bir bağının olması gerekir<sup>10</sup>.

Çeşitli uluslararası belgeler ile eğitim hakkı güvence altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB), BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nde eğitim hakkı düzenlenmiştir. İHEB'in 26. maddesinde "1. Herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, en azından ilk ve temel eğitim aşamasında parasızdır. İlköğretim zorunludur. Teknik ve mesleki eğitim herkese açıktır. Yükseköğretim, yeteneklerine göre herkese tam bir eşitlikle açık olmalıdır" denilerek eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 13. maddesi, "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese eğitim hakkı tanır. Sözleşmeciler, eğitimin insan kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişmesine ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmesine yönelik olarak verilmesi konusunda birleşirler. Devletler ayrıca herkesin özgürlükçü topluma etkili bir biçimde katılmasını sağlayacak, bütün uluslar ile bütün ırksal, etnik ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu geliştirecek ve Birleşmiş Milletlerin barışın korunması için yaptığı faaliyetlerini ilerletecek bir eğitim verilmesi konusunda anlaşılırlar. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler eğitim hakkının tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, şu yükümlülükleri yerine getirir: ... Yüksek öğrenim, özellikle başlangıçta verilecek ücretsiz geliştirme eğitimi gibi her türlü uygun vasıtalarla, yetenek ölçüsüne göre herkesin eşit olarak yararlanmasına açık duruma getirilir." demektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre ise "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz." (AİHS Ek 1. Protokol, m. 2)

1982 Anayasası'nın 42. maddesine göre "Kimse eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. ... Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır."

Eğitim hakkından kimsenin yoksun bırakılmaması gerektiği kabul edilen bir esastır. Ancak eğitim hakkı sınırsız, mutlak bir hak olmayıp, düzenlenmeyi gerektiren bir haktır. Devlet, hakkın özünü zedelemeyen eğitim hakkını sınırlayabilir<sup>11</sup>. TC Anayasası m.16'da temel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple yabancıların lisans eğitim hakkı da Yükseköğretim Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun yabancılarla ilişkin lisans eğitime kabul kurallarını düzenleme yetkisini YÖK'e vermiştir. Yabancıların yükseköğretim kurumlarına kabul usul ve esasları YÖK tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

## 5. Türkiye'de Yabancıların Lisans Eğitimi

2010 yılından önce yabancı uyruklu kişilerin Türkiye'de lisans eğitimi alabilmesi için ÖSYM tarafından merkezi şekilde sınav (YÖS) yapılmaktaydı. Bu sınava, birden fazla vatandaşlığa sahip Türk vatandaşları girebilmekteydi. Bu kişiler, Türkiye'de ortaöğretimi tamamlamış olsalar bile YÖS'e

<sup>9</sup> Adıgüzel, s. 65.; Georgescu, D. (2008). Eğitim Hakkı: Erişim ve Eşitlik. 80.Yıl Uluslararası Eğitim Forumu "Eğitim Hakkı ve Gelecek Perspektifleri". 28-30 Ocak 2008 (s. 167-172.) Ankara: Türk Eğitim Derneği. s. 169.

<sup>10</sup> Meono Soto, R. (2008). Eğitim Hakkı: Erişim ve Eşitlik. 80.Yıl Uluslararası Eğitim Forumu "Eğitim Hakkı ve Gelecek Perspektifleri". 28-30 Ocak 2008 (s. 159-166). Ankara: Türk Eğitim Derneği. s. 165.

<sup>11</sup> Doğru, O. ve Nalbant A. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 2.Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık. s. 763.; Metin, Y. (2017). Temel Hakların Sınırlanması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), 1-74. s. 5. Retrieved from <http://dergipark.gov.tr/sduhfd/issue/33190/369413>, (ET.01.07.2018)



girebilmekteydiler. Bu uygulamanın hakkaniyete uygun olmayan sonuçları ortaya çıkarması ile birlikte 2010 yılında yeni bir düzenleme yapıldı. Yabancı uyruklu öğrenci kabulünde yapılacak sınav üniversitelere bırakıldı ve her üniversite yabancı uyruklu öğrenci sınavını kendi bünyesinde yapması düzenlendi. Ancak üniversiteler yabancı uyruklu öğrencileri kabulünde YÖK'ün yayınladığı esasları dikkate alması gerekecektir. YÖK Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar'da hangi adayların bu sınava (Yurtdışından Öğrenci Kabulü Sınavı=YÖKS) girip giremeyeceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

Burada şu hususu özellikle belirtmek gerekir: Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Esaslar'da sadece yabancı kişilerin Türkiye'de lisans kabulü amaçlanmamıştır. Aşağıda ele alınacağı gibi, uyruklarından biri Türk vatandaşlığı olan birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişilerin de Türkiye'de lisans eğitime kabulü de kapsam dâhilindedir. Ancak burada eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi gerekir.

### 5.1. Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Sınavda Başvurusu Kabul Edilecek Adaylar

Öğrencilerden lise son sınıf olmaları ve mezun durumunda olmaları öncelikli şarttır. Bu şartı sağlamayanlar diğer şartlar bakımından incelemeye tabi tutulmayacaktır. Bu şartı sağlayanların değerlendirilmesi aşamasına geçildiğinde özellikle orta öğretim temelli bir öğrenci kabulünün yapıldığı görülmektedir.

#### 5.1.1. Vatandaşlık Esasına Göre Öğrenci Kabulü

Türkiye'de yabancıların lisans eğitime kabul edilebilen ilk grup elbette ki Türk vatandaşlığına sahip olmayan yabancı uyruklu olan kişilerdir. Bu kişiler YÖKS'e girmesi öncelikli kişilerdendir.

İkinci grup, doğumla Türk vatandaşı olup İçişleri Bakanlığı'ndan Türk vatandaşlığından çıkma izni alanlar ve bunların Türk vatandaşlığından çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarınının 5901 sayılı TVK uyarınca aldığı Tanınan Hakların Kullanılmasına İlişkin Belge sahibi olduklarını belgeleyenlerdir.

Türk vatandaşlığından izin alarak çıkma hususu TVK m.25<sup>12</sup>'de düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığından çıkma izni suretiyle vatandaşlığın kaybı halinde kişi artık yabancı konumunda olacaktır. Ancak TVK'da bu şekilde Türk vatandaşlığını kaybedenler için özel bir düzenleme getirilmiştir. Doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler ve bunların üçüncü dereceye kadar olan altsoyları ayrıcalıklı bir hukuki statüde yer almaktadır. TVK'nın 28. maddesinde<sup>13</sup> bu

<sup>12</sup> TVK m.25 "(1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir. a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak. b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak. c) Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak. ç) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak."

<sup>13</sup> TVK m.28 - (Değişik : 6304 - 9.5.2012 / m.14) (1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.

(2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.

(3) Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler.

(4) Bakanlar Kurulu gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.



kişilerin hangi haklardan yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hükme göre bu kişiler belirli bazı haklar dışında milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşları ile aynı haklara sahiptir. Bu kişilere talepleri halinde ilgili hükümde sayılan haklardan faydalanabilmeleri için Mavi Kart düzenlenir. Mavi kartın ibraz edilmesi ile ilgili haklardan sahipleri yararlanabileceklerdir. Ayrıca bu kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilecektir. İşte doğumla Türk vatandaşı olup, çıkma suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerden ve bunların üçüncü dereceye kadar olan altsoylarından mavi kart sahibi olan kişiler YÖKS'e başvuruları kabul edilecektir. Mavi kart sahiplerine böyle bir ayrıcalık tanınmasının gerekliliği düşündürücüdür. Bu kişiler ortaöğretimi Türkiye'de tamamladıkları halde YÖKS ile lisans öğrenimine kabul edilebilecektir. Türk vatandaşlığından izin alarak çıkan kişilerin altsoyuna verilen bu hak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü Yükseköğretim kurumlarının yurtdışından öğrenci kabulüne ilişkin olarak yapmış olduğu sınav, Türk vatandaşları için yapılan yükseköğretime geçiş sınavından daha kolaydır. Bu durumda Türk vatandaşlığından izin alarak çıkan kişilerin altsoyuna daha fazla imkân verilmektedir. Oysa esas kıstas olarak Türkiye'de ortaöğretim eğitiminin alınıp alınmadığı kabul edilmesi halinin en hakkaniyetli esas olacağı kanaatindeyiz. Bu kıstasın kabul edilmesi halinde de mavi kart sahiplerine böyle bir ayrıcalık tanınmasına gerek kalmayacaktır.

Üçüncü grup ise, yabancı uyruklu iken sonradan kazanılan vatandaşlık ile TC vatandaşlığına geçenler ile bu durumdaki çift uyruklulardır. Türk vatandaşlık hukukuna göre sonradan Türk vatandaşlığının kazanılması genel yol ile, istisnai yol ile, evlenme yolu ile, evlat edinme yolu ile ve yeniden vatandaşlığa alınma şeklinde olabilmektedir. Bahsi geçen bu yollardan biri ile Türk vatandaşlığı kazanılmış ise, ilgili kişinin YÖKS başvurusu kabul edilecektir.

Uygulamada bu noktada yapılan hatalardan biri ana veya babanın Türk vatandaşı olan kişinin yabancı bir ülkede doğmuş olması ancak nüfusa zamanında kaydedirilmemiş olması durumunun sonradan Türk vatandaşlığı kazanılması hali gibi değerlendirilmesidir. Soybağı esasına göre kazanılan vatandaşlık Türk vatandaşı ana veya baba ile soy bağına kurulması ile kendiliğinden kazanılan vatandaşlıktır. Yapılan bildirimlerle doğumdan itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar. Dolayısıyla çocuğun Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan doğmuş olması ve bir takım prosedürlerin<sup>14</sup> yerine getirilmesi halinde doğumdan itibaren Türk vatandaşı olacaklardır. Evlilik birliği içerisinde veya dışında

(5) Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoyun, üstsoyu ile soy bağına belgelendirmesi şarttır.

(6) Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir. Bu Kart, 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamındadır.

(7) Bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi Kartın ibrazı yeterlidir. Kartın ibraz edilememesi durumunda Kimlik Paylaşımı Sistemi aracılığıyla Mavi Kartlılar Kütüğünden alınacak kayıt örneği ve uyruğunda bulunulan devlet makamlarınca verilmiş kimlik bilgilerini gösteren belge ile işlem yapılır. Bu kişilerin kimlik bilgilerinde değişiklik olması durumunda uyruğunda bulunduğu devlet makamından alınmış eski ve yeni kimlik bilgilerini gösteren belgenin usulüne göre tasdik edilmiş Türkçe tercümesi ile birlikte ibrazı zorunludur.

(8) Bu madde kapsamında bulunan kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır.

(9) Mavi Kartın düzenlenmesi ve dağıtılması ile Mavi Kartlılar Kütüğünün elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.

(10) Kamu kurum ve kuruluşları, bu madde hükümlerinin uygulanması amacıyla her türlü tedbiri alır ve gerekli düzenlemeleri yapar

<sup>14</sup> 5901 sayılı TVK m. 7, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 16, 5409 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK) m. 15.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



TC vatandaşı anadan, babası yabancı olsa dahi doğmuş olan çocuk Türk vatandaşlığını aslen (ve aynı anda) kazanacaktır.

YÖKS kabul şartlarında yer alan yabancı uyruklu olup, sonradan Türk vatandaşlığına geçen kişilerin kabul edilmesi hususunda daha geniş bir açıklama yapılması yerinde olurdu. Nitekim sonradan Türk vatandaşlığının kazanılması birden fazla yol ile mümkündür. Burada birçok sorun ile karşılaşılması mümkündür. Örneğin, evlat edinme yolu ile küçüğün Türk vatandaşlığını kazandığı düşünüldüğünde, çok küçük yaşta Türkiye'ye geldiği ve lisans eğitimine kadar olan tüm eğitimini Türkiye'de alması söz konusu olsa, acaba YÖKS'e tabi olması ne kadar hakkaniyetli olacaktır? Bu noktadaki görüşümüz, lisans eğitimine kadar tüm eğitimini Türkiye'de milli müfredatımıza göre eğitim alan kişilerin YÖKS'e girmelerinin gerekli olmadığıdır.

Bir diğer husus ise, sonradan Türk vatandaşlığını kazanma yolu olan yeniden Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkindir. İkamet şartı aranmadan yeniden Türk vatandaşlığına kazanabilecek kişiler, çıkma izni suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve ana veya babasına bağlı olarak çıkma izni ile Türk vatandaşlığını kaybeden küçüklere tanınan ergin olmalarından itibaren 3 yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle TC vatandaşlığına geçme imkânını kullanmayan kişilerdir. Bu kişiler, doğum ile TC vatandaşlığını aslen kazanan kişilerdir. Ana veya babasına bağlı olarak çıkma izni ile TC vatandaşlığından çıkan kişilerin kendilerine tanınan sürede de seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığına geçmeyen kişilerin lisans öncesi eğitimlerinin Türkiye'de almaları nadir olarak görülebilir. Ancak ergin olup çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerin lisans öncesi eğitimlerinin Türkiye'de tamamlamaları daha çok olasıdır. Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin ve bunların üçüncü dereceye kadar olan çocukları mavi karta sahip olmaları halinde YÖKS'e girebilmektedir. Söz konusu bu kişiler yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları hali kanunumuzda sonradan Türk vatandaşlığını kazanma olarak düzenlenmiştir. İşte bu kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları durumunda YÖKS'e girme hakkı olmalı mıdır?

Ayrıca Türk vatandaşlığı kaybettirilene ve seçme hakkının kullanılarak Türk vatandaşlığından ayrılanların ikamet şartıyla yeniden Türk vatandaşlığını kazanması mümkündür. Bu kişilerin önceki Türk vatandaşlığını kazanması soybağı ile yahut doğum yeri esasına göre olabilir. Dolayısıyla bu kişilerin lisans öncesi eğitimleri milli müfredatımıza göre almaları olasıdır. Bu noktada da biraz önce değindiğimiz üzere ortaöğretimi Türkiye'deki milli müfredata göre alması göz önünde bulundurulmuş bir düzenlemenin yapılması daha uygun gözükmektedir. Nitekim YÖKS'ün amacı Türk vatandaşlarına yapılan lisansa giriş sınavından başarılı olmaları kendilerinden beklenemeyecek durumda olan kişilere, kendi durumlarına uygun olan bir sınav yapılmasının gerekli olmasıdır.

#### **5.1.2. Ortaöğretim Eğitiminin Alındığı Yere Göre Öğrenci Kabulü**

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde (KKTC) alınan ortaöğretim, temel ayrım olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim 01.02.2013 tarihinden önce yurtdışında ortaöğretime devam eden ya da başlayan Türk uyruklu öğrencilerden ortaöğretiminin devam edenler için son üç yıl, bahsi geçen tarihten önce başlayanlar için ortaöğretiminin tamamını KKTC hariç yabancı bir ülkede tamamlamış olan adayların YÖKS'e başvurusu kabul edilecektir. Bu gruba ayrıca KKTC dışında yabancı bir ülkede MEB nezdinde açılmış olan Türk okullarında ortaöğretiminin tamamlayanlar da dâhil edilmiştir. Burada ortaöğretimin yabancı ülkede alınmasına yönelik bir ayırım yapılmıştır.





KKTC uyruklu olup, KKTC’de ikamet eden ve KKTC’de ortaöğretimini tamamlayanlardan sadece İngiltere tarafından verilen General Certificate Of Education (GCE) sınavından A Level (AL) sonucuna sahip olanlar ile 2005-2010 tarihleri arasında diğer ülkelerdeki kolej ve liselere kayıt yaptıırıp eğitim alarak GCE AL sınav sonuçlarına sahip olan ve olacakların başvuruları kabul edilecektir. Bu sınav uluslararası saygınlığı olan, prestijli bir sınavdır. İngiltere’de lise eğitimi yerine geçen bir programdır. Sınavdan A Level alan yabancı öğrenciler İngiltere’deki üniversitelere başvurma hakkına sahip olacaklardır. Bu sebeptendir ki, KKTC uyrukluların bu sınavdan AL sonucuna sahip olanların YÖKS’e girmesini kabul etmiştir.

## 5.2. Yurtdışından Öğrenci Kabulüne İlişkin Sınavda Başvurusu Kabul Edilmeyecek Adaylar

YÖKS’e başvurusu kabul edilmeyecek ilk grup, Türk uyruklu olup, ortaöğretimini tamamını Türkiye’de veya KKTC’de tamamlayanlardır. Bahsi geçen bu kişiler elbette ki, YÖKS’ün yapılış amacına uymayan nitelikte olması sebebiyle ilk sırada yer almaktadır.

Kabul edilmeyecek ikinci grup ise, KKTC uyruklu olanlardır. Ancak biraz önce bahsedildiği üzere, bu kişilerden KKTC liselerini bitirip GCE AL sonucuna sahip olanlar ile 2005-2010 tarihleri arasında diğer ülkelerdeki kolej veya liselere kayıt yaptıırıp eğitim alarak GCE AL sınav sonucuna sahip olan ya da sahip olacak olanlar kabul edilecek adaylardandır. Bu şartları taşımayan KKTC uyruklu kişilerin yaptığı başvuru kabul edilmeyecektir.

Üçüncü grup, doğumla ilk uyruğu TC vatandaşı olan çift uyruklulardan, çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından çıkanlar ve çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının TVK uyarınca mavi karta sahip olmayanlardır. Burada mavi kartın önemine dikkat çekilmiştir. Ayrıca Türk vatandaşı olan çok vatandaşlık sahibi olan kişilerin YÖKS’e girme hakkı yoktur.

Dördüncü grup uyruğundan birisi KKTC olan çift uyruklulardır. Ancak bu kişiler kabul edilecek adaylardan bahsedilen KKTC’ye yönelik düzenlemeye uygun olan kişilerin başvurusu kabul edilecektir. Bahsedilen şartlara sahip olmayanların başvuruları kabul edilmeyecektir.

Beşinci grup ise, ortaöğretimini yer esasına uygun olarak Türkiye’deki büyükelçilik bünyesinde bulunan okullar ile Türkiye’deki yabancı liselerde öğrenim gören Türk uyruklu olan ya da doğumla ilk uyruğu Türk olan çıkma izni ile Türk vatandaşlığından çıkan ve bunların kayıtlı reşit olmayan çocuklarının başvuruları kabul edilmeyecektir. Türkiye’deki büyükelçilik bünyesindeki okullarda yabancı uyruklu öğrenciler genel olarak eğitim görmektedir. Bu okullara kayıt yaptırdığı sırada yabancı uyruklu olup sonradan Türk vatandaşlığını kazanma ihtimali de düşünülmelidir. Bu kişilerin diplomalarının denkliğinin yapılacağı Milli Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliğinde<sup>15</sup> belirtilmiştir. Buradan Türk vatandaşı iken büyükelçilik bünyesindeki okullara kayıtlarını yapıp mezun olanların denkliklerinin yapılmayacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeptendir ki, bu okullarda eğitim gören Türk uyruklu olan ve doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından ayrılan ve bunların kayıtlı reşit olmayan çocuklarının YÖKS’e giremeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu okula kayıt yaptırdıktan sonra Türk vatandaşlığının kazanan kişilerinin YÖKS’e başvurularının kabul edilip edilmeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. YÖKS’e kabul edilecek adaylar arasında sonradan Türk

<sup>15</sup> R.G. 05.03.2004, S. 25393, Milli Eğitim Bakanlığı Denklik Yönetmeliği m. 12-b “b) Büyükelçilikler bünyesindeki ilköğretim okullarında öğrenim görmekte olan diğer ülke vatandaşı çocuklar ile diğer bir ülke vatandaşı olarak bu okullara kayıt yaptıran, ancak daha sonra Türk vatandaşlığına geçen öğrenciler için denklik işlemi yapılır.”





vatandaşlığını kazanan kişiler de bulunmaktadır. Bu sebeple bu kişilerin bu gruba dahil edilerek başvurularının kabul edilmesi gerekecektir. Yabancı liselerde eğitim gören Türk uyruklu olanlar ve mavi kart sahibi olan grubun başvurularının kabul edilmemesi de, bu okulların müfredatının MEB bünyesinde belirlenmesine ve yine MEB tarafından denetime tabi olmasına bağlı kılınabilir.

## 6. Sonuç

Türk vatandaşlarının lisans eğitimine geçiş sınavı ile yabancı öğrencilerin lisans eğitimine kabulünde yapılan sınavın zorluk derecesi bakımından farklıdır. Vatandaş ile yabancı uyruklu kişilere aynı zorluk derecesinde bir sınavın yapılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı açıktır. Bu anlamda vatandaş ve yabancı ayırımının yapılarak ayrı bir düzenlemenin oluşturulması isabetlidir. Nitekim uygulamada ayrı düzenlemelerin olduğu da görülmektedir. Vatandaş ve yabancı uyruklu öğrencilerin eğitiminde farklılıklar olması sebebiyle eğitimine uygun olan bir sınavın yapılması halinde eşitlik sağlanmış olacaktır.

Üniversiteler, yabancı uyruklu öğrencileri YÖK'ün yayınladığı esaslar çerçevesinde kabul edecektir. Bu esaslarda başvurusu kabul edilecek ve başvurusu reddedilecek adaylar incelendiğinde, özellikle aynı anda birden fazla vatandaşlığa sahip olan Türk vatandaşlarının durumuna ayrıntılı düzenleme getirilmiştir. Burada doğumla Türk vatandaşlığı kazanan ancak daha sonra çıkma izni alarak Türk vatandaşlığının kaybedenlerden ve bunların kayıtlı reşit olmayan çocuklarından yalnız mavi kart sahibi olanlara YÖKS'e girme hakkı tanınmıştır. Ayrıca sonradan kazanılan Türk vatandaşları da kabul edilecek adaylar arasında sayılmıştır. Burada böyle bir ifadenin yerine daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim uygulama da hatalı yaklaşımların olduğu görülmektedir. Özellikle yurtdışında Türk vatandaşı ana veya babadan doğan çocukların hem doğum yeri hem de soybağına göre kazanılan birden fazla vatandaşlık hali söz konusudur. Yükseköğretim kurumları bu şekilde kazanılan Türk vatandaşlığını sonradan kazanılan vatandaşlık durumu şeklinde kabul edip, bu kişileri ortaöğretim eğitimini Türkiye'de almalarına rağmen YÖKS başvurularını kabul etmektedirler. Halbuki burada Türk vatandaşlığı ile yabancı devletin vatandaşlığı aynı anda kazanılmasına rağmen, Türk vatandaşlığına dair prosedür işlemler sonradan yapılmaktadır. Bu noktada yanlış bir uygulamanın olduğu kesin ifadelerle belirtilmelidir. Nitekim Türk vatandaşları için uygulanan yükseköğretime geçiş sınavı ile YÖKS'ün zorluk derecesinin aynı olmadığı açıktır. Bu şekildeki birden fazla vatandaşlığı bulunan bir kişinin Türk vatandaşları ile Türkiye'de aynı eğitimi alıp, yükseköğretime geçiş sınavına göre daha kolay olduğu aşikâr olan YÖKS'e girip Tıp ve Hukuk Fakültesi gibi lisans bölümlerine yerleşmesinin eşitsizliğe yol açtığı ortadadır. Belirtilmesi gereken diğer husus, yeniden Türk vatandaşlığını kazanan kişilere yöneliktir. Doğumla ilk uyruğu Türk vatandaşlığı iken, ikamet şartsız veya şartlı yeniden Türk vatandaşlığına geçenlerden ortaöğretim eğitimini Türkiye'de almış kişilerin, YÖKS'e girmesinin haklı gerekçeleri doğmuş mudur? Bu hususta, ortaöğretim temelli yapılan ayırımın kuvvetlendirilmesinin daha doğru olacağı görüşündeyiz.

Bir uyruğu KKTC olan çifte uyruklulardan yahut KKTC uyruklu olup, ortaöğretimini KKTC'de tamamlayanların YÖKS başvurusu kabul edilmeyecek olan kişiler arasında sayılmıştır. Ancak bu kişilerden GCE AL sınav sonucuna sahip olanların kabul edilecek adaylar arasında sayılması yerinde olmuştur.



Tüm bu açıklamalarla birlikte sonuç olarak YÖK'ün yayınlamış olduğu yabancıların yükseköğretim kurumlarına kabulüne ilişkin esaslarda yer alan kabul şartlarının yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Ayrıca uygulamada yapılan hakkaniyete uygun olmayan işlemlerin, daha dikkatli şekilde incelenerek yapılan yanlış uygulamanın düzeltilmesi yerinde olacaktır.

#### **Kaynakça**

- Adıgüzel, S. (2016). Uluslararası Hukukta ve Türkiye’de Eğitim Hakkı. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Asar, A. (2008). Sosyal Haklarda Uyruluk Sorunu, Ankara: Özbay Ofset.
- Çelikel, A. (2017). Yabancılar Hukuku. 23. Bası, İstanbul: Beta.
- Doğan, V. (2016). Türk Yabancılar Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları
- Doğru, O. ve Nalbant A. (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 2.Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Erdem, A. R. (2012). Yükseköğretime Geçişin Kritiği. Cumhuriyetin Kuruluşundan Günümüze Eğitimde Kademeler Arası Geçiş ve Yeni Modeller Uluslararası Kongresi. 16-18 Ocak 2014 (s. 851-864). Antalya: Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları.
- Georgescu, D. (2008). Eğitim Hakkı: Erişim ve Eşitlik. 80.Yıl Uluslararası Eğitim Forumu “Eğitim Hakkı ve Gelecek Perspektifleri”. 28-30 Ocak 2008 (s. 167-172.) Ankara: Türk Eğitim Derneği.
- Gül, İ. I. (2009). Eğitim Hakkı ve Eğitimde Haklar Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri Işığında Ulusal Mevzuatın Değerlendirilmesi. I. Tüzün (Derleyen). İ. Aktaşlı - A. B. Hazımirzaoğlu - N. Berktaş - A. Şaşmaz (Yay. Haz.). Eğitimde Erişim: Eğitimde Ayrımcılık Yasağı ve Fırsat Eşitliği (s. 17-46). İstanbul: Yelken Basım.
- Meono Soto, R. (2008). Eğitim Hakkı: Erişim ve Eşitlik. 80.Yıl Uluslararası Eğitim Forumu “Eğitim Hakkı ve Gelecek Perspektifleri”. 28-30 Ocak 2008 (s. 159-166). Ankara: Türk Eğitim Derneği.
- Metin, Y. (2017). Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), 1-74. Retrieved from <http://dergipark.gov.tr/sduhfd/issue/33190/369413>, (ET:01.07.2018)
- Tekinalp, G. (1975). Türk Yabancılar Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Fakülteler Matbaası.



## ZEYTİNDALI HAREKÂTINDA ZARAR GÖRENLER VE ŞEHİT YAKINLARI TERÖRE DESTEK VEREN DEVLETLERE KARŞI DAVA AÇABİLİR Mİ?

Dr. Öğrt. Üyesi Süleyman DOST

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Öz

Kamu Denetçiliği Kurumu Başdenetçisi, Zeytin Dalı Operasyonu'nda ABD ve diğer ülkelerin terör örgütlerine verdiği silahlarla şehit düşen asker ve polis yakınları ile gazilerin ilgili ülkelere karşı, Türk mahkemelerinde ve uluslararası mahkemelerde dava açabileceğini söylemiştir. Başdenetçi, teröristlere silah vermenin, yardım ve yataklık yapmanın uluslararası anlaşmalara ve Birleşmiş Milletler kararlarına göre suç olduğunu belirtmiştir.

Bu açıklamanın ardından hangi davaların, nerede, hangi mahkemede ve hangi hukuki dayanağa göre açılabileceği, kararın nasıl icra edilebileceği gibi sorular gündeme gelmiştir. Söz konusu operasyonda zarar görenlerin sorumlu devletlere ve/veya kişilere karşı iki tür dava açması ihtimali vardır: İlki verilen zararın karşılanmasına yönelik sorumluluk (tazminat) davası, diğeri de sorumlu kişilere karşı açılacak olan ceza davası.

İşbu tebliğde Zeytin Dalı Operasyonunda şehit düşen güvenlik güçlerinin yakınları veya gazilerin, operasyon yapılan bölgedeki terör unsurlarına destek verdiği düşünülen ABD ve diğer devletlere ve kişilere karşı tazminat ve ceza davası açılma durumları ve bu konu ile bağlantılı diğer konular ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Zeytindalı, operasyon, şehit yakını, gazi, dava.

## CAN INJURED SOLDIERS AND RELATIVES OF MARTYRS IN THE OPERATION OLIVE BRANCH CLAIM TO STATES SUPPORTING TERRORISM?

### Abstract

The Chief Inspector of the Ombudsman said that soldiers and police relatives who were martyred and injured persons in the operation of Zeytin Dalı, can sue in the Turkish and international courts against the countries which support the terrorist organizations concerned. The chief auditor stated that giving weapons to terrorists, helping and abetting is an offense under international agreements and UN resolutions.

After this announcement, questions such as which lawsuits, where, which courts and which legal statuses can be opened, and how decisions can be enforced come to mind. It is possible that the victims of the



operation may bring two types of lawsuits against the responsible states and / or persons: a criminal case against the liability (compensation) case and the other criminal case against the responsible person.

This paper will deal with cases of liability and criminal against US and other states who are believed to have supported their terrorist elements in the region where were operated and other issues related to this issue.

**Keywords:** Olive branch, Operation, relatives of martyrs, injured soldier, claim.

## 1. Giriş

Türk Silahlı Kuvvetleri, 20 Ocak 2018 tarihinden itibaren Suriye'nin Afrin bölgesinde, Türkiye için büyük tehdit haline gelen PKK/PYD-YPG ve DEAŞ gruplarına mensup teröristleri etkisiz hale getirmek amacıyla Zeytin Dalı Harekâtı başlatmıştır. Bu operasyon ile bağlantılı olarak hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta birçok konu gündeme gelmiştir. Bunlardan birisi de bu Operasyon'da şehit düşen güvenlik güçlerinin yakınları veya gazilerin, operasyon yapılan bölgedeki terör unsurlarına destek verdiği düşünülen ABD ve diğer devletlere ve/veya kişilere karşı tazminat ve/veya ceza davası açabilme durumlarıdır. Dava açılabilme olasılığı halinde ise hangi dava veya davaların, nerede ve hangi yargı merciinde, hangi hukuki dayanağa göre açılacağı, karar verirse kararın nerede ve nasıl icra edileceği gibi konuların incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle kuvvet kullanma yasağı ve istisnaları ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sınır ötesi operasyonunun meşruluğu incelenecektir. Çünkü Zeytin Dalı Operasyonu meşru olduğu takdirde, bu operasyonda zarar görenlerin sorumlu devletlere karşı dava açma ihtimalinden bahsedilebilecektir. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan meşru müdafaa hakkı üzerinde durulacaktır. Ardından, bu operasyonda zarar gören Türk askerleri veya yakınlarının sorumlu devletlere veya kişilere karşı dava açma ihtimalleri ele alınacaktır.

## 2. Kuvvet Kullanma Yasağı ve İstisnaları

Birleşmiş Milletler Şartı (BMŞ)'nin 2/4.maddesi gereği bir devletin başka bir devlet ülkesinde kuvvet kullanması iki istisna haricinde kural olarak yasaktır. Bu istisnalar BMŞ'nin 39-42. maddeleri kapsamında Güvenlik Konseyi (GK) kararı ile kuvvet kullanma (VII. Bölüm) ve ikincisi de 51. madde gereği meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanmadır<sup>1</sup>. Bu iki istisna dışında insani amaçlı kuvvet kullanımı ile BMŞ amaçları kapsamındaki kuvvet kullanımlarının da istisna oluşturduğu ileri sürülmektedir<sup>2</sup>. Bu kural ve ilkelerin varlığına rağmen dünya üzerinde çok sayıda devlet veya devletler grubu veya bazen uluslararası bir örgüt, başka bir ülkede kendi tezlerini karşı tarafa kabul ettirebilmek için genellikle kuvvete başvurmaktadır. Kuvvete başvurma hali çoğunlukla, meşru müdafaa, insan

<sup>1</sup> Ratner, S. R., (2015). The Thin Justice of International Law: A Moral Reckoning of the Law of Nations, Oxford University Press, s. 103 vd.; Pazarcı, H. (2015). Uluslararası Hukuk, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 517 vd.; Aksar, Y. (2013). Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 102 vd. ve 107 vd.; Sur, M. (2015). Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul: Beta Yayınları, s. 278.; BMŞ'nin 12. maddesinde, yasak ile ilgili kullanılan kavramın savaş olduğu ve dolayısıyla bu yasağın kavramsal olarak savaş ile sınırlı kaldığı görüşü için bakınız: Acer, Y. ve Kaya, İ. (2014). Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 326 vd.; Kuvvet kullanmanın hukuka uygun sayıldığı ve fakat bugün için güncel değerini yitirmiş diğer haller için bakınız: Pazarcı, s. 520 vd.

<sup>2</sup> Acer ve Kaya, s. 332.



haklarının korunması, insani müdahale, kendi vatandaşlarının güvenliğini sağlama gibi (görünüşte) meşru gerekçelere dayandırılmaktadır. Ancak bu gerekçeler bazen hukuki altyapıdan yoksun olmakta, bu nedenle de söz konusu kuvvet kullanma fiili uluslararası hukukta şiddetli tartışmalara yol açmaktadır<sup>3</sup>.

Kuvvet kullanma yasağının ilk istisnası BMŞ'nin 39-42. maddeleri kapsamında GK kararı ile kuvvet kullanımınıdır. GK, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır (m.39). GK, durumun ağırlaşmasını önlemek üzere, 39. madde uyarınca tavsiyelerde bulunmadan ya da önlemleri kararlaştırmadan önce, ilgili tarafları gerekli ya da uygun gördüğü geçici önlemlere uymaya çağırabilir. Bu geçici önlemler tarafların haklarını, iddialarını ya da konumlarını hiçbir biçimde zedelemeyebilir. Bu geçici önlemlerin yerine getirilmemesi halinde GK bunu gereğince dikkate alacaktır (m.40). GK, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Bileşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir (m.41). GK, 41. maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir (m.42). Görüldüğü gibi GK, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu tespit ederse, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için önce tavsiyede bulunur. Bu arada gerekiyorsa geçici tedbirler alabilir. GK tarafından daha sonra aşamalı olarak öncelikle silahlı kuvvet kullanımı içermeyen önlemler, daha sonra da kuvvet kullanımı da dâhil gerekli görülen her türlü tedbir alınabilecektir.

Kuvvet kullanma yasağının ikinci istisnası ise BMŞ'nin 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanımınıdır. 51. maddede, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda saldırıya uğrayan üye meşru müdafaa hakkını, bireysel veya ortak şekilde kullanabilecektir. Görüldüğü gibi üye uluslararası hukukta kabul gören tanıma uygun bir saldırıya maruz kalması halinde meşru müdafaa kapsamında karşı tarafa kuvvet kullanma yetkisine sahip olacaktır.

Şu halde bir devletin, başka bir devlet ülkesinde kuvvet kullanabilmesi için bu iki istisnadan birisinin söz konusu olması gerekir. Zeytin Dalı harekâtı ile ilgili alınmış bir GK kararı olmadığına göre, geriye bu operasyonu meşru kılacak meşru müdafaa hakkı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi kalmaktadır. Yani soru şudur: Türkiye, sınır ötesinden gelen terör saldırıları veya tehdidi

<sup>3</sup> Mesela Libya'ya "responsibility to protect" kapsamında insan haklarını korumak gerekçesiyle 2011 yılında yapılan askeri müdahale, rejim değişikliğine sebep olmuş ve yapılan müdahalenin amacını aştığı gerekçesiyle uluslararası hukukta şiddetle eleştirilmiştir. Bakınız: Arsava, F. (2013). "Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması için Yapılan Askeri Müdahale" TAAD, 4/12, s. 81-98.



sebebiyle kendisini saldırıya uğramış sayarak bu terör unsurlarına karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılabilir mi? Bu soru bir sonraki başlık altında ele alınacaktır.

### 3. Zeytin Dalı Harekatı'nın Uluslararası Hukuka Göre Meşruluğu

Uluslararası terörizm savaş ve diplomasi ile elde edilemeyen sonuçları elde etmek maksadıyla gerçekleştirilen uluslararası eylem ve işlemlerdir. Bu anlamda uluslararası terörizmin hedefi, dehşet ve terör unsurlarından faydalanarak kabul edilmiş diplomasi ve savaş kuralları dışında sonuçlar elde etmektir<sup>4</sup>. Uluslararası toplumda, üzerinde tam anlamıyla ittifak edilmiş bir terörizm tanımı yapılamamıştır<sup>5</sup>. Genel anlamıyla terörizm, toplumlar tarafından güvenliğe karşı tehdit olarak algılanmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bir kararında, aşağıda sayılan eylemleri terör faaliyeti olarak kabul etmiş ve meşru olmadığını hatırlatmıştır: "...ölüme veya ciddi bedensel yaralanmaya sebebiyet verme amacıyla işlenen ve sivillere yönelik de olabilen suç doğurucu eylemler veya bir devleti, kamuoyunu, kişi topluluklarını veya bireyleri kışkırtmak amacıyla rehine alınması, halka gözdağı verilmesi ya da bir hükümeti veya uluslararası bir organizasyonu terörizmle ilgili uluslararası anlaşma ve protokollerde tarif edilen ve suç oluşturan bir eylemi yapmaya veya yapmaktan çekinmeye zorlama<sup>6</sup>."

Terörizmle mücadele kapsamında terörizme sağlanan desteklere ilişkin önem arz eden bir diğer karar da 28 Eylül 2001 tarih ve 1373 sayılı GK kararıdır. Bu karar devletlere; "terörizmi desteklemekten uzak durma, terörist eylemleri önleme, terörist eylemleri işleyen, finanse eden, planlayan veya destekleyen veya bunlara sığınak sağlayan kişilere güvenli barınaklar sağlamama, uluslararası terörizm için kendi bölgelerini kullandırmama" yükümlülüğünü yüklemiştir. Ayrıca terörist eylemleri finanse eden, planlayan, hazırlayan, destekleyen ve işleyenleri adalet önüne çıkarmaları ve kendi iç hukuk sistemlerinde bu terörist eylemleri ciddi suçlar olarak kabul edip uygun cezalar tesis etmeleri, diğer devletlere adli konularda yardım etmeleri, sınır kontrollerinde sahte doküman ve belgelerle teröristlerin sınır geçişlerini engellemeleri istenmiştir<sup>7</sup>.

Uluslararası terörizmle mücadele, pek çok girişime rağmen istenilen seviyeye bir türlü ulaşamamıştır. Devletler her ne kadar terörizmden rahatsız olsalar da bu rahatsızlıklarını daha çok kendi menfaatleri zarar gördüğü zaman dile getirmektedirler. Ayrıca pek çok devlet çıkarları ve siyasi kaygıları doğrultusunda terör örgütlerini kendi maksatları için birer araç olarak kullanmaktadırlar.

Bu bağlamda Türkiye'nin sınır ötesinden gelen terör saldırı ve tehdidine karşı başlatmış olduğu Zeytin Dalı Harekatı değerlendirilecek olursa şunları söylemek mümkündür: Herkesin bildiği gibi Türkiye 30 yıldan fazla süredir terörle mücadele etmektedir. Zaman zaman yoğunlaşan terör faaliyetlerine, bazı devletler bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak destek vermektedir. Irak ve Suriye gibi komşu devletlerde devlet kontrol ve hâkimiyetin zayıf olduğu bölgelerde terör örgütü konuşlanmakta ve buradan Türkiye'ye karşı terör eylemleri yapmakta ve yönetmektedir. Ayrıca söz konusu bu bölgeler terör örgütüne destek veren yerel unsur ve örgütlerin bulunduğu yer olması sebebiyle, bu bölgeler Türkiye açısından risk oluşturmaktadır. İşte Türkiye, bu bölgelerde konuşlanan terör örgütleri ve

<sup>4</sup> Altuğ, Y. (1987). Terörizm Sorunu, İHFM, 52/1-4, s. 48.

<sup>5</sup> Ünver, Y. (Ed.) (2008). Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 21-83.

<sup>6</sup> BM Güvenlik Konseyi Kararı, S/Res/1566, 8 Ekim 2004.; Saul, B. (2008). "BM Güvenlik Konseyinde Terörizmin Tanımı: 1985-2004" (Çev. Koç, S.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku, (Ed. Ünver, Y.) (s. 49-79), Ankara: Seçkin Yayınları. s. 77.

<sup>7</sup> Saul, s. 67.

### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



unsurlara yönelik askeri operasyonlar düzenlemektedir. Bu operasyonlar uluslararası hukuka göre kuvvet kullanma niteliğindedir. Peki bu operasyonlar uluslararası hukuka göre meşru mudur?

BMŞ'nin Meşru Müdafaa başlıklı 51. maddesi şu şekildedir: Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya kadar, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.”

Aslında uluslararası terörizme karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusudur. Bu tartışma, uluslararası terörizmin çok yönlü özelliği sebebi ile mücadelenin hangi hukuki gerekçe ile yürütüleceği konusunda yaşanmaktadır. Bir görüşe göre terörle, BMŞ'nin 51. maddesine göre meşru müdafaa kapsamında mücadele edilmesi gerekir. Buna göre silahlı bir saldırıya uğrama, silahlı saldırının başka bir devlet ile bağlantısının bulunması, terör saldırısına karşı yapılan fiilin orantılılık ve gereklilik ölçütlerine uygun olması şartları çerçevesinde, GK gerekli önlemleri alıncaya kadar teröre karşı kuvvet kullanılabilir. Diğer bir görüşe göre devletlerin, terörizm karşıtı önlemler konusunda var olan kuvvet kullanma kurallarını esnekletirmeye yönelik strateji üretmeleri gerekir. Bu stratejileri aşağıdaki üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki kuvvet kullanma yasağının terör karşıtı eylem konusunda dar yorumlanmasıdır. İkincisi terörizme karşı kuvvet kullanma hakkı, kuvvet kullanma yasağının BMŞ metnine yazılmamış sınırlı bir istisnası sayılmasıdır. Üçüncüsü, meşru müdafaa hakkının terörist tehdit karşısında yeniden formüle edilmesidir<sup>8</sup>.

BMŞ'nin 51. maddesi metnine ve uluslararası uygulamaya bakıldığında devam eden bir saldırıyı bertaraf etmek amacıyla, saldırıya maruz kalan devletlerin GK işe el koyuncaya kadar orantılı bir şekilde karşılık vermesi meşru müdafaa olarak değerlendirilmektedir. Somut olayda Türkiye'ye karşı devam eden<sup>9</sup> ve ne zaman harekete geçeceği belli olmayan ciddi bir terör tehdidi söz konusudur. Bu bakımdan Türkiye'nin Suriye'nin Afrin bölgesinde terör örgütü ve destekçilerine karşı kuvvet kullanması BMŞ'nin 51. maddesi kapsamında sayılması gerekir. Ayrıca GK Türkiye'ye karşı terör tehdit ve tehlikesinin bertaraf edilmesine yönelik olarak harekete geçmiş değildir. Daha da ötesi bu operasyonlar Suriye'nin siyasal bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne yönelik de değildir. Sadece terör örgütlerine yönelik ve terör saldırılarını bertaraf etmek ve yok etmek amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle Türkiye'nin, Suriye'nin Afrin bölgesinde terör örgütlerine yönelik operasyonları uluslararası hukuka uygundur. Dolayısıyla bu operasyonda şehit düşenlerin yakınları veya gazilerin, diğer şartların gerçekleşmesi halinde, bu bölgedeki terör unsurlarına destek veren devletlere karşı dava açma ihtimali söz konusu olabilecektir.

<sup>8</sup> Yapıcı, U. (2006). “Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu”, UHP Dergisi, 2/7, s. 21-40.; Uluslararası Terörizme karşı kuvvet kullanımı konusunda geniş bilgi için bakınız: Taşdemir, F., (2006). Uluslararası Terörizme Karşı Kuvvete Başvurma Yetkisi, Ankara: USAK Yayını.; Ayrıca BMGK'nın 24 Haziran 2014 tarih ve A/RES/68/276 sayılı Küresel Terörle Mücadele Stratejisi kararı için bakınız: ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/68/276](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/276)), (ET: 14.04.2018).

<sup>9</sup> Burada Akçakale'ye atılan top mermisi gibi münferit ve sona ermiş bir olay söz konusu değildir. Münferit ve devam etmeyen bir saldırıya karşı devletler olsa olsa misilleme veya şartları mevcutsa orantılı zararlar karşılık verebilir. Oysa somut terör olaylarında Türkiye'ye karşı devam eden bir terör saldırı tehlikesi bulunmaktadır.



#### 4. Zeytin Dalı Harekâtı'nın Hedefindeki Terör Unsurlarına Destek Veren Devletlerin Sorumluluğu

Terörizm faaliyetlerinin açık veya örtülü bir şekilde desteklenmesi halinde sadece terör eylemlerini gerçekleştiren kişilerin değil aynı zamanda buna destek veren devletlerin sorumluluklarını doğuracaktır. Genel anlamıyla uluslararası sorumluluk kavramı, uluslararası hukuk kişinin ya da bir devletin hukuka aykırı fiillerinden bazen de hukuka uygun eylemlerinden kaynaklanan zararların tamamının ya da bir kısmının giderilmesi amacıyla hizmet etmektedir<sup>10</sup>. Netice itibarıyla uluslararası hukuk kişileri, uluslararası toplumda hak sahibi olabilen, yükümlülük altına girebilen ve haklarını uluslararası alanda savunabilen varlıklardır. Uluslararası hukuk kuralları içerisinde bu hak ve yetkilere sahip olabilmek aynı zamanda bir takım sorumlulukları doğuracaktır. Dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının ihlali aynı zamanda uluslararası sorumluluğu da meydana getirecektir<sup>11</sup>.

Burada öncelikle konu ile ilgili olan ve daha önce meydana gelmiş benzer olaylar ele alınacaktır. Ardından Zeytin Dalı Harekâtı'nda zarar görenlerin ve/veya yakınlarının, operasyonun hedefindeki terör unsurlarına destek veren devletlere karşı dava açma ihtimalleri üzerinde durulacaktır.

##### 4.1. 11 Eylül Saldırıları

Terörizmin uluslararası ilişkilerde temel taşlardan biri haline gelmesi ve terörizm kavramına daha çok anlam yüklenmeye başlaması 11 Eylül olaylarından sonra olmuş ve terör kavramının doktrinsel olarak da önemi artmıştır. 11 Eylül 2001'de ABD'de Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon'a yönelik gerçekleştirilen terör saldırıları neticesinde uluslararası hukukta silahlı saldırı kavramı terör örgütlerinin gerçekleştirdikleri saldırıları da içerecek şekilde yeniden yorumlanmıştır. GK, 12 Eylül 2001 tarihli 1368 sayılı ve 28 Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı kararlarında söz konusu terör saldırılarının uluslararası barış ve güvenliğe karşı tehdit oluşturduğunu, hukuki olarak silahlı bir saldırı niteliğinde olduğunu, bu nedenle devletlerin meşru müdafaa haklarının bulunduğunu kabul etmiştir. ABD de bu kararlarla birlikte Afganistan'a karşı, El Kaide terör örgütüne yardım ve yataklık ettiği gerekçesiyle meşru müdafaa kapsamında askeri bir harekât başlatmıştır<sup>12</sup>.

GK'nın 11 Eylül olaylarından sonra almış olduğu bu kararlar sadece yaşanan olayla bağlı kalmayıp, dünya genelindeki terör eylem ve faaliyetlerine yönelik uluslararası önlemlerin alınmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle bu kararlarla sadece günü kurtarmak yerine ileride gerçekleşebilecek olan terör eylemlerinin de engellenmesi, diğer devletlerinde teröre karşı etkin rol alması ve terörizme karşı uluslararası tedbirlerin alınması sağlanmak istenmiştir<sup>13</sup>.

##### 4.2. Nikaragua Davası

Nikaragua'da 1979 yılında solcu Sandinista devrimcileri tarafından sağ tabanlı Somoza rejimi yıkılarak yeni bir koalisyon kurulmuş, bunun sonucunda iktidara gelen Sandinista hükümeti, askeri gücünü kısa sürede arttırarak dönemin sosyalist ülkeleri Sovyetler Birliği ve Küba ile iyi ilişkiler kurmaya başlamıştır. Bu durum sosyalist dünya ile mücadele içerisinde olan ABD'nin çıkarlarına ters düşmüş,

<sup>10</sup> Pazarıcı, s. 409.

<sup>11</sup> Aksar, (2013), s. 175.

<sup>12</sup> Aksar, (2013), s. 110.

<sup>13</sup> Azarkan, E. (2008). "11 Eylül Terör Saldırıları Sonrası Dönemde Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Terörizm Konusundaki Tutumu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12-13/16-17-18-19, s. 53.



ABD hükümeti Sandinista rejimine muhalif olan silahlı gruplara askeri ve lojistik yardımların yanı sıra taktik ve istihbarat eğitimi vermiştir<sup>14</sup>.

Nikaragua hükümeti, ABD'nin desteklemiş olduğu karşıt silahlı muhalif güçlerle (kontra) baş edemez hale gelince iç işlerine karışıldığı ve kendisine karşı kuvvet kullanıldığı gerekçesiyle Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'na başvuruda bulunmuştur. Nikaragua'ya göre ABD, hem örf-adet hukuku hem de uluslararası hukuk çerçevesinde Nikaragua'ya karşı olan yükümlülüklerini ihlal ederek uluslararası hukuk kurallarını çiğnemiştir. Bu nedenle ABD, Nikaragua'ya karşı kuvvet kullanımını en kısa sürede durdurmalıdır. Nikaragua'nın egemenliğine, toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı askeri veya yarı askeri faaliyetlerini derhal sona erdirmelidir. Ayrıca ABD, bu ihlalleri nedeniyle ABD, Nikaragua'ya tazminat ödemelidir<sup>15</sup>.

Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası'nda UAD, kontraların insan hakları ihlallerinden dolayı ABD'nin sorumlu tutulup tutulmayacağını araştırırken, ABD ajanlarının kontraları denetimi ve operasyonların idaresini esas almıştır. Divan, bu olayda ABD'nin sorumlu tutulabilmesi için oldukça yüksek düzeyde bir etkili kontrol aramıştır. Kararda Nikaragua hükümetine karşı savaşan kontralarla ilgili olarak ABD'nin sorumluluğunu tartışırken bunu şöyle ifade etmiştir: “kontraların eğitilmesi, finansmanı, örgütlenmesi, desteklenmesi ve kontralara malzeme sağlanması, hedeflerin seçimi ve operasyonun tamamının planlanması konusunda ABD'nin rolü ne kadar istikrarlı ve hâkim olsa da kontraların eylemlerinden ABD'yi sorumlu tutmaya yeterli değildir. Eylemlerin ABD'nin sorumluluğuna yol açması için ilkesel olarak söz konusu ihlallerin gerçekleştirildiği askeri ya da yarı askeri operasyonlarda ABD'nin etkili kontrolü olduğunun kanıtlanması gerekir.” Görüldüğü gibi Divan bu kararıyla ABD'nin organik olarak kontralara destek verdiğini kabul etmesine rağmen, sorumluluk için yüksek düzeyde etkili kontrol aramıştır.<sup>16</sup> Nikaragua davasının uluslararası hukuk açısından önemi terörist gruplara ya da demokratik yönetimlere karşı olan güçlere sağlanacak her türlü silah, eğitim ya da finansal desteğin meşru müdafaa hakkını doğurmayacağıdır.

#### 4.3. Mavi Marmara Olayı

Gazze'ye insani yardım götürmek amacıyla yola çıkan ve insani yardım malzemesi taşıyan Mavi Marmara, Sfendoni, Challenger-I, EleftheriMesogios, Gazze-I ve Defne Y gemilerinden oluşan Gazze Özgürlük Filosu olarak adlandırılan filo, 31.05.2010 tarihinde İsrail askerî güçlerinin silahlı saldırı ve müdahalesiyle karşı karşıya kalmıştır. Bu saldırı neticesinde, dokuz Türk vatandaşı öldürülmüş ve birçok kişi de yaralanmıştır.

Bu olayın ardından Birleşmiş Milletler tarafından iki adet rapor yayınlanmıştır. Bunlardan birincisi BM İnsan Hakları Konseyi raporu, ikincisi ise BM Genel Sekreterliği tarafından yayınlanan Palmer Raporu olarak bilinen rapordur. Her iki raporda İsrail devletinin yapmış olduğu bu silahlı saldırıya değinmiş ancak birbirlerinden zıt hukuki gerekçelere dayanmışlardır. İnsan Hakları Konseyi düzenlemiş olduğu

<sup>14</sup> Yılmaz, E. A. ve İrk, O. (2015). “Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma Ve Meşru Müdafaa Sorunu”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 13/2, s. 156.

<sup>15</sup> Yılmaz ve İrk, s. 157.

<sup>16</sup> Erkiner, H. (2007). “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, *MÜHF-HAD*, 13/3-4, s.164-172.; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* 26 November 1984 tarihli karar metni için bakınız: (<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>) (ET: 18.04.2018)



raporda İsrail'in meşru müdafaa hakkının bulunmadığı, yapmış olduğu saldırının tamamen hukuka aykırı olduğunu kaleme almıştır. Genel Sekreterlik raporunda ise İsrail'in yaşanan olayda 51. madde kapsamında meşru müdafaa hakkının doğduğunu ancak ölüm ve yaralanma olayları için sınırın aşıldığı bu nedenle tazminat ödeme yükümlülüğü altında bulunduğu belirtilmiştir<sup>17</sup>.

Yaşanan bu olayların ardından hukuki süreçler başlatılmış, hem zarar gören ülkeler hem de kişiler bakımından ulusal ve uluslararası mahkemelerde davalar açılmaya başlanmıştır. Öncelikle taraf devletlerden olan ve Mavi Marmara gemisinin bayrak ülkesi olan Komorlar Devleti ve ardından Yunanistan ile Kamboçya, 14 Mayıs 2013 tarihinde kişisel cezai sorumluluklarından dolayı başta İsrail Başkanı Shimon Peres olmak üzere üst düzey bakan ve yöneticiler hakkında savaş suçu işledikleri gerekçesi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)'ne başvuruda bulunmuşlardır<sup>18</sup>. UCM Savcılığı, Mavi Marmara saldırısına dair ülkelerin yapmış olduğu başvuru üzerine, ön inceleme aşamasını tamamlamış ve 6 Kasım 2014'te soruşturma açılmaması yönünde karar vermiştir. Savcılık, İsrail silahlı kuvvetlerinin Gazze Yardım Filosu'na dâhil bulunan Mavi Marmara isimli gemide, Mahkeme'nin yetkisi kapsamındaki savaş suçları işlendiğini gösterir mâkul bir temel bulunduğu ancak inceleme neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek delil ya da delillerin söz konusu suçların başkaca işlem yapılmasını gerekli kılacak yeterli ağırlıkta olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>19</sup>.

Mavi Marmara olayına ilişkin olarak ABD, İspanya, İngiltere gibi ülkelerde yerel davalar açılmış olmakla birlikte ülkemizde de İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesinde 2012/264 Esas numarasıyla kamu adına bir ceza davası açılmıştır. Şehit yakınları, gemilerde bulunan 37 farklı ülkeden mağdurlar, suçtan zarar gören diğer kişiler de davaya müşteki/mağdur sıfatıyla taraf olmuş, “kasten adam öldürme, kasten adam öldürmeye teşebbüs, nitelikli kasten yaralama, kasten yaralama, nitelikli yağma, deniz ulaşım araçlarını kaçırma veya alıkoyma, nitelikli mala zarar verme, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, eziyet suçlarını azmettirme” suçlarından dolayı dava görülmeye başlanmıştır.

Yargılama devam ederken 28 Haziran 2016'da Türkiye ile İsrail arasında bir anlaşma imzalanmıştır. Anlaşma 9 Eylül 2016'da yürürlüğe girmiştir. 02 Aralık 2016 tarihli duruşmada savcı, Türkiye ile İsrail'in bir anlaşma yaptığı ve bu anlaşmaya binaen bu davanın düşürülmesi talebinde bulunmuştur. 09 Aralık 2016 tarihinde yapılan duruşmada savcı görüş ve talebini tekrarlamış, Mahkeme heyeti ise itirazlara rağmen davanın düşürülmesine karar vermiştir. Mahkeme heyeti gerekçeli kararında, Anayasanın 90/5. maddesine atıfta bulunarak, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirtmiş ve bu anlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı hususuna değinmiştir<sup>20</sup>.

Mavi Marmara ceza davasından bağımsız olarak zarar görenler, şehit yakınları ve yaralı kimseler, Türk mahkemelerinde haksız fiil nedeniyle bir takım maddi ve manevi tazminat davaları açma yoluna

<sup>17</sup> Aksar, Y. (2012). “Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk”, Uluslararası İlişkiler, 9/33, 24-25.

<sup>18</sup> Mavi Marmara Davası-Uluslararası Ceza Mahkemesindeki Durum, (2013). (<https://www.ihh.org.tr/mavi-marmara-davasi>), (ET: 18.04.2018)

<sup>19</sup> Topal, A. H. (2015). “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı Ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21/2, s. 483.

<sup>20</sup> İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi Akdeniz'in Uluslararası Sularında Mavi Marmara Gemisine Düzenlenen Saldırıya İlişkin, Verilen Hükmün Gerekçeli Kararını açıkladı (2017). (<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201701131026753654-mavi-marmara-dava-gerekceli-karar/>), (ET: 18.04.2018)

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

gitmiştir. İstanbul, Kayseri ve Diyarbakır gibi illerde yaklaşık 40'ı aşkın tazminat davası açılmış olsa da bu davalardan bazıları İsrail devletinin Yargı bağımsızlığı bulunduğundan reddedilmiş<sup>21</sup>, bazı davalarda ise temsilen de olsa tazminat kararlarına hükmedilmiştir<sup>22</sup>.

Mavi Marmara olayında zarar görenlerin durumu, bazı benzerlikler gösterse de somut Zeytin Dalı Harekâtı'nda zarar görenlerin durumundan farklılıklar göstermektedir. Çünkü burada İsrail güvenlik güçlerinin doğrudan müdahalesi söz konusudur. Oysa terör örgütlerine destek verdiği düşünülen ABD ve diğer devletlerin açık bir eylemi görünmemektedir.

### 5. Zeytin Dalı Harekâtı'nın Hedefindeki Terör Unsurlarına Destek Veren Devletlere Karşı Dava Açılabilmesi

ABD'nin, PYD'ye yaklaşık beş bin tır silah gönderdiğinin ve ayrıca helikopterlerle de silah taşıdığına ortaya çıkması üzerine, ABD, otuz bin kişilik bir ordu kuracağını açıklamış ve bunun üzerine de DEAŞ ile mücadeleyi gerekçe göstermiştir<sup>23</sup>. Tüm bu gelişmeler üzerine 20 Ocak 2018'de PYD'nin bulunduğu Afrin bölgesine yönelik olarak Zeytin Dalı Harekâtı başlatılmıştır. Harekâtın en önemli gerekçelerinden birisi de ABD'nin terör örgütlerine olan desteğinin engellenmesi olarak gösterilmiştir<sup>24</sup>. PYD tarafından, operasyon öncesinde hem sivil vatandaşlarımıza hem de askeri unsurlarımıza saldırılarda bulunmuş<sup>25</sup>, harekâtın başlamasının ardından bile Hatay ve Kilis illerimize 95 adet roket atılmıştır. Tüm bunların neticesinde de uluslararası toplumda terör örgütü olarak kabul edilen gruplara yapılan bu yardım ve desteklerin yaptırımsız mı kalacağı sorusu akıllara gelmiştir.

Zeytin Dalı Harekâtı'nın başlamasından evvel, ülkemiz açısından meşru müdafaa hakkının koşullarından olan silahlı saldırı unsurunun çoktan gerçekleşmiş olduğu gözlemlenmekle birlikte, geriye sadece bu hakkın kullanılacağına Birleşmiş Milletlere bildirilmesi kalmıştı. Bu hakkın kullanılacağına bildiriminin ardından harekât başlamış ve Afrin için toplanan GK, Türkiye'nin bu bildirim için bir kınama yahut sonlandırma açıklamasında bulunmamıştır<sup>26</sup>. Bu bakımdan Türkiye açısından BMŞ'nin 51. maddesi kapsamında meşru müdafaa hakkı doğduğundan, koşullar yerine getirilmiş ve harekâtın başlaması uluslararası alanda hukuki bir zemine oturtulmuştur.

<sup>21</sup> “Keza Mavi açık denizde İsrail askerleri tarafından gerçekleştirilen ve Mavi Marmara olarak bilinen saldırıda ölen Furkan Doğan'ın yakınlarının Kayseri 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde İsrail devleti aleyhine açmış oldukları dava, mahkeme tarafından yargı hakkı olmaması sebebiyle reddedilmiştir.” Bakınız: Erdoğan, E. (2016). “Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar Ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağımsızlığı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4, s. 3380.

<sup>22</sup> Mavi Marmara Davası-Türkiye'de Açılan ve Açılacak Olan Tazminat Davaları, (2013). (<https://www.ihh.org.tr/mavi-marmara-davasi>) (ET: 18.04.2018).

<sup>23</sup> PKK-PYD-YPG'ye Destek Veren ABD Suç İşliyor (2018), (<http://www.yorungedergi.com/2018/03/pkk-pyd-yggye-destek-veren-abd-suc-isliyor/>) (ET: 18.04.2018).

<sup>24</sup> Bu operasyonun gerekçeleri bakımından birçok siyasi, hukuki ve vicdani gerekçe saymak mümkün olmakla birlikte Başbakanlık Kamu Diplomasisi Koordinatörlüğü yapmış olduğu açıklamada, 12 maddede Zeytin Dalı Harekâtı ile hedeflenenleri belirtmiştir. Bu hedefleri genel olarak terör faaliyetlerini engellemek ve sınır güvenliğini sağlamak başlıkları altında toplamak olsa da, dikkat çekilmesi gereken gerekçelerden birinin “ABD'nin terör örgütlerine desteğini önlemek” olduğunu söylemek mümkündür. Bakınız: 12 maddede Türkiye'nin Afrin hedefi (2018).

(<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/12-maddede-turkiyenin-afrin-hedefi-40717627>) ET: 18.04.2018

<sup>25</sup> Türkiye-Afrin Sınırında YPG'nin Türkiye'ye Yaptığı Saldırıları (2018), (<http://www.suriyegundemi.com/2018/01/18/turkiye-afrin-sinirinda-ypgnin-turkiyeye-yaptigi-saldirilar/>), ET: 18.04.2018.

<sup>26</sup> BM Güvenlik Konseyi Afrin'i Görüştü (2018), (<http://www.dw.com/tr/bm-g%C3%BCvenlik-konseyi-afrini-g%C3%B6r%C5%9Ft%C3%BCa-42265604>), (ET: 18.04.2018)





### 5.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Bakımından Değerlendirme

UCM, gerçek kişilerin işledikleri savaş, soykırım, insanlığa karşı suçlar ile saldırı suçlarının yargılamalarının yapılması için 1998 tarihli Roma Statüsü (RS) ile kurulmuş, sürekli nitelikte faaliyet gösteren uluslararası bir mahkemedir. UCM, yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra işlenmiş olan suçları yargılayabilmektedir. Bu suçları işlediği iddia edilen kişilere karşı dava açmanın bazı şartları bulunmaktadır. Ancak Türkiye, Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsüne taraf olmamıştır<sup>27</sup>. ABD ise 31 Aralık 2000 tarihinde Statüyü imzalamış fakat 6 Mayıs 2002 tarihinde diplomatik bir hamleyle imzasını iyiniyet kurallarına aykırı olarak geriye çekmiştir<sup>28</sup>.

UCM gerçek kişiler üzerinde bu Statü'ye uygun olarak yargılama yetkisine sahiptir. UCM'nin yargı yetkisi içindeki bir suçu isleyen bir kişi, bireysel olarak sorumlu olacak ve bu Statüye uygun bir şekilde cezalandırılabilir (m. 25/1-2). Bu Mahkeme'de devletlerin yargılanması değil, kişilerin yargılanması söz konusudur. Zeytin Dalı Harekâtı'nda zarar görenler bakımından teröre destek veren kişileri UCM'ye şikâyet etme ihtimalini değerlendirdiğimiz zaman ise bu durum pek mümkün gözükmemektedir. Bunun en önemli usuli nedeni ise ABD, Türkiye, İran, Rusya ve Suriye gibi devletlerin, Roma Statüsü'ne taraf olmamasıdır. UCM Savcılığı'nın da doğrudan herhangi bir soruşturma açma ihtimali yoktur. Bu durumda UCM savcılarını ancak BM Güvenlik Konseyi kararı ile harekete geçirebiliriz. BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olarak veto yetkisi bulunan ABD ise hiçbir şekilde kendi vatandaşlarının yargılanmasına izin vermeyecektir ve kuvvetle muhtemeldir ki olası bir durumda veto yetkisini kullanacaktır<sup>29</sup>.

Kısacası Türkiye, Roma Statüsü'ne taraf olmadığından teröre destek verdiği düşünülen ABD ve diğer devletlerin vatandaşlarına karşı UCM'de yargı yolu söz konusu olamayacaktır. Yukarıda değindiğimiz üzere Mavi Marmara olayında dahi Türkiye Statü'ye taraf olmadığından UCM'ye Komorlar Devleti, Yunanistan ile Kamboçya gibi devletler başvurabilmiştir. Yine yargılama sürecinin Güvenlik Konseyi tarafından başlatılması ihtimalinde de ABD'nin GK'nın daimi üye olmasından dolayı mümkün gözükmemektedir. Ayrıca ölüm ve yaralanmalar Türkiye sınırları içinde gerçekleşmediği savunması gündeme gelebilecektir. Bütün bu engeller geçilip davanın açıldığı varsayılsa bile ABD'nin Afrin bölgesindeki terör örgütlerine doğrudan destek (etkin kontrol) verdiğinin ispat edilmesi gerekir ki bu çok zor görünmektedir.

### 5.2. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Bakımından Değerlendirme

Uluslararası hukuka göre bir devlet başka bir devlet veya kişiye uluslararası hukuka aykırı fiilleri ile zarar vermesi halinde bu zararı karşılamak zorundadır. Uluslararası hukukta, uluslararası yükümlülüklerin ihlali ve uluslararası hukuka aykırı fiil ile karşı tarafa zarar verilmesi halinde bu zararın tazmin edilmesi uluslararası sorumluluk davasının konusunu oluşturmaktadır. Bu açıdan terör örgütlerine silah vermek, yardım ve yataklık yapmak fiilleri uluslararası anlaşmalara ve BM kararlarına aykırılık teşkil edeceğinden dolayı, operasyonda zarara gören ve yakınlarının ilgili devletlere karşı

<sup>27</sup> Çetin, M. (2010). Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye'nin Durumu, Ankara Barosu Dergisi, 68/3, s. 356.

<sup>28</sup> Aksar, Y. (2003). "Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Amerika Birleşik Devletleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52/2, s.133.

<sup>29</sup> Yücel, H. (2018). "Hukuki Açıdan ABD'nin PKK/YPG'ye Silah Yardımı", Seta Perspektif, 186, ([https://setav.org/assets/uploads/2018/02/186.HUKUKI%CC%87-AC%CC%A7IDAN-ABD%E2%80%99NI%CC%87N-PKK\\_YPG%E2%80%99YE-SI%CC%87LAH-YARDIMI-SON.pdf](https://setav.org/assets/uploads/2018/02/186.HUKUKI%CC%87-AC%CC%A7IDAN-ABD%E2%80%99NI%CC%87N-PKK_YPG%E2%80%99YE-SI%CC%87LAH-YARDIMI-SON.pdf)), (ET: 18.04.2018), s. 6.





sorumluluk davası açması söz konusu olabilecektir. Ancak bu konuda 2001 tarihli Devletlerin Haksız Fiilleri Nedeniyle Uluslararası Sorumlulukları Hakkında Taslak Maddeler dışında uluslararası bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, işbu sorumluluk iddiası ancak uluslararası bir teamül kuralı olarak ileri sürülebilecektir.

UAD, Birleşmiş Milletler'in asli bir (yargı) organıdır. Bilindiği gibi UAD'nin iki tür görevi vardır: Bunlardan birincisi kendisine sunulan hukuki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak, ikincisi ise kendisinden istenen konularda istişari mütalaa vermektir. (BMŞ, m. 92-96). Ancak önemle belirtmek gerekir ki bir uyuşmazlığı UAD'nin önüne ancak bir devlet getirebilecektir. Kısacası UAD'de çözülecek uyuşmazlığın tarafları ancak devletler olabilecektir<sup>30</sup>. Dolayısıyla söz konusu Zeytin Dalı Harekâtında zarar görenlerin ya da yakınlarının doğrudan doğruya kişisel olarak Divan'a başvurmaları mümkün değildir. Ancak ABD'nin PKK/PYD'ye yapmış olduğu yardımlara ilişkin bu uyuşmazlık ya da iddia edilebilecek hususlar ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından Divan'ın önüne götürülebilecektir. Ancak UAD'nin yargılama yetkisi ihtiyaridir. Yani devletlerin UAD önünde yargılanabilmesi veya yargı sürecini başlatabilmesi için UAD Statü'sünde gösterilen yollarla kabul etmiş olması gerekir. Türkiye UAD'nin yargılama yetkisini beşer yıllık sürelerle kabul etmiş, 1972 yılından sonra da uzatmamıştır. Dolayısıyla, Türkiye'nin Zeytin Dalı Harekâtı'nda zarar görenler adına UAD yargılama sürecini başlatması söz konusu değildir.

UAD yargılama süreci Statü'deki öngörülen yollardan birisi ile (UAD Statüsü, m.40) başlatılsa bile bu durumda da ABD'nin sorumluluğuna gidilebilmesi için isnadiyetin sağlanması gerekir. Olası bir davada, Zeytin Dalı Harekâtı'na emsal gösterilebilecek en güzel örnek Nikaragua davasıdır. UAD, Nikaragua olayında ABD'nin Nikaragua yönetiminin karşısında bulunan milis güçlere silah, eğitim ya da finansal destek sağlamasını, Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırılık teşkil ettiği kararını vermiştir. Büyük oranda benzerlik gösteren ABD'nin bugünkü yapmış olduğu eylemlerin ispatlanması durumunda, UAD'nin aynı yönde karar vermesi ihtimal dâhilindedir.

Sonuç olarak ABD'nin PKK'ya doğrudan silah vermediği savunulsa dahi, organik bağı olduğu kuvvetle muhtemel YPG ve PYD gibi terör örgütünün uzantısı olan grupları desteklemesi, yardım etmesi yahut eğitim vermesi gibi durumlar söz konusudur. Bu durumun yukarıda da belirtilen Nikaragua örneğinde olduğu gibi kuvvet kullanma ve özen gösterme ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Mevcut durumda ABD ordusunun Türkiye sınırları dışında YPG ve PYD gibi terör unsurları taşıyan örgütlere müsamaha göstermesi bile bu özen yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Kaldı ki müsamaha göstermek şöyle dursun bazı ABD'li yetkililerin PYD'yi, hali hazırda PKK'nın Suriye kolu olarak kabul etmesi açıkça uluslararası hukukun ihlalden söz edilebilir<sup>31</sup>.

Ayrıca UAD'nin uyuşmazlığın tespiti ile birlikte tazminata da hükmetmesi mümkündür. Bu açıdan Divan'a yapılacak başvuruda hukuka aykırılığın tespitinin yanında maddi bir yaptırım da söz konusu olacağından aynı zamanda bir tazminat davası olarak da düşünülebilir. Kaldı ki devletlerin cezai sorumluluğu olamayacağından ancak tazminat yaptırımı ile karşılaşılabilecektir.

Burada tartışılması gereken bir diğer husus, Uluslararası Adalet Divanı'nın da kabul ettiği anlayış olan, devletlerin uluslararası alanda haksız fiillerinden dolayı doğan zararlardan sorumlu olmaları ilkesidir.

<sup>30</sup> Aksar, (2013), s. 264.

<sup>31</sup> Yücel, s. 5.



2001 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından sunulan Taslak Genel Kurulca kabul edilmiş ve böylece Divan, önüne gelen uyumsuzluklarda, Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğuna ilişkin Taslak hükümlerini de incelemelerinde değerlendirmeye başlamıştır. Buna göre devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemleri uluslararası sorumluluğu yol açabilecektir<sup>32</sup>.

İlkel olarak devletlerin uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranması, sorumluluğu doğuracaktır. Ancak bu sorumluluğun doğması için söz konusu eylemlerin ya da yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin o devlete isnat edilebilmesi gerekir. Bahsetmiş olduğumuz temel ilkenin yanında ayrıca bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre söz konusu eylemler o devletin fiili olarak kabul edilir<sup>33</sup>. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde herhangi bir devletin talimatı, kontrolü ya da emri altında yapılan uluslararası hukuka aykırı eylemlerin, öncelikle o devlete isnat edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir. Etkin kontrol söz konusu ise bu durumda isnat sağlanmış olacak ve meydana gelen zararlardan dolayı, talimat ya da kontrolü sağlayan devleti sorumlu tutmak mümkün olabilecektir.

Somut olayda PYD/PKK'nın yapmış olduğu saldırılardan dolayı meydana gelen zararlarda yukarıda bahsetmiş olduğumuz kurallar çerçevesinde yine ABD'nin uluslararası sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak burada yaşanan zorluk fiilin devlete yüklenebilmesidir. Çünkü UAD haksız fiil sorumluluğu için gerçekleşen eylemlerin etkin denetim altında gerçekleşmesi şartını aramaktadır.

### 5.3. İç Hukuk Yolları Bakımından Değerlendirme

Teröre destek veren ülkelerin sorumluluğu bakımından iç hukuk yollarına baktığımız zaman burada yine cezai ve hukuki sorumluluğu tartışmak mümkündür. Zeytin Dalı Harekatı'nda zarar görenlerin uluslararası yargı mercileri olan UAD ve UCM'de hak aramaları yolunun pek de mümkün gözükmediğini belirtmiştik. Ancak bireysel cezai sorumluluk açısından en etkili hak arama yolunun yerel mahkemeler olduğu söylenebilir. Türk mahkemelerinde görülecek dava, daha etkili, hızlı ve adil olabilir. Gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerden dolayı eğer bir cezai soruşturma başlatılacak ise bunun için en uygun yer Türk mahkemeleridir<sup>34</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda, uluslararası suçlar başlığı altında, 77. maddede insanlığa karşı suçlar düzenlenmiştir. Kasten öldürme ya da yaralama gibi bazı suçların siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç oluşacaktır. Bu durumda Mavi Marmara örneğinde olduğu gibi bu suçların mağdurları yerel mahkemelerde kişiler bakımından şikâyetçi olabilecek ve yerel mahkemelerde kamu adına yargılama yetkisine haiz olabilecektir. Ancak ABD yetkilileri Zeytin Dalı Harekatı'nda doğrudan eylemde bulunmadığından yardım etme ya da azmettirme eylemlerine uyan suçlardan dolayı yargılanabileceklerdir. Ancak bu halde de, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılacak kişinin Türkiye'ye getirilmesi ve/veya cezanın infazının nasıl gerçekleştirileceği cevaplanması gereken bir sorudur.

<sup>32</sup> Sur, M. (2015). Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul: Beta yayınları, s. 261.

<sup>33</sup> Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğu, 8. Madde.; Ayrıca detaylı bilgi için bakınız: Erkiner, s. 145-180.

<sup>34</sup> Yücel, s. 6.



Ceza davalarının yanında yerel mahkemelerde yine haksız fiile dayanan tazminat davaları da açılması söz konusudur. Yine Mavi Marmara olayında zarar gören kişiler Türk hukuk mahkemelerinde İsrail devletine karşı tazminat davası açmış, bazıları yargı bağımsızlığı<sup>35</sup> itirazıyla karşılaşmış, bazı kararlarda ise tazminata hükmedilmiştir. Burada da yine davalının yokluğunda yargılamanın yapılması ve tazminat hükmünün icrası önemli bir sorun teşkil edecektir.

Devletlerin yargı bağımsızlığı sisteminde ise bugün doktrinde farklı görüşler savunulsa da bazı konuların yargı bağımsızlığı ilkesinin istisnası olabileceği kabul edilmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında özel hukuk ilişkilerine ilişkin işlemler yargı muafiyeti dışında kalıyorsa da bugün devletlerin egemenlik sınırlarına giren olaylarda, insan haklarına ilişkin eylemlerde ve terörizm konularında da devletlerin yargı bağımsızlığı muafiyetinden faydalanamayağı ya da bu hususların milletlerarası örf ve adet haline gelip gelmeyeceği tartışılmaktadır<sup>36</sup>.

Bu tartışmalar bir taraftan devam ederken ABD’de Yabancı Egemenin Bağımsızlığı Kanunu çıkarılmış ve ABD tarafından belirlenen teröre destek veren devletlerin iç hukukta yargılanabilmesi imkânı getirilmiştir. Buna göre, yabancı bir devlet, işkence, yargısız infaz, hava araçlarına sabotaj, rehin alma veya bu davranışlara memurları, çalışanları veya birimleri vasıtasıyla maddi destek yahut kaynak sağlaması sebebiyle ortaya çıkan kişisel yaralanmalar ve ölüm durumunda talep edilecek maddi tazminat davaları açısından ABD’nin yargısına tabidir. Söz konusu bu düzenlemeyle ABD kendi iç hukukunda terör konusunda devletlerin yargı bağımsızlığını kaldırmıştır. Ancak bu husus tam anlamıyla uluslararası toplumda örf ve adet haline gelmiş değildir<sup>37</sup>.

Şayet terör eylemleri yargı bağımsızlığı istisnalarından birisi olduğu kabul edildiği takdirde, bu durumda teröre destek veren devletlerin, iç hukuk yoluyla kendisine isnad edilebilen eylemlerinden dolayı tazminat sorumluluğuna gitmek mümkün olabilecek ve bu durumda PYD/PKK’ya silah ve yardım sağladıkları gerekçesiyle bu eylemlerden zarar gören kişiler ABD’ye karşı tazminat davası açabileceklerdir<sup>38</sup>.

## 6. Sonuç

Terörizme ve terör gruplarına uluslararası alanda sağlanan destek ve yardımlar bugün terörizme karşı mücadeleyi güçleştirmektedir. Soğuk savaşın ardından ülkeler doğrudan doğruya gerçekleştiremedikleri bazı eylem ve kontrollerini, araç olarak kullandıkları bu terör örgütleri vasıtasıyla yerine getirmektedirler. Ancak ülkeler kendilerine yönelen saldırılar neticesinde, uluslararası toplumda terör saldırılarından şikâyetçi olsalar da, kendi menfaatleri doğrultusunda bazı grupları desteklediklerini de açıklamaktan geri durmamaktadırlar.

Meşru müdafaa hakkı kapsamında Türkiye tarafından başlatılan Zeytin Dalı Harekâtı, sınır ötesinden Türkiye’ye yönelen terör saldırılarının sonlandırılması, terör örgütlerinin dağıtılması ve onlara yapılan yardımların engellenmesi amacıyla yürütülmüştür. Ancak bu harekâtın öncesinde ve sonrasında

<sup>35</sup> “Yargı bağımsızlığı, bir devletin başka bir devletin yargı mekanizması önünde yargılanamamasını ve hakkında yaptırım uygulanmamasını ifade eder. Bu anlamda yargı bağımsızlığı devletlerin yargılama sistemlerine getirilen bir sınırlamadır” Bakınız: Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, Beta, İstanbul, 2013, s. 565.

<sup>36</sup> Erdoğan, s. 3378.; Sak, Y. (2015). Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Temel Hakların Korunması, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 109.

<sup>37</sup> Erdoğan, s. 3386-3387.

<sup>38</sup> Erdoğan, s. 3388.



gerçekleştirilen saldırılar neticesinde hem sivil vatandaşlar hem de askeri unsurlar bir takım zararlara uğramışlardır. Karşımızda ise PKK'nın uzantısı olarak kabul edilen terör gruplarının eylemleri söz konusu olduğundan bu eylemlerden sorumlu tutulabilecek kişiler arasında, bu gruplara destek veren, yardım sağlayan devletler ve/veya kişiler de bulunmaktadır.

Zeytin Dalı Harekatı'nda şehit düşenlerin yakınları veya gazilerin, PKK/PYD/YPG'ye destek veren devlet veya kişilere karşı dava açabilmesi ihtimallerini şu şekilde özetlemek mümkündür:

1-Bireysel cezai yargılama yapan UCM yolu pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü Türkiye UCM'yi kuran Roma Statüsü'ne taraf değildir. Dolayısıyla Türkiye, bu operasyonda zarar gören vatandaşları için UCM Savcılığı'na başvuramamaktadır. Ya Savcılık'ın kendisinin harekete geçmesi ya da GK kararı ile kovuşturma yapması gerekir ki bu da ABD'nin GK'nın daimi üyesi olması ve veto yetkisine sahip olması sebebiyle mümkün değildir. Ayrıca ölüm ve yaralanmalar Türkiye sınırları içinde gerçekleşmediği savunması gündeme gelebilecektir.

2-UAD'de dava açma bakımından da pek çok engel bulunmaktadır. Çünkü UAD'nin yargılama yetkisi ihtiyaridir. Yani hem davacı hem davalı devlet kabul ettiği takdirde UAD yargılaması yapılabilecektir. Türkiye BMŞ ve UAD Statüsü'ne taraf olmasına rağmen UAD'nin yargılama yetkisine olan rızası en azından şu an için bulunmamaktadır. Ayrıca Zeytin Dalı Harekatı'nda zarar görenlerin UAD'ye bizzat başvurma hakları yoktur. Çünkü UAD'de ancak devletler taraf olabilir. Türkiye kendi vatandaşları için diplomatik himaye yetkisini kullanarak dava sürecini bir şekilde başlatsa bile bu defa terör örgütlerine destek verdiği düşünülen devletlerin, etkin kontrol seviyesinde desteğinin ispat edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak bu yol da çok zor gözükmektedir.

3- Zeytin Dalı Harekatı'nda şehit düşenlerin yakınları veya gazilerin, iç hukuk yoluyla Türk mahkemelerinde dava açma ihtimali bulunmaktadır. Öncelikle teröre destek veren ülkelerin yöneticileri ya da bu desteğe yönelik emir ve talimatı bulunanların ve doğrudan bu desteğe katılanların işledikleri suçlar bakımından cezai yargı yolu mümkündür. Ancak yargılamanın yapılması ve kararın infazı ile ilgili pek çok engel gözükmektedir. Tazminat davaları bakımından ise yine iç hukukta haksız fiil sorumluluğunun tartışılması mümkündür. Ancak zarar gören kimselerin teröre destek veren devlete karşı doğrudan bir hukuk davası açması yargı bağımsızlığı sorununu karşımıza çıkarmaktadır. Bu durum da terör eylemlerine ilişkin yargı bağımsızlığı muafiyetinin istisna olma özelliği kabul gördüğü takdirde mümkün olacaktır.

### **Kaynakça**

12 maddede Türkiye'nin Afrin hedefi (2018). <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/12-maddede-turkiyenin-afrin-hedefi-40717627> (ET: 14.04.2018).

Acer, Y. ve Kaya, İ. (2014). Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Aksar, Y. (2012). "Birleşmiş Milletler Palmer (Mavi Marmara) Raporu ve Uluslararası Hukuk", Uluslararası İlişkiler, 9/33, 23-40, (<http://www.uidergisi.com.tr/wp-content/uploads/2014/12/Birlesmis-Milletler-Palmer.pdf>) (ET:18.04.2018).

Aksar, Y. (2003). "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52/2, 125-139.



- Aksar, Y. (2013). Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Altuğ, Y. (1987). “Terörizm Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 52/1-4, 47-99.
- Arsava, F. (2013). “Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması için Yapılan Askeri Müdahale” TAAD, 4/12, 81-98.
- Azarkan, Ezeli, (2008). “11 Eylül Terör Saldırıları Sonrası Dönemde Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Terörizm Konusundaki Tutumu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12-13/16-17-18-19, 45-68.
- BM Güvenlik Konseyi Afrin’i Görüştü (2018). (<http://www.dw.com/tr/bm-g%C3%BCvenlik-konseyi-afrini-g%C3%B6r%C3%BC%C5%9Ft%C3%BC/a-42265604>), (ET: 14.04.2018).
- BMGK’nın 24 Haziran 2014 tarih ve A/RES/68/276 sayılı Küresel Terörle Mücadele Stratejisi (2014) ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/68/276](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/276)), (ET: 14.04.2018).
- Çetin, M. (2010). “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye’nin Durumu”, Ankara Barosu Dergisi, 68/3, 335-360.
- Erdoğan, E. (2016). “Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar Ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4, 3375-3391.
- Erkiner, H. (2007). “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, MÜHF-HAD, 13/3-4, 145-180.
- Gündüz, A. (2013). Milletlerarası Hukuk, İstanbul: Beta Yayınları.
- İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi Akdeniz’in Uluslararası Sularında Mavi Marmara Gemisine Düzenlenen Saldırıya İlişkin, Verilen Hükmün Gerekçeli Kararını açıkladı (2017). (<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201701131026753654-mavi-marmara-dava-gerekceli-karar/>), (ET: 14.04.2018).
- Mavi Marmara Davası-Türkiye’de Açılan ve Açılacak Olan Tazminat Davaları, (2013). (<https://www.ihh.org.tr/mavi-marmara-davasi>) Erişim Tarihi: 18.04.2018.
- Mavi Marmara Davası-Uluslararası Ceza Mahkemesindeki Durum, (2013). (<https://www.ihh.org.tr/mavi-marmara-davasi>), (ET: 14.04.2018).
- Pazarcı, H. (2015). Uluslararası Hukuk, Ankara: Turhan Kitabevi.
- PKK-PYD-YPG’ye Destek Veren ABD Suç İşliyor (2018). (<http://www.yorungedergi.com/2018/03/pkk-pyd-ypgye-destek-veren-abd-suc-isliyor/>) (ET: 18.04.2018).
- Ratner, S. R., (2015). The Thin Justice of International Law: A Moral Reckoning of the Law of Nations, Oxford University Press.
- Sak, Yıldırım, (2015). Devletin Yargı Bağışıklığı ve Temel Hakların Korunması, Ankara: Seçkin Yayınları.



Saul, B. (2008). “BM Güvenlik Konseyinde Terörizmin Tanımı: 1985-2004” (Çev. Koç, S.), Terör ve Düşman Ceza Hukuku, (Ed. Ünver, Y.) (s. 49-79), Ankara: Seçkin Yayınları.

Sur, M. (2015). Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul: Beta Yayınları.

Taşdemir, F., (2006). Uluslararası Terörizme Karşı Kuvvete Başvurma Yetkisi, Ankara: USAK Yayını.

Topal, A. H. (2015) “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı Ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21/2, 481-508.

Türkiye-Afrin sınırında YPG'nin Türkiye'ye yaptığı saldırılar (2018). (<http://www.suriyegundemi.com/2018/01/18/turkiye-afrin-sinirinda-ypgnin-turkiyeye-yaptigi-saldirilar/>), (ET: 14.04.2018).

Ünver, Y. (Ed.) (2008). Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları.

Yapıcı, U. (2006). “Uluslararası Hukukta Terörizme Karşı Kuvvet Kullanımı Sorunu”, UHP Dergisi, 2/7, 21-40.

Yılmaz, E. A. ve İrk, O., (2015). “Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu”, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 13/2, 151-166.

Yücel, H. (2018). “Hukuki Açıdan ABD'nin PKK/YPG'ye Silah Yardımı”, Seta Perspektif, 186, 1-7 ([https://setav.org/assets/uploads/2018/02/186.HUKUKI%CC%87-AC%CC%A7IDAN-ABD%E2%80%99NI%CC%87N-PKK\\_YPG%E2%80%99YE-SI%CC%87LAH-YARDIMI-SON.pdf](https://setav.org/assets/uploads/2018/02/186.HUKUKI%CC%87-AC%CC%A7IDAN-ABD%E2%80%99NI%CC%87N-PKK_YPG%E2%80%99YE-SI%CC%87LAH-YARDIMI-SON.pdf)) (ET: 14.04.2018).





## YABANCI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ VE ICSID TAHKİMİ

Öğr. Üyesi Dr. Işıl EGEMEN DEMİR<sup>1</sup>

Türk Alman Üniversitesi

### Öz

Yabancı yatırımcının, bir ülkede yatırım yapmaya karar vermeden önce araştırması gereken belki de en önemli husus, yatırım yapmak istediği ülkenin, uyuşmazlıkların halli için öngördüğü hukuki mekanizmadır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde en klasik yöntem, yatırımcının ev sahibi devletin mahkemelerine başvurusudur. Devletler özel hukukunun gelişimi ile birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununda bağlama kuralları yer almış ve böylece, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkiye göre, taraflar yetki sözleşmesi akdetmek yoluyla, Türk mahkemelerini ya da yabancı devlet mahkemelerini seçebilmişlerdir. Ancak bu yöntem de, yatırım ihtilaflarının niteliğine uygun değildir. Öncelikle yetki anlaşması, uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemesinde çözümünü mutlak olarak sağlamamaktadır; yabancı devlet mahkemesi, Türk Hukukuna göre geçerli bir yetki anlaşmasına rağmen kendisini o uyuşmazlık hakkında yetkisiz görebilir. Bu durumda yetki anlaşmasına dayalı olarak, yabancı devlet mahkemesinin davayı görmesi, somut olayda kendisini yetkili görmesine bağlıdır. Bunun dışında, ev sahibi devlet mahkemeleri gibi yabancı devlet mahkemeleri de, yatırım uyuşmazlıkları hakkında uzmanlaşmış kurumlar değildir; bu nedenle yatırım uyuşmazlıklarının hallinde gerek ev sahibi devlet mahkemelerinde gerekse de yabancı devlet mahkemelerinde yapılan yargılama sonucunda tatmin edici sonuçların alınması zordur. Sonuç olarak, yabancı devlet mahkemelerinde yapılacak bir yargılama da, yabancı yatırımcı açısından tatmin edici olmayacaktır.

Yabancı yatırımcıları hukuk güvenliği açısından, bir ülkede yatırım yapmaya cezbedici yol, ev sahibi devlet mevzuatının “uluslararası tahkim”e cevaz vermesidir. Bu şekilde taraflar, uyuşmazlığın halli için bir uluslararası tahkim mekanizmasını seçebilirler; bu, bir kurumsal tahkim merkezi olabileceği gibi ad hoc tahkim de olabilir. Yatırım uyuşmazlıklarının halli konusunda, taraf devletler ICSID’e yollama yapılabileceği gibi, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Stockholm Ticaret Odası veya UNCITRAL tahkimi öngörülmüş olabilir.

### Giriş

ICSID tahkiminin özellikle yabancı yatırımların korunması amacıyla ihdas edilmiştir. ICSID Konvansiyonunun geçmişine baktığımızda, böyle bir tahkim merkezine neden ihtiyaç duyulduğunu daha iyi anlarız: 1960 öncesinde yeni bağımsızlıklarını kazanmış ve kalkınmakta olan devletler, bir kalkınma ve gelişme vasıtası olarak yabancı sermaye ihtiyacını hissetmişlerdir. Sermaye ihraç eden ülkeler veya ülke vatandaşları açısından ise, bu ülkelerde sık sık meydana gelen millileştirme vs. gibi

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD, <https://orcid.org/0000-0002-7007-211X>, [demir@tau.edu.tr](mailto:demir@tau.edu.tr). Bu çalışma Türk - Alman Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Komisyonunca kabul edilen 2018BH0020 nolu proje kapsamında desteklenmiştir. (This study was supported by Turkish – German University Scientific Research Projects Commission under the grant no: 2018BH0020.)



istikrarsızlıklar ciddi bir engel teşkil etmekteydi. İşte böyle bir ortamda, Konvansiyonun hazırlanmasında, özellikle ev sahibi devletin keyfi ve siyasal tasarruflarına karşı yabancı sermaye yatırımlarını koruma düşüncesi, önemli bir etkidir. ICSID tahkiminin bir gerçek ya da tüzel kişi ile devlet arasındaki uyuşmazlıklara yönelik olması da, uluslararası yargı / tahkim mekanizmaları açısından önemli bir gelişmedir. Çoğunlukla gelişmiş ülkelere doğru akan yabancı sermaye yatırımları, sömürgeciliğin sona ermesinden sonra başlar. Sömürgeciliğin sona ermesinden sonra, yeni özgürlüklerine kavuşmuş olan devletler, hem ülkelerindeki eski sömürgeci devletlerin hâkimiyetinden kurtulmak, hem de kendi ekonomilerini kurarak Dünya pazarında yer edinmek istiyorlardı. Ortaya çıkan bu paradoksal ortamda; güçlü sermayelerin hali hazırda eski sömürgeci devletler nezdinde bulunması, buna karşılık söz konusu devletlerin yeni bağımsızlıklarına kavuşmuş devletlerdeki doğal kaynaklara gereksinimi, uluslararası camiada yeni oluşumların, yeni kavramların ortaya çıkmasını gerekli kılmış; bu durum uluslararası alanda andlaşmaların kabulü ve sözkonusu andlaşma hükümlerinin iç hukuklara yansıtılması yoluyla aşılmaya çalışılmıştır. Bunun haricinde, bildiri ya da güç birlikleri kurmak yoluyla da güven ortamı sağlanmaya çalışılmıştır. Bağımsızlıklarına yeni kavuşmuş eski sömürge devletleri ile sermayeyi elinde bulunduran eski sömürgeci devletler arasındaki güven, Dünya Bankasının girişimleri ile sağlanmaya çalışılmıştır. Dünya Bankasının himayesinde hazırlanan “Çok Taraflı Yatırım Garanti Andlaşması” (MIGA) ile yabancı yatırımlar, ticari olmayan risklere karşı bir Garanti Fonu oluşturulmuş ve böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı özendirilmiştir. Dünya Bankası tarafından hazırlanan ikinci andlaşma ise “Devletlerle Diğer Akit Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair (ICSID) Konvansiyonu”dur.

Merkezin yetkisine ilişkin hükümler, ICSID Konvansiyonunun Merkezin Yetkisi başlıklı ikinci kısımda 25 ve 27. maddeler arasında yer alır. Merkezin Yetkisi başlıklı ikinci kısımda yer alan hükümlere baktığımızda, Merkezin yetkisinin oluşumuna ilişkin şartların esas itibarıyla 25. maddede yer aldığını görürüz. Tarafların ICSID tahkimine rızasının, diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını devre dışı bırakması gerektiğini ve tahkime ilişkin rızanın yerel idari veya adli mekanizmaların tüketilmesi şartına bağlanabilmesini ifade eden 26. madde ve tahkime başvurduktan sonra diplomatik koruma yoluna başvurulamayacağını ifade eden 27. madde, merkezin yetkisinin oluşumu için gerekli şartları oluşturmaz.

Konvansiyon m. 25’in ilk iki fıkrası Merkezin yetkisinin temellerini oluşturur. Konvansiyon 25/(1)’e göre, Merkezin yetkisi âkit devlet (veya bu devlet tarafından Merkeze bildirilmiş devlet kurumu veya kuruluşu) ile diğer âkit devlet vatandaşı arasında, tarafların Merkeze sunma konusunda yazılı olarak rıza gösterdikleri, doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanan herhangi bir hukuki uyuşmazlığa şamildir. Konvansiyon m. 25’te geçen “...any constituent subdivision or agency of a Contracting State...” tümcesini türkçesini öğretide “...alt birimi veya temsilcisi” şeklinde ifade etmek de mümkündür. Bknz: Yılmaz, age, s. 83, Dost, age, s. 159. Devletler Hukukunda devletin temsili kavramı altında, bir tüzel kişilik olan devletin, milletlerarası alanda devleti temsile yetkili şahıslar vasıtasıyla faaliyette bulunması anlaşılır. Bütün milletlerarası işlerde devleti temsil etmek yetkisini haiz olan devlet temsilcileri, aynı zamanda devletin iç organları olan, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dış işleri başkanıdır. Diplomatik misyonlar, özel misyonlar, uluslar arası örgütler nezdindeki daimi temsilcilikler ise devletin dış organları olarak, devleti sadece belirli bir devlet ya da kurumla ilişkide temsil yetkisine sahiptir. Konvansiyonda m. 25/(1)’deki “agency” ifadesi ile, kanaatimizce, devletler hukukunda temsilciye karşılık gelen, devlet başkanı, hükümet başkanı veya dış işleri bakanı kastedilmemiştir. Dolayısıyla “agency” kelimesine



karşılık olarak temsilci ifadesini kullanmayı isabetli bulmuyoruz. O halde, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için; uyuşmazlığın Konvansiyon tarafı devlet ile Konvansiyon tarafı diğer devlet vatandaşı arasında olması, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması, uyuşmazlığın hukuki olması ve tarafların uyuşmazlığın Merkeze götürülmesi konusunda yazılı rızalarının var olması gerekir. Konvansiyon m. 25(2) ise diğer âkit devlet vatandaşlığından ne anlaşılması gerektiğini düzenlemektedir. Bu durumda Konvansiyon m. 25 (1)'in Merkezin yetkisini düzenleyen temel hüküm olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmaz.

Konvansiyon m. 25 düzenlemesi öğretide ve içtihatlarda üç başlığa ayrılarak incelenmektedir. Konvansiyon m. 25/(1)'e göre, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması gerekir. Uyuşmazlık konusu yatırımın doğasına ilişkin sorunlar, Merkezin konu bakımından yetkisi kapsamını oluşturur. Uyuşmazlık taraflarının Merkeze başvurma şartlarını taşıyıp taşımadıkları, Merkezin kişi bakımından yetkisi çerçevesinde; uyuşmazlık taraflarının Merkez tahkimine yazılı rızalarının olup olmadığı ise "rıza" şartı çerçevesinde değerlendirilir. Öğretide yapılan ayrıma göre, Konvansiyon m. 25 düzenlemesi, üç sac ayağına; yani konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartlarına dayandırılarak incelenmektedir.

Konvansiyon m. 25'te, Merkez tahkimine başvuru konusunda, yetki şartlarının dışında bir şart yer almamaktadır. Konvansiyon m. 26'ta, ev sahibi devletin rızasının yerel idari veya adli başvuru yollarının tüketilmesi şartına bağlanabileceği ifade edilmiştir. Konvansiyon m. 26'daki bu hüküm, âkit devletler için kendiliğinden bir kabul edilebilirlik şartı meydana getirmez; ancak uyuşmazlık tarafları arasındaki sözleşmede ya da âkit devletler arasındaki andlaşmada, iç hukuk yollarının tüketilmesi açıkça kararlaştırılmışsa, bu durumda iç hukuk yollarının tüketilmesinin, ilgili uyuşmazlık için bir kabul edilebilirlik şartı olduğunu belirtmek gerekir<sup>2</sup>.

ICSID Konvansiyonu m. 25'te, uyuşmazlığın âkit devlet ile diğer âkit devlet tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi arasında olması kişi bakımından yetki şartını oluşturur. Diplomatik koruma hakkı çerçevesinde, başvuran devlet ile zarar gören gerçek ya da tüzel kişi arasında bir tâbiyet bağı olmasının bir kabul edilebilirlik şartıdır; benzer şekilde Merkez tahkiminde de, davacı ile hükümlerinden yararlanan andlaşmaya ve ICSID Konvansiyonuna taraf devlet arasında bir tabiiyet bağı bulunmalıdır. Ancak buradaki tâbiyet esası, Konvansiyon m. 25'te açıkça, yetkiye ilişkin bir şart olarak düzenlendiğinden, kanaatimizce, bir kabul edilebilirlik şartı olarak düşünülemez. Bu nedenle, kişi bakımından getirilen şartlar, kabul edilebilirlik kapsamında değil; yetki kapsamında incelenir.

Konvansiyonun 25. maddesine göre, Merkez, ancak taraflarının âkit ev sahibi devlet ile diğer âkit devlet vatandaşı olduğu, yatırımdan doğan uyuşmazlıklara bakar. Taraflara ilişkin getirilen bu şart, kişi bakımından yetki şartını oluşturur. Kişi bakımından yetkinin bir tarafını, âkit ev sahibi devlet<sup>3</sup> ya da âkit

<sup>2</sup> Amerasinghe, C. F., *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, s. 487. Kabul edilebilirlik şartı olarak iç hukuk yollarının yer aldığı andlaşmalarda dahi, en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, bu şartın gereklerinden kaçınmak mümkündür. Maffezini v. İspanya tahkiminde, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki andlaşmada öngörülen bekleme süresinden kaçınmak için, davacı Maffezini, kaynak devlet ile ev sahibi devlet arasındaki devletlerarası iki taraflı yatırım andlaşmasında yer alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydı (Most Favored Nation Clause)'na dayanmış ve Şili – İspanya Devletlerarası İki Taraflı Yatırım Andlaşmasındaki ICSID Şartına dayalı olarak Merkez tahkimine başvurmuş ve Merkez de yetkili olduğuna hükmetmiştir: s. 3, p.1. Emilio Agustín Maffezini and The Kingdom of Spain Case no. ARB/97/7 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction <http://icsid.worldbank.org> E.T: 03.10.2012

<sup>3</sup> Gabon v. Soci t  Serete S.A. (ICSID Case No. ARB/76/1), <https://icsid.worldbank.org>, E.T: 07.07.2013. Söz konusu tahkim süreci Gabon Cumhuriyeti tarafından, hastanenin doğum servisi biriminin inşasından kaynaklanan uyuşmazlık üzerine



ev sahibi devlet tarafından Merkeze bildirilmiş âkit devletin alt birimi ya da kurumu; diğer tarafını ise ev sahibi devlette yatırım yapan gerçek ya da tüzel kişi oluşturur<sup>4</sup>. Konvansiyon hükümlerinde aksine bir düzenleme olmamakla beraber<sup>5</sup>, şimdiye kadarki uygulamada, hemen hemen daima<sup>6</sup> ev sahibi âkit devletler, “davalı”; diğer âkit devlet vatandaşı yatırımcılar da “davacı” olmuşlardır<sup>7</sup>.

Bir uyuşmazlığın devlet tarafını oluşturan, âkit ev sahibi devletin ya da Merkeze bildirilmiş bir kurumunun tesbitinde bir güçlük yoktur. Konvansiyon 25. madde uygulamasının önemi, Konvansiyon düzenlemesinde aksine bir düzenleme olmamakla birlikte, şimdiye kadarki tahkim süreçlerinde “davacı” olan gerçek ya da tüzel kişinin, Konvansiyon m 25’te yer alan kişi bakımından yetki şartını yerine getirip getirmediği konusunda çıkar. Merkezin yetkisinin tesisinde, “yatırımcı kimliği”, davacının diğer âkit devlet vatandaşı olması şartından daha geniş kapsamlıdır ve salt Konvansiyon 25. maddenin yorumu, yatırımcı kimliğinin açıklanmasında yeterli olmaz. Merkeze başvuru yapan gerçek ve tüzel kişilerin yapılarındaki, geçmişlerindeki çeşitlilik, farklılıklar, uluslararası yatırım hukuku öğretisi ve içtihatlarında tartışmalara yol açmış ve bu da zamanla yatırımcı kimliğinin şekillenmesini sağlamıştır. Örneğin yabancı devlet kurumları ya da yabancı devletin paydaş olduğu tüzel kişi ortaklıklar yatırımcı sayılır mı? Birden çok devletin vatandaşlığını haiz gerçek kişiler Merkeze başvurabilir mi? Diğer âkit devlet vatandaşlığı, tüzel kişilerde nasıl belirlenir? Tüzel kişi ortaklıklarda paydaşlar tek başına Merkeze başvurabilir mi? Diğer âkit devlette kurulu ana şirketle ev sahibi devlette kurulu alt şirket arasındaki ilişkide yatırımcı sıfatı kime aittir? Özellikle, yabancı yatırımcı, ev sahibi devlette şirketleşmiş ise, yatırımcı taraf kimdir? Bu ve buna benzer sorunlar, yatırımcının kimliği konusunu ilgilendirir. ICSID içtihatlarında ve kişi bakımından yetki şartının tartışma konusu olduğu uluslararası hukukun kapsamına giren tüm alanlarda, ortaya çıkan sorunlar hemen hemen daima uyuşmazlığın devlet tarafına değil; yatırımcı tarafına ilişkindir.

başlatılmıştır. Tahkim süreci, tarafların uzlaşması ve talepleri üzerine sonlandırılmıştır. Georgijevic, International Investment Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism: The ICSID Framework, [http://sites.uom.ac.mu/wtochair/index.php?option=com\\_content&view=article&id=54&Itemid=14](http://sites.uom.ac.mu/wtochair/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=14), 2012, s. 5, Laborde, G., agm, s. 100.

<sup>4</sup> Douglas, Z., The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2012, s. 285; Amerasinghe, C.F., Jurisdiction, s. 460.

<sup>5</sup> Konvansiyonun hiçbir hükmünde, yatırımcının davacı olması veya ev sahibi devletin davalı olmasına ilişkin bir düzenleme yoktur. 2013 yılı itibarıyla, âkit devlet ya da alt birimi ya da kurumunun Merkez nezdinde davacı sıfatıyla yer aldığı tahkim süreci sayısı üçtür. Hiçbirisinde de davacı, devletlerarası yatırım andlaşmasına dayanmamıştır. Laborde, G., The Case for Host State Claims in Investment Arbitration, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1 No. 1, Oxford, 2010, s. 102. Akit devlet ya da âkit devletin alt birimi ya da kurumunun davacı olduğu ender kararlarda da, devletin ya da devletin alt birimi ya da kurumunun, ICSID Konvansiyonuna göre davacı olabileceği, Konvansiyonda aksi yönde bir hükmün olmadığı belirtilmiştir. Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3 Yetki Kararında, kanaatimizce çok isabetli bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, yetkinin ana dayanağı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede yer alan tahkim kaydysa, âkit devletin ya da âkit devletin alt birimlerinin ya da kurumlarının davacı olmasında bir engel yoktur. Ancak ICSID tahkiminin dayanağı, yatırımcıya koruma getiren ve yatırımcının devlet aleyhine Merkeze başvuru hakkını düzenleyen, devlete koruma getirmeyen bir devletlerarası bir yatırım andlaşmasıysa, o zaman devletin davacı sıfatından bahsedilemez. Yetki Kararı s. 43, p. 174.

<sup>6</sup> Ev sahibi devlet ya da kurumları tarafından başlatılan tahkim süreçlerine örnek olarak bakınız: Gabon v. Société Serete S.A.; (ICSID Case No. ARB/76/1) Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited (ICSID Case No. ARB/98/8), <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 05.07.2013; Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others (ICSID Case No. ARB/07/3) <http://icsid.worldbank.org>, E.T: 05.07.2013.

<sup>7</sup> Yılmaz, age, s. 84, Schreuer, C. / Malintoppi, L. / Reinisch, A. / Sinclair, A., age, s. 458; Vicuna, F. O., New Issues In the Settlement of Investment Disputes of International Investments, 2008, <http://www.arbitration-icca.org> E.T: 07.07.2013, s. 5; Huiping, C., The Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunal: Approaches, Reasons and Damages, <http://www.csie.org>, E.T: 07.07.2013, s. 21. Akit devlet ya da devletin alt birimi ya da kurumunun davacı olduğu tahkim süreçleri çok az olmakla birlikte, Huiping’in makalesinde yapılan, davalının yabancı yatırımcı olduğu tek bir tahkim süreci olduğu iddiası isabetli değildir.



Merkez tahkiminde taraflar, Merkezin kişi bakımından yetkisi konusunu oluşturur. Dolayısıyla, hakem heyetleri, bir uyuşmazlık hakkında kişi bakımından yetkili olup olmadıklarını hem uyuşmazlık tarafı gerçek veya tüzel kişi hem de uyuşmazlığın diğer tarafı olan ev sahibi devlet açısından yaparlar.

### Sonuç

Konvansiyon m. 25/2 kapsamında, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin tabiiyeti, etkin vatandaşlık kavramı, tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesi, yabancı kontrol düzenlemesine ilişkin yaptığımız incelemelerde, öğretilerdeki tartışmalara ve bu tartışmaların ICSID içtihatlarındaki yansımalarına önemlidir. Kişi bakımından yetki konusunu araştırırken, tartışmaların özellikle paydaşların şirketten ayrı başvuru hakkı ve gerçek yatırımcı kavramı üzerinde olduğunu gördük. Paydaşların şirketten bağımsız başvuru hakkı, ilk olarak ICSID içtihatlarında karşılaşılmış bir sorun değildir. Uluslararası Adalet Divanının Barcelona Traction, ELSI ve Ahmadou Diallo kararlarında da tartışılan paydaşların başvuru hakkı konusu, ICSID içtihatlarında da tartışılmıştır. Paydaşların başvuru hakkının tartışma konusu olduğu ilk içtihatlarda, paydaşların yatırımcı olup olmadığından hareketle çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. Ancak bu yaklaşım, paydaşların yatırımcı şirketten ayrı olarak yatırımcı sıfatına sahip olup olamayacakları, yatırımcı sıfatının bölünebilir olup olmadığı gibi diğer başka soruları da beraberinde getirmiş; paydaşların yatırımcı sıfatından hareketle yapılan incelemeler, sunulan görüşler, çözüme götürmemiştir. Şirketlere bahşedilen kişilik, onların paydaşlardan bağımsız bir teşkilat olarak ticaret hayatında var olmasını, işlem yapmasını ve bu sayede ticaret hayatında daha etkin rol almasını sağlar. Kanaatimizce tüzel kişilik kuramı gereğince paydaşın şirketten bağımsız hareket edememesi sadece ticaret hayatıyla sınırlı olmalıdır.

Son yıllarda, yatırımdan hareketle paydaşların başvuru hakkı incelenmiş; hakem heyetleri, paydaşların yatırımcı sıfatından değil; “pay” kavramından hareketle paydaşın başvuru hakkını incelemiştir. Öğretilerdeki, payın yatırım olduğu; dolayısıyla paydaşın da yatırımcı olduğu görüşü güç kazanmış; payın yani yatırımın sahibi olan paydaşın da ICSID tahkimine başvurusu kabul edilmiştir. Paydaşın, azınlık veya çoğunluk paydaşı olmasının başvuru hakkı konusunda değil; tazminatın miktarı konusunda önemli olduğu kanaatine varılmıştır. Azınlık paydaşların Merkeze başvuru hakkı noktasında uzun tartışmalara yol açan, azınlık paydaşların yatırımcı sıfatına sahip olup olmadığı konusu, azınlık paylarının da yabancı yatırım kalemlerinden olduğu, azınlık paydaşların da başvuru hakkı olduğu, pay oranının ancak tazminat miktarına etki edebileceği şeklinde bir içtihat geliştirilerek sorun büyük çapta çözülmüştür. ICSID tahkiminde gelinen noktada, paydaşların şirketten ayrı başvuru hakkı konusu, mükerrer tazminat sonucuna götürmemesi şartıyla, kabul edilmektedir.

Gerçek yatırımcı konusu oldukça yeni bir konudur. Konvansiyon m. 25/2’deki yetki şartlarının davacı tarafından yerine getirilmesi, fakat Konvansiyon’da, hukukumuzda Medeni Kanun m. 2’deki gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı veya dürüstlük ilkesinin (objektif iyi niyet) yer almaması hakem heyetlerini gerçek yatırımcı konusunda çekimser kalmaya itmiş ve gerçek yatırımcının ev sahibi devlet vatandaşı olduğu aşikâr olmasına rağmen, hakem heyeti, görünürdeki yatırımcının yetki şartlarını sağlayıp sağlamadığını tesbit etmekle yetinmiş; gerçek yatırımcı konusuna ise, tüzel kişilik perdesinin ancak belli şartlarda kaldırılabilmesi, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında, gerçek yatırımcıların başvurularını önlemeye yönelik bir anlaşma olmadığı vs. gibi gerekçelerle, aslında Merkeze başvuru hakkını haiz olmayan gerçek yatırımcının, hukuku dolanmasına ve Konvansiyonun amaçlarına aykırı bir durum oluşturulmasına müsaade etmişlerdir. Tokios Tokeles Kararından Saba Fakes Kararına kadar





hakem heyetlerinin tutumu bu yönde olmuştur. Saba Fakes kararında ise, hakem heyeti gerçek yatırımcı kimliği üzerinde durmuş; görünürdeki yatırımcıyı değil; gerçek yatırımcıyı araştırmıştır. Gerçek yatırımcıya ulaşmak için, evraklar üzerinde derinlemesine bir inceleme yapmış; hatta davacıyı ve onunla bağlantılı kişileri çapraz sorguya almış; sonuçta davacının, gerçek yatırımcının âdeta bir kuklası olduğunu açıklamıştır. Kanaatimizce Saba Fakes tahkiminde, hakem heyetinin tutumu oldukça isabetlidir. Hakem heyeti kendi yetkisini kendisi belirler; ancak Konvansiyonun kendisine verdiği bu yetkiyi kullanırken, Konvansiyonun amaçlarına ters düşmemesi gerekmektedir. Konvansiyonun kesinlikle kapsamı dışında tuttuğu ev sahibi devlet vatandaşlarının ICSID tahkimine başvurusunu, hakem heyetlerinin kabul etmesi, hakem heyetlerinin yetkisini aşması sonucunu doğurur.

### Kaynakça

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara, USAK, 2010.

Acconci, Pia: “Determining the Internationally Relevant Link between a State and Corporate Investor: Recent Trends concerning the Application of the “Genuine Link” Test,” Journal of World Investment and Trade (2004), s. 123 – 149. (Genuine Link)

Acconci, Pia: “Is There Room For Customary Law In International Law On Foreign Investments? The Requirement of Continuous Corporate Nationality in the Loewen Case,” (Çevrimiçi) [http://www.biicl.org/files/954\\_acconci\\_comment\\_on\\_the\\_loewen\\_case\\_may\\_2005.pdf](http://www.biicl.org/files/954_acconci_comment_on_the_loewen_case_may_2005.pdf), E.T: 12.09.2013 (Continuous Nationality)

Akalın, Güneri: Cumhuriyetimizin 85. Yılına Armağan, Atatürk Dönemi Maliye Politikaları, Ankara T.C Maliye Bakanlığı, 2008.

Akduman, Ebru: Milletlerarası Özel Hukukta Hisse Devirleri, İstanbul, Beta, 2010.

Akıntürk, Esen: “Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar,” Uluslararası Hukuk ve Politika, C. VII, S. 27, 2011, s.53-85.

Amerashinghe, Chittharanjan, F.: “Interpretation of Article 25(2)b of the ICSID Convention,” International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity? :Twelfth Sokol Colloquium, ed. Richard B. Lillich / Charles Brower, New York, Transnational Publishers Inc., 1994, s. 223 – 240.

Amerasinghe, Chittharanjan, F.: Jurisdiction of Specific International Tribunals, Lahey, Martinus Nijhoff, 2009.

Amerasinghe, Chittharanjan, F.: Diplomatic Protection, Oxford, Oxford University Press, 2008.

[Andreeva](#), Yulia / Plimpton,

Debevoise: “Is there a limit to the outer limits of ICSID jurisdiction?,” (Çevrimiçi) <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/08/05/is-there-a-limit-to-the-outer-limits-of-icsid-jurisdiction> E. T: 17.07.2013.





## İKALE SÖZLEŞMELERİNİN GELİR VERGİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Dr. Balca ÇELENER**

**Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD**

### **Öz**

İş sözleşmelerinin işçi ve iş veren tarafından karşılıklı olarak sona erdirilmesini konu alan ikale sözleşmeleri, işverence işçiye yapılan belli ödemeleri de ihtiva etmektedir. İşveren tarafından yapılan bu ödemeler şüphesiz olarak işçi nezdinde bir gelir meydana getirecektir. İşçi açısından bu sözleşmeye bağlı olarak ele edilen gelirlerin ne şekilde vergilendirilmeye tabi olacağı ise tartışmalı bir husustur. İşçi tarafından elde edilen bu ödemelerin vergilendirilebilmesi için Gelir Vergisi Kanunu tarafından nitelendirilen yedi gelir unsurundan birine girdiklerinin tespit edilmesi gerekir. Bu sebeple, bu ödemelerin niteliğinin tespiti önem kazanır; özellikle de bir işverene bağlı bir hizmet karşılığı olup olmadıkları değerlendirilmelidir. Bu ödemelerin işten mahrum kalmaya yönelik bir tazminat niteliği olduğu ileri sürülüyorsa, kıdem tazminatı ile farklılaştıkları noktaların da ayrıca değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak nitelendirilmeleri gelir vergisi uygulamasını belirleyecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Gelir, ücret, tazminat, istisna

208

### **A Review Of Mutual Rescission Contracts With Regards To The Income Tax**

#### **Abstract**

Labour contracts can be mutually terminated by the employer and the employee, and such termination agreements called the mutual recession contracts include certain payments in favor of the employee. These payments made within the cadre of the mutual rescission contract will undoubtedly interpreted as an income for the employee. However, it is a controversial matter whether these payments constitute taxable income. As a general rule, in order to tax an income it should be made sure that it has the necessary elements that let it enter into one of seven categories of income as foreseen by the Income Tax Law. For this reason, the determination of the nature of these payments is crucial and it should be examined if those payments are made due to an affiliated relationship between the employer and the employee or these payments are made as an indemnity for deprivation of work. Lastly, the differences of such payments with severance pay should be analyzed before deciding whether they are subject to income tax or not.

**Keywords:** Revenue, salary, indemnities, exoneration



Bu çalışmada işçi ve işveren arasında yapılan bozma sözleşmelerine bağlı olarak yapılan ödemelerin gelir vergisi kapsamında nasıl vergilendirileceği tartışılmaktadır. Bu ödemelerin vergilendirilmesine ilişkin yaklaşım vergi idaresi ve vergi yargısı açısından farklı perspektiflerden değerlendirilmektedir. Çalışmada önce vergi idaresinin konuya ilişkin yaklaşımı, sonra yargının konuya ilişkin yaklaşımı değerlendirilecek ve nihayet güncel mevzuat değişikliklerine bağlı olarak bu şekilde elde edilen gelirlerin Gelir Vergisi Kanunu kapsamında nasıl değerlendirileceği hususuna değinilecektir.

İkale, iş hukuku açısından işçi ve işverenin ortak iradeleri ile iş sözleşmesini sona erdirmek amacıyla kurdukları bir bozma sözleşmesidir. İkale sözleşmeleri İş Kanunu ya da Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmemiş olmakla beraber, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların anlaşarak aralarındaki iş sözleşmesini bozmaları her zaman mümkün kabul edilmektedir. İkale sözleşmelerine iş hukuku uygulamasında epey yaygın olarak başvurulmaktadır zira bu sözleşmeler 4773 sayılı Kanun ile getirilen ve 4857 sayılı İş Kanunu ile uygulamasını bulan iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından kaçınılmasını sağlamaktadır<sup>1</sup>.

İş Kanunu tarafından kendisine tanınan korumadan feragat etme pahasına, işçinin işverenle bu tür bir bozma sözleşmesi imzalaması şüphesiz bu sözleşme sayesinde kendisine tanınacak bazı menfaatler karşılığında olacaktır. İşçiye iş güvencesi ile ilgili hakların tamamının verilmesi söz konusu olmasa da sözleşme gereği belli menfaatlerin sağlanması gerekecektir, zira hayatın olağan akışı içinde işçinin makul bir yararı olmaksızın böyle bir sözleşmeye taraf olması düşünülemez<sup>2</sup>. İkale sözleşmesi ile sağlanan menfaat çoğunlukla bir maddi menfaat olacaktır. Uygulamada, bu sözleşmeler ile işçiye ihbar ve kıdem tazminatları ve kullanılmamış yıllık izin bedelleri hariç bazı ek ödemelerin yapılması söz konusu olmaktadır. Bu ödemeler işçi açısından bir kazanç elde etme sonucunu doğurmaktadır. ne şekilde vergilendirileceği ise idare ve yargı tarafından farklı değerlendirmelere tabi tutulmaktadır.

Bilindiği üzere, bir vergilendirmeden bahsedebilmek için önce o verginin bir kanun ile düzenlenmiş olması gerekir. Vergi borcunun doğumu, ancak bir kanunun açık düzenlemesi ile mümkün olabilecektir. Verginin yasallığı ilkesinin ifade bulduğu Anayasanın 73. maddesi ile birlikte Vergi Usul Kanununun 19. maddesi uyarınca vergi borcu ancak “vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar”.

Gerçek kişilerin gelirlerinin vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlendiği Gelir Vergisi Kanunu gerçek kişilerin, bir takvim yılında elde ettikleri, ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratların gelir vergisine tabi olduklarını belirtmiştir. Buna göre, bir gerçek kişinin elde ettiği gelirin vergilendirilmesi için bu yedi kalem kazanç ve iratın içinde yer alması gerekir. Bu durum verginin yasallığı ilkesinin doğal bir sonucudur<sup>3</sup>.

Buna göre, işveren tarafından işten mahrum kalma nedeniyle işçiye yapılan ödemelerin gelir olarak niteliği ve gelir niteliğini haiz iseler, Gelir Vergisi Kanunu tarafından tanımlanan gelir türlerinden birine

<sup>1</sup> GEREK H. N., “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4, ss:43-58, s.43-44, [http://uvf.ulakbim.gov.tr/uvf/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS&c=ebsco&ano=136022\\_39b9824bf843ef8ac3a91f0228e24b29&?](http://uvf.ulakbim.gov.tr/uvf/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS&c=ebsco&ano=136022_39b9824bf843ef8ac3a91f0228e24b29&?) Erişim Tarihi:29.03.2018

<sup>2</sup> GEREK H. N. s.50.

<sup>3</sup> ÖZGENÇ S., Gelir Vergisi Kanunu Açısından İkale Sözleşmesi, MÜHF –HAD, C.22, S.2, s. 119; ÖNCEL M., KUMRULU A., ÇAĞAN N., (2017), *Vergi Hukuku*, Ankara Turhan Kitapevi, s. 239.



dahil olup olmadığı tespit edilmesi, bu ödemelerin gelir vergisine tabi olup olmayacaklarına belirlemek için öncelikle gereklidir.

Gerçekten de, Vergi Usul Kanunu madde 3 hükmü kapsamında vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelenin gerçek mahiyeti esastır. Ekonomik yaklaşım ilkesi olarak bilinen bu ilke uyarınca, esasen bir işverene bağlı surette ifa edilen faaliyet her ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın, gelir vergisi kapsamında ücret olarak nitelendirilecek ve sadece taraflar ya da tarafların biri bunu farklı bir ad altında tanımladığı için vergilendirilmeden kaçınamayacak; buna karşılık kanun tarafından belirlenen unsurları haiz olmayan bir gelir bu unsurlar uyarınca vergilemeye tabi tutulamayacaktır.

Vergi usul Kanunu madde 3’de ifadesini bulan ekonomik yaklaşım ilkesi gereği, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespit edilmesi ve buna göre vergilendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, GVK tarafından sayılan gelir türlerine girmeyen gelirler, eğer bu türlerin belirgin unsurlarını ve ortak özelliklerini içermiyorlarsa, o türe uygun vergilendirmeye tabi olmayacaklardır. Dolayısıyla, bir gelirin ücret olarak vergilendirilmesi ancak o gelirin gelir vergisi kanunu tarafından ücret gelirine ilişkin olarak belirlenen unsurları taşımasına bağlıdır.

Gelir Vergisi Kanununun “ücret” gelirlerini tarif eden 61. maddesi aşağıdaki gibidir:

Madde 61 – (Değişik: 24/12/1980-2361/43 md.)

Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez.

Bu kanunun uygulanmasında, aşağıda yazılı ödemeler de ücret sayılır.

1. 23 üncü maddenin 11 numaralı bendine göre istisna dışında kalan emeklilik, maluliyet, dul ve yetim aylıkları; 2. Evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler;
3. Türkiye Büyük Millet Meclisi, İl genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;
4. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;
5. (Değişik: 4/12/1985-3239/53 md.) Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;
6. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler.
7. (Ek: 21/3/2018-7103/7 md.) Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar.



Ücret, her ne kadar özel hukukta, kamu hukukunda ve hatta iş hukukunda farklı anlamlara gelebilse de, her ilişkide bir hizmet sözleşmesinin varlığı asıldır ve gelir vergisi açısından da ücret gelirlerinin belirleyici özelliklerinin başında emek ağırlıklı ve bir işverene bağımlı olarak yerine getirilen faaliyetler karşılığında elde edilmeleri gelmektedir<sup>4</sup>.

Gerçekten de, görüldüğü üzere ücret gelirlerini tanımlayan Gelir Vergisi Kanunu madde 61 “Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir” şeklindedir.

Bununla beraber, madde uyarınca bir işverene bağlı olarak ve hizmet karşılığı elde edilen her türlü gelirin, her ne ad altında ödenmiş olursa olsun, ücret olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu şekilde kanun koyucunun her ne ad altında olursa olsun ücret niteliğindeki ödemelerin vergi dışı kalmamasını amaçladığı ortadadır. Zira madde metni ikinci fıkrasında bu hususu kesin bir ifade ile ortaya koymaktadır: “Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez”.

Bazı ödemelerin ise Kanun koyucu tarafından sayılmak suretiyle ücret olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Bu düzenlemenin, unsurları bakımından karışıklığa sebep olabilecek bazı gelirlerin vergilendirilmesi ile ilgili karışıklıkların önlenmesi amacı ile getirildiği şüphesizdir. Gerçekten, ikale sözleşmeleri uyarınca yapılan ödemeler gibi idare ve yargı ve hatta doktrin görüşlerinin çeliştiği gelir türleri söz konusu olagelmıştır. Nitekim, bu sefer de kanunkoyucu ikale sözleşmeleri ile yapılan ödemelerin niteliğini belirleyen son sözü söylemek üzere 21.3.2018 tarihinde 7103 sayılı Kanun ile 7. bent olarak işçi ve işveren arasında yapılan karşılıklı sonlandırma sözleşmeleri uyarınca yapılan ödemeleri eklenmiş bulunmaktadır.

Bu kanun değişikliğini müteakip “hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hizmet erbabına, karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı güvencesi tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar” gelir vergisi açısından ücret olarak sayılacaklar arasında eklenmiştir. Bu ödemelerin vergilendirilmesinin düzenlenmesi kapsamında 7103 sayılı Kanun ile Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesinde değişikli yapılmış ve hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre kanunda belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımların vergiden istisna olduğuna ilişkin hüküm getirilmiştir.

Tazminat ve Yardımlar başlıklı Gelir Vergisi Kanununun 25. maddesi değişiklikten sonra aşağıdaki hali almıştır:

“Aşağıda yer alan tazminat ve yardımlar Gelir Vergisinden müstesnadır:

<sup>4</sup> ÖNCEL M., KUMRULU A., ÇAĞAN N., s. 286.

1. Ölüm engellilik, hastalık ve işsizlik sebepleriyle (işe başlamama tazminatı dahil) verilen tazminat ve yapılan yardımlar,
2. Muhtaç olanlara belli bir süre için veya hayat kaydıyla yapılan yardımlar (Asker ailelerine yapılan yardımlarla hayır derneklerinin ve yardım sandıklarının yardımları mutla olarak bu istisnaya girerler)
3. (Değişik: 26/8/2001-4697/3 md.) Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesinde belirtilen sandıklar tarafından, kendilerine zat aylığı bağlananlara aylıkları dışında, kanunları veya statüleri gereğince verilen emekli, dul, yetim ve evlilik ikramiyeleri veya iade olunan mevduatı ve sürelerini doldurmamış bulunanlarla dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminatlar (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen tazminat, yardım ve toptan ödemeler en yüksek Devlet memuruna çalışılan süreye bağlı olarak ödenen tutardan fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur. Bu mukayesede gerek muhtelif sandıklardan gerek aynı sandıktan muhtelif zamanlarda yapılan ikramiye, tazminat ve toptan ödemeler topluca dikkate alınır.)
4. Hizmet erbabına ödenen çocuk zamları (Bu zamlar Devletçe verilen miktarları aştığı takdirde, fazlası vergiye tabi tutulur.);
5. Evlenme ve doğum münasebetiyle hizmet erbabına yapılan yardımlar (Bu istisna hizmet erbabının iki aylığına veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarına kadar olan yardım kısmına uygulanır.)
6. Sosyal sigorta kurumları tarafından sigortalılara yapılan ödemeler,
7. (Değişik: 21/3/2018-7103/5 md.) a) 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.); b) Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre bu bendin (a) alt bendinde belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar (Bu bendin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.);
8. Genel olarak nafakalar (alanlar için)
9. Yardım sandıkları tarafından statüleri gereğince kendi üyelerine ölüm, engellilik, hastalık, doğum, evlenme gibi sebeplerle yapılan yardımlar
10. (Ek: 4/12/1985-3239/44 md.) Yabancı ülkelerde bulunan sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli, dul, yetim ve evlenme ikramiyeleri veya iade olunan mevduat,sürelerini doldurmamış bulunanlarla, dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminat ve yardımlar.”

Bu kanun değişikliği sonrasında işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi bozmaya yönelik olarak yapılan ikale sözleşmeleri çerçevesinde yapılan ödemeler, ister işçilik alacakları adı altında ister sair adlar altında yapılmış olsun, Gelir Vergisi Kanunu kapsamında “ücret” olarak değerlendirilecek, işçinin ilgili kanun



uyarınca hak ettiği kıdem tazminatına tekabül eden kısmına ilişkin istisna tutarı dikkate alınarak vergilendirilecektir.

Bu kanunu değişikliği öncesine bakarsak, durumun idare ve yargı tarafından farklı şekillerde değerlendirilmekte olduğunu görürüz.

İdarenin başlangıçta ikale sözleşmesi kapsamında yapılan ödemelerin kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı, bu sebeple gelir vergisinden istisna edilemeyeceği ve ücret olarak nitelendirilerek vergilendirileceği görüşünü ileri sürmüştür. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından 3.6.2008 tarihinde verilen 12268 sayılı özelge bu şekildedir<sup>5</sup>:

“..ikale anlaşması kapsamında işçiye yapılan kıdem tazminatı ödemesi, İş Kanunu’nda tanımlanan kıdem tazminatı niteliğinde bir ödeme değildir. Bu sebeple ikale sözleşmesi gereğince ödenen kıdem tazminatının, İş Kanunu hükümlerine göre ödenen kıdem tazminatını gelir vergisinden istisna kabul eden GVK’ nın 25/7. maddesi hükmünden yararlanması ve vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu ödemenin GVK’ nın 61. maddesi gereğince ücret olarak nitelendirilmesi ve tevkifata tabi tutulması gerekir.”<sup>6</sup>

Buna karşın idarenin görüşü Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığının 15.12.2010 tarihli ve 53 sayılı özelgesi ile değişmiştir. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 18.12.2017 tarihli ve 766 sayılı yakın tarihli özelgesi ile de teyit edildiği üzere, idarenin bu yaklaşımı kanun değişikliğine kadar devam eden bu görüş çerçevesinde ikale ile yapılan ödeme işçinin çalışma süresi boyunca yıpranmasına karşılık yapılan kıdem tazminatı mahiyetinde bir ödeme olarak kabul edilmekte ve kıdem tazminatına tekabül eden kısım istisna olacak şekilde gelir vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

213

“Bu açıklamalar çerçevesinde, 1475 sayılı İş Kanununun 14’üncü maddesi kapsamında ödenen kıdem tazminatının, çalışanın geçmişte işverene verdiği hizmet karşılığı yıpranmasının bedeli olarak ödenen bir tazminat niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, tarafların iş sözleşmesini karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sona erdirmesi dolayısıyla, çalışana genellikle o işyerindeki çalışma süresi de dikkate alınarak yapılan ödemenin, aynı mahiyette bir kıdem tazminatını içerdiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla, iş akdinin taraflarca karşılıklı olarak anlaşılacak suretiyle sona erdirilmesi dolayısıyla çalışana ödenmesi öngörülen tutarın; iş akdinin 1475 sayılı Kanununun 14’üncü maddesi uyarınca fesh edilmesi halinde aynı çalışanın hak edeceği kıdem tazminatına tekabül eden kısmının Gelir Vergisi Kanununun 25’inci maddesinin 7’inci bendi uyarınca kıdem tazminatı olarak dikkate alınması ve bu çerçevede söz konusu tutarın gelir vergisinden istisna edilmesi, bu tutarı aşan kısmın ise hangi ad altında ödenmiş olursa olsun gelir vergisine tabi tutulması gerekmektedir.

Buna göre, iş akitleri ikale sözleşmesi ile sona erdirilen çalışanlarınıza bu sözleşme uyarınca yapılacak ödemenin 1475 sayılı Kanununun 14 üncü maddesine göre hesaplanacak kıdem tazminatına tekabül eden

<sup>5</sup> BAYAR E., (2017) İkale Sözleşmesine İstinaden Ödenen Kıdem Tazminatında Gelir Vergisi Kesintisi, *Vergi Sorunları Dergisi*, , 346, 100-103.

<sup>6</sup> BARAK N., BARAK O., (2015) Genel Hukukta yer Bulan İkale/Bozma Sözleşmesine İstinaden Ödenen Kıdem Tazminatları ve Diğer Ödemelerin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu, *Vergi Sorunları Dergisi*, 327, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/genel-hukukta-yer-bulan-ikale---bozma-sozlesmesine-istinaden-odenen-kidem-tazminatlari-ve-diger-odemelerin-vergi-kanunlari-karsisindaki-durumu/8025> , Erişim tarihi:29.03.2018.





kısımının gelir vergisinden istisna edilmesi mümkün bulunmakta olup, bunu aşan kısmın ise ücret olarak gelir vergisi tevkifatına tabi tutulacağı tabiidir.”

İdarenin yaklaşımının yargı tarafından benimsediğini söylemek ise mümkün değildir. Bu konuda Danıştay 4. Daire E. 2014/3676 K. 2016/4376 ve 13.12.2016 tarihli kararı<sup>7</sup> aşağıdaki gibidir:

“... işveren ve işçinin aralarındaki iş akdini bir protokolle sona erdirmesi üzerine işçiye “iş güvencesi tazminatı” adı altında bir ödeme yapılmıştır. Bu tutar üzerinden gelir vergisi stopajı yapılması üzerine mükellef şikayet başvurusunda bulunmuş ve başvuru (zımnen) reddedilmiştir. Başvurunun zımnen reddi işleminin iptaline karşı açılan davada İstanbul 5. Vergi Mahkemesi’nin 26.12.2013 gün ve E. 2013/2099 K. 2013/3025 sayılı kararı “193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesine göre, ücret ve ücret sayılan ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan para ve para ile temsil edilebilen ödemeler olduğu ve ancak ücret ve ücret niteliği taşıyan ödemelerden tevkifat yapılacağı, davaya konu kesintinin ait olduğu tazminat, davacının çalıştığı şirketin işçi azaltma yoluna gitmesi sonucu iş akdinin feshedilmesi sebebiyle yasal bir zorunluluk olmadan davacıya işsiz kalması sebebiyle yardım amaçlı yapılan bir ödeme olduğundan ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğini taşıdığından bahsedilemeyeceği, yapılan kesintide açık bir vergilendirme hatası olduğundan tesis edilen işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle”... (davanın kabulüne karar verilmiştir.)

Danıştay’ın bu kararına göre, yasal zorunluluk olmadığı halde işçiye, iş akdinin feshinden kaynaklanacak mağduriyetinin giderilmesi amacıyla yapılan ödemeler, ücret (ya da kıdem tazminatı) olarak değerlendirilemez. Yüksek mahkeme burada Gelir Vergisi Kanunun ücret gelirine ilişkin tespit ettiği unsurlara sadık kalarak bir değerlendirme yapmış ve ödemenin ücret olarak nitelendirilmesine aykırı hüküm vermiştir<sup>8</sup>.

İkale sözleşmesi kapsamında yapılan ödemelerin elde eden açısından maddi bir kazanç elde ettiği şüphesizdir ancak gelir vergisine tabi olmaları için yeterli değildir. Gelir vergisine tabi olmaları Kanununda sayılan yedi gelir türünden birinin unsurlarını taşımalarına bağlıdır. Yukarıda açıklandığı gibi, hem Anayasa madde 73 hem Vergi Usul Kanunu madde 3 hem de Gelir Vergisi Kanunu madde 2 açısından bu değerlendirmelerin yapılması zorunludur. İkale sözleşmelerine bakıldığında, çoğunlukla yapılan ödemelerin işçinin işverenin talebiyle iş ilişkisinin sona ermesinden kaynaklı zararını ortadan kaldırmaya; bu sebeple oluşacak mağduriyetini gidermeye yönelik bir amacı olduğu görülmektedir. Bu mahiyette yapılan ödemelerin, Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesi uyarınca bir işverene bağlı olarak, hizmet karşılığı bir ödeme olarak adlandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla, ikale sözleşmelerine bağlı olarak yapılan ödemelerin ücret olarak nitelendirilerek gelir vergisi kapsamında değerlendirilemez.

7103 sayılı Kanun değişikliği ile işçi ve işveren arasında yapılan ikale sözleşmelerinin ücret olarak nitelendirilmesi, Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesi tarafından yapılan “ücretin bir hizmet karşılığı” olması ilkesine aykırı bir düzenleme olmuştur. Madde değişikliği yargının bu konudaki yorumunu dikkate almaksızın, idarenin bulunduğu çözüme uygun bir düzenlemeyi tercih etmiştir. Düzenlemenin

<sup>7</sup> Danıştay 4. Daire E. 2014/3676 K. 2016/4376 T.13.12.2016, *Danıştay Dergisi* Yıl: 2017, Sayı:144, s. 276-278.

<sup>8</sup> Benzer yönde verilen kararlar İstanbul 9. Vergi Mahkemesi E. 2014/2682 K. 2015/1512 T. 23.06.2015 ve İstanbul Bölge İdare Mahkemesi E. 2014/9100 K. 2014/13480 için bkz. ÖZGENÇ, s.126-127.



yürürlüğe girmesinden itibaren kanuni olma vasfı kazanılmışsa da, hukuka uygunluğu tartışmaya açıktır. Bu çerçevede, 21.3.2018 tarihi itibarıyla 7103 sayılı Kanun ile ücret olarak tanımlanan bu ödemelerin, daha önceki tarihlerde, idarenin görüşü doğrultusunda gelir vergisi tevkifatına uğramasına ilişkin uyuşmazlıklar karşısında yargının kendi duruşunu koruyacağını ve Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde ikale sözleşmeleri uyarınca yapılan ödemelerin açıkça ücret olarak değerlendirildiğine ilişkin bir ibarenin henüz bulunmadığı dönemlerde yapılan işçinin mağduriyetinin giderilmesine yönelik ödemeleri “ücret” olarak nitelendirmeyeceğini düşünmekteyiz.

#### **Kaynakça**

BARAK N., BARAK O., (2015) Genel Hukukta yer Bulan İkale/Bozma Sözleşmesine İstinaden Ödenen Kıdem Tazminatları ve Diğer Ödemelerin Vergi Kanunları Karşısındaki Durumu, Vergi Sorunları Dergisi, 327.

BAYAR E., (2017) İkale Sözleşmesine İstinaden Ödenen Kıdem Tazminatında Gelir Vergisi Kesintisi, Vergi Sorunları Dergisi, , 346, 100-103.

GEREK Hasan Nuvit, (2011), İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 43-58.

ÖNCEL M., KUMRULU A., ÇAĞAN N., (2017), Vergi Hukuku, Ankara Turhan Kitapevi.

ÖZGENÇ S, Gelir Vergisi Kanunu Açısından İkale Sözleşmesi, MÜHF –HAD, C.22, S.2, 115-130.



## TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SİSTEMİNDE TÜKETİCİLERE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN KAPSAMI

**Dr. Berk Demirkol**

**Galatasaray Üniversitesi**

### **Öz**

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)1 26. maddesi tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı içermektedir. MÖHUK m. 45 ise, tüketici sözleşmelerine ilişkin milletlerarası yetki kuralını düzenlerken 26. maddeye açıkça atıf yaparak bu hükümde tanımlanan tüketici sözleşmeleri için bir milletlerarası yetki kuralı öngörmüştür. Bu nedenle, 26. maddenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Oysa, bu hükmün ilk bendi genel olarak tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabileceğini belirtmekteyken, hükmün ikinci bendi hukuk seçimi yapılmaması durumunda bütün tüketici sözleşmelerinin değil, sadece belli tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuku belirlemektedir. Hükmün dördüncü fıkrasına göre ise, 26. madde taşıma sözleşmelerine uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26'nın kapsamının neye göre tespit edileceği belirlenmelidir. Bu çerçevede m. 45'te m. 26'ya yapılan referansın ilk fıkrası mı, ikinci fıkrası mı dikkate alınarak yapıldığına ilişkin doktrinindeki tartışma ele alınacaktır. Ayrıca bu çalışmada 26. maddenin ilk iki fıkrası arasındaki ilişki, karşılaştırmalı hukuk ve hükmün amacı ele alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** tüketici sözleşmeleri, kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası özel hukuk, milletlerarası usul hukuku, milletlerarası yetki kuralları.

### **Giriş**

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde, MÖHUK m. 26 tüketici sözleşmelerine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı, MÖHUK m. 45 ise tüketici sözleşmelerine ilişkin bir milletlerarası yetki kuralı öngörmektedir. MÖHUK m. 45, hangi tüketici sözleşmeleri için bir yetki kuralı getirdiğini belirlerken MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmelerine atıf yapmıştır. MÖHUK m. 26'nın ise çeşitli fıkralarında, hükmün kapsamına ilişkin farklı belirlemeler yapılmıştır. Bu çalışmanın konusu, söz konusu hükümlerin kapsamının tespit edilmesidir.

MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4) belirleme sayesinde, hukuk seçimi yapılmayan durumlarda, MÖHUK m. 26(2)'de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralının hangi tüketici sözleşmelerine uygulanacağı açıklık kazanabilmektedir. Gerçekten de, MÖHUK m. 26(4), genel bir ifade ile “paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere” bu hükmün uygulanmayacağını belirtmiştir. MÖHUK m. 26(2)'de de, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda, hükümde belirtilen kanunlar ihtilafı

<sup>1</sup>Resmî Gazete Tarih: 4 Aralık 2007, Sayı: 26728.



kuralının uygulama bulabilmesi için üç alternatif hâl<sup>2</sup> sayılmıştır. Bu üç hâlden herhangi birinin gerçekleşmiş olması ve tüketici sözleşmesinin MÖHUK m. 26(4)'te sayılan sözleşmelerden biri olmaması durumunda, MÖHUK m. 26(2)'de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralı uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, taraflar hukuk seçimi yapmamış iseler, tüketici sözleşmesine tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Tüketici sözleşmesinin taraflarının hukuk seçimi yaptığı hâli düzenleyen MÖHUK m. 26(1)'de ise, sadece genel olarak tüketici sözleşmelerine bir atıf yapılmış; bu hükmün kapsamı ile ilgili bir sınırlama getirilmemiştir.

Görülebileceği üzere, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda, hangi tüketici sözleşmelerine MÖHUK m. 26(2)'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması gerektiğinin ayrıca tartışılması gerekmemektedir. Ancak aynı saptama, tarafların hukuk seçimi yapmış olduğu tüketici sözleşmeleri ile ilgili MÖHUK m. 26(1)'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralı ve tüketici sözleşmelerinde milletlerarası yetkili mahkemeyi belirleyen MÖHUK m. 45'teki hükmün kapsamı için söylenemez. Bu çalışmada, bu iki kuralın hangi tüketici sözleşmelerini kapsamına aldığı incelenecektir.

### **I. Tarafların Hukuk Seçimi Yaptığı Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kuralı**

MÖHUK m. 26(1), “[m]eslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabîdir” demektedir.

Bu hüküm ilk olarak tüketici sözleşmelerine ilişkin genel bir tanım yapmıştır. Buna göre, tüketici sözleşmeleri, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik sözleşmelerdir. Bu tanım, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>3</sup> m. 3(1)(k) ve (l)'de tanımlanan “tüketici” ve “tüketici işlemi” kavramlarına uygun bir içeriktedir. Zira, ilgili kanunda “tüketici”, “[t]icari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmış; “tüketici işlemi”nin de, “[m]al veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26(1)'deki tüketici sözleşmesi tanımı herhangi bir sınırlayıcı nitelik taşımamakta; Türk hukuk mevzuatında “tüketici işlemi”nden anlaşılana uygun bir içerik kabul etmektedir.

Dolayısıyla, MÖHUK m. 26(1), her türlü tüketici sözleşmesini kapsamına alan bir lafza sahiptir. Elbette, kanun sistematığına uygun olarak kabul edilebilecek iki sınırlama bulunmaktadır. Bu sınırlamalardan ilki, buradaki tüketici sözleşmesinin yabancılik unsuru taşıması gerektirir; çünkü MÖHUK m. 1(1) uyarınca bu kanunda sadece yabancılik unsuru taşıyan hukukî ilişkilere uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. İkinci sınırlama da, MÖHUK m. 26(4)'te sayılan sözleşme tiplerinin

<sup>2</sup> (a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış olmalı; (b) diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almış olmalı; veya (c) ilişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.

<sup>3</sup> Resmî Gazete Tarih: 28 Kasım 2013, Sayı: 28835.



MÖHUK m. 26 kapsamında değerlendirilmeyeceğini öngören hükümdür. Örneğin, yabancılık unsuru taşıyan bir taşıma sözleşmesine MÖHUK m. 26(1) uygulanmayacaktır. Bu durumda, ilgili sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 24'teki hukuk seçimine ilişkin hükümlere göre belirlenecektir.<sup>4</sup> Türk hukuk doktrininde de, genel olarak, MÖHUK m. 26(1)'in, MÖHUK m. 26(4) kapsamında sayılmayan ve yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, doktrindeki genel kabul edilen görüşe göre, MÖHUK m. 26(1), tüketici sözleşmesinin MÖHUK m. 26(2)'deki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulama bulmaktadır.<sup>5</sup>

İlk bakışta, hükmün lafzına uygun olan bu sonucun tatminkâr olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda, MÖHUK m. 26(1)'deki kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması için ayrıca herhangi bir sınırlama getirilmesine gerek olmayacak; dolayısıyla hükmün kapsamının belirlenmesine ilişkin ayrı bir araştırma yapılmayacaktır. Ancak daha detaylı bir inceleme yapıldığında, özellikle de hükmün sonucu değerlendirildiğinde, bu saptamanın yetersiz olduğu sonucuna varılabilecektir.

MÖHUK m. 26(1)'in lafzına göre, tüketici sözleşmesinde taraflar uygulanacak hukuku belirlediklerinde, tarafların seçtikleri hukuk sözleşmeye uygulanabilecektir. Ancak bu hukukun sözleşmeye uygulanabilmesi için, bu hukukun tüketici lehine getirdiği korumanın, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin getirdiği korumanın altına düşmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26(1), tüketici sözleşmelerine öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun öngördüğü asgarî korumanın uygulanması gerektiği belirtmekte; bunun dışında kalan konularda ise tarafların seçtiği hukukun uygulama bulabileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm, MÖHUK m. 24(1)'de yer alan hukuk seçimi kuralından oldukça farklıdır. MÖHUK m. 24(1)'e göre, taraflar, hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda sözleşmeye hangi hukuk uygulanacak olursa olsun, bu hukukun tüm emredici hükümlerini bertaraf ederek sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit edebileceklerdir.<sup>6</sup>

MÖHUK m. 26(1)'in tüketici sözleşmelerine özgü olarak böyle bir sınırlama getirmesi anlaşılabilir. Gerçekten de, tüketici sözleşmelerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının öngörülme amacı, tüketici ilişkisinin yapısına uygun olarak, bu hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Bu çerçevede, tüketicinin karşısında yer alan sözleşmenin güçlü tarafının sözleşmeyi dilediği hukuka tâbi kılarak çeşitli hukuk düzenlerinde tüketicinin lehine olan korumanın yok edilmesi engellenmeye çalışılmaktadır.<sup>7</sup>

Kanunkoyucunun tüketiciyi koruyan bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmesi ve buna uygun olarak tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin etkilerini sınırlaması yerinde olsa da, MÖHUK m. 26(1) hükmünün uygulanmasının ilginç ve çok da yerinde olmayan bir sonucu olacaktır. MÖHUK m. 26(1)'in kapsamının, eğer MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamından daha geniş olduğu kabul edilirse, MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamına girmeyen bir tüketici sözleşmesi MÖHUK m. 26(1)'in kapsamına girebilecektir. Bu durumda, tüketici sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmadığında, MÖHUK m. 26(2)'nin

<sup>4</sup> Berk Demirkol, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (Vedat, 2. Bası, 2014), 49.

<sup>5</sup> Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat, 6. Bası, 2018), 288; Aysel Çelikel / B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta, 15. Bası, 2017), 408.

<sup>6</sup> Demirkol, 70.

<sup>7</sup> Benzer yönde, bkz Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, 287-288.





uygulanmadığı ve milletlerarası özel hukuk anlamında tüketici koruması almayan bir sözleşmesel ilişki, bu ilişkide hukuk seçimi öngörüldüğünde MÖHUK m. 26(1) sonucu milletlerarası özel hukuk koruması elde edebilecektir. Diğer bir deyişle, bazı tüketici sözleşmeleri açısından uygulanacak hukuk, hukuk seçimi yapılmadığında sözleşmenin MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamına girmemesi nedeniyle MÖHUK m. 24(4)'e göre belirlenecekken, bu sözleşmede hukuk seçimi yapıldığında MÖHUK m. 24(1)'e değil, MÖHUK m. 26(1)'e göre belirlenecektir. Bu durumda, hukuk seçimi yapılmayan—ve MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamına girmeyen—tüketici sözleşmesine tüketicinin karşısındaki tacirin (örneğin satıcının) hukuku uygulanacakken, bu sözleşmede hukuk seçimi yapıldığında, sözleşmeye tüketicinin hukukunun emredici hukuk kuralları uygulanmaya başlayacaktır. Görüleceği üzere, MÖHUK m. 26(1)'in kapsamının, MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamını aşacak derecede yorumlanması çelişkili sonuçlara sebep olmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılması adına, MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamına girmeyen sözleşmelerin tâbi olduğu hukukî rejimin hatırlatılmasında fayda vardır. Bir tüketici sözleşmesi, MÖHUK m. 26(2)'de sayılan üç alternatif durumdan herhangi birinin kapsamına girmiyorsa ve taraflar bu sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerse, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26'de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilemeyecektir. Herhangi başka bir özel sözleşme türüne ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralının da uygulama bulmaması durumunda, bu tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'teki sözleşmelere ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilecektir.<sup>8</sup> Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemeleri nedeniyle, MÖHUK m. 24(4)'teki objektif kural uygulama alanı bulacak ve kural olarak sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun hukuku uygulanacaktır. Bir tüketici sözleşmesinde, karakteristik edim borçlusu tüketicinin karşısında yer alan satıcı, hizmet veren veya sağlayıcıdır (genel ifadeyle: tacir). Zira tüketici sözleşmelerinde, tüketici, ticarî satım yapan veya hizmet veren kişinin karşısında yer almakta ve satılan malı veya yapılan hizmeti bir miktar para karşılığında almaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamında yer almayan tüketici sözleşmelerine, tarafların seçimi olmaması durumunda, tüketicinin karşısında yer alan tacirin hukuku uygulanacaktır.<sup>9</sup>

Tarafların bu sözleşmede hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda—eğer MÖHUK m. 26(1)'in MÖHUK m. 26(2)'den daha geniş bir uygulama alanı olduğu kabul edilirse—taraflar hukuk seçimi yapmasalardı sözleşmeye uygulanmayacak olan tüketicinin mutad mesken hukukunun tüketiciye sağladığı asgarî korumanın uygulanması gerekecektir. Taraflar, hukuk seçimi yapmasalardı MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeye uygulanması gereken hukuku, davanın farklı ülkelerde açılması ve farklı ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarının farklı bir sonuç öngörebileceği sebebiyle, hukuk seçimi yöntemiyle seçmiş de olabilirler. Bir diğer deyişle, MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamına girmeyen bu sözleşmede, taraflar, uygulanacak hukuku tacirin hukuku olarak belirlemiş olabilirler. Eğer MÖHUK m. 26(1)'nin kapsamı, MÖHUK m. 26(2)'den geniş yorumlanırsa, bu ihtimalde tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda sadece tacirin hukuku sözleşmeye uygulanacakken, tarafların sözleşmeye tacirin hukukunun uygulanmasını seçmeleri ihtimalinde, MÖHUK m. 26(1)'in lafzından

<sup>8</sup> Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, 288-289; Çelikel / Erdem, 405 ve 409.

<sup>9</sup> Oysa, bu sözleşme MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamında yer alsaydı, sözleşmeye tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanacaktı.





dolayı, sözleşmeye öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciye sağladığı emredici asgarî koruma uygulanacaktır.

Örneğin, bir Fransız turistin Kapalıçarşı'dan alışveriş yapması durumunda, MÖHUK m. 26(2) uygulama alanı bulmayacak ve bu alışverişe uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) vasıtasıyla tespit edilecektir. Bu durumda, kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukuku olan Türk hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla sözleşmeye uygulanacaktır. Ancak bu Fransız turist ile Kapalıçarşı'daki tacirin yaptığı sözleşmede, sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağı yönünde bir kayıt varsa, bu durumda, bu tüketici sözleşmesinin MÖHUK m. 26(1) kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Taraflar bu örnekte bir tüketici sözleşmesi yapmıştır. Bu tüketici sözleşmesi yabancılik unsuru içermektedir ve MÖHUK m. 26(4)'te belirtilen sözleşmelerden değildir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26(1)'in lafzına göre, MÖHUK m. 26(1)'in uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşmeye MÖHUK m. 26(1) uygulanırsa, hukuk seçimi yapmasalardı sadece Türk hukukunun uygulanacağı sözleşmeye, MÖHUK m. 26(1) gereğince tüketicinin mutad meskeni hukuku olan Fransız hukukunun tüketici lehine sağladığı emredici asgarî koruma uygulanacak; ancak bu hükümlerle çelişmediği sürece Türk hukuku uygulama alanı bulabilecektir.

Gerek yukarıdaki açıklamalar, gerekse de verilen örnek, MÖHUK m. 26(1)'in lafzına uygun olarak kapsamının belirlenmesinin yerinde bir çözüm sunmadığını göstermektedir. Her ne kadar, kanun sistematüğinden, MÖHUK m. 26(2)'de getirilen sınırlamaların sadece hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda uygulanacak kanunlar ihtilafi kuralının uygulanmasına ilişkin olduğu anlaşılrsa da, bu sınırlamaların MÖHUK m. 26(1)'in de uygulama alanını belirlemesi gerekir. Zira, MÖHUK m. 26(1)'in öngördüğü sonuç, yani tarafların hukuk seçimi yapmış olması durumunda bile tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici lehine sağladığı emredici asgarî korumanın—taraflar başka bir hukuk seçmiş olsalar dahi—uygulanması, mantıken hukuk seçimi yapılmamış olduğu durumda sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulandığını öngörmektedir. Hukuk seçimi yapılmayan durumda, sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmadığı durumlarda, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici lehine sağladığı emredici asgarî korumadan bahsedilemiyor olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tarafların hukuk seçimi yaparak sözleşmeyi tüketicinin hukuku dışındaki bir hukuka tâbi tuttuğu durumda, MÖHUK m. 26(1)'deki korumanın devreye girebilmesi için, o sözleşmeye, hukuk seçimi yapılmayan ihtimalde tüketicinin hukukunun uygulanıyor olması gerekir. Eğer hukuk seçimi yapılmayan ihtimalde sözleşmeye tüketicinin hukuku uygulanmıyorsa, hukuk seçimi yapılan durumda da tüketicinin hukukunun sağladığı emredici asgarî korumanın devreye girmesi söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla, eğer tüketici sözleşmesi MÖHUK m. 26(2)'nin kapsamında yer almayan bir sözleşme ise ve tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda bu sözleşmeye zaten tüketicinin hukuku uygulanmıyorsa, bu sözleşmede hukuk seçimi yapıldığında, tüketicinin hukukunun asgarî korumasının saklı tutulmasının bir amacı olmayacaktır.

MÖHUK m. 26(1)'in uygulama alanının MÖHUK m. 26(2)'ye uygun yorumlanması, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde tüketiciye getirilen korumanın ratio legis ile de uyumludur. Milletlerarası özel hukuk, tüketiciyi, tacirin tüketiciye yönelmesi sonucunda korumaktadır.<sup>10</sup> Düzenlemenin ratio legis'inin

<sup>10</sup> Gülin Güngör, 'Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku: "Düşünsel Temeller"' (2008) 57(2) 115, 119.

bu yönde olduğu da, MÖHUK m. 26(2)'deki kuralın uygulama alanına ilişkin getirilen sınırlamalardan anlaşılabilir.<sup>11</sup>

Mehaz düzenleme niteliğindeki 1980 tarihli Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukukla İlgili Avrupa Topluluğu Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu) da, bu çalışmada savunulan görüşü destekleyecek bir yapıya sahiptir. MÖHUK m. 26, büyük ölçüde Roma Konvansiyonu m. 5'teki düzenlemeyi ihtibas etmiştir. Ancak Roma Konvansiyonu m. 5 düzenlemesi Türk hukukuna geçirilirken yapılan ufak değişiklikler, MÖHUK m. 26(1) hükmünün, büyük bir olasılıkla kanunkoyucunun amacını aşacak derecede değişmesine sebebiyet vermiştir. Gerçekten de, Roma Konvansiyonu m. 5(2), tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini düzenlemekte ve MÖHUK m. 26(1)'de olduğu gibi, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici nitelikte tüketici lehine sağladığı asgarî korumanın saklı tutulmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 26(2)'de sayılan üç alternatif hâl, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini düzenleyen hükümde sayılmıştır. Böylece, bu üç alternatif durumdan birine girmeyen tüketici sözleşmelerinde yapılan hukuk seçimine MÖHUK m. 24(1)-(3)'e denk gelen Roma Konvansiyonu m. 3 uygulanacak; bu üç durumdan birinin söz konusu olması durumunda ise, Roma Konvansiyonu m. 5(2) uyarınca, hukuk seçimi uyarınca uygulanacak hukukun, tüketicinin hukukunun tüketici lehine sağladığı asgarî korumayı engellemesine izin verilmeyecektir. MÖHUK m. 26(2)'ye denk gelen Roma Konvansiyonu m. 5(3) ise, hukuk seçimi yapılmayan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilafı kuralı öngörmüştür. Buradaki düzenleme, Roma Konvansiyonu m. 5(2)'deki üç alternatif duruma atıf yapmaktadır. Dolayısıyla, bu hükümdeki tüketici sözleşmelerine özgü kanunlar ihtilafı kuralı da, ancak m. 5(2)'de sayılan üç durumdan birinin söz konusu olması ihtimalinde uygulama alanı bulabilecektir. Bu sayede, Roma Konvansiyonu m. 5(2) ile m. 5(3)'ün uygulama alanına giren tüketici sözleşmelerinde bir paralellik sağlanmış olmaktadır. Bu da, Roma Konvansiyonu m. 5(3)'ün kapsamına girmeyen tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılması durumunda, tüketicinin hukukunun sağladığı asgarî korumanın devreye girip girmediği yönünde bir tartışma yapılmasına gereklilik bırakmamaktadır. Benzer bir düzenleme, 17 Haziran 2008 tarihli 593/2008 numaralı Roma I Tüzüğü m. 6'da da bulunmaktadır.

Sonuç olarak, MÖHUK m. 26(1)'in lafzından net olarak anlaşılmasa da, bu hükmün uygulama alanı MÖHUK m. 26(2)'de öngörülen tüketici sözleşmeleri ile sınırlanmalıdır. Mehaz düzenleme niteliğindeki Roma Konvansiyonu ve bu konvansiyonun yerine geçen Roma I Tüzüğü de bu yorumun yapılmasını kuvvetlendirmektedir.

## II. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklara Özgü Milletlerarası Yetki Kuralı

MÖHUK m. 40, vd.'nda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi düzenlenmektedir. MÖHUK m. 40, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel yetki kuralını öngörürken, m. 41 – m. 46'da çeşitli hukukî ilişkilere özgü milletlerarası yetki kuralları düzenlenmiştir.

Milletlerarası yetki kuralının özel olarak düzenlendiği konulardan biri de tüketici sözleşmeleridir. MÖHUK m. 45'te yer alan yetki kuralına göre, "(1) 26'ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk

<sup>11</sup> Güngör, Düşünsel Temeller, 120.

mahkemeleri yetkilidir. (2) Birinci fıkraya uyarınca yapılan tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir”.

Milletlerarası usul hukukunda, tüketici, aleyhine açılan davalarda kendisine yabancı, bilmediği ve masraflı bir mahkemede kendisini savunmak zorunda kalmasının önüne geçilip doğal hakiminden kendi isteği dışında uzaklaştırılması engellenerek<sup>12</sup> ve tüketicinin açtığı davalarda ise kendi menfaatine en uygun olan yerde dava açabilmesini sağlayacak bir seçim imkanı sunulmuş olarak korunmaya çalışılmaktadır.<sup>13</sup>

Bu hüküm, hukukî ilişkinin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketicinin milletlerarası özel hukukta sadece esasa uygulanacak hukukun tespitinde değil, aynı zamanda davanın açılabilmesi yetkili mahkemenin belirlenmesi çerçevesinde de korunmasını sağlamaktadır. Bu hükümde, bir yandan tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkemeler sınırlandırılmıştır; öte yandan tüketicinin açacağı davalarda geniş bir yetki kuralı öngörülmüştür.

MÖHUK m. 45’in uygulama alanı, “26’ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmeleri” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, yetkili mahkemenin MÖHUK m. 45’e göre belirlenebilmesi için, uyuşmazlığın MÖHUK m. 26’da tanımlanan tüketici sözleşmelerinden çıkmış olması gerekmektedir. Ancak bu çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, MÖHUK m. 26’da, hükmün kapsamına ilişkin dikkate alınabilecek üç hüküm bulunmaktadır. İlk olarak, MÖHUK m. 26(1)’de tüketici sözleşmeleri oldukça genel olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma, Türk iç hukukunda tüketici sözleşmesi olarak kabul edilen tüm sözleşmeler girmektedir. Daha sonra, MÖHUK m. 26(2)’de tüketici sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının sadece çeşitli şartlarda kurulan tüketici sözleşmelerine uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, hükümde üç alternatif durum sayılmıştır. MÖHUK m. 26(2) uyarınca bir tüketici sözleşmesine uygulanacak hukukun, bu hükümdeki kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenebilmesi için, sözleşmenin bu üç durumdan birine girmesi gerekmektedir. Çalışmanın ilk bölümünde yapılan incelemede, MÖHUK m. 26(2)’de öngörülen şartların sadece MÖHUK m. 26(2)’de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralına (tarafın hukuk seçimi yapmaması durumunda tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleyen kural) değil, MÖHUK m. 26(1)’de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralına (tarafın hukuk seçimi yapması durumunda tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleyen kural) da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Üçüncü olarak, MÖHUK m. 26(4), bazı sözleşme tiplerini (özellikle taşıma sözleşmelerini) MÖHUK m. 26 hükmünün kapsamından çıkartmıştır.

Bir önceki paragrafta yapılan bu değerlendirme, MÖHUK m. 45’te yer alan ve MÖHUK m. 26’ya yapılan referansın tartışmaya açık olduğunu göstermektedir. Türk doktrininde genel eğilim MÖHUK m. 45’teki referansın MÖHUK m. 26(1)’e yapıldığı yönündedir.<sup>14</sup> Ancak doktrinde bu görüşün aksine, MÖHUK m. 45’in, MÖHUK m. 26(2)’ye referans yaptığını belirten bir görüş de bulunmaktadır.<sup>15</sup> Bu

<sup>12</sup> Gülin Güngör, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması (Yetkin, 2000), 56-57.

<sup>13</sup> Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' (2014) 63(4) AÜHFD 833, 836.

<sup>14</sup> Bu görüşte, Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, 401-402, dn 144; Sema Çörtoğlu Koca, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri) (Yetkin, 2016), 222.

<sup>15</sup> Gülin Güngör, 'The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure', in Specificitate și complementaritate în dreptul privat european, Conflictele de legiși de jurisdicțieși integrarea juridică europeană (București, 2012), 551 (Çörtoğlu Koca, 221-222’den atfen).

tartışma, tüketici sözleşmesi niteliği taşıyan, ama MÖHUK m. 26(2)'deki alternatif üç durumdan herhangi birini içermeyen tüketici sözleşmelerinde MÖHUK m. 45'te öngörülen milletlerarası yetki kurallarının uygulanıp uygulanmayacağını tespititi açısından önemlidir. Bu nedenle, konunun dikkatli bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

MÖHUK m. 45'in lafzı incelendiğinde, hüküm, 26'ncı maddede yer alan bir tanımdan bahsetmektedir. MÖHUK m. 26'da yer alan tüketici sözleşmesi tanımı, ilk fıkrada bulunmaktadır. MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4)'teki sınırlamalar, tüketici sözleşmesine ilişkin ayrı "tanım"lar öngörülerek yapılmamıştır. Bu hükümlerde sadece kapsama ilişkin çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. MÖHUK m. 45 hükmünün lafzına ilişkin bir değerlendirme yapıldığında, bahsedilen tanımın MÖHUK m. 26(1)'de yer aldığı ve dolayısıyla MÖHUK m. 45'ün tüm tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkemeleri düzenlediği düşünülebilir.

Öte yandan, MÖHUK m. 45'in, özellikle MÖHUK m. 26(1)'deki tanıma bir referans yapması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Gerçekten de, MÖHUK m. 45, herhangi bir belirleme yapmadan, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili milletlerarası yetki kurallarını düzenlediğini belirtse idi, aynı sonuca ulaşılabilirdi. Üstelik tüketici sözleşmelerine ilişkin genel bir tanım verilmek isteniyorsa, böyle bir tanım Türk hukuk mevzuatında zaten bulunmaktadır (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3(1)(k)). MÖHUK m. 26(1)'deki tanım, Türk hukuk mevzuatında yer alan tanımın oldukça basitleştirilmiş bir hâlidir. Bu açıdan aslında bir "tanım" niteliğinde olmadığı bile söylenebilir. Bu nedenle, kanunkoyucu, tüketici sözleşmelerine ilişkin bir genel bir atıf yapmak istiyorsa, bunu mevzuattaki tanım yerine MÖHUK m. 26(1)'deki "tanım"a bir referans yaparak gerçekleştirmesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

MÖHUK m. 45'te, özellikle MÖHUK m. 26'ya bir referans yapılmasının sebebi, olsa olsa MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4)'teki sınırlamaların MÖHUK m. 45'te de uygulanmak istenmesi olabilir. Aksi hâlde, MÖHUK m. 45'te yapılan referansın hiçbir anlamı olmayacaktır. MÖHUK m. 45'in bu şekilde yorumlanması, yapılan referansın anlam kazanması adına önemli olsa da, elbette MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4)'ün aslında bir tanım içermemesi, ancak hükümdeki referansın bir tanıma yapıldığı şeklinde eleştiriye açıktır. Ancak, MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4)'ün kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri, Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde, esasa uygulanacak kurallar açısından milletlerarası özel hukuk korumasını elde edemeyecek sözleşme türleridir. MÖHUK m. 45, mevzuattaki tanım yerine MÖHUK m. 26'daki tüketici sözleşmesi tanımına atıf yaparak, milletlerarası özel hukuk koruması elde edebilecek tüketici sözleşmelerini, diğer tüketici sözleşmelerinden ayırmıştır. MÖHUK m. 45'in tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak kanun içinde bir referans yapması da, MÖHUK m. 26 çerçevesinde tüketicinin korunduğu tüketici sözleşmelerine bir referans yapıldığını göstermektedir.

Yapılan bu teorik açıklama, işlevsel açıdan da desteklenebilir. Yukarıda verilen örneğe benzer olarak, bu sefer bir Türk turistin Paris'te bir çanta dükkanından alışveriş yaptığı düşünülürse, bu örnekteki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar MÖHUK m. 45'in öngördüğü milletlerarası yetki kurallarına göre çözülecektir. Buna göre, tüketici, çanta dükkanına karşı kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesinin olduğu Türk mahkemelerinde dava açabilecektir. Oysa bu sonuç, ilişkinin ekonomik yapısına uygun olmayan bir sonuçtur. Söz konusu çanta dükkanından Paris'e gelen herhangi bir turist alışveriş yapabilir. Çantayı alan tüketicinin kendi yerleşim yerinde bu işletmeye karşı dava açabilmesi, yapılan işlemle ilgisiz bir



sonuç doğurmaktadır. Bu çanta dükkanı, kendi çantalarının satılması için, turistin bulunduğu ülkede tanıtım yapsa ve turistleri davet üzerine getirirse, bu durumda yetkinin MÖHUK m. 45'teki kurala göre kurulması hakkaniyetli olabilir. Ancak, MÖHUK m. 26(2)'de yer alan alternatif üç durumdan herhangi birinin gerçekleşmemiş olması durumunda, MÖHUK m. 45'in uygulama alanı bulması milletlerarası özel hukuk adaletine ve amacına uygun olmayan bir sonuca sebebiyet verecektir. Milletlerarası özel hukuk, tüketicileri, ancak tacirin tüketiciye yöneldiği durumlarda korumayı amaçlamıştır. Tacirin tüketiciye yönelmediği durumlarda, tüketicilere ilişkin milletlerarası usul hukuku kurallarının (milletlerarası yetki kurallarının) da uygulanması pek yerinde olmayacaktır. Bu örnekteki hukukî ilişki, nasıl ki MÖHUK m. 26(2)—ve bu çalışmada savunulan görüşe göre MÖHUK m. 26(1)—altında milletlerarası özel hukuk korumasını elde etmemektedir, ilişkinin MÖHUK m. 45 altında milletlerarası usul hukuku koruması elde etmesi için de bir sebep bulunmayacaktır. Böyle bir dava, milletlerarası yetkiye ilişkin genel hükümlere göre açılmalıdır.

### **Sonuç**

Bu çalışma, MÖHUK m. 26(1)'deki kanunlar ihtilafı kuralının ve MÖHUK m. 45'teki milletlerarası yetki kurallarının uygulama alanının MÖHUK m. 26(2) ve MÖHUK m. 26(4)'teki sınırlamalara paralel olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Gerek MÖHUK m. 26(1)'in, gerekse de MÖHUK m. 45'in lafzı farklı bir sonucun benimsenmesini gerektirebilecek şekilde yorumlanabilirse de, bu hükümlerin işlevleri göz önüne alındığında, bu sonucun kaçınılmaz olduğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, daha adil olan ve kanunun mehz düzenlemesine uygun olan çözüm yöntemi, MÖHUK m. 26'da öngörülen tüketici sözleşmelerine ilişkin düzenlemenin kapsamının, MÖHUK m. 26(2) ve m. 26(4)'teki sınırlamalara göre belirlenmesidir. MÖHUK m. 45 de, bu sınırlamalar çerçevesinde MÖHUK m. 26'ya atıf yapmış olmaktadır. Daha mantıklı ve adil çözümün uygulanabilmesi adına, bu tespitin daha açık olarak ifade edildiği bir kuralın öngörülmesi ve bunun için de bir kanun değişikliği yapılması faydalı olabilecektir.





## MİRASÇILIK BELGESİNİN VERİLMESİ

**Dr.Ömer Ergün**

**Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### Öz

Mirasçılık belgesinin verilmesi işlemleri Medin Kanunda (m.598) düzenlenmiş bir konudur. Ancak 2011 yılında noterlik kanununda yapılan değişiklikle noterlerinde mirasçılık belgesi verebilmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Nitekim 6217 sayılı 'Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle Noterlik Kanunu'na 71/A, 71/B ve 71/C maddeleri eklendi. 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren bu değişikliklere göre, noterlerde mirasçılık belgesi verebilecektir. Ancak mirasçılık belgesi isteyenler arasında yabancı uyruklu bir kimsenin bulunması durumunda, noterler mirasçılık belgesi veremez. Bu çalışmada mirasçılık belgesinin mahkemelerce ve noterlerce verilmesine ilişkin düzenlemeler incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Miras, Muris, Mirasçılar, Mirasçılık Belgesi, Noter.

### Abstract

The process of granting the inheritance document is a matter which is regulated in the Medin Kan (p. However, in 2011, an amendment was made in the notary law to make it possible to issue a certificate of inheritance in the notary public. As a matter of fact, the Article 71 / A, 71 / B and 71 / C of the Notary Law was added to Article 14 of Law No. 6217 on the Amendment of Some Laws in order to speed up the judicial services. According to these amendments, which took effect on October 1, 2011, the notary public will be able to issue a certificate of inheritance. However, if a person with a foreign nationality is found among those seeking a certificate of inheritance, the notary can not issue a certificate of inheritance. In this study, the regulations regarding the granting of the heirship to the court and the notary public were examined.

**Keywords:** Heritage, Muris, Inheritors, Heritage Document, Notary.

### Giriş

Hukuk kuralları bireyin bütün hayatını düzenleyen toplumsal düzenleyici kurallardır. Dolayısıyla kişinin yaşamı süresince bekleliğinden yaşamını sona erdirene kadar ki yaşam süresinde hukuk kurallarının yaşamı düzenleme durumu söz konusudur. Bu durum kişinin ölümünden sonra geriye kalan terekesinin paylaşımı ve intikali açısından da geçerli olan bir durumdur. Yani aslında hukuk bireyin sağlığında yapmış olduğu işlemlerin geçerliliğini/geçersizliğini düzenlediği gibi, ölümünden sonrada geriye bırakmış olduğu menkul-gayrimenkul mallar, haklar, borçlar ve alacaklarına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Hukuk literatürü içerisinde bunlar sağlar arası işlemler ve ölüme bağlı işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişinin öldükten sonraki malvarlığı ve bunların intikaline ilişkin konuları Medeni hukukun bir alt branşı olan miras hukuku düzenlemektedir. Mirasçılık belgesinin verilmesi işlemleri de Medin Kanunda (m.598) düzenlenmiş bir konudur. Ancak 2011 yılında noterlik kanununda yapılan





değişiklikle noterlerinde mirasçılık belgesi verebilmesine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Nitekim 6217 sayılı 'Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle Noterlik Kanunu'na 71/A, 71/B ve 71/C maddeleri eklendi.1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren bu değişikliklere göre, noterlerde mirasçılık belgesi verilebilir. Ancak mirasçılık belgesi isteyenler arasında yabancı uyruklu bir kimsenin bulunması durumunda, noterler mirasçılık belgesi veremez.

### **I-Mirasçılık Belgesinin Tanımı Ve Verilmesi**

Mahkemelerden veya noterlerden alınan ve bir kimsenin mirasçı olduğuna ilişkin hükmü içeren belgeler, bir başka deyişle mirasçıların miras bırakanla neseb bağı olduğunu ve miras paylarını gösteren belge, mirasçılık belgesi veya eski deyimle veraset belgesi olarak adlandırılmaktadır.

Mirasçılık belgesini vermeye yetkili olan iki kurum söz konusudur. Kişi ya mahkemelere müracaat ederek mahkemelerden alacağı bir karar ile mirasçılık belgesine sahip olabileceği gibi, noterlere müracaat ederek te noterlerden de mirasçılık belgesi alabilir.

### **A-Mahkeme Tarafından**

Hukuk Muhakemeleri kanununa göre mirasçılık belgesinin verilmesi işleminin çekişmesiz bir yargı ile halledileceğini ve görevli mahkeme olarak ta sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği ifade edilmektedir (HMK m.382). Mirasçılık belgesini talep eden kimsenin bulunduğu ikametgahı sulh hukuk mahkemesinde açacağı mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin dava ile mahkemeden talep edilir. Mahkemede dava açıldığında özellikle aile bilgilerini içeren aile nüfus belgesinin ve ilgili kişinin nüfus bilgilerinin bulunması yeterlidir. Mahkeme gerekli gördüğü takdirde nüfus müdürlüğünden ilgili kişiye ait gerekli bilgileri resen talep eder.<sup>16</sup>

Mirasçılık belgesi verilmesi işleminin çekişmesiz yargının görev alanı içerisine girdiği HMK'da açıkça ifade edilmektedir (HMK m.382). Eğer mirasın mirasçısı olmasına rağmen, mirasçılık belgesinde mirasçılar arasında gösterilmemişse, mahkemenin vermiş olduğu mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesinin verilmesi için dava açabilir (HMK m.11/3). Bu durumda çekişmesiz yargıda verilmiş olan mirasçılık belgesi kararı açılan bu davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacağı ifade edilmektedir (MK m.598/III). Zira MK 598 'de mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği için, eğer bir dava açılmış ise ilgili kararın bu davanın görüşülmesine engel olmadığı anlamı çıkmaktadır. Nitekim kimi yazarlar özellikle çekişmesiz yargı kararlarının şekil bakımından kesinleşmiş olsalar bile maddi hukuk açısından kesin hüküm oluşturmayacağını ifade etmektedirler<sup>17</sup>.

Ayrıca kimi yazarlar MK'nın (m.598/III) mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği ifade edildiği için bu kararın klasik anlamda bir ilam olamayacağını ifade etmişlerdir. Nitekim ilam kavramının çekişmesiz yargıya ilişkin olduğunu ve çekişmesiz yargıda kullanılmayacağını özellikle belirtmektedirler<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi, omerergun21@gmail.com

<sup>17</sup> Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, Fakülteler Matbaası, 5.cilt, İstanbul 1984, s.421-423

<sup>18</sup> Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul 2015, s. 216



Mahkemenin vermiş olduğu kararlar aksi ispat edilene kadar geçerlidir. Çekişmesiz yargıda verilen kararların, gerçeğe aykırı ve yanlış olması durumunda kararı veren mahkemece değiştirilmeleri mümkündür. Ayrıca bu kararlar belirli bir olayın tesbiti niteliğinde olduğundan, çekişmeli yargılamanın yapıldığı mahkemeleri bağlamayacağı ifade edilmiştir.

Mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin dava da yetkili mahkeme belgeyi isteyen kimsenin ikametgahı mahkemesidir. Ancak Türkiye nin herhangi bir yerinde mirasçılık belgesinin çıkarılması için dava açılması mümkündür.

Mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin davalar kural olarak hasımsız açılmakta ve çekişmesiz yargı yolu ile çözüme ulaştırılmaktadır, çekişmesiz yargıda görülmektedir. Ancak hukuksal bir faydanın olması durumunda, uyuşmazlık çıkararak kimseler hasım gösterilerek, mirasçılara karşı dava açılarak mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin bir dava açılmış ise elbetteki bu bir çekişmeli yargı olacaktır. Ayrıca Yargıtay duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karar verilmeyeceğini ifade etmektedir<sup>19</sup>.

### **B-Noterler Vasıtasıyla Mirasçılık Belgesinin Verilmesi**

2011 yılında 6217 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile (m.14), sulh hukuk mahkemeleri tarafından verilen mirasçılık belgelerinin, noterler tarafından da verilebileceği düzenlenmiştir. Nitekim Noterlik kanununun 71.maddesine A-B-C ekleri yapılmıştır. Ayrıca ilgili maddelerin uygulamalarını gösteren bir yönetmelik çıkarılmıştır<sup>20</sup>.

NK m.71'de 31.03.2011 tarihinde yapılan değişik ile eskiden sulh mahkemelerinden alınan mirasçılık belgesi verme yetkisi noterlere de verilmiş oldu (m.71/A).

Murisin ölümü üzerine mirasçılık belgesi almak isteyen kişi, mahkemelerden bunu almak istemiyorsa bir seçenek olarak, yukarıda ifade edildiği üzere, NK izni gereği noterlere başvurarak ta bu belgeyi alabilirler (m.71/A).

NK m.71/B'de noterlerin bu işlemi bizzat kendilerinin yapması gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte eğer noter stajyerleri ve noterlikte çalışan imza yetkisi olan hukuk fakültesi bir çalışanı varsa bu kimseler tarafında yapılması mümkündür.

Noter başvuru üzerine ilgili kişinin nüfus kayıtlarını inceleyerek yasal mirasçı olup olmadığına bakılır. Kişinin mirasçı olup olmadığı nüfus müdürlüklerinden alınan nüfus kayıt örnekleri ile belirlenebileceği gibi, elektronik ortamda noter tarafından temin edilen kayıtlar ile de olabilir. Noter nüfus bilgilerini elektronik ortamda temin edemiyorsa bunları yazılı olarakta nüfus müdürlüğünden istemesi mümkündür.

Noter, ilgili kimsenin gerek nüfus müdürlüğünden onaylı nüfus kayıt örnekleri gereksede noterin ilgilinin başvurusu üzerine elektronik ortamda elde ettiği nüfus kayıtları veya bunun mümkün olmaması

<sup>19</sup> Yargıtay vermiş olduğu bir kararında duruşma yapılmadan karar verilemeyeceğini ifade etmektedir ; “Kanunlarımızda ister hasımlı isterse hasımsız olarak açılın mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda duruşma yapılmaksızın, evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Az yukarıda açıklanan hukuksal olgular gözetildiğinde somut olayda duruşma yapılmaksızın karar verilemeyeceği kuşkusuzdur.” YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ E. 2011/5944 K. 2012/1103 T. 23.2.2012

<sup>20</sup> Mirasçılık Belgesi Verilmesi Ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 04.10.2011 Resmi Gazete Sayısı: 28074



durumunda ilgili nüfus kayıtlarının yazı ile nüfus müdürlüğünden istenmesi durumunda kendisine gelen nüfus kayıtlarına göre, yasal mirasçı olduğunun belirlenmesi üzerine, miras paylarını gösterir bir mirasçılık belgesi verilir (Mirasçılık Belgesi Verilmesine ilişkin Yönetmelik m. 4).

Ancak bazı durumlarda noterler mirasçılık belgesi veremezler; Notere sunulan nüfus kayıtlarının veya noter tarafından elektronik ortamda veya yazı ile temin edilen belgelerin mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması durumunda mirasçılık belgesi verilemez.

Yine, yabancı uyruklu bir vatandaş tarafından mirasçılık belgesi istenmesi durumunda da noterler mirasçılık belgesi düzenleyemezler.

Ayrıca, mirasçılık belgesi verilmesi bir yargılamayı gerektiriyorsa, mesela mirasçılık belgesi verilmesi bilirkişi incelemesini gerektiriyorsa veya tanık dinletilmesini gerektirmesi durumunda, talebin yabancılik unsuru taşıması durumunda, noterler mirasçılık belgesi veremez (Mirasçılık Belgesi Verilmesine ilişkin Yönetmelik m. 5).

Mahkemeler bir karar verdiğinde eğer menfaatinin ihlal edildiğini veya yanlış karar verildiğini iddia eden kimse bunu bir üst mahkemeye itiraz ederek temyiz edebilir. İşte mirasçılık belgesini noterden talep eden bir mirasçı eğer hakkının ihlal edildiğini iddia ediyorsa Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre sulh mahkemesine itirazda bulunabilir.

Noterin vermiş olduğu mirasçılık belgesine itiraz üzerine sulh mahkemesinin vermiş olduğu kararın bir sureti öncelikle mirasçılık belgesini veren noterliğe ve Türkiye Noterler Birliğine bildirilir (Yönetmelik m. 6).

## **II-Mirasçılık Belgesinin Geçerliliği**

Mirasçılık belgesi murisin mirasçılarının başvurusu üzerine yasal mirasçı oldukları belirlenenlere mahkemelerden veya noterlik kanunundaki değişiklik ile noterler tarafından mirasçı olduklarını gösteren bir belge verilir.

Türk hukuk sisteminde mirasçılık iki biçimde söz konusu olmaktadır. Öncelikle ölen kişinin çocukları, anne-babası, kardeşleri ve büyük baba-annesi ve alt soyu ve her bir zümreyle birlikte eşi yasal mirasçı olarak ifade edilmektedir. İkinci olarak ta, mirasçı atama yolu ile veya vasiyet düzenleyerek de ölüme bağlı tasarruflar ile mirasçı belirlenmesi durumu söz konusudur.

Yasal mirasçılıkta bir öncelik sırası söz konusudur. Yasal mirasçılığın belirlenmesinde doktrinde kabul edilen görüşe göre zümre sistemi geçerlidir ve miras, mirasçılık zümre sistemine göre belirlenmektedir.

Üç tane zümre söz konusudur. Birinci zümreyi çocuklar ve onlardan üreyenler oluşturmaktadır. İkinci zümre, eğer birinci zümrede hiç kimse yok ise, yani muris çocuk bırakmaksızın ölmüş ise, mirasçılar anne-baba, bunların ölümü halinde de anne-baba dan üreyenler ikinci zümre mirasçılarıdır. Üçüncü zümre ise, birinci ve ikinci zümrede hiçbir kimsenin bulunmaması durumunda söz konusu olur ve büyük anne-babalardan oluşan bir guruptur.

Her üç zümrede de mirasçıların bulunmaması durumunda, mirasçısı olamayanın mirasçısı devlettir kuralı gereği, devlet yasal mirasçı olmaktadır (MK m. 501).



Bütün bunların yanında yasal mirasçı olarak her üç zümreyle birlikte miras oranları değişsede eşte yasal mirasçıdır (MK m.499).

Yine evlatlık sözleşmesi ile evlat edinilmiş olan kimsede muris öldüğünde yasal mirasçı olarak kanunda düzenlenmiştir. Evlatlığın mirasçılığında evlatlık ve alt soyu evlat edinene yasal mirasçı olarak mirasçılardır. Yalnız evlatlık ve alt soyu kendisini evlat edinenlere mirasçı olabilmelerine rağmen, evlat edinen kimseler evlatlık ve alt soyuna mirasçı olamazlar (MK m.500).

Yasal mirasçılar her zaman sulh mahkemesine veya notere başvurarak mirasçılık belgesini isteyebilirler.

Yukarıda belirtilen yasal mirasçıların dışında murisin kendi iradesi ile belirlemiş olduğu atanmış mirasçılar veya vasiyet alacaklısı olan kimselerde söz konusudur. Bunlarda yapılan bir ölüme bağlı tasarruf ile mirasçı atanmaktadır. İşte bu kimseler, mirasçı atamaya ilişkin tasarruf veya vasiyet alacaklısı olduğuna ilişkin ölüme bağlı tasarruf kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, kendi lehine tasarrufta bulunulan kimseye atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduklarını gösteren bir belge verilir.

Her iki durumda da verilen mirasçılık belgesi veya atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduklarını gösteren belgenin geçersizliği her zaman ileri sürülebilir (MK m.598). İlamda herhangi bir yanlışlık varsa mirasçılardan herhangi biri veraset ilamının iptali davası açabilir.

#### **IV-Mirasçılık Belgesi Verilmesine İlişkin Özel Durumlar**

##### **A-Mirasçılıktan çıkarılan bir kimsenin mirasçılık belgesi alması**

Mirasçılıktan çıkarılma kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, muris saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir (MK m. 510). Eğer saklı paylı mirasçılar miras bırakana karşı ağır bir suç işlerse veya miras bırakana veya miras bırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine önemli ölçüde yerine getirmezlerse, murisin yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile mirasçılıktan çıkarılmaları mümkündür (MK m. 510).

Murisin iradesiyle mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı bir mirasçının, murisin ölümünden sonra mirasçı olduğuna ilişkin, mirasçılık belgesi alması mümkün değildir. Zira Medeni Kanunda, mirasçılıktan çıkarılan bir kimsenin mirastan pay alamayacağı gibi, tenkis davasını da açamayacağı ifade edilmektedir (MK m.511).

Muris yaptığı ölüme bağlı bir tasarruf ile saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarırsa, çıkarma sebebinin ölüme bağlı tasarrufta açıkça belirtmesi lazım, belirtmemesi durumunda işlem geçerli bir işlem olarak hüküm ifade eder.

Muris eğer çıkarma nedenini belirtmemişse, saklı paylı mirasçının itirazı üzerine, çıkarma nedeninin ispatı mirasçılara yüklenmiştir (MK m. 512).

Ancak şu durumda belirtmemiz gerekir, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirasçılığı, muris tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufun, eğer iptali için mirasçı tarafından bir dava açılmış ise, bu davanın kesinleşmesi ile mümkün olacaktır.

##### **B-Mirasçı Atanmasında ve Belirli Mal Bırakmada Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi**



Mirasçı atama, miras bırakanın mirasın tamamı veya belirli bir oranı için bir veya birden fazla kimseyi mirasçı olarak ataması durumunda söz konusu olan bir durumdur (MK m. 516).

Mirasçı atanması durumunda, atanan mirasçı terekinin külli halefi olacağından atanan mirasçı için, mahkemeye müracaat etmesi durumunda atanmış mirasçılık belgesi vermesi gerekmektedir. Zira mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin MK'da yapılan düzenlemede, yasal mirasçı oldukları belirlenenlere, sulh mahkemesince mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belgenin verileceğini belirtmektedir (MK m.598).

Nitekim ikinci fıkrada da açıkça atanmış mirasçılara atanmış mirasçı olduklarını gösteren bir belgenin verileceğini belirtmiştir (MK m.598/II).

Belirli mal bırakma ise, muris bir kimseye ona mirasçı atamaksızın belli bir mal bırakması durumunda söz konusu olmaktadır.

Belirli mal bırakma, murisin yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile terekedeki bir malın mülkiyetinin devri şeklinde olabileceği gibi, bu mallar üzerindeki intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabilir. Yine bir edimin yerine getirilmesi, bir iradın bağlanması veya borçtan kurtarılması şeklinde de olabilir (MK m. 517/II).

Belirli mal bırakılmasına ilişkin işleme kanuni mirasçıların 1 ay içerisinde itiraz etme hakları söz konusudur. İtiraz etmedikleri takdirde, sulh mahkemesince kendisine ölüme bağlı tasarruf ile mal bırakılan kişiler, vasiyet alacaklısı olduklarına ilişkin bir belgenin kendilerine verilmelerini isteyebilirler (MK m. 517/II son cümle). Ancak bu belgenin verilebilmesi için vasiyetnamenin kesinleşmiş olması gerekir.

### **C-Mirasın Reddi Halinde Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi**

Miras bir bütün halinde kendiliğinden mirasçılara geçer ancak mirasçıların geçen bu miras üzerindeki haklarını istememeleri durumunda reddetme hakkına sahiptirler. Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. Mirasın reddi açıkça mirası reddettiğine ilişkin bir işlem ile mirası reddedebilir.

Yine, muris öldüğünde miras bırakanın ödemedi aczi açık bir şekilde belli ise veya bu durum yargı kararlarıyla resmen belirlenmiş ise, bu durumların varlığı halinde miras reddedilmiş sayılır (MK m. 605).

Miras üç ay içerisinde reddedilebilir (MK m. 606), eğer mirası reddetmeden mirasçı ölmüş ise, ret hakkı ölen kimsenin mirasçılara geçer.

Mirası reddetmek isteyen mirasçılar, bu iradelerini sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla bildirme zorunluluğu vardır. Sulh hakimi bu amaçla gelen mirasçıların mirası reddine ilişkin beyanlarını bir tutanakla belirler. Süresi içerisinde yapılmış olan red beyanı, mirasın açıldığı yerdeki sulh hukuk mahkemelerinde tutulan özel kütüğe yazılır. İşte mirasçı isterse mirası reddettiğine ilişkin bir belge verilmesini isteyebilir (MK m.609).

### **D-Yabancılar Mirasçılık Belgesi Verilmesi**

Artık ülkemizde birçok yabancı yaşamaktadır. Bunlardan bazılarının taşınmazları da bulunmaktadır. Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.



(MÖHUK m.20 ) Yabancı mirasçılık belgesi istemesi halinde kendi maddi hukukunun araştırılıp sonucu uyarınca belge düzenlenecektir. Esasen bu yargılama yapılmasını da gerektirecektir. Taşınmazın Türkiye de olması Türk Medeni Kanununun mirasa ilişkin hükümlerinin uygulanacağı anlamını taşımaz. İsteğe bulunanın yabancı olması halinde de noter mirasçılık belgesi veremeyecektir.

Sonuç

Hukuk ile birey arasındaki ilişki sadece yaşam boyu değil öldükten sonra da devam etmektedir. Bir malvarlığı (alacaklar veya borçlara) sahip olan bireyin öldükten sonra malvarlığının mirasçılara dağıtılması Miras Hukuku'nun konusunu oluşturmaktadır. Murisin ölümüyle mirasçılarının kimler olacağını mahkeme kararı ile ifade edilmesi mirasçılık belgesi ile olmaktadır.

İşte murisin ölümünden sonra geride kalan mirasçılar belirleyen bu evraka [mirasçılık belgesi](#) ya da veraset ilamı denir. Veraset ilamının ne şekilde ve kimler tarafından düzenleneceği öncelikli olarak 4721 Sayılı Medeni Kanun'un 598. Maddesinde düzenlenmiştir, veraset ilamını sadece Sulh Hukuk Mahkemeleri düzenlemekteydi. 2011 yılında yapılan kanun değişikliğinden sonra artık noterlerde veraset ilamı düzenlemeye yetkili kurumlar olarak gösterilmiştir.

Mirasçılık belgesi, mirasçılara sulh hukuk mahkemeleri veya noterler tarafından verilen mirasçı olduklarını gösterir belgeye denir. Veraset ilamı için mirasçı bizzat veya avukatı vasıtasıyla başvuru yapabilir. Kanun burada noterler ve mahkemeler arasında bir ayırım yapmamıştır. Kişi her iki kurumdan birine başvuru yapabilir. Ancak pratikte ortaya çıkmış ufak bir iş bölümü mevcuttur. Buna göre mirasçılar arasında yabancılık unsuru var ise yani mirasçılar arasında TC vatandaşı olmayan kimse mevcut ise burada noterler veraset ilamı vermemektedir.

Mirasçılık belgesi mirasçıların da pay oranlarını gösteren belgedir. Bu belgenin düzenlenmesi için tek bir mirasçının dahi başvurusu yeterli olup bütün mirasçıların birlikte hareket etmesine lüzum yoktur. Mirasçılık belgesinin mahkemeden talep edilmesi halinde mahkeme genelde duruşmasız olarak veraset ilamı düzenler. Çekişmesiz işlerden sayılan [veraset ilamı](#)nda bir davalı yoktur. Mirasçılık belgesi ortalama 1 haftalık süre içerisinde alınabilir. Burada başvurulacak mahkeme ölenin ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesidir. Burada açılan davada mahkeme herhangi bir yazışma yapmadan direkt karar verebilir.

Mirasçılık belgesinin doğru olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Yani aksi ispatlanıncaya kadar belgede yer alan kişiler mirasçı sayılırlar. İptali için herhangi bir zaman söz konusu olmayıp her zaman dava açılabilir.

Mirasçılar kan bağı nedeniyle mirasçı olanlar ve kan bağı olmadan atanmış olan mirasçılar olmak üzere ikiye ayrılır. Mirasçılık belgesi talep etmek için yasal mirasçı olmaya lüzum yoktur. Atanmış mirasçılarda veraset ilamı talep edebilirler. Burada atanmış mirasçılar bu hak sahipliklerini öğrendikleri tarihten itibaren 1 ay içerisinde bu haklarına kimsenin itiraz etmemiş olması gerekmektedir. Yani atanmış mirasçılara 1 ay içerisinde itiraz gelmez ise bu şahıslar artık veraset ilamı talep edebilirler.

#### **Kaynakça**

Hatemi Hüseyin, Miras Hukuku, Onikilevha Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2018

Öztañ Bilge, Miras Hukuku, Turhan Kitapevi, 7.bası, Ankara 2016





İmre Zahit, Erman Hasan, Miras Hukuku, Der Yayınları, 13.Basım, İstanbul 2017

Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul 2015

Mustafa Dural, Turgut Öz, İrk Özel Hukuku Cilt: 4 - Miras Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017

Serozan Rona, Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı İstanbul-2017

Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, Fakülteler Matbaası, 5.cilt, İstanbul 1984



## YAĞMAYA DÖNÜŞEN HIRSIZLIK SUÇU(DOLAYLI YAĞMA SUÇU)

**Dr. iur. Reşit KARAASLAN**

**Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### **Öz**

Yağmaya dönüşen hırsızlık suçu 5237 sayılı TCK’da düzenlenmemiştir. TCK’nın yağmayı düzenleyen 148. maddesinin gerekçesine göre, mal üzerinde zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalkıncaya kadar yapılan cebir veya tehdit hırsızlığı yağmaya dönüştürecek, buna karşın hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra başvuru yapılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına yol açacaktır. Ancak ifade edilmelidir ki, hırsızlık suçunun tamamlanmasından önce başvuru yapılan cebir veya tehdit, gerekçenin aksine, hırsızlığı yağmaya dönüştürmemektedir, zira bu halde yağma suçunun tipikliği zaten mevcuttur. Gerçek anlamda yağmaya dönüşen hırsızlık suçunda ise, fail cebir veya tehdide, hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat bitmesinden önce başvurmuştur. Dolaylı yağmada failin fiilinin haksızlık içeriğinin yağma suçuyla örtüştüğü düşünüldüğünde, failin fiilinin yağmaya eşit bir eylem olarak nitelendirilmesi ve cezalandırılması gerektiği ortadadır. Bu çalışmanın amacı 5237 sayılı TCK’da yapılması gereken değişiklikleri, dolaylı yağma suçunu özel olarak düzenleyen 765 sayılı mülga TCK m. 495/2 ve mehz Alman Ceza Kanunu’nun 252. paragrafı ışığında ortaya koymaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hırsızlık, yağma, yağmaya dönüşen hırsızlık, suçun tamamlanması, suçun bitmesi

233

### **THEFT TURNING INTO PLUNDERING**

#### **(INDIRECT PLUNDER CRIME)**

### **Abstract**

The crime of theft that turns into plundering has not been regulated in the Turkish Penal Code No. 5237. According to the justification of Article 148 of the TCK, the compulsion or threat until the possession opportunity of the possessor on the good disappears, shall turn the theft into plundering, however, the compulsion or threat resorted after the completion of the crime of theft, shall cause the existence of other various crimes. Nevertheless, it should be stated that the compulsion or threat that is applied prior to the completion of the crime of theft does not turn the theft into plunder, contrary to the justification. Because, in this case, the typicality of the plundering crime already exists. In the case of the theft that turns into plunder in the true sense, the perpetrator applies compulsion or threat, after the completion of the crime of theft, but before its abandonment. In the indirect plunder, when it is thought that the content of the unfairness of the act overlaps with the crime of plundering, it is obvious that the act should be regarded as an equal action to plunder and should be punished accordingly. The purpose of this study is to reveal the amendments that should be made in TCK No. 5237, in the light of the Article 495/2 of former TCK No. 765 which regulates the crime of indirect plunder, and Article 252 of the German Criminal Code.

**Keywords:** Theft, plunder, burglary turning into plundering, completing the crime, abandonment of the crime

## Giriş

Hırsızlık suçu TCK m. 141/1’de “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alma”; taşınır mal yağması ise TCK m. 148/1’de “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakma” olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere malın taşınabilir olması, mal sahibinin rızasının bulunmaması, malın alınması ve faydalanma kastının varlığı gibi hususlar yönünden hırsızlık suçuna benzeyen yağma suçu, failin malı almak veya zilyedinin malın alınmasına rıza göstermesini sağlamak bakımından cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi nedeniyle hırsızlık suçundan ayrılmaktadır. Bu nedenle cebir veya tehdit ile işlenen hırsızlık olarak tanımlanan yağma suçunun oluşabilmesi için, baştan itibaren yağma amacıyla hareket eden failin, eylemin başında veya ortasında cebir veya tehdit kullanmasının önemi bulunmamakla birlikte, yağma suçu tamamlanıncaya kadar failin cebir veya tehdit yoluyla malı alması gerekmektedir.

Ancak bazı durumlarda fail, aslında hırsızlık amacıyla harekete geçmesine karşın daha sonraki bir aşamada cebir veya tehdit kullanmaktadır. Bu durumda eylemin hangi suçu oluşturacağı hususunda tereddüt yaşanmaktadır. Zira bu durumda, hırsızlık suçunun ne zaman tamamlandığı sorusuna verilecek cevaba göre, failin eyleminin bir bütün olarak yağma kabul edilmesi mümkün olduğu gibi, failin eyleminin hırsızlık suçunu ve bu suçun dışında diğer başka suçları oluşturduğu da kabul edilebilecektir.

Gerçekten de 765 sayılı mülga TCK’nın 495. maddesinin 2. fıkrası<sup>1</sup> hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra fakat sona ermesinden (bitmesinden) önce başvuru olan cebir veya tehdidin, hırsızlığı yağmaya dönüştürdüğünü kabul etmiş ve böylece dolaylı yağma suçunun failinin de tıpkı yağma suçunun faili gibi cezalandırılacağını belirtmiştir. Buna karşın bu hükme 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir<sup>2</sup>. Kanun koyucunun bu tercihinin sonucu olarak da Yargıtay içtihatlarında, zilyedin hırsızlığa konu mal üzerindeki zilyetliği sona erene kadar kullanılan cebir veya tehdidin hırsızlığı yağmaya dönüştürdüğü<sup>3</sup>, hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra kullanılan cebir veya tehdidin ise eylemi yağmaya dönüştürmediği, hırsızlık suçunun yanı sıra başka suçların olduğu kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> 765 sayılı mülga TCK m. 495/2: “Bir malın yağması esnasında veya akabinde fiili icra veya itmam etmek veya malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına karşı cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kimse hakkında da aynı cezaya hükümlenir.”

<sup>2</sup> 5237 sayılı TCK m. 148 gerekçesi: “Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur. Mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması halinde artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.”

<sup>3</sup> YCGK, 05.07.2013, E: 2012/6-1548, K: 2013/346.

<sup>4</sup> YCGK, 02.04.2013, E: 2012/6-1301, K: 2013/114; YCGK, 04.12.2012, E: 2012/6-549, K: 2012/1831.



Bu çalışmada yağmaya dönüşen hırsızlık suçuna TCK'da yer verilmeyişinin haklılık payı tartışılacaktır. Bunun için öncelikle dolaylı yağmaya ilişkin Yargıtay uygulamasına yer verilecektir. Söz konusu uygulamanın yerinde olup olmadığının tespiti ise çalışmanın ilerleyen kısımlarında değerlendirilecektir. Bu amaçla hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin “suç yolu” kavramı etraflıca incelenecektir. Özellikle kesintisiz takip sonucu hırsızlığın teşebbüs aşamasında kalması, hırsızlığın tamamlanması ve hırsızlığın sona ermesi konuları “alma” fiili çerçevesinde incelenecektir. Son olarak da, mehaz Kanun'da yer alan düzenlemeler ışığında, dolaylı yağmaya ilişkin teklif sunulacaktır.

## I. Dolaylı Yağmaya İlişkin Yargıtay Uygulaması

### A. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Uygulaması

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen olayda, sanık görünüşte alışveriş yapmak amacıyla mağdurun işyerine girmiş, mağdurun diğer müşterilerle ilgilendiği sırada şarjda takılı bulunan cep telefonunu alarak işyerinden ayrılmış ve yaklaşık 250 metre uzaktaki otobüs durağına gelip beklemeye başlamıştır. Bir süre sonra bir müşterisinin almış olduğu pantolonun paçasını kısalttırmak için bir arkadaşını aramak isteyen mağdur, telefonunun yerinde olmadığını görünce, daha önce işyerindeki hareketlerinden şüphelendiği sanığı aramaya başlamıştır. Sanığı otobüs durağında gören mağdur, cep telefonunu geri istemiş ise de sanık telefonu aldığını inkâr ederek uzaklaşmaya başlamıştır. Ancak mağdur, sanığın arka cebinde telefonunu görmüş ve almak istemiştir. Bu sırada sanık cebinden çıkardığı bıçakla mağduru basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralamıştır. Sanık çevrede bulunanlar tarafından yakalanmış ve kolluğa teslim edilmiştir. Somut olayı değerlendiren YCGK, TCK'da dolaylı yağma suçuna yer verilmediğini belirterek, sanığın mağdurun iş yerinden aldığı cep telefonu ile kesintisiz bir takip olmaksızın 250 metre kadar uzaklaşarak suça konu telefonu hâkimiyet alanına geçirdiğini belirtmiş ve hırsızlık suçunun tamamlandığını kabul etmiştir. YCGK'na göre, cep telefonunu geri almak isteyen mağduru bıçakla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralayan sanığın bu eylemi, tamamlanmış olan hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürmeyip, hırsızlık suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir başka olayda, müşterek fail olan sanık ile kimliği belirsiz bir şahıs gece saat 03.00 sıralarında Hakif ve eşi Şadiye'nin evine mutfakta bulunan ahşap pencereyi kırmak suretiyle girmişler, odalarda bulunan pantolonların ceplerindeki paraları ve yatak odasında asılı bulunan Hakif ve eşi Şadiye'nin kızlarına ait çantayı almışlardır. Bu sırada Şadiye evden gelen tıkırtılara uyanmış ve “hırsız var” diyerek bağırmıştır. Bunun üzerine müşterek faillerden kimliği belirsiz şahıs hırsızlık konusu malları alarak evden kaçmıştır. Sanık ise camdan kaçmaya çalıştığı sırada yakalanması üzerine tezgâhta bulunan bıçağı alıp kendisini yakalayan Hakif'i basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralamıştır. Hırsızlık suçunun tamamlandığı hususunda bir tereddüt bulunmadığını belirten YCGK, somut olayda olay yerinden uzaklaşmaya çalışan, yakalandığı sırada

<sup>5</sup> YCGK, 04.12.2012, E: 2012/6-549, K: 2012/1831 (karar için bkz. Eker, Hüseyin, Açıklamalı – İctihatlı Yağma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 36 vd.).

üzerinde suça konu mal bulunmayan ve kaçan diğer şahsın yakalanmasını engelleme kastıyla hareket ettiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir delil bulunmayan sanığın, kendisini yakalayan müştekidenden kurtulmak için müştekiyi bıçakla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralama eyleminin, TCK’da dolaylı yağma düzenlemesine yer verilmemiş olması nedeniyle, tamamlanmış olan hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürmeyip, hırsızlık suçunun yanında ayrıca kasten yaralama suçunu oluşturduğuna karar vermiştir<sup>6</sup>.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelen bir başka olayda ise, sanık görünüşte alışveriş yapmak için mağdurun kuyumcu dükkânına girmiş ve bileziklere bakmak amacıyla mağdurdan istemiş ise de, tezgâhın üzerinde bulunan bilezikleri alarak kaçmaya başlamış, kaçarken yakalanmasını engellemek amacıyla mağduru ve görevini yapan güvenlik görevlisini tehdit etmiştir. Dosyada tank olarak geçen polis memurunun anlatımlarına göre, olay günü görev yaptığı yerde kuyumcudan cam kırılma sesi gelmiş ve sanık elinde altınlarla birlikte koşmaya başlamış, koşarken bir ara düşmüş ve daha sonra koşmaya devam etmiştir. Polis memuru “dur polis” diye bağırmışsa da, sanık belinden tabancasını çıkarmış, arkasını dönerek “gelmeyin” diye bağırmış ve havaya üç el ateş etmiş, daha sonra silahıyla kuyumcuyu hedef almıştır. Bu esnada elindeki altınların bir kısmını yere atmış, elinde kalan son künyeyi de 20-30 metre sonra bırakmıştır. Olay yerine gelen diğer polislerin de yardımıyla sanık yakalanmıştır. Olayı değerlendiren YCGK’na göre sanığın eylemi bir bütün halinde yağma suçunu oluşturmaktadır. Olayda kesintisiz takibin olduğunu belirten YCGK, TCK’nın dolaylı yağma suçuna yer vermemesi ve sanığın kuyumcu dükkânından aldığı altınları üzerinde bulundurduğu sırada silahını kendisini takip eden mağdur ve tanığa doğrultması karşısında, yağma suçu anlamında “malın alınması” unsurunun gerçekleştiğini ve bu nedenle suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir<sup>7</sup>.

## B. Yargıtay 6. Ceza Dairesi Uygulaması

Özel Daire olan Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin vermiş olduğu kararlar incelendiği zaman ise, dolaylı yağmaya ilişkin uygulama şu şekilde özetlenebilir: Hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra fail tarafından mağdura karşı kullanılan cebir veya tehdit yağma suçunu oluşturmaz. Failin eylemi tamamlanmış hırsızlık suçuyla birlikte tehdit veya yaralama ya da diğer suçları oluşturur ve gerçek içtima kuralları gereği ayrı ayrı cezalandırılır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> YCGK, 02.04.2013, E: 2012/6-1301, K: 2013/114 (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 28 vd.).

<sup>7</sup> YCGK, 05.07.2013, E: 2012/6-1548, K: 2013/346 (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 31 vd.).

<sup>8</sup> Yar. 6. CD., 17.10.2016, E: 2013/35378, K: 2016/6178: “Sanığın, 02.08.2004 tarihinde saat 24.00 sıralarında ikametine doğru kızı ve eşi ile beraber giderken, yakınanın işlettiği iş yerinin önünde bulunan hoparlörü gördüğü ve almaya karar vererek internet kafenin önüne gittiği, akabinde hoparlörü alarak kaçmaya başladığı sırada, iş yerinde çalışan yakınanın durumu fark ederek dışarı doğru koşup sanığı kovaladığı ve kısa bir süre sonra işyerinin 15-20 metre ilerisinde sanığı yakaladığı, yakınanın sanığın elinde bulunan hoparlörü çekip aldığı, sanığın hoparlörün elinden alınmasından sonra bıçak çıkararak “gelsene, anasını sinkaf ettiğimin çocuğu” diyerek bağırdığı, yakınanın hemen iş yerine dönüp bir bıçak aldığı ve diğer yakınan ile birlikte sanığı yakalamak için tekrar kovalamaya başladıkları, sanığa yaklaştıklarında sanığın yakınanlara hitaben “gidin, yoksa bıçağı sokarım” dediği, akabinde yakınanların sanığa müdahale edip yakalamaya çalıştıkları sırada olay yerine kolluk kuvvetlerinin gelerek sanığı yakaladığının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin 765 Sayılı TCK’daki 495/2 ve 497/2. maddelerine uyan dolaylı yağma suçunu oluşturduğu, 5237 Sayılı TCK’da da dolaylı yağma suçuna yer verilmediği gözetilerek, sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK’nın 141 ve 106/2. maddelerine uydugu, bu suçların da TCK’nın 66 ve 67.maddeleri gereğince 12 yıllık kesintili zamanaşımı sürelerine tabi olduğu, uzatmalı zamanaşımı sürelerinin de suç tarihi olan 02.08.2004 gününden inceleme tarihine kadar geçmiş bulunması, bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

Hırsızlık suçu tamamlanmadan önce fail tarafından mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılması halinde ise uygulamada ikili bir ayırımın yapıldığı ve buna göre karar verildiği görülmektedir. Eğer fail hırsızlık suçu tamamlanmadan ve suça konu olan mal henüz elindeyken mağdura karşı cebir veya tehditte bulunmuş ise, failin eylemi yağma olarak kabul edilecektir<sup>9</sup>. Örneğin failin hırsızlığa konu eşya ile mağdurun evinden çıkarken mağdurla karşılaşması ve failin hırsızlığa konu malı vermemek için mağdura cebir veya tehdit uygulaması halinde, fail eylemine hırsızlık kastıyla başlamış ise de, eylem son tahlilde yağma olarak kabul edilmelidir<sup>10</sup>. Yine aynı şekilde açık alanda hırsızlık suretiyle mağdurun örneğin cep telefonunu alıp kaçan ancak kesintisiz takip sonrasında yakalanan failin hırsızlığa konu malı bırakmadan cebir ve tehditte başvurması halinde de, eylem yağma olarak kabul edilmelidir<sup>11</sup>.

Buna karşın failin hırsızlık suçunun henüz tamamlanmadığı bir aşamada hırsızlığa konu malı bırakıp kaçmak istemesi ancak mağdurun kaçmasına izin vermemesi nedeniyle yakalanmamak için mağdura cebir veya tehdit kullanması halinde, eylem yağma olarak değerlendirilmeyecektir. Bu durumda failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık ve diğer hangi suç veya suçları oluşturuyorsa ona göre uygulama yapılmalıdır. Bu halde gerçek içtima kuralları gereği fail her suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır<sup>12</sup>. Örneğin hırsızlığa konu mal ile evden çıkmadan mağdurla karşılaşan failin, eşyayı bırakması ve sonrasında da yakalanmamak için mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması halinde, eylem yağma olarak kabul edilmeyecektir<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Yar. 6. CD., 24.11.2016, 4458/6824: “Sanığın, yakınının konutundan laptopunu alıp dışarı çıkarak kaçtığı sırada işyerinde bulunan mağdurun, komşularının haber vermesiyle kaçan sanığı kovaladığı, yakaladığı sanıkla boğuşma yaşandığı ve mağdurun elinden kurtulan sanığın polis tarafından yakalandığında montunun içinden suça konu malın çıktığının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin TCK’nın 148/1 ve 116/1 maddelerine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Artuç, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 356, dn. 839).

<sup>10</sup> Yar. 6. CD, 17.02.2016, 9070/978: “Sanığın hırsızlık için girdiği evde, yakınının annesine ait cüzdandan 20 lira parayı alıp kendi telefonunu da cüzdanın içine koyduktan sonra geceden sayılan saat 19.40 sıralarında eve gelen müştekiye karşılaşıp üzerine eşyaları kaçırmak için müştekiye yumrukla vurma suretiyle basit biçimde yaralayıp üzerinde bulunan kesici aleti de müştekiye savurduğu ve aralarındaki boğuşmadan sonra cüzdanı düşürerek kaçmaya başladığı, müştekinin ısrarlı takibi ve çevrede gelenlerin yaptıkları kovalamaca sonucu sokakta yakalanması biçiminde gerçekleşen eylemin yağma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” (karar için bkz. Artuç, s. 356 dn. 837).

<sup>11</sup> Yar. 6. CD., 16.01.2013, 3863/407: “Yakınının olaydan hemen sonra kollukta alınan ifadesi ile mahkeme aşamasındaki istikrarlı anlatımları, tanık polis memurunun mahkeme beyanı ve dosya içeriğine göre; yakınının gündüz vakti hastanede ilaç yazdırdıktan sonra dışarı çıktığı esnada sanıkça kapıda sıkıştırılıp cebinden 100 TL’nin alındığı, yakınının “ne yapıyorsun” dediği, sanığın, parasını çaldığını söyleyip kaçtığı, takip sonucu yakalanması üzerine parasını isteyen yakına ele geçirile bacağı doğrultup “ya bırakırsın ya da seni vururum” dediği, yakınının korkup bıraktığı, bağırıp yardım istemek suretiyle yeniden kovalamaya başladığı esnada, başka bir nedenden dolayı hastanenin dışında bulunan polis memuru tanık tarafından sanığın yakalandığının anlaşılması karşısında; eylemin bir bütün halinde yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için Artuç, s. 356 dn. 840).

<sup>12</sup> Yar. 6. CD., 28.02.2018, E: 2014/8635, K: 2018/1543: “Sanıkların olay tarihinde kabloları çalmak için Türk Telekom şirketine ait şantiyeye tel örgüleri kesmek suretiyle girdikleri, özel güvenlik görevlilerinin durumu fark edip kolluk güçlerine haber vermesi üzerine olay yerine gelen kolluk güçlerinin müdahalesine tabanca ile ateş ederek karşılık verdikleri, sanıklardan bir kısmının tel örgülerden atlayarak hiçbir şey almadan kaçtığı, diğer sanığın ise ruloların arasında saklandığı yerden yakalandığı olayda; sanıkların çalmak istedikleri malları götürmek için bir hareketlerinin olmadığını anlaşılması karşısında, 5237 Sayılı TCK’da dolaylı yağmaya yer vermemesi nedeniyle, sanıkların eyleminin aynı Kanun’un 142/1-b, 143, 35, 116/2-4, 119/1-c, 151/1 ve 265. maddelerinde düzenlenen geceleyin bina dâhilinden hırsızlık, nitelikli konut dokunulmazlığını ihlal, mala zarar verme ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suçun vasıflandırılmasında yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>13</sup> Yar. 6. CD., 14.03.2017, E: 2014/4107, K: 2017/616: “Olay günü gece saat 23.30 sıralarında sanığın temyiz konusu olmayan diğer sanıklar ile birlikte, yakınının işyerine, kapısının dış kapı kilidini kırıp içeri girdikleri, kasayı açıp içinden 99 TL parayı alıp iş yerinden ayrılacakları sırada, sanığın müşteki ile karşılaştığı, elinde tabanca bulunan müştekiye hitaben



Fail sayısının birden fazla olması halinde de uygulamada bazı ayrımların yapıldığı görülmektedir. Müşterek faillerin mağdurun cep telefonunu çalması sonrasında mağdurun elinde hırsızlığa konu mal bulunmayan faili kesintisiz takip sonucu yakalaması ve bu failin mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması halinde, yakalanmış failin eylemi tamamlanmış hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarını oluştururken; diğer failin eylemi ise tamamlanmış hırsızlığı oluşturacaktır<sup>14</sup>. Buna karşın elinde hırsızlığa konu mal bulunan failin kesintisiz takip sonucu yakalanması ve malı vermemek için cebir veya tehdide başvurması halinde ise, eylem her fail için yağma olarak kabul edilecektir<sup>15</sup>. Son olarak belirtmelidir ki, hırsızlık suçunu işlemek için anlaşılan faillerden birinin olay sırasında mağdura cebir veya tehdit kullanması halinde diğer fail ya da faillerin sorumluluğu başta kendi aralarında yaptıkları anlaşmaya ve olayın oluşu sırasındaki tavır ve davranışlarına bakılarak değerlendirilmelidir<sup>16</sup>.

“tamam bir şey yapma, ben çıkıyorum” diyerek bir elinde para poşeti diğer elinde levye olduğu halde kollarını havaya kaldırıp, elindeki para poşetini yere attığı, müşterinin kendisini bırakmayacağını anlayan sanığın yakalanmamak için elindeki levye ile müşterinin tabanca bulunan eline vurmaya çalıştığı, müşterinin eğilmesi üzerine levyenin değmediği, bu fırsattan istifade ile sanığın hiç bir şey almaksızın olay yerinden kaçması şeklinde gelişen olayda; sanığın eylemlerinin bir kül halinde suç tarihinde yürürlükteki 765 Sayılı TCK'nın 495/2. maddesi yollamasıyla 497/1, 59/2. maddesinde düzenlenen yağma suçunu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK'da ise dolaylı yağmaya yer verilmemesi sebebiyle aynı Kanun'un 142/1-b, 143/1, 35/2, 62, 116/2-4, 119/1-c, 62. maddelerinde öngörülen geceleyin hırsızlığa kalkışma ve birlikte gece iş yeri dokunulmazlığını bozma, suçlarını oluşturduğu düşünülerek lehine olan Kanun'un uygulamaya göre belirlenip hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>14</sup> Yar. 6. CD., 22.04.2013, E: 2010/7436, K: 2013/9121: “Sanık Hasan'ın, yanında arkadaşları Kahraman ve Kerim olduğu halde devlet hastanesinin tuvalet kapısında sıkıştırdıkları mağdurun cebindeki parayı yankesicilik marifetiyle aldıkları, parayı alan sanıklar Kahraman ve Kerim'in olay yerinden kaçtığı, ancak sanık Hasan'ın tanık Deniz tarafından kovalamaca sonucu yakalandığında kendisini kurtarmak amacıyla üzerinde taşıdığı bıçağı çıkararak tanığa doğrulttuğunun anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin 765 sayılı TCK'nın 495/2 maddesi yollamasıyla aynı Yasa'nın 497/1 maddesinde öngörülen dolaylı yağma suçuna 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiş olması gözetildiğinde aynı Yasa'nın 142/2-b ve 106/2-a maddelerine uyan hırsızlık ve silahla tehdit suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 23 dn. 36). Tersî durumda ise eylem icbar araçlarına başvuran müşterek fail açısından teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarını oluştururken, icbar araçlarına başvurmayan ve mal elinde bulunmayan kaçan fail açısından hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturacaktır.

<sup>15</sup> Yar. 6. CD., 20.06.2011, E: 2007/8570, K: 2011/8545: “Sanığın açık kimliği belli olmadığından ayırma kararı verilen diğer faille birlikte hırsızlık amacıyla katılanın çantasını aldıktan sonra, kaçmaya başladıkları, çantanın diğer failin elinde olduğu, katılan ile birlikte tanığın arkalarından koştukları, bu arada olay yerinde bulunan diğer kişilerden yardım istedikleri, sanığın arkasından gelen katılan ve diğer kişilere bıçak çekerek, yaklaşımlarını engellediği, diğer failin ise başka bir yöne çanta ile kaçtığı, orada bulunan kişilerce durdurulmak istendiğinde, bu failin de oradakilere bıçak çektiği, akabinde çantayı bırakarak kaçtığı, sanığın ise katılan ve olay yerinde bulunan kişilerce yakalandığının anlaşılması karşısında; sanığın ve diğer failin çaldıkları çantayı götürebilmek ve kendilerinin olay yerinden kaçabilmek için bıçak çektiklerinin anlaşılması nedeni ile eylemin tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden çantanın sanıkların hâkimiyet alanına geçmemiş olması gerekçesi ile kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 24 dn. 37).

<sup>16</sup> Yar. 6. CD., 27.01.2016, E: 2013/21250, K: 2016/177: “Oluş ve dosya içeriğine göre, diğer sanık U. K. ile önceden almış oldukları karar ve işbölümüne göre sanık M. K.'nin, mağdura ait işyerinden bilezik çalma konusunda anlaşmaları, olay günü, gündüz sayılan saat 09.00 sıralarında, mağdurun işyerinin önünü süpürdüğü sırada, sanık U. K.'in dışarıda gözcü olarak kaldığı, sanık Mehmet'in de işyerine girerek vitrinde bulunan, 22 ayar, 7.75 gr ağırlığında, o tarihte 425.-TL değerindeki bir adet altın bileziği aldığı esnada, mağdurun, bunu gördüğü, sanık Mehmet'e “dur” diye seslendiğinde, sanığın, “çekil lan önümden” diyerek elini beline attığı, mağdurun da kapıyı kapatmaya çalıştığı, ancak sanık Mehmet'in, kapıya doğru tekme atması üzerine, kapının camı kırılırsa üzerine gelir korkusuyla mağdurun geri çekildiği, bu esnada işyerindeki tezgâh camının kırıldığı, sanığın dışarı çıktığı, kaçmak için hamle yaptığında, mağdurun, sanığı arkasından yakalaması ile sanık ile boğuşmaya başladığı ve sanığın elinde bulunan bileziği zorla geri aldığı, sanık ile mağduru bu şekilde boğuşurken gören diğer sanık U. K.'in olay yerinden kaçtığı, komşu esnaflardan tanık M. G.'ün de, mağdur ile birlikte sanık Mehmet'i etkisiz hale getirip, işyerine geri soktuktan sonra, haber verilen polis olay yerine gelip, sanığı teslim alması ile neticelenen olayda; hırsızlık amaçlı gelen ve işyerinin dışında bekleyen sanıklardan U. K.'in, sanık Mehmet'in sonradan yağmaya dönüşen eyleminden sorumlu tutulamayacağından, Mahkeme'ce, sanık Uğur hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 142/1-b maddesiyle uygulama yapılması yerinde olmasına karşın, diğer sanık M. K.'nin ise, yakınının işyerinden almış olduğu bilezikle birlikte

## II. Hırsızlık Ve Yağma Suçlarında Suç Yolu

Suç belli bir süreç içinde işlenmektedir. Ceza hukuku doktrinde bu süreç “suç yolu” (iter criminis) denilmektedir. Suçun gerçekleşme aşamaları olarak ifade edilen suç yolu; hazırlık hareketleri, teşebbüs, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi (bitmesi) evrelerinden oluşmaktadır. Ceza hukuku kural olarak suç yolunun her evresine farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır<sup>17</sup>.

Ceza hukukunun müdahalesi kural olarak failin icra hareketlerine girişmesiyle başlamakta olup; bu evreden önceki aşama olan hazırlık hareketleriyle ceza hukuku ilgilenmez. İşlenmesi amaçlanan suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, elde olmayan sebeplerle eylemin tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesi ise her zaman mümkün olmayabilir. İşte icra hareketlerine başlanılan ve fakat elde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamadığı bu evre teşebbüs aşaması olarak nitelenmektedir. İcra aşamasını suçun tamamlanma anı takip eder. Tamamlanma anı, suçun varlığı için gerekli tüm unsurların oluşmasıyla gerçekleşir. Bir başka ifadeyle, tamamlanma, gerçekleştirilen fiilin kanun koyucu tarafından belirlenen soyut ipoteze tam olarak uygunluğunu ifade eder. Suçun sona ermesi ise, kronolojik açıdan bakıldığında suçun tamamlanmasını izleyen bir andır. Suçun tamamlanma anı kanuni tipte belirtilen suçun varlığı için gerekli ve yeterli unsurların gerçekleştirildiği andır. Son bulma ise, tamamlanmış suçun suç yolundaki son dönemidir. İşte bu sebeple, suçun son bulmasıyla “iter criminis” kapanmakta, sona ermektedir. Bunun ötesinde bir aşamanın varlığı söz konusu değildir<sup>18</sup>.

Tamamlanma anı ile son bulma anı bazen aynı anda olabilmekte, bazen ise bu aşamalar farklı zamanlarda meydana gelmektedir. İşte hırsızlık ve yağma suçları, suç yolunda yer alan tamamlanma anı ile sona erme anının birbirleriyle her zaman çakışmadığı özellik arz eden suçlardır<sup>19</sup>. Bu nedenle suç yolunun bu evrelerinin tam ve doğru bir şekilde belirlenmesi, hırsızlık ve yağma suçlarında sadece teşebbüs ve suça iştirak bakımından değil, dolaylı yağma suçunun unsurlarının belirlenmesi bakımından da önem arz etmektedir. Öyleyse hırsızlık ve yağma suçları bakımından teşebbüs, tamamlanma ve sona erme aşamaları önce uygulamadan bazı örneklerle daha sonra da olması gereken hukuk bakımından ortaya konulmalıdır.

### A. Hırsızlık Suçunda Suç Yoluna İlişkin Yargıtay Uygulaması

Yargıtay uygulamasına bakıldığı zaman hırsızlık suçuna ilişkin suç yolu şu şekilde özetlenebilir: Hırsızlığa teşebbüsün varlığı için, failin kastettiği eylemin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Failde suç kastı bulunsa dahi, icra hareketlerine başlanmamış ise, failin o ana kadar ki eylemleri “cezalandırılmayan hareketler” olarak hazırlık hareketi kabul edilmelidir. İcra hareketlerini hazırlık

kaçabilmek için yakınlıkla boğuşmaya başlayıp, yakınına basit şekilde yaralaması eyleminin, tamamlanmış yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hırsızlık suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>17</sup> İpekçioğlu, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 19; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 398; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 783.

<sup>18</sup> İpekçioğlu, s. 22 vd.

<sup>19</sup> Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 529, 575, 588, 624; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 649, 678, 702; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 603, 637, 645 vd., 657.

hareketlerinden ayıran kesin bir ölçüt bulunmamakla birlikte, TCK'nın “doğrudan doğruya icraya elverişli hareketlerle başlanması” kriterini kabul ettiği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>20</sup>. Bu noktadan hareketle ilk olarak belirtilmelidir ki, failin bir malı çalmak için harekete geçip de, malın bulunması gereken yerde bulunmaması nedeniyle eylemini tamamlayamaması halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Böyle olunca yankesicilik maksadıyla bir kişinin boş cebine elini sokan, gece bir eve girerek boş kasayı açan kişilerin teşebbüsten dolayı sorumlu olmaları gerekecektir<sup>21</sup>. Buna karşın örneğin tamamıyla boşaltılmış bir eve hırsızlık maksadıyla giren kişinin fiili, failin hareketinin hayatın olağan akışı içinde neticesiz kalmasının büyük bir olasılık olmasından bahisle, işlenemez suç sayılacaktır. TCK'nın kabul ettiği kriter doğrultusunda belirtilmesi gereken diğer husus ise, doğrudan doğruya icra niteliğinde olmayan hareketlerin, hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Örneğin hırsızlık suçunu işlemeye karar veren failin elindeki bir aletle caddede park halinde bulunan bir aracın etrafını gezerek kontrol etmesi, icra hareketinin başlangıcının kabulü için yeterli değildir. Ancak failin tornavida yardımı ile sokakta bulunan bir aracın kapısını açmaya çalıştığı sırada alarmin devreye girmesi ya da yoldan geçenlerin müdahalesi üzerine hiçbir şey çalmadan olay yerinden kaçarken yakalanması halinde, artık icra hareketine başlanmış olacağından dolayı eylem hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirilecektir<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Yar. 13. CD., 17.01.2013, 25039/690: “Sanığın apartmana girdikten sonra herhangi bir daireye henüz girme girişiminde bulunmadan görgü tanığının sesini duyarak apartmandan ayrılmaya çalıştığı sırada yakalanması nedeniyle gerçekleştirmek istediği hırsızlık eyleminin bütün eser ve izlerini silme olanağının mevcut olduğu bir ortamda yakalanmış olması, gerçekleştirilmek istenen eylem için yapılan hareketlerin bütün eser ve izlerinin silinme olanağının mevcut olup olmadığının hırsızlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmaya yarayan en önemli ölçüt olduğunun gerek uygulamada gerek öğretide benimsenmiş olması ve somut olayda apartmana giren sanığın hırsızlık suçu açısından herhangi bir dairenin kapısına ya da başka bir yere dokunmadan ayrılma ihtimalinin mevcut olması karşısında; gayri meşru amaçla apartmana giren ve kaçmak isterken apartmanın ortak kapısının camını kıran sanığın konut dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar vermek suçlarından sorumluluğu düşünülebilir de , hırsızlık suçu açısından henüz icra hareketlerine başlamamış olması nedeniyle hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (karar için bkz. Artuç, s. 30 dn. 138).

<sup>21</sup> Yar. 6. CD., 14.06.1983, E: 1983/4019, K: 1983/5620: “Olay günü sanık arkadaşıyla birlikte geceleyin şikâyetçinin lokantasına para çalmak amacıyla girmiş, boş çekmecedeki para bulamamış, arkadaşı karınlarını doyurmak ve ekmek almak için mutfağa giderken bekçilerin düdüğü çalması üzerine kaçmış, sanık ise yakalanmıştır. Yerel mahkeme sanığı hırsızlığa eksik kalkışma suçundan cezalandırmıştır. Gerçekten, failin cürmi hareketinin yöneldiği nesneye, ceza hukukunda “suçun maddi konusu” denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu, taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu, eylem sonrası değil, eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanması gerekir. Bu saptanmada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez (muhal, imkânsız) suç; olumlu sonuç, yani maddi konunun nisbi yokluğu ise, kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki masa çekmecesinde para bulunması, yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre, doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecedeki bulunmaması, maddi konunun niteliğine göre, mutlak değil, nisbi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez (muhal, imkânsız) suç bulunduğu ileri sürülmeyecek ve eylem hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturacaktır.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>22</sup> YCGK, 31.01.2017, E: 2015/13-331, K: 2017/30: “Sanığın, hırsızlık amacıyla şikâyetçinin cadde üzerindeki bir binanın zemin katında bulunan iş yerinin önüne gelip, iş yerinin giriş kapısının üzerinde bulunan asma kilitleri kırdıktan sonra, güvenlik kamerasını fark etmesi üzerine iş yerine girmeden oradan kaçtığı sabit olan olayda, Kanun'un benimsediği objektif teori esas alındığında, şikâyetçiye ait iş yerinden hırsızlık yapmak amacıyla kapı üzerindeki asma kilitleri kıran sanığın, şikâyetçinin taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale edip, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak güvenlik kamerasını fark etmesi üzerine içeriye girmeden ve hırsızlık suçunu tamamlayamadan olay yerinden kaçtığı, bu ana kadar gerçekleştirdiği eylemin, işyeri dokunulmazlığının ihlali ve hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin tamamlanmış mala zarar suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağı kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

Hırsızlık suçu, Yargıtay uygulamasında, failin mağdurun eşya üzerindeki hâkimiyetine son vermesinin yanında kendi nüfuz ve egemenliğini kurmasıyla tamamlanır<sup>23</sup>. Örneğin, taşınır eşya bir evden alınıyorsa evin, bahçeden alınıyorsa bahçenin, işyerinden alınıyorsa işyerinin dışına çıkarıldığı anda suç tamamlanacaktır<sup>24</sup>. Buna karşın mağdurun evine, işyerine hırsızlık amacıyla giren failin suça konu malı alamadan ya da alırken suçüstü yakalanması veya aldığı malı evden, işyerinden çıkaramadan kasada, kapıda malla beraber yakalanması veya aldığı malı bırakıp kaçması halinde eylem teşebbüs aşamasında kalmıştır<sup>25</sup>.

Hırsızlık suçunda suç yoluna ilişkin Yargıtay uygulaması açıklanırken belirtilmesi gereken en önemli nokta şudur: Failin malı aldığı andan itibaren kesintisiz takip söz konusu ise, fail malı aldığı yerden ne kadar uzaklaşırsa uzaklaşsın, malı kendi hâkimiyet alanına geçirmiş sayılmayacağından eylem, Yargıtay'a göre teşebbüs aşamasında kalmış olur<sup>26</sup>. Takibin kesintiye uğradığı, bu takibe ara verildiği

<sup>23</sup> Yar. 6. CD., 08.10.2012, E: 2009/9541, K: 2012/16630: “Sanığın, katılandan çaldığı cep telefonu olay yerinden uzaklaştıktan sonra, kesintisiz izleme olmaksızın anılan katılanın ihbarı üzerine tesadüfen kolluk tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin tamamlandığı gözetilmeden kalkışma aşamasında kabulü ile yazılı şekilde cezadan indirim yapılması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Yar. 6. CD., 04.06.2012, E: 2008/13062, K: 2012/11707: “Suça konu aracın çaldığı mahalden 4 kilometre uzakta sanıklar tarafından iteklenerek götürüldüğünün görülmesi üzerine kolluk görevlileri tarafından kuşku üzerine yanlarına gidildiğinde sanıkların yakalandıkları, suç anı ile ele geçirilme anı arasında kesintisiz takip bulunmadığı ve suçun tamamlandığı gözetilmeden kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek sanıkların cezasından TCK'nın 35. maddesi ile indirim yapılması yasaya aykırıdır.” (kararlar için Eker, Hüseyin, Açıklamalı – İçtihatlı Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 412, dn. 800).

<sup>24</sup> Yar. 13. CD., 12.09.2011, E: 2011/346, K: 2011/705: “Sanığın, diğer arkadaşı ile beraber yakınanın evinden gece saat 04.20 sıralarında çaldıkları eşyalarla birlikte uzaklaştıktan sonra, yapılan ihbar sonucunda polisin çevrede yaptığı araştırma ile aynı mahallenin farklı sokaklarında yakalandıklarının anlaşılması karşısında, eylemin tamamlandığı gözetilmeden kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (karar için Eker, Hırsızlık Suçları, s. 431).

<sup>25</sup> YCGK, 21.03.2017, E: 2016/13-67, K: 2017/160: “Sanıkların, hırsızlık amacıyla katılanın cadde üzerinde bulunan işyerinin önüne gelip kilidini kırdıkları kepengi yarıya kadar kaldırarak işyeri içine girdikten sonra, içeride bulunan alarm sisteminin çalışması üzerine herhangi bir şey alamadan oradan kaçtıkları sabit olan olayda, nitelikli hırsızlık suçuna teşebbüsün kabul zorunludur.” (karar için bkz. Artuç, s. 33 dn. 146). Yar. 6. CD., 19.01.2009, E: 2006/4203, K: 2009/144: “Sanığın yakınana ait araçta teyp başlığını aldıktan sonra güvenlik görevlilerinin geldiğini fark etmesi üzerine teyp başlığını araç altına atarak uzaklaştığının anlaşılması karşısında; eylemin kalkışma aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (kararlar için Eker, Hırsızlık Suçları, s. 413, dn. 801, 802).

<sup>26</sup> 13. CD., 14.02.2017, 12486/1209: “Sanığın fotoğraf makinesini çaldıktan sonra tanık tarafından kesintisiz takip ile izlendiği ve başka bir barda otururken tanığın ihbarı ile olay yerine gelen polisler tarafından yakalandığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, sanık hakkında tamamlanmış hırsızlık suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (karar için bkz. Artuç, s. 32 dn. 143). Yar. 13 CD, 13.03.2017, 13838/2401: “Sanığın, hırsızlık yapmak amacıyla girdiği okul içerisinde ihbar üzerine kolluk görevlilerince kesintisiz yakalanması ve ele geçmeyen eşyanın da bulunmaması karşısında, hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılmak suretiyle fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Artuç, s. 77). Yar. 6. CD., 25.06.2013, E: 2010/26820, K: 2013/14946: “Yakınanın cami avlusunda abdest almadan önce ceketini çıkarıp yanındaki bankın üstüne koyması üzerine, yanına yaklaşan sanığın ceketin içinden cüzdanını çaldığının ve bu esnada sivil olarak etrafı gözetleyen polis memurları tarafından görülerek kesintisiz takip sonucu yakalandığının anlaşılması karşısında; suçun kalkışma aşamasında kaldığının kabulü gerekirken, yazılı şekilde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 2. CD., 27.02.2013, E: 2012/17566, K: 2013/3883: “Olay günü gündüz vakti müşterinin işyerinin etrafını çevreleyen tel örgüler kesilerek içeriye girilip, otoparkta bulunan kapıları açık aracın hoparlörlerini çalma eylemiyle ilgili olarak, sanığın ihbar üzerine kolluk görevlilerince otopark içerisinde kesintisiz takip sonucu çalınan eşya ile birlikte yakalandığının anlaşılması karşısında eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden, tamamlanmış suçtan hüküm kurulması suretiyle fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 2. CD., 25.02.2013, E: 2012/18757, K: 2013/3651: “Olay günü sanığın arkadaşıyla birlikte müşteri gibi girdiği mağazada, deneme bahanesiyle giydiği kazağı, üzerine kendi elbiselerini giyerek kapattığı, mağaza çalışanı F.T'nin durumlarından şüphelenerek sanığı arkadaşıyla birlikte yakınana götürüp teslim ettiği ve sanığın arkadaşıyla kaçmaya başlaması üzerine mağaza çalışanlarınca 150 metre kadar kesintisiz takip sonucu, saklanmaya çalıştığı açık otoparkta yakalandığı, çalmaya çalıştığı kazağın da üzerinde ele geçirildiği anlaşılma, eyleminin, teşebbüs aşamasında kaldığı



hallerde ise, eylem artık teşebbüs aşamasında kalmış olmayacak, tamamlanmış sayılacaktır<sup>27</sup>. Ancak failin, suçun işlendiği yerde veya kesintisiz takip sonunda yakalanmış olsa bile, bir yere saklaması veya tüketmesi nedeniyle suça konu eşyanın ele geçmediği durumlarda hırsızlık eylemi tamamlanmış sayılacak, teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır<sup>28</sup>. Yine failin, işyerinden, evden hırsızlık yaptıktan sonra kesintisiz takip sonucu yakalandığı sırada suça konu malın bir kısmının yakalandığı ancak bir kısmının kaçan diğer fail tarafından götürüldüğü hallerde de suçun tamamlandığının kabulü gerekecektir<sup>29</sup>.

## B. Yağma Suçunda Suç Yoluna İlişkin Yargıtay Uygulaması

Yargıtay uygulamasına bakıldığı zaman yağma suçuna ilişkin suç yolu şu şekilde özetlenebilir: Failin parasını vermemesi üzerine mağduru silahla tehdit etmesi, ancak mağdurun çevredekilerin de yardımıyla parayı vermemesi veya failin mağdurun cebindeki cüzdanı almak için mağduru dövmesi, ancak mağdurun direnç gösterip cüzdanı vermemesi örneklerinde olduğu gibi cebir veya tehdide başvurulmuş olmasına rağmen, mal alınamamışsa yağma suçuna teşebbüs söz konusu olur<sup>30</sup>. Yine failin mağduru tehdit etmesi ama üzerinde alabilecek bir şey çıkmaması nedeniyle herhangi bir şey alamaması ya da ertesi gün para getirmesi için tehdit ettiği mağdurun kolluğa başvurması nedeniyle parayı alamadan yakalanması gibi durumlarda da eylem yağmaya teşebbüs suçunu oluşturacaktır<sup>31</sup>.

Buna karşın, Yargıtay uygulamasına göre, yağma suçu cebir veya tehditle bir malın alınmasıyla birlikte tamamlanır. Suçun tamamlanması için başkaca bir neticenin meydana gelmesine gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, uygulamaya göre, yağma suçu icbar araçları sayesinde malın zorla alınması yani mal üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmasıyla tamamlanır. Mal fail tarafından zorla alındığı anda mağdurun

gözetilmeden yazılı biçimde tamamlanmış suçtan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” (kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>27</sup> Yar. 2. CD., 17.01.2013, 13368/407: “Tanığın ihbarı üzerine polis ekiplerini, sanıkları olay yerinden ayrıldıktan sonra seyir halinde iken yakaladıklarının anlaşılması karşısında takipte kesinti olması nedeniyle suçun tamamlandığı gözetilmeden, teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilerek, sanık hakkında eksik cezaya hükmolunması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Artuç, s. 32 dn. 145). Yar. 6. CD., 02.04.2012, E: 2009/10604, K: 2012/6453: “Sanıkların, mağdurun elindeki çantayı alıp kaçmaya başlamaları üzerine, durumu gören bir kişinin çevredeki polisler ile olayı anlatıp sanıkların kaçtıkları istikameti gösterdiği ve eşkâl tarifi vermesi üzerine, sanıkların kaçtığı tarafa yönelen polislerin verilen eşkâle uygun iki sanığı yakaladıklarının anlaşılması karşısında, yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (karar için Eker, Hırsızlık Suçları, s. 415, dn. 807).

<sup>28</sup> Yar. 13. CD., 10.01.2012, E: 2011/8763, K: 2012/247: “Sanığın, müştekiye ait iş yerinde buzdolabındaki alkollü içecek ve orada bulunan yiyecekleri tüketmiş olduğunun anlaşılması karşısında, eylemin tamamlandığı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (karar için Eker, Hırsızlık Suçları, s. 416, dn. 809).

<sup>29</sup> Yar. 6. CD., 02.06.2009, E: 2009/8877, K: 2009/9532: “Sanığın açık kimliği saptanmayan arkadaşları ile yakınanın evinden birer adet televizyon, fotoğraf makinesi ve vazo çaldıkları, fark edilmeleri üzerine televizyonu evin önüne bırakıp kaçmaya başladıkları, kesintisiz takip sonucu sanığın yakalandığı, ancak suça konu eşyadan fotoğraf makinesinin elde edilememiş olması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için Eker, Hırsızlık Suçları, s. 434).

<sup>30</sup> Yar. 6. CD., 16.04.2012, 8794/7664: “Oluş ve dosya kapsamına göre yakınan ile aynı mahallede oturan, herhangi bir işi de olmayan sanığın, olay günü yakınanın evinin önünde bekleyen sanığın para istediği, yakınanın ise vermeyeceğini söylediğinde ise elindeki döner bıçağını savurup mağduru yaraladığı ve herhangi bir şey almadan ayrılmak zorunda kaldığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin bir bütün olarak yağmaya kalkışma suçunu oluşturduğu gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Artuç, s. 368 dn. 888).

<sup>31</sup> Yar. 6. CD., 04.04.2013, E: 2012/19982, K: 2013/7134: “Sanığın, diğer sanığın talimatı üzerine mağdurdan parayı almak için geldiğinde, önceden numaraları tespit edilmiş tuzak parayı aldığı ve çevrede tertibat alan polislerce yakalandığı, bu halyle suçun tamamlanma olanağının bulunmadığı ve kalkışma aşamasında kaldığı dikkate alınarak, sanıklar hakkında cezalarında TCK m. 35/2 uyarınca indirim yapılmaması, bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 258 dn. 421).

hâkimiyet alanından çıkmış, failin hâkimiyet alanına geçmiştir ve bu nedenle suç tamamlanmıştır<sup>32</sup>. Hatta failin mağdurdan zorla almış olduğu malı olay yerinde bulunan kişilerin müdahalesiyle atıp kaçması veya failin kesintisiz takip ile yakalanması halinde dahi eylem tamamlanmış yağma suçunu oluşturacaktır<sup>33</sup>. Hatta ve hatta mağdurdan mal zorla alındıktan sonra beğenmeyip geri vermesi halinde dahi, yağma suçunun tamamlandığının kabulü gerekir<sup>34</sup>.

### III. Suç Yoluna İlişkin Uygulamanın Değerlendirmesi

#### A. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, uygulamada yağma suçunun tamamlanmış sayılması için, failin ayrıca malda tasarruf imkânına kavuşması aranmamıştır. Dolayısıyla yağma suçuna kalkışma hükümlerinin hırsızlık suçuna kalkışma hükümleri ile karıştırılmaması gerekir. İki suçun teşebbüs hükümleri arasında önemli farklar mevcuttur. Hırsızlık suçunda, suçun tamamlanması için suça konu eşyanın failin hâkimiyet alanına engelsiz şekilde geçmesi aranırken, yağma suçunda zilyetliğin mağdurdan alınması ile suç tamamlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle yağma suçu cebir ve tehditle zorla malın alınması yani mal üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmasıyla tamamlandığı halde, hırsızlık suçunda, malın alınmış ve yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmuş olması suçun tamamlanmış sayılması yeterli değildir. Hırsızlık suçunun tamamlanmış sayılması için, failin malda tasarruf imkânına kavuşmuş olması, yani malın güvence altına alınmış olması gerekmektedir<sup>35</sup>. Ancak bu durumun teorik olarak

<sup>32</sup> YCGK, 22.05.2012, E: 2011/1-430, K: 2012/203: “Sanıkların gece vakti, maktul ve katılanların dışında kimsenin bulunmadığı bir yerde, maktule bıçakla vurup yere düşürdükten sonra, olaya müdahale etmek isteyen katılanları bıçakla yaralamak suretiyle cüzdanelerini istedikleri, katılan İ. H.’in taşınabilir nitelikte olduğunda, ekonomik değer ifade ettiğinde ve başta hırsızlık ve yağma olmak üzere malvarlığı aleyhine işlenebilen suçlara konu olabileceği hususunda duraksama bulunmayan cüzdanelerini aldıktan sonra içerisinde para bulunmadığını görmeleri üzerine geri verdiklerinin anlaşılması karşısında, adı geçen katılana yönelik yağma eyleminin tamamlandığının kabulü gerekmektedir. Bu durum karşısında Özel Dairenin, “sanıkların katılan İ. H.’e karşı yağma eylemlerinin tamamlandığı gözetilmeden teşebbüs hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini” yönündeki bozma kararı isabetlidir.” (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Yar. 6. CD., 05.07.2017, 3311/2625: “Sanığın mağduru darp ederek boynundaki kolyeyi ve çantasını yağmaladığı, olay yerinde güvenlik görevlisi olan tanığın mağduru çıplığını duyarak olay yerine gelip sanığa müdahale ettiği ve çanta ile kolyeyi sanıktan alarak mağdura iade ettiği olayda; sanığın mağdura karşı gerçekleştirdiği yağma eyleminin tamamlanmış olduğu gözetilmeden, teşebbüs aşamasında kaldığı gerekçesi ile yazılı şekilde eksik ceza tayini yapılması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (karar için bkz. Artuç, s. 369, dn. 889). Yar. 6. CD., 12.04.2012, E: 2008/9798, K: 2012/7558: “Yağma suçunun malın alınması ile tamamlanacağı dikkate alındığında, eylemin kalkışma aşamasında kaldığının kabulü ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 269).

<sup>33</sup> Yar. 6. CD., 11.0.2016, 5884/580: “Oluş ve dosya kapsamına göre; sanıkların katılanı darp ederek, üzerindeki cep telefonunu zorla aldıktan sonra katılanın bağırması üzerine olay yerine gelen çevredeki vatandaşların olaya müdahale ederek, sanıklardan aldıkları telefonu katılana iade ettikleri gözetildiğinde, sanıkların üzerine atılı nitelikli yağma suçu tamamlandığı halde eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” (karar için bkz. Artuç, s. 368, dn. 886). Yar. 6. CD., 14.01.2013, E: 2009/27042, K: 2013/226: “Olay günü sanığın, bıçak tehdidi ile katılanın elinde bulunan paraları alması ile yağma suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek, ısrarlı takip sonucu yakalandığından bahisle kalkışma hükmünün uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 267).

<sup>34</sup> Yar. 6. CD., 03.02.2014, E 2011/16676, K: 2014/2289: “Sanığın olay günü saat 12.00 sıralarında yolda yürümekte olan katılan ve arkadaşlarının yanına giderek önce kontrollerinin olup olmadığını sorduğu, katılan ve arkadaşlarının yok demesi üzerine, cep telefonlarını istediği, vermek istemeyince, elini cebine götürüp silah çıkaracakmış gibi hareket ederek “vermiyormusunuz?” diye söyleyip, katılanın Samsung marka telefonunu da tehditle aldığı, ancak cep telefonunun modelini beğenmeyerek katılana iade ettiği, yanlarından ayrılırken de “polise falan giderseniz sizi öldürürüm” demesi şeklinde gelişen olayda, yağma eyleminin tamamlandığının gözetilmemesi ve sanığın telefonu iade etmesi nedeniyle hakkında TCK’nın 168. maddesi gereğince etkin pişmanlık hükümlerinin değerlendirilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması bozmayı gerektirmiştir.” (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 261, dn. 428).

<sup>35</sup> Artuç, s. 28 vd., 366 vd.; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Sular, Cilt 1, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 391, 406; Eker, Yağma Suçları, s. 255 vd.; Eker, Hırsızlık Suçları, s. 406 vd.



doğru olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. Zira yağma cebir veya tehdit yoluyla işlenen hırsızlıktır. Her iki suçta da fiil “malın alınmasıdır”. Öyleyse malın alınması kavramının, uygulamadan bağımsız olarak, teorik açıdan her iki suç tipi için de ortak olarak incelenmesi gerekmektedir.

Bunun için öncelikle iki hususa dikkat çekilmelidir: Hırsızlık ve yağma suçlarının da yer aldığı, TCK’nın 141 ila 169. maddeleri arasında düzenlenen malvarlığına karşı işlenen suçlar çeşitli şekillerde tasniflere tabi tutulmaktadır. Bu çalışma kapsamında önemli olan tasnife göre, malvarlığına karşı işlenen suçlar, “malvarlığının el değiştirmesine yol açan suçlar” ve “malvarlığına zarar veren suçlar” şeklinde ayrılmaktadır. Buna göre hırsızlık ve yağma malvarlığının el değiştirmesine neden olan suçlar içerisinde sayılacaktır<sup>36</sup>. Dolayısıyla hırsızlık ve yağmadan bahsedilmek için en önemli şart zilyetliğin el değiştirmesidir. Öyleyse hırsızlık ve yağma suçlarında, teşebbüs sadece failin doğrudan doğruya icraya elverişli hareketlere başlamış olmasına rağmen, malı alamaması hallerinde kabul edilmelidir.

Bir diğer önemli husus ise, hırsızlık ve yağma suçlarının netice suçu olmadığıdır. Gerçekten de hem hırsızlık suçunun hem de yağma suçunun sırf hareket suçları olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla maddi unsur olan malın alınması ile bu suçlar tamamlanmıştır. Zira suçların tamamlanması için malın alınmasından başka bir hareketin yapılması ve/veya neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Malın alınması sonucu zilyetliğin el değiştirmesi ile suç yolunda teşebbüs aşaması arkada kalmış, failin eylemi bir sonraki aşamaya ulaşmıştır. Ancak hırsızlık ve yağma suçlarının diğer sırf hareket suçlarından ayrılmasına neden olan önemli bir özelliği daha mevcuttur. Bu suçlarda suçun tamamlanması ile sona ermesi anları birbirinden farklı olabilmektedir. Her iki suç tipinde de, suçun oluşabilmesi için failin yarar sağlamak maksadıyla hareket etmesi yeterli olup, bu maksadına erişmesi gerekmez<sup>37</sup>. Diğer bir ifadeyle, fail hırsızlık veya yağma yoluyla elde ettiği zilyetliği güvence altına almayı amaçlamakta, ancak bu amaca ulaşıp ulaşılmadığı, suç yolu çerçevesinde yapılan değerlendirmede, teşebbüs ve tamamlanma açısından değil, suçun tamamlanması ile bitmesi arasındaki süreç hakkında karar verilmesinde rol oynamaktadır. Bu nedenle öğretilerde hırsızlık ve yağma suçları, sırf hareket suçlarının özel görünüş şeklini ifade etmek üzere, “neticesi kesik suçlar” (kupiertes Erfolgsdelikt) olarak adlandırılmaktadır<sup>38</sup>. Bu suçlarda zilyetliğin güvence altına alınmış olması ile suç tamamlanmamakta, bilakis malın alınmasıyla tamamlanan suç, malın güvence altına alınmasıyla sona ermektedir<sup>39</sup>.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tartışılması gereken en önemli husus, suçların ne zaman tamamlandığının, diğer bir ifadeyle “malın alınması” unsurunun ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirlenmesidir.

<sup>36</sup> Koca/Üzülmez, s. 510 dn. 5.

<sup>37</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 332, 372; Koca/Üzülmez, s. 529, 545, 575, 588, 605, 624; Tezcan/Erdem/Önok, s. 649, 678, 702; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 603, 637, 645 vd., 657.

<sup>38</sup> Fischer, Thomas, Strafrechtsgesetzbuch, 60. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 242 kn. 2; Kindhäuser, Urs, in: Nomos Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch (NK-StGB), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, § 242 kn. 59; Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, § 33 kn. 9; Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte, 15. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, § 2 kn. 92; Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 35. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2012, kn. 69; Vogel, Joachim, in: Leipziger Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2010, § 242 kn. 1.

<sup>39</sup> Fischer, StGB, § 242 kn. 54; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 127; Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011, § 242 kn. 18; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 131; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 197.

## B. Egemenlik Teorisi Işığında Hırsızlık ve Yağma Suçlarının Tamamlanma Anına İlişkin Açıklamalar

Suçta konu malın ne zaman alınmış sayılacağına ilişkin bugüne kadar birçok teori ortaya konulmuş olmakla birlikte, bu görüşleri dört grup altında incelemek mümkündür: El koyma teorisine (Kontretationstheorie) göre, failin suçta konu mal üzerine elini sürmesi ya da koyması ile suç tamamlanmış sayılmalıdır. Temelde bu düşünceyi hareket noktası sayan, ancak sadece dokunma ile suçun tamamlanmış sayılmasının, sadece kötü niyeti cezalandırmak olacağını bunun da fiil ceza hukukuyla bağdaşmayacağını kabul eden bir görüşe göre ise, suç failin malı bulunduğu yerden kaldırması ile tamamlanmaktadır. Taşıma teorisine (Ablationstheorie) göre ise, suçun tamamlanması için failin malı önceki zilyedin mekân olarak egemenlik kurduğu alandan tamamen çıkarması gerekmektedir. Bu ise malın fail tarafından götürülmesiyle mümkündür. Taşıma teorisi ile birçok yönden benzerlik gösteren, ancak son tahlilde suçun tamamlanması için failin malı zilyedin egemenliğinden tamamen çıkarmasının yanında ayrıca failin mal için önceden hazırladığı, tahsis ettiği yere götürmesini ve böylece gizlemesini diğer bir ifadeyle, failin malı mutlak biçimde güvence altına almış olmasını isteyen teoriye ise aynı teori (Illationstheorie) denilmektedir<sup>40</sup>.

Ancak bugün öğretilde hâkim olan görüşe göre failin mala dokunması veya kaldırması yeterli olmadığı gibi, failin malı mağdurun mekân olarak egemenlik kurduğu yerden taşımış olmasına da gerek yoktur. Yine aynı şekilde failin malı mutlak biçimde egemenliğine sokmuş olması da gerekmemektedir. Günümüzde hâkim olan görüş, egemenlik teorisidir (Apprehensionstheorie)<sup>41</sup>. Buna göre malın alınması kavramından anlaşılması gereken husus, malın bulunduğu yerden kaldırılması suretiyle önceki zilyedin egemenlik alanından çıkarılması ve failin malı kendi nüfuz ve egemenlik alanına sokmasıdır. Bir başka deyişle, malın alınmasından maksat, mal üzerinde mevcut zilyedin sahip olduğu fiili tasarruf imkânının ortadan kaldırılması ve fail lehine yeni bir egemenliğin kurulmasıdır. Bu teorinin, özellikle taşıma teorisinden ve aynı teoriden ayrıldığı husus şudur: Fail aldığı mal üzerinde eski zilyedin herhangi bir engellemesi olmadan egemenliğini kullanabiliyor ve önceki zilyet failin mal üzerindeki egemenliğini bertaraf etmeden o mal üzerinde tekrar tasarrufta bulunamıyorsa, bu husus failin yeni bir egemenlik kurduğunun kabulü için gerekli ve yeterlidir<sup>42</sup>. Dolayısıyla önceki zilyedin, zilyetliği meşru savunmadan doğan hak ve yetkiler ile tekrar ele geçirmesi ya da kesintisiz takipte olduğu gibi ele geçirme ihtimalinin bulunması, suçun tamamlanma anı bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir<sup>43</sup>. Kanun koyucu da, TCK'nın 141. maddesinin gerekçesinde "almak" unsurundan ne anlaşılması gerektiğini, bu düşünceden hareketle açıklamıştır: "Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf

<sup>40</sup> Bu teoriler hakkında Centel/Zafer/Çakmut, s. 330 vd.; Koca/Üzülmez, s. 529 vd.; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 367 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 668; Eser, Albin, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (S/S-StGB), 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, § 242 kn. 37; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 kn. 25; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 83.

<sup>41</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 331 vd.; Koca/Üzülmez, s. 530; Soyaslan, s. 368; Tezcan/Erdem/Önok, s. 668; Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 37; Fischer, StGB, § 242 kn. 11; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 15; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 kn. 25; Rengier, BT 1, § 2 kn. 23; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 83.

<sup>42</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 38; Fischer, StGB, § 242 kn. 17; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 15; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 111, 121; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87.

<sup>43</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87.



haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır.”

Buraya kadar ki belirlemelerden de anlaşılacağı üzere, kesintisiz takip doktrini, zilyetlik kaybının anının, yani suçun tamamlanması anının belirlenmesinde yol gösterici kabul edilmemelidir<sup>44</sup>. Bu anlamda Yargıtay’ın yağma suçları bakımından egemenlik teorisini doğru ve eksiksiz biçimde uyguladığı ortadadır. Uygulamada sorun hırsızlık suçunun tamamlanma anının belirlenmesindedir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, uygulamada yaşanan ve eleştiriye açık problem, Yargıtay’ın suçun tamamlanma anının belirlenmesinde öğretiden farklı olarak egemenlik teorisi dışında bir başka teoriyi kabul etmesinden değil, kabul ettiği egemenlik teorisini hatalı uygulamasından kaynaklanmaktadır. Yoksa Yargıtay’da almak unsuru bakımından eskiden beri verdiği kararlarında egemenlik görüşünü üstün tutmaktadır<sup>45</sup>. Ancak Yargıtay, eşya üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmuş olmasını, kesintisiz takibin var olup olmadığı şeklinde anlamakta ve böylece hırsızlık suçunun tamamlanmasıyla bir ilgisi bulunmayan bazı kıstasları da değerlendirmeye almaktadır<sup>46</sup>.

Ancak kesintisiz takip doktrinin herhangi bir bilimsel temele dayanmadığı göz önünde bulundurulduğu zaman<sup>47</sup>, egemenlik teorisine göre yapılacak değerlendirmede suçun tamamlanma anının belirlenmesinde malın alınmasının tek kıstas kabul edilmesi gerektiği ortadadır. Bunun için de, malın zilyedin egemenlik alanından çıkartılarak fail veya üçüncü kişi lehine yeni bir fiili hâkimiyetin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir<sup>48</sup>. Bu tespit önemlidir. Malın alınmış olduğu kabul edildiği andan itibaren, failin malı güvence altına almak, takipçilerden kurtulmak, kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için, cebir veya tehdit kullanması halinde hırsızlık suçu yağmaya dönüşmemektedir; zira kesintisiz takibin de dâhil olduğu bu gibi hallerde egemenlik teorisine göre alma unsurunun gerçekleşmediğini söylemek mümkün değildir<sup>49</sup>. Unutulmamalıdır ki, egemenlik teorisine göre alma unsurunun tamamlanması bakımından failin mal üzerinde fiili tasarruf kudretini sağlaması gerekli ve yeterli olup, yeni fiili hâkimiyetini sağlamlaştırması veya güvenceye kavuşturması gerekmemektedir<sup>50</sup>.

### C. Egemenlik Teorisinin Somut Olaylara Uygulanması

Kesintisiz takibin ve Yargıtay’ın uyguladığı diğer kıstasların, suçun tamamlanma anı bakımından herhangi bir öneme sahip olmadığını belirledikten sonra yapılması gereken, malın alınmış sayıldığı ve böylece suçun tamamlanmış olacağı bazı durumları örnekler üzerinden göstermek ve bu sayede suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında failin icbar araçlarını kullanması nedeniyle dolaylı yağmaya konu olabilecek bazı örnekleri göstermektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, zilyetliğin el değiştirmesinin değerlendirilmesinde temel alınması gereken egemenlik teorisine göre, mala sırf dokunma yeterli olmadığı gibi, eşyanın götürülmesi veya

<sup>44</sup> Koca/Üzülmez, s. 542 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 669, 698, 712 vd.

<sup>45</sup> Yar. 6. CD., 26.01.1987, 297/565: “TCK’nın 491. maddesinde tanımlanan hırsızlık cürmünün oluşabilmesi için, mağdurun fiili egemenlik alanında ve tasarruf alanında bulunan bir malın failin egemenlik alanına geçmesi gerekir.” (karar için Koca/Üzülmez, s. 530 dn. 95).

<sup>46</sup> Koca/Üzülmez, s. 543.

<sup>47</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 713.

<sup>48</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 38; Fischer, StGB, § 242 kn. 17; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 15; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 111 121; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87.

<sup>49</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 713.

<sup>50</sup> Koca/Üzülmez, s. 543; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 111, 121; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 94.

bir yere saklanmış olması da gerekli değildir. Fail tarafından suça konu mal üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulup kurulmadığına, günlük yaşam tecrübeleri çerçevesinde somut olayın koşullarına göre karar verilmelidir<sup>51</sup>. Önceki zilyet failin mal üzerindeki egemenliğini haklı bir saldırı ile bertaraf etmeden o mal üzerinde yeniden kendi hâkimiyetini kuramıyorsa, suçun tamamlandığı kabul edilecektir<sup>52</sup>. Fail tarafından kurulan egemenliğin yeni bir fiili hâkimiyet olup olmaması hususunda belirlemeler yapılırken, suça konu malın zilyetliğinin tehlikede bulunup bulunmadığının da bir önemi yoktur<sup>53</sup>. Önemli olan husus, sosyal yaşamın kurallarını belirleyen teamüller çerçevesinde, önceki zilyedin mal üzerinde zilyetliğini tekrar kazanabilmesi için dikkate değer davranışlara başvurmalarının gerekip gerekmediğidir<sup>54</sup>. Bu soruya verilecek yanıt olumlu ise, suç tamamlanmıştır. Buna karşın failin kendi tasavvuruna göre, burada bu tasavvur belirlenirken üçüncü bir kişinin bakış açısının da dikkate alınması gerekmektedir<sup>55</sup>, malı önceki zilyedin egemenlik alanından tamamen çıkartmış olması ya da kesintili veya kesintisiz takip sonrası olsun kendisi açısından güvenli bir yere götürmesi gibi hususlar suçun sona erme anının belirlenmesinde rol oynamaktadır<sup>56</sup>.

Bu açıklamalar ışığında belirtilmesi gereken en önemli husus, failin yeni bir fiili hâkimiyet kurup kurmadığına dair yapılacak olan belirlemelerde somut olayın özelliklerinin ve günlük hayat tecrübesinin de dikkate alınmasının zorunlu oluşudur. Dolayısıyla suçun tamamlanma anının belirlenmesinde, suça konu malın büyüklüğü, ağırlığı, önceki zilyedin ve failin mala olan yakınlığı, malın bulunduğu yer gibi hususların tamamı birlikte değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir<sup>57</sup>. Ancak dikkat edilmesi gereken ana kural şudur: Fail kapalı bir mekân içinde suça konu mal ile önceki zilyedin egemenlik alanında bulunuyorsa, hırsızlık tamamlanmış ancak henüz sona ermemiştir. Bu alanın terk edilmesi, suçun sona erme anı bakımından önemli, buna karşın suçun tamamlanma anı bakımından etkisizdir. Dolayısıyla failin suça konu mal ile önceki zilyedin egemenlik alanından çıkmasından sonra yakalanması veya çaldığı eşyadan yararlanmaya fırsat bulamaması suçun tamamlanması açısından herhangi bir etkiye sahip değildir. Yine failin kesintisiz takip gibi bir nedenle mal üzerindeki fiili hâkimiyeti güvence altına alamamış olması halinde, suç tamamlanmış ancak henüz sona ermemiştir. Böylesi bir takip sonucu failin yakalanması halinde, failin teşebbüsten dolayı değil, tamamlanmış hırsızlıktan dolayı cezalandırılması gerekmektedir. Buna karşın failin kesintisiz takibe rağmen, bu takipten kurtulması halinde ise tamamlanmış olan hırsızlık artık sona ermiştir<sup>58</sup>.

Egemenlik teorisinin somut olaylara uygulaması ise yukarıdaki açıklamalar ışığında şu şekilde özetlenebilir: Para, cüzdan gibi küçük, kolay taşınabilen ve hafif malların suça konu olan mal olduğu

<sup>51</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 331 dn. 83; Koca/Üzülmez, s. 540; Tezcan/Erdem/Önok, s. 669; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 637.

<sup>52</sup> Koca/Üzülmez, s. 540; Tezcan/Erdem/Önok, s. 669; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 637; Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 38; Fischer, StGB, § 242 kn. 17; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 15; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 111, 121; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87, 94.

<sup>53</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87, 94, 99, 104.

<sup>54</sup> Koca/Üzülmez, s. 541; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 93.

<sup>55</sup> Arzt, Günther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 3. neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst Werner Gieseking, Bielefeld, 2015, § 13 kn. 39; Fischer, StGB, § 242 kn. 11; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 kn. 16.

<sup>56</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 73; Fischer, StGB, § 242 kn. 54; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 197.

<sup>57</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 93.

<sup>58</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 87 vd., 91 vd., 193 vd. Bu açıklamalar hırsızlığın elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenmesi halinde de geçerlidir.

hallerde, fail, eğer bu malları cebine, elbisesine ya da kolayca taşınabilen diğer bir mahfaza içine saklamışsa, bu eşyalar üzerinde fiili hâkimiyetin kurulduğu kabul edilmelidir. Failin çalmak için diğer başka bazı malları araması bu kabulü değiştirmez. Bu, bir misafirin ya da ev çalışanının bir malı kendi cebine ya da çantasına koyması örneklerinde olduğu gibi failin ve hırsızlığa konu malın mekânsal olarak önceki zilyedin egemenlik alanında bulunması durumlarında da geçerlidir. Yine failin konut dokunulmazlığını ihlal suretiyle işlediği eylemlerde de benzer düşüncelerden hareket edilmelidir. Dolayısıyla, failin örneğin ev, işyeri gibi önceki zilyedin egemenlik alanında hâlihazırda bulunduğu ve hırsızlık suçunu işlediği örneklerde de tamamlanmış hırsızlık suçu mevcuttur. Failin henüz evden ya da işyerinden çıkmadan mağdurla karşılaşması sonucu değiştirmemektedir. Tamamlanmış olan hırsızlık suçu, failin evi veya işyerini terk etmesi ile birlikte sona ermiştir<sup>59</sup>.

Buna karşın, failin önceki zilyedin egemenlik alanında bulunması ancak suça konu malın küçük, kolay taşınabilen ya da hafif bir eşya olmaması durumunda ise farklı bir değerlendirme yapılmakta, suçun failin mekânsal egemenlik sahasını terk etmesi ile tamamlandığı kabul edilmektedir. Örneğin evdeki bir televizyonun alınması halinde, bu televizyon üzerinde fiili hâkimiyeti fail, evi terk eder etmez tesis etmiş olur<sup>60</sup>.

Kendi kendine hizmet verilen alış veriş alanlarında yapılan hırsızlık suçlarında da somut olayın özellikleri ve günlük hayat tecrübesi dikkate alınmalıdır. Bu yerlerde yapılan hırsızlık suçlarında ana kural şudur: Fail tarafından kurulan fiili hâkimiyetin ödeme yapılabilecek son kasanın pas geçilmesiyle birlikte tamamlandığı, mekânsal egemenlik alanından çıkılmasıyla birlikte de sona erdiği kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Hırsızlık suçu anlamında bu tür alış veriş alanlarında zilyetlik devri kasada olduğuna göre, failin kendisine veya bir başkasına malın değerini ödememek suretiyle haksız yarar sağlamak kastıyla malı başka bir malın içine koyması ya da alış veriş arabasına koymasına rağmen üstünü örneğin bir kıyafet ile saklaması halinde ise, fail henüz fiili hâkimiyeti sağlamamıştır<sup>62</sup>. Ayrıca hırsızlık suçunun hareket kısmını oluşturan “alma” eyleminin nasıl yapıldığının bir öneminin olmamasından dolayı, malın alınmasının gizlice yapılmasının suçun tamamlanması açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle bu tür alış veriş alanlarında kişilerin video kamera, özel güvenlik gibi önlemlerle gözetleniyor olması ya da malların üzerinde elektromanyetik güvenlik etiketi bulunması belirleyici değildir<sup>63</sup>. Zilyetlik devrinin nihai ve güvenli biçimde olması hırsızlığın tamamlanmış sayılması için şart olmadığına göre, failin bu tür güvenlik önlemleri sayesinde kasadan önce yakalanması halinde teşebbüs, kasa ile çıkış kapısı arasında yakalanması halinde ise tamamlanmış hırsızlık, işyerinin terk edilmesi halinde ise sona ermiş hırsızlık mevcuttur<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Koca/Üzülmez, s. 541; Tezcan/Erdem/Önok, s. 670; Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 39; Fischer, StGB, § 242 kn. 20; Hoyer, Andreas, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, (SK-StGB), Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln, § 242 kn. 28; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 16; Rengier, BT 1, § 2 kn. 25; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 125; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 96.

<sup>60</sup> Koca/Üzülmez, s. 542; Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 39; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 58; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 123; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 97.

<sup>61</sup> Fischer, StGB, § 242 kn. 54.

<sup>62</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 kn. 26; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 101.

<sup>63</sup> Koca/Üzülmez, s. 542; Tezcan/Erdem/Önok, s. 669; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 13 kn. 58; Fischer, StGB, § 242 kn. 18; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 16; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 kn. 26; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 126; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 99, 104.

<sup>64</sup> Fischer, StGB, § 242 kn. 54; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 100 vd., 193 vd., 196 vd.



Ancak bazı durumlarda bu ana kurala istisnalar getirildiği görülmektedir. Bu durum özellikle hırsızlığa konu malın küçük, kolay taşınabilen ya da hafif bir eşya olması ve böylesi bir malın fail tarafından cebine ya da kolay taşınabilen bir mahfaza konulmasında söz konusu olmaktadır. Bu hallerde suçun, fail gözetleniyor olsa da, failin malı çantasına, cebine sokmasıyla tamamlandığı kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Benzer değerlendirme malın fail tarafından yenilmesi, içilmesi hallerinde de geçerlidir<sup>66</sup>. Buna karşın malın küçük, kolay taşınabilen ya da hafif bir eşya olmaması halinde ise ana kural geçerlidir. Kıyafet hırsızlığı da bu ayırım çerçevesinde ele alınmaktadır<sup>67</sup>.

#### IV. Dolaylı Yağma Suçu

##### A. Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesinin Özel Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hırsızlık ve yağma suçlarında suçun tamamlanma anı ile sona erme anı farklı zamanlarda gerçekleşebilmektedir. Ancak hırsızlık ve yağmanın “sırf hareket suçunun” özel görünüş şekli olarak, “neticesi kesik suç” olarak kabul edilmesi ve bu suçlarda tamamlanma anı ile sona erme anının her zaman çakışmaması, bu suçların mütemadi suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz<sup>68</sup>. Zira kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun örnek olarak verilebileceği mütemadi suçlarda fiilin icrası devam ettiği sürece, fiilin ifade ettiği haksızlık da işlenmeye devam etmektedir. Mütemadi suçlarda, sadece haksız duruma sebebiyet vermek değil, bununla birlikte onun sürdürülmesi de kanuni tipikliği gerçekleştirmektedir. Mütemadi suçlarda adeta devamlı bir şekilde yenilenen suç esasen hukuka aykırı durumun gerçekleşmesiyle tamamlanmakta ve bu durumun ortadan kaldırılmasıyla bitmektedir<sup>69</sup>. Buna karşın, hırsızlık ve yağma suçları ani suçlardır<sup>70</sup>. Ani suçlar, bilindiği üzere genel olarak hareketten doğan neticenin devam etmeyip, derhal sona erdiği suçlar olarak tanımlanmaktadır<sup>71</sup>. Ancak hırsızlık ve yağmanın hem ani suç hem de sırf hareket suçu olduğu düşünüldüğünde, bu tanımın bir kez daha gözden geçirilmesi gerekir. Bu suçlarda tipiklikte yer alan hareket yapılı yapılmaz, yani mal alınır alınmaz suç tamamlanır. Bu aşamadan sonra failin hangi amaç veya saikle olursa olsun başka bir suçun tipikliğinde, örneğin cebir suçu, tehdit suçu, kasten yaralama suçu, yer alan hareketleri gerçekleştirmesi halinde biri diğerinin unsuru ya da nitelikli hali olmayan iki birbirinden farklı ve dolayısıyla bağımsız suç oluşacaktır. Bu iki farklı suçun bileşik suç hükümleri çerçevesinde cezalandırılması kanunilik ilkesi gereğince ancak Kanun’da bu yönde özel bir düzenlemenin varlığı halinde mümkündür.

Bütün bu açıklamaların önemi şudur: Bilindiği üzere mütemadi suçlarda, suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında, iştirakin her şekliyle bu suçlara katılmak mümkündür<sup>72</sup>. Yine bu suçlarda tamamlanma ile sona erme arasında suçun nitelikli halinin işlenmesi mümkündür. Örneğin kişiyi hürriyetinden

<sup>65</sup> Koca/Üzülmez, s. 541; Eser, in: S/S-StGB, § 242 kn. 39; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 60; Lackner/Kühl, StGB, § 242 kn. 16; Rengier, BT 1, § 2 kn. 25; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 102.

<sup>66</sup> Fischer, StGB, § 242 kn. 18; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 242 kn. 60; Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 102.

<sup>67</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 242 kn. 103.

<sup>68</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 382; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 603.

<sup>69</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 119.

<sup>70</sup> Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 334; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 133.

<sup>71</sup> Soyaslan, s. 81.

<sup>72</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 118 vd.





yoksun bırakma suçunda fail, mağdurun iradesine uygun olarak hareket etmesini, suçun temel şeklindeki gibi ile kısıtlamış, ancak bu kısıtlamanın devam etmesini sağlamak için suçun sona ermesinden önce silah kullanmış olabilir. Böylesi bir durumda failin suçun nitelikli halinden dolayı cezalandırılacağı aşikârdır.

Ancak bu düşünce, hırsızlık ve yağma suçlarına aktarılamaz; zira bu suçlar ani suçlardır. Dolayısıyla öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, her ne kadar bu suçlarda suçun tamamlanması ve sona ermesi anları farklı zamanlarda olabilmekteyse de, suçun tamamlanması ile sona ermesi arasında hırsızlık veya yağma suçlarının nitelikli hallerinin gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı gibi, bu zaman aralığında icbar araçlarına başvurulması halinde yağma suçunun unsuru olan hırsızlık suçu yağmaya dönüşmemektedir<sup>73</sup>. Öyleyse sorulması gereken en önemli soru şudur: Hırsızlık veya yağma suçlarının tamamlanmasından sonra ve fakat sona ermesinden önce failin, malın hâkimiyetini güvence altına almak veya yakalanmamak gibi nedenlerle mağdura ya da olaya müdahale eden üçüncü kişiye karşı icbar araçlarını kullanması halinde, failin sorumluluğu nasıl belirlenmelidir?

Yukarıda da açıklandığı üzere, TCK'da bu soruya ilişkin özel bir normun bulunmamasından dolayı, uygulamada hırsızlık veya yağma suçlarının tamamlanmasından sonra ve fakat bitmesinden önce kullanılan cebir veya tehdidin eylemi dolaylı yağmaya dönüştürmediği, hırsızlık veya yağma suçlarının yanı sıra başka suçların oluştuğu ve bu durumda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakış açısı, olan hukuk çerçevesinde, teorik açıdan doğrudur<sup>74</sup>; zira aksinin kabulü bu suçların mütemadi suç olarak değerlendirilmesine yol açacaktır. Ancak ifade edilmelidir ki, suça konu olan malı aldıktan sonra o mal üzerinde zilyetliğini güvence altına almak ya da yakalanmamak için cebir veya tehdide başvuran failin fiilinin haksızlık içeriğinin yağma suçunu işleyen failin fiilinin haksızlık içeriğiyle örtüştüğü ya da en azından önemli ölçüde benzeştiği kabul edilmelidir. Gerçekten de yağma suçu ile haksızlık içeriği bakımından aynı ağırlığa sahip olan bir fiilin örneğin hırsızlık ve duruma göre ayrıca cebir veya tehdit ya da kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılması, işlenen fiilin haksızlık içeriğini karşılamamaktadır<sup>75</sup>.

İşte tam da bu nedenden dolayı mülga TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suça 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesi izlenmesi gereken suç politikası çerçevesinde doğru olmamıştır<sup>76</sup>. “Yağmacı” ile “yağmacı hırsız” gerek psikolojik olarak gerekse de normatif olarak aynı kategoride değerlendirilmelidir; zira malı elinde bulundurmak için icbar araçlarına başvuran hırsızın, cebir veya tehdide malın alınması sırasında, yani suçun henüz tamamlanmadığı zaman dilimi içinde, mağdur veya üçüncü kişi ile karşılaşmış olması halinde de başvurmuş olacağı kesindir, zira “almak” eylemi bir sürece işaret eder. Bu süreç, mal üzerindeki önceki zilyedin zilyetliğinin gevşetilmesini, kırılmasını ve daha sonra fail tarafından mal üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmasını ve en son olarak da bu yeni

<sup>73</sup> Artuç, s. 351 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 382, 386; Koca/Üzülmez, s. 601 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 704 vd.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 17 kn. 10; Eser, in: S/S-StGB, § 249 kn. 6; Fischer, StGB, § 249 kn. 6; Hoyer, in: SK-StGB, § 249 kn. 26 vd.; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 249 kn. 27; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 kn. 21; Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015, s. 508 vd.; Rengier, BT 1, § 7 kn. 22; Sander, Günther M., in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017, § 249 kn. 28; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 344; Vogel, in: LK-StGB, § 249 kn. 33.

<sup>74</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 386, 392 vd.; Koca/Üzülmez, s. 601; Tezcan/Erdem/Önok, s. 713.

<sup>75</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 712.

<sup>76</sup> Koca/Üzülmez, s. 598 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 710 vd.

zilyetliğin güvenceye alınmasını ifade eder<sup>77</sup>. Dolayısıyla fiili hâkimiyetin kurulması ile hırsızlığın tamamlanmasından sonra cebir veya tehdide başvuran hırsız da artık yağmacı kabul edilmelidir<sup>78</sup>.

Dolaylı yağmaya ilişkin özel hükme ihtiyaç duyulmasının tek nedeni ceza hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesidir. Yağmacı hırsız, yağma suçundan dolayı cezalandırmak mümkün değildir; zira yağma suçunun uygulama alanı, tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi, alma eyleminin tamamlanması ile son bulmaktadır<sup>79</sup>. Daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir olayda failin sadece cebir veya tehdit araçlarına başvurusu, yağma suçunun o olayda mutlaka kabul edilmesini zorunlu kılmaz. Yağma suçunun tipikliğinin kabulü için, failin cebir veya tehdide malın alınması amacıyla başvurusu gerekmektedir<sup>80</sup>. Buna karşın, alınmış olan malın zilyetliğini korumak veya yakalanmamak için cebir veya tehdide başvuran failin, yağma suçundan dolayı cezalandırılması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlalidir<sup>81</sup>.

## B. Türk Ceza Kanunu'nda Yapılması Gereken Değişikliklere İlişkin Değerlendirme

Şu ana kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK'da mehaz Alman Ceza Kanunu'nun 252. paragrafındaki düzenleme ışığında bazı değişikliklerin yapılması uygun olacaktır. Bu düzenlemeye göre "Her kim, hırsızlık suçunu işlerken suçüstü rastlandığı sırada, çaldığı malı elinde bulundurmaya devam etmek için, insana karşı cebir kullanır veya onu vücut veya hayat için hâlihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederse, yağma suçunun faili gibi cezalandırılır." Buna göre dolaylı yağmanın unsurları şu şekilde belirtilebilir: 1. Bir ön suç mevcut olmalıdır. 2. Bu ön suç tamamlanmış ancak sona ermemiş olmalıdır. 3. Faille suçüstü durumunda karşılaşılmalı ve fiil henüz yeniyken fail cebir veya tehdide başvurmuş olmalıdır. 4. Fail icbar araçlarına malı elinde bulundurmaya devam etmek için, malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için başvurmalıdır. 5. İcbar araçları önceki zilyede veya olaya müdahale eden üçüncü kişilere karşı kullanılmalıdır.

<sup>77</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 3, 5.

<sup>78</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 17 kn. 18; Rengier, BT 1, § 10 kn. 1; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 395.

<sup>79</sup> Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 2; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 3; Mitsch, BT 2, s. 548; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 6.

<sup>80</sup> Artuç, s. 351 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 382; Koca/Üzülmmez, s. 601 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 704 vd.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 17 kn. 10; Eser, in: S/S-StGB, § 249 kn. 6; Fischer, StGB, § 249 kn. 6; Hoyer, in: SK-StGB, § 249 kn. 26 vd.; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 249 kn. 27; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 kn. 21; Mitsch, BT 2, s. 508 vd.; Rengier, BT 1, § 7 kn. 22; Sander, in: MüKo-StGB, § 249 kn. 28; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 344; Vogel, in: LK-StGB, § 249 kn. 33.

<sup>81</sup> Bu nedenle şu kararlara katılmak mümkün değildir: Yar. 13. CD., 14.03.2017, E: 2015/15290, K: 2017/2470: "5237 Sayılı TCK'da dolaylı yağma suçuna yer verilmediği, yağma suçunun oluşabilmesi için cebir ve tehdidin malın alınması sırasında veya hırsızlık suçu tamamlanmadan malın götürülmesi sırasında malın geri alınmasını önlemek amacıyla kullanılması gerektiği, somut olayda, sanığın raflardan aldığı iki adet kaşar peynirini tişörtünün altına saklamasından sonra, market görevlilerinin kendisini durdurup üzerinde parasını ödemediği markete ait eşya olup olmadığını sorduklarında, sanığın suça konu malı korumak amacıyla belindeki bıçağı çıkartmak istediği sırada görevlilerin sanığa müdahale edip yakaladıklarının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 149/1-a-d, 150/2 ve 35. maddelerinde düzenlenen "işyerinde silahla yağma suçuna teşebbüs" suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." (karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası). Yar. 6. CD., 24.01.2011, E: 2008/14043, K: 2011/338: "Yakınanın arıza yapan kamyonunun altında arızayı gidermeye çalışırken, sanığın kamyonun şoför mahallinin açık olan kapısından girip, parasını ve cep telefonunu aldığı, bu sırada yoldan geçmekte olan açık kimliği dosyaya yansımamış bir kişinin yakınını uyarması üzerine, olduğu yerden çıkan yakınanın, sanığın kamyonun şoför mahallinden dışarıya yöneldiği olay yerine yakın ve görececek biçimde bekleyen diğer sanıklarla buluşup bisikletle kaçmaya çalıştığı bu şekilde zanlıları yakalayacağı sırada sanığın bıçağı çıkarıp, yakınana "gelme yakarız" diyerek tehdit ettiği, yakınanın bunun üzerine takibi bıraktığının anlaşılması karşısında; eylemin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (karar için bkz. Eker, Yağma Suçları, s. 50).

Dolaylı yağma için gerekli olan ön suç hırsızlık veya yağma suçlarıdır. Buna karşın ön suç olan hırsızlığın veya yağmanın daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin mevcut olması, suça konu olan malın değerinin az olması ya da hırsızlığın şikâyet koşuluna bağlı olması önemli değildir. Aynı şekilde ön suç olan hırsızlığın veya yağmanın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de mevcut olması dikkate alınmamaktadır. Diğer bir ifadeyle dolaylı yağma ön suç olarak hırsızlık veya yağma suçlarını aramakta, somut olayda bu suçların nitelikli hallerinin mevcut olup olmamasına bir değer atfetmemektedir<sup>82</sup>.

Ancak ön fiilin, hırsızlığın veya yağmanın tipikliğinde yer alan tüm objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirilmesi ve ayrıca bu ön fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ön fiilin failinin aynı zamanda kusurlu olmasının gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır. Bilindiği üzere kusurluluk haksızlığın bir unsuru değildir ve bu nedenle ön fiilin failinin kusurlu olması gerekmediği kabul edilebilir<sup>83</sup>. Ancak dolaylı yağma iki aşamalı bir suçtur. Bu suçta ön suç olarak adlandırılan hırsızlık veya yağma ilk aşamayı, bunların tamamlanması ile bitmesi arasındaki zaman aralığında fail tarafından icbar araçlarının kullanılması ise ikinci aşamayı oluşturmaktadır. Bu nedenle ön suçun failinin cezalandırılabilirliği olması da aranmalıdır. Öyleyse ön fiilin failinin kusurlu olması gerekmektedir<sup>84</sup>.

Dolaylı yağmanın bir diğer unsuru, ön suç olan hırsızlığın veya yağmanın tamamlanmış ve fakat henüz sona ermemiş olmasıdır. Dolayısıyla ön suçun sona ermesi ile dolaylı yağma suçunun zaman bakımından uygulanma imkânı da ortadan kalkmış olur. Öyleyse ön suç olan hırsızlığın veya yağmanın sona ermesinden sonra başvuru icbar araçları dolaylı yağma çerçevesinde değerlendirilmeyecektir<sup>85</sup>.

Dolaylı yağmadan söz edilebilmesi ayrıca faille suçüstü durumunda karşılaşmış ve fiil henüz yeniyken fail tarafından cebir veya tehdide başvurulmuş olmalıdır. Faille suçüstü karşılaşmış olması ve fiilin yeni olması öğretiyeye göre dolaylı yağma suçunda aynı anda mevcut olması gereken, birbirinden bağımsız iki şarttır. Ancak bu sayede dolaylı yağmanın hırsızlık veya yağma suçuna olan yakınlığı ve failin yağma fiilinin faili ile aynı şekilde cezalandırılmasının nedeni ortaya konulmakta, diğer taraftan da suç tipinin uygulama alanına mekânsal ve zamansal olarak bir sınırlama getirilmektedir<sup>86</sup>. Bu nedenle bisikleti çalınan bir kişinin bir hafta sonra yolda yürürken çalınan bisikletini görmesi sonucu, malını geri almak için harekete geçmesi ancak failin malı vermemek için icbar araçlarına başvurusu halinde dolaylı yağmadan bahsetmek mümkün değildir<sup>87</sup>. Dolayısıyla dolaylı yağmadan bahsedilmek için öncelikle failin ya bizzat suç yerinde ya da failin ön suçu işlediği yere doğrudan doğruya yakın bir yerde bulunuyor olması ve ayrıca fail ile suç yerinde veya yakınında suçüstü karşılaşmış olması gerekmektedir<sup>88</sup>. Bu

<sup>82</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 3; Fischer, StGB, § 252 kn. 3; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 6; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 2; Rengier, BT 1, § 10 kn. 4; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 5; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 396; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 12 vd.

<sup>83</sup> Bu yönde Mitsch, BT 2, s. 554.

<sup>84</sup> Aynı görüşte Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 11.

<sup>85</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 3; Fischer, StGB, § 252 kn. 4; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 5; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn.12; Rengier, BT 1, § 10 kn. 5; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 7; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 397; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 34, 39.

<sup>86</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 4; Fischer, StGB, § 252 kn. 5; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 7; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 14; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 kn. 41; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 397; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 38.

<sup>87</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 5.

<sup>88</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 4; Fischer, StGB, § 252 kn. 5; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 kn. 41; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 400.



nedenle fiil tazeliğini ön suçun sona ermesinden önce de istisnai olarak kaybetmiş olabilir. Böyle bir durumda ön suçun sona ermesinden önce başvuru icbar hareketlerini ayrı bir eylem olarak değerlendirmek mümkündür. Bu duruma örnek olarak öğretide, failin malı aldıktan sonra fark ettirmeden olay yerinden uzaklaşması gösterilmektedir<sup>89</sup>. Bu halde, mağdurun hırsızlığı kısa bir süre sonra olsa da fark etmesi ve faili aramaya başlaması sonucu değiştirmemektedir<sup>90</sup>. Buna karşın suçüstü hali, kesintisiz takibin söz konusu olduğu örneklerdeki gibi, takip ne kadar uzun süre sürerse sürsün ve fail olay yerinden ne kadar uzaklaşırsa uzaklaşsın, malın alınmasından sonra başvuru icbar durumunda tartışmasız şekilde kabul edilmelidir<sup>91</sup>. Yine aynı şekilde failin henüz önceki zilyedin mekânsal olarak egemenlik alanında bulunduğu hallerde de aynı yorum yapılmalıdır<sup>92</sup>.

Dolaylı yağmadan bahsedilmek için ayrıca faille karşılaşmış olması gerekmektedir. Bu ise, faille gerçek bir kişinin karşılaşması olarak anlaşılmaktadır, dolayısıyla failin örneğin video kamera ile gözetleniyor olması ya da bir bekçi köpeği ile karşılaşması tipikliğin gerçekleşmesi açısından yeterli değildir<sup>93</sup>. Buna karşın, tipiklik bakımından karşılaşmanın, failin üçüncü bir kişi tarafından algılanması, izlenmesi ve bundan dolayı cebir veya tehdide başvurusu halinde gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>94</sup>. Hatta öğretiyeye göre tipiklik karşılaşmanın, icbar hareketlerinin suçun tamamlanmasından sonra yapılması şartıyla, ön suçun tamamlanmasından önceki, yani ön suçun henüz teşebbüs ve tamamlanma aşaması arasındaki bir zaman aralığına denk gelmesi halinde de mevcuttur. Bu duruma örnek olarak da, işyerlerinde yapılan hırsızlıklar gösterilmektedir. Öğretiye göre örneğin özel güvenliğinin, failin hareketlerinden şüphelenmesi üstüne bu kişiyi göz hapsine aldığı durumlarda dahi, failin küçük, kolay taşınabilen bir malı cebine koymak suretiyle mal üzerinde fiili hâkimiyeti kurduktan sonra icbar araçlarına başvurusu halinde de dolaylı yağma söz konusu olacaktır<sup>95</sup>. Faille karşılaşan kişi, malın sahibi, zilyedi olabileceği gibi olaya müdahale eden üçüncü bir kişi ve hatta faille kim olduğunu soran apartmana giren bina sakini örneğinde olduğu gibi olay yerine gelen, failin eyleminden habersiz herhangi bir kişi de olabilir<sup>96</sup>.

Son olarak belirtmelidir ki, fail icbar araçlarına malı elinde bulundurmaya devam etmek için, malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için başvurmalıdır. Bu şart, suçun ancak kasten işlenebileceğine ve ayrıca failde özel kastın bulunması gerektiğine işaret etmektedir<sup>97</sup>.

Tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları bu şekilde belirlendikten sonra, TCK'ya eklenecek maddenin şu şekilde formüle edilmesi uygun olacaktır: "Her kim, hırsızlık veya yağma sonucu malı aldıktan sonra, suçüstü karşılaşıldığı sırada malı elinde bulundurmaya devam etmek için ya da malı kaçırmak yahut

<sup>89</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 38.

<sup>90</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 4; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 400; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 38.

<sup>91</sup> Fischer, StGB, § 252 kn. 7; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 8; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 4; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 12; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 40, 57.

<sup>92</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 36.

<sup>93</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 21.

<sup>94</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 4; Fischer, StGB, § 252 kn. 6; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 13;

Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 35 kn. 41; Rengier, BT 1, § 10 kn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT 2, kn. 401; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 21 vd.

<sup>95</sup> Fischer, StGB, § 252 kn. 6; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 33.

<sup>96</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 5.

<sup>97</sup> Fischer, StGB, § 252 kn. 9.

kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için malın zilyedine veya olay yerindeki başka bir kişiye karşı cebir veya tehdide başvurursa, yağma suçunun faili gibi cezalandırılır.”

Bu şekilde kaleme alınması uygun görülen dolaylı yağma suçu, ne hırsızlık suçunun ne de yağma suçunun nitelikli halidir. Dolayısıyla dolaylı yağma suçu, ön suçlardan tamamen ayrı, bağımsız bir suçtur<sup>98</sup>.

Son olarak suçun özel görünüş şekillerinden bahsetmek gerekir. Dolaylı yağma suçu hırsızlık veya yağma suçları gibi sırf hareket suçudur ve neticesi kesik suçtur<sup>99</sup>. Dolayısıyla suçun oluşması için failin icbar araçlarına malı elinde bulundurmaya devam etmek için, malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için başvurması zorunlu ve yeterlidir. Failin bu maksada ulaşmış olması gerekmez<sup>100</sup>. Dolaylı yağma suçu, failin icbar araçlarına başvurması ile tamamlanmış sayılır<sup>101</sup>. Bu nedenle failin suça konu malı bırakması, kendisi fark etmese dahi düşürmesi gibi hususlar suçun tamamlanması bakımından önemsizdir<sup>102</sup>. Teşebbüs, ancak silahın tutukluk yapması örneğinde olduğu gibi, çok istisnai hallerde mümkündür<sup>103</sup>.

Dolaylı yağma suçunun faili, ön suçu fail sıfatıyla işleyen kişidir<sup>104</sup>. Ön suçun birden fazla kişi tarafından işlenmiş ancak icbar araçlarına sadece bir fail tarafından başvurulmuş olması halinde ise genel kurallara başvurulmalıdır. Müşterek faillerden birinin aralarındaki anlaşmaya aykırı bir biçimde icbar araçlarına başvurması halinde, dolaylı yağmadan sadece cebir veya tehdide başvuran fail sorumlu olacak, diğer müşterek fail ise sadece ön suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır<sup>105</sup>.

İçtima hususunda ise dikkat çekilmesi gereken nokta, ön suçun haksızlığının dolaylı yağma suçunun haksızlığında eridiği kabul edilmekte ve dolayısıyla fail sadece dolaylı yağmadan sorumlu tutulmakta, faile ön suçtan dolayı ayrıca ceza verilmemektedir<sup>106</sup>.

## V. Sonuç

765 sayılı mülga TCK’da oldukça kazuistik düzenlenen yağma suçuna ilişkin hükümlerin, 5237 sayılı TCK’nın hazırlık aşamalarında sadeleştirilmeye çalışılması yerinde bir çaba olmakla birlikte; 5237 sayılı TCK’da dolaylı yağma suçunun düzenlenmemiş olması eleştiriye açık bir husustur. Ancak Kanun Koyucu’nun bu tercihinin nedeninin Yargıtay’ın “kesintisiz takip” doktrini olduğunun da altı çizilmelidir. Hatta dolaylı yağmayı bağımsız bir suç olarak düzenleyen 765 sayılı mülga TCK’nın 495. maddesinin 2. fıkrasına 5237 sayılı TCK’da yer verilmemesinin sebebinin bu doktrin olduğunu iddia etmek abartılı olmayacaktır. Zira bu doktrin uyarınca Yargıtay failin kesintisiz takip sonucu yakalanması

<sup>98</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 1; Fischer, StGB, § 252 kn. 1; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 2; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 1; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 1; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 1; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 9: “delictum sui generis”.

<sup>99</sup> Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 2; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 2; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 1; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 1; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 5.

<sup>100</sup> Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 8; Fischer, StGB, § 252 kn. 10; Hoyer, in: SK-StGB, § 252 kn. 2; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 23; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 1; Sander, in: MüKo-StGB, § 252 kn. 1, 15; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 73.

<sup>101</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 73.

<sup>102</sup> Fischer, StGB, § 252 kn. 10.

<sup>103</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 74.

<sup>104</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 17 kn. 26; Eser, in: S/S-StGB, § 252 kn. 10; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 252 kn. 24; Lackner/Kühl, StGB, § 252 kn. 6; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 68 vd.

<sup>105</sup> Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 70 vd.

<sup>106</sup> Fischer, StGB, § 252 kn. 12; Vogel, in: LK-StGB, § 252 kn. 77 vd.





durumunda teşebbüs hükümlerini uygulamakta; kesintisiz takip olmaksızın yakalanma durumunda ise, mal güvence altına alınmamış olsa dahi, hırsızlık suçunun tamamlandığını kabul etmektedir. Bu doktrin uyarınca aslında Yargıtay tamamlanmış ancak bitmemiş olan hırsızlık suçunu henüz tamamlanmamış olarak kabul etmektedir. Kesintisiz takip varsa suçun tamamlanmadığı şeklindeki anlayış, dolaylı yağma suçu için önemli sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu doktrin nedeniyle dolaylı yağma olarak değerlendirilmesi gereken birçok olay, Yargıtay tarafından sadece hırsızlık ve diğer başka bazı suçlar bakımından ele alınmaktadır.

Bu uygulamanın hatalı olduğu ise aşikârdır; zira kesintisiz takip doktrini yağma suçu bakımından uygulanmamaktadır. Uygulamada yağma suçunun tamamlanmış sayılması için failin ayrıca malda tasarruf imkânına kavuşması aranmamıştır. Diğer bir ifadeyle, uygulamada cebir veya tehdit yoluyla işlenen hırsızlık olarak kabul edilen yağma suçunun tamamlanmış olması için failin malı almış olması yeterli görülüşken, yağma suçunun bir unsuru olan hırsızlık suçunun tamamlanmış kabul edilebilmesi için failin mal üzerinde tasarruf imkânına kavuşmuş olması şart koşulmuştur.

Bu nedenle hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ve fakat sona ermesinden önce suçüstü rastlanan failin zaten elde etmiş olduğu zilyetliği güvence altına almak veya kaçabilmek amacıyla kendisinden malı geri almak isteyen kişiye karşı icbar araçlarına başvurusu olarak tanımlanabilecek dolaylı yağma suçu olması gereken hukuk bakımından yeniden ele alınmalıdır. Gerek hırsızlık suçu gerekse yağma suçu salt hareket suçlarıdır. Her iki suç malın bulunduğu yerden alınmasıyla tamamlanır. Buna karşın her iki suçun da tamamlanması ile sona ermesi anı farklı zamanlarda gerçekleşebilir. Diğer bir ifadeyle, hırsızlık ve yağma suçu “malın alınması”, yani failin mal üzerinde başkasına ait olan fiili hâkimiyeti kaldırması ve kendi lehine yeni bir fiili hâkimiyet kurması ile tamamlanmış olduğu halde, malın güvence altına alınması ile birlikte sona erer, yani biter. Suça konu malın alınması anına kadar failin cebir veya tehdide başvurusu halinde yağma suçu oluşurken, failin bu tür icbar araçlarına başvurması halinde ise oluşacak olan suç hırsızlıktır. Dolayısıyla hırsızlık suçunun tamamlanmasına, yani mal üzerinde yeni bir fiili hâkimiyetin kurulmasına kadar ki süre içerisinde fail tarafından uygulanan cebir veya tehdit halinde yağmadan bahsedilir.

Hırsızlık ve yağma suçlarının ortak unsuru olan malın alınması unsurunun, yani bu suçların ne zaman tamamlandığının belirlenmesinde ise esas alınacak ölçüt egemenlik teorisidir. Bu teoriye göre malın alınması kavramından anlaşılması gereken husus, mal üzerinde mevcut zilyedin sahip olduğu fiili tasarruf imkânının ortadan kaldırılması ve fail lehine yeni bir egemenliğin kurulmasıdır. Fail aldığı mal üzerinde eski zilyedin herhangi bir engellemesi olmadan egemenliğini kullanabiliyor ve önceki zilyet failin mal üzerindeki egemenliğini bertaraf etmeden o mal üzerinde tekrar tasarrufta bulunamıyorsa, bu husus failin yeni bir egemenlik kurduğunun kabulü için gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla önceki zilyedin, zilyetliği meşru savunmadan doğan hak ve yetkiler ile tekrar ele geçirmesi ya da kesintisiz takipte olduğu gibi ele geçirme ihtimalinin bulunması, suçun tamamlanma anı bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir. Öyleyse kesintisiz takip doktrini, zilyetlik kaybının anının, yani suçun tamamlanması anının belirlenmesinde yol gösterici kabul edilmemelidir. Bu tespit önemlidir: Malın alınmış olduğu kabul edildiği andan itibaren, failin malı güvence altına almak, takipçilerden kurtulmak, kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için, cebir veya tehdit kullanması halinde hırsızlık suçu yağmaya dönüşmemektedir; zira kesintisiz takibin de dâhil olduğu bu gibi hallerde egemenlik teorisine göre alma unsurunun gerçekleşmediğini söylemek mümkün değildir.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018





Dolayısıyla dolaylı yağma olarak değerlendirilmesi gereken olaylar ön suç olan hırsızlık suçunun tamamlanmış olması nedeniyle hırsızlık olarak değerlendirilemeyeceği gibi, yağma olarak da kabul edilemez; zira yağma suçunda fail cebir veya tehdide mevcut zilyedin fiili hâkimiyetini kaldırmak için başvurmuştur. Buna karşın cebir veya tehdit, dolaylı yağmada olduğu gibi, mal alındıktan sonra kullanılmış ise, yağma suçunun tipikliği mevcut değildir. Daha basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir olayda failin sadece cebir veya tehdit araçlarına başvurması, yağma suçunun o olayda mutlaka kabul edilmesini zorunlu kılmaz. Bu nedenle alınmış olan malın zilyetliğini korumak veya yakalanmamak için cebir veya tehdide başvuran failin, yağma suçundan dolayı cezalandırılması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlalidir.

Öyleyse TCK’da bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. TCK’ya eklenmesi önerilen maddenin “Her kim, hırsızlık veya yağma sonucu malı aldıktan sonra, suçüstü karşılaşıldığı sırada malı elinde bulundurmaya devam etmek için ya da malı kaçırmak yahut kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için malın zilyedine veya olay yerindeki başka bir kişiye karşı cebir veya tehdide başvurursa, yağma suçunun faili gibi cezalandırılır.” şeklinde kaleme alınması uygun olacaktır.

#### **Kaynakça**

ARTUÇ, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. ARZT, Günther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 3. neu bearbeitete Auflage, Verlag Ernst Werner Gieseking, Bielefeld, 2015.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2017.

EKER, Hüseyin, Açıklamalı – İctihatlı Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

EKER, Hüseyin, Açıklamalı – İctihatlı Yağma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ESER, Albin, §§ 242, 244, 249, 252 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (S/S-StGB), 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch, 60. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

HOYER, Andreas, §§ 242, 244, 249, 252 StGB, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, (SK-StGB), Loseblattsammlung, Carl Heymanns, Köln.

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

KINDHÄUSER, Urs, §§ 242, 244, 249, 252 StGB, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB), 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.



MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.

MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2015.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil, Vermögensdelikte, 15. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.

SANDER, Günther M., §§ 242, 244, 249, 252 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2017.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

VOGEL, Joachim, §§ 242, 244, 249, 252 StGB, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2010.

WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 35. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2012.



## MESLEK HASTALIKLARINDA HAKSIZ FİİL TARİHİNİN BELİRSİZLİĞİ VE BUNDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

**Dr. Sami NARTER**

**Antalya Bilim Üniversitesi**

**Sosyal Bilimler Enstitüsü Öğretim Görevlisi**

**Anahtar Kelimeler :** Meslek hastalığı, haksız fiil tarihi, meslek hastalığında zamanaşımı, meslek hastalığında gerçek zarar, meslek hastalığında faiz

### **1. Meslek Hastalığı Kavramı, Unsurları Ve İş Kazasından Farkları**

Meslek hastalığı, öğretide; işçinin işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmakta iken işin niteliğine veya yürütme koşullarına göre tekrarlanması nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arızadır.<sup>1</sup> Mesleğe ilişkin etkenlerin doğurduğu ve etkenlerin devamı halinde gittikçe gelişen ve ilerleyen, bu nedenle de belirli meslekler ve çalışma alanlarında bulunan nüfusta toplam aktif nüfusa nazaran daha sık görülen hastalıklardır.<sup>2</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Meslek hastalıkları, zararlı bir etkenle bundan etkilenen insan vücudu arasında, çalışılan işe özgü bir etki-tepki ilişkisinin ortaya konabildiği hastalıklar grubu olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> Yani hastalık ile yapılan iş ve iş ortamı arasında bir illiyet bağının bulunduğu belirlenen bu hastalıklara meslek hastalığı denilmiştir.<sup>4</sup>

Mevzuatımızda ise meslek hastalığı değişik Kanunlarda tanımlanmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 3. maddesinde; “Meslek hastalığı, mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalığı ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

5510 sayılı SSGSSK'nın 14/1. maddesinde; “Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.” şeklinde düzenlenerek ayrıntılı bir tanıma yer verilmiştir.

Meslek hastalığı ele alındığında fiziki, tıbbi ve hukuki unsurlar içerdiği görülmektedir.

Meslek hastalığının;

- ▶ Mesleki maruziyetten kaynaklanma,

<sup>1</sup> Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 14. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2012, s. 417

<sup>2</sup> Velicangil, Sıtkı/Velicangil, Ömer, Endüstri Sağlığı ve Meslek Hastalıkları, İSGÜM Basımevi, Ankara, 1987, s. 117

<sup>3</sup> Şimşek, Cebrail, Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, İSGİP, Ankara, s. 9

<sup>4</sup> Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015, s. 317



- ▶ Çalışılan veya yapılan işten kaynaklanma,
- ▶ İşin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebepten kaynaklanma,
- ▶ İşin yürütüm şartlarından kaynaklanma gibi fiziksel, çevresel ve sosyal unsurları;

Yine;

- ▶ Geçici veya sürekli hastalığın ortaya çıkması,
- Bedensel veya ruhsal engellilik durumlarının ortaya çıkması gibi fiziki ve tıbbi unsurların yanında
- Sigortalı olma gibi hukuki bir unsur da içerdiği görülmektedir.

Bu unsurlara göre, örneğin kömür madenlerinde çalışan sigortalıların, tutuldukları, silikozis, pnömokonyoz ve tütün işletmelerinde çalışan sigortalıların yakalandıkları tabakozis gibi hastalıklar işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meydana gelen meslek hastalıklarındandır. Bunun yanında bataklıkların kurutulması işinde çalıştıkları sırada yakalandıkları sıtma hastalığı, hayvanlarla ilgili işte çalışanların yakalandıkları şarbon hastalığı, işin yürütüm şartları yüzünden meydana gelen meslek hastalıklardan sayılmaktadır.<sup>5</sup>

Meslek hastalığı, kısa süreli maruziyetler sonucu değil de tekrarlanan sebeplerden oluştuğundan genellikle aylar - yıllar boyu tekrarlanan maruziyetler sonucu oluşur. Örneğin, bir veya birkaç kez tozlu ortama veya maden ocağına girmekle toz hastalığı olan pnömokonyoz meydana gelmez. Pnömokonyoz çoğunlukla tozlu işlerde 3 yıl veya daha uzun süre çalışanlarda görülür. Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü m. 66'ya göre; Pnömokonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için, sigortalının, havasında pnömokonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az üç yıl çalışmış olması şarttır. Yani 3 yıl boyunca iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmamış veya eksik olan işyerlerinde tozlu çalışma ortamında çalışılmış ve toza maruz kalmış olunması halinde meydana gelen hastalık meslek hastalığı sayılabilecektir.

Bu süre 3 yıldan az olması halinde hastalık meslek hastalığı sayılmayacaktır. Ancak, havasında yüksek yoğunlukta ve pnömokonyoz yapacak nitelikte toz bulunan yeraltı ve yerüstü işyerlerinde meydana gelmiş, klinik veya radyolojik bulgular ve laboratuvar muayeneleriyle süratli seyrettiği ve ağırlığı saptanmış olgularda Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun onayı sağlanmak koşuluyla 3 yıllık süre indirilebilir.<sup>6</sup>

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği (Çal. Güç. Kay. Yön.) 4/n maddesine göre; sigortalının meslek hastalığına sebep olan işinden fiilen ayrıldığı tarih ile meslek hastalığının meydana çıktığı tarih arasında geçen en uzun süreye yükümlülük süresi (sessiz dönem) denir. Yükümlülük süresi, her meslek hastalığına göre değişmektedir. Yönetmeliğe ekli meslek hastalıkları listesine göre, yükümlülük süreleri 2 gün ila 10 yıl arasında değişmektedir. Örneğin pnömokonyozlara ilişkin yükümlülük süresi 10 yıl olarak belirlenmiştir.

<sup>5</sup> Bilgili, Özkan, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Ankara SMMMO yayın no:60, Ankara, 2008, s. 491.

<sup>6</sup> Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü 66/2. madde



Çal. Güç. Kay. Yönetmeliği'nde her meslek hastalığı bakımından ayrı ayrı yükümlülük süreleri getirilmesinde işyeri koşulları, çeşitli meslek hastalıklarının nitelikleri göz önünde bulundurulmuştur.<sup>7</sup>

İş kazası ani ve dıştan gelen bir olay iken, meslek hastalığı çoğunlukla uzun bir sürede oluşmaktadır. İş kazasına işyerinde veya işverenin otoritesi altında işyeri dışında bulunulduğu sırada her şey sebep olabilirken, meslek hastalığına işten ve işyerinden kaynaklanan unsurlar sebep olmaktadır. İş kazası kavramına her türlü dış etki girebilirken, meslek hastalığına ise dış etki daha az etkili olmaktadır. İş kazası sadece işyerinde veya işverenin otoritesi altında gerçekleşirken, meslek hastalıkları işten çıktıktan belli bir süre sonra da ortaya çıkabilmektedir. İş kazasına uygulamada çok rastlandığı halde, meslek hastalıkları çok sınırlı sayıdadır.<sup>8</sup> İş kazaları büyük oranda istatistiklere yansdığı halde meslek hastalıkları yansımamaktadır. Bunun nedenlerinden biri de tescil edilmemiş çalışanların tıbbi olarak meslek hastası olmasına rağmen hukuken meslek hastası sayılmamasıdır.

Meslek hastalığı tamamıyla mesleki nitelikte olup belirli bir meslek mensubu olmanın sonucudur.<sup>9</sup> Buna karşılık icra edilen meslekle hiç ilgisi olmasa bile bir kaza iş kazası sayılabilmektedir.

## 2. Haksız Fiil, Haksız Fiilin Başlangıç Ve Gerçekleşme Tarihleri

Herhangi bir hukuki ilişki esasına dayanmayan ve mevzuatın yükümlü kıldığı görevlere aykırı davranış ile zararlara neden olmak, dar anlamda haksız fiil olarak adlandırılır. Bu sorumluluk hali kusur esasına dayanır. Kişi ya mevzuatın emrettiği bir şeyi yapmamış veya mevzuatın yasakladığı bir işi yapmıştır. Başka bir anlatımla; haksız fiil icrai bir hareket ile mevzuatın yasakladığı şeyi yapmak olabileceği gibi, ihmali bir hareketle mevzuatın emrettiği şeyi yapmamak şeklinde dahi olabilir.<sup>10</sup>

Sorumluluk türlerinden en yaygın ve en geniş olanı, kusur sorumluluğudur. Burada sorumluluk, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanmaktadır. Kusur sorumluluğu doktrin ve uygulamada aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır.<sup>11</sup>

Kusur, hukuk düzenince kınanan bir davranış olduğuna göre, böyle bir davranışla, başkasına zarar veren kimse bu olumsuz sonuca bizzat katlanmalı, zararı gidermelidir. Böyle olması adalet duygularını tatmin edecektir.<sup>12</sup>

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlüklerine aykırılık nedeniyle doğan zarardan sorumluluğu 6098 s. Türk Borçlar Kanunu 417. maddede açıkça düzenlenmiş ve hakkaniyet dairesinde işverenin kendisinden beklenebilecek her türlü önlemi alması gerektiği belirtilmiştir.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Çenberci, 1977, 202 vd'den Akt: Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Nurol Matbaacılık, Ankara, 2003, s. 222

<sup>8</sup> Korkusuz, Refik / Uğur, Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 296

<sup>9</sup> Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s.123'ten Akt: Bilgili, Özkan, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Ankara SMMM yayını no:60, Ankara, 2008, s.491.

<sup>10</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Değiştirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012. (14. Baskı), s. 516

<sup>11</sup> Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 9; Eren, 14. Baskı, s. 516; Antalya, s. 407; Oğuzman/Öz, 2014, 2. Cilt, s. 1-2; İnan/Özge Yücel, s. 377; Ayan, Borçlar Genel, s. 229; Eren, 14. Baskı, s. 494-495

<sup>12</sup> Eren, 14. Baskı, s. 494-495; Oğuzman M. Kemal, / Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 2014, 2. Cilt, s. 2;

<sup>13</sup> Oğuzman'a göre, İşçinin sigortaca karşılanmayan zararları için işverenin risk esasına dayanan özel bir sorumluluğu bu anlamda söz konusu olamaz. İşveren ancak genel hükümlere göre ve bununla yarışacağı kabul edilen haksız fiil





Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde düzenlenen işverenin sorumluluğunun sınırları, 6331 sayılı İSG Kanunu'nun 4. maddesine göre belirlenir. Dolayısıyla işveren, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda gerekenleri eksiksiz yapma borcu altındadır. Bahsi geçen kurallar işverene geniş bir sorumluluk yüklemekle birlikte iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini teknolojinin gerektirdiği düzeyde eksiksiz sağlayan işveren artık oluşan iş kazası zararlarından sorumlu tutulmayacaktır.<sup>14</sup>

İşverenin iş güvenliği önlemlerini almaması, kişi varlıklarını doğrudan doğruya korumayı amaçlayan emredici kuralların ihlal edilmesi anlamını taşır.<sup>15</sup>

Yargıtay iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğuna dayandırmaktadır. Yargıtay'ın yeni sayılabilecek bir kararına göre; "... işverenin iş kazasından doğan hukuki sorumluluğu işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur."<sup>16</sup>

Haksız fiil devam ettiği sürece haksız fiilin etkileri devam etmekte ve zararın miktarı ortaya çıkmamaktadır Bu durum özellikle kesintisiz, sürekli (temadi eden) zararlarda söz konusu olur.<sup>17</sup>

Yukarıda bahsedildiği gibi İşverenin iş güvenliği önlemlerini almadan işçi çalıştırması, emredici hukuk kurallarının ihlal edilmesi ve dolayısıyla haksız fiil oluşturmaktadır. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadan çalıştırıldığı sürece haksız fiil devam etmekte olup kesintisiz sürekli zarar oluşmaya devam etmektedir. Meslek hastalıklarında durum çok büyük oranda böyle gelişmektedir. Hastalık etkilerini göstermeye başlayınca zarar da yavaş yavaş ortaya çıkmakta olup bu dönemde çalışmaya devam edilmesi halinde hem haksız fiil hem de zarar devam etmektedir. Kesin meslek hastalığı tanısı konulduğunda ise zarar kesin olarak gerçekleşmiş olmaktadır. Yani zararın miktarı meslekte kazanma gücü kayıp oranı kesin olarak tespit edildiğinde ortaya çıkmış olacaktır. Zararın parasal karşılığı ise tüm girdiler belirlendikten sonra (yaş, ücret, çalışma süresi, meslekte kazanma güç kaybı oranı vb.) hesap bilirkişisi tarafından hesaplama yapıldığında ortaya çıkacaktır.

### 3. Meslek Hastalığında Zamanaşımı, Gerçek Zarar, Faiz Ve İş Kazasından Farkları

Uygulamada meslek hastalığının ortaya çıktığı hallerde haksız fiilin gerçekleştiği zaman konusunda hatalı uygulamalar yapılmaktadır. Şöyle ki; iş kazası veya meslek hastalığından doğan tazminat davalarında; zamanaşımı süresi (TBK m. 125), gerçek zarar hesabı, faiz hesaplaması ve benzeri durumlarda hep haksız fiilin meydana geldiği tarih esas alınmaktadır. İş kazası bir anda, ani bir olayla ortaya çıktığı için haksız fiil zamanı kesin olarak belirli olduğu düşünülmektedir. Yani, iş kazasında haksız fiilin meydana geldiği tarih iş kazasının olduğu gün olarak kabul edilmektedir

Meslek hastalığı ise aniden ortaya çıkmayıp yavaş yavaş geliştiği için haksız fiilin gerçekleştiği tarih kesin olarak belirli değildir. Yargıtay, haksız fiil tarihini işçide oluşan meslekte sürekli işgöremezlik

sorumluluğu hükümlerine göre tazminat ödemekle mükellef tutulabilir (Oğuzman, makale, 334)'den **A k t** : Akın, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, İş Kazası, s. 88

<sup>14</sup> Akın, İş Kazası, s. 88

<sup>15</sup> Süzek, Sarper, İş Hukuku Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2013. (11. Baskı), 439-445; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin, İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.(4. Bası), s. 1207

<sup>16</sup> 21HD, 28.04.2014, E. 2014/2422, K. 2014/9153, Özel arşiv

<sup>17</sup> **Berti**, Art. 60, N. 7; **Brehm**, Art. 60, N. 29; **Keller**, II, sh. 248; **Keller/Gabi**, 2. Bası, sh.161; **Rey**, N. 1614; BGE 111 II436; 109II421; 55 II253'den Akt: Eren, 14. Baskı, s. 494-495



oranının duraksamaya yer vermeyecek biçimde raporla saptandığı tarih olarak kabul etmektedir.<sup>18</sup> Kanaatimizce bu kabul hatalıdır ve gerçekleşen duruma uymamaktadır. Haksız fiilin başlangıç tarihi araştırılmalıdır. Yukarıda verilen örnekteki pnömokonyoz hastalığının oluşabilmesi için Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün kabul ettiği en az 3 yıl yıllık maruziyet süresinin geçmesi gerekir.

Meslek hastalığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması veya eksikliği nedeniyle sağlıksız ve tehlikeli bir çalışma ortamında belli bir süre çalışması nedeniyle meydana gelmektedir. Yani bu önlemleri almadan sağlıksız ve tehlikeli bir çalışma ortamında işçi çalıştıran işveren işçi çalıştırmaya başladığı andan itibaren haksız fiil eylemini başlatmıştır. İşverenin haksız fiil eylemi uygun olmayan ortamda işçi çalıştırdığı sürece devam etmektedir. Bu süreçte işçide hastalık yavaş yavaş oluşmaktadır. Eğer işveren İSG önlemlerini alarak sağlıklı bir çalışma ortamı sağlarsa meslek hastalığı oluşmayacaktır. Dolayısıyla haksız fiil de ortaya çıkmayacaktır.

Ayrıca, işçinin hastalığı hissedip hekime başvurması halinde dahi hekimin ilk tanımı koyması uzun bir süre almaktadır. Kaldı ki Yargıtay, meslek hastalığı tanısının konulduğu tarihi bile değil işçide oluşan sürekli işgöremezlik oranının raporla belirlendiği tarihi baz almaktadır. Bahsi geçen teşhis, tedavi, maluliyet oranı belirleme işlemlerinden her bir işlem aylar bazen yıllar almaktadır. Bazen hastalığın ortaya çıktığı dönemde işçi o işten ayrılmış olmaktadır. Böyle bir kişi için dahi haksız fiil tarihi olarak son rapor tarihinin esas alınması mantık dışı olmaktadır. Çünkü çalışılmayan bir zamanda haksız fiil gerçekleşmiş varsayılmış olacaktır.

Yargıtay'ın bu kabulü zarar görmüş işçinin zararını daha da arttırmaktadır. Örneğin, maddi zarar hesabı yapılırken rapor tarihi haksız fiil tarihi olarak kabul edildiğinde işçinin yaşı ilerlemiş ve bakiye ömrü azalmış olmaktadır. Dolayısıyla maddi zararı buna bağlı olarak düşük çıkmaktadır. Yine tazminata işletilecek faiz de haksız fiil tarihinden başlatılacağı için burada da işçinin hak kaybı olacaktır.

Zamanaşımında ise durum biraz farklıdır. Haksız fiil devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz.<sup>19</sup> Zira bu durumda haksız fiilin etkileri devam etmekte ve zararın miktarı ortaya çıkmamaktadır. Haksız fiilin son bulunduğu andan itibaren zarar belli olur. Bu anda fail de belli ise kısa zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Örneğin bir bankada 4 yıl süreyle devamlı olarak yolsuzluk yaparak bankaya zarar veren kişinin haksız fiili 4 yıl sürmüştür. Dört yılın bitiminde zarar belirlenmiş ve fail de belli ise zamanaşımı süresi bu andan itibaren işlemeye başlar.<sup>20</sup>

Sürekli işgöremezlik oranının belirlenmesi meslek hastalığı tanısından farklı bir işlemdir. Bu konuda meslek hastalığının niteliğine göre Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde belirtilen hastalığın oluşabilmesi için geçmesi gereken maruziyet süresinin başlangıcı haksız fiil tarihi olarak kabul edilebilir. Örneğin, Pnömokonyoz tanısı konulan bir hastalık için tanı tarihinden 3 yıl öncesi haksız fiil tarihi olarak kabul edilebilir.

#### 4. Meslek Hastalığında Cezai Anlamda Şuç Tarihi Ve Dava Açılması

<sup>18</sup> 21HD, T. 18.7.2011, E. 2011/5482, K. 2011/6365, Özel arşiv

<sup>19</sup> YHGK. 10. II, 1999, E. 4-940. K 937/ Uygur C 3. sh. 2731'den Akt: Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2011. (14. Bası). s. 467

<sup>20</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M., s. 467



Uygulamada iş kazası bir anda ortaya çıktığı için yaralanma veya ölüm meydana gelmişse haksız fiil ve suç zamanı kesin olarak belirli olmaktadır. İş kazasında yaralanma veya ölüm meydana gelmişse haksız fiil ve dolayısıyla suç işlendiği açık olduğundan adli soruşturma başlatılmakta ve işveren hakkında ceza davası açılmaktadır. Meslek hastalığının aniden ortaya çıkmayan kendisine has yapısı nedeniyle hemen görülememesi ve dolayısıyla kurum tarafından da soruşturulamaması nedeniyle uygulamada meslek hastalığı sonucu ölüm bile olsa işveren hakkında ceza davası açılmamaktadır. İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi bakımından her meslek hastalığı sonucu ortaya çıkan maluliyet veya ölüm halinde hastaneler Cumhuriyet Savcılıklarına durumu bildirmelidir. Savcılıklar da haksız fiile sebebiyet veren işverenler hakkında ceza soruşturması yapmalıdırlar.

### **Sonuç Ve Öneriler**

Yapılan bu çalışma ile mevzuat ve uygulamadaki aksaklıklar ele alınmış olup çalışma sonucunda konuya ilişkin aşağıdaki öneriler sunulmaktadır.

1. Meslek hastalığı ortaya çıkmış ise her somut olayda haksız fiil tarihi araştırılmalıdır. Her hastalığın maruziyet başlangıcı Adli Tıp Kurumu tarafından belirlenebilir. Dolayısıyla haksız fiilin başlangıç tarihi de ortaya çıkmış olacaktır.

2. Belli başlı hastalıkların (sık rastlanan) ortaya çıkabilmesi için gereken maruziyet süresi Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde belirtilmeli ve bu tarih haksız fiilin başlangıç tarihi olarak kabul edilmelidir.

3. Her meslek hastalığı sonucu ortaya çıkan maluliyet veya ölüm halinde hastaneler Cumhuriyet Savcılıklarına durumu bildirmelidir. Savcılıklar da haksız fiile sebebiyet veren işverenler hakkında ceza soruşturması yapmalı ve kamu davası açmalıdırlar.

### **Kaynakça**

AKIN, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015. (Sosyal Güvenlik Hukuku)

ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Nurol Matbaacılık, Ankara, 2003.

BİLGİLİ, Özkan, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Ankara SMMMO yayın no:60, Ankara, 2008.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Değiştirilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012. (14. Baskı)

GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIÖĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 14. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2012.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış, 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2011. (14. Bası)

KORKUSUZ, Refik / UĞUR, Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015. (4. Baskı)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve 6098 Sayılı



Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.(4. Bası)

OĞUZMAN M. Kemal, / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

ŞİMŞEK, Cebail, Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, İSGİP, Ankara

VELİCANGİL, Sıtkı / VELİCANGİL, Ömer, Endüstri Sağlığı ve Meslek Hastalıkları, İSGÜM Basımevi, Ankara, 1987.



## SİGORTA SÖZLEŞMESİ ŞARTLARININ GENEL İŞLEM KOŞULLARI ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ MAHİYETİ

Arş. Gör. Burak KARA

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi

### Öz

Bir özel hukuk ilişkisi olan sigorta sözleşmesi sosyo-ekonomik gerekçelerle üzerinde kamusal denetimin bulunduğu bir ilişkidir. Bu çerçevede bireylerin karşılık iradelerinin yanı sıra onlardan bağımsız olarak idari makamlarca belirlenen çeşitli klozların sözleşmeye dahil olması söz konusu olmaktadır. Bunlardan başka sözleşmenin güvence sağlama yükünü yüklenen tarafı olan sigorta şirketleri de kendi menfaatlerini gözeterek şekilde tek taraflı olarak belirledikleri hükümleri pazarlık konusu yapmaksızın sözleşmeye dahil edebilmektedir. Böylece hukuki mahiyeti birbirinden farklı olan hükümler aynı sözleşmede toplanmaktadır. Bu durum sigorta sözleşmesi şartlarının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşulları çerçevesinde hukuki mahiyetinin irdelenmesini gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta genel şartları, sigorta özel şartları, genel işlem koşulları, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu.

265

### LEGAL NATURE OF THE TERMS OF THE INSURANCE CONTRACT UNDER THE GENERAL TRANSACTION CONDITIONS

#### Abstract

The insurance contract, which is a private law relationship, is a relationship in which public control exists on it due to social-economic causes. In this context, not only mutual will of the individuals, but also the provisions of the various clauses, determined by the administrative authorities independently of the parties wills are included in the contract. In addition, the insurance companies, which are the burden of assuring the other contractor, can also incorporate the unilaterally determined provisions of the contract into their contracts without negotiating other contractor's interests. Thus, provisions that are different from each other in terms of legal nature are collected in the same agreement. This situation requires the legal nature of the insurance contract conditions to be examined within the framework of the general transaction conditions set out in the Turkish Code of Obligations.

**Keywords:** Insurance general conditions, insurance special conditions, general transaction conditions, Turkish Commercial Code, Turkish Code of Obligations.

#### Giriş

4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





Sigorta sözleşmesi bir riske karşı güvence sağlamak üzere genellikle matbu metinler üzerinden akdedilen sözleşmelerdir. Sigorta şirketlerince sağlanan güvence karşılığı prim toplanmaktadır. Toplanan primler devasa boyutlara ulaşmakta, bu durum da titiz bir varlık yönetimini gerektirmektedir. Prim olarak toplanan meblağın doğru kanallar ile kullanılması ve buharlaşmanın önlenmesi ülke ekonomisini de yakından ilgilendirdiğinden sigorta ilişkisi bir özel hukuk ilişkisi olmasına rağmen katı denebilecek bir denetime de tabidir.

Bu denetimin sigorta sözleşmesine yansımaları emredici bazı kanun hükümlerinin yanı sıra sigorta genel ve özel şartları ile gerçekleşmektedir. Bu şartların sigorta şirketlerince matbu olarak hazırlanan sözleşme metinlerinde yer alması ve sigorta ettirenin bu klostara müdahalesinin olmaması veya sınırlı olması söz konusu şartların Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşulları mahiyetinde olup olmadığının irdelenmesini gerektirmektedir. Bunun pratik sonucu da sigorta sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin TBK' da genel işlem koşulları için öngörülen yürürlük, içerik ve yorum denetimlerine tabi olup olmayacağı noktasında kendini göstermektedir. Çalışmamızda da bu hususlar doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır.

## I. Sigorta Sözleşmesi Kavramı

### 1. Genel Olarak

Sigorta Latince kökenli olup tam Türkçe karşılığı emniyet, güven anlamına gelir. İnsanlar, daha geniş bir ifadeyle gerçek ve tüzel kişiler yaşamları yahut faaliyetleri sırasında birçok riziko ile karşı karşıya kalmaktadır ve bu rizikolara karşı kendilerini güvenceye almak istemektedirler.

Bu ihtiyaç, ileride vuku bulacak ve insanın kendi canına, malına, çıkarlarına veya sorumlu olduğu hallerde üçüncü şahıslara zarar verebilecek olaylar karşısında önceden güven sağlayabilmek için bir sistemin kurulmasını gerektirmiştir; kurulan bu sisteme sigorta ve sigortacılık denmiştir<sup>772</sup>.

Aynı rizikonun tehdidi altında bulunan kişiler ancak bir organizasyon aracılığıyla bir araya getirilebilir. Bu organizasyon sigortadır. Sigorta, en basit anlamda, ileride meydana gelme olasılığı bulunan tehlikeden doğacak zararın giderilmesinin, önceden yapılan ödemeler (prim) karşılığında güvence altına alınmasıdır<sup>773</sup>. Riziko altında bulunan kişiler ile bu rizikoya karşı güvence sağlayan sigorta kuruluşları arasında sigorta ilişkisi hukuki olarak sigorta sözleşmeleri ile kurulur.

Sigorta sözleşmesi, sigortacının sigorta güvencesini üzerine aldığı ve sigorta ettirenin ise prim ödeme borcu altına girdiği her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>774</sup>. Sigorta sözleşmesinin Türk Ticaret Kanunu'nun 1401/f.1 maddesinde yapılan tanımı:

“Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin

<sup>772</sup> Milli Eğitim Bakanlığı, Pazarlama ve Perakende, Poliçe Çeşitleri Modülü, (Kıs. MEB Modül) Ankara 2011, s. 3, [http://www.megep.meb.gov.tr/mte\\_program\\_modul/moduller\\_pdf/Poli%C3%A7e%20%C3%87e%C5%9Fitileri.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Poli%C3%A7e%20%C3%87e%C5%9Fitileri.pdf); Erişim Tarihi: 15/09/2017.

<sup>773</sup> MEB, Modül, s. 4.

<sup>774</sup> ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2016, s. 55.



hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir” şeklindedir<sup>775</sup>.

Sigorta sözleşmesi Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde bir sigorta şirketi ile sigorta ettirenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur.

Sigorta sözleşmesinin taraflarından ilki, belli bir prim karşılığında rizikoyu üstlenen ruhsatlı<sup>776</sup> bir sigorta şirketi olup, sigortacı olarak ifade edilebilir.

Sigorta sözleşmesinin diğer tarafında sigorta ettiren yer alır. Sigorta ettiren, belirli rizikolara karşı sigorta sözleşmesi yaptıran, diğer deyişle menfaatini<sup>777</sup> sigorta güvencesi altına aldırarak isteyen taraf olup; başta sigorta primi olmak üzere sözleşmeden ve kanundan doğan borç ve yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olan kişidir<sup>778</sup>.

Sigorta sözleşmesinin kurulması için gereken icap ve kabule ilişkin olarak kanunda bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak uygulamada genellikle sigorta şirketince sigorta edilecek rizikonun mahiyeti hakkında bilgi edinilmesini sağlayacak olan teklifnameler sigorta ettiren tarafından sigorta aracılarının da yardımıyla doldurulur ve sigorta şirketine verilir. Bu teklifnamelerin sigorta sözleşmesi yapma niyet ve isteği ile sigorta şirketine verilmesi icap teşkil eder. Sigorta şirketinin kabulü ile de sözleşme kurulmuş olur<sup>779</sup>.

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi sigorta sözleşmelerinin de kurulması bakımından esaslı olan bütün objektif ve subjektif noktalar üzerinde tarafların anlaşmış olması gerekmektedir. Bu sebeple başta sigorta konusunu oluşturan rizikonun mahiyeti ile sözleşme bedeli gibi esaslı unsurların belirlenmiş olması, tarafların bu noktalar üzerinde anlaşmalarının kabulü için zorunludur.

Bu açıklamalardan sonra sigorta ettiren tarafın prim ödeme borcu, sözleşmenin diğer tarafı sigortacının ise rizikonun gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan ücreti ödeme yükümlülüğünün bulunduğu tespitini yaparak, sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu sonucuna ulaşabiliriz.

## 2. Sigorta Sözleşmesinin Şekli Ve İçeriği

### A. Şekil

Sigorta sözleşmesinin yapılması kanunda herhangi bir şekle bağlı kılınmamıştır. Sigorta ilişkisinin doğması için sigortacı ile sigorta ettirenin sözleşmenin zorunlu unsurları üzerinde yazılı veya sözlü

<sup>775</sup> Söz konusu hüküm hakkında getirilen eleştiriler için bkz. KENDER, Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2015, s. 164 vd.

<sup>776</sup> Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri, Sigortacılık Kanunu md. 3 hükmüne göre anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olmalıdır. Sigorta şirketlerinin kontrol ve denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKER, s. 24 vd.; KENDER, s. 37 vd.

<sup>777</sup> Belirtmek gerekir ki, sigorta ettiren kendi menfaatini sigorta ettirebileceği gibi, üçüncü bir şahsın menfaatini de sigorta ettirebilir. Bu durumda söz konusu kişi “sigortalı” olarak ifade edilmektedir; bkz. KENDER, s. 220, d. 120 ve orda belirtilen yazarlar.

<sup>778</sup> ÇEKER, s. 63; KIRKAYAK, Gökhan, Sigorta Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 13, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 15/09/2017.

<sup>779</sup> KENDER, s. 172.

olarak anlaşmaları yeterlidir. Ancak sözleşmenin sözlü yapılması ispat bakımından sorunlara neden olabileceğinden taraflar arasında yazılı bir sözleşme olması bu sorunu ortadan kaldıracaktır.

Sigortacılık uygulamasında da bu doğrultuda sigorta sözleşmesi TTK md. 1424<sup>780</sup> vd. maddelerine uygun olarak poliçe adı verilen bir senede bağlanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere sigorta sözleşmesi şekil şartına tabi kılınmış olmadığından poliçenin düzenlenmemesi geçerlilik bakımından önem arz etmese de ispat bakımından önemli bir işlev görmektedir.

Uygulamada sigorta poliçeleri, bakanlıkça onanmış sigorta genel şartlarını içeren matbu ve kapsam olarak diğerleriyle aynı özellikleri taşıyan belgeler şeklinde düzenlenmektedir. Ancak, poliçenin ve zeyilnamelerin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler TTK md. 1425/2 hükmü gereğince geçersizdir<sup>781</sup>.

## B. İçerik

Sigorta sözleşmelerinin düzenlenmesinde üzerinde durulması gereken bir husus da sözleşmenin içeriğidir. Özel hukuk alanında temel prensip olan sözleşme serbestisi ilkesi taraflara; kanunun emredici hükümlerine, ahlak ve adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak ve konusu da imkansız olmamak kaydıyla sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme imkanını sağlamaktadır. Sigorta sözleşmesi bakımından da aynı prensibin geçerli olduğu belirtilebilir ise de sigorta hukuku mevzuatının bu serbestiyi önemli ölçüde sınırladığı ve içeriğe müdahalede bulunduğu görülmektedir<sup>782</sup>. Sigorta sözleşmesinin genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmesi bahsinde, özellikle sigorta genel şartları ile gerçekleştirilen söz konusu müdahalenin<sup>783</sup> niteliği ve sonuçları üzerinde ayrıca durulacaktır.

Sigorta sözleşmesinin içeriğinin sadece taraf iradelerinden ibaret olmadığı, TTK md. 1425 hükmünün sigorta poliçelerinin içeriğine ilişkin olan birinci fıkrasında “Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir.” ifadeleriyle sigorta genel ve özel şartlarına atıf yapılarak belirtilmiştir.

Bu hükümle birlikte, yine Sigortacılık Kanununun 11. maddesi de nazara alındığında, poliçenin ana muhtevasının Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği kolaylıkla anlaşılacaktır. Bu bağlamda şimdilik sigorta genel

<sup>780</sup> MADDE 1424- (1) Sigortacı; sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört saat, diğer hâllerde on beş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zarardan sorumludur.

<sup>781</sup> MADDE 1425- (2) Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir. Ayrıca bkz. ÇEKER, s. 60 vd.

<sup>782</sup> MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul 2016, s. 5 vd. (Kıs. Denetim).

<sup>783</sup> Sigortacılık Kanunu'nun sigorta sözleşmelerine ilişkin üçüncü bölümünde yer alan 11/(1) maddesinde “ Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir” şeklinde düzenlenen hüküm burada belirtilmelidir.



şartlarının taraf iradelerinden bağımsız olarak sigorta sözleşmelerine dahil olduğunu belirtmekle yetinelim.

Bu açıklamalardan sonra bir sigorta sözleşmesi içeriğini teşkil edebilecek hususları tek tek belirtmek gerekirse; a) sözleşmeyi özelleştiren kayıtlar, b) tarafların üzerinde müzakere ederek kararlaştırdıkları şartlar, c) sigorta özel şartları, d) sigorta genel şartları, e) sigorta ayarlama klozları (özel anlamda primi değiştirme yetkisine ilişkin klozlar), f) tamamlayıcı nitelikte olan Kanun hükümleri olarak bir sıralama yapabiliriz.

Bir sigorta sözleşmesi içeriğini oluşturabilecek düzenlemeler birbirinden farklılık arz ettiğinden yukarıdaki gibi ayrımlara tabi tutularak ele alınması, çalışmamızın konusu bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Sigorta sözleşmelerinin bütünsel bir ifadeyle genel işlem koşullarından oluşan en tipik sözleşmeler<sup>784</sup> olduğu yaklaşımı yerine, sözleşme içeriğini oluşturan hususların ayrı ayrı genel işlem koşulu niteliğini haiz olup olmadığının tartışılmaya muhtaç olduğu dikkate alınmalıdır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde hangi düzenlemelerin genel işlem koşulu kapsamında sayılıp hangilerinin bu kapsam dışında bırakılması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, konunun derinleştirilmesi bakımından sözleşme içeriğine başlıklar halinde daha yakından bakmak gerekmektedir.

#### **a) Sigorta sözleşmesini özelleştiren kayıtlar**

Sözleşmeyi özelleştiren kayıtlar, tarafların adı, soyadı, adresleri, birlikte sigortalılar ve sigorta poliçe numaraları gibi genel, soyut ve matbu olarak hazırlanan sigorta poliçelerini ferdileştiren kayıtlardır. Bu kayıtlarla sigorta himayesi kapsamındaki kişi ve sözleşmenin bizatihi kendisi özelleştirilerek belirgin hale getirilir.

#### **b) Tarafların üzerinde müzakere ederek kararlaştırdıkları şartlar**

Sigorta sözleşmelerinde, özellikle sigorta ettirenin bilinçli bir işlem tarafı olması halinde, tarafların üzerinde müzakere ederek kararlaştırdıkları şartlar da bulunabilir. Sözleşmeye dahil edilen bu hükümler her iki tarafın da üzerinde söz hakkının bulunması sebebiyle sigorta genel ve özel şartlarından ayrılmaktadır.

#### **c) Sigorta özel şartları**

Sigorta sözleşmelerine, genel şartlara aykırı olmamak üzere konulabilen şartlar özel şart olarak kabul edilmektedir. Sigorta özel şartları, sigorta şirketleri tarafından tek yanlı hazırlanarak, özel şartlar başlığı altında sigorta poliçelerine ilave edilmektedir. Dolayısıyla sigorta ettiren taraf ile herhangi bir müzakere yapılmadığından bu şartlar, bir önceki başlıkta yer verilen tarafların kararlaştırmış olduğu şartlardan ayrılmaktadır.

Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartların tesis edilebileceği, devamında bu hususların sigorta

<sup>784</sup> KIRKAYAK, s. 42.



sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtileceği düzenlenmiştir.

Burada belirtmek gerekir ki, özel şart adlandırması yanıltıcı olmamalıdır. Hukuk disiplininde bir hukuki kurumun nitelendirmesi tarafların ona verdiği adlandırma ile değil, söz konusu kurumun mahiyeti esas alınarak yapılır. Sözleşme şartlarının nitelendirilmesinde de, uygulamada sigortacıların kullandığı ve sigorta ettirenin katkısını taşımayan özel şartlar, taşıdığı ada bakılmaksızın Borçlar Kanunu anlamında genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir<sup>785</sup>.

#### d) Sigorta genel şartları

Sigorta genel şartları, benzer rizikolara maruz kişilere mümkün olduğunca eşit kapsam ve koşullarla teminat sağlanması ve bu şekilde bir sigorta dalında üstlenilen risklerin belirlenip yönetilmesini mümkün kılmak amacıyla oluşturulmuş, genel ve soyut sözleşme düzenini belirleyen sözleşme koşullarıdır<sup>786</sup>. Sigorta genel şartları da esas anlamda özel şartlarda olduğu gibi dayanağını Sigortacılık Kanununun 11. maddesinin ilk cümlesinde bulmaktadır. Söz konusu hükme göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Genel şartlar ise Hazine Müsteşarlığı tarafından onaylanır ve bu şartlar sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanmak durumundadır.

Hukuk doktrininde sigorta genel şartları, çoğunlukla genel işlem şartı olarak değerlendirilmektedir. Aksi görüş de ileri sürülmektedir. Aşağıda bu konu ele alınacağından şimdilik meselenin tartışmalı olduğunu belirtmekle yetinelim.

#### e) Sigorta ayarlama klozları

Sigorta ayarlama klozu, genelde sigorta sözleşmelerine konulacak bir hüküm ile sigorta sözleşmesinin şartlarını değiştirebilme imkanının taraflara verilmesidir. Özelde ise ayarlama klozu, sigorta sözleşmesi genel şartları ya da özel şartları arasına bir hüküm konularak sigorta primini yükseltmeyi ya da düşürmeyi sağlayan klozlardır<sup>787</sup>. TTK'nın 1414. maddesinde bu kloza dayanılarak teminatta değişiklik yapılmadan primin yükseltilmesi halinde, sigorta ettirenin söz konusu değişiklik bildirimini aldığı tarihten bir ay içinde sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir.

#### f) Kanun hükümleri

Bir sigorta sözleşmesinin içeriğine ilişkin değerlendirme yapılırken gözden uzak tutulması gereken diğer bir unsur Kanun hükümleridir. Esasen kanun hükümleri poliçede genellikle yer almaz. Ancak tarafların yaptıkları sözleşmede boşluklar bırakmış olması muhtemeldir. Bu noktada kanun tamamlayıcı hükümlerinin uygulama bulacağına kuşku yoktur.

<sup>785</sup> MEMİŞ, Tekin, Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Syf. 126, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf>, Erişim Tarihi: 5/12/2016, (Kıs: Sempozyum).

<sup>786</sup> YAZICIOĞLU, Emine/ATAMER, Kerim, Sigorta Hukuku Ders Notları, 20.12.2012, Syf. 12, <http://docplayer.biz.tr/1994370-Sigorta-hukuku-ders-notlari-prof-dr-emine-yazicioglu-doc-dr-kerim-atamer.html>, Erişim Tarihi:15/09/2017.

<sup>787</sup> MEMİŞ, (Denetim) Syf. 13.



Yine belirtmek gerekir ki, kanun hükümleri taraf iradeleri ile sigorta sözleşmesi şartı olarak poliçeye alınabilir. Sözleşmede bu şekilde yer alan söz konusu şartlar yine de Kanun hükmü niteliğinde olduğundan genel işlem koşulu denetimine tabi olmayacağı belirtilmektedir<sup>788</sup>.

## II. Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti

### 1. Sigorta Sözleşmesini Özelleştiren Kayıtlar Ve Müzakere Edilerek Kararlaştırılan Şartlar

Sigorta sözleşmeleri, genel işlem koşulu içeren standart sözleşmelerdendir. Uygulamada, yapılacak olan sigorta sözleşmesinin konusuna göre matbu olarak hazırlanmış sigorta poliçesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında kurulan sözleşmeyi belgeleyen poliçeye, sigorta sözleşmesini özelleştiren kayıtların konulması işin niteliği gereğidir.

Sözleşmeyi özelleştiren kayıtlar, tarafların adı, soyadı, adresleri, birlikte sigortalılar ve sigorta poliçe numaraları gibi genel, soyut ve matbu olarak hazırlanan sigorta poliçelerini ferdileştiren kayıtlardır. Bu kayıtların, niteliklerinden ötürü kolaylıkla anlaşılacağı üzere, genel işlem koşulu değerlendirmesine konu olamayacağı açıktır.

Sigorta sözleşmelerinde taraflar irade özgürlüğü gereği, müzakere ederek sözleşme şartı düzenlemeleri teorik anlamda mümkündür. Bu tür düzenlemeler, yapılabilirse, Borçlar Hukuku sisteminin ana kurgusu olan bireysel sözleşme modelinin birer örneğini teşkil ederler. Diğer deyişle taraflar arasında TBK md. 20'de öngörülen tarzda bir ilişki gerçekleşmeyeceğinden bu düzenlemelerin genel işlem şartı çerçevesinde denetlenmesi de gündeme gelmeyecektir.

Ancak uygulamada sigorta ettirenin sigorta şirketi ile pazarlık şansı bularak, karşılıklı müzakere sonucu sigorta sözleşmesine hüküm koyabilmesi istisnaen gerçekleşecek bir durumdur.

### 2. Sigorta Özel Şartları Ve Ayarlama Kızları

Özel şartların hukuki mahiyeti Türk doktrininde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre, sözleşmeyi ferdileştiren hususlar, yani taraflar, prim, konu gibi hususlar özel şart niteliğindedir. Özel şart, o poliçe muhtevasının, poliçeye yazılması gereken hususların dışında kalan, tasdik edilmiş genel şartların da dışında kalan her türlü diğer sözleşme hükmüdür<sup>789</sup>.

Diğer bir görüş özel şartları, tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırılan, müzakere edilerek belirlenen, taraf iradelerinin doğrudan sözleşme hükmü haline geldiği şartlar olarak kabul etmektedir<sup>790</sup>.

Sigortacılık uygulamasından hareket eden diğer bir görüş ise, özel şartların sigorta şirketleri tarafından önceden hazırlanan ve benzer sözleşmelerde sürekli olarak kullanılan düzenlemeler olduğunu; dolayısıyla tarafların üzerinde müzakere ederek kararlaştırılma unsurunun gerçekleşmediği sözleşme

<sup>788</sup> MEMİŞ, (Denetim) Syf. 15.

<sup>789</sup> ATAMER, Kerim, Sempozyum, Syf. 120.

<sup>790</sup> BAHTİYAR, Mehmet, Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırt Edilmesi ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, Syf. 139; ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, Syf. 61.





hükümleri olarak kabul etmektedir. Netice olarak da özel şartların mahiyetinin genel işlem şartı olduğunu belirtmektedir<sup>791</sup>.

Bu görüşlerden hareketle, özel şartlar ile ilgili olarak şu değerlendirme yapılabilir: Yukarıda da belirttiğimiz gibi Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesine göre, özel şartlar poliçede, özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılıya neden olmayacak şekilde belirtilir. Bizim yukarıda, sözleşmenin içeriği başlığı altında, müzakere edilerek kararlaştırılan şartlar ile özel şartları ayrı başlıkta incelememize rağmen, az önce belirtildiği üzere doktrinde bu tür şartları da genel bir ifade ile özel şart olarak kabul eden bir sınıflandırma yapılmaktadır. Bu durumda birden çok madde halinde sigorta poliçeleri üzerinde bulunan özel şartların mahiyeti her bir şart açısından ayrı ayrı yapılmalıdır.

Zira bu şartlardan bazıları, gerçekten taraflarca üzerinde müzakere edilerek belirlenmesiyle özel şartlarda yer almış olabilir. Örneğin, sigorta ettiren daha düşük prim ödemek için sigorta şirketi ile müzakere ederek teminatın kapsamını daraltan bir maddeyi poliçeye eklemiş olabilir. Dolayısıyla söz konusu şartlar bu ihtimalde genel işlem şartı olarak kabul edilemez.

Ancak uygulamada her seferinde sigorta ettiren ile müzakere edilerek belli başlı şartların yeniden düzenlenmesi, bundan da öte sigorta ettirenin bu pazarlık şansını bulması güç bir ihtimaldir. Bu sebeple, daha ziyade, özel şartlar sigorta şirketlerince genel şartlara aykırı olmamak üzere tek yanlı olarak belirlenmekte ve ileride benzer sözleşmelerde kullanılmak üzere poliçeye dahil edilmektedir. Dolayısıyla sigortacıların kullandığı ve sigorta ettirenin katkısı taşımayan özel şartların, taşıdığı ada bakılmaksızın genel işlem koşulu olduğunda tereddüt edilmemelidir.

Tarafların bir şartı müzakere edip etmediği noktasında tereddüt olursa bu durumda bunların müzakere edilmediği asıldır. Bir şartın müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu, sigortacı tarafından ispatlanmalıdır. Şartların müzakere edilerek sözleşmeye konulduğuna ilişkin kayıtlar, TBK md. 20/f.3 hükmü gereği ispat bakımından yeterli sayılmaz<sup>792</sup>.

Sigorta özel şartlarına ilişkin açıklamalarımıza son vermeden önce ayarlama klozlarına da değinmek gerekmektedir. Kurulmuş bir sözleşmede taraflardan birine tek taraflı irade beyanı ile sözleşmede değişiklik yapma yetkisi verilebilir. Sigorta sözleşmelerinde bu yetkiyi veren hükümler daha ziyade primde artırma veya azaltma yetkisine ilişkin olurlar ve ayarlama klozu olarak ifade edilirler. Bu tür düzenlemeler de esasen sigorta özel şartlarındadır. Dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi olacaktır. Borçlar Kanununun değiştirme yasağı başlıklı 24. maddesinde “Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır” hükmü bulunmaktadır. Bu durumda sigorta özel şartlarını düzenleyen taraf olan sigorta şirketinin, tek yanlı olarak sigortalı aleyhine sözleşmede değişiklik yapma ya da yeni düzenleme getirme yetkisini veren kayıtları sözleşmeye koyması TBK md. 24 gereği yazılmamış sayılmakla geçersiz olacaktır.

<sup>791</sup> MEMİŞ, (Denetim) s. 46.

<sup>792</sup> MEMİŞ, (Denetim) Syf. 50.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA

Hemen belirtmek gerekir ki genel durum bu olmakla birlikte, TTK md. 1414 “Sigortacı, sigorta teminatının kapsamında değişiklik yapmadan, ayarlama şartına dayanarak primi yükseltirse, sigorta ettiren, sigortacının bildirimini aldığı tarihten itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir” hükmü bir istisna olarak kabul edilmelidir<sup>793</sup>. Çünkü bu hüküm açıkça prime ilişkin öngörülmüş olan bir ayarlama klotuna dayanılarak primin artırılmasına belli şartlar altında izin vermektedir. Sigortalıya ise yeni oluşan duruma razı değilse bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilme imkanı tanımaktadır. Dolayısıyla söz konusu süre geçtikten sonra sigortalının TBK md. 24 hükmüne dayanarak yazılmamış sayılmayı ileri sürmesi ve böylece ayarlama klotunun geçersizliği sebebiyle sözleşmeye önceki primden devam etmesi söz konusu olamamalıdır. Diğer bir deyişle TTK md. 1414’ün uygulama bulduğu durumlarda genel işlem koşulu denetimiyle söz konusu sözleşme hükmü yazılmamış sayılmayacaktır.

### 3. Sigorta Genel Şartları

Sigorta genel şartları daha önce de belirtildiği üzere genel ve soyut nitelikli olan, benzer rizikolara maruz kişilere mümkün olduğunca eşit kapsam ve koşullarla teminat sağlanması amacına hizmet eden, Sigortacılık Kanununa göre Müsteşarlık tarafından onaylanan, bütün sigorta sözleşmelerinde mutlaka bulunan şartlardır. Sigorta sözleşmesinin esaslı unsurları, tarafların hak ve borçları, sigorta türlerine göre tespit edilen ve onaya tabi olan, sigorta genel şartlarında gösterilmektedir<sup>794</sup>.

Sigorta genel şartları, sözleşmenin kurulmasından önce ve birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere oluşturulmuştur. Bir sigorta türüne ilişkin genel ve soyut sözleşme düzenini gösteren sözleşme koşullarıdır. Sigortacı tarafında sigorta ettirene değiştirilmeden kabul edilmesi niyetiyle sunulur<sup>795</sup>. Bu sebeple genel şartlar üzerinde tartışmalar olsa bile mahiyeti itibarıyla genel işlem koşulu olarak görülebilir. Türk hukukunda da hakim görüş, bu yönde değerlendirmede bulunmakta; özellikle Müsteşarlık tarafından onaylanma unsurunun genel şartları, genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağını kabul etmektedir<sup>796</sup>. Sigorta genel şartlarının Hazine Müsteşarlığı gibi idari bir organ tarafından hazırlanmış olması ve sigortacının da bunları kullanma yükümlülüğünün bulunması mahkemelerin bu şartları genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler çerçevesinde denetlemesini engellemeyeceği; çünkü idare tarafından hazırlanan bu düzenlemelerin kanun hükmünde olmadığı, daha ziyade standart sözleşme hükmünde olduğu doktrinde belirtilmektedir<sup>797</sup>.

<sup>793</sup> MEMİŞ, (Denetim) Syf. 53.

<sup>794</sup> KIRKAYAK, Syf. 33.

<sup>795</sup> YAZICIOĞLU/ATAMER, Syf. 12.

<sup>796</sup> BAHTİYAR, Mehmet, Sigorta Poliçesi Genel Koşulları, Batider, Cilt XIX, Sayı 2, 1997, Syf. 92 (Kıs: Genel Şartlar); KARTAL, Doğan, Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, Syf.46; YAVUZ, Selçuk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, Syf. 49 vd.

<sup>797</sup> ATAMER, Yeşim, Syf. 63; ATAMER, Yeşim/ ÜNAN, Samim, Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement’, in: Transparency in Insurance Law, Ünán/Wandt (eds.), İstanbul 2012, Syf. 65-88, (Naklen, MEMİŞ, Syf. 31); Sigorta genel şartlarını, genel işlem koşulu olarak kabul etmekle birlikte, Borçlar Kanunundaki söz konusu hükümlerin daha özel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu karşısında, sigorta genel şartlarına uygulanamayacağına ilişkin kanaatimizce hatalı olan görüş için bkz. ÖZER, Fatma Dilek Kabukçuoğlu, Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, Syf. 154.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

Yeri gelmişken burada doktrinde genel olarak kabul edilen görüşün dayanaklarından biri olan TBK md. 20/f.4 hükmüne<sup>798</sup> de değinmek gerekmektedir. Düzenlemeye göre, genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır. Dolayısıyla müsteşarlıkça onaylanma zorunluğunun bulunması sigorta genel şartlarının, genel işlem şartı olma niteliğini etkilemeyeceği bu hüküm esas alınarak kabul edilmektedir.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, hakim görüş sigorta genel şartlarını genel işlem koşulu olarak kabul etmekte ise de, meseleyi çeşitli açılardan ele alan TEKİN MEMİŞ' in aksi yöndeki görüşünü temellendiren bazı açıklamalarına da burada yer vermek gerekmektedir:

- Genel şartları, genel işlem koşulu olmaktan çıkararak çok sayıda neden vardır. Bunlardan ilki, genel şartların sigorta sözleşmesinin her iki tarafını da bağlayan düzenlemeler olmasıdır. Bu yönüyle taraflar, genel şartlardaki hükümlere aykırı düzenlemeler yapamaz, sözleşme şartları kabul edemezler.
- Genel şartların, Borçlar Kanunu anlamında genel işlem şartı olmadığına bir delili de TTK m.1425/3'de, (3) Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder” şeklinde ifade edilen hükümdür. Burada genel işlem şartlarının yürürlük denetimi bakımından sözleşmede bir atfın bulunmasına bile gerek duyulmamıştır. Hükümün ilk cümlesi bunu açıkça vurgulamaktadır. Burada sözleşmenin kurulması anında genel şartlarda bulunmayan başka bir deyişle sigorta ettirenin öğrenme imkanının bile olmadığı bir şart sigorta sözleşmesine dahil edilmektedir.
- Türk Ticaret Kanunu'nda genel şartların farklı bir statüye sahip olduğunu gösteren bir diğer hüküm ise, m.1405<sup>799</sup>'tir. TTK m. 1405'e göre sigorta ettirenin verdiği teklifnameye sigortacı otuz gün içinde cevap vermezse sigorta sözleşmesi kurulmuş olur. Bu hükme göre, teklifnamede sigorta ettirenin sigortalı menfaati ve sigorta için ödeyeceği primi ve şartlarını belirtmesi kafidir. Her halükarda bu hallerde sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır ve genel şartlara göre sigortanın mahiyeti belirlenir. Örneğin bir sigortacıya arabasını sigorta ettirmek isteyen bir kimsenin icap mahiyetindeki teklifini sunması ve sigortacının susması halinde bu durum, sözleşmenin kurulması için yetecektir ve sözleşmenin eksik kısımları ise tamamen genel şartlarla doldurulacaktır. Görüleceği üzere, genel şartlar,

<sup>798</sup> MADDE 20- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

<sup>799</sup> MADDE 1405- (1) Sigortacı ile sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişinin, sözleşmenin yapılması için verdiği teklifname, teklifname tarihinden itibaren otuz gün içinde reddedilmemişse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır.



Borçlar Kanunu'ndaki yürürlük denetimine ilişkin hükümlere tabi olmaksızın sözleşmenin parçası olabilmektedir.

- Sigorta genel şartları, devletin bir organı tarafından hazırlanmakta ve çıkarılmakta, tarafların da bu şartlar üzerinde bir tasarrufu bulunmamaktadır. (...) Anayasada yürütme organının düzenleyici işlemleri olarak kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik sayılmıştır. Buna rağmen uygulamada, yürütme organının bunların dışında idari işlemler ile genel, soyut, objektif hukuk kuralları koyduğu görülmektedir. (...) Bu kuralların mahiyeti incelendiğinde bunların, özel hukuk karakterinden ziyade idare hukuku karakteri taşıdıkları ve üstün bir iradeyi yansıttıkları, özellikle de bağlayıcı nitelikleri göze çarpmaktadır. Bu tür düzenleyici işlemlere idare hukukunda "isimsiz düzenleyici işlemler" denilmektedir. Bu açıklamalardan sonra genel şartlar, isimsiz düzenleyici işlemler olarak adlandırılabilir. (...)

Kanaatimizce sigorta genel şartları bugüne kadar kabul edildiği üzere, peşinen genel işlem koşulu olarak kabul edilmemelidir. Hiç şüphesiz günümüzde başta bankacılık, taşıma, mobil haberleşme gibi alanlarda olduğu gibi sigortacılık alanında da kitlelere hizmet sunma standart ve genel nitelikli hükümler içeren sözleşmeler ile gerçekleşmektedir. Ancak sigortacılık alanında yapılan sözleşmelerin içeriğine bakıldığında, diğer mal ve hizmet arzına yönelik sözleşmelerden farklı olarak, sigorta özel ve idari denetime tabi, kendine özgü bir yapısı olan genel şartları ile karşılaşılmaktadır.

Bugün Türk hukuk doktrinde özel şartların mahiyeti üzerinde görüş birliği olmadığını ifade etmiş ve yukarıda kendi bahsinde genel işlem koşulu olarak değerlendirmeye genelde müsait olduğunu ifade etmiştik. Bu durum kanunun emredici hukuk kura. Ancak genel şartlar başta Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kıstasa, yani sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunma şartına tam anlamıyla uymamaktadır. Gerçekten sigorta genel şartları sözleşmede üstün taraf olarak değerlendirilmeye müsait olan sigorta şirketince önceden tek yanlı serbest iradesiyle hazırlanamamaktadır. Aksine sözleşmenin her iki tarafı da müsteşarlıkça hazırlanmış olan genel şartlara uymak durumundadır lları dışında kalan konulara ilişkin olarak genel işlem koşullarının düzenlenebileceği hatırlandığında, sigorta sözleşmeleri açısından genel şartların kanun gibi değerlendirilmesini; sigorta özel şartlarının ise kanun gibi değerlendirilmesi gereken genel şartlara aykırı olamayacağından genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak özel şartlar herhalde tek taraflı olarak değil de müzakere dilerek belirlenmiş ise özel şartların da genel işlem koşulu hükümlerince denetlenmesi gündeme gelebilecektir.

### **Sonuç**

Sigorta sözleşmeleri bir tarafın prim ödemeyi diğer tarafın ise rizikoyu üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup, kurulması herhangi bir şekilde tabi değildir. Ancak hemen her zaman bir sigorta sözleşmesi, sigorta poliçesi denen belgeye bağlanır.

Sigorta poliçesi ise hukuki niteliği birbirinden farklı olan birçok hüküm içermektedir. En başta tarafların ad, soyad, adres, iletişim bilgileri gibi matbu belgeyi özelleştiren kayıtlar poliçeye yazılır. Yine müsteşarlıkça belirlenen sigorta genel şartları poliçede yer almak veya bu şartlara atıf yapan bir hüküm



poliçede bulunmak zorundadır. Sigorta özel şartları da genel şartlara aykırı olmamak üzere poliçede yer alır. Tarafların müzakere edilerek kararlaştırabileceği hükümlerin de poliçenin içeriğini oluşturması mümkündür. Bu şekilde birbirinden nitelik olarak farklı olan hükümler içeren bir sözleşmenin genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması da bütünsel bir yaklaşım yerine, her bir şart bakımından ayrı ayrı yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Türk hukuk doktrininde bugüne kadar genel işlem koşullarına ilişkin ele alınan eserlerde sigorta genel şartlarının genel işlem koşullarının tipik örneği olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, yukarıda aynen atıf yaptığımız eserde bu yaklaşımın terk edildiği görülmektedir. Gerçekten sigorta genel şartlarının ve özel şartlarının isimleri bizi, genel şartların genel işlem koşulu, özel şartların ise müzakere edilerek kararlaştırılan sözleşme hükümleri olduğu yönünde bir kanaate ittiğini bu bakımdan itiraf etmek gerekmektedir.

Ancak sigorta sözleşmesinde sözleşme serbestisine idari müdahalede bulunulduğu da göz önüne alınarak, genel şartların genel işlem koşulu olarak kabul edilmemesi gerektiği düşüncesi kanaatimizce de daha isabetlidir. Özel şartlar bakımından ise bu başlık altında ele alınan sözleşme hükümlerinin yine niteliği belirleyici olmaktadır.

Doktrinde özel şartların kapsamına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bu başlık altında ele alınan, sigorta şirketince önceden tek taraflı olarak hazırlanıp, sigorta ettirene sunulan şartlar bakımından, genel işlem koşulu denetiminin yapılacağında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak üzerinde müzakere edilerek kararlaştırılan hükümler ile soyut matbu poliçeyi, belirli ve özel hale getiren taraflara ilişkin kayıtlar doktrinde bazı görüşlere göre yine özel şart olarak adlandırılıyor olsa da bunların genel işlem koşulu denetimine tabi olmayacakları açıktır.

En nihayetinde bu çerçevede, bir sigorta sözleşmesinin genel işlem koşullu bakımından bir mahkeme önünde yargısal denetimi gündeme geldiğinde, mahkemece önce sözleşme hükümlerinin, izah edilmeye çalışıldığı üzere, niteliğine bakılması, genel işlem koşulu olduğu sonucuna varılan hükümler bakımından yürürlük, içerik ve yorum denetiminin yapılarak sonuca varılması gerekmektedir.



### Kaynakça

ATAMER, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetimi, İstanbul, 2001.

ATAMER, Yeşim/ÜNAN, Samim:Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement', in: Transparency in Insurance Law, Ünan/Wondt (eds), İstanbul, 2012.

BAHTİYAR, Mehmet: Sigorta Poliçesi Genel Koşulları, Batider, Cilt XIX, Sayı 2, 1997.

BAHTİYAR, Mehmet: Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırt Edilmesi ve bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998.

ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana, 2016.

KARTAL, Doğan: Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2015.

KIRKAYAK, Gökhan: Sigorta Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

MEMİŞ, Tekin : Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Yargısal Denetimi, İstanbul, 2016.

MEMİŞ, Tekin : Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi, Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, İstanbul, 19-20 Kasım 2004.

ÖZER, Fatma Dilek Kabukçuğlu: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2012.

TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla :Borçlar Hukuku Cilt I, İstanbul, 1985.

YAVUZ, Selçuk: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Haksız Şartlar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

YELMEN, Adem: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014.

Milli Eğitim Bakanlığı Pazarlama ve Perakende, Poliçe Çeşitleri Modülü, Ankara,2011, [http://www.megep.meb.gov.tr/mte\\_program\\_modul/moduller\\_pdf/Poli%C3%A7e%20%C3%87e%C5%9Fitleri.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Poli%C3%A7e%20%C3%87e%C5%9Fitleri.pdf). YAZICIOĞLU, Emine/

ATAMER, Kerim Sigorta Hukuku Ders Notları, 20.12.2012, <http://docplayer.biz.tr/1994370-Sigorta-hukuku-ders-notlari-prof-dr-emine-yazicioglu-doc-dr-kerim-atamer.html>.





## EZİYET YASAĞINI ULUSLARARASI BELGELERDE ARAMAK

Arş. Gör. Enes YILMAZ

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Eray ACAR

Hitit Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

### Öz

İşkence ve eziyet yasağına ilişkin gerek uygulamada gerekse öğretide daha çok işkence suçunun inceleme konusu yapıldığı söylenebilir.

Kanun koyucunun, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda eziyet teşkil eden eylemleri ayrıca cezalandırma yoluna gittiği ifade edilmelidir. Buna karşılık, öğretide eziyet suçuna yönelik spesifik bir çalışma bulunmamaktadır. Buradan hareketle bu çalışma, eziyet suçunu işkenceden ayrı olarak, özellikle uluslararası belgelerin içeriklerinde doğrudan bulunmasa bile dolaylı biçimde yer alabileceği düşüncesiyle aramayı amaçlamaktadır. Bu sebeple elinizdeki çalışmanın bu alandaki bir boşluğu dolduracağı ümidinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

İşte bu çalışma, inceleme konusu kavramın uluslararası belgelerde yer alıp almadığı ve özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından doğrudan bireysel başvuru mercii olan Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında nasıl ele alındığı sorularına cevap aramaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** İşkence, eziyet, zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı muamele.

### Abstract

It can be said that the crime of torture more examined from torment in both practice and doctrine about torture and torment crimes.

It should be stated that the legislator has chosen to punish the acts which constitute torment in the Turkish Criminal Code numbered 5237 different from the Turkish Criminal Code numbered 765. In contrast, there is no specific study of the crime of torment in the doctrine. From this point of view, this study seeks to search the crime of torment separately from torture, even if it is not directly found in the contents of international documents. For this reason, we would like to state that we hope that our work will fill a breach in this area.

This study aims to question whether the concept of the review is included in international documents and whether it has effective protection, in particular in terms of fundamental rights and freedoms.

**Keywords:** Torture, torment, cruel, inhuman, degrading treatment.

4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



## Giriş

Bir konunun uluslararası ya da ulusal belgelerde nasıl ele alınacağı esas olarak üç boyutta kendini göstermektedir. Bir insan hakkının tanınması, tanımlanması ve söz konusu hakkı koruyacak surette devletlere düşen yükümlülüklerin belirlenmesi; evrensel, bölgesel ve ulusal düzenlemlerde ortaya çıkar. Bunlar, Birleşmiş Milletler sistemi çerçevesinde evrensel, devletlere düşen sorumlulukların denetimi bakımından bölgesel ve özü itibarıyla ilgili hakkın gerçekleştirilmesi ve ihlallerin yerinde önlenmesi bakımından ulusal boyuttaki düzenlemelerdir<sup>1</sup>.

1982 Anayasası, 17. maddesinde eziyeti işkence ile birlikte kesin olarak yasaklamıştır. Bu anayasal güvenceyle birlikte eziyet, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yaptırıma bağlanmak suretiyle bir kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlara maruz kalmama hakkı çerçevesinde kanuni güvenceye kavuşturulmuştur.

Buradan hareketle öncelikle, mülga 765 sayılı TCK'da eziyet kavramına doğrudan yer verilmediği ifade edilmelidir. Ancak işkence suçunun düzenlendiği hükümde, işkenceden sonra zalimane, gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelerden bahsedilmektedir. Belirtmek gerekir ki aynı durum, evrensel ve bölgesel düzenlemlerde kaleme alınan neredeyse bütün uluslararası belgelerde söz konusudur.

Evrensel olarak Birleşmiş Milletler nezdindeki çalışmalarda, bölgesel bazda ise başta Amerika, Afrika ve tabii ki Avrupa kıtalarında olmak üzere pek çok çalışmada, küçük birkaç farklılık haricinde işkencenin hemen ardından zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı kötü muameleler yasaklanmıştır.

Bu çalışmada, ana hatlarıyla eziyet suçunun ve onunla ilişkili diğer kavramların ulusal ve uluslararası düzlemde nasıl ele alındıkları izaha çalışılacaktır. Bu kapsamda çalışma üç temel bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde eziyet suçunun ulusal düzlemde ele alınışı, ikinci bölümde eziyet suçu ile paralellik arz eden zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamelelerin uluslararası metinlerde ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarındaki yerine değinilmeye çalışılacaktır.

## I. Temel Bir Hareket Noktası Olarak Ulusal Düzlemdeki Düzenlemeler

### A. 1982 Anayasası

Öncelikle konunun hemen başında, 1982 Anayasası'nın 17. maddesi 3. fıkrasının, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükmünü içerdiği ve işkence ile eziyet kavramlarını sanki bir bütünün ayrılmaz parçaları gibi ele aldığı söylenebilir. Ancak buna karşın, şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da, özü itibarıyla aynı davranışlara karşılık gelse de işkence ve eziyet olarak iki ayrı suç tipinin düzenlendiği ifade edilmelidir.

### B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

<sup>1</sup> Eren, Abdurrahman, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları*, İlyas Doğan (Ed.), *İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde* (119-180), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009, s.119; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*, Oktay Uygun (Ed.), *İnsan Hakları, içinde* (397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.397.



Bilindiği üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 96. maddesinde bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişiyi cezalandırmak suretiyle mevzuatımızda eziyet suçunu düzenlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki eziyet fiilinin tanımı, açık bir şekilde madde metninde değil, madde gerekçesinde “Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmaması gerekir.” denilmek suretiyle verilmiştir<sup>2</sup>.

Bu noktada oldukça büyük bir önem arz eden husus, eziyet suçunun madde gerekçesinde verilen tanımın, 5237 sayılı TCK m.94’te “algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi” ifadesi haricinde işkence suçunun fiiline de karşılık gelmesidir. Buna göre, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği takdirde işkence suçu değerlendirme konusu olacaktır.

### C. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Konumuzla alakalı olduğunu söyleyebileceğimiz mülga, 765 sayılı TCK’da ise 243. madde<sup>3</sup>, “Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa” diyerek işkence suçunu düzenleme yoluna gitmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki 765 sayılı TCK, 5237 sayılı TCK’dan ayrılır surette ayrı bir eziyet suçu düzenlememekle birlikte, yukarıda sırasıyla sayılan ifadeler arasında eziyete bir kavram olarak bile yer vermemiştir.

Bu noktada zikredilebilecek diğer husus, aşağıda ele alınacak olan uluslararası belgelerde de kolayca anlaşılacağı gibi, işkenceden sonra sırasıyla diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamelelerin tıpkı Anayasa’da birlikte zikredilen işkence ve eziyete benzer şekilde beraber ele alındığıdır.

Görüldüğü üzere, mevzuatta ele alınan kavramlardan hareketle işkence ve eziyet iç içe özellik göstermektedir.

## II. Eziyet Suçunu Uluslararası Belgelerde Ve İçtihatlarda Aramak

### A. Genel Olarak

Öncelikle bu çalışma kapsamında değinebileceğimiz bütün genel ve özel sözleşmelerin ilgili maddelerinde işkencenin hemen ardından, zalimane davranış, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza kavramlarına yer verildiği belirtilmelidir<sup>4</sup>.

Eziyet suçu da aşağıda adı geçen sözleşmelerde doğrudan yer almasa bile insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı ya da küçültücü kötü muamele kavramlarının içerisinde dolaylı surette bulunabilir. Çünkü

<sup>2</sup> Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet, Gerekçeli Ceza Kanunları, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.127.

<sup>3</sup> İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, Ceza Kanunları, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.191.

<sup>4</sup> Anayurt, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, GÜHFD, Prof. Dr. Atilla Özer Armağanı, içinde (421-460), C.XII, S.1-2, 2008, s.423.

eziyet suçunu oluşturan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler, sözlük anlamı itibarıyla gayriinsani ve zalimane davranışları karşılamaktadır<sup>5</sup>.

Bu noktada genel olarak değişik kategorilerdeki hak ve özgürlükleri içine alan bildiri ve sözleşmeler<sup>6</sup> ile özel olarak doğrudan işkence ve diğer kötü muamelelerin önlenmesine ilişkin bildiri ve sözleşmeler<sup>7</sup>, imzacı devletlere bütün organlarıyla insan onurunu koruma ve gözetim görevini yüklerler<sup>8</sup>.

Örnek vermek gerekirse, işkence suçu gibi eziyet suçunun kanunda tanzimi de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 16 Aralık 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne imza koymak suretiyle altına girdiği yükümlülüğün bir gereğidir<sup>9</sup>. Bir başka şekilde ifade edecek olursak, işkence bakımından söz konusu olduğu gibi eziyet açısından da birinci derecede önlem alma yükümlülüğü imzacı devlete aittir<sup>10</sup>. Nitekim bu husus, 5237 sayılı TCK m.94'te düzenlenen işkence suçunun gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir<sup>11</sup>:

<sup>5</sup> Artuk, Mehmet Emin, *İşkence Suçu (TCK m.94, 95)*, CHD, Y.3, (7), 5-40, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.23.

<sup>6</sup> Genel Bildiri ve Sözleşmeler: 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 20 Kasım 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi, 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 26 Haziran 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 19 Eylül 1981 tarihli İslam'da İnsan Hakları Beyannamesi, 10 Kasım 1983 tarihli Örnek İslam Anayasası, 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, 11 Temmuz 1990 tarihli Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı, 20 Aralık 1993 tarihli BM Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi, 17 Temmuz 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü (Roma Statüsü), 9 Haziran 1994 tarihli Amerikalılararası Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Sözleşme, 14 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü, 11 Mayıs 2011 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddeti Önleme ve Bunlarla Mücadele Avrupa Sözleşmesi.

<sup>7</sup> Özel Bildiri ve Sözleşmeler: 9 Aralık 1975 tarihli BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, 10 Şubat 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 9 Aralık 1985 tarihli Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi, 9 Ağustos 1999 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), 4 Aralık 2000 tarihli BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezalandırmanın Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelenmesi İlkeleri.

<sup>8</sup> Anayurt, Ömer, *İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (181-212), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009, s.181; Hafizoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer, *İşkence ve Eziyet Suçları*, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, içinde (1207-1214), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.1207; Hakeri, Hakan, *Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu*, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (341-374), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009, s.341; Ünver, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, CHD, Y.3, S.7, 40-82, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.55; Üzülmüş, İlhan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu*, Hukuk ve Adalet; Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, (5), 227-247, 2005, s.227.

<sup>9</sup> Artuk, s.5; Önok, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.273; Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet İşkence Suçu, GÜHFD, C.IV, S.1-2, 178-200, 2000, s.183 ve 185; Ünver, s.76; Yokuş Sevek, Handan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu*, MÜHFD, 2009/1, 85-115, s.85.

<sup>10</sup> Algan, Bülent, *İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, içinde (1-36), Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, Ankara, 2011, s.2.

<sup>11</sup> Artuk/Gökçen, s.123-124.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



Türkiye, taraf olduğu Milletlerarası Sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir. (...) İşkence ile ilgili olarak bu Sözleşmede taraf devletlere yüklenen yükümlülüklerin “işkence derecesine varmayan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller” açısından da geçerli olduğu kabul edilmiştir (madde 16).

Ayrıca bunlara ek olarak, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi ile 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi de örnek gösterilebilir.

## **B. Evrensel Düzlemdeki Arayış**

Birleşmiş Milletler nezdinde ortaya çıkmış pek çok çalışmada insan onurunu korumaya yönelik oldukça çeşitli örnekler bulmak mümkündür. Bu kapsamda misalen aşağıda müstakil başlıklar altında ele alacağımız haricinde, 16 Aralık 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ya da 20 Aralık 1993 tarihli BM Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirisi de zikredilebilir.

Yeniden belirtmek gerekirse, tüm bu adı anılan bildiri ya da sözleşmelerde işkencenin akabinde zalimane, gayriinsani, onur kırıcı ya da aşağılayıcı muamelelerden bahsedilmektedir.

İşkence ve diğer insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere dair değerlendirmelerinde uluslararası makamlar, eylemin doğası, eylemin sonucu olarak çekilen fiziki veya mental acının ağırlığı, failin amacı, failin resmi statüsü ve bireysel sorumluluğu, zararın yasal bir yaptırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarında yapılan değerlendirme sonucu muamelenin işkence veya diğer kötü muamele türleri sayılıp sayılmayacağını tespit etmektedirler<sup>12</sup>.

### 1. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek ilan olunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesinde<sup>13</sup>, eziyetin doğrudan adı geçmese de eziyet kavramı olarak maddenin içeriğinde, “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.” denilerek mana itibarıyla yerini almıştır. Burada zikredilen işkence ve diğer muamelelerin, uluslararası arenada ilk defa bu hükümle yasaklandığına dikkat çekilmesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>14</sup>.

### 2. BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi

<sup>12</sup> Weissbrödt, David / Heilman, Cheryl, *Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment*, Law and Inequality, Vol.29, 2001, pp.343-394, s.376-377.

<sup>13</sup> Anayasa Hukukçuları Derneği, *Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.636; Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler*, C.II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.7; Gemalmaz Mehmet Semih, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002, s.4.

<sup>14</sup> Algan, s.5.



Bir yorum kaynağı olarak işkence hususunda en iyi tanımlamayı yaptığı söylenen 9 Aralık 1975 tarihli Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi<sup>15</sup> de gözden kaçırılmamalıdır<sup>16</sup>. Çünkü bu Bildiri, işkenceyi, 1. maddesinin 2. fıkrasında açıkça zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın ağırlaştırılmış ve kasıtlı işlenen şekli olarak tanımlamaktadır.

Buradan hareketle işkencenin diğer kötü muamelelerin gerek nitelik gerekse nicelik bakımından daha ağır hali olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

### 3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (İşkenceye Karşı Sözleşme-İKS)

10 Şubat 1984 tarihli bu Sözleşme, işkenceyi etraflıca tanımlayan ilk insan hakları sözleşmesi olması hasebiyle ayrı bir öneme sahiptir<sup>17</sup>. İşkenceye Karşı Sözleşme m. 1/1, işkenceyi şöyle tanımlamaktadır<sup>18</sup>:

Bu Sözleşmenin amaçları bakımından “işkence” terimi, bir kişi üzerinde kasıtlı biçimde uygulanan ve o kişiden ya da üçüncü bir kişiden bilgi edinmek yahut itiraf elde etmek; o kişinin ya da üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği yahut gerçekleştirdiğinden şüphelenilen eylemden ötürü onu cezalandırmak; ya da o kişiyi ya da üçüncü kişiyi korkutmak yahut yıldırma/(sindirmek) için; ya da ayrımcılığın herhangi bir türüne dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi ya da resmi sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle yapılan ve gerek fiziksel/(bedensel) gerekse manevi/(zihinsel) ağır acı ve ıstırap veren herhangi bir eylemdir. Bu, kanuna uygun yaptırımların sadece uygulanmasından doğan, (ya da) bu yaptırımların kendisinde var olan yahut arızı biçimde oluşan acı ve ıstırapı içermez.

Öte yandan, Sözleşme'nin ilk maddesinin ilk fıkrası, işkencenin tanımını yaparken; 16. maddesi<sup>19</sup> de taraf devletleri, işkencenin yanında nitelik itibarıyla işkenceden ayrılan diğer zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele ve cezayı önleme yükümlülüğü altına sokmaktadır<sup>20</sup>. Burada altı çizilebilecek bir

<sup>15</sup> Bildiri'nin tam metni için bkz.. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s.807-813.

<sup>16</sup> Algan, s.5; Nuhoğlu, Ayşe, *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, içinde (527-592), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999, s.532-533.

<sup>17</sup> Er, Cüneyd, *İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, TBBD, 2005/60, 169-188, s.170.

<sup>18</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s.817-818; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.45.

<sup>19</sup> İKS m.16- “1. Her Taraf Devlet, kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir ülkede/(yerde), Madde 1’de tanımı verilen işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza oluşturan eylemlerin, bir kamu görevlisi yahut kamusal sıfatla hareket eden bir başka kimse tarafından bizzat yahut bu kimselerin teşviki ya da rızası yahut da bu eylemi onaylaması suretiyle işlenmesini önlemeyi taahhüt edecektir. Özellikle, Madde 10, 11, 12 ve 13’te düzenlenen yükümlülükler, işkence terimine yapılan göndermelerde bunlar, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya da gönderme yapar şekilde uygulanacaktır.

2. Bu Sözleşme hükümleri, zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele yahut cezayı yasaklayan, yahut sınır dışı ya da iade etmeye ilişkin bulunan herhangi bir başka uluslararası bir belge ya da ulusal hukuk hükümlerine halel getirmeyecektir.” Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, s.824; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.49.

<sup>20</sup> Artuk, s.6; Demirdal, M. Balkan, *BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara, 2015,



husus şudur ki, konunun diğer sözleşmelerden ayrılacak şekilde ayrı iki maddede düzenlenmiş olması, esas itibarıyla içerik veya taraf devletlere yüklenen sorumluluk noktasında hiçbir farklılık arz etmez<sup>21</sup>.

Ayrıca birinci maddenin ikinci fıkrası<sup>22</sup> da bu minvalde, “Bu madde, daha kapsamlı uygulama hükümlerini ihtiva eden ya da edebilecek olan herhangi bir uluslararası belgeye ya da ulusal mevzuata hanel getirmez.” şeklindeki hükmüyle daha evla düzenlemelere açık kapı bırakmıştır. Tam da bu noktada, AİHS m.3 bağlamında AİHM uygulamasındaki değerlendirmeler, “günün koşulları ışığında”, muamelenin hangi ihlal kapsamında olduğunu belirtmek bakımından kendini gösterir. İç hukuk, Mahkeme’nin diğer muamelelerden kabul ettiği bir davranışı, işkence düzeyinde görüyorsa, getirilen standartların üzerinde bir uygulama söz konusu olacağından Mahkeme ve Sözleşmeler buna itibar ederler<sup>23</sup>. Ancak bunun aksi tabii olarak düşünülemez.

Bunu, konuya ilişkin bir örnek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelemek gerekirse<sup>24</sup>, kanaatimizce isabetli şu yaklaşımı zikretmek yerinde olacaktır<sup>25</sup>:

“İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan Sözleşmenin 1. maddesinde, “Yüksek Sözleşmeci Taraflar yargı yetkisi [egemenlik alanı] içerisinde bulunan herkes için bu Sözleşmenin I. Bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri temin edeceklerdir.” hükmüne yer verilmiştir.

Taraf devletlerin Sözleşmenin II. Bölümünde tanımlanmış olan hak ve özgürlükler listesi bakımından yükümlülük altına girmelerinin kaynağını Sözleşmenin yukarıda sözü edilen 1. maddesinin oluşturduğu belirtilmelidir. Zira II. Bölümde listelenmiş olan hak ve özgürlükler 1. madde olmaksızın beyan niteliğinden öte bir anlam ifade etmeyecektir. Bu bakımdan birinci maddenin anlamının açıklığa kavuşturulması önemlidir. (...) İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün kapsamı, ilişkili olduğu her bir hak ve özgürlüğün kapsamının belirlenmesiyle doğrudan orantılı bir konudur. Bu bağlamda, Sözleşmenin yaşayan bir organizma olarak nitelendirildiğinin ve böylece Mahkeme tarafından dinamik olarak yorumlandığının altını çizmek gerekir. (...) Kısaca, Devletin Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri güvenceye alma noktasında, 1. maddenin başlığında yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğünü” yerine getirmiş sayılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her bir hak ve

s.250; Nuhoglu, s.545, 564 ve 568; Önok, s.72; Özgen, Eralp, *İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması*, TBBD, 1988/2, 208-233, s.218.

<sup>21</sup> “(...) Sonuç olarak uluslararası sözleşmeler ister tek maddede isterse ayrı ayrı maddede düzenlenmiş olsunlar işkence ile kötü muameleler arasında nitelik farkından ziyade gerçekleştiriliş biçim ve yöntem farkı olduğuna işaret etmektedirler. Vurguyu işkenceye yapmış olmakla birlikte insan onurunu ortadan kaldıracı veya tahrip edici nitelikleri dikkate alınarak diğer davranışlar da onunla birlikte düşünülmüş ve taraf devletler aynı yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Sözleşmeler açısından önemli olan işkence dışında kalan diğer muamelelerin de birey onurunu işkence kadar etkilediği; fiziksel ve ruhsal bakımdan onda derin acı ve ızdıraba yol açtığı olgusunun gözden uzak tutulmamasıdır.” Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s.424.

<sup>22</sup> Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler*, C.II, s.818; Gemalmaz, *İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler*, s.45.

<sup>23</sup> Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı*, s.455.

<sup>24</sup> Reidy, Aisling, *The Prohibition of Torture – A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Avrupa Konseyi, *Human Rights Handbooks*, No.6, Almanya, 2003, <http://www.refworld.org/docid/49f1829b2.html> (30.04.2017), s.5.

<sup>25</sup> Yanık, Murat, 1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (1133-1162), C.XII, S.1-2, 2008, s.1145-1147.

özgürlüğün kapsamı konusunda üretmiş olduğu içtihat hukukunu yakından takip etmesi gerekecektir. Zira bu sınırlar, zaman içerisinde değişmekte ve işin doğrusu sürekli bir evrimle genişlemektedir.

Gerçekten de “evolütif ve progresif” denilebilecek geliştirici ve ileri götürücü bir yöntem olan dinamik yorum ilkesi altındaki bu genişlemeyi, AIHM’in, başvuranın maruz kaldığı muameleleri insanlık dışı muamele olarak gördüğü Tomasi/Fransa kararı ile hemen hemen aynı ağırlıktaki başka muameleleri işkence olarak değerlendirdiği Selmouni/ Fransa kararlarına dayanarak örneklendirmek mümkündür<sup>26</sup>. Buradan hareketle, Mahkeme’nin, “insan haklarının korunmasında standartların ve çitanın giderek yükseldiğini, dolayısıyla demokratik toplumların ana değerlerinin ihlalinde de daha katı ve tolerans eşiği daha düşük değerlendirilmelerin yapılması gerektiği”nin altını çizdiği ifade edilmelidir<sup>27</sup>.

Sonuç olarak, belirtmek gerekir ki Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerce yaygın olarak kabul gören standartlar ve gelişmelerden etkilenmektedir ve etkilenmelidir de<sup>28</sup>. Nitekim, ancak böylelikle daha adil bir dünya teşekkül ettirilebilir.

Tekrar İşkenceye Karşı Sözleşme’ye dönecek olursak İKS’nin, burada zalimce, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleyle yönelik gerek bir tanımlama gerekse bir örneklendirme yapmayarak, işkence ile bu davranışlar arasında bir ayrıma gitmiş olduğu söylenebilir. Bunun somut örneğini ise, Sözleşme’nin evrensel yargılama yapabilmeye ilişkin hükümler içeren 5 vd. maddelerinin, kendilerini işkence ile sınırlamaları oluşturur<sup>29</sup>. 16. maddenin düzenlenişinden İKS ve İşkenceye Karşı Komite’nin spesifik bir tanımlamadan kaçındığı görülebilir. Komite, raporlarında genellikle, somut olayların zalimce, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele olduğunu tespit etmekle yetinir. İKS ve Komite’nin söz konusu suçlara ilişkin tanımı, esas olarak işkence ağırlığına ulaşmayan eylemlerin de yasaklanması amacını güder<sup>30</sup>.

Somut olarak buradan çıkarılabilecek tek sonuç, gerek İKS’nin birinci ve onaltıncı maddeleri ile meseleyi iki ayrı düzenlemede ele alması gerekse AIHM’in içtihatlarıyla işkence ve diğer muameleler

<sup>26</sup> “Yine Mahkemeye göre, “Sözleşme teorik ve pratik hakları değil, günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde gerçek hakları korumak için ayaktadır”. Bu nedenle, insan haklarının korunması geliştikçe ve standartlar yükseldikçe Mahkemenin bazı eski içtihatlarında (örneğin spor ayakkabısının altıyla popoya vurmanın, surata tokat atmanın, okullarda belirli ağırlığa ulaşmayan bedeni cezaların maddeyi ihlal etmediği yönündeki kararlarda) vardığı sonuçların başka benzeri davalarda gözden geçirilmesi gündeme gelebilecektir (Selmouni v. France, App. No. 25803/94, 28.7.1999, § 101).” Önok, s.168.

<sup>27</sup> Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, s.430; “The Court has previously examined cases in which it concluded that there had been treatment which could only be described as torture (see the Aksoy judgment cited above, p. 2279, § 64, and the Aydın judgment cited above, pp. 1891-92, §§ 83-84 and 86). However, having regard to the fact that the Convention is a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” (see, among other authorities, the following judgments: Tyrer v. the United Kingdom, 25 April 1978, Series A no. 26, pp. 15-16, § 31; Soering cited above, p. 40, § 102; and Loizidou v. Turkey, 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 26-27, § 71), the Court considers that certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.” Selmouni v. France, ECHR, App. No:25803/94, T.28.07.1999, § 101.

<sup>28</sup> Reidy, s.7.

<sup>29</sup> Nuhoglu, s.562 ve 568.

<sup>30</sup> Huntington, Erin, Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: A Definitional Approach, University of California Davis Journal of International Law and Policy, Vol.21-2, pp.279-300, s.293-294.



arasında tespitini sağladığı nicelik farkının bulunması bakımından, işkenceye gösterilen ehemmiyetin ne ölçüde büyük olduğudur<sup>31</sup>.

### C. Bölgesel Düzlemlerdeki Arayış

İnsan onuru ile temel hak ve özgürlükleri farklı kıtalarda bölgesel düzeyde koruma çabalarına<sup>32</sup>, başlıca verilebilecek örnek, kuşkusuz aşağıda ayrı başlıklar altında da ele alacağımız şu üç belgedir<sup>33</sup>: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı.

Kadim kıta Asya'da veya binlerce adanın yer aldığı Pasifik'te benzer şekilde herhangi bir çalışma yapıp yapılmadığı sorgulanabilir. Ancak bilindiği üzere, ortaya koyulan sözleşme ve devamında teşekkül ettirilen koruma mekanizmaları temelde bir bölgesel örgüte yahut bir örgütlenme sürecine dayanmaktadır. Bu noktada başarıya ulaşmış çalışmalar bakımından Amerika kıtasında, 30 Nisan 1948 tarihinde Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ile ortaya çıkan Amerikan Devletleri Örgütü ile Afrika kıtasında ise, 25 Mayıs 1963 tarihinde Afrika Birliği Şartı ile kurulan Afrika Birliği gösterilebilir<sup>34</sup>.

Söz konusu süreçler ve çalışmalarda kimi yerde bütünüyle başarısız olunmuşken, kimi yerde ise kısmen başarı elde edilmiştir<sup>35</sup>. Burada bölgesel bazda bir örgütlenmeye gitse bile sözleşmesel bazda netice alamayan, Arap Devletleri Birliği<sup>36</sup> ve daha sonra ismini İslam İşbirliği Teşkilatı<sup>37</sup> olarak değiştiren İslam Konferansı Örgütü örneklerdir<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Er, s.171-172; Önok, s.408.

<sup>32</sup> Doğan, İlyas / Kaya, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.78.

<sup>33</sup> "Bunlardan kuşkusuz en etkin olanı Türkiye'nin de taraf olduğu 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir." Yanık, s.1141.

<sup>34</sup> Bu hususta daha kapsamlı ve detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.335-513; Amerika ve Afrika kıtalarındaki durumu kısa ve öz bir şekilde ortaya koyan şu çalışmalara da ayrıca bkz. Doğan, İlyas / Özdemir, Omca, Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (307-338), Astana Yayınları, Ankara, 2015; Doğan, İlyas / Özdemir, Omca, Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (339-366), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

<sup>35</sup> Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.515.

<sup>36</sup> "22 Arap ülkesi tarafından kurulmuş uluslararası örgüt Arap Birliği ya da Arap Ligi ülkelerince 15 Eylül 1994 yılında Arap İnsan Hakları Şartı adını alan bir belge kabul edilmiştir. Belge yürürlüğe konamamıştır. Daha sonra Arap Devletler Ligi'ne mensup devletlerin Tunus'ta gerçekleştirmiş olduğu 16'ncı Zirve Toplantısının ardından 2004 Mayıs ayında aynı adı taşıyan yeni bir Şart kabul edilmiştir. Şartın, 1994 tarihli metne göre büyük gelişme sağladığından söz edilebilir. Şartın yürürlüğe girebilmesi için en az yedi devletin onayı şartının da (m.49) gerçekleşmiş olmasıyla birlikte 15 Mart 2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu şartın yürürlüğe girebilmiş olması, Arap Dünyasında insan haklarının korunması alanında bugüne kadar atılmış en ileri adımdır. Şart bir başlangıç ve 53 maddeden oluşmaktadır. (...)

Görüldüğü üzere, Arap İnsan Hakları Şartı'nda düzenlenen hakların taraf devletlerce ihlalini denetleyebilecek ve ona yaptırımlar uygulayabilecek etkili bir koruma mekanizmasından söz edilememektedir. Dolayısıyla bu haliyle Afrika Şartı'nın bile çok uzağındadır. Denilebilir ki, Arap Devletler Ligi'nde insan haklarının korunması henüz embriyoner safhadadır." Anayurt, İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.191-192.

<sup>37</sup> "Kahire Bildirisi" olarak da anılan 05.09.1990 tarihinde, bir başlangıç ve yirmi beş maddeden müteşekkül olarak kabul edilen İslam İnsan Hakları Bildirisi hakkında kısa değerlendirme için bkz. Anayurt, İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.184-185.

<sup>38</sup> Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.517 vd.; Önok, s.153-155.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

Öte yandan, ciddi addedilebilecek bir örgütlenmeye dahi gidemeyen Asya-Pasifik bölgesi, her anlamda sahip olduğu çeşitlilikten ötürü<sup>39</sup>, Birleşmiş Milletler ya da Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun çalışmalarına rağmen, sözleşme niteliğinde bir neticeye ulaşılamamıştır.

Henüz başarıya ulaşmayan son bir örnek olarak Avrupa Birliği müktesebatı içerisinde AB Anayasasının, 2000'li yılların başında birlik üyesi ülkeler tarafından kabul edileceği düşünülmüş, ancak İspanya, Almanya, İtalya, Belçika, Avusturya gibi Anayasayı onaylamayı başarıyla tamamlayan ülkelere karşın Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumların olumsuz sonuçlanması dolayısıyla söz konusu Birlik Anayasası Projesi ertelenmek durumunda kalmıştır. Yakın zamanda ise, 23 Haziran 2016 tarihinde yapılan halkoylaması neticesinde, İngiltere'nin birlikten ayrılık kararı almasıyla ortak bir AB Anayasası fikri belki de tamamen gündemden düşmüş bulunmaktadır. İşte bu anayasaya entegre edilerek bağlayıcı niteliğe kavuşturulması amaçlanan, AB Bakanlar Konseyi tarafından hazırlanıp 14 Aralık 2000 tarihinde ilan edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da yukarıda bahsedilen belgeler gibi, hala bildiri niteliğinden sıyrılıp bağlayıcılık kazanamamıştır<sup>40</sup>.

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>41</sup>

4 Kasım 1950 tarihinde, Roma'da, Avrupa Konseyi üyesi hükümetler, dünyada barış ve adaletin tesis edilebileceği yönünde bir inançla İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Öncelikle bu Sözleşme, daha ilk maddesinden<sup>42</sup> taraf devletlere her şeyin üzerinde tuttuğu insan haklarına saygı yükümlülüğünü yüklemektedir<sup>43</sup>.

Sözleşme öte yandan, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğüne dayalı ortak bir anlayış ve mirastan hareketle bağlayıcı bir denetim mekanizması ortaya koymuştur. Böylelikle bireye sağlanan güvenceleri yaptırımlara tabi tutmasından dolayı, bireyleri, uluslararası hukukun birer süjesi haline getirmiştir<sup>44</sup>. Zaten bu durum da sözleşmenin önemini asıl ortaya koyan özelliğini teşkil eder<sup>45</sup>. Bölgesel düzlemde yukarıda ele alınan örneklerle birlikte düşünüldüğünde, Sözleşme'nin şüphesiz en etkili işleyen koruma sistemini getirmiş olması, bu özelliğın gücüne güç katmaktadır<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.523-524.

<sup>40</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bakımından daha geniş bilgi için bkz. Önok, s.133-138.

<sup>41</sup> Sözleşme'nin başlıca özellikleri ve konu, kişi, yer ve zaman bakımından uygulama alanı hususunda bilgi sahibi olmak için bkz. Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.68 vd.

<sup>42</sup> AİHS m.1- "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." Anayasa Hukukçuları Derneği, s.602; "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır." Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.7; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.207.

<sup>43</sup> Çavuşoğlu, Naz, Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (456-477), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.456; Reidy, s.5.

<sup>44</sup> Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.13-14; Önok, s.159; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.68.

<sup>45</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.11.

<sup>46</sup> Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, s.423; Çavuşoğlu, s.457; Algan, s.8 ile 21 vd.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

Sözleşme, işkence yasağı kenar başlığı ile 3. maddesinde “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” demek suretiyle kısa ve öz ifadelerle bireyi mutlak bir koruma altına almıştır<sup>47</sup>.

Diğer uluslararası metinlerin neredeyse tamamında yer verilen “zalimane” (cruel) ibaresinin, ilginç bir şekilde 3. madde düzenlemesinde tercih edilmediği kolayca fark edilecektir. Bununla birlikte, söz konusu kavramların soyut bir şekilde sayılması yeterli görülmesi; içeriklerinin tespiti ya da diğer bir ifadeyle tanımlamaları AİHM içtihatlarına bırakılmıştır<sup>48</sup>.

Üçüncü madde düzenlemesi, Sözleşme’nin en kısa hükümlerinden biridir. Ancak söz konusu kısıklık, maddenin, özündeki derinliğe herhangi bir şekilde halel getirmez<sup>49</sup>. Zira, bu yasak için, olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma kenar başlıklı Sözleşme’nin 15. maddesinin<sup>50</sup>, zaruret hali dahil hiçbir istisnayı kabul etmediğini, yani söz konusu yasağın hiçbir koşulda uygulama dışı bırakılamayacağını ifade etmek gerekir<sup>51</sup>. Bu da işkence veya benzeri kötü muameleyle tâbi olmamayı sert çekirdekli<sup>52</sup>, mutlak<sup>53</sup>, dokunulmaz bir hak niteliğine büründürür<sup>54</sup>. Madde 3’ün kapsamının mutlaklığı, İrlanda/ Birleşik Krallık davasına da şu şekilde yansımıştır<sup>55</sup>:

Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme’nin ve 1 ve 4 No.’lu Protokollerin (P1, P4) ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. Madde (madde 3) istisnalara yer vermediği gibi, 15. Madde 2. fıkra (madde 15-2) hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz.

<sup>47</sup> Anayasa Hukukçuları Derneği, s.602; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.8; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.208; Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, s.85.

<sup>48</sup> Önok, s.169.

<sup>49</sup> Çiftçi, Cengiz Topel, Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı, Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, Y.7, S.65, 14-26, s.19; Reidy, s.8.

<sup>50</sup> AİHS m.15/2- “Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.” Anayasa Hukukçuları Derneği, s.606; küçük çeviri farkları için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.14; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.209.

<sup>51</sup> Nuhoglu, s.529; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.21-22.

<sup>52</sup> AİHS’in yanı sıra Anayasa m.15 ve 17 düzenlemelerinden hareketle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile insan onuruna saygı ilkesinin ölçü alındığı ve söz konusu düzenlemelerin bu kapsamdaki sert çekirdekli oluşturduğunu ifade edebiliriz. Bakım, Sevi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.22.

<sup>53</sup> Doğan/Kaya, s.10 ve 12.

<sup>54</sup> İşkence ve kötü muamele yasağının hukuki niteliği noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.133-135; Çiftçi, Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı, s.20; Gözübüyük/Gölcüklü, s.198; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.137 vd., ayrıca aynı eserde “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. Maddesi Hükmü ve Değerlendirmesi” için bkz. s.507 vd.; Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, s.443; Hakkın dokunulmazlığı/mutlaklığı noktasında bazı örneklerle ayrıca bir değerlendirme için bkz. Anayurt, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (213-281), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009, s.214-217.

<sup>55</sup> Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s.57; Ireland v. United Kingdom, ECHR, App. No: 5310/71, 18.1.1978, § 163.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



Ayrıca “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, Sözleşme’nin 19. maddesiyle kurulmuş ve Mahkeme’ye, Taraf devletlerin verdikleri taahhütlere uymalarını sağlama görevi yüklenmiştir<sup>56</sup>. AİHM, üstlendiği bu görevi yerine getirirken verdiği kararları, genel itibarıyla sözleşmenin bütünlüğü, özerk ve dinamik yorum ile orantılılık ilkeleri ve demokratik toplumun gerekleri çerçevesinde ele alır<sup>57</sup>. Nitekim soyut nitelik taşıyan normların somut olaylara uygulanması, kapsam ve içeriğinin belirlenmesi bakımından kuralların yorumlanmasını zorunlu kılar.

Öte yandan, Mahkeme özellikle m.3 endeksinde tanımlarına yer verilmeyen işkence ve insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele bakımından tedrici bir değerlendirme yapmakta, ayrıca bir tanım yapma gayreti içerisine girmemektedir<sup>58</sup>. Ancak yine de Mahkeme’nin bahsini ettiğimiz derecelendirmeyi yaparken, BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1975 tarihinde kabul ettiği 3452 sayılı Kararı<sup>59</sup> ile 26 Haziran 1987 tarihli BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi’nde yer alan işkence tanımlarını özellikle baz aldığı söylenmelidir<sup>60</sup>. Buna göre, gerçekleştirilen muamelenin üçüncü maddenin içeriğine dahil olması için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması, en azından şiddete başvurulmuş olması gerekmektedir<sup>61</sup>. Ancak üçüncü maddenin içeriğinde böyle bir koşulun doğrudan zikredilmediğini ve asgari ağırlık eşliğine ilişkin mevcut durumun Sözleşme organlarının istikrar kazanmış içtihatlarıyla oluştuğunu belirtmeliyiz<sup>62</sup>.

AİHM içtihatlarında 3. maddenin ihlal edilmiş sayılması için asgari düzeyde bir şiddetin varlığını aranmaktadır. İşkence ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve de kötü muamele arasındaki fark mağdurun duyduğu acı ve ıstırapın yoğunluğu ile farklılaşır. Hem asgari şiddet düzeyinin hem de işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında ayrıma giderken aranan şiddet ağırlığının somut olayın

<sup>56</sup> Anayasa Hukukçuları Derneği, s.607; Gemalmaz, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.15; AİHS, ilk halinde Avrupa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonundan oluşan ikili bir denetim sistemi kurmuştu. 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren 11. Protokolle, daimi Mahkeme, eski Mahkeme ve Komisyonun yerini almıştır. Yokuş Sevük, Handan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, CHD, Y.7, (20), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, 7-42, s.8; Reidy, s.6; Mahkeme’nin, Kabul Edilmezlik Kararı Vermek, Başvurunun Kayıttan Düşürülmesine Karar Vermek, Bireysel Başvuru ve Devlet Başvurularını Çözümlemek gibi Görevleri’ne yönelik detaylı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.157-168.

<sup>57</sup> Kapsamlı inceleme için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s.139-154; Doğan, İlyas, Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.392 vd.

<sup>58</sup> Madde 3 yasağının üç geniş alanı, (birbirinden) ayrı fakat (birbirleriyle) bağlantılı tasvir edilmiştir. Öte yandan, Madde 3 işkence, insanlık dışı, aşağılayıcı, davranış ve ceza olmak üzere beş parçaya da bölünebilir. Reidy, s.11.

<sup>59</sup> Birleşmiş Milletler Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi.

<sup>60</sup> Dutertre, s.66 vd.; Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s.12; Reidy, s.11-12.

<sup>61</sup> Reidy, s.10; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.143 vd.; Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s.10; Yokuş Sevük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, s.87.

<sup>62</sup> Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.219; Reidy, s.10; AİHM, 25 Mart 1992 tarihli B./Fransa Kararı, 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık Kararı ile 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık kararlarında, değinmeye çalıştığımız hususun göreceliliğini özetler mahiyette şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “Söz konusu muamelenin 3. Madde’nin ihlali anlamına gelmesi için, asgari derecede şiddet içermesi gerekir. Bu asgari derecenin değerlendirilmesi de esas olarak görecelidir; bu değerlendirme davanın tüm koşullarına, özellikle de nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bağlıdır.” Dutertre, s.63.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



niteliğine göre değişiklik arz ettiğini belirtmek gerekir. Şiddetin ağırlığı kriteri, doktrinde yeterince ayırt edici olmaması dolayısıyla oldukça eleştirilmektedir. Diğer taraftan uluslararası koruma mekanizmalarınca ayırt edicilik hususunda uygulamada farklılıklar da göze çarpmaktadır. Örneğin AİHM ağırlık kriterini baz alırken, Ame.İHM, “ciddiyet” ve “yoğunluk” kriterini baz alır<sup>63</sup>. Ağırlık konusunda bir başka husus ise, sübjektif mi yoksa objektif olarak mı değerlendirme yapmak gerektiğidir. Pek çok mahkeme mağduru esas alarak sübjektif bir ölçüme gitmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararlarında hem “objektif” hem de “sübjektif” kıstası kullanır. Hem eylemin doğası, amacı ve sabitliği hem de mağdurun fiziki ve ruhsal durumu, muamelenin etkisi, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve sosyo-kültürel arka planını değerlendirmeye dahil etmektedir<sup>64</sup>.

Amaç unsuru, yine işkence ve diğer kötü muamele türlerinin ayırt edilmesinde kullanılan bir kriterdir. AİHM içtihatlarında, genellikle İşkenceye Karşı Sözleşme’de yasaklanmış amaçları gözetir. Eğmez/Kıbrıs ve Denizci/Kıbrıs kararlarında kötü muamelenin çeşitli derecelerine kasten maruz bırakılan mağdurlara karşı itiraf elde etme amacıyla hareket edilmediği için 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmamıştır<sup>65</sup>. Diğer taraftan EYUCM’de Konvansiyon’da sayılan amaçların temsili olduğu gerekçesiyle tecavüz amacıyla gerçekleştirilen eylemleri de bu kapsamda saymıştır<sup>66</sup>.

Ayrıca gerek asgari düzeydeki şiddetin gerekse işkenceye götüreceği olan ciddi acı ve ıstırap meydana getirecek olan şiddetin, Mahkeme’nin de tam olarak yaptığı üzere, her somut olayda göreceli bir şekilde ele alınacağı gözden kaçırılmamalıdır<sup>67</sup>. Tabii olarak bu göreceliliği dikkate alacak ve kademeli şekilde değerlendirmeyi yapacak olan kişi, aslında ulusal düzlemde yer alan hâkim olacaktır<sup>68</sup>.

Kısacası, değerlendirilecek her üç fiilin de içeriğinde maddi ve manevi acı barındırdığı kuşkusuzdur. Aralarındaki farkın tespiti noktasında Mahkeme’nin dikkate aldığı en temel ölçütün, şiddet farkı olduğu belirtilebilir<sup>69</sup>. Tam da bu noktada, tedrici denilen kısım, ortaya konan şiddetin yoğunluğuna göre aşağılayıcı muameleden başlayıp en ağırı işkenceye kadar uzanan basamakları ifade eder<sup>70</sup>. Bahsi geçen derecelendirmeyi, işkence ile insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı muamele arasındaki ağırlık ve yoğunluk farkının tespiti olarak ifade etmek de mümkündür<sup>71</sup>. Diğer muamelelere nazaran en barbar ve

<sup>63</sup> Weissbrödt/Heilman, s.384. Cabrera v. Dominican Republic kararında ise mahkeme AİHM’den farklı olarak “ağır” acı ve ıstırap yerine fiziki veya mental acı ve ıstırap tabirini kullanmaktadır. Bkz. Cabrera v. Dominican Republic, Case 10.832, p.81-83 (1997).

<sup>64</sup> Harper, s.903.

<sup>65</sup> Denizci v. Cyprus, ECHR, App. No. 25316-25321/94 and 27207/95, 23.05. 2001 , §225, §312-13; Eğmez v. Cyprus, ECHR, Application no. 30873/96, 21.12.2000, §315, §336.

<sup>66</sup> Prosecutor v. Delalic, ICTY, Case No. IT-96-21-T, Judgment, §470-71, (Nov. 16, 1998).

<sup>67</sup> Bakım, s.124; Nuhoglu, s.534; Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s.11; Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, s.87.

<sup>68</sup> Önok, s.172.

<sup>69</sup> Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatlarında İşkence Kavramı, s.432; Doğan, İlyas / Çamurcuoğlu, Gülden, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (451-474), Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.451-452.

<sup>70</sup> Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.226-235; Dutertre, s.65; Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, s.87 ve 96; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.248.

<sup>71</sup> Demirbaş, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.53-57; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.147; Yokuş Sevik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, s.10; Gözübüyük/Gölcüklü, s.198 vd.; Reidy, s.12.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

zalimane niteliğe sahip olması bakımından işkence, diğer muameleleri de içeren bir “jenerik (genel) kavram” olarak görülmektedir<sup>72</sup>.

## 2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS)

22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, ülkemiz açısından bağlayıcılığı olmasa da temel bir başvuru, daha doğru bir ifadeyle temel bir yorum kaynağı olarak değerlendirilebilir<sup>73</sup>.

Bu Sözleşme'nin İnsanca muamele görme hakkı kenar başlıklı 5. maddesinin özellikle mevzumuzla ilişkili 1. ve 2. fıkraları, insanın kişiliğinde mevcut olan onuruna saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir<sup>74</sup>:

1. Her kişi, bedeni, zihni ya da moral/(ahlaki/manevi) bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir.
2. Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insan kişiliğine yerleşik onuruna saygı gösterilerek muamele görecektir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu maddeye, insanca muamele görme hakkı kenar başlığını uygun görmesinin, isimlendirme bakımından üçüncü maddesinde işkence yasağı kenar başlığına yer veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne nazaran daha doğru ve güzel bir tercih olduğu söylenebilir<sup>75</sup>. Sözleşmedeki tanımlamanın kamu görevlisinin dahil ve ağırlık eşiği gibi şartların bulunmaması dolayısıyla İşkenceye Karşı Sözleşme'deki tanımdan daha geniş olduğunu belirtmek gerekir<sup>76</sup>.

Ayrıca bu Sözleşme, 27. maddesinin<sup>77</sup> ilk fıkrasında Taraf Devletin belirli şartların varlığı halinde Güvencelerin askıya alınmasını düzenlerken, ikinci fıkrasında herhangi bir şekilde askıya alınması

<sup>72</sup> “une notion générique” Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, s.423; Anayurt, İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.181.

<sup>73</sup> Algan, s.9; Gözübüyük/Gölcüklü, s.10; Sözleşme'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.730-761.

<sup>74</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.732; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.408.

<sup>75</sup> Anayurt, İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, s.187.

<sup>76</sup> Nowak, Manfred, What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today, in The Cambridge Companion to Human Rights Law, Conor Gearty and Costas Douzinas (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp.307-328, s.313.

<sup>77</sup> Ame.İHS m.27- “1. Bir Taraf Devlet, bağımsızlığını ya da güvenliğini tehdit eden savaş, kamusal tehlike ya da diğer tehlike zamanında, söz konusu durumun yol açtığı zorunlulukların kesin biçimde gerektirdiği ölçüde ve süreyle bu Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sapma teşkil eden önlemleri, bu tür önlemlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleriyle bağdaşmayan nitelikte olmaması ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal köken temelinde ayrımcılık yapmaması koşuluyla, alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, aşağıdaki Maddelerin herhangi bir biçimde askıya alınmasına yetki vermez: Madde 3 (Hukuk kişiliğine hak), Madde 4 (Yaşam hakkı), Madde 5 (İnsanca muamele görme hakkı), Madde 6 (Köle olmama özgürlüğü), Madde 9 (Ex post facto [fiilden sonra konan] yasalara tabi olmama özgürlüğü), Madde 12 (Vicdan ve din özgürlüğü), Madde 17 (Ailey ilişkili haklar), Madde 18 (İsim hakkı), Madde 19 (Çocuk hakları), Madde 20 (Vatandaşlık hakkı), Madde 23 (Yönetime katılma hakkı) ya da bu hakların korunması için zorunlu bulunan yargısal güvenceler.

3. Anılan askıya alma yetkisini kullanan herhangi bir Taraf Devlet, uygulanmaları askıya alınan hükümler, bu askıya almanın ortaya çıkmasına yol açan nedenler ve bu tür askıya almanın sona ermesi bakımından belirlenen tarihte, Amerikan Devletleri Örgütü Genel Sekreteri aracılığıyla, diğer Taraf Devletleri derhal bilgilendirecektir.” Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.742; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.412.



mümkün olmayan haklar arasında insanca muamele görme hakkına da yer vermiştir. Buna ek olarak, Sözleşme'nin, 33. maddesiyle Taraf Devletlerin sorumluluklarına riayetlerini sağlamak ve olası ihlalleri denetlemek noktasında Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurularak yetkilendirildiğini belirtmek gerekir<sup>78</sup>.

Ame.İHM verdiği pek çok kararla bütün işkence türü davranışların jus cogens kurallardan olduğunu ve mutlak biçimde yasak olduğunu belirtmektedir<sup>79</sup>. Mahkeme, hukuksuz tutulmaların insan onurunu ihlal edeceğini<sup>80</sup>, uzun müddet izole ve iletişim imkânlarından yoksun biçimde tutulmanın zalimane ve insanlık dışı muamele olacağını<sup>81</sup> tespit eder. Loayza-Tamayo/Peru kararında, zalimane ve insanlık dışı muamelenin varlığı için fiziki bir müdahalenin gerek görülmediği, psikolojik acı ve ıstırapın da tek başına kötü muamele sayılacağı belirtilmektedir<sup>82</sup>. Öte yandan hukuksuz tutulan ve bu tutulma esnasında ölen kimsenin yakınlarının duyduğu acı, ızdırap, korku, güvensizlik ve güçsüzlük hissi de mahkemece kurbanın yakınları açısından zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kabul edilmiştir<sup>83</sup>.

Buna karşın aşağıda Türk Anayasa Mahkemesi'nin Eziyet Yasağına İlişkin Değerlendirmesinde açıkça görüleceği üzere, insanlık dışı muamelenin varlığı için AİHM'in içtihatlarında aradığı gibi asgari düzeyde şiddete başvurulmuş olması aranmaktadır. Dolayısıyla Ame.İHM'nin yukarıda zikredilen kararlarından hareketle, özellikle manevi acı ve ıstırap bakımından insanca muamele görme hakkının daha iyi korunduğu ifade edilmelidir.

Gelinen noktada, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin hiç kimsenin işkenceye ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağına ilişkin hükmünün farkında olarak, Amerikan Devletleri Örgütüncü 9 Aralık 1985 tarihinde ilan edilen Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi de zikredilmelidir<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.356; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.744.

<sup>79</sup> Urritia v. Guatemala, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.103, 21.11.2003, p.92.

<sup>80</sup> Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.99, 7.06.2003, p.96.

<sup>81</sup> Bámaca Velásquez v. Guatemala, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.91, 05.11.2000, p.150; Fairén Garbi and Solís Corrales v. Honduras, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.2, 26.06.1987, p.149.

<sup>82</sup> Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Inter-Am.CHR, (ser. C) No.33, 17.10.1997, p.57.

<sup>83</sup> Juan Humberto Sánchez v. Honduras, p.101.

<sup>84</sup> Algan, s.9; Sözleşme'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.907-916.

Sözleşme'nin ilk maddesinde<sup>85</sup> Taraf Devletlerin işkenceyi önleme ve cezalandırmayı üstlendikleri ve akabinde ikinci maddesinde<sup>86</sup> işkenceden ne anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Bunun yanı sıra, Sözleşme, altıncı maddesinde<sup>88</sup> Taraf Devletlere, etkin yargısal tedbirler alma misyonu yüklemektedir. Ve bu görevin, yalnızca işkencenin önlenmesi ve cezalandırılması bakımından olmayıp, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezayı önlemek ve cezalandırmak üzerine de olacağı vurgulanmalıdır<sup>89</sup>. Bu noktada, Sözleşme'nin beşinci maddesiyle işkence yasağına en ufak bir taviz tanınmadığını da ekleyebiliriz<sup>90</sup>.

Her ne kadar Ame. İHS tarafı olmasa da Amerika Birleşik Devletlerde özellikle kamu görevlilerinin şiddet içeren müdahaleleri, şiddet içeren bir toplanmayı dağıtmak veya ateşli silah bulunduran şüphelilerin kaçışını engellemek gibi müdahalenin gerekli olduğu durumlarda meşru görülür. Meşru müdahale sınırları aşıldığında kötü muamele olarak değerlendirilebilir. Özellikle terör şüphelilerinin sorgulanması esnasında itiraf elde etmek için şiddet içeren sorgulama tekniklerinin uygulanmasıyla ilgili olarak işkence ve diğer kötü muamele türlerinin mutlak ihlal edilmezliğine yönelik oldukça yoğun itirazlar mevcuttur. Bu itirazlara göre, bir terör şüphelisinin kaçması esnasında ateşli silah kullanılarak durdurulması hukuk sınırları içerisinde kabul edilebiliyorken, olası bir terör saldırısını önlemek için bir terör şüphelisine şiddet uygulanmasının mutlak biçimde yasak olması anlamsızdır. Burada yukarıda sayılan kıstaslara ek olarak mağdurun “güçsüzlüğü” faktörü ayırt edici sayılmalıdır. Karşılaştırılan durumların ilkinde kaçmakta olan şüphelinin etrafa zarar verme ihtimali bulunmasına karşılık ikinci durumda şüphelinin tamamen kamu görevlilerinin kontrolü altında olduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> Ame.İÖCS m.1- “Taraflar Devletler, bu Sözleşme hükümleri uyarınca, işkenceyi önlemeyi ve cezalandırmayı üstlenirler.” Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.909; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.413.

<sup>86</sup> Ame.İÖCS m.2- “Bu Sözleşmenin amaçları bakımından işkence, suç kovuşturması amacı çerçevesinde, bir kişiyi yıldırmanın, onu kişisel olarak cezalandırmanın bir yöntemi olarak ya da engelleyici nitelikli bir tedbir ya da doğrudan bir ceza uygulaması olarak ya da herhangi bir başka amaç güderek, o kişi üzerinde kasıtlı olarak tatbik edilen ve bedensel/(maddi) ya da ruhsal/(manevi) acı yahut elem veren herhangi bir eylem olarak anlaşılacaktır. Ayrıca, bir kişi üzerinde tatbik edilen yöntemler bedensel acıya ya da manevi şiddetli endişeye/(ıstraba) yol açmasa bile, mağdurun kişiliğini yok etmek yahut onun bedeni ya da akli yetilerini zayıflatmak kastıyla uygulandığında da işkence olarak da mütalaa edilecektir.

İşkence kavramı, bu maddede anılan eylemlerin icra edilmesini ya da yöntemlerin kullanılmasını içermemesi kaydıyla, hukuka uygun önlemlerin sadece bir yansıması olarak ya da onlara yerleşik biçimde açığa çıkan bedeni yahut manevi acıyı ya da elemi içermeyecektir.” Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.909; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.413-414.

<sup>87</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.414-415.

<sup>88</sup> Ame.İÖCS m.6- “Madde 1 hükümleri uyarınca, Taraf Devletler kendi yargı yetki alanları içinde işkenceyi önlemek ve cezalandırmak üzere etkin önlemleri alacaklardır.

Taraf Devletler, ceza yasalarında işkence oluşturan tüm eylemleri ve işkence yapma teşebbüslerini suç olarak düzenleyecekler ve bunların ciddi niteliğini dikkate alarak, bu tür eylemler için ağır cezalar öngörecektir.

Taraf Devletler, aynı şekilde, kendi yargı yetki alanları içinde, diğer zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muameleyi ya da cezayı önlemek ve cezalandırmak üzere de etkili önlemleri alacaklardır.” Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.911; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.414.

<sup>89</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.415.

<sup>90</sup> Ame.İÖCS m.5- “Savaş hali, savaş tehlikesi, sıkıyönetim ya da olağanüstü hâl, iç kargaşa ya da ayaklanma, anayasal hakların askıya alınması, iç siyasal istikrarsızlık ya da diğer kamusal tehlike yahut doğal felaket gibi durumların varlığı, işkence suçunu meşrulaştırmak üzere ileri sürülemez ya da bu gerekçelere dayanılmaz.” Doğan/Kaya, s.11.

<sup>91</sup> Nowak, s.319.



### 3. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Bölgesel düzlemde bir yorum aracı olarak başvurabileceğimiz diğer bir uluslararası belge, 26 Haziran 1981 tarihinde imzalanan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır<sup>92</sup>.

Şartın 5. maddesi, insan onuruna saygı gösterilmesini ve buna bağlı olarak gerçekleştirilecek her türlü sömürü ve aşağılamanın da yasaklanacağını söyler<sup>93</sup>:

Her birey, varlığına yerleşik/(mütemin) kişi onuruna saygı gösterilmesi ve hukuksal statüsünün tanınması hakkına sahiptir. Özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, sömürü ve aşağılamanın her biçimi yasaklanacaktır.

Bu amaçla da 30. maddenin gösterdiği şekilde<sup>94</sup>, Afrika'da insan ve halkların haklarını geliştirmek ve bunların korunmasını temin etmek üzere, Afrika Birliği bünyesinde, bir denetim organı olarak Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur<sup>95</sup>.

Komisyonun yanı sıra, Afrika kıtasında özgürlük, eşitlik, adalet, barış, insan onuru ve Afrika Halklarının meşru beklentilerini gerçekleştirme, devam ettirme ve güvence altına alma amacıyla Afrika Birliği bünyesinde, 9 Haziran 1998 tarihinde kabul edilen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Bir Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi Kurulmasına Dair Protokolü<sup>96</sup> ile "Mahkeme" ve 11 Temmuz 2003 tarihinde kabul edilen Afrika Birliği Adalet Divanı Protokolü ile "Adalet Divanı" kurulmuştur. Ayrıca 1 Temmuz 2008 tarihinde kabul edilen Afrika Adalet ve İnsan Hakları Divanı Statüsüne Dair Protokol<sup>97</sup> ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ve Afrika Birliği Adalet Divanı tek bir Divan şeklinde birleştirilmiş ve "Afrika Adalet ve İnsan Hakları Divanı" meydana getirilmiştir<sup>98</sup>.

Öte yandan, yine Afrika kıtasında, 11 Temmuz 1990 tarihinde kabul edilen Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'ndan da bahsedilebilir<sup>99</sup>. Şartın Çocuk istismarına ve işkenceye karşı koruma kenar başlıklı 16. maddesi, Taraf Devletlere, çocukların korunması için **her türlü** yasal, yönetsel, sosyal ve

<sup>92</sup> Algan, s.9; Gözübüyük/Gölcüklü, s.11; Şartın tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.967-987.

<sup>93</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.970; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.435.

<sup>94</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.977.

<sup>95</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.457-458.

<sup>96</sup> Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1063-1074.

<sup>97</sup> Protokolün ortaya çıkması bakımından yaşanan süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.476 vd.; Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1137-1165.

<sup>98</sup> Buraya düşülmesi gereken çok önemli bir şerh vardır: "Protokol (m.9/1) uyarınca, bu Protokol ve ekini oluşturan Statü, on beş (15) Üye Devlet tarafından onay belgelerinin depo edilmesinden otuz (30) gün sonra yürürlüğe girecektir. Aralık 2012 tarihi itibarıyla 28 Devlet imza koymuş ve 5 Devlet ise onaylama işlemini yapmıştır. En yakın geçmişte bu işlemi yapan devlet olan Kongo bu Protokole 06/08/2012 tarihinde taraf olmuştur.

Afrika Birliği üyesi olan Devlet sayısının 53 olduğu ve Protokolün kabul edilmesinin üzerinden dört yılı aşan süre geçmesine karşın sadece beş Devlet tarafından onaylanmış bulunduğu ve bu Protokolün hazırlanmasında, örneğin Libya gibi, girişimci rol üstlenen özellikle Kuzey Afrika devletlerinde 2010-2012 döneminde gerçekleşen ayaklanmalar sonucu değişen iktidar yapıları dikkate alınrsa, belgenin yürürlüğe girmesi için gereken 15 onay/katılım sayısına kısa erimde ulaşacağını beklememek gerekir." Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.497.

<sup>99</sup> Şartın tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1035-1062.

### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018



eğitimsel spesifik önlemleri alma sorumluluğunu yüklemektedir<sup>100</sup>. Söz konusu yükümlülüğün denetim ve takibi adına, Şartın 32. maddesi gereğince de çocuk haklarını ve esenliğini korumak ve geliştirmek üzere Afrika Birliği içinde, çerçevesi Şartın devam eden maddelerinde belirlenen Çocuk Hakları ve Esenliği Hakkında Uzmanlar Afrika Komitesi teşekkül ettirilmiştir<sup>101</sup>.

Afrika kıtası üzerinde karşımıza çıkan bir diğer belge de 11 Temmuz 2003 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının, Afrika’da Kadınların Hakları Protokolü (kısaca Afrika Kadın Protokolü)dür<sup>102</sup>. Çalışma konumuzla bağlantısı bakımından geldiğimiz noktada, Kişi onuru hakkını düzenleyen Madde 3’ün<sup>103</sup>, fıkralarında (özellikle üçüncü fıkrasında) Taraf Devletlere, kadınların sömürülmesini yahut aşağılanmasını engellemeye matuf tedbirleri alma ve uygulama görevini yüklediğini ve Madde 4’ün, ilk fıkrasında her kadının yaşamına ve kişi bütünlüğü ile güvenliğine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu ve buna mukabil her türlü sömürü, zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı ceza ve muamelenin yasaklanacağı düzenlemesini yaptığını görmekteyiz<sup>104</sup>.

## Sonuç

Öncelikle bu çalışma kapsamında değinebileceğimiz bütün genel ve özel sözleşmelerin ilgili maddelerinde işkencenin hemen ardından, zalimane davranış, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza kavramlarına yer verildiği görülmüştür.

1982 Anayasası’nın 17. maddesi 3. fıkrasında ise, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” hükmüyle işkence ile eziyet kavramlarının sanki bir bütünün ayrılmaz parçaları gibi ele aldığı söylenebilir. Buna karşın, bu anayasal temele dayanarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda işkence (m.94-95) ve eziyetin (m.96) iki ayrı suç tipi olarak düzenlendiği de eklenmelidir.

Tarihsel olarak daha öncesine gidildiğinde de 765 sayılı TCK’da, 5237 sayılı TCK’dan ayrılır surette ayrı bir eziyet suçu düzenlenmemekle birlikte, işkenceden sonra sırasıyla diğer zalimane, insanlık dışı

<sup>100</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1046; Gemalmaz, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, s.438.

<sup>101</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.510-511; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1057 vd.

<sup>102</sup> Protokolün tam metni için bkz. Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1075-1099.

<sup>103</sup> Afrika Kadın Protokolü m.3- “1) Her kadın, insanın varlığına yerleşik kişi onuru hakkına ve insan haklarının ve yasal haklarının tanınması ve korunması hakkına sahip olacaktır.

2) Her kadın, bir kişi olarak/(sıfatıyla) saygı görme ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahip olacaktır.

3) Taraf Devletler, kadınların sömürülmesini yahut aşağılanmasını yasaklamak üzere uygun önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.

4) Taraf Devletler, her kadının kişi onuruna saygı gösterilmesi hakkının korunmasını ve kadınların, özellikle cinsel ve sözel şiddet olmak üzere, her türlü şiddetten korunmasını temin etmeye yönelik uygun önlemleri alacak ve uygulayacaklardır.”

Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1082.

<sup>104</sup> Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, s.502; Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, s.1082.





ya da aşağılayıcı muamelelerin tıpkı pek çok uluslararası belgede olduğu üzere adeta bir söz öbeği gibi birlikte ele alındığı söylenebilir.

Eziyet suçu, bahsi geçen uluslararası belgelerde doğrudan yer almasa bile insan onuruyla bağdaşmayan, insanlık dışı ya da küçültücü kötü muamele kavramlarının içerisinde dolaylı surette bulunabilir. Çünkü eziyet suçunu oluşturan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı veren hareketler, sözlük anlamı itibarıyla gayriinsani ve zalimane davranışları karşılamaktadır.

İşkence ve devamında sayılan zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı kötü muamelelerin yasaklandığı düzenlemeler, evrensel boyutta BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, BM Tüm Kişilerin İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Maruz Bırakılmaya Karşı Korunması Bildirisi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve bölgesel boyutta ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı gibi örnek olarak verilebilecek uluslararası belgelerde birbirlerine oldukça yakın ifadelerle ele alınmaktadır.

Uluslararası Sözleşmeler birlikte okunduğunda tüm düzenlemelerde işkence ve eziyet ile benzerlik kurduğumuz kötü muamele türü davranışların kişi bütünlüğü ve insan onuruna karşı en önemli ve ağır ihlallerden olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki insan haklarına saygı yükümlülüğü, en ufak bir tartışmaya mahal verilmeden harfiyen yerine getirilmelidir. Ayrıca, söz konusu yükümlülüğün kapsam ve sınırları konusunda yorum yapma yetkisinin ise, iç ve dış koruma kurumları olan Anayasa Mahkemesi, AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi gibi organlarda olduğunda şüphe yoktur. Ancak uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelerde, bu tip suçlara ilişkin sınırlandırma ve kısıtlamanın ön görülmediği görülebilir. Bir diğer husus ise anılan metinlerde kötü muamele teşkil eden suç türlerinin ve bunların yöneldiği insan onuru, insan değeri gibi kavramların tanımlarına yer verilmemiş olmasıdır. Uluslararası alanda kesin biçimde yasak olduğu ve en ağır insan hakkı ihlallerinden sayılan kötü muamele türü suçların henüz net bir tanımından bahsetmek mümkün değildir. Üstelik genellikle birlikte zikredildikleri işkence suçu ile bu suç türleri arasındaki ayrım da net değildir. Hatta benzer fiillerde farklı yargı organlarının işkence veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kararı verdikleri görülmüştür. Bu nedenle işkence ile diğer zalimane davranış türleri arasındaki ayrımın netleştirilmesi gerekir<sup>105</sup>.

Uygulanan şiddetin objektif olarak oldukça ağır oluşu, doğrudan işkencenin varlığı için aranan şiddet yoğunluğu koşulunun sağlandığı sonucuna götürebilir. Uzun müddet şiddetli dayığa maruz bırakma, elektrik şoku verme, yakma, asma, tecavüz gibi eylemler genellikle işkence boyutunda şiddetin varsayılmasını sağlar. Ancak eylemin kasten ve belirli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olması da işkence ve diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın aranması gereken hususlardır. Bunlar haricinde İşkence Konvansiyonu'ndaki tanımı takiben, eylemi gerçekleştiren failin kamu görevlisi olması ya da kamu görevlilerince örtülü de olsa eyleme onay verilmesi kriterini arayan yargı organları da mevcuttur. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi ve Roma Statüsü'nde failin resmi statüsü

<sup>105</sup> Bu görüşün tam tersi biçimde işkence ve diğer kötü muamele türlerinin birleştirilerek daha geniş bir koruma sağlanabileceği görüşü de söz konusudur. Bkz. Harper, Julliane, Defining Torture: Bridging the Gap between Rhetoric and Reality, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, pp.893-928, s.922.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



ışkencenin varlığı için aranan şartlardan değildir. Aynı şekilde Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri'nde de kamu görevlisinin somut olayda dahil aranmamaktadır<sup>106</sup>.

Sonuç olarak, eziyet suçunun karşılığı sayılabilecek insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele tarzı suçların uluslararası alanda pek çok farklı düzenlemede yer aldığı ancak bu suçların içeriğinin ve işkence suçu ile aralarındaki ayrımın net olmadığı söylenebilir.

### **Kaynakça**

- Aksar, Yusuf, Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Algan, Bülent, İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, içinde (1-36), Ankara Üniversitesi Yayınları No:316, Ankara,2011.
- Altunç, Sinan, Eziyet Suçu, Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar (1), içinde (371-390), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Anayasa Hukukçuları Derneği, Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Anayurt, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (421-460), C.XII, S.1-2, 2008.
- Anayurt, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (213-281), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009.
- Anayurt, Ömer, İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (181-212), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009.
- Artuk, Mehmet Emin, İşkence Suçu (TCK m.94, 95), CHD, Y.3, (7), 5-40, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Artuk, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet, Gerekçeli Ceza Kanunları, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Bakım, Sevi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Çavuşoğlu, Naz, Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (456-477), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.
- Çiftçiöglü, Cengiz Topel, Ceza Muhakemesi Hukukunda İşkence Yasağı, Fasikül CEHAMER Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, Y.7, S.65, 14-26.
- Çiftçiöglü, Cengiz Topel, Yaşama Hakkı, TBBD, 2012/103, 137-168.
- Demirbaş, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

<sup>106</sup> Nowak, 314.



Demirdal, M. Balkan, BM İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Doğan, İlyas, Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Haklarını Koruma Sistemi, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (247-270), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Doğan, İlyas / Akıl, Abdülkadir / Çamurcuoğlu, Gülden, Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (3-46), Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2009.

Doğan, İlyas / Çamurcuoğlu, Gülden, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (451-474), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Doğan, İlyas / Kaya, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Doğan, İlyas / Özdemir, Omca, Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (339-366), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Doğan, İlyas / Özdemir, Omca, Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi, İlyas Doğan (Ed.), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı içinde (307-338), Astana Yayınları, Ankara, 2015.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku C.I, (Hzl. Köksal Bayraktar ve Diğerleri), 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.

Er, Cüneyd, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, TBBD, 2005/60, 169-188.

Eren, Abdurrahman, Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (119-180), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009.

Gemalmaz, Mehmet Semih, İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2002.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Bölgesel Sistemler, C.I, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – Uluslararası Sistemler, C.II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C.2, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Hafizoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer, İşkence ve Eziyet Suçları, Mehmet Ünal ve diğerleri (Ed.), Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, içinde (1207-1214), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Hakeri, Hakan, Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İlyas Doğan (Ed.), İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, içinde (341-374), Adalet Bakanlığı Eğitim İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2009.

Harper, Julliane, Defining Torture: Bridging the Gap between Rhetoric and Reality, Santa Clara Law Review, Vol.49, 2009, pp.893-928.

Huntington, Erin, Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: A Definitional Approach, University of California Davis Journal of International Law and Policy, Vol.21-2, pp.279-300.

İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, Ceza Kanunları, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997.

Nowak, Manfred, What's in a name? The prohibitions on torture and ill treatment today, in The Cambridge Companion to Human Rights Law, Conor Gearty and Costas Douzinas (Ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp.307-328.

Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, içinde (527-592), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999.

Önok, R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Özgen, Eralp, İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması, TBBD, 1988/2, 208-233.

Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet, İşkence Suçu, GÜHFD, IV(1-2), 178-200, 2000.

Reidy, Aisling, The Prohibition of Torture – A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights, Avrupa Konseyi, Human Rights Handbooks, No.6, Almanya, 2003.

T.C. Anayasa Mahkemesi Yıllık Rapor 2015, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.

Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.



Ünver, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, CHD, Y.3, S.7, 40-82, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Üzülmez, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu, Hukuk ve Adalet; Eleştirel Hukuk Dergisi, Y.2, (5), 227-247, 2005.

Weissbrödt, David / Heilman Cheryl, Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment, Law and Inequality, Vol.29, 2001, pp.343-394.

Yanık, Murat, 1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi, GÜHFD, Prof. Dr. Attila Özer Armağanı, içinde (1133-1162), C.XII, S.1-2, 2008.

Yokuş Sevük, Handan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşkence Bakımından Türkiye Kararlarının Değerlendirilmesi, CHD, Y.7, (20), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, 7-42.

Yokuş Sevük, Handan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İşkence Suçu, MÜHFD, 2009/1, 85-115.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması, Oktay Uygun (Ed.), İnsan Hakları, içinde (397-406), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.





## PARİS PRENSİPLERİ İŞİĞINDA TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN (TİHEK) BAĞIMSIZLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Araştırma Görevlisi Fatih DÜĞMECİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

### Öz

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulmuştur. Ulusal İnsan Hakları Kurumu olarak TİHEK, ulusal insan hakları kurumlarının sahip olması gereken temel nitelikleri belirleyen "B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilen İnsan Haklarının Geliştirilmesi Ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlgelere (Paris Prensipleri)" uyum göstermek durumundadır. TİHEK, genel itibariyle Paris prensiplerine uyum gösterse de 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemelerden ötürü TİHEK'in bağımsızlığının tehlikeye düştüğü ve bu durumun Paris prensiplerine uygun olmadığı iddia edilmektedir. Çalışmamızda TİHEK'in bağımsızlığına ilişkin getirilen eleştiriler irdelenmekte ve TİHEK'in bağımsızlığı Paris prensipleri esas alınarak değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Paris Prensipleri, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Bağımsızlık

### AN ASSESSMENT ABOUT TURKEY'S HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION'S (TİHEK) INDEPENDENCE IN LIGHT OF THE PARIS PRINCIPLES

#### Abstract

TİHEK, "6701 Turkey Human Rights and Equality Authority Act" has been established. TİHEK has to comply with the "Statute Principles of National Organizations Established for the Protection and Promotion of Human Rights" adopted by the UN Commission on Human Rights with the UN General Assembly Resolution 48/134 of 20 December 1993. TİHEK is in great harmony with "Paris Principles, Tihék independence is said to be damaged due to some embodiments which in No. 6701 Turkey Human Rights and Equality Authority Law. In our work, these criticisms about the independence of TİHEK are examined. Moreover, the independence of TİHEK is evaluated on the basis of the Paris Principles.

**Keywords:** Paris Principles, Turkey Human Rights and Equality Authority, Independence

#### 1. Giriş

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Ulusal insan hakları kurumları, insan haklarının ulusal düzeyde korunmasını ve insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesini temin etmeye çalışan kurumlardır. Ulusal insan hakları kurumlarının sahip olması gereken minimum nitelikler; B.M. İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli 1992/54 sayılı ve B.M. Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kabul edilen İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler' de (Paris Prensipleri) belirlenmiştir. Paris prensiplerine göre; Ulusal İnsan hakları kurumlarının mutlaka sahip olması gereken minimum niteliklerden birisi, kurumun bağımsız olmasıdır. Bir kurumun bağımsız olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken kurumun nasıl bir hukuki dayanağa sahip olduğunun, üyelerinin seçim usulünün, görev süresinin ve kurum üyelerinin çeşitli güvencelere sahip olmasının, kurumun idari ve mali açıdan özerk olmasının göz önünde tutulması gereklidir. Ülkemizde 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile TİHEK tesis edilmiştir. Kuruluş kanuna göre TİHEK idari ve mal özerkliğe sahip, özel bütçeli, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bağımsız bir kurumdur. Ancak her ne kadar kuruluş kanunda TİHEK'in idari ve mali açıdan özerk, özel bütçeli ve ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğu vurgulanmışsa da kuruluş kanunda yer alan bazı düzenlemelerden ötürü kurumun bağımsızlığının tehlikeye düştüğü ve Paris prensiplerine uygun olmadığı iddia edilmektedir. Çalışmamızda "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Bağımsızlığı", Paris prensiplerinde aranan minimum standartlar göz önüne alınarak ayrı ayrı başlıklar altında incelenecek ve kurumun bağımsızlık açısından Paris prensiplerine uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler sırasında kurumun bağımsızlığını tehlikeye düşürdüğü iddia edilen düzenlemeler özellikle incelenecek ve Akreditasyon Alt Komitesinin (SCA) diğer ülke insan hakları kurumlarına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeler göz önünde tutulacaktır. Çalışmamızda TİHEK' in bağımsız olma noktasında Paris prensiplerine ne kadar uygun olduğuna ilişkin değerlendirmelere ve SCA'nın akreditasyon değerlendirmesi sırasında TİHEK' e yöneltilebilecek muhtemel eleştirilere ve bu eleştirilerle karşılaşmamak için ne gibi çözümler üretilebileceğine yer verilecektir.

## 2. Genel Olarak Bağımsızlık

Bağımsızlık, Paris prensiplerinde kendine yer bulan ve ulusal insan hakları kurumlarının meşruluğunu ve güvenilirliğini sağlayan en temel prensiplerinden biridir. Paris prensipleri açısından bağımsızlık kavramından dar anlamda hükümetten bağımsızlık anlaşılmaktadır (Eren, 2012, s. 181). Ancak, ulusal insan hakları kurumunun görevlerini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için sadece hükümetten bağımsız olması yeterli değildir. UİHK her türlü özel ve tüzel kişi veya gruplardan da bağımsız olmalı ve kurum üyelerinin gerçekten bağımsız düşünmeyi özümsemesi gereklidir (Murray, 2007, s. 195).

Ulusal insan hakları Kurumların bağımsızlığının temin edilebilmesi için öncelikle kurumun ayrı tüzel kişiliğe sahip olduğunun ve faaliyetlerini bağımsız şekilde yürüttüğünün bir yasal metinle vurgulanması gereklidir. Ancak bu tek başına bağımsızlık için yeterli değildir. Kurumun mali ve işlevsel özerkliği, kurumun kime ne şekilde hesap vermesi gerektiği, üyelerin seçimi, üyelerin atanma usulü, görev süreleri ve güvenceleri kurumun bağımsızlığına etki eden diğer bileşenlerdir (Oğuşgil V. A., 2015, s. 29; Pegram & Linos, 2015, s. 3).

Tıpkı ulusal insan hakları kurumları gibi eşitlik kurumlarının da bağımsız olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu yönüyle eşitlik kurumları ile ulusal insan hakları kurumları benzerlik

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



göstermektedir. Eşitlik kurumlarının bağımsızlığa ilişkin kriterlerin de Paris prensiplerine benzer nitelikte olduğu söylenebilir. Bu nedenle Paris prensiplerinde öngörülen ve kurumun bağımsızlığına etki eden bu bileşenleri ayrı başlıklar altında incelemek yerinde olacaktır.

### 3. Yasal Dayanak Ve Ayrı Bir Tüzel Kişilik

Paris prensiplerinde kurumun bağımsızlığına ilişkin getirilen ilk ön koşul kurumun anayasal veya yasal bir metinle metne dayalı olarak kurulmasıdır. Bu ilkeye uyarınca kurumun özellikle hükümetten bağımsızlığının temini açısından anayasal veya en azından yasal bir dayanağının olması, kurumun daha sağlam temele sahip daha kalıcı bir kurum olmasını sağlayacaktır. Sağlam bir yasal veya anayasal temele dayanan kurum yürütme organını denetlerken yürütmeden bağımsız hareket edebilecek, yok olma veya statüsünün yürütme organı tarafından değiştirilmesi endişesi yaşamayacaktır (Smith, s. 913).

Kurumun yasal temeli normlar hiyerarşisine ne kadar üste yer alırsa kurumun bağımsızlığı da o derece artacaktır (International Council on Human Rights Policy, 2005, s. 13). Bu nedenle Af örgütü; ulusal insan hakları kurumlarının anayasal bir düzenleme ile kurulmasının daha yerinde bir uygulama olacağını belirtmektedir (Amnesty International, 2001, s. 8).

Yapılan bir anket çalışmasına göre; Dünya üzerindeki insan hakları kurumlarının, %33'ünün anayasa, %31'inin yasa, %21'inin ise idarenin bir düzenleyici işlemi veyahut başkaca yasal metinle kurulmuş olduğu belirtilmiştir ((OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights, 2009, s. 8).Almanya'da ise kurum parlamento kararıyla kurulmuştur (Oğuşgil V. A., 2015, s. 31). SCA'nın karar ve yorumlarına bakıldığında anayasaca ve yasalarca kurulmayı Paris prensiplerine uygun bulduğu görülmekte bunun dışında özellikle hükümet tasarrufları ve devlet bakanlığı kararnamesiyle ile kurulma Paris prensipleri bakımından tam uygunluk göstermediği belirtmekte ve ülkelere insan hakları kurumlarını anayasal veya yasal temelle sahip şekilde kurmalarını tavsiye etmektedir ((OHCHR), Office of High Commissioner for Human Rights , 2012, s. 7).

Bir ulusal kurum açısından ideal olan bir ulusal kurumun ayrı ve farklı bir yasal kişilikle donatılmasıdır. UİHK'ya ayrı bir tüzel kişilik sağlanması kurumun bağımsızlığı açısından büyük önem arz etmektedir. SCA, ulusal insan hakları kurumlarının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmasını önermektedir ((OHCHR) O. o., 2009, s. 7).

Ancak, ulusal insan hakları kurumlarına sağlanması gereken bağımsızlığın temin edilebilmesi için sadece yasal bir düzenlemeyle kurumun kurulmuş olması ve kuruma ayrı bir tüzel kişilik verilmiş sahip olması yeterli olmamaktadır. Kurumun bağımsızlığının temin edilebilmesi için, kurumun fonksiyonlarını hükümetin herhangi bir kolu ya da kamusal veya özel bir organın müdahalesi ve engellemesi olmaksızın yerine getirebilmesi mümkün kılınmalıdır. (Birleşmiş Milletler, 1995, s. 11).

Eşitlik kurumlarının dayanağını teşkil eden AB direktiflerinde ise eşitlik kurumlarının ayrı bir tüzel kişiliğinin olması ve yasal bir dayanakla kurulması şartlarına yer verilmemektedir. Eşitlik kurumlarının kurulmasını öngören AB direktifleri arasından 2000/43/EC sayılı AB direktifinde eşitlik kurumlarının "görevlerini yerine getirirken bağımsız olması" gerektiği vurgulanmakta; ancak bu AB direktifinde dahi

### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



eşitlik kurumlarının yapısal anlamda bağımsız olması gerektiğine yer verilmemektedir ( (Council on Europe, 2000), m. 13; (Council on Europe, 2004), m. 12; (Council on Europe, 2002), m. 8a).

Kanaatimizce; AB direktiflerinde açıkça yer verilmemiş olsa da eşitlik kurumlarının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması, -özellikle ayrımcılık vakalarının failinin devlet olduğu düşünüldüğünde- büyük önem arz etmektedir (Cornack & Niessen, 2005, s. 24). Çünkü ayrı tüzel kişiliği olmayan eşitlik kurumlarının idareden bağımsızlığı garanti altına alınamamakta ve bu kurumlar idareden gelebilecek baskılara karşı koyamamaktadır. İdarenin baskısı altında olan eşitlik kurumları bağımsız karar verememektedir (Cornack & Niessen, 2005, s. 25). Bu durum ise, ayrımcılık mağdurlarının gözünde eşitlik kurumlarının saygınlığını ve itibarını kaybetmesine yol açmaktadır (Oğuşgil V. A., s. 274).

Nitekim AB direktiflerinde eşitlik kurumlarının yasal dayanağının bulunması ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması gerekliliğine yer verilmemiş olsa da Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (EQUINET)'nin eşitlik kurumları için geliştirdiği standartlarda da kurumun yasal dayanağının olması gerektiği ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır (Cornack & Niessen, 2005, s. 25).

AB ülkeleri düzeyinde yapılan bir araştırmada AB ülkelerindeki eşitlik kurumlarının 28'inin ayrı bir tüzel kişiliği sahipken, 12 eşitlik kurumunun ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı bir başka idari makama bağlı olarak faaliyet gösterdiği tespit edilmiştir (Ammer, Crowley, Liegl, Wladasch, & Yesilkagit, 2010, s. 72).

Ülkemizde TİHEK, hem eşitlik kurumu görevini hem UIHK görevini hem de OP/CAT gereğince kurulması gereken uzmanlık kurumu görevini tek başına yerine getirmektedir. TİHEK'i ayrı bir tüzel kişilik ve yasal dayanak ön koşulları bakımından değerlendirmek gerekirse:

- TİHEK, 20/4/2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanun'u ile kurulmuştur. Kurum, yasal bir temele sahiptir. Bu bakımdan TİHEK'in Paris prensiplerine uygun olduğu söylenebilecektir. Ancak kurumun yasa ile kurulmasının ötesinde anayasal bir temelle kurulması kurumun bağımsızlığı açısından daha yerinde bir uygulama olacaktır.
- 6701 sayılı yasanın 8. maddesinde kurumun ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu açıkça vurgulanmaktadır. Bu açıdan değerlendirmek gerekirse, kurumun ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması da Paris prensiplerine uygunluk göstermektedir.
- Yukarı da bahsedildiği üzere sadece ayrı tüzel kişiliğinin mevcut olması ve yasal temelle kurulması bir kurumun bağımsız olarak nitelendirmesi için yeterli değildir. Bunların yanı sıra kurumun, görev alanına giren konularla ilgili karar verirken hiçbir kurum, makam ve kişinin müdahalesine açık olmaması gereklidir. 6701 sayılı kanunun 10. Maddesinde "Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz." denilerek kurumun hiçbir makam, merci, kişi ve kurumun TİHEK' e emir ve talimat vermeyeceği düzenleme altına alınarak kurumun bağımsızlığı perçinlenmiştir. Böyle bir hükmün açıkça yer alması ve gerçek anlamda bu hükmeye uygun hareket edilmesi kurumun bağımsızlığının temin

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



edilmesi ve kurumun Paris prensiplerine uyum göstermesi açısından olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

#### 4. Hesap Verebilirlik

Hesap verebilirlik, bir kamu kurumun faaliyetlerine veya parasal konularına ilişkin belirli makama, kişiye veya kişi topluluğuna rapor sunması veya açıklama yapması yoluyla halkı bilgilendirilmesi ve devlet gücünü kullanan kurumların denetlenmesini sağlayan bir kontrol yöntemidir (Gülener, 2011, s. 218).

Ulusal insan hakları kurumu açısından da özellikle kurumun bağımsızlığının sağlanması noktasında hesap verebilirlik büyük bir öneme sahiptir (Meuwissen, 2015, s. 20). Paris prensiplerinde de bu öneminden ötürü “hesap verebilirlik” bağımsızlığın bir diğer ön koşulu olarak belirtilmiştir (Eren, 2012, s. 183).

Hesap verebilirlik ile bağımsızlık iki zıt kutup olarak düşünülmemelidir. Hesap verebilirlik ile bağımsızlık arasında doğru bir denge kurulursa ulusal insan hakları kurumunun etkinliğini artıracak, kurumun görev alanı dışına çıkmasını önlenecektir (Smith, s. 946). Bu nedenle UİHK’lar hesap verme faaliyetlerini doğrudan bağımsızlıklarına müdahale olarak görmemelidir. Genellikle bir UİHK hükümete karşı hesap vermemeli; halka, STK’lara ve parlamentoya karşı hesap vermelidir (Murray, 2007, s. 212,213). Hesap verebilirlik ile bağımsızlık arasındaki dengenin sağlanması kurumun etkinliğine ve kurumun halkın gözündeki meşruiyetini doğrudan etki edecektir (Smith, s. 904).

Hesap verebilirlik kendi içinde mali hesap verebilirlik ve fonksiyonel hesap verebilirlik olmak üzere ikiye ayrılabilir (United Nations, 2005, s. 39).

Devletler, parasal kaynak sağladığı kurumların parasal kaynaklarını nasıl kullandıklarını denetlemek durumundadırlar (Smith, s. 946). Devletlerin, kamu kurumları üzerindeki bu denetimine mali hesap verebilirlik denilmektedir. Mali hesap verebilirlik açısından birer kamu kurumu niteliğinde olan ulusal insan hakları kurumunun diğer kamu kurumlarından farklı olması düşünülemez. UİHK’ların bütçesinin uygun kullanılıp kullanılmadığı ve mali kaynaklarının ne şekilde kullanıldığı ülkede bulunan mali denetim organları tarafından denetlenecektir (Meuwissen, 2015, s. 16).

Gerek Paris prensiplerinde gerekse AB direktiflerinin hiçbirinde kurumun mali denetime tabi olmayacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca Paris prensiplerinde yapılan mali kontrolün kurumun bağımsızlığına olumsuz etkileyecek düzeye olmaması gerektiği vurgulanmaktadır (Altıparmak & Vural, Altıparmak, Kerem/Vural, Hasan Sayım, Paris Prensipleri (İnsan Haklarının Geliştirilmesi Ve Korunması İçin Ulusal Kurumlar), 20.12.1993 Tarih Ve 48/134 Sayılı Genel Kurul Kararı, 2016, m. 2).

UİHK’lara ayrı bütçesinin tahsis edilmiş olması bağımsızlık açısından önem arz etmektedir. Lakin ayrı bütçesinin olması devletin fonlarından faydalanan kurumun tamamen kontrolsüz bırakılacağı anlamına da gelmemektedir. Her kamu kurumu gibi ulusal insan hakları kurumunun finansla denetimi de yapılmalıdır. İnsan hakları kurumunun üzerinde finansal denetim yapan bir kurumunun olması insan hakları kurumun bağımsızlığını tehlikeye düşürmeyecek, Paris prensiplerine aykırı bir durum ortaya





çıkmayacaktır (Eren, 2012). Dünya’da gerek UIHK’lar gerekse eşitlik kurumları devletin mali denetim organlar tarafından denetime tabi tutulmaktadır.

Fonksiyonel hesap verebilirlik, kurumun çalışmalarından ötürü kamuya ve çeşitli kamu makamlarına hesap vermesidir. Fonksiyonel hesap verebilirliğin formal hesap verebilirlik ve informal hesap verebilirlik olmak üzere iki türü bulunmaktadır (Eren, 2012, s. 183). İnfomal hesap verebilirlik kurumun yürüttüğü faaliyetlerden ötürü kamuoyunu bilgilendirmesidir (Birleşmiş Milletler, 1995, s. 20). Bu ise kurumun çalışmalarının ve raporlarını kamunun erişimine açılması ile sağlanmaktadır (International Council on Human Rights Policy, 2005, s. 23). İnfomal hesap verebilirlik, kurumun bağımsızlığına genellikle zarar verici bir etki doğurmamakta aksine bu hesap verebilirlik türünün yaygınlaşması kurumun halk nezdindeki meşruluğunu artırmaktadır (Birleşmiş Milletler, 1995, s. 20).

Bağımsızlığa etkisi bakımından asıl önemli olan kurumun formal hesap verebilirliğidir. Formal hesap verebilirlik, kurumların yürüttüğü faaliyetlerden kurumun üyelerini atayan kamusal makama bilgi vermesi, açıklama yapması, yıllık rapor ve özel raporlar sunmasıdır (Smith, s. 937). Ulusal insan hakları kurumları genellikle formal hesap verebilirlik gereği parlamentoya, hükümete veya devlet başkanına karşı faaliyetlerine ilişkin açıklamalar yapmaktadırlar. Paris prensiplerinde bağımsızlığı bir unsur olarak kabul edilen hesap verebilirlikte SCA daha çok kurumun yürütülen faaliyetler bakımından hangi makam veya kişiye karşı hesap vermesi gerektiğini önemli görmektedir ((OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights, 2008, s. 10).

Paris prensiplerinde hangi kuruma hesap verilmesi gerektiği ayrıntılı olarak düzenlenmemiş ülkelerin tasarrufuna bırakılmıştır. Her ülke kurumların yasal statüsüne bağlı olarak kurumun hesap vereceği kurumda değişmektedir (Eren, 2012, s. 183). Paris prensiplerine en uygun formal hesap verebilirlik türü parlamentoya karşı hesap vermektir. Devlet başkanına hesap verilmesi nispeten kabul edilebilir bir yöntem olarak görülürken, hükümete rapor verilmesi ise kabul görmeyen bir yöntemdir (Eren, 2012, s. 195).

Formal hesap verebilirlikte ilk yöntem doğrudan kurumun parlamentoya hesap vermesidir. Bu en iyi uygulama örneklerinden birisidir. Bu yöntemde kurum yürüttüğü faaliyetler ilişkin hazırladığı yıllık raporları ve özel raporları doğrudan parlamentoya sunmaktadır (Eren, 2012, s. 185-187). Bu genellikle ombudsman tipi ulusal insan hakları kurumlarının mevcut olduğu ülkelerde kabul edilen hesap verebilirlik yöntemidir.

Diğer bir yöntem ise hükümet aracılığıyla parlamentoya hesap verebilirliktir. Bu yöntemde kurum bir bakanın gözetim denetimi altında faaliyet yürütmekte ve faaliyetlerine ilişkin yıllık raporları veya özel raporları ilgili bakana sunmaktadır; ilgili bakan ise raporu parlamentoya sunmaktadır (Eren, 2012, s. 187-194). Bu yöntem İngiltere, İrlanda, Kenya ve Avustralya ulusal insan hakları kurumlarında benimsenmiştir. Bu yöntem kurumun bağımsızlığını her an tehlikeye düşürecek bir yöntem olup iyi uygulama olarak nitelendirilmez. Özellikle İngiltere’de kurumun faaliyetlerini bir bakanın gözetimi altında yürütmesi, kurumun bütçesinin bakanlığın bütçesi içinde yer alması bağımsızlığa ilişkin büyük bir risk oluşturmaktadır. Ancak SCA İngiltere’deki bu duruma rağmen İngiltere’nin başvurusunda gösterdiği ek garantilere güvenerek İngiltere eşitlik ve insan hakları komisyonuna “A” statüsü vermiştir (Eren, 2012, s. 188).

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





Diğer bir yöntem ise, doğrudan devlet başkanına hesap vermektir. Bu yöntemde kurum yürüttüğü faaliyetlerine ilişkin yıllık raporları ve özel raporları doğrudan devlet başkanına vermektedir (Eren, 2012, s. 194). SCA bu durumda olan kurumlara ilişkin başvuruları değerlendirirken kurumun devlet başkanına rapor verme yükümlüğü altında tutulmasını parlamento denetiminde tabi tutulmamasını eleştirmiş ve parlamento denetimine tabi olmasının daha tercih edilir bir yöntem olacağına vurgu yapmıştır ((OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights, 2010, s. 6).

Kurumun hükümete karşı sorumlu olmasını ve hükümete rapor sunmasını ise SCA kabul edilebilir bir yöntem olarak görmemektedir (Eren, 2012, s. 183).

Eşitlik kurumları açısından ise faaliyet raporlarını hükümet yerine parlamentoya sunması daha yerinde bir uygulama olarak kabul edilmektedir (Harvey & Spencer, 2012, s. 1672; EQUINET, 2014, s. 16). AB eşitlik kurumları genellikle parlamentoya karşı yıllık raporlar sunmakta ve parlamentoya faaliyetlerine ilişkin rapor vermektedirler. Ancak bazı eşitlik kurumlarının düzenlediği raporları bağlı olduğu bakanlığa veya cumhurbaşkanına sunarak bağlı bakanlığa veya cumhurbaşkanına karşı hesap verdiği görülmektedir.

TİHEK' i hesap verebilirlik açısından incelemek gerekirse:

- TİHEK mali hesap verebilirlik açısından diğer kamu kurumları gibi Sayıştay denetimine tabidir. Kurumun üzerinde Sayıştay denetiminin kurumun bağımsızlığına gölge düşürdüğü ve kurumu Paris prensiplerine uygun olmayan bir hale getirildiği iddia edilemeyecektir.
- Formal hesap verebilirlik açısından ise TİHEK açısından formal hesap verebilirlikte karma yöntem benimsenmiştir. 6701 sayılı yasanın 9/1-k bendinde kurumun yıllık raporlarını parlamentoya, cumhurbaşkanına ve başbakana sunmakla görevli olduğu vurgulanmıştır. Kanun maddesine bakıldığında kurumun hem cumhurbaşkanına hem başbakana hem de TBMM'ye hesap vermekle yükümlü kılındığı görülmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere SCA hükümete rapor vermeyi bağımsızlığa tehlikeye düşüren bir hal olarak görmekte devlet başkanına hesap vermeyi ise tavsiye etmemektedir. Oysaki kanunumuzda görüldüğü üzere TİHEK' hem hükümete hem de devlet bakanına hesap vermekle yükümlü kılınmıştır. Bu açıdan bakılırsa TİHEK'in hükümete hesap vermesi Paris prensipleri açısından eleştirilebilir bir durumdur.
- İnfomal hesap verebilirlik açısından TİHEK'i değerlendirmek gerekirse, TİHEK kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında da, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamakla görevli kılınarak infomal hesap verebilirliği yerine getirmektedir. Paris prensipleri açısından gerek kurumun toplum nezdindeki meşruiyetine katkı sağlaması gerekse toplumu insan hakları konusunda bilgilendirmesi nedeniyle TİHEK'in kanunda öngörülen şekilde infomal hesap verebilirlik yöntemini benimsemesi Paris prensipleri açısından yerindedir.

## 5. Özerklik

### 5.1. İşlevsel Özerklik

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Kurumun bağımsızlığının temini için sağlanması gerekli ön koşullardan bir diğeri de kurumun işlevsel olarak özerk olması gerekliliğidir. İşlevsel özerkliğin sağlanması için ulusal insan hakları kurumlarının yönetim açısından herhangi bir organ veya makama hiyerarşik veya organik bakımdan bağlı olmaması gereklidir.

İşlevsel açıdan özerkliğin sağlanması için; UİHK'nın faaliyetlerini yerine getirirken hiçbir kurum, kişi veya makamdan talimat almamasının, kurumun iç işleyişini ilişkin düzenleme yapma yetkisinin sadece kuruma ait olmasının başka makam veya kuruma verilmemiş olmasının temin edilmesi gerekliliğidir (Smith, s. 914). Kurumun faaliyetlerine, inceleme, rapor ve tavsiyelerine dışarıdan herhangi bir müdahale olmamasının teminat altına alınması da işlevsel özerkliğin bir diğer gereğidir (UNDP-OHCHR, 2010, s. 247).

Ayrıca işlevsel açıdan bağımsız olarak nitelendirilebilecek UİHK'ların yeterli sayıda personele sahip olması ve bu personelin kurumun kendince seçilmesi gereklidir ((GANHRI), Global Alliance Of National Human Rights Institutions, 2018, s. 39). Paris prensiplerinde kurumun kendi personeline sahip olmasının önemini vurgulanmıştır (Altıparmak & Vural, Altıparmak, Kerem/Vural, Hasan Sayim, ,Paris Prensipleri(İnsan Haklarının Geliştirilmesi Ve Korunması İçin Ulusal Kurumlar) , 20.12.1993 Tarih Ve 48/134 Sayılı Genel Kurul Kararı, 2016, m. 5). SCA da kurumun personelinin işe alınmasında kurumun bağımsız olup olmadığını işe alınan personelde çoğulculuğun sağlanıp sağlanmadığını da incelemektedir ((OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights, 2017, s. 36).

Eşitlik kurumlarının ve UİHK'ların işlevsel özerkliği hususunda önem arz eden bir diğer nokta ise, diğer kurum ve kuruluşlar ile özel kişilerin kurumun faaliyetlerin engelleyici faaliyetlerde bulunmasının engellenmesidir. Kuruluş kanunlarında, kurumun faaliyetlerini engellenmesi ve kurumca istenen bilgi ve belgelerinin verilmemesi fiillerinin cezai yaptırıma bağlanarak eşitlik kurumunun işlevsel özerkliğini zedelenmesinin önüne geçilebilecektir (Karan, 2017, s. 480).

TİHEK işlevsel özerklik noktasında değerlendirmesini yapmak gerekirse;

- Hizmet birimleri ve büroların çalışma usul ve esasları, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilerine uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir. Hizmet birimleri ve büroların çalışma usul ve esasları, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilerine uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan bir yönetmelikle belirlenmesi kurumun işlevsel anlamda bağımsızlığı ile bağdaşmamakta, Paris prensipleri açısından eleştirilecek bir durum ortaya çıkarmaktadır.
- 6332 sayılı kanunla kurulan TİHK OP/CAT ve UİHK görevini üstlenmekteydi. Bu görevleri yerine getirmek gayesiyle kuruma 75 personel kadrosu ihdas edilmiş ancak bu sayı yeterli görülmediği 2014 Türkiye ilerleme raporunda kendine yer bulmuştur (Avrupa Komisyonu, 2014, s. 48). 2016 yılında 6701 sayılı kanunla TİHK kaldırılmış ve TİHK'nin görevlerinin yanı sıra eşitlik kurumu görevini de üstlenen yeni bir kurum olan TİHEK kurulmuş ve bu kuruma 150 personel kadrosu ihdas edilmiştir. Kurumun eşitlik kurumu görevini de üstlenmesi ve ayrımcılık konularına ilişkin şikayet kabul etmeye başlayacak olması düşünüldüğünde artacak

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



iş yoğunluğu sonucunda üç ana görevi üstelenen TİHEK'in bu görevleri layıkıyla yerine getirebileceği şüphelidir.

## 5.2. Mali Özerklik

UİHK'nın bağımsızlığın temin edilebilmesi için gerekli olan bir diğer ön koşul da kuruma yeterli mali kaynağın sağlanmış olmasıdır ((GANHRI), Global Alliance Of National Human Rights Institutions, 2018, s. 32). Kurumun faaliyetlerini bağımsızca yerine getirebilmesi için kuruma yeterli mali kaynağın sağlanması gereklidir (Amnesty International, 2001, s. 23). SCA, kuruma en az kurumun personel maaşları, ofis ve iletişim giderlerini karşılayacak kadar çekirdek bir bütçenin garanti edilmesinin ve bu bütçenin zorunlu olduğunu vurgulamaktadır (UNDP-OHCHR, 2010, s. 146).

Kurumun bağımsızlığına etkisi bakımından kurumun bütçesinin tahsis yöntemi de önem taşımaktadır. Bütçenin kuruma tahsisinde kabul edilen iki ana yöntem vardır. Bunlardan ilki doğrudan Parlamento'nun kurumun bütçesini tahsis etmesi, ikicisi ise kurumun bütçesinin bir hükümet organı (Adalet bakanlığı, maliye bakanlığı gibi) bütçesinin içine dahil edilip hükümet organının kuruma bütçe tahsis edilmesi usulüdür.

İlk usulde; UİHK'nın bütçesi parlamentoda görüşülürken kurumun yıllık faaliyet planı da göz önünde tutularak ve kuruma bu faaliyet raporundaki faaliyetleri yerine getirmeye yetecek kadar finansal kaynak sağlanmaktadır (Belgrade principles on the relationship between national human rights institutions and parliaments, 2012, s. 2). SCA bütçenin doğrudan parlamento tarafından belirlenmesinin kurumun bağımsızlığı açısından daha yerinde olacağını vurgulamaktadır (Asibuo, 2001).

Parlamento dışında başka bir hükümet organının bütçesine dahil edilip daha sonra bakanlık tarafından kuruma bütçe tahsis edilmesi usulü benimsenirse hükümet organı kurumun bütçesinde gerekli önceliği vermeyerek kuruma yetersiz bütçe tahsis edilebileceği nedeniyle kabul edilmemektedir (Lindsnaes & Lindholt, s. 23).

Kurumun mali özerkliğine ilişkin değinilmesi gereken bir başka husus da kurumların devlet bütçesi haricinde dışarıdan bağış kabul edip edemeyeceğidir. Özellikle bütçeleri yetersiz olan bazı insan hakları kurumları insan haklarına ilişkin faaliyetlerini daha iyi bir şekilde yerine getirebilmek için dış kaynaklardan yardımlara ihtiyaç duymaktadır. Dünya'da 61 ülkede gerçekleştirilen bir araştırmaya göre söz konusu 61 ülkenin %67 'sinin bütçesi tamamen devlet tarafından oluşturulmaktadır. 61 ülkenin %69'unda ise dışarıdan bağış kabul etme yetkisi kuruluş kanunlarında verilmiştir ((OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights, 2009, s. 16). Ancak bazılarında Malezya ulusal insan hakları kurumu (SUHAKAM) gibi dışarıdan yardım alması tamamen yasaklanmıştır ((ANNI), Asian NGO Network on National Human Rights Institutions, 2012, s. 128). Dışarıdan yardım almak özellikle devlet tarafından yeterli mali kaynak sağlanmayan ulusal insan hakları kurumlarının etkinliğinin artırılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir (Herbert , 2013, s. 5).

Dış kaynaklardan her türlü ve her miktarda yardım kabul edilmemelidir. Dış kaynaklardan aldığı bağışlarında kurumun bağımsızlığını tehlikeye düşürecek biçimde alınmamasına dikkat edilmesi gerekir (Smith, s. 921). Örnek vermek gerekirse, ayrımcılık yasağını ihlal eden bir şirketin kuruma yaptığı

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



bağışlar, kurumun bu şirket üzerindeki denetiminin etkinliğini azaltacaktır. Bu nedenle kurumun bağış alırken bazı sınırlamalara tabi kalarak bağış kabul etmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Dış kaynaklardan gelen maddi yardımlar asla ulusal insan hakları kurumunun çekirdek bütçesini oluşturmamalı, çekirdek bütçe devlet tarafından sağlanmalıdır ((GANHRI), Global Alliance Of National Human Rights Institutions, 2018, s. 32). OHCHR kısa ve uzun vadede ulusal insan hakları kurumlarının faaliyetlerini etkin bir biçimde yürütmeye yetecek kadar finansmanının devlet tarafından karşılanmadığı durumlarda dış kaynaklardan bağış kabul etmenin yerinde bir alternatif uygulama olduğunu kabul etmiştir (UNDP-OHCHR, 2010, s. 146).

UİHK'lara ve eşitlik kurumlarına sadece mali kaynakların sağlanması yeterli olmamakta, bunun yanı sıra mali kaynakların kullanımı hususunda tam bir kontrol sahibi olması gerekmektedir. Yürütme organına dahil herhangi bir makamın eşitlik kurumlarının bütçesinin nasıl kullanılacağına ilişkin müdahil olma ve karar verme yetkisi bulunmamalı, eşitlik kurumu bütçe yönetimi konusunda tam özerk olmalıdır.

TİHEK açısından değerlendirmek gerekirse:

TİHEK'in gelirleri, genel bütçeden yapılacak hazine yardımları, kuruma ait taşınır ve taşınmazlardan elde edilen gelirler ve bu gelirlerinin değerlendirilmesinden elde edilen gelirler ile diğer gelirlerden oluşmaktadır.

- TİHEK'İN ana mali kaynağını genel bütçeden kuruma ayrılan pay oluşturmaktadır. Genel bütçeden kuruma ayrılacak pay doğrudan bütçe kanunlarıyla meclis tarafından belirlenmektedir. Bütçenin parlamento tarafından belirlenmesi Paris prensiplerine uygun görülmektedir.
- TİHEK'in genel bütçeden ayrılan payların yanı sıra kurumun taşınır ve taşınmazlardan elde edeceği gelirleri ve gelirlerin işletilmesinden doğan gelirlere sahip olabilmesi vasıtasıyla kuruma kendi bütçesini artırma imkânı sağlanarak kurumun mali özerkliğine katkı sağlanmaya çalışılmıştır.
- Bunun yanı sıra TİHEK'e diğer gelirler başlığı altında bağış vb. diğer gelirleri kabul etme yetkisi verilmiştir. Ancak, burada kurumun kabul edeceği bağışların miktarı ve kimden aldığına dikkat etmek gereklidir. Kabul edilen bağış miktarı kurum bağış kabul ettiği kişilere karşı hiçbir zaman tarafsızlığını yitirmesine sebep olmamalıdır.

## 6. Üyelerin Seçimi, Görev Süresi Ve Güvenceleri

Kurumun bağımsızlığının sağlanabilmesi için gerekli ön koşullarından bir diğeri de kurumun üyelerinin seçimi, görev süresi ve üyelere sağlanan güvencelerdir. Bir kurumun bağımsızlığı, onu oluşturan kişilerin bağımsızlığı ile sınırlıdır (Birleşmiş Milletler, 1995, s. 12). Eğer bir ulusal insan hakları kurumunun üyelerine yeterli güvenceler sağlanmamışsa ve üye seçimi gerçekten bağımsız şekilde yapılmamışsa; böyle bir UİHK finansal ve işlevsel açıdan yukarıda sayılan ön koşulları sağlamış olsa da tam anlamıyla bağımsız olarak nitelendirilemez (Oğuşgil V. A., 2015, s. 36).

Paris prensipleri üyelerin seçim şekli hususunda "seçimle veya başka yolla seçilmiş olsun" denilerek ülkelere geniş bir takdir alanı bırakılmıştır (Eren, 2012, s. 228). Paris prensiplerinde seçim yöntemine

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



ilişkin geniş bir açıklamaya yer verilmemesine karşın; ulusal insan hakları kurumlarının üyelerinin seçim metodunun bağımsızlığın sağlanması bakımından önemi nedeniyle BM el kitabında üyelerin seçimine ilişkin daha geniş bir bilgilendirmeye yer verilmiştir. BM'ye göre; Kurumun kuruluş yasasında, oylama ve izlenecek diğer prosedürler de dâhil olmak üzere, seçim metoduna ilişkin tüm meselelere açıklık getirmelidir. Kurumun kuruluş yasasında ayrıca atama kısıtları ve bir ulusal insan hakları kurumuna atanmak için gerekli tüm ön koşullar (uyruk, meslek, nitelikler vb.) açıkça ortaya konulmalıdır (Birleşmiş Milletler, 1995, s. 12).

Ülkelere sağlanan geniş takdir yetkisine rağmen; üyelerin doğrudan hükümet organları tarafından atanması genellikle uygun bir yöntem olarak kabul edilmemektedir (Amnesty International, 2001, s. 5). Çünkü bir ulusal insan hakları kurumunun ana görevlerinden birisi, hükümet organlarının yaptıkları işlem ve eylemlerin insan haklarına uygunluğunu denetlemektir. Bir hükümetin ise, kendisini fazlaca eleştiren kişileri seçme ihtimali yok denecek kadar azdır (Altıparmak, Köprüden Önce Son Çıkış: Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanun Tasarısı'nın Eleştirel Değerlendirmesi, 2010, s. 16). SCA, üyeleri hükümet tarafından atanan bazı kurumlara "A" statüsü vermiş olsa da doktrinde hem hükümet tarafından atanma hem de devlet başkan tarafından üyelerin atanmasının yapılması kurumun bağımsızlığını tehlikeye düşürmekte olduğu belirtilmektedir (Eren, 2012, s. 244-246).

ÜİHK'nın bağımsızlığının sağlanması açısından en ideal ve genellikle ülkeler tarafından da kabul görev seçim yöntemi sivil toplumun katılımın mümkün olduğu, yasama organı tarafından üyelerin seçildiği yöntemdir (UNDP-OHCHR, 2010, s. 239).

Kanaatimce eşitlik kurumlarının bağımsızlığının sağlanması açısından kurum üyelerinin yürütme organı yerine, yasama organı tarafından seçilmesi daha yerinde bir uygulama olacaktır. Ancak uygulamaya bakıldığında aksi yönde bir uygulama yerleştiği görülmektedir. AB ülkelerine bakıldığında ombudsman tipinde yapılanmış yirmi üç eşitlik kurumundan on yedisinin üyesinin hükümet, ikisinin ilgili bakanlığın önerisi üzerine parlamento tarafından ve bir eşitlik kurumunun üyelerinin ise Parlamento tarafından atandığı görülmektedir (Ammer, Crowley, Liegl, Wladasch, & Yesilkagit, 2010, s. 75). Kurul tipi yapılan on yedi eşitlik kurumundan onunun üyeleri hükümet tarafından atanmaktadır. Bir eşitlik kurumunun üyeleri ise kurumun gösterdiği adaylar arasından hükümet tarafından, bir diğer eşitlik kurumunun üyeleri ise STK'lar ve diğer ilgili kuruluşların gösterdiği adaylar arasından hükümet tarafından atanmaktadır. Kurul tipi yapılan eşitlik kurumlarından dört kurumun ise üyeleri çeşitli şekillerde seçilmektedir (Ammer, Crowley, Liegl, Wladasch, & Yesilkagit, 2010, s. 73).

Ulusal insan hakları kurumunun üyelerinin ideal seçim yöntemini kısaca özetlemek gerekirse:

1. Kuruma üye seçimi parlamento tarafından yapılmalıdır (Carver, 2004, s. 108).
2. Adaylık kriterleri kuruluş kanunlarında açıkça belirlenmiş olmalıdır.
3. Seçim sürecine sivil toplumun katılımı mümkün olduğunca geniş bir şekilde sağlanmalıdır. Üye seçimi sürecine mümkün olduğu kadar STK temsilcileri, gazeteciler, akademisyenler avukatlar, insan hakları savunucuları ve toplumun hassas kesiminin temsilcilerinin katılımı temin edilmelidir.
4. Üyelerin seçim süreci şeffaf olmalı, kapalı kapılar ardında üyeler seçilmemelidir.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





5. Üyelerin seçim sürecinde sivil toplumun her kesiminin kuruma aday gösterebilmesi garanti altına alınmış olmalı ve üyelik seçiminin her aşaması sivil topluma açık şekilde gerçekleştirilmelidir (Amnesty International, 2001, s. 5).

Üyelerin kompozisyonu da kurumun bağımsızlığı açısından önemlidir. Üyelerin bağımsız düşünebilmesi, insan hakları ve ayrımcılık yasağı konularında bilgi sahibi olması gereklidir (Smith, s. 926,927; Kucuradi, 2018). Kuruma üye seçilecek kişilerin kamu görevlisi, siyasi parti üyesi veyahut idareyle herhangi bir mali menfaat ortaklığı (İhalelere sürekli katılan bir kişi vs.) olan bir kişi olmaması gereklidir (Reif, 2000, s. 27).

Üyelerin entelektüel ve etik bakımdan da bağımsız olmaları gereklidir (Carver, 2004, s. 112). Yani çalışmalarında ve kararlarında sadece hükümete karşı bağımsız olmamaları, aynı zamanda bu çalışmalarını, değerlendirmelerini, kararlarını ideolojik, kültürel, dinsel grupların etkilerden de bağımsız, özellikle de–kamuoyunun etkisinden– bağımsız yapmaları/vermeleri, başka bir deyişle insan haklarının önüne başka herhangi bir “şey” i geçirmemeleri gereklidir (Kucuradi, 2018).

Ayrıca kurumun üye kompozisyonunun da mümkün olduğunca toplumun her kesimini temsil etmelidir ((GANHRI), Global Alliance Of National Human Rights Institutions, 2018, s. 23). Bu ise; insan hakları savunucusu dernek, vakıf, gibi kurumlarla yakın ilişkiler içinde olan kişilerin üye olarak seçilmesi yoluyla mümkün olabilecektir (Murray, 2007, s. 214,215). Paris prensiplerine göre bir ulusal insan hakları kurumunun üye kompozisyonu; insan hakları ile ilgili STK’ların, sendikaların, avukatlar, doktorlar, medya mensupları, bilim adamları gibi mesleki grupları temsil eden kuruluşların, din ya da felsefi akım mensuplarının, üniversitelerin, parlamentonun ve hükümetin temsilcilerinden oluşmalıdır.

Üyelerin görev süreleri de UİHK’nın bağımsızlığı açısından önem arz eden bir diğer husustur. Üyelerin görev süresi kuruluş kanunda açık ve kesin olarak belirlenmiş olmalıdır. Kuruluş kanunda üyelerin kesin bir görev süresinin belirlenmiş olması, kurumun görevlerini uygun ve bağımsız bir biçimde başka hiçbir makam ve kişinin müdahalesi olmadan görevini yerine getirmesini sağlayacaktır (Oğuşgil V. A., 2015, s. 40). Paris prensiplerinde üyelerin tekrar seçilebileceği yer verilmekte, görev süresinin sabit süreli ve yenilebilir olması kabul edilmektedir (Eren, 2012, s. 252; Oğuşgil V. A., 2015, s. 40). Her ne kadar Paris prensiplerinde üyelerin tekrar seçilmesine cevaz verilmiş olsa da kanaatimce üyelerin tekrar seçilme kaygısı ile görevlerini ihmal etme riskini ortadan kaldırılması için, kuruluş kanunlarında üyelerin görev sürelerinin uzun ve tekrar seçiminin mümkün olmadığı bir sistem kurmak daha yerinde olacaktır (International Council on Human Rights Policy, 2005, s. 12).

UİHK’nın üyelerine sağlanacak yargı bağımsızlıkları da UİHK’nın bağımsızlığı ile yakından ilişkilidir. Paris prensiplerine göre, UİHK’ların bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması ve faaliyetlerini tam anlamıyla yerine getirebilmeleri için UİHK’ların üyelerinin yargılanma tehdidinden uzak olmaları gerekmektedir. Yargılama bağımsızlığı olmayan üyeler yargılanma tehdidi altında rahat hareket edemez ve görevlerini tam olarak yerine getiremezler. Özellikle insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerinin büyük bir kısmının devlet mekanizması tarafından yapıldığı ve kurumun görev alanının büyük bir bölümünün devlet faaliyetleri olduğu düşünüldüğünde yargı bağımsızlığının önemi daha iyi anlaşılacaktır. Bu kapsamda öncelikle UİHK’nın üyelerinin görevlerini yaparken yaptıkları eylemlerden dolayı cezai ve hukuki bir sorumluluk altına girmemeli ve yargılanmamalıdır (Amnesty International, 2001, s.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





6).Ancak UİHK üyelerine sağlanacak bu güvenceler; üyelere mutlak bir dokunulmazlık sağlamayacaktır. Herhâlde kötü niyetli faaliyetlerde bulunan, görevini kötüye kullanan ve ağır suçlar işleyen kurum üyeleri, bu güvencelerden faydalanmayacaktır. Kurum üyelerinin cezai ve hukuki dokunulmazlıklarının sınırları, dokunulmazlıkların kaldırılması sebepleri ve dokunulmazlıkların kaldırılması usulü kuruluş kanunlarında anlaşılır ve net bir şekilde belirlenmiş olmalıdır. Kurum üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına hangi makamın karar vereceği ülkelerin takdirinde bir husustur. Ancak dokunulmazlıkların kaldırılmasında kurum üyelerinin nitelikli çoğunlukla karar verildiği bir usulün belirlenmiş olması kurumun bağımsızlığı açısından daha yerinde bir uygulama olacaktır (Karan, 2017, s. 482).

Kurum üyelerinin görev teminatı ve azledilememe güvencesi de bağımsızlık açısından önemli bir diğer durumdur. Üyelerin azledilme usulü nesnel ve açık şartlara bağlanmalıdır. Azledilme usulünün açık ve net bir şekilde ifade edilmesi, üyelere karşı keyfi işlemler yapılmasının önüne geçecek ve üyelerin kendini daha bağımsız hareket etmesini ve dolayısıyla kurumun daha bağımsız olmasını temin edecektir.

UİHK üyelerinin statüsünün de UİHK'nın bağımsızlığına etkisi olmaktadır. Bu noktadan hareketle kurum üyelerinin kamu görevlisi statüsünde olması -istihdam güvencesi sağlaması nedeniyle- kurumun bağımsızlığına katkı sağlamaktadır. Ancak kamu görevlisi statüsünde istihdam edilecek kurum üyelerinin emir ve talimat altında çalışacak şekilde hiyerarşik ilişki içinde olmaması gerektiği, üyelere kimsenin emir ve talimat vermeyeceği kuruluş kanunda açıkça belirtilmelidir (Karan, 2017, s. 482).

TİHEK'i değerlendirmek gerekirse;

TİHEK'in üye kompozisyonuna bakıldığında bir üyenin insan hakları alanında çalışmaları olan akademisyenler arasından YÖK'ün önerdiği iki aday arasından, dört üyenin insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve mesleki kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının göstereceği adaylar arasından seçildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının seçeceği üyelerin kim tarafından önerileceği ve hangi gruba dahil olacağına ilişkin ise bir şart bulunmamaktadır. Mevcut halde TİHEK'in üye yapısında doğrudan STK'ların temsilcileri ve hükümet temsilcileri yer almasa da seçim sürecine STK'lar, barolar, sendikalar basın mensupları ve insan hakları ile ilgilenen akademisyenlerin katılımı sağlanarak Paris prensiplerinde önerilen kompozisyonuna yakın çoğulcu bir kompozisyonunun sağlanmaya çalışıldığı söylenebilecektir. Çoğulculuğun hakim kılınması kuruluş kanunda açıkça vurgulanmaktadır. Ancak eşitlik kurumu görevini de üstlenen kurumun üye yapısının nitelik itibarıyla biraz daha farklı olması gerekirdi. Şöyle ki, eşitlik kurumlarının üye yapısında azınlık gruplarının temsili, kadın erkek sayısının mümkün olduğunca eşit olmasının sağlanması ve engellilerin eşitlik kurumunda temsilini sağlamak gayesiyle engelli bireylerin kurumda üye olarak yer almasına özen gösterilmesi gereklidir. Oysaki mevcut kuruma bakıldığında 11 üyeden yalnızca birinin kadın olduğu, engellilerin ise yalnızca bir üye ile temsil edildiği görülmektedir. Bu haliyle kurumun üye yapısında kadın ve erkeğin eşit temsil edilmediği, engellilere ise yeterli temsil imkanı verilmediği söylenebilir.

Üyelere Sağlanan Güvenceler Açısından, TİHEK üyelerin görev süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerinden azledilememektedir. Ancak bir üyenin;

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



- Seçilmesi için gerekli şartları taşımaması ya da sonradan kaybetmesi,
- Kurul kararlarını süresi içinde imzalamaması,
- Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Kurul toplantısına katılmaması,
- Ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi,
- Görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi,
- Geçici iş göremezlik hâlinin üç aydan fazla sürmesi,
- 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm olması ve cezasının infazına fiilen başlanması, hâllerinin Kurul tarafından tespit edilmesi üzerine Başbakan veya görevlendireceği bakanın onayıyla üyeliğine son verilir.

Üyelerin görevden alınma sebeplerinin ve görevden alınma usulünün açıkça belirlenmesi Paris prensiplerine uyum sağlamaktadır.

TİHEK üyeleri, ayrı bir cezai ve hukuki dokunulmazlığı mevcut değildir. “4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” uyarınca başkan ve üyeler için soruşturma yapılması başbakan veya görevlendireceği bakanın iznine tabi olarak kurum üyelerini yargılanması mümkündür. Üyelere cezai ve hukuki dokunulmazlık kurumun bağımsızlığına doğrudan etki edecektir. TİHEK üyeleri cezai ve hukuki dokunulmazlığa tabi tutulmamış, memurların yargılanması kanuna göre yargılanmaları mümkün hale getirilmiştir. Bu üyelerin yargılanma korkusuyla bağımsız hareket edememesine yol açabilecektir. Bağımsızlığa hâlel getirecek bu durum, kurumun Paris prensiplerine uygun olmayan bir yönünü oluşturmaktadır.

Görev süresi açısından, TİHEK üyelerinin görev süresi üyelerin görev süresi dört yıldır. Arka arkaya iki dönem üye seçilmek mümkündür. Ancak arka arkaya iki dönem üye olarak görev yapan kişi bir dönem geçmeden tekrar üye olarak seçilmesi yasaklanmıştır. Bu bakımdan TİHEK’in Paris prensiplerine uyum sağladığı görülmektedir. Ancak kanaatimizce, görev süresinin uzatılıp tekrar seçilmenin mümkün olmadığı bir sistem getirilmesi kurumun bağımsızlığına olumlu katkı yapacaktır.

Üyelerin seçim usulü açısından, TİHEK’in sekiz üyesi bakanlar kurulu üç üyesi ise cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Üyelerin hükümet tarafından seçilmesi kabul edilemeyen bir seçim usuldür. Mevcut halde bakanlar kurulunun 8 üyenin seçmesi kurumun bağımsızlığına gölge düşürmektedir. Anayasa değişikliği sonrası bakanlar kurulunun kaldırılması sonucunda üyelerin seçimi noktasında yasal değişiklik yapılması gereği doğmuştur. Bu değişikliğe üyelerin, kurumun denetimi altına giren idarenin bir parçası tarafından değil de yasama organı tarafından seçilmesinin temin edilmesi kurumu Paris prensiplerine daha uygun hale getirmektedir.

## 7. Sonuç

### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



TİHEK, 20/4/2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik kurumu kanunu ile kurulmuştur. TİHEK yasal bir temele sahiptir ve kurumun ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu kuruluş kanunda açıkça vurgulanmaktadır. Bu açıdan değerlendirmek gerekirse, kurumun yasa ile kurulmuş olması ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması Paris prensiplerine uyum göstermektedir. Paris Prensiplerinde kurumun, görev alanına giren konularla ilgili karar verirken hiçbir kurum, makam ve kişinin müdahalesine açık olmaması gerektiği vurgulanmıştır. 6701 sayılı kanunun 10. Maddesinde kurumun hiçbir makam, merci, kişi ve kurumun TİHEK'e emir ve talimat vermeyeceği düzenleme altına alınarak Paris Prensiplerine uyum sağlanmaktadır.

Kurum, diğer kamu kurumları gibi Sayıştay denetimine tabidir. TİHEK'in Sayıştay denetimine tabi olması kurumun bağımsızlığına gölge düşürmemekte ve Paris prensiplerine aykırı bir durum teşkil etmemektedir. Formal hesap verebilirlik açısından ise TİHEK karma yöntemi benimsenmiştir. TİHEK' hem hükümete hem devlet başkanına hem de parlamentoya hesap vermekle yükümlü kılınmıştır. TİHEK'in hükümete hesap vermesi, Paris prensipleri açısından eleştirilebilir bir durumdur. TİHEK, Kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamakla görevli kılınarak informal hesap verebilirliği yerine getirmektedir. Paris prensipleri açısından gerek kurumun toplum nezdindeki meşruiyetine katkı sağlaması gerekse toplumu insan hakları konusunda bilgilendirmesi nedeniyle TİHEK' in kanunda öngörüldüğü şekilde informal hesap verebilirlik yöntemini benimsemesi Paris prensipleri açısından yerinde olup TİHEK'in bağımsızlığı açısından olumlu olarak değerlendirilmektedir.

TİHEK'in hizmet birimlerinin ve bürolarının çalışma usul ve esasları, kurumun faaliyet alanı, görev ve yetkilerine uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmektedir. Hizmet birimleri ve büroların çalışma usul ve esaslarının bu şekilde belirlenmesi kurumun işlevsel anlamda bağımsızlığı ile bağdaşmamakta, Paris prensipleri açısından eleştirilecek bir durum ortaya çıkarmaktadır.

TİHEK'in Ulusal İnsan Hakları Kurumu, OP/CAT ve eşitlik kurumu görevlerinin hepsini üstlenmesi ve ayrımcılık konularına ilişkin şikayet kabul etmeye başlayacak olması düşünüldüğünde artacak iş yoğunluğu sonucunda üç ana görevi üstlenen TİHEK'in ihdas edilen 150 kişilik kadro ile bu görevleri layıkıyla yerine getirebileceği şüphelidir.

TİHEK'İN ana mali kaynağını genel bütçeden kuruma ayrılan pay oluşturmaktadır. Genel Bütçeden kuruma ayrılacak pay doğrudan bütçe kanunlarıyla meclis tarafından belirlenmektedir. Bu bütçenin yanı sıra TİHEK'e bağış vb. diğer gelirleri kabul etme yetkisi verilmektedir. Bütçenin parlamento tarafından belirlenmesi ve kuruma bağış vb. adlar altında diğer gelirleri kabul etme yetkisinin verilmesi Paris prensiplerine uyum göstermektedir.

TİHEK'in üye kompozisyonuna bakıldığında Paris prensiplerinde önerilen kompozisyonuna yakın şekilde teşkil edildiği söylenebilir. TİHEK üyelerin görev süreleri dolmadan görevden alınma sebeplerinin ve görevden alınma usulünün açıkça belirlenmesi Paris prensiplerine uyum sağlamaktadır.

TİHEK üyeleri, ayrı bir cezai ve hukuki dokunulmazlığı mevcut değildir. TİHEK üyelerinin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca başkan ve üyeler için

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



soruşturma yapılması Başbakan veya görevlendireceği bakanın iznine tabi olarak kurum üyelerini yargılanması mümkündür. Üyelerin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması usulüne tabi kılınması ayrıca bir hukuki ve cezai dokunulmazlık getirilmemiş olması, üyelerin yargılanma korkusuyla bağımsız hareket edememesi yol açabilecektir. Bağımsızlığa halel getirecek bu hal kurumun Paris prensiplerine uygun olmayan bir yönünü oluşturmaktadır.

TİHEK 'in sekiz üyesi bakanlar kurulu üç üyesi ise cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Üyelerin hükümet tarafından seçilmesi kabul edilemeyen bir seçim usuldür. Mevcut halde bakanlar kurulunun 8 üyenin seçmesi kurumun bağımsızlığına gölge düşürmekte ve Paris prensiplerine uyum göstermemektedir. Anayasa değişikliği sonrası bakalar kurulunun kaldırılması sonucunda üyelerin seçimi noktasında yasal değişiklik yapılması gereği doğmuştur. Bu değişikliğe üyelerin, kurumun denetimi altın giren idarenin bir parçası tarafından değil de yasama organı tarafından seçilmesinin temin edilmesi kurumu Paris prensiplerine daha uygun hale getirecektir.

### Kaynakça

(ANNI), Asian NGO Network on National Human Rights Institutions. (2012). Report on the Performance and Establishment of National Human Rights Institutions in Asia. Asian Forum for Human Rights and Development (FORUM-ASIA). Bangkok.

(GANHRI), Global Alliance Of National Human Rights Institutions. (2018). General Observations of the Sub-Committee on Accreditation. Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/General%20Observations%201/EN\\_GeneralObservations\\_Revisions\\_adopted\\_21.02.2018\\_vf.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/General%20Observations%201/EN_GeneralObservations_Revisions_adopted_21.02.2018_vf.pdf) adresinden alındı

(OHCHR), O. o. (2009). Survey on National Human Rights Institutions, Report on the Findings and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA). Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2009\\_March%20SCA%20REPORT.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2009_March%20SCA%20REPORT.pdf)), adresinden alındı

(OHCHR), O. o. (2009). Survey on National Human Rights Institutions, Report on the Findings and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA). Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2009\\_November%20SCA%20REPORT.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2009_November%20SCA%20REPORT.pdf) adresinden alındı

(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2008). International Coordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection Of Human Rights, Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA). Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2008\\_November%20SCA%20Report.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2008_November%20SCA%20Report.pdf) adresinden alındı

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2008). International Coordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection Of Human Rights, Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation(SCA). 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2008\\_November%20SCA%20Report.pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/2008_November%20SCA%20Report.pdf) adresinden alındı

(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2009). Survey On National Human Rights Institutions , Report on the Findings and Recommendations of a Questionnaire Addressed to NHRIs Worldwide. Geneva. 04 15, 2018 tarihinde <https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Questionnaire%20-%20Complete%20Report%20FINAL-edited.pdf> adresinden alındı

(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2010). International Coordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection Of Human Rights, Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation. Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20REPORT%20MARCH%202010%20-%20FINAL%20\(with%20annexes\).pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20REPORT%20MARCH%202010%20-%20FINAL%20(with%20annexes).pdf) adresinden alındı

(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2010). International Coordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection Of Human Rights, Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA). Geneva. 04 12, 2018 tarihinde [https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20REPORT%20MARCH%202010%20-%20FINAL%20\(with%20annexes\).pdf](https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20REPORT%20MARCH%202010%20-%20FINAL%20(with%20annexes).pdf) adresinden alındı

(OHCHR), Office of Commissioner for Human Rights. (2017). International Coordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection Of Human Rights, Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation(SCA). 04 12, 2018 tarihinde <https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20FINAL%20REPORT-NOVEMBER%202017-ENGLISH.pdf> adresinden alındı

(OHCHR), Office of High Commissioner for Human Rights . (2012). Survey on National Human Rights Institutions, Report on the Findings and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA). Geneva. 04 12, 2018 tarihinde (<https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20MARCH%202012%20FINAL%20REPORT%20ENG%20WITH%20ANNEXURES.pdf>) adresinden alındı

Altıparmak, K. (2010). Köprüden Önce Son Çıkış: Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanun Tasarısı'nın Eleştirel Değerlendirmesi. Ankara: A.Ü SBF İnsan Hakları Merkezi.

Altıparmak, K., & Vural, H. (2016). Altıparmak, Kerem/Vural, Hasan Sayım, ,Paris Prensipleri(İnsan Haklarının Geliştirilmesi Ve Korunması İçin Ulusal Kurumlar) , 20.12.1993 Tarih Ve 48/134 Sayılı Genel Kurul Kararı. B. Algan, & S. Işık içinde, Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları Mevzuatı. Ankara: Savaş Yayınevi.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Wladasch, K., & Yesilkagit, K. (2010). Study on Equality Bodies Set up Under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC Synthesis Report. Utrecht-Vieanna: Human European Consultancy and Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights.

Amnesty International. (2001). Amnesty International's Recommendations on National Human Rights Institutions. 04 12, 2018 tarihinde <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/007/2001/en/> adresinden alındı

Asibuo, S. K. (2001). The Role of the Commission on Human Rights and Administrative Justice (chraj) in Promoting Public service Accountability Under Ghana's Fourth Republic. African Training & Research Centre in the Administration for Development. 04 2018, 04 tarihinde <http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/CAFRAD/UNPAN017693.pdf> adresinden alındı

Avrupa Komisyonu. (2014). Türkiye 2014 Yılı İlerleme Raporu. 04 16, 2018 tarihinde [https://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014\\_ilerleme\\_raporu\\_tr.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf) adresinden alındı

Belgrade principles on the relationship between national human rights institutions and parliaments. (2012, 02 22-23). [www.nhri.ohchr.org](http://www.nhri.ohchr.org): <https://nhri.ohchr.org/EN/Themes/Portuguese/DocumentsPage/Belgrade%20Principles%20Final.pdf> adresinden alındı

Birleşmiş Milletler. (1995). "Ulusal İnsan Hakları Kurumları: İnsan Haklarının Korunması ve Yaygınlaştırılması İçin Ulusal Kurumların Oluşturulması ve Güçlendirilmesi İçin El Kitabı Profesyonel Eğitim Serileri: 4. (V. Eşsiz, Çev.) İstanbul: İnsan Hakları Merkezi Yayını.

Carver, R. (2004). Performance and Legitimacy: National Human Rights Institutions (2 b.). İsviçre: International Council On Human Rights Policy.

Cornack, J., & Niessen, J. (2005). The Independence of Equality Bodies. European Anti-discrimination Law Review(1).

Council on Europe. (2000, 6 29). Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

Council on Europe. (2002, 10 23). Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training.

Council on Europe. (2004, 12 13). Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

De Witte, B. (2011). National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 18(1-2).

EQUINET. (2014). The Bigger Picture: Equality Bodies as part of the National Institutional Architecture for Equality- An Equinet Perspective. Brussels: EQUINET.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





Eren, A. (2012). Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri (1 b.). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Gülener, S. (2011). Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik Ve Türk Yargı Sistemi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2).

Harvey, C., & Spencer, S. (2012). Advancing Human Rights and Equality-Assessing the Role of Commissions in the UK and Ireland. Fordham International Law Journal, 35(6).

Herbert, S. (2013). Aid to national humanrights Institutions, Help Desk Research Report. GSDRC. 04 07, 2018 tarihinde <http://www.gsdrc.org/docs/open/hdq928.pdf> adresinden alındı

International Council on Human Rights Policy. (2005). Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions. International Council on Human Rights Policy.

Karan, U. (2017). Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası. İstanbul: Oniki Levha .

Kucuradi, İ. (2018, 04 08). "Türkiye İnsan Hakları Kurumu". [www.insanhaklari.maltepe.edu.tr: http://insanhaklari.maltepe.edu.tr/tr/content/prof-dr-oanna-ku-uradinin-t-rkiye-nsan-haklar-kurumu-ba-l-kl-de-erlendirmesi](http://insanhaklari.maltepe.edu.tr:www.insanhaklari.maltepe.edu.tr/tr/content/prof-dr-oanna-ku-uradinin-t-rkiye-nsan-haklar-kurumu-ba-l-kl-de-erlendirmesi) adresinden alındı

Lindsnaes, B., & Lindholt, L. (tarih yok). National Human Rights Institutions: Standard-setting and Achievements. Human Rights Development Online, 5(1).

Meuwissen, K. (2015). , Nhris and The State: New and Independent Actors in the Multi-Layered Human Rights System? Human Rights Law Review, 15(3).

Murray, R. (2007). National Human Rights Institutions Criteria and Factors for Assessing Their Effectiveness. Netherlands Quarterly of Human Rights, 25(2).

Oğuşgil, V. A. (2015). Avrupa Birliği ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Üye Ülkelerden Örnek Uygulamalar (1 b.). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Oğuşgil, V. A. (tarih yok). The Equality Bodies in EU Member States And Reflections on the Future Equivalent Body in Turkey.

Pegram, T., & Linos, K. (2015). Interrogating Form and Function: Designing Effective National Human Rights Institutions Matters of Concern Human Rights Research Paper Series No: 2015/8. Denmark: The Danish Institute for Human Rights.

Reif, L. (2000). Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection. Harvard Human Rights Journal, 13.

Smith, A. (tarih yok). The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing. Human Rights Quarterly, 28(4).

UNDP-OHCHR. (2010). Undp-Ohchr Toolkit for Collaboration with National Human Rights Institutions. Newyork-Geneva: UNDP-OHCHR.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



United Nations. (2005). Economic, Social and Cultural Rights Handbook for National Human Rights Institutions Professional Training Series No. 12. Newyork, Geneva: United Nations.



## AVRUPA BİRLİĞİ E-TİCARETİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ UYGULAMASI

Arş. Gör. Tuğçe AKDEMİR ALTUNBAŞAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

### Öz

1958'den 1993 yılına kadar ortak pazar ile ivme kazanan Avrupa Ekonomik Bütünleşme Hareketi, 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren tek pazara dönüşmüş; 1990'lı yıllardan itibaren ise, bilgi ve iletişim teknolojisinin hızla gelişmesi sayesinde, e-ticaretin mali etkileri üzerine Avrupa Birliği'ni KDV konusunda tam ölçekli bir dijital tek pazar oluşturma sürecine sokmuştur. 1996 yılından 2015 yılına kadar gelen süreç içerisinde gerçekleştirilen çalışmalar sonucunda en son 1 Ocak 2015 tarihinden itibaren, KDV mini tek noktada hizmet sunumu planı doğrultusunda telekomünikasyon, yayın ve elektronik hizmetlerinin tümünde KDV, müşterinin bulunduğu yerde tahsil edilecek ve alıcının bulunduğu Üye Devletin hazinesine gidecektir. İşte bu sebeple Avrupa Birliği içindeki farklı KDV rejimlerinden kaynaklanan sınır ötesi e-ticaret üzerindeki yükleri en aza indirmeyi amaçlayan dijital tek Pazar stratejisi, 5 Aralık 2017 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen yeni hükümlerle birlikte (aşamalı olarak 2021 yılında yürürlüğe girecek), şirketlere (büyük ve küçük ölçekli) eşit şartlar getirecek ve KDV gelirlerinin tüketicinin bulunduğu Üye Devlete akmasını sağlayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği, Katma Değer Vergisi, E-Ticaret, Tek Noktada Mini Hizmet Sunumu (MOSS).

### Giriş

Son yirmi yıldır dijitalleşme sadece ekonomiyi değil, aynı zamanda günlük hayatımızı da değiştirmekte ve bu süreç artan bir hızla devam etmektedir. Buna göre gelişmiş dijital teknolojilerin kullanımı, vatandaşların bilgi ve kültüre erişimini artırmakta; açık hükümeti, eşitliği ve ayrımcılık yapılmamasını teşvik etmektedir. Ayrıca vatandaşların demokratik katılımı ile birlikte daha iyi kamu hizmetleri, bilgi değişimi, ulusal ve sınır ötesi iş birliği de dahil olmak üzere toplumda yeni fırsatlar yaratabilmektedir.

Elektronik ticaret (e-ticaret), artan seçim ile -üretim artarken maliyetleri düşüren- ölçek ekonomileri sağlayan dijital tek Pazarın önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Sınır ötesi e-ticaret, vatandaşların ve işletmelerin artan fiyat rekabeti ile daha fazla çeşitlilikteki mal ve hizmetlerden yararlanmasıyla birlikte daha düşük fiyatlara sahip olmasını sağlar. Bu faydaların bir kısmı gayrisafi yurtiçi hasılayı (GSYİH) artırırken; diğerleri, ulusal hesaplarda görünmese bile yaşam kalitesini yükseltir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Duch-Brown, Néstor - Martens, Bertin, "Consumer Benefits from the EU Digital Single Market: Evidence from Household Appliances Markets", JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2014/03, 2014; Pantea, Smaranda - Martens, Bertin, "The Value of the Internet for Consumers", JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2014/08, 2014.



Avrupa Birliği'nde (AB), bir işletmenin göz önünde bulundurması gereken her türlü mal veya hizmet tedariki, Üye Devlete bağlı olarak, % 17 ila % 27 arasında yer alan standart oranlar üzerinden hesaplanan Katma Değer Vergisine (KDV) tabi olmaktadır.<sup>2</sup> Buna ek olarak, bir işletmenin, diğer Üye Devletlerde veya üçüncü ülkelerde bulunan müşterilerle elektronik ortamda sınır ötesi işlemlerde bulunması, KDV'ye uyum durumunu daha fazla karmaşık ve külfetli hale getirmekte; müşterinin ülkesinde KDV alındığından, bu ülkenin yasalarına göre, farklı ulusal KDV kuralları geçerli olmakta ve farklı vergi makamları bu sürece dahil olmaktadır. Ayrıca işletmeler, yabancı vergi idareleriyle, müşterilerinin olduğu ülkelerle ve çoğu kez başka dillerde iletişim kurma gereği de duymak zorunda kalmaktadır.<sup>3</sup>

İşte bu sebeple dijitalleşen pazara ve yeni kurallara uyumu kolaylaştırmak amacıyla, ilgili işletmeler için maliyetleri ve idari yükleri en aza indirecek mini tek noktada hizmet sunumu (mini One Stop Shop-MOSS) uygulaması getirilmiştir. Böylece işletmeler müşterilerinin bağlı olduğu her bir Üye Devlete doğrudan KDV beyan etmek ve ödemek yerine, kendi Üye Devletlerine (AB üyesi olmayan işletmeler seçeceği Üye Devletin MOSS sistemine göre) tek bir beyanname verebilecek ve ödeme yapabilecek imkana kavuşmuştur.

Bu kapsamda öncelikli olarak, dijital tek Pazar açıklanacak; daha sonra tarihsel süreç okuyucuya verilerek, mini tek noktada hizmet sunumunun AB e-ticaretinde uygulanan KDV içerisindeki yeri, ayrıntılarıyla incelenecek ve çalışma sonlandırılacaktır.

## I. Dijital Tek Pazar

1958 yılından 1993 yılına kadar ortak pazar ile ivme kazanan Avrupa Ekonomik Bütünleşme Hareketi, 1 Ocak 1993 tarihinden itibaren malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşabildiği, sınırdaki gümrük kontrollerinin kaldırıldığı tek pazara dönüşmüştür; 1990'lı yıllardan itibaren bilgi ve iletişim teknolojisinin hızla gelişmesi ise, e-ticaretin mali etkileri üzerine yapılan araştırmaların hız kazanmasında biraz zaman aldığı için AB'yi KDV konusunda tam ölçekli bir dijital tek Pazar oluşturma sürecine sokmuştur. İşte bu sebeple AB, halen KDV amacıyla tam ölçekli ortak Pazar kurma gayretine devam etmektedir.

Avrupa Komisyonu'nun temel politikalarından birisini oluşturan ve Avrupa Konseyi ile Avrupa Parlamentosu açısından da esas önceliğe sahip olan dijital tek Pazar, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının güvence altına alındığı; vatandaşların, bireylerin ve işletmelerin adil rekabet koşulları altında dijital faaliyetlere sorunsuz bir şekilde erişip uygulama yapabildikleri; tabiiyete veya ikametgaha bakılmaksızın, yüksek düzeyde tüketici ve kişisel verilerin korunduğu bir sistemdir.<sup>4</sup>

Diğer taraftan dijital tek Pazar, küresel dijital pazarla da oldukça iç içedir. Avrupalı şirketler, üçüncü ülkelerde çeşitli engellerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu engeller ise, özellikle Avrupalı firmaları

<sup>2</sup> Daha fazla bilgi için bkz.: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates_en); [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/how\\_vat\\_works/rates/vat\\_rates\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf), Erişim Tarihi: 24.03.2018.

<sup>3</sup> Avrupa Komisyonu, "Flash Eurobarometer 413: Companies Engaged in Online Activities", Report, 2015.

<sup>4</sup> Avrupa Komisyonu, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, COM(2014) 902 final, Brüksel, 28.11.2014.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



etkilemektedir; çünkü, AB, dijital hizmetlerin en büyük küresel ihracatçısı konumunda olup dijitalleşmiş küresel bir rekabet, Avrupa ticaret ve yatırım politikası için önemli bir öncelik taşımaktadır.

İşletmeler; maliyetleri düşüren, etkinliği, rekabet gücünü ve toplam faktör verimliliğini artıran ölçek ekonomilerini kullanarak sınır ötesi e-ticaretten yararlanmaktadır. Bu durum onların üretimlerini artırmakta, maliyetlerini düşürmekte ve onları daha rekabetçi hale getirmektedir.<sup>5</sup> Tüketiciler ise, teknolojinin oluşturulmasında ve dijital araçların değiştirilmesinde diğer önemli bir faktörü oluşturmaktadır.<sup>6</sup> Buna göre, yerel tedarikin ve çeşitliliğin daha sınırlı olduğu küçük Üye Devletlerdeki tüketiciler, sınırlar dışında daha iyi bir fiyat fırsatları bulabileceği için, sınırlar arasında alışveriş yapma konusunda daha güçlü eğilime sahip olmaktadır.<sup>7</sup>

## II. Dijital Tek Pazara Doğru Giden Yol

### A. Genel Olarak

Dijital teknolojilerin gelişiminin etkisini analiz etmek için yapılan ilk mücadele, teknoloji ağlarının kullanılması ile başlamıştır. Ancak, vergilendirme alanındaki ilk kayda değer çalışma, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından 1996 yılında "Küresel Elektronik Ticaretin Seçilen Vergi Politikası Açısından Etkileri- Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce" başlıklı raporda ele alınmıştır.<sup>8</sup>

Bu rapor sonrasında, Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü'nün (OECD) yetkisi altında dünyada birçok önemli toplumsal etkinlik gerçekleştirilmiştir. OECD 1998 yılında, Turku'da (Finlandiya) küresel elektronik ticaretin önündeki engelleri kaldırmak için bir konferans düzenlemiştir; Ottawa'da (Kanada) ise e-ticaret konusunda bir bakanlık konferansı vermiştir. En önemlisi, e-ticaretin yükselişi nedeniyle KDV'nin en çok etkilenecek vergiler arasında olacağı açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Buna göre, Avrupa Ekonomi ve Maliye Bakanları Konseyi (ECOFIN) 1998 yılında e-ticaret ve KDV konusunda bir Bildiri benimsemiştir. Raporun sonuçlarına göre;<sup>9</sup>

- Dijital mal tedariki hizmet olarak ele alınmalı;
- AB tüketicilerine verilen hizmetler, tedarikçinin bulunduğu ülkeye bakılmaksızın AB'de vergilendirilmelidir. Bu durum modern mini tek noktada hizmet sunumu (MOSS) sistemini başlattığından çok önemli olup;

<sup>5</sup> Aguiar, Luis -Waldfoegel, Joel, "Quality Predictability and the Welfare Benefits from New Products: Evidence from Digitization of Recorded Music", JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2015/02, 2015.

<sup>6</sup>Van Welsum, Desirée- Overmeer, Willem- van Ark, Bart - "Unlocking the ICT Growth Potential in Europe: Enabling People and Businesses, The Conference Board for the European Commission", Final Main Report, 2013.: Karşılaştırma siteleri, sosyal medya, mal ve hizmetlerin özelleştirilmesi ve mobil alışveriş gibi.

<sup>7</sup> Gomez-Herrera, Estrella- Martens, Bertil - Turlea, Geomina, "The drivers and impediments to cross-border e-commerce in the EU", JRC/IPTS Digital Economy Working Paper 2013/02, 2013.

<sup>8</sup>Vergi Politikası Hazine Bakanlığı, Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce, Kasım 1996.

<sup>9</sup> Avrupa Komisyonu, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee – Electronic commerce and indirect taxation, COM(1998) 374 final, Brüksel, 17.06.1998.



- E-ticarete ilişkin KDV uyumunun basitleştirilmesi ve elektronik yöntemlerle (faturalandırma dahil) yürütülmesi üzerinde durulmalıdır.

2000'li yıllara gelindiğinde ise, yeni politikaların yansıtılması için elektronik ortamda sunulan belirli hizmetlere uygulanan KDV düzenlemesi ile ilgili olarak 77/388/EEC sayılı Altıncı KDV Direktifinin değiştirilmesi önerilmiştir. Bu öneri, topluluğun bir parçası olmaya başlayan teknolojilerin KDV yansımalarının bir başlangıcı olmuştur.<sup>10</sup>

Bununla birlikte, AB tarafından "KDV Paketinin"<sup>11</sup> kabul edilmesiyle birlikte en önemli değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Pakette, AB'de KDV için yeni hizmet tedariki kurallarına ve Topluluk içi yeni iade prosedürlerine yer verilmiştir. KDV paketinin ilk aşaması, 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2015 yılı için planlanan diğer bir değişiklik ise, AB'de e-hizmet tedariklerine ilişkin mini tek noktada hizmet sunumu (MOSS) planının getirilmesi olmuştur.<sup>12</sup>

Daha sonra 2013 yılında Avrupa Komisyonu, "Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi Üzerine Komisyon Uzman Grubunu" kurmuş,<sup>13</sup> bu kapsamda Uzman Grubu raporunu Mayıs 2014 tarihinde yayınlamıştır.<sup>14</sup> Uzman Grubu KDV ile ilgili olarak, 1 Ocak 2015 tarihinden itibaren, mini tek noktada hizmet sunumu (MOSS) ile birlikte, işletmeden tüketiciye (B2C) sağlanan e-ticarete ilişkin servislerin yeni tedarik yeri kurallarına göre tanıtımını olumlu karşılamıştır. Diğer taraftan AB, tüm B2C mal ve hizmet tedariki için öncelik olarak daha geniş tek noktada hizmet sunumu (One Stop Shop-OSS) takip edilmesini ve uzak satışlarla ilgili mevcut eşiklerin kaldırılmasına imkan tanınmasını tavsiye etmiştir.

Dijital tek Pazara ilişkin birçok hususun uyumlaştırılması ve iyileştirilmesi gerektiği artık yaygın bir şekilde kabul edilmektedir. Böylece Mayıs 2014 tarihinde Avrupa Komisyonu, "Avrupa için Dijital Tek Pazar Stratejisi" başlıklı bir Tebliğ yayınlamıştır. Buna göre, 1996 yılından 2015 yılına kadar gelinen süreç içerisinde gerçekleştirilen çalışmalar sonucunda en son 1 Ocak 2015 tarihinden itibaren, KDV mini tek noktada hizmet sunumu (VAT MOSS) planı doğrultusunda "telekomünikasyon, yayın ve elektronik hizmetlerin"<sup>15</sup> tümünde KDV'nin, müşterinin bulunduğu yerde tahsil edilmesine ve verginin, alıcının bulunduğu üye ülkenin hazinesine gitmesine karar verilmiştir.<sup>16</sup>

## **B. Mini Tek Noktada Hizmet Sunumu- Mini One Stop Shop (MOSS)**

<sup>10</sup> Council Directive 2002/38/EC of 7 May 2002 amending and amending temporarily Directive 77/388/ EEC as regards the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, COM(2000) 349 final, C337/E65, 28.11.2000.

<sup>11</sup> Basın Duyurusu IP/08/208, "VAT Package: Commission Welcomes Adoption by the ECOFIN Council of New Rules on the Place of Supply of Services and a New Procedure for VAT Refunds", Brüksel, 12.02.2008.

<sup>12</sup> Council Directive 2008/8/EC of 12 February 2008 Amending Directive 2006/112/EC as Regards the Place of Supply of Services, OJ L 44/11, 20.02.2008.

<sup>13</sup> Avrupa Komisyonu, Report from the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, COM(2013) 7082 final, Brüksel, 22.10.2013.

<sup>14</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/gen\\_info/good\\_governance\\_matters/digital/report\\_digital\\_economy.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf).

<sup>15</sup> Telefon veya uydu TV abonelikleri, indirilebilir yazılımlar/programlar, şarkılar, filmler, oyunlar, uzaktan eğitimler, e-kitaplar ve diğer elektronik faaliyetler vb.

<sup>16</sup> Avrupa Komisyonu, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final, Brüksel, 06.05.2015.

## **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**

**ALANYA**



Mini tek noktada hizmet sunumu (MOSS), ister AB içinde ister AB dışında kurulu olsun, işletmelerin AB içindeki müşterilerinin birden fazla AB Üye Devletinde bulunmasına rağmen, tüm AB KDV'lerini tek bir vergi beyannamesi ile birleştirmelerini ve dağıtılmasını sağlayan bir vergi sistemidir. Her bir AB Üye Devleti internet üzerinden MOSS erişim sistemine sahip olmakla birlikte, Üye Devletlerin her birinin kayıt işlemleri için kendi süreci bulunmakta ve işletmelerin bu noktada özel talimatları (KDV oranları ve faturalandırma kuralları gibi) önemle incelemesi gerekmektedir. Genel olarak ise, işletmeler her yıl öncelikle;<sup>17</sup>

- İnternet veya elektronik ağ üzerinden online olarak erişilen bir Üye Devletin MOSS sistemi ile tek bir KDV beyannamesi vermekte,
- Daha sonra MOSS sistemi, ne kadar vergi borcu olduğunu hesaplamakta,
- En son sistem KDV'yi gereğine göre, kendi Üye Devleti ve diğer Üye Devletler arasında dağıtmaktadır.

Tabi ki bu sistem zorunlu olmamakla birlikte işletmeler MOSS sistemi yerine geleneksel yöntemi seçmekte de her zaman özgürdür. Ancak burada işletmeler öncelikle müşterinin bulunduğu her Üye Devletin KDV sistemine kayıt olmalı; ardından kayıtları yerel ilkelere göre tutmalı ve her bir Üye Devletin kendilerinin belirlediği vade tarihlerine göre ayrı ayrı vergi beyannamesi vermelidir. Eğer bir işletmenin çok uluslu bir müşteri tabanı varsa, MOSS sisteminin daha az iş yükü sağlayacağı aşikardır.

Mini Tek Noktada Hizmet Sunum (MOSS) Sistemi	Yerel KDV Kayıt Sistemi
<ul style="list-style-type: none"><li>• Daha az idari yük gerektirir.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Daha fazla karmaşıklığa neden olur.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Üçer aylık dört dönemde KDV beyannamesinin verilmesi tüm AB için geçerlidir.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Her bir Üye Devletin (28 Üye Devlet) kendi KDV ödeme dönemlerine göre beyannamenin verilmesi gerekmektedir.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Her bir dönemin sonunda sadece 20 günlük KDV beyannamesini verme ve ödeme süresi bulunmaktadır.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• KDV beyannamesini verme ödeme süreleri her bir Üye Devletin kendi sistemine bağlıdır.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Uzun dönem (10 yıl) kayıt tutma zorunluluğu vardır.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Kayıt tutma zorunluluğu her bir Üye Devlete bağlıdır.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Girdiler üzerinden alınan verginin iadesi biraz zaman alır.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Yüklenen KDV geri ödemesi hızlıdır.</li></ul>

<sup>17</sup> Avrupa Komisyonu., "The Basic EU VAT Rules for Electronically Supplied Services Explained for Micro Businesses", Telecommunications, Broadcasting & Electronic Services, 2015, s.5-6, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/information\\_microbusinesses\\_euvat\\_2015\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/information_microbusinesses_euvat_2015_en.pdf) Erişim Tarihi: 22.03.2018.

Tablo 1. MOSS Sistemi ile Yerel KDV kaydı Arasındaki Farklar

**Kaynak:** Avrupa Komisyonu, Guide to the VAT mini One Stop Shop, Brüksel, 23 Ekim 2013.

AB’de, mini tek noktada hizmet sunumu amaçlı e-hizmetler "elektronik olarak sağlanan hizmetler" olarak adlandırılmaktadır. Bu tür hizmetlere herhangi bir elektronik araçla (diğer bir deyişle elektronik ağ veya internet üzerinden) sunulan hizmetler adı da verilebilir. Bunun önemli şartı ise, söz konusu hizmetlerin "elektronik olarak sağlanan hizmetler" olarak ele alınması için, tedarikin yapılış şekli özünde otomatikleştirilmeli, insan müdahalesini minimum düzeyde içermeli ve bilgi teknolojisinin yokluğunda yapılmamalıdır.

Ayrıca ortak AB KDV Direktifinin (2006/112/EC sayılı) 98. maddesi, indirimli oranın elektronik olarak sağlanan hizmetler için geçerli olmayacağını belirtmektedir. Böylece, elektronik olarak sağlanan tüm hizmetlerde standart KDV oranı uygulanacaktır.<sup>18</sup>

Bu değişikliklerin altında yatan ana sebep, söz konusu hizmetlere ilişkin KDV’yi, KDV’nin ana ilkelerinden biri olan "mal veya hizmetlerin tüketildiği Üye Devlette gelirin tahakkuk ettirilmesi" ilkesine uyumlu hale getirmek olmuştur. Mevcut kurallar AB’deki müşterilere telekomünikasyon, yayın veya elektronik hizmetler sağlayan AB dışındaki işletmeler için, müşterinin bulunduğu ülkede vergilendirilmesini zaten sağlamaktadır. 2014 yılı sonuna kadar ise, AB işletmelerince nihai tüketiciye (B2C) tedarik edilen mallar tedarikçinin ülkesinde vergilendirilmektedir.

Bu durum, nihai tüketicilere yapılan tedariklerde, daha düşük KDV oranı uygulayan Üye Devletlerdeki işletmelerin diğer Üye Devletlerde kurulan işletmelere kıyasla rekabet avantajına sahip olduğu anlamına gelmektedir. 2015 yılından itibaren uygulanan müşterinin bulunduğu ülkeye bağlı yeni vergilendirme kuralları, eşit şartlı faaliyet alanı ve aynı zamanda KDV tahsilatının tüketim yapan Üye Devlette tahakkuk ettirilmesini sağlamaktadır.

1 Ocak 2015 tarihinden itibaren geçerli olan yeni tedarik yeri kurallarına göre, tüm elektronik hizmetler, varış ülkesi ilkesine uymakta olup müşterinin ülkesindeki KDV kurallarına tabii bulunmaktadır.<sup>19</sup> Ayrıca AB’de, KDV borcu konusunda kimin yükümlü olacağını belirlemek için, işletmeden-işletmeye (B2B) ve işletmeden-son tüketiciye (B2C) yapılan işlemlerin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, B2C satışlarda müşterinin “KDV numarası” olmayacağı için söz konusu satışa KDV eklenerek tahsil edilmesi gerekip satıcı MOSS sistemi ile beyanname verme yükümlülüğüne tabi tutulurken; B2B satışlarda müşteri işletme olduğu için “KDV numarasına sahip olduğundan” satıcının dijital ürüne KDV eklemesine gerek olmayacaktır. Müşteri bu aşamada KDV yükümlülüğünün yer değiştirmesiyle birlikte KDV ödemekten kendisi sorumlu olacaktır.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the Common System of Value Added Tax, OJ L347/1, 11.12.2006.

<sup>19</sup> Council Directive 2008/8/EC of 12 February 2008 Amending Directive 2006/112/EC as Regards the Place of Supply of Services, OJ L 44/11, 20.02.2008.

<sup>20</sup> Avrupa Komisyonu, Telecommunications, Broadcasting & Electronic, services [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-electronic-services\\_en#new\\_rules](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-electronic-services_en#new_rules), Erişim Tarihi: 22.03.2018.



Diğer taraftan uygulamadaki konulara yardımcı olması için bir 1042/2013 sayılı Konsey Uygulama Yönetmeliği de<sup>21</sup> kabul edilmiştir. Buna göre Üye Devletlerin ve işletmelerin yaklaşmakta olan değişikliklere yönelik hazırlıklarını tam, zamanında ve daha düzgün bir şekilde yapması ve duruma adapte olmalarının sağlanması beklenmiştir. Açıklamalar, telekomünikasyon, yayın ve elektronik hizmetlerin, sunma yerine yönelik yeni kuralların pratikte uygulanmasını açıklığa kavuşturmak için kullanılabilir bir kılavuz olarak düşünülmüştür.

Söz konusu açıklamaların yasal olarak bağlayıcı olmadığı unutulmamalıdır. Bunlar Komisyonun görüşlerini temsil etmemekte veya burada ifade edilen görüşlerden herhangi biri Komisyonu bağlamamaktadır. Dahası, Üye Devletler telekomünikasyon, yayın ve elektronik hizmetlerin sunulduğu yere ilişkin yeni KDV kurallarının uygulanmasına yönelik kendi ulusal kılavuzunu da hazırlayabilirler. Doğal olarak, Üye Devletler buradaki açıklamaların yalnızca kendilerini ilgilendiren bölümlerini benimsemektedir.

Komisyon, mevzuatta gerekli olan değişikliklerin daha iyi anlaşılması için 25 Eylül 2015'te bir kamuoyu görüş alım süreci başlatmıştır. Bu sürecin amacı, mevcut sistemin etkisini belirlemek ve sınır ötesi e-ticarette KDV rejimini modernize etmek için Avrupa için dijital tek pazar stratejisini oluşturarak 2015 mini tek noktada hizmet sunumu (MOSS) sistemi ile uygulanan e-ticaretin ve KDV sisteminin işleyişine ilişkin köklü değişikliklerin etkisini derinlemesine analiz etme konusundaki ilk gerçek girişimdir.<sup>22</sup> Buna göre özellikle Komisyon, aşağıdakiler dahil olmak üzere farklı KDV rejimlerinden kaynaklanan işletmeler üzerindeki idari yükün azaltılmasını önermektedir. Bunlar:

- Maddi malların satışını kapsamak için halihazırdaki elektronik kayıt sistemini ve ödeme mekanizmasını genişletmek,
- Elektronik ticaret için yeni kurulan, gelişmeye açık 'start-up'lara ve küçük işletmelere yardımcı olmak için bir KDV eşliğinin sunulması,
- Sınır ötesi işletmelerin KDV işlemlerinin denetlenmesine yalnızca kendi ülkeleri tarafından izin verilmesi,
- AB dışı tedarikçilerden gelen küçük sevkiyatların ithalatı için KDV muafiyetinin kaldırılmasıdır.

Avrupa Komisyonu tarafından başlatılan, KDV'nin geleceğine dair geniş ve verimli bir kamuoyu tartışması ile birlikte öneriler sunan Yeşil Kitap<sup>23</sup>'tan sonra daha yalınlaştırılmış, daha sağlam ve daha etkin bir KDV sisteminin benimsenmesi amacıyla 2011 tarihinde bir tebliğ<sup>24</sup> yayınlanmış; AB KDV

<sup>21</sup> Avrupa Komisyonu, "Explanatory Notes on the EU VAT Changes to the Place of Supply of Telecommunications, Broadcasting and Electronic Services that Enter Into Force in 2015" Council Implementing Regulation (EU) No 1042/2013, 3 Nisan 2014.

<sup>22</sup> Basın Duyurusu IP/15/5719, "Modernising VAT for Cross-Border e-Commerce: Commission Launches Public Consultation", Brüksel, 25.09.2015.

<sup>23</sup> Avrupa Komisyonu, Green Paper (Yeşil Kitap), On Future of VAT Towards a Simpler, More Robust and Efficient VAT System, Brüksel, 01.12.2010,

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/future\\_vat/com%282010%29695\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/future_vat/com%282010%29695_en.pdf), Erişim Tarihi: 26.04.2018.

<sup>24</sup> Avrupa Komisyonu, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Future of VAT Towards a Simpler, More Robust and Efficient VAT System Tailored to the Single Market, COM (2011) 851 final, Brüksel, 06.12.2011.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



sisteminin reform sürecinin devamı için en son, 7 Nisan 2016 tarihli KDV Eylem Planı ile sisteminin modernize edilmesi için gelecek yıllarda atılacak adımlara yönelik çeşitli hedefler ve önlemler belirlenmiştir.<sup>25</sup>

KDV Eylem planı, temelde tek bir AB KDV bölgesi oluşturma amacıyla tasarlanmış ve ortak KDV Direktifinin (2006/112/EC sayılı) örneğin, teknolojik ilerlemeye bağlı ürünler için âtıl hale geldiğini belirtmiştir.

KDV için dijital tek Pazarın oluşturulması amacıyla vergiye uyumu kolaylaştırmak adına sınır aşırı e-ticaret konusunda, Üye Devletler açısından olduğu kadar işletmeler açısından da bu durumun karmaşık ve maliyetli olduğu ifade edilerek tek noktada hizmet sunumu (OSS) ile nihai kullanıcılara sağlanan telekomünikasyon, yayın ve elektronik hizmetler için, genel prensiplerle uyumlu şekilde, varış yerinde uygulanacak yeni tedarik noktası kurallarının uygulanması önerilmiştir.

2015 tarihli dijital tek Pazar Stratejisi ve KDV Direktifinin teknolojik ilerlemeye bağlı ürünler için âtıl hale geldiğini belirten 2016 tarihli KDV Eylem Planı doğrultusunda oluşturulan “1 Aralık 2016 tarihli Dijital Tek Pazar KDV Paketi” ile sınır ötesi e-ticarette KDV’nin önündeki engellerin kaldırılarak modernize edilmesi amaçlanmıştır.<sup>26</sup>

Bu kapsamda paketin amaçladıkları şu şekilde özetlenebilir. Bunlar:

- İşletmelerin sınır ötesi satışlarda maruz kaldığı KDV uyum maliyetlerini azaltmak, sınır ötesi ticareti kolaylaştırmak ve AB işletmeleri için adil bir rekabet sağlamak;
- KDV kaçakçılığı ile mücadele etmek;
- Basılı yayınlar ile elektronik yayınlar arasında var olan farklı KDV oranlarına dikkat çekmek gösterilebilir.

Diğer taraftan paket, e-ticaret uygulamasının yeterince dikkate alınmayarak hazırlandığı şu anki AB KDV kurallarını güncelleyen “Öneriler” de içermektedir. Bunlar:

- Sınır ötesi B2C e-ticaretine yönelik KDV Direktifine geniş kapsamlı hükümler getiren, “Hizmet Tedariki ve Malların Mesafeli Satışına Yönelik Belirli Katma Değer Vergisi Yükümlülüklerine İlişkin 2006/112 /EC ve 2009/132/EC Sayılı Direktifleri Değiştiren Öneri”,<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Avrupa Komisyonu, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on an Action Plan on VAT Towards a Single EU VAT Area- Time to Decide, COM (2016) 148 final, Brüksel, 07.04.2016.

<sup>26</sup>Avrupa Komisyonu, Digital Single Market - Modernising VAT for cross border e-Commerce, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce_en), Erişim Tarihi: 26.04.2018.

<sup>27</sup> Avrupa Komisyonu, Proposal for a Council Directive Amending Directive 2006/112/EC and Directive 2009/132/EC as Regards Certain Value Added Tax Obligations for Supplies of Services and Distance Sales of Goods, COM (2016) 757 final, Brüksel, 01.12.2016 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0757&from=EN>, Erişim Tarihi: 26.04.2018.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



- Sınır ötesi B2C e-ticaretinin mevcudiyetine adapte olabilmesi için, “Katma Değer Vergisi Alanında İdari İşbirliği ve Kaçakçılıkla Mücadele Konusunda 904/2010 Sayılı (AB) Değişiklik Yönetmeliği” önerisi;<sup>28</sup>
- Elektronik ve basılı yayınların KDV oranını düzenleyen “Kitap, Gazete ve Süreli Yayınlarla Uygulanan Katma Değer Vergisi Oranları Konusunda 2006/112 / EC Sayılı Direktifi Değiştiren Öneri”.<sup>29</sup>

İşte bu sebeple AB içindeki farklı KDV rejimlerinden kaynaklanan sınır ötesi e-ticaret üzerindeki yükleri en aza indirmeyi amaçlayan dijital tek Pazar stratejisi, 5 Aralık 2017 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen yeni hükümlerle birlikte (aşamalı olarak 2021 yılında yürürlüğe girecek), şirketlere (büyük ve küçük ölçekli) eşit şartlar getirmeyi ve KDV gelirlerinin tüketicinin bulunduğu ülkeye akmasını sağlayacaktır.

Buna göre, bir direktif ve iki düzenlemeden<sup>30</sup> oluşan KDV dijital tek Pazar paketi, Ekonomik ve Mali İşler Konseyinin düzenlediği toplantıda kabul edilerek KDV kaçakçılığının önlenmesini, sınır ötesi ticaretin kolaylaştırılmasını, AB işletmeleri arasında eşit rekabet koşullarının ve dijital yayınlara yönelik eşit muamelelerin sağlanmasını amaçlamıştır. 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren, mikro-işletmelere ve küçük ve orta büyüklükteki işletmelere (KOBİ) yardımcı olmak için sınır ötesi elektronik hizmet tedariki için bir dizi eşik değerler (KDV’siz 10.000 Avro) getirilecektir. Bu pratikte, sadece 10.000 Avrodan fazla sınır ötesi satışı olan işletmelerin MOSS kurallarına tabi olacağı anlamına gelecektir. Diğer taraftan işletmeler 10.000 Avronun altında kalan işlemleri için yine iki yıllık süre ile bağlı kalmak şartı ile MOSS sistemini seçmekte serbest olacaktır. Ancak 10.000 Avro eşliğinin üstünde kalan her türlü telekomünikasyon, yayın ve elektronik olarak sağlanan hizmetler için her zaman MOSS sistemi uygulanacaktır.

2021 yılında ise, MOSS sayesinde dijital mallara ve nihai tüketicilere yönelik tüm sınır ötesi hizmetler genişletilecek, nihai KDV sistemine geçişe uygun olarak küçük sevkiyatların ithalatı için KDV muafiyetleri kaldırılacak, yeni tek noktada hizmet sunumu (OSS) ithalatlara da genişletilecek, tek noktada hizmet sunumunun kullanılmadığı durumlarda, ithalatta ikinci bir sadeleştirme mekanizması kullanılacak; ithalattan KDV, müşteriden alınacak ve nakliyeciden tarafından gümrüklere basit birer aylık beyanname gönderilecektir.

## Sonuç

Dijitalleşen pazara ve yeni kurallara uyum sağlamak amacıyla ilgili işletmeler için maliyetleri ve idari yükleri en aza indirecek mini tek noktada hizmet sunumu (mini One Stop Shop-MOSS) uygulamasının

<sup>28</sup> Avrupa Komisyonu, Proposal for a Council Regulation Amending Regulation (EU) No 904/2010 on Administrative Cooperation and Combating Fraud in the Field of Value Added Tax, COM(2016) 755 final, Brüksel, 01.12.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0755&from=EN>, Erişim Tarihi: 26.04.2018.

<sup>29</sup> Avrupa Komisyonu, Proposal for a Council Directive Amending Directive 2006/112/EC, as Regards Rates of Value Added Tax Applied to Books, Newspapers and Periodicals, COM (2016) 758 final, Brüksel, 01.12.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0758&from=EN>, Erişim Tarihi: 26.04.2018.

<sup>30</sup> November 2017 Directive on VAT Obligations for Services and Distance Sales of Goods; November 2017 Regulation on Implementing Measures for the Common VAT System.; November 2017 Regulation on VAT Administrative Cooperation and Combating Fraud.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





getirilmiş olması, işletmelerin müşterilerinin bağlı olduğu her bir Üye Devlete doğrudan KDV beyan etmek ve ödemek yerine, kendi Üye Devletlerine (AB üyesi olmayan işletmeler seçeceği Üye Devletin MOSS sistemine göre) tek bir beyanname verebilecek ve ödeme yapabilecek imkanı vermiştir.

Görüldüğü üzere, KDV kayıplarının mevcut boyutları ele alındığında MOSS sisteminin başarılı bir şekilde uygulanması üç farklı eylemle sonuçlanacaktır. Bunlar sırasıyla:

- Avrupa vergi idarelerinin etkin ve verimli çalışması,
- Daha iyi bir idari iş birliğinin elde edilmesi ve
- Vergiye gönüllü uyumun sağlanmasıdır.

Böylece sınır-ötesi KDV uyum süreci önemli ölçüde sağlanacak ve tahminlere göre 2021 yılına kadar yıllık 7 milyar Avroluk KDV gelirlerinde artış yaşanacaktır. Ayrıca, e-ticaretteki yükseliş vergi tahsilatı açısından yeni yaklaşımları her zaman zorunlu kılmaya devam edecektir.

#### **Kaynakça**

Aguiar, L. ve Waldfogel, J. (2015). Quality Predictability and the Welfare Benefits from New Products: Evidence from Digitization of Recorded Music. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2015/02,1-44.

Avrupa Komisyonu. (1998). Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee – Electronic commerce and indirect taxation. COM(1998) 374 final, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2010). Green Paper (Yeşil Kitap), On Future of VAT Towards a Simpler, More Robust and Efficient VAT System, Brüksel.[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/future\\_vat/com%282010%29695\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/future_vat/com%282010%29695_en.pdf) adresinden erişildi. (ET:26.04.2018)

Avrupa Komisyonu. (2011). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Future of VAT Towards a Simpler, More Robust and Efficient VAT System Tailored to the Single Market. COM (2011) 851 final, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2013). Report from the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy. COM(2013) 7082 final, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2013). Guide to the VAT mini One Stop Shop, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2014). Explanatory Notes on the EU VAT Changes to the Place of Supply of Telecommunications, Broadcasting and Electronic Services that Enter Into Force in 2015. Council Implementing Regulation (EU) No 1042/2013.

Avrupa Komisyonu. (2014). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank. COM(2014) 902 final, Brüksel.

#### **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**

**ALANYA**





Avrupa Komisyonu. (2015). Flash Eurobarometer 413:Companies Engaged in Online Activities, Report, [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl\\_413\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_413_en.pdf) adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Avrupa Komisyonu. (2015). The Basic EU VAT Rules for Electronically Supplied Services Explained for Micro Businesses, Telecommunications, Broadcasting & Electronic Services, s.5-6, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/information\\_microbusinesses\\_euvat\\_2015\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/information_microbusinesses_euvat_2015_en.pdf) adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Avrupa Komisyonu. (2015). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 final, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2015). Telecommunications, Broadcasting & Electronic, Services, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-electronic-services\\_en#new\\_rules](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-electronic-services_en#new_rules) adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Avrupa Komisyonu. (2016). Proposal for a Council Directive Amending Directive 2006/112/EC and Directive 2009/132/EC as Regards Certain Value Added Tax Obligations for Supplies of Services and Distance Sales of Goods. COM (2016) 757 final, Brüksel, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0757&from=EN> adresinden erişildi. (ET: 26.04.2018)

Avrupa Komisyonu. (2016). Proposal for a Council Directive Amending Directive 2006/112/EC, as Regards Rates of Value Added Tax Applied to Books, Newspapers and Periodicals. COM (2016) 758 final, Brüksel, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0758&from=EN> adresinden erişildi. (ET:26.04.2018)

Avrupa Komisyonu. (2016). Proposal for a Council Regulation Amending Regulation (EU) No 904/2010 on Administrative Cooperation and Combating Fraud in the Field of Value Added Tax. COM(2016) 755 final, Brüksel, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0755&from=EN> adresinden erişildi. (ET:26.04.2018)

Avrupa Komisyonu.(2016). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on an Action Plan on VAT Towards a Single EU VAT Area- Time to Decide, COM (2016) 148 final, Brüksel.

Avrupa Komisyonu. (2016). Digital Single Market - Modernising VAT for cross border e-Commerce, [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce_en), adresinden erişilmiştir. (ET: 26.04.2018)

Avrupa Komisyonu. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/gen\\_info/good\\_governance\\_matters/digital/report\\_digital\\_economy.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf) adresinden erişildi. (ET: 24.03.2018)

Avrupa Komisyonu. [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates_en) adresinden erişildi. (ET: 24.03.2018)

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Avrupa Komisyonu. (2018). [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/how\\_vat\\_works/rates/vat\\_rates\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf) adresinden erişildi. (ET: 24.03.2018)

Avrupa Birliği Konseyi. (2017). November 2017 Directive on VAT Obligations for Services and Distance Sales of Goods. Brüksel, <http://www.consilium.europa.eu/media/31929/st14126en17.pdf> adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Avrupa Birliği Konseyi. (2017). November 2017 Regulation on Implementing Measures for the Common VAT System. Brüksel, <http://www.consilium.europa.eu/media/31930/st14127en17.pdf> adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Avrupa Birliği Konseyi. (2017). November 2017 Regulation on VAT Administrative Cooperation and Combating Fraud. Brüksel, <http://www.consilium.europa.eu/media/31931/st14128en17.pdf> adresinden erişildi. (ET: 22.03.2018)

Basın Duyurusu IP/08/208. (2008). VAT Package: Commission Welcomes Adoption by the ECOFIN Council of New Rules on the Place of Supply of Services and a New Procedure for VAT Refunds, Brüksel.

Basın Duyurusu IP/15/5719 (2015). “Modernising VAT for Cross-Border e-Commerce: Commission Launches Public Consultation”, Brüksel.

Council Directive. (2000). 2002/38/EC of 7 May 2002 amending and amending temporarily Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, COM(2000) 349 final, C337/E65.

Council Directive. (2006). 2006/112/EC of 28 November 2006 on the Common System of Value Added Tax, OJ L347/1.

Council Directive. (2008). 2008/8/EC of 12 February 2008 Amending Directive 2006/112/EC as Regards the Place of Supply of Services, OJ L 44/11.

Duch-Brown, N. ve Martens, B. (2014). Consumer Benefits from the EU Digital Single Market: Evidence from Household Appliances Markets. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2014/03, 1-30.

Gomez-Herrera, E., Martens, B. ve Turlea, G. (2013). The Drivers and Impediments to Cross-Border e-Commerce in the EU. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper 2013/02, s.1-38.

Pantea, S. ve Martens, B. (2014). The Value of the Internet for Consumers. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper No 2014/08, 1-25.

Van Welsum, D., Overmeer, W.ve van Ark, B. (2013). Unlocking the ICT Growth Potential in Europe: Enabling People and Businesses, The Conference Board for the European Commission, Final Main Report.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



Vergi Politikası Hazine Bakanlığı. (1996). Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce.



## HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA YEMİN FORMÜLÜ

Arş. Gör. Volkan Özçelik

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Öz

Türk medeni usûl hukukunda kesin delillerden olan “yemin” önemli bir ispat aracıdır. Yemin edecek taraf kanunda belirlenen formüle göre yemini eda etmesi gerekir. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (mülga) ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında “yemin formülü” bakımından farklılık bulunmaktadır. Çalışmamızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yemin formülünde yaptığı değişiklik ve bu değişikliğin gerekçesi üzerinde durulmuştur. Yeni yemin formülü laiklik ilkesi, din ve vicdan hürriyeti, medeni usûl hukukunun amacı ve daha kapsayıcı olup olmaması bakımından değerlendirilmiştir. İncelememiz neticesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki yemin metninin daha isabetli olduğu tespit edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kesin Delil, Yemin, Yemin Formülü.

## FORM OF OATH IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

### Abstract

The oath, which is a conclusive evidence in Turkish civil procedure law, is an important part of proof. Party, who will take an oath, should be in line with the rule of oath form. There is difference between text of the oath in 1086 numbered law of civil proceedings and text of 6100 numbered law of civil proceedings. In this study, we addressed to form of oath, that was changed in 6100 numbered law of proceedings, and reason of change. We examined the new form of oath with regards to secularism, freedom of thought and faith, purpose of law civil proceedings and whether it is inclusive or not. According to the result of our study, we determined to be incidence form of new oath.

### Keywords

Conclusive Evidence, Oath, Form of Oath.

### Giriş

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda<sup>1</sup> delil olarak yemin (HMK m. 225 vd.) dışında tanık yemini (HMK m. 258) ve bilirkişi yemini (HMK m. 271) bulunmaktadır. Delil olarak yemin ile bir vakianın ispatı amaçlanırken, bilirkişi ve tanık yemininde bu kişilerin beyanlarının güçlendirilmesi amaçlanır<sup>2</sup>. Çalışmamızın konusunu delil olan yeminin formülü oluşturmaktadır. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki<sup>3</sup> yemin formülü ile bu kanun yerine gelen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yemin formülü arasında farklılık bulunmaktadır.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre hâkim yemin edecek tarafa, “size sorulan sualler hakkında hakikate muvafık cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz” şeklinde sorar ve yemin edecek taraf da “Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum” derdi (HUMK m. 339). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ise hâkim yemin edecek tarafa “Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefîiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?” diye sorar; bunun üzerine yemin edecek taraf da “Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum” demekle yemini eda etmiş sayılır (HMK m. 233/4).

Yemin formülünde yapılan değişikliğin nedeni maddenin (HMK m. 233/4) gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Türk Dil Kurumu sözlüğünde ‘yemin’ kavramı; ‘ant, Tanrı’yı veya kutsal bilinen bir kişiyi, bir şeyi tanık göstererek bir olayı doğrulamak’ şeklinde tarif edilmiştir. Başka bir ifade ile yemin, beyan edilen vakianın (konunun) söylenen şekilde gerçekleştiğine, kutsal şeyleri tanık göstermektir. Yemin teklif eden, iddiasını ispatta aciz kalınca, karşısındakinin iç dinamiklerini kullanma yolunu seçer. Şu hâlde yemini ifade eden sözler, o dinamikleri son kertesine kadar harekete geçirecek nitelikte olmalıdır. O bakımdan iki tarafın da inançları yemin konusunda önem taşır ve her kişi için değişir. Yemin teklif olunan, inandığı kutsal şeyleri şahit gösterdiğine göre; yemin, yemin edenin inançlarına uygun olarak yerine getirilmeli ve yemin teklif eden de onun bu etki altında doğruyu söyleyeceği inancına ulaşmalıdır. Kavrama, her kesim tarafından yüklenen anlama uygun müşterek bir anlam yüklemek ve o çerçevede düzenleme yapmak, ilmî faaliyetlerin bir gereğidir. Onun içindir ki yemin fıkrasının, her kesim tarafından doğru bir şekilde ve kendi inancına uygun algılanmasını temin babında, gereken açıklık ve elastikiyeti taşımasına gayret edilmiştir. Bu kurumun sosyal gerçeklere uygun olduğu, hem davacıyı, hem de davalıyı vicdanen tatmin eden bir yönünün bulunduğu da söylenebilir. Yeminin biçimi, bütün inanç ve değerler yelpazesini kapsar biçimde ‘kutsal saydığınız bütün inanç ve değerleriniz’ sözleri eklenerek açık bir anlatım biçimi yeğlenmiştir.”

Yemin eda edilirken tarafın yalan yere yemin etmemesi için yemin formülünde yer alan ifadenin, tarafın değer dünyasında etkili olması önemlidir. Kişilerin değer dünyası herkes için farklı olabilir. Yemin

• Ondokuz Mayıs Üniversitesi A.F.B. Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı (volkan.ozcelik@omu.edu.tr).

<sup>1</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>2</sup> Ejder Yılmaz, Ejder, (Medenî Yargılama Hukukunda) Yemin, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 25.

<sup>3</sup> RG. 02, 03,04.07.1927, S. 622, 623, 624.



formülünde her kesim için ortak nitelikte kavramlara yer verilmesi ve gereken esnekliğin sağlanması amaçlanmıştır.

## I. Yeminin Etkisini Güçlendirmek Bakımından Yemin Formülü

Yemin müessesesini kabul eden usûl kanunları yeminin formülünü belirlerken, genellikle “Allah”, “namus”, “peygamber”, “çocuk”, “eş”, “kutsal şeyler”, “vatan”, “bayrak” gibi kavramlara başvurabilmektedirler. Bunun maksadı yemin ifadesini güçlendirmektir<sup>4</sup>.

Yemin formülünde kullanılacak terimler vasıtasıyla, yargılamada yemin edecek taraf etki altında bırakılabilir ve bu sayede tarafın yalan yere yemin etmesi engellenebilir. Ancak bu durumda kullanılacak terim veya terimlerin ne olması gerektiği düşündürücüdür. Zira kişinin değer dünyasında nelerin önemli olduğunu önceden bilmek mümkün olmayabilir. Din, genellikle insanlar üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilmektedir. Bu nedenle dini terminolojinin yemin formülünde kullanılması düşünülebilir. Nitekim yemin formülünde Hristiyan toplumlarında Tanrı ve kutsal kitap İncil, Musevi toplumlarında Tanrı ve kutsal kitap Tevrat ve Müslüman toplumlarında Allah kavramı yer alabilmektedir<sup>5</sup>. Fakat görülmektedir ki, sadece semavi din olarak adlandırılan dinler ele alındığında bile birden fazla kavram ortaya çıkmaktadır. Semavi olmayan dinler ve herhangi bir dini inanca sahip olmayan kişiler düşünüldüğünde, yemin formülünde belli bir dini terminolojinin kullanılması yeminin etkisini her zaman için arttırmaktan uzak kalacaktır.

O halde medeni usûl hukukunda yemin deliline yer verilecekse<sup>6</sup>, yemin formülünün oluşturulmasında yapılması gereken her insan için değer taşıyabilen daha genel kavramlara yer vermektir. Bununla birlikte “her insan için değer taşıyabilen kavramlar” önermesine de karşı çıkılabilir. Nitekim bu önerme, belirlenen kavramlara değer vermeyen kişilerin bulunması halinde geçerliliğini kaybedebilir. Bu durumda yemin formülünde kapsayıcı ifadeler yer verilerek, yemin edecek kişinin değer dünyasına atıf yapılması uygun olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki yemin formülünde yer alan “namus” ve “şeref” kavramları her insanın değer dünyasında önem taşıyabilen kavramlar olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte yine de “kutsal sayılan bütün inanç ve değerler” şeklinde kapsayıcı bir ifadeye yer verilmesi isabetlidir. Böylece açıkça “namus” ve “şeref” değerlerinin zikredilmesinin yanında yemin edecek tarafın duygu, düşünce ve inanç dünyasındaki diğer değer yargılarına atıf yapılmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki yemin formülünde dini terminolojiye yer verilmemiş, “namus” ve “şeref” değer yargıları zikredilmiştir. Yemin formülünde yapılan bu değişikliğin, yemin edecek tarafı daha az etki altında bırakacağı, dolayısıyla da yalan yere yeminin daha ziyade ortaya çıkacağı ileri sürülemez. Bir defa namus ve şeref gibi şahsiyete ilişkin kıymetler küçümsenecek nitelikte

<sup>4</sup> Yılmaz, s. 25-26.

<sup>5</sup> Ali Türkmen, “Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi”, International Journal Of Legal Progress, Vol. 1, Nr. 2, 2015, s. 128.

<sup>6</sup> Örneğin yürürlükteki Alman Medeni Usûl Kanunu’nda (Zivilprozessordnung) yemin delili bulunmamaktadır: Yılmaz, s. 30-31; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1733.





değildir. Ayrıca bu değerleri dahi benimseyememiş kişinin din ile ilgisine, dine hürmet ve saygı göstereceğine kuşku ile yaklaşmak gerekir<sup>7</sup>.

Yemin formülündeki “kutsal sayılan bütün inanç ve değerler” şeklindeki genel ifade, kanunda yer almayan kavramlar kullanılmak suretiyle daha somut hale getirilip getirilemeyeceği belirlenmelidir. Mahkeme veya taraflar kanunda düzenlenen yemin formülüne örf ve âdete, yöreye veya belli bir inanca göre ilaveler yapamazlar<sup>8</sup>. Ayrıca yeminin kanundaki formül ile eda edildiği, kanundaki ifadenin tutanakta açık bir şekilde yazılmasıyla belirtilmelidir<sup>9</sup>.

## II. Laik Devlet İlkesi İle Din Ve Vicdan Hürriyeti Bakımından Yemin Formülü

İslâm muhakeme hukukuna göre kendisine yemin teklif edilen taraf ister Müslüman olsun ister olmasın mutlaka “Allah”ın adını zikrederek yemin etmelidir<sup>10</sup>. Bu hukuk sistemine göre, insanın bir başka “yaratılan” üzerine yemin etmesi geçerli kabul edilmez<sup>11</sup>. Anayasa’ya göre Türkiye Devleti’nin şekli cumhuriyettir ve bu cumhuriyetin temel niteliklerinden birisi laiklik ilkesidir (AY m. 1 ve 2). Laiklik ilkesinin varlığı, hukuk sisteminin dinle ilgili kurallar olmaktan çıkarılmasını gerektirir<sup>12</sup>. Ayrıca laiklik ilkesi demokratik devlet için önemli bir unsurdur. Zira laiklik ilkesi demokrasinin, onsuz olmaz ön koşuludur<sup>13</sup>. İslâm muhakeme hukukunun yemin formülündeki şeklinin günümüz modern hukuk sisteminde uygulanması laik ve demokratik devlet yapısına uygun düşmez. Zira laik bir devlet düzeninde yargı erkini yerine getirecek olan mekanizmaların kuruluş, görev ve işleyiş itibarıyla teşkilinde, hak arayanlar arasında dini bir ayırım yapılması düşünülemez. Aksine bir anlayış, yargı erkine ilişkin hukuki düzenlemelerin dinsel kurallara dayandırılması anlamına geleceğinden, bu durumun laiklik ilkesi karşısında kabulü mümkün değildir<sup>14</sup>. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda benimsenen yemin formülü laik devlet ilkesi ve demokratik devlet yapısına daha uygundur.

Herkes vicdani, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir (AY m. 24/1). Bunun bir gereği olarak hiç kimse dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz (AY m. 24/3)<sup>15</sup>. 1086 sayılı Kanundaki yemin formülünün kişilerin dini inançlarını açıklamak zorunda bırakılmayacağı kuralı bakımından değerlendirilmesi önemlidir. Yapacağımız değerlendirmeye Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararı ışık

<sup>7</sup> Sabri Şakir Ansay, “Mahkemelerimizde Yemin”, AÜHFD, C. 11, S. 3, 1954, s. 117.

<sup>8</sup> Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014; Yılmaz, s. 171; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1883; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 867-868.

<sup>9</sup> 3. HD, 09.01.2012(3?), E. 15149, K. 21087 (Umar, s. 753): “HMK m. 233’de yeminin ne şekilde eda edileceği belirtilmiştir. Ne var ki somut olayda, bu şekle riayet edilmemiş, ...’Yemin metni okundu. Davacı yemin metninde belirtilen hususlarda yemin ediyorum dedi’ şeklinde yemin icra ettirilmiştir. Bu yemin esas alınmak suretiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davalıya teklif edilen yeminin, HMK m. 233 gereğince usûlen eda ettirilmesinden sonra, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken... yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”

<sup>10</sup> Fahrettin Atar, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 251.

<sup>11</sup> Türkmen, s. 112-113.

<sup>12</sup> Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 118.

<sup>13</sup> Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 95.

<sup>14</sup> Tanrıver, s. 82.

<sup>15</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 170.

tutmaktadır. 1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun<sup>16</sup> 61. maddesine göre tanıklık yapacak kişiye sorulacak sorular arasında “dininin” ne olduğu da yer almaktaydı. Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile hükümdeki bu ibarenin anayasanın din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. maddesine aykırı bulmuştu. İptal hükmünün gerekçelerinden birisi ise, kişiye din bilgisinin sorulması kişinin isteği dışında inancını açıklama sonucunu doğuracak nitelikte olmasıydı<sup>17</sup>. Nitekim 1412 sayılı kanun yerine gelen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>18</sup> 58. maddesinde tanığa sorulacak sorular arasında “dini” bilgiye yer verilmemiştir. Kanaatimizce 1086 sayılı Kanunda yer alan yemin formülü, kişinin dini inancını açıklamak zorunda bırakılma sonucunu doğuracak nitelikteydi. Öyle ki kişi İslam dinine müntesip biri olmayabilir ve böyle bir durumda “Allah” üzerine yemin etmek istemeyebilir. Bu ise kişinin dini inancını açıklama zorunluluğunu ortaya çıkarabilir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yemin formülü din ve vicdan hürriyeti bakımından daha isabetlidir<sup>19</sup>.

### III. Medeni Usûl Hukukunun Amacı Bakımından Yemin Formülü

Medeni usûl hukukunun amacı hakkında birden fazla görüş ileri sürülmektedir<sup>20</sup>. Bununla birlikte tüm yargılamalarda olduğu gibi medeni usûl hukukunun amacı gerçeğin tespit edilmesidir<sup>21</sup>. Bir vakianın yemin delilinin konusunu oluşturması ve tarafın yemini eda etmesi halinde, çekişmeli vakıa kesin delille ispat edilmiş olur<sup>22</sup>. Başka bir deyişle, yemin eda edilmişse bu doğrultuda işlem yapılır. Bu durumda mahkeme yemini dikkate almadan karar veremez<sup>23</sup>. Yemin delilinin bu işlevi medeni usûl hukukunun amacı bakımından önem taşımaktadır.

Bir dini inancıya göre önemli sayılan kavramların yemin formülünde yer almasının kişiyi yalan beyan ileri sürmekten alıkoyacağı ve bu sayede yargılama sonunda gerçeğin tespitine katkı sağlayacağı düşünülebilir<sup>24</sup>. Ancak bu düşünce bizce bir varsayımdan ibarettir. Kişinin dini inancının ne kadar güçlü olduğu ve bu inancın kişiyi gerçeği söylemeye ne kadar sevk edeceği belirlenebilir değildir. Ayrıca yemin delilinin hiç bulunmadığı hukuk sistemlerinin varlığı, bir davada yemin delili olmasa dahi başka araçlarla gerçeğe ulaşılabildiğini gösterir. Gerçekten mukayeseli hukuk bakımından değerlendirme yapıldığında da yemin delilinin kesin delil olmasına yönelik itirazlar neticesinde kimi hukuk sistemlerinin medeni usûl yasalarından yemini doğrudan doğruya bir delil olmaktan çıkardıkları görülebilir. Ayrıca yemin delili muhafaza edilen bazı sistemlerde de önceleri dinsel karakterli biçimde formüle edilen yemin, zaman içinde laik bakış açısı kazanmış ve hatta yemin formülündeki katılık ortadan kalkmaya başlayarak tarafın “yemin ediyorum” demesi yeterli görülmüştür<sup>25</sup>. Demek oluyor ki,

<sup>16</sup> RG. 20.04.1929, S. 1172.

<sup>17</sup> AYM 02.02.1996, E. 1995/25, K. 1996/5, AYMKD, S. 32, C. 2, Ankara 1997, s. 549 vd.

<sup>18</sup> RG. 17.12.2004, S. 25673.

<sup>19</sup> Karş. Türkmen, s. 129-130.

<sup>20</sup> Tanrıver, s. 125-126; Sema Taşpınar, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 759 vd.

<sup>21</sup> Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 30; Tanrıver, s. 126.

<sup>22</sup> Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1884.

<sup>23</sup> Yılmaz, s. 191; M. Kamil Yıldırım, “Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi”, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 110.

<sup>24</sup> Türkmen, s. 129-130.

<sup>25</sup> Yılmaz, s. 37.



tarafın gerçeği ifade etmesinin yegâne yolu yemin formülünde dini inanca uygun terminolojinin bulunması değildir.

### **Sonuç**

Medeni usûl hukukunda yemin formülü tarafı gerçeği söylemeye yöneltmesi bakımından önem taşır. Kullanılacak yemin formülü ise tüm inanç ve değerleri kapsamalıdır. Zira herkes için inanç ve değerler farklılık gösterebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yemin formülünde bazı değer yargılarına atf yapılması tercih edilmiş; ancak bu yapılırken 1086 sayılı Kanun'una göre daha genel nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Yapılan bu tasarruf herkesin değer yargılarına hitap edilmesi yönüyle kişilerin iç dinamiklerini harekete geçirecek türdendir. Böylece yargılama sonunda yemin vasıtasıyla daha ziyade gerçeğe ulaşmak mümkün olabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yemin formülü düzenlenirken, “namus”, “şeref” ve “kutsal sayılan bütün inanç ve değerler” deyimlerine yer verilmiştir. Bu değer yargılarının kullanılması yeminin etkisini güçlendirebilir niteliktedir. Bununla birlikte gerek mahkeme gerekse yemini eda eden taraf yemin formülüne ilaveler yapamaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yemin formülünü düzenlerken belli bir dini inanç ekseninde hareket etmemiştir. Bu durum laiklik ilkesi ile din ve vicdan hürriyeti bakımından isabetlidir. Ayrıca bu tasarruf, sadece belli bir inanca sahip olan kişileri değil de herkesi dikkate alması bakımından daha yerindedir.

### **Kaynakça**

Ansay, Sabri Şakir, “Mahkemelerimizde Yemin”, AÜHF, C. 11, S. 3, 1954, s. 115-118.

Atar, Fahrettin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2017.

Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Pekcanıtez, Hakan, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Pekcanıtez Usûl).

Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

Taşpınar, Sema, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 759-787.

Türkmen, Ali, “Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi”, International Journal Of Legal Progress, Vol. 1, Nr. 2, 2015, s. 107-132.

Yıldırım, M. Kamil, “Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi”, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 107-128.

## **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**

**ALANYA**



Yılmaz, Ejder, (Medenî Yargılama Hukukunda) Yemin, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.



## VEKİLİN ÖZEN BORCUNA GENEL BİR BAKIŞ

**Gülsüm Günbala GÜVEN**

**Gaziantep Üniversitesi Oğuzeli Meslek Yüksekokulu**

**Ayşe Dürüye BAHAR**

**Gaziantep Üniversitesi Oğuzeli Meslek Yüksekokulu**

### Öz

Vekâlet sözleşmesi, vekâlet veren ile vekil arasında güven temeline dayanan bir sözleşmedir. Vekâlette söz konusu olan güven unsuru, vekilin sahip olduğu özelliklere, bilgi birikimi, mesleki yeteneklerine, başarılı ve çalışkan olması gibi niteliklerine bağlıdır. Vekâlet veren de bu niteliklere sahip olduğuna inanılan vekilden faaliyetlerinde özenli ve dikkatli davranmasını beklemektedir. Özellikle uzmanlık gerektiren mesleklerde bu durum daha net görülmektedir.

Kanun koyucu vekâlet ilişkisinde büyük bir öneme sahip olan özen borcunu, vekilin sözleşme ile yüklendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmek zorunda olduğu, özen borcuna aykırılık halinde ise vekilin sorumluluğunun benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin davranışına göre belirleyeceği şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Çalışmada, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde vekilin özen borcu ve hukuki niteliği ile bu borç kapsamındaki sorumluluğa yer verilmiştir. Devamında ise vekilin vekâlet ilişkisi içerisinde özen borcuna aykırı davranması halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve vekâlet verenin sahip olduğu haklar incelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** vekâlet ilişkisi, vekilin borçları, özen borcu, sadakat yükümü.

## AN OVERVIEW OF THE ATTORNEY'S DUTY OF DILIGENCE

### Abstract

A attorney agreement is a contract based on trust between the client and the attorney. The confidence component in this relation depends on the characteristics of the attorney, such as knowledge, experience, professional skills, and being successful and hardworking. The client expects the attorney to be attentive and careful in his / her activities. This is especially evident in professions that require specialization.

**4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**

**ALANYA**



The attorney must observe the rightful interests of the client when conducting his business and must obey his obligation with loyalty and diligence. When the attorney is fulfilling his responsibilities, he must act as a prudent proxy who undertakes work and services in the same area.

In the study, the duty of diligence and the legal nature of the attorney in the contract are examined. In the following it is mentioned the rights that the client has in case of contradiction to the duty of diligence

**Keywords:** relationship of proxy, debts of deputy, paying attention, obligation of loyalty.

## Giriş

Vekâlet sözleşmesi, vekâlet veren ile vekil arasında güven temeline dayanan bir sözleşmedir. Vekâlette söz konusu olan güven unsuru, vekilin sahip olduğu özelliklere, bilgi birikimi, mesleki yeteneklerine, başarılı ve çalışkan olması gibi niteliklerine bağlıdır. Vekâlet veren de bu niteliklere sahip olduğuna inanılan vekilden faaliyetlerinde özenli ve dikkatli davranmasını beklemektedir. Özellikle uzmanlık gerektiren mesleklerde bu durum daha net görülmektedir. Çünkü bu tür vekâlet sözleşmelerinde yaşanan özen borcuna aykırılık aslında vekâletin “gereği gibi” edilmediğinin bir göstergesidir.

Kanun koyucu vekâlet ilişkisinde büyük bir öneme sahip olan özen borcunu, vekilin sözleşme ile yüklendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmek zorunda olduğu, özen borcuna aykırılık halinde ise vekilin sorumluluğunun benzer alanda iş ve hizmet üstlenen basiretli bir vekilin davranışına göre belirleyeceği şekilde bir düzenleme getirmiştir.

Çalışmada, öncelikle vekâlet sözleşmesi, vekil ve özen kavramları genel olarak açıklanmaktadır. Daha sonra özen borcu ve hukuki niteliği ile vekilin özen borcu kapsamındaki sorumluluğuna yer verilmiştir. Son olarak ise vekilin vekâlet ilişkisi içerisinde özen borcuna aykırı davranması halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve vekâlet verenin sahip olduğu haklar incelenmeye çalışılmıştır.

## I. Vekâlet Sözleşmesi, Vekil, Özen Kavramları

### A. Vekâlet Sözleşmesi Kavramı

Vekâlet sözleşmesi TBK m. 502-514 arasında düzenlenmiş olup “vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım kapsamında vekil, kendisine vekâlet verenin yararına ve iradesine uygun olarak verilen bir işi veya işlemi yapmayı yüklenmektedir<sup>1</sup>.

Doktrinde kabul edilen görüşe göre, vekâlet sözleşmesi kapsamında vekil, vekâlet verenin irade ve menfaatine uygun sonuca zaman sınırı olmadan yönelmektedir. Vekil bu sonuca ulaşabilmek için nispeten bağımsız bir çalışma yürütmektedir. Ancak ulaşılmak istenen bu sonucun elde edilememesi riski de vekâlet verende bulunmaktadır. İşte bu özellikler vekâlet sözleşmesini diğer iş görme

<sup>1</sup> Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 4, Ankara 2017, s. 705; Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 13, İstanbul 2014, s. 631-632; Başpınar, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B.2, Ankara 2004, s. 67.





sözleşmelerinden ayırmaktadır. Zira sonuca ulaşılamama riski vekilin üzerinde bulunmamakta ve vekil bir süreye bağlı olmadan çalışmalarını nispeten bağımsız yürütmektedir.<sup>2</sup>

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan vekâlet sözleşmeleri kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz iş görme sözleşmelerine de uygulanmaktadırlar. Hukuk danışmanlığı ve hekimlik yanında bankaların eksper işlemleri ile özel ders verenlerin, taşımacılık yapanların işlemleri de vekâlet sözleşmesi altında bulunmaktadır<sup>3</sup>.

## **B.Vekil Kavramı**

Vekâlet sözleşmesinin taraflarından biri olan vekil, sözleşme gereğince kendisine vekâlet veren kişi namına iş/işlem yapmakla, işin idaresini üstlenmekle veya hizmeti ifa etmekle yetkilendirilen kişidir. Bu kapsamda avukat, banka personeli, hekim gibi kimseler vekil olarak karşımıza çıkmaktadırlar<sup>4</sup>.

## **C.Özen Kavramı**

Günlük hayatta birden farklı tabirle karşımıza çıkan özen kavramı “dikkat, ihtimam, bir işi yaparken fazla dikkat etme, bir hizmetin ifasında fazla titizlik gösterilmesi, itina” gibi kullanımlarla da ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Kanuni bir tanıma sahip olmayan özen kavramı aslında eski Borçlar Kanununda farklı tabirlerle yer almaktaydı. Örneğin “dikkat, itina ve ihtimam” kelimeleri özen kavramını karşılarken TBK da “gerekli özen” kavramı kullanılarak teklik ilkesi sağlanmıştır.

Özen kavramı kaynağında vekilin vaat ettiği iş veya işlemi, üstün bir çaba sarf ederek sonuçlandırmasını barındırır. Özen, hangi alanda kullanılırsa kullanılsın normalden fazla bir dikkat ve itinayı ifade etmektedir<sup>6</sup>.

## **II. Vekilin Özen Borcu**

### **A.Kavram**

Niteliği itibariyle tali bir borç olan özen borcu, iş görme borcunu tamamlayan bir özelliğe sahiptir. Zira kanundan veya sözleşme ilişkisinden doğan asli yükümlülüğün ifa edilebilmesi için vekilin her türlü iradeyi kullanması gerekmektedir. Çünkü özen borcu, vekilin taahhüt ettiği iş ve işlemi sonuçlandırmak için normalden fazla bir çaba sarf etmesi, itina göstermesi gibi subjektif unsurların yanında kişinin fikri, fiziki ve mesleki imkanlarını da kapsamaktadır<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Baspınar, s. 69; Yavuz, s. 522; Akipek, Şebnem; Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 31.

<sup>3</sup> Eren, s. 706.

<sup>4</sup> Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, B. 9, Ankara 2005, s. 1303; Baspınar, s. 94.

<sup>5</sup> Yılmaz, s. 964.

<sup>6</sup> Başoğlu, s. 123-124.

<sup>7</sup> Makas, Recep; Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVI, Y. 2012, S. 4, s. 151.



TBK m. 506/2 vekâlet sözleşmelerinde şahsen ifa, sadakat ve özen borcunu “Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” şeklinde düzenleyerek, özen borcu kapsamında vekâlet verenin haklı menfaatinin ön planda olduğunu, vekile kanun veya sözleşme ile yüklenen bir iş/işlemin ifasını yerine getirmek için itinalı davranmaması halinde özen göstermemekten dolayı sorumlu olacağını ifade etmektedir.

TBK’ da özen borcuna yönelik diğer düzenlemeler çerçevesinde ise; kusursuz sorumluluk kapsamında özen sorumluluğundan (m. 66 vd.), kira borçlarında kiracının, kiralananana göstermekle yükümlü olduğu özen borcundan (m. 372,377), hizmet sözleşmeleri kapsamında işçinin özen ve sadakat borcundan (m. 396), eser sözleşmelerinde yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğundan (m. 471), komisyon sözleşmelerinde özen borcundan (m. 534), kefalet sözleşmelerinde özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi yükümlülüğünden (m. 592), adi ortaklık sözleşmelerinde her ortağın göstermekle yükümlü olduğu özen borcundan (m. 628) bahsedilmektedir.

Yargıtay bir kararında<sup>8</sup> “... Noterliği'nce düzenlenen 13.06.2011 tarih 1217 yevmiye numaralı vekâletname ile vekâlet ilişkisi kurulduğu anlaşılmaktadır. Vekil, vekil eden adına hareket ettiğinden talimata uygun, şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme borcu altında olduğu gibi 818 Sayılı BK' nın 392 ve 6098 Sayılı TBK' nın 508. maddesi hükümlerine göre vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür...” şeklinde eser sözleşmesi kapsamında açılan bir davada vekilin özen gösterme borcuna yer vermiştir.

### **B.Vekilin Sorumluluğunda Özenin Rolü**

Sorumluluk hukukunda ciddi öneme sahip olan özen, kanunda öngörülen objektif özen ve gözetim ödevinin ihlali esasına dayanmaktadır. Zira vekil, işin taahhüt ettiği sonuca ulaşamamasından değil, bu süreçte üzerine düşen yükümlülüğü özenle yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulacaktır.

Vekâlette söz konusu olan güven unsuru, vekilin sahip olduğu özelliklere, bilgi birikimi, mesleki yeteneklerine, başarılı ve çalışkan olması gibi niteliklerine bağlıdır. Bu niteliklere sahip olduğuna inanılan vekilden de vekâlet veren, faaliyetlerinde özenli ve dikkatli davranmasını beklemektedir. Özellikle uzmanlık gerektiren mesleklerde bu durum daha net görülmektedir. Çünkü bu tür vekâlet sözleşmelerinde yaşanan özen borcuna aykırılık aslında vekâletin “gereği gibi” edilmediğinin bir göstergesidir. Vekâlet veren tarafından başarıya ulaşması beklenen iş/işlemin, vekil tarafından

<sup>8</sup> Yargıtay 15. HD. E. 2016/1523, K. 2017/3591, T. 24.10.2017 ( [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) erişim tarihi 16.12.2017)



başarısızlığa uğramasını önleyecek hareketlerde bulunulması veya başarısızlığı engellemek için belli davranışlardan kaçınılması da yine bu kapsamda vekilin sorumluluğunda bulunmaktadır<sup>9</sup>.

Vekâlet ilişkisi güven unsuru temeline dayandığı için vekilin özen borcunun kapsamı, diğer iş görme sözleşmelerine göre daha geniştir. Bu sebeple vekilin özen borcu, sözleşme görüşmeleri aşamasında başlar ve işin niteliğine göre de ya tamamlanır ya da iş görme bitmiş olsa dahi devam eder. Sözleşme görüşmeleri aşamasında vekilin özen borcunun başlamış olması culpa in contrahendo sorumluluğunu gün yüzüne çıkarmaktadır. Bu sorumluluğun doğması için doktrinde “özel özen yükümleri” adı verilen ve vekilin sözleşme görüşmelerine başlamasıyla taraflar arasında doğan bazı yükümlerin ihlal edilmesi ve vekilin kusurlu olması gerekmektedir<sup>10</sup>.

### C. Vekilin Özen Borcunun Hukuki Niteliği

Vekilin özen borcunun hukuki niteliği hakkındaki doktrinde yer alan görüşler, BK ve TBK kapsamında farklılıklar arz etmektedir. Çünkü BK da düzenlenen özen borcu geniş kapsamlı kalmakta ve net bir ifadeye işaret etmemekteydi. Bu da farklı gerekçelerle farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuştur. Ancak TBK ile açıklığa kavuşturulan hüküm ile kanun koyucu bir nevi iradesini açıklamış, özen borcunu objektifletmiş ve önceki görüşlerin birçoğunun da anlamını kaybetmesini sağlamıştır. TBK ile birlikte doktrinde ağırlıklı görüş vekilin özen borcunun sadakat borcu ile birlikte aynı hukuki niteliğe sahip olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>11</sup>.

Borç ilişkisinin unsurlarından borcun konusunu oluşturan edim, borçlu ile alacaklı arasında karşılıklı yükümlülüklerin yerine getirilmesini isteme yetkisini içeren bir davranış biçimidir. Vekâlet sözleşmesi kapsamında vekilin yerine getireceği edimin belirli veya belirlenebilir olması, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması, objektif olarak imkânsız bulunmaması gerekmektedir. İşte bu niteliklere haiz olan edim, vekilin yüklediği iş/işlemi sonuca ulaştırırken yüksek bir çaba ve itina göstermesi kapsamında yapma edimi olduğu için olumlu bir edim olma niteliği taşımaktadır. Bunun yanında ise başarıya ulaşmayı engelleyecek faaliyetlerden kaçınması olumsuz edim olarak da değerlendirilmektedir<sup>12</sup>.

Yargıtay 1996 tarihli bir davaya ilişkin kararında<sup>13</sup> “Vekâlet sözleşmesi vekil ile vekil edenin karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu da bu güven unsurundan doğar. 818 sayılı Borçlar Kanununun 390/2. maddesinde de belirtildiği üzere vekil müvekkiline karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir. Vekil, vekâlet edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin nasıl yerine getirileceği yönünden sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Malik tarafından, bir taşınmaz satışında vekilin dilediği bedelle, dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması ona dürüstlük kurallarını, sadakat

<sup>9</sup> Yavuz, s. 657.

<sup>10</sup> Başpınar, s. 142; Aslan, Bayram; Vekilin Özen Borcu, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2014, s. 11; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 129.

<sup>11</sup> Aslan, s. 10-11.

<sup>12</sup> İspartalı, Murat; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.1, İstanbul 2013, s. 26-27; Aslan, s. 5.

<sup>13</sup> Yargıtay 14. HD. E. 2014/10005, K. 2014/11701, T. 24.10.2014 ( [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) erişim tarihi 16.12.2017)



ve özen borcunu göz ardı ederek başkasına satış yapma hakkı bahşetmez. Kendi çıkarımı gözeten, vekil edenin yararı ile bağdaşmayan bir davranış içerisinde bulunan vekil 818 sayılı Borçlar Kanununun 390/1. maddesine göre sorumludur.” şeklinde bir sonuca varmıştır.

Borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşıyıp taşınamaması kapsamında vekilin özen borcu şahsi edim kabul edilmektedir. Şahsi edimleri içeren sözleşmelerde taraflar arasındaki güven unsuru önem taşımaktadır. Güven unsurunun yoğun bir şekilde görüldüğü vekâlet sözleşmeleri aynı zamanda vekilin eğitimi ile uzmanlık alanını, bedeni ve fikri gücünü bünyesinde barındırdığı için maddi nitelik taşıyan edimlerden ziyade şahsi nitelik taşıyan edim kapsamında değerlendirilmektedir<sup>14</sup>.

Vekilin özen borcunun asli edim mi yan edim mi yoksa yan yüküm mü olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Sözleşmeden doğan yükümler edim yükümleri ve yan yükümlerdir. Edim yükümlerini de asli edim ve yan edim yükümleri olarak inceleyebiliriz.

Edim yükümlerinden olan asli edim yükümleri sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturan ve sözleşmenin de türünü belirleyen edimlerdir. Örneğin satım sözleşmesinde asli edim yükümü, malın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi ile bedelin ödenmesidir. Asli edim yükümü yanında sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmayan, sözleşme serbestisi kapsamında hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla sözleşmenin temelini oluşturan edimler yanında tarafların sözleşme kapsamında bazı yan edim yükümleri kararlaştırması da mümkündür. Sözleşmenin asli edimine bağlı olsalar dahi içerik ve amaç anlamında bağımsız nitelik taşırlar. Bu çerçevede asli edimden ayrı olarak talep edilebilirler.

Sözleşmeden doğan bir diğer yüküm olan yan yükümler ise TMK m. 2 kaynağından beslenen objektif iyi niyet ilkesi kapsamında değerlendirilen ve doktrinde özen gösterme yükümleri olarak kabul edilen, yan edim yükümleri gibi ayrı dava ve talebe konu olamayan yükümlerdir. Yan yükümlere aykırılık halinde ortaya çıkan zararın tazmini talep edilebilir. Asli edimin ifasına yardımcı olan, alacaklının ifa menfaatini koruyan ifaya yardımcı yan yükümler ve alacaklının ifa sebebiyle zarara uğramasını engelleyecek koruyucu yan yükümler bulunmaktadır<sup>15</sup>.

Edim yükümü kapsamında vekilin özen borcunun yan edim mi yoksa yan yüküm mü olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Özen yükümünün yan yüküm olduğunu savunan görüşler mevcuttur<sup>16</sup>. Kanun koyucunun, özen borcunu yan yüküm niteliğinde olan sadakat borcuyla birlikte düzenlemiş olması, vekâletin özenle görülmesinin de aynı mahiyette kabul ettiğini göstermektedir<sup>17</sup>.

#### **D.Özen Borcuna Aykırılığın Ölçüsü**

<sup>14</sup> Ispartalı, s. 27.

<sup>15</sup> Aslan, s. 8-10.

<sup>16</sup> Eren, s. 731; Başpınar, s. 151.

<sup>17</sup> Felmann, Art. 394 N. 254, s.146; Wiegand, Dienstleistungen, s.136; Hofstetter, s.122; BGE 119 II 336; BGE 89 II 126 (Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 154, dn. 845'ten naklen); Tok/Gün Tok, s. 31.



TBK m. 506/3 vekilin özen borcuna aykırı davranmasının ölçüsünü de hüküm altına almıştır. “... Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” şeklindeki düzenleme ile vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun ölçüsü belirlenmiş olmaktadır. Bu kapsamda vekilin özen borcu, TBK m. 506/3, TTK m.18/2’ de tacir için öngörülen “basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” yükümlülüğü ile de örtüşmektedir.

Kanunun özen borcunu düzenlediği hüküm göz önüne alındığında, kanun koyucunun vekilin özen borcunu objektif kriterlere bağladığı tespit edilmektedir. Her somut olaya göre vekilin göstereceği özen farklılık arz edecektir. Görülecek işin niteliği ve vekâletin türü değişebileceği gibi vekil üstlendiği işi sonuca ulaştırabilecek yetkinlik, olgunluk, mesleki bilgi ve deneyime de sahip olmalıdır. Vekil yüklendiği işi yerine getirirken basiretli ve özenli bir vekil gibi davranma borcu altındadır<sup>18</sup>.

Vekâlet verenin, vekile yüklediği işin istenen sonuca ulaşmadığını kanıtlaması vekili sorumluluk altına sokmaya yeterli değildir. Vekilin başarısızlığa uğrayan iş/işlemin faaliyeti sürecinde basiretli bir vekil gibi davranmadığını, sahip olduğu tecrübe ve mesleki donanımını yeteri derecede kullanmadığını, sonucu başarılı yapmaya yetecek dikkat, ihtimam ve özeni göstermediğini ispat etmek durumundadır. Eğer vekil kusursuz olduğunu ispatlayamazsa, vekâlet veren bunları ispat ettiği takdirde vekili sorumlu tutulabilecektir. Vekilin kusurunun bulunmaması için yüklendiği edimi ifa ederken sonucun başarılı olabilmesi için gerekli tüm tedbirleri alıp dikkatli davranması ve olumsuz sonucu engellemek için de aksi olabilecek her türlü eylemden sakınması gerekmektedir<sup>19</sup>.

#### **E. Vekilin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sorumlulukları**

Vekilin özen borcuna aykırı davranması neticesinde sözleşmeye dayanan akdi sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluğu, dürüstlük kuralından doğan sorumluluğu ve iş sahibi dışındakilere karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Sözleşmeye dayanan (akdi) sorumluluğundan bahsedebilmek için, vekilin üstlendiği işi bir başkasına gördürmesi, yetkisini aşması, yetkisini kötüye kullanması, yetkisinin bulunmaması gibi haller sonucunda ortaya bir zarar çıkmalı ve kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır<sup>20</sup>.

Bu çerçevede vekil, sözleşme ile üstlendiği edimi ifa ederken özen borcuna aykırı davranırsa sözleşmeye aykırı hareket etmiş olmaktadır. Sözleşmeyi ihlalden bir zarar doğarsa da bu zararın tazmin yükümü vekilin üzerinde olmaktadır. Bu kapsamda tazmin borcunun muacceliyet anı, zararın da doğduğu an olmaktadır. Bu sebeple tazmin hukuku bakımından zararın doğduğu an önem arz etmektedir.

Vekil sözleşme ile yüklendiği edimi ifa ederken işi bir başkasına gördürmek suretiyle hukuka aykırı ve zarar doğuran bir tavırdaki bulunursa haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Sözleşme dışı olan bu sorumluluğun kaynağı kanun olup vekâlet verenin mal ve şahıs varlığı değerlerini korumaya yönelik davranışların aykırılığı halinde ortaya çıkmaktadır.

<sup>18</sup> Eren, s. 731.

<sup>19</sup> Başpınar, s. 141; Yavuz, s. 657.

<sup>20</sup> Başpınar, s. 194-239.



Vekilin özen borcuna aykırılığı TMK m. 2 de düzenlenen dürüstlük kurallarına da aykırılığı kapsadığından ve vekâlet verenin menfaatlerini korumada gerekli özeni göstermediğinden vekil üçüncü kişilere karşı da sorumlu tutulabilmektedir. Dürüstlük kuralı kapsamında vekil herkese karşı belirli bir davranış yükümü altına girmektedir. Bu yüküme aykırı davranış neticesinde ortaya bir zarar çıkarsa, vekil bu zararı tazmin etmek durumundadır.

Son olarak vekil, vekâlet sözleşmesi ile yüklenildiği iş/işlemi yerine getirirken sadece vekâlet veren ile muhatap olmamaktadır. Üstlenilen edimin ifa edilmesi sürecinde farklı kişilerle de temas halinde bulunulabilmektedir. Bu durum aslında bir risk teşkil etmektedir. Zira söz konusu edim ifa edilirken zaruri olarak ilişki içine girilen kişiler de herhangi bir sebepten ötürü zarara maruz kalabilirler. İşte ortaya çıkacak bu zararın ve mağduriyetin vekil tarafından giderilmesi gerekmektedir<sup>21</sup>.

### III. Vekilin Özen Borcuna Aykırı Davranışının Sonuçları

İş görme borcu olan vekâlet sözleşmesinin sona erme şekillerinden bir tanesi istenilen sonuca başarı ile ulaşılmasıdır. Taahhüt edilen sonuca ulaşılmış olması, ifa aşamasında vekilin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin araştırılmasına gerek olmadan yeterli bulunmaktadır. Vekilin özen borcunu yerine getirip getirmediğinin tespiti için ayrı bir inceleme yapılmamaktadır. Bu da gösteriyor ki başarılı sonuç özen eksikliğini ortadan kaldırmaktadır<sup>22</sup>.

Bunun yanında özen borcu ifa aşamasında gereği gibi yerine getirilmiş olsa dahi taahhüt edilen sonuca başarılı bir şekilde ulaşılamamış olabilir. Böyle bir durumda vekâletin gereği gibi ifa edildiğinden bahsedilmektedir. Eğer vekil gerekli özeni göstermemiş ise iş görme borcu tazminat borcuna dönüşmektedir<sup>23</sup>. Çünkü vekâlet sözleşmesi ile vekil istenilen sonucu garanti etmekte ancak istenilen sonuca başarı ile ulaşılamamakta, ifa başarılı bir şekilde gerçekleştirilememektedir.

Özen borcu sözleşme kapsamında yükümlülük altına girilen bir borç olduğu için taahhüt edilen iş/işlem istenilen sonuca ulaşmadığı takdirde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği sonucu çıkmaktadır. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçları BK m. 112 vd. da düzenlenen borçların ifa edilmemesinin sonuçları kapsamında hüküm altına alınmıştır. Borcun ifa edilmemesi, borçlunun edimini ifa etmemesi (BK m. 117 vd.); gereği gibi ifa etmemesi ise kötü ifa etmesi anlamını taşımaktadır. Borcun gereği gibi ifa edilememesi, borcun ifası aşamasında kanundan, sözleşmeden veya iyi niyet kurallarından doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu tanım ışığında, vekâlet sözleşmesiyle vekilin, taahhüt altına girdiği özen borcuna aykırı davranışı da gereği gibi ifa edilmemesi karşılamaktadır<sup>24</sup>.

#### A.Aynen İfa

<sup>21</sup> Başpınar, s. 193.

<sup>22</sup> Yavuz, s. 673-674; Başpınar, s. 245-246.

<sup>23</sup> Kayıhan Şaban/Ünlütepe. Mustafa; Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, İstanbul 2014, s. 715.

<sup>24</sup> Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 21, İstanbul 2010, s. 338.





Vekâlet sözleşmesi güven temeline dayanan bir sözleşme olduğu için sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunda mevcut güvenin sarsılmış olduğu kabul edilmektedir. Taraflar arasında yaşanan bu güven kaybı, borcun sonradan ifa edilebilme ihtimalini de ortadan kaldırmaktadır. Vekâlet verenin de tam ve doğru ifanın gerçekleştirilmesi talebi de bu anlamda engellenebilmektedir. Örneğin, vekâlet verilen işe zamanında başlanmamış olması ile ortaya çıkan gereği gibi ifa edilememe neticesi, vekile aynen ifa mükellefiyeti yüklememektedir. Çünkü böyle bir durumda vekâlet sözleşmesi sona ermiş bulunacağından aynı iş/işlem için aynı vekilden ifa bekleniyorsa yeni bir vekâlet sözleşmesi imzalanmalıdır<sup>25</sup>. Ancak vekâlet veren, tekrar aynı vekil ile çalışmak istiyorsa ve vekilden gereği gibi aynen ifa talep ederse vekâlet konusunun da bu duruma uygun olması gerekmektedir. Örneğin, ameliyat yapılırken özensiz davranarak kullanılan araçların dezenfekte edilmemiş olması halinde aynen ifa beklenemez.

Aynen ifa hususunda doktrinde bir görüş, vekilin özen borcuna aykırı davranması uğranılan başarısızlığın, vekilin yeni ve özenli ifası ile telafi edilebileceği yönündedir. Bu durumda vekâlet sözleşmesinin kötü ifası ile vekilin iş görme borcunun tazminat borcuna dönmeyeceği düşünülmektedir. Ancak bu durum için de bir istisna öngörülmüştür. Eğer özen borcuna aykırı davranıldığı için ortaya çıkan ihlal “ağır bir sözleşme ihlali” ise ve bu özensiz tavır sebebiyle artık vekâlet verenden faaliyetlere devam beklenemeyecek derecede ise sözleşmeye imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, vekilin özen borcuna aykırı davranması ile taahhüt ettiği iş/işlemin başarıya ulaşmaması neticesinde vekâlet verenin uğrayacağı zararı hiçbir şekilde telafi edemeyeceğini ve borcun imkânsızlaştığını kabul etmektedir<sup>26</sup>.

## **B. Tazminat**

Vekâlet veren, vekilden özen borcuna aykırı davranması halinde ortaya çıkan zararı tazmin etmesini talep edebilir. Ancak tazminattan bahsedebilmek için, vekâlet borcunun gereği gibi özenli bir şekilde ifa edilmemiş olmasından ötürü vekâlet verenin bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından bir zarar doğmamışsa vekilin tazminat yükümlülüğünden bahsedemeyiz<sup>27</sup>.

Vekilin özen borcuna aykırılıktan dolayı tazminat sorumluluğu altına girebilmesi için elbette vekâlet verenin maddi veya manevi bir zarara uğraması ve bu zarar ile vekilin özensiz davranışı arasında illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağının varlığı halinde vekilden müspet ve menfi zararın tazmini talep edilebilir.

Vekâlet sözleşmesi ile taahhüt altına girilen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde vekilden talep edilebilecek olan zarar müspet zarar olup, vekil gerekli özeni gösterseydi vekâlet verenin mevcut içinde bulunacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farka göre belirlenmektedir. Vekâlet

<sup>25</sup> Başpınar, s. 250; Reisoğlu, s. 674.

<sup>26</sup> Tok, Ahmet/ Gün Tok, Sabiha; Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2016/5, s. 34-35.

<sup>27</sup> Nomer, Haluk N. ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 13, İstanbul 2013, s. 271; Tok/Gün Tok, s. 36.



sözleşmesi yapılmıyaydı, vekâlet verenin uğramayacağı zararlar da menfi zarar olarak kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

Vekâlet verenin talep edebileceği tazminat türü maddi veya manevi olabilir. Bu halde ortaya çıkan zararın maddi veya manevi olduğuna bakılmalıdır. Vekilin özen borcuna aykırı davranması sebebiyle, vekâlet verenin malvarlığında bir azalma gerçekleştiyse maddi zarardan; vekâlet verenin kişilik hakları zedelendiyse manevi zarardan bahsedilir.

TBK m. 112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” hükmü ile vekilin kusursuz olduğunu ispat etmesi halinde tazminat sorumluluğundan kurtulacağı anlaşılmaktadır. TBK m. 114/1 hükmü de “Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.” şeklinde düzenlenerek borçlunun her kusurdan yani kastından, ağır veya hafif ihmalden sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Bu durumda kusurun şiddeti sorumluluğu değil tazminat miktarını etkilemektedir. Uygulamada vekilin özen borcuna aykırılığı çoğunlukla ihmal şeklinde meydana gelmektedir. Kasten bir vekilin yüklendiği iş/işlemi özensiz davranarak başarısızlığa uğratması beklenmemektedir. Ancak bir hekimin daha fazla ücret kazanmak için bilerek ve isteyerek tedavi süresini uzatması veya gerekmediği halde ameliyat yapması söz konusu olabilir<sup>29</sup>.

Kusurun ağırlık derecesi çerçevesinde TBK m. 115 “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” şeklinde bir düzenleme yaparak her vekâlet sözleşmesi için kast, hafif ve ağır ihmal halinde vekilin sorumluluğunun kısmen veya tamamen kaldırılmasını önlemek istemiştir<sup>30</sup>.

## Sonuç

İş görme borcu doğuran ve güven temeline inşa edilen vekâlet sözleşmesi TBK m. 502 vd. da düzenlenmiş olup doktrinde de, vekilin, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak yüklendiği iş/işlemi sadakat ve özen borcu kapsamında sonuca ulaştırmayı içermesi şeklinde kabul edilmektedir. Bu kapsamda vekil herhangi bir zaman sınırlaması olmadan nispeten bağımsız bir şekilde çalışmaktadır. Elbette bu faaliyet neticesinde ulaşılmak istenen sonuca ulaşılama riski de bulunmaktadır. Diğer iş

<sup>28</sup> Başpınar, s. 251; Tok/Gün Tok, s. 36.

<sup>29</sup> Tok/Gün Tok, s. 34-35.

<sup>30</sup> Aslan, s. 15; Eren, s. 732.



görme sözleşmelerinden farklı olarak vekâlet sözleşmelerinde bu risk vekâlet veren üzerinde bulunmaktadır.

Vekâlet sözleşmeleri diğer iş görme sözleşmelerinden güven unsuru açısından da ayrılmaktadır. Zira vekâlet sözleşmelerinin temelinde yatan güven unsuru, vekilin özen borcunu da ön plana çıkarmaktadır. Yüklenilen işin başarılı bir şekilde sonuca ulaşması için gereken tüm özeni göstermek veya başarısızlığa imkân vermemek için bazı davranışlardan kaçınmak vekilin öncelikli sorumlulukları arasında yer almaktadır. Eğer bu sayılanları yerine getirmemesi neticesinde iş başarıya ulaşamaz ve vekâlet veren bir zarara uğrarsa vekilin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacağı için gereği gibi ifa edilmemiş sayılmaktadır. Vekil bu kapsamda kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. İspat edemezse vekâlet verenin uğradığı maddi veya manevi zararı tazmin etmek durumunda kalacaktır.

Vekilin özen borcuna aykırılığının sonuçlarından diğerleri ise aynen ifa, sözleşmeden dönme ve vekâletten azletme şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Vekâlet sözleşmelerinde yine güven unsurunun temel teşkil etmesi ve güvenin kaybolması halinde aynen ifa ve vekâletten azletme sonuçları kaçınılmaz olacaktır. Sözleşmeden dönme hususunda ise imkânlar dâhilinde mevcut ifaların iadesi taraflar sözleşmeden dönebilmektedirler.

Netice itibariyle uzmanlık, belli bir bilgi birikimi ve tecrübe gerektiren işlerde akdedilen vekâlet sözleşmeleri taraflar arasındaki güveni temsil etmektedir. Vekilin özen borcu ise bu güvenin görünen yüzü olmaktadır. Vekilin özen borcuna aykırı davranması halinde mevcut güven sarsılmakta ve artık vekâlet ilişkisinin devamı objektif koşullar çerçevesinde beklenemeyecektir.

### **Kaynakça**

Antalya, O. G. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul.

Akipek, Ş. (2003). Alt Vekâlet, Ankara.

Aslan, B. (2014). Vekilin Özen Borcu, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara.

Başpınar, V. (2014). Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, B.2, Ankara.

Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 4, Ankara.

Gümüş, M. A. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul.

Kayıhan Ş. ve Ünlütepe. M. (2014). Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, İstanbul, 171-212.

Makas, R. (2012). Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVI, S. 4, 149-180.

Nomer, H. N. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 13, İstanbul.

Özen, A. (2017). Avukatlık Hukuku, B. 2, İstanbul.

### **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018**

**ALANYA**



Reisoğlu, S. (2010). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 21, İstanbul.

Tok, A. ve Gün Tok, S. (2016)Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 5, 15-44.

Ispartalı, M. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.1, İstanbul.

Yavuz, C. (2014). Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, B. 13, İstanbul.

Yılmaz, E. (2005). Hukuk Sözlüğü, B. 9, Ankara.



## İKİ BABA BİR ÇOCUK (ALMAN MEDENİ KANUNU 1686A MADDESİ UYARINCA BİYOLOJİK BABANIN HAKLARINDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ)

Nurten İNCE

Marmara Üniversitesi

### Öz

Alman Medeni Kanunu'na 13.07.2013 yılında eklenen yeni bir madde uyarınca çocuğun başka bir erkekle soybağının olması halinde biyolojik babanın çocuğun menfaatine uygun olmak şartıyla çocukla kişisel ilişki kurabileceği ve çocuğun hukuki ebeveynlerinden bilgi isteyebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde Almanya'ya karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılmış olan Anayo ve Schneider dava sonuçlarının iç hukuka yansımaları olarak görülmüştür. Bu kararlarda biyolojik babanın, çocukla sosyal-ailesel ilişkisinin olmadığı hallerde bile genel olarak çocuğuyla kişisel ilişki kuramayacağını kabul edilmesinin doğru olmadığı vurgulanmıştır. Çocuğun yararına uygunsa biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurabileceği belirtilmiştir.

Günümüzde artık velayet ve çocukla kişisel ilişkinin kurulması hususunda ebeveynlerin sadece haklarının olmadığı, aynı zamanda yükümlülüklerinin de olduğu tespit edilmiş ve kabul edilen uluslararası anlaşmalar uyarınca çocuğun yararının çok önemli olduğu kabul edilmiştir. Ancak çocuğun yararının dikkate alınması dışında özellikle devletin çocukla ilgili konularda sadece bekçilik yapmaktan öte, ebeveynlerin çocuğu ilgilendiren hususlarda daha doğru kararlar alacağı ve ebeveynlerin sorumluluklarının yanısıra haklarının olduğu kabul edilmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarda özellikle aile kavramını geniş yorumlayıp ailenin sadece ebeveyn ve çocuklardan oluşmadığını belirtip aile huzurunun korunmasının gerekliliğine ilişkin verdiği kararlar bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesi uyarınca çocukla arasında soybağı olmayan biyolojik babaya kanun koyucu tarafından birtakım sorumluluklar yüklenilmeden sadece haklar tanınmış olduğu görülmektedir. Bu maddenin koşulları, aile huzuruna hizmet edip etmeyeceği, bir çocuğun iki babasının olmasının onun yararına olup olmayacağı gibi hususla bu maddenin düzenlenmesiyle birlikte gündeme gelmiştir. Bu çalışmada 1686a maddesinin koşulları incelenip bu maddeye ilişkin detaylı bir değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Biyolojik baba, Çocuğun menfaati, Soybağı, Çocukla kişisel ilişki



## TWO FATHER ONE CHILD (THE ASSESSMENT OF THE CHANGES OF THE LAW OF THE BILOGISCHES VATER AFTER THE REGULATION 1686A GERMAN CITIZEN LAW)

### Abstract

In the German legal system, a new provision was added to the law on 13.07.2013. This provision states that "as long as another man's fatherhood exists, the biological father, who has shown a serious interest in the child, has a right to interact with the child, if the treatment serves the best interests of the child, and a right to information from each parent the personal circumstances of the child, insofar as he has a legitimate interest and this does not contradict the best interests of the child." This provision was issued after decisions by Anayo and Schneider against Germany by the European Court of Human Rights. Court emphasizes that the right of the biological father to deny access to his children without examining the question whether the contact between a natural parent and and a child would be in the best interest of the child is contrary to Article 8. European Court of Human Rights considered denying access between Kind and biological father is contrary to the private life of the biological father. The provision 1686a BGB gives the biological father many rights, but no responsibility, and under that provision a child can have both legal and bilographic father. This thesis examines the prerequisites of this regulation and whether this provision serves family peace.

**Keywords:** Natural father, The best interests of child, Interacht with Child, Paternity.

354

### Giriş

Wilhelm Bush baba olmanın zor olmadığını ama babalık yapmanın çok zor olduğunu belirtmiştir. Çocuğa bakmak ve eğitmekle mükellef olan ebeveynler velayet hakkı kapsamında bu görevlerini yerine getirmektedirler. Son yıllarda aile yapısında pek çok değişiklikler meydana gelmiş olup velayetin sadece ebeveynlere haklar tanımadığı kabul edilmiştir. Yine toplumda yaşanan değişiklikler kapsamında biyolojik baba ile hukuki babanın farklı kişiler olabileceği kabul edilmiştir. Böyle durumlarda biyolojik babanın hakları ve bu hakların kapsamı tartışılmıştır. Babanın çocuğun sosyal ve psikolojik gelişimindeki rolü son derece önemli olup aynı zamanda çocuğun biyolojik kökenini öğrenme hakkı ile babanın altsoyunu öğrenme hakkı kişilik hakkının bir parçası olarak değerlendirildiğinde biyolojik baba olup çocuğuyla arasında soybağı kurulamayan kişiye bir takım hakların verilmesi gerektiği savunulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde konu olan uyuşmazlıklarda biyolojik babalara çocukla kişisel ilişki kurulması gibi bazı hakların verilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu çalışmada Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler çerçevesinde biyolojik babaya tanınan haklar incelenecek ve gelişmelerin çocuğun yararına uygun olup olmadığı araştırılacaktır. Ardından Türk hukukunda biyolojik babanın durumuna kısaca değinilecektir.

### I. Alman Hukukunda Baba İle Çocuk Arasında Soybağına İlişkin Düzenlemeler

Soybağı geniş anlamda çocukla üst soyu arasındaki ilişkiyi ifade ederken dar anlamda çocukla anne ve babası arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Çocukla kendilerinden biyolojik olarak türemiş olduğu





kişiler arasındaki bağı doğal soybağı, hukuk düzeni tarafından aranan bazı koşulların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda, ana baba ile çocuk arasında kurulan bu hukuki ilişkiye ise hukuki soybağı denilir.<sup>1</sup> Çocuğun baba ile soybağını düzenleyen hükümler, çocuğun anne ile soybağını düzenleyen hükümlerden daha farklıdır.

Alman Medeni Kanunu'nun 1592. maddesi çocukla baba arasındaki soybağının nasıl kurulacağını düzenlemiştir. Buna göre çocuğun gerçek babası olup olmamasına bakılmaksızın evlilik içinde doğan çocuğun babası kocadır. Yine evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.<sup>2</sup> Söz konusu bu düzenlemeler birer karine teşkil etmekte olup çocuğun doğar doğmaz bir erkekle soybağının kurulması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla koca, baba olmadığını ileri sürerek söz konusu olan soybağının reddini isteyebilmektedir. Evlilik dışında doğan çocukla bir erkek arasında soybağı tanıma yoluyla kurulabilmektedir. Bu durumlarda erkek, çocuğun biyolojik babası olduğunu ileri sürerek onunla arasında soybağının kurulmasını ister.

Tanımaya yoluyla çocukla arasında soybağı kurulan kişi hukuken baba olup hak ve sorumluluk altına girmektedir. Bu durum Alman Medeni Kanunu'nun 1592. maddesinin 2. fıkrasında ve 1594. maddede geniş kapsamda düzenlenmiştir.<sup>3</sup> Tanımaya babanın kanununun tespit ettiği şekle uygun yaptığı tek taraflı yenilik doğuran bir hukuksal işlemdir. Tanımaya kurucu yenilik doğuran bir işlem olduğu için tanıyanın bu yöndeki iradesini açıklamasıyla hüküm ifade eder, bu irade beyanının birine yönetilmesine ve muhatapça kabulüne gerek bulunmamaktadır. Tanımaya koşulları gerçekleştiğinde kendiliğinden sonuç doğurup bu hususta nüfus sicillerinde gerekli değişiklikler yapılmalıdır.<sup>4</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 1592. maddesine göre başka bir erkekle soybağı olmayan çocuğun hakim kararıyla da soybağı kurulabilir. Hâkim bir çocukla erkek arasında soybağının kurulmasına kendiliğinden karar vermeyip bunun için bir dava açılması gerekmektedir. Açılan bu dava sonunda hakim çocuğun bu erkekle soybağının olup olmadığını tespit eder.<sup>5</sup>

## II. Biyolojik Babanın Haklarında Meydana Gelen Değişiklikler

Doğal soybağı ile hukuki soybağının bir arada olmasının arzulanan bir durum olmasına rağmen çeşitli sebeplerden dolayı bu iki soybağı türü birbirine uymayabilmektedir.<sup>6</sup> Annenin evlilik birliği devam ederken başka biriyle cinsel ilişkiye girmesi, kocanın dışında başka bir erkeğin spermının kullanılmasıyla

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU, Evren: "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri Ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda "Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi"nin Tanınması

-Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış", MÜHF-HAD, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 280; ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002, s. 5 vd.

<sup>2</sup> GENENGER, Angie: Vom Erzeuger zum Vater? Die Rechtliche Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006, s. 38.

<sup>3</sup> SCHELLHAMMER, Kurt: Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, Nr. 1096; GENENGER, s. 44.

<sup>4</sup> SCHWAB, Dieter: Familienrecht, 21 Auflage, C. H. Beck Verlag, 21. Auflage, München 2013. s. 257, Nr. 552.

<sup>5</sup> GERNHUBER, Joachim: Familienrecht, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2010, s. 614 Nr. 71; GENENGER, s. 48 vd.

<sup>6</sup> COESTER, Michael: "Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption" FamRZ 1995, s. 1246; GAUL, Hans Friedhelm: "Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz", FamRZ 1997, s. 1442.



yapay döllenenin gerçekleşmesi, bilerek veya bilemeyerek erkek tarafından biyolojik çocuğu olmayan kişinin tanınması gibi durumlarda hukuki baba ile biyolojik baba aynı kişiler olmamaktadır.<sup>7</sup> Biyolojik baba ile hukuki babanın aynı olmadığı durumlarda bir taraftan biyolojik babanın diğer taraftan çocuk ve hukuki babanın menfaatlerinin korunması gerekmektedir.<sup>8</sup>

Alman hukukunda soybağına ilişkin düzenlemeler dikkat alındığında çocuğun aynı anda iki kişiyle soybağının kurulmayacağına düzenlendiği görülmektedir.<sup>9</sup> Bu nedenle çocukla başka bir erkek arasında soybağı kurulmamışsa biyolojik baba ile çocuk arasında tanıma yoluyla soybağı kolayca kurulabilir.<sup>10</sup> Bunun sonunda baba hak ve borçlarıyla birlikte çocuğun hayatında gerçek anlamda yer almaya başlar. Başka bir ifadeyle çocuğuyla arasında soybağı kurulan baba; soyadı, velayet hakkının kullanılması, mirasçılık, nafaka gibi pek çok hususta hak ve borçlar altına girecektir.<sup>11</sup> Çocukla biyolojik baba arasında soybağının kurulmaması halinde baba ile çocuk arasındaki ilişki annenin iradesine bırakılmış olmaktadır ve özellikle çocuğun başka biriyle soybağının kurulmuş olduğu hallerde biyolojik baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasında sorunlar yaşanmaktadır.<sup>12</sup> Bu durumda biyolojik babanın anayasa tarafından korunan bir temel hakkı olup olmadığına incelenmesi gerekir.

Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesi aileyi korumaktadır. Bu maddenin 1. fıkrası aile ve evliliğin devlet tarafından korunduğuna özel olarak vurgu yapmaktadır. Biyolojik baba ile anne arasında bir evliliğin ve çocuğuyla da arasında bir aile ilişkisinin olmaması nedeniyle biyolojik babanın bu maddenin 1. fıkrasından yararlanamayacağı Federal Alman Anayasası tarafından belirtilmiştir.<sup>13</sup> Yine aynı maddenin 2. fıkrası eğitim ve bakımın ebeveynlerin hakkı olduğu ebeveynlerin sorumluluklarının ise öncelikli olduğu belirtilmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre biyolojik babanın 6. maddenin 2. fıkrasından yararlanabilmesi için biyolojik babanın bir takım sorumluluklar taşıması gerekir. Babanın çocukla arasında kurulmuş sosyal ailesel bir ilişkinin varlığı bu madde kapsamında yararlanabilmesi için şart olarak aranmıştır. O halde biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki veya soybağı ilişkisinin kurulmasını istemesinin aileyi koruyan hükümler çerçevesinde değil; babanın kişilik hakkını düzenleyen Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesi kapsamında korunacağı kabul edilmiştir.<sup>14</sup>

Toplum yapısında meydana gelen değişiklikler ve biyolojik baba ile gerçek babanın hep aynı kişiler olmadığına dair durumun kabul edilmesi beraberinde biyolojik babanın bazı haklarının düzenlenmesi gerektiği fikrini de ortaya çıkarmıştır. Alman Medeni Kanunu'na 2004 yılında eklenen 1600. maddenin 1. fıkrasının 2. maddesi uyarınca biyolojik babaya belirli şartlar altında çocukla başka bir erkek arasında kurulmuş olan soybağının iptal edilmesi hakkı tanınmış, yine 2013 yılında kanuna eklenen madde 1686a uyarınca biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma hakkı eklenmiştir. Öncelikle aşağıda bu haklar detaylıca incelenecektir.

<sup>7</sup> GENENGER, s. 21.

<sup>8</sup> GENENGER, s. 21.

<sup>9</sup> HEIDERHOFF, Bettina: "Kann ein Kind mehrere Väter haben", FamRZ 2008, s. 1903; GENENGER, s. 67.

<sup>10</sup> GENENGER, s. 44.

<sup>11</sup> GENENGER, s. 22.

<sup>12</sup> GENENGER, s. 66.

<sup>13</sup> GENENGER, s. 92 vd.

<sup>14</sup> GENENGER, s. 96.

## A. Biyolojik Babanın Soybağını İptal Etme Hakkı

2004 yılından önce biyolojik babanın çocuğun bir erkekle olan soybağını iptal etme hakkı bulunmamaktaydı.<sup>15</sup> Bu zamana kadar biyolojik babaya böyle bir hak tanınmamasının sebebi olarak biyolojik babanın menfaatinin, çocuk ve arasında soybağı kurulan erkek kadar değerli görülmemesidir.<sup>16</sup> Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2003 yılında vermiş olduğu kararında hukuki ebeveynlerle çocuk arasında sosyal bir aile ilişkisi kurulmadığı hallerde biyolojik babaya bu soybağını iptal etme ve daha sonra çocukla kendi arasında soybağının kurulmasını isteme hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir.<sup>17</sup> Böyle bir hakkın biyolojik babanın anayasalarda korunan temel haklarına uygun olacağı belirtilmiştir.<sup>18</sup> Böylelikle Anayasa Mahkemesi genel olarak biyolojik babanın soybağının iptal edilmesini istememe durumunu reddetmiş, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde biyolojik babanın soybağının iptal edilmesinde menfaati olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla doktrinde biyolojik babanın temel haklarının yeterince korunmadığı, bu nedenle soybağına ilişkin düzenlemelerde hukuk felsefesi bakımından eksiklikler olduğuna ilişkin ileri sürülen eleştirileri kısmen de olsa ortadan kaldırmaya çalışmıştır.<sup>19</sup> Ayrıca asıl amacın biyolojik babalık ile hukuki babalığın birbirine uygun hale getirilmesi olduğunu ve bunun sağlanması için de biyolojik babaya çocuğuyla soybağının kurulmasını sağlayacak imkânların verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>20</sup> 2004 yılında kanunda yapılan bu değişiklikler ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu karardan yola çıkılarak biyolojik babanın koşulsuz bir şekilde çocuğun başka bir erkekle kurulmuş olan soybağını ortadan kaldıracak ileri sürmek doğru değildir. Kanun koyucunun konuyu çocuğun kendi kökenini bilme hakkıyla sosyal aile yaşamı, çocuk-baba ilişkisi gibi pek çok konuyu ele alarak soruna bir çözüm yolu getirmeye çalıştığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>21</sup> Biyolojik babanın soybağının iptali davası açabilmesi için gereken koşullar aşağıda detaylıca incelenecektir.

### 1. Biyolojik Babanın Yeminli Belge Vermesi

Alman Medeni Kanunu'nun 1600. maddenin 1. fıkrasının 2. numarası uyarınca soybağının iptalini talep edecek olan erkeğin anne ile cinsel ilişkiye girdiği ve bu cinsel ilişki sonucunda çocuğun doğduğunu bir yeminle garanti etmesi gerekmektedir. Yapılan incelemeler sonucunda biyolojik baba olmadığı ortaya çıkan kişinin cezai (kastı halinde 3 yıla kadar hapis cezası) sorumlulukları doğacaktır.<sup>22</sup> Biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin cinsel ilişkiye girdiğinden emin değilse de yine yeminli bir belge vermesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak yeminli belge veren, biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin bu yeminli belge nedeniyle cezai sorumluluklarının doğması nedeniyle bu durum doktrinde eleştirilmiştir.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> ECKEBRECHT, Marc: "Die geänderte Stellung des Vaters", NZFam 2016, s. 675.

<sup>16</sup> GRÜN, Klaus-Jürgen: Vaterschaftsfeststellung und –Anfechtung für die gerichtliche, anwaltliche und behördliche Praxis, Erich-Schmidt Verlag, Berlin 2003, Nr. 183.

<sup>17</sup> BVerfG NJW2003, s. 251.

<sup>18</sup> VAN ELS, Hans: "Vaterschaftsanfechtung und fehlende sozialfamiliäre Beziehung", FPR 2011, s. 380.

<sup>19</sup> Eleştiriler için bkz. SCHUMANN, Eva: "Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater", FamRZ 2000, s. 391.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2003, s. 251; GERNHUBER, s. 622, Nr. 101.

<sup>21</sup> BGBl 2004 I, s. 598; HELMS, Tobias: "Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht", FamRZ 2010, s. 1; REUB, Philipp M: Beckonline Großkommentar 2018, § 1600 BGB Nr. 59.

<sup>22</sup> BT-Drs. 15/2253, 10; WELLENHOFER, Marina: Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017, § 1600 BGB Nr. 67.

<sup>23</sup> WELLENHOFER § 1600 Nr. 16; REUB, § 1600 BGB Nr. 68.



Yeminli belge verilmeden biyolojik babanın iptal hakkının diğer koşullarının oluşup oluşmadığı incelenmeyecektir.<sup>24</sup>

## 2. Biyolojik Babanın Anne ile Cinsel İlişkiye Girmesi

Biyolojik baba olduğunu ileri süren kişi, anneye cinsel ilişkiye girdiğini ve çocuğun da bu cinsel ilişki sonucunda doğduğunu ileri sürmektedir. Her ne kadar cinsel ilişki denildiğinde akla ilk doğal dölleme yöntemi akla gelse de mahkemeler tarafından bu kavram geniş yorumlanmakta olup anonim olarak sperm vermeyen erkeğin bu maddeden yararlanabileceği belirtilmiştir.<sup>25</sup> Hatta kadının evli olduğunu ve bu nedenle doğacak çocuğun hukuki babasının koca olduğunu bilen sperm vericisinin de bu maddeden yararlanabileceği belirtilmiştir.<sup>26</sup> Cinsel ilişkinin dölleme esnasında olması gerekmektedir. Başka bir deyişle cinsel ilişki ile dölleme arasında bir illiyet bağının olması gerekir.<sup>27</sup>

## 3. Çocukla Hukuki Baba Arasında Sosyal Aile İlişkisinin Kurulmaması

Biyolojik babanın soybağını iptali davası açabilmesi için en önemli negatif şart hukuki baba ile çocuk arasında sosyal ailesel ilişkinin kurulmamasıdır.<sup>28</sup> Hukuki baba ile çocuk arasında sosyal aile ilişkisinin kurulup kurulmadığının tespitinde ise en son duruşma tarihine kadar olan sürecin dikkate alınacağı<sup>29</sup> ama hukuki babanın yargılama süresini uzatıp o arada sosyal ailesel bağ kurulmasının sağlanması durumunda bunun dikkate alınacağı belirtilmiştir.<sup>30</sup> Hukuki baba ölmüşse bu durumda çocukla hukuki baba arasında sosyal ailesel bağ kurulup kurulmadığına dair ölüm anına kadar olan süreç dikkate alınır.<sup>31</sup>

Hukuki baba ile çocuk arasında sosyal ailesel ilişkinin olup olmadığına dair 1600. maddenin 3. fıkrası uyarınca bazı karineler düzenlenmiştir. Buna göre hukuki babayla anne evliyse, hukuki babanın çocuğun sorumluluklarını üstlendiği ve sosyal aile ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir. Ancak genetik baba söz konusu bu evliliğin muvazaalı olduğunu, anne ile hukuki babanın çocuğun doğumundan sonra birlikte yaşamadığını ya da çocukla hiç ilgilenmediğini ispatlayarak bu karineyi çürütebilir.<sup>32</sup> Yine hukuki baba ile çocuğun uzun süreden beri aynı çatı altında yaşamaları halinde taraflar arasında sosyal

<sup>24</sup> REUß, § 1600 Nr. 70.

<sup>25</sup> BGH NJW 2013, s. 2589; Evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararları için bkz. BGH FamRZ 2015, s. 828; OLG Bamberg NJW-RR 2017, s. 840; KEUTER, Wolfgang: "Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption" NZFam 2017, s. 873; HAMMER, Stephan: "Das neue Verfahren betreffend das Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters", FamRB 2013, s. 298; HELMS, Tobias: "Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft", NJW-Beil 2016, s. 50; LÖHNIG, Martin: "Zivilrechtliche Aspekte der Samenspende de lege ferenda", ZRP 2015, s. 76.

<sup>26</sup> REUß, § 1600 Nr. 72.

<sup>27</sup> REUß, § 1600 Nr. 73; HELMS, NJW –Beil 2016, s. 51.

<sup>28</sup> VAN ELS, FPR 2011, s. 381; ECKEBRECHT, Marc: "Neure Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte", FPR 2005, s. 209; REUß, § 1600 Nr. 79; BGH NJW 2007, s. 1677; WELLENHOFER, § 1600 BGB Nr. 22; HÖFELMANN, Elke: "Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes", FamRZ 2004, s. 749

<sup>29</sup> BGH FamRZ 2007, s. 539; BGH FamRZ 2008, s. 1821 OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, s. 1175.

<sup>30</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2010, s.1175; WELLENHOFER, § 1600 BGB Nr. 22.

<sup>31</sup> REUß, § 1600 Nr. 83

<sup>32</sup> REUß, § 1600 Nr. 93, ALTROGGE, Alexandra: Beckonline Großkommentar 2018, § 1686a BGB Nr. 5.; RAUSCHER, Familienrechr Nr. 798b; ROTH, Wolfgang: "Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater", NJW 2003, s. 3155

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

bir aile ilişkisinin var olduğu kabul edilir. Kanun koyucu birlikte yaşamak için herhangi bir süre sınırlamasını (1 yıl 5 yıl gibi) bilerek vermemiştir.<sup>33</sup> Belirli bir süre yerine tarafların birbiriyle ilişkileri, çocuğun yaşı, hukuki babanın taşıdığı sorumluluk gibi birçok hususun dikkate alınmasının daha sağlıklı olacağı belirtilmiştir.<sup>34</sup> Bir yıllık birlikte yaşam uzun bir süre olarak nitelendirilmiştir.<sup>35</sup> Ancak biyolojik baba; hukuki babayla çocuk arasında ortak yaşamın sona ermesi, ortak yaşam esnasında taraflar arasında kırgınlıkların, soğuklukların meydana geldiği gibi hususları ileri sürerek bu karineyi çürütebilecektir.<sup>36</sup> Kanunda sayılan bu karineler dışına taraflar arasındaki ilişki, hediye alıp verme sıklıkları, taraflar arasında detaylı bir bakım ilişkisinin bulunması gibi hallerde sosyal aile ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Bu karinelere yola çıkılarak hukuki baba ile çocuk arasında sosyal ailesel bir bağın olduğu, bu nedenle biyolojik baba ile çocuk arasında gerçek bir soybağın kurulamayacak olması doktrinde eleştirilmiştir.

Annenin sırf bir erkekle evli olması durumunda çocukla bu erkek arasında bir sosyal ailesel ilişkinin kurulmuş olacağı kabulünün doğru olmayacağı ileri sürülmüştür. Özellikle annenin evliyken başka biriyle yaşadığı ilişki sonucunda hamile kalması, ailesel ilişkinin iyi gitmediği, bir tarafın diğerini aldatmış olduğu bir ailesel ilişkide çocukla, annenin kocası arasında sosyal ailesel bir bağın var olduğu gerekçesiyle biyolojik babanın elinden soybağının iptali hakkının alınmasının doğru olmayacağı savunulmuştur. Soybağının iptalinin açılması için kanun koyucu tarafından belirli süreler öngörüldüğü ve bu sürelerin son derece kısa olduğunu, örneğin çocuğun doğumundan itibaren iki yıl olduğu oysa çocukla baba arasında zaten ilk iki yılda sosyal ailesel ilişkinin kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. İlk iki yılda çocuğun daha çok anne ile ilişkisi ve anneye güvenli bağlanması söz konusu olmaktadır.<sup>38</sup> Yine tarafların aynı evde yaşaması halinde hukuki baba ile çocuk arasında bir güven ilişkisinin kurulmuş olacağı ileri sürülmesi de eleştirilmiştir. Aynı evde oturulmadan da taraflar arasında güçlü sosyal aile bağlarının devam edebileceğini savunulmuştur. Örneğin Alman hukukunda ayrılık ve boşanma esnasında ebeveynlerin birlikte velayeti kullanmalarının, tarafların aynı evde yaşamadan çocuklara dair sorumluluk taşıyacaklarını göstermektedir.<sup>39</sup>

Sırf annenin biriyle evli olması, çocuğun hukuki babayla aynı evde yaşaması gibi varsayımlardan yola çıkılarak bu kişiyle çocuk arasında sosyal bir aile bağının kurulduğu, bu nedenle biyolojik babanın bunu iptal edemeyeceğinin ileri sürülmesi haklı olarak eleştirilmiştir. Annenin hamileyken biyolojik babayı terk etmesi daha sonra başka biriyle evlenmesi durumunda çocuğuna karşı her türlü sorumluluğunu yerine getirmeye hazır olan babanın çocuğuyla başka bir erkek arasında soybağını iptal edememesi eleştirilmiştir.<sup>40</sup> Biyolojik babanın hakları düzenlenirken kanun koyucu tarafında hem biyolojik babanın hem de çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği ama kanun koyucunun özellikle taraf olunan

<sup>33</sup> BT Drucks 15/2253, s. 11.

<sup>34</sup> WELLENHOFER, § 1600 BGB Nr. 11; REUß, § 1600 Nr. 94

<sup>35</sup> OLG Frankfurt FamRZ 2007, s.1674.

<sup>36</sup> SCHLÜTER, Wilfried: BGB-Familienrecht 13. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009, Nr. 292; WILL, Annegret: "Wer ist Vater im Sinne des Gesetzes?", FPR 2005, s. 176, ECKEBRECHT, FPR 2005, s. 209; REUß, § 1600 Nr. 94

<sup>37</sup> WILL, FPR 2005, 172.

<sup>38</sup> ROTH, NJW 2003, s. 3155.

<sup>39</sup> REUß, § 1600 Nr. 91.

<sup>40</sup> REUß, § 1600 Nr. 87.





uluslararası anlaşmaları dikkate alarak çocuğun aile ortamında yaşamasına daha büyük önem vermiş olduğu ileri sürülmüştür.<sup>41</sup>

Biyolojik babanın çocuğun başka bir erkekle olan soybağını iptal etme hakkının kanunda yer alması önemli bir gelişme olsa da bunun her zaman biyolojik babaya yeterince korunma ve haklar tanınmadığı, uygulamada genelde hukuki babayla çocuk arasında sosyal bir aile ilişkisinin kurulduğunu söyleyebiliriz.

### **B. Biyolojik Babanın Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı**

Biyolojik baba tarafından çocukla hukuki baba arasında kurulmuş olan soybağın iptal edilmesinin ağır koşullara tabii olması nedeniyle açılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kadar giden süreçler sonunda Alman Medeni Kanunu'na 07.06.2013 tarihinde 1686a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre biyolojik baba olup hukuki baba olmayan, çocuğuyla arasında bağ/ilişki kurulması hususunda ciddi talebi bulunan kişi durumun çocuğun menfaatine uygun olması şartıyla çocukla kişisel ilişki kurabilir.<sup>42</sup> Bu zamana kadar evlenmemiş, velayet hakkı annede olan çocuğuyla babanın soybağı kurulmamış ise bu babanın çocukla kişisel ilişki kurması ancak çocuk için sorumluluk almasıyla mümkün olabilmekteydi.<sup>43</sup> Biyolojik babanın çocuk hakkında kişisel bilgiler alması ise mümkün değildi. Oysa 1686a maddesi incelendiğinde biyolojik babaya bir takım sorumluluklar yüklenmeden haklar yüklendiği görülmektedir.

Bu maddenin Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenmesinde Anayo<sup>44</sup> ve Schneider<sup>45</sup> adlı kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Almanya'ya karşı açmış oldukları davalar son derece önemlidir.

Nijeryalı olan Anayo Almanya'da evli olan Bayan B ile 2 yıllık bir ilişki yaşar. Bu ilişkinin sonunda Bayan B hamile kalır. Nijeryalı Anayo ise Yabancılar Kanunu'ndaki (Oturma Kanunu) koşulları sağlayamadığı için Almanya'da oturma hakkı alamayıp sınır dışı edilir. Bayan B ikiz çocuklarını doğurduğu sırada Bay B ile evli olduğu için Alman Medeni Kanunu uyarınca evlilik içinde doğan çocukların babası Bay B olur. Bay Anayo ise çocuklarını görmek ve onlarla kişisel ilişki kurmak istemektedir.<sup>46</sup>

Bu talebinin reddedilmesi sonucunda açtığı davada ilk derece mahkemesi tarafından kendisine çocuklarla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Ancak Karlsruhe Üst Derece Mahkemesi Bay B ve Bayan B'nin itirazlarını dikkate alarak çocuklarla sosyal ailesel bir ilişkisi olmayan biyolojik babanın çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının olmadığını belirtmiştir. İç hukuk yollarını tüketmesine rağmen bir sonuç alamayan Anayo, uyuşmazlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürmüştür.<sup>47</sup> Almanya devleti ve B ailesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini'nin 8. maddesinin özel hayatı

<sup>41</sup> HELM, Tobias: "Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes?", FamRZ 1997, s. 918.

<sup>42</sup> KLOSTER- HARZ, Doris: "Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft," FamFR 2013, s. 337.

<sup>43</sup> KLOSTER- HARZ, FamFR 2013, s. 337.

<sup>44</sup> Anayo/Deutschland, NJW 2011, s. 3565.

<sup>45</sup> Schneider/Deutschland, FamRZ 2011, 1641.

<sup>46</sup> EGMR, FamRZ 2011, s. 269.

<sup>47</sup> PESCHEL - GUTZEIT, Lore Maria: "Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters", NJW 2013, s. 2465.





korumakta olduğunu ve bu uyumsuzlukta ise özel hayattan ziyade ailenin korunmasının söz konusu olduğunu savunmuşlardır. Çocukların, bu zamana kadar gerçek babalarını görmedikleri ve melez olmalarına rağmen saç renkleri ve ten renklerinin açık olduğu, Bay Anayo ile aniden görüştiklerinde duruma anlam veremeyecekleri ileri sürülmüştür. Ayrıca Anayo'un amacının Almanya'da oturum almak olduğu, bu amacı için çocuklarını kullandığı iddia edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları mahkemesi biyolojik babanın çocukla kişisel ilişkisi hususunda birçok ülkede çok farklı düzenlemelerin olduğunu vurgulamıştır. AİHM'ne göre burda kişinin kendi çocuklarıyla görüşmesi, onlar hakkında bilgi alabilmesi kişilik hakkının ve özel hayatının önemli bir parçasıdır. Bu nedenle AİHM söz konusu uyumsuzlukta mahkemelerin tarafların kişisel haklarını ve biyolojik babayla kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine olup olmadığını dikkate almaksızın karar vermesinin AİHS'in 8. maddesine aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır.

Schneider davasında ise 2004 yılında F evlilik dışı dünyaya gelmiş olup annesi daha sonra evlenmiş ve bu evliliğinden iki çocuğu daha olmuştur. F ile annesinin kocası arasında soybağı kurulmuştur. Ancak Schneider, biyolojik babası olması nedeniyle çocuğu F arasında soybağının kurulması için hukuk yollarına başvurmuştur. Alman hukukuna göre çocuğuyla başka bir erkek arasında soybağı kurulan Schneider'in bu soybağının iptalinin koşulları oluşmadığı için çocuğuyla Schneider arasında soybağı kurulamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Schneider'in çocuğuyla daha önce sosyal ailesel bir ilişkisinin olmadığından yola çıkılarak çocukla kişisel ilişki kurma talebi de mahkemelerce red edilmiştir. İç hukuk yollarını tüketen Schneider AİHM'ne başvurmuştur. Bu uyumsuzlukta AİHM biyolojik baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasının somut olayın özellikleri ve çocuğun menfaatine uygun olup olmadığının araştırılmadan reddedilmesinin doğru olmayacağını bu durumun AİHS 8. maddeye aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.<sup>48</sup>

### 1. Hukuki Baba Olamayan Biyolojik Baba

Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesinin koşullarının gerçekleşmesi için biyolojik ama hukuki olmayan bir baba olması gerekmektedir.<sup>49</sup> Başka bir anlatımla çocukla hukuksal soybağı kuramayan bir biyolojik babanın olması gerekir. Eğer anne evli olmadığı halde bir erkekle yaşıyorsa bu erkekle çocuk arasında soybağı kurulmadığı için Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesine ihtiyaç yoktur. Bu durumda baba koşulların gerçekleşmesiyle tek taraflı irade beyanı olan tanıma ile çocuğuyla arasında soybağının kurulmasını sağlayabilir. Annenin çocuğun doğumundan sonra evlendiği hallerde eş dilerse çocuğu evlat edinebilir. Çocuğun annenin kocası tarafından evlatlık alınması halinde ise artık 1686a maddesi uygulama alanı bulmaz.<sup>50</sup>

Her ne kadar evlat edinme işlemi için anne ve babanın dolayısıyla biyolojik babanın rızasının alınması gerekse de bu rızanın aranmayacağı haller de kanunda düzenlenmiştir. Rızanın aranmayacağı hallerin gerçekleşmesi durumunda kanunda aranan koşulların gerçekleşmesiyle çocuğun evlatlık alındığı hallerde artık biyolojik babanın bu maddeden yararlanamayacağı aksi taktirde tüm evlat edinme

<sup>48</sup> EMGR, NJW 2012, s. 2781; KLOSTER- HARZ, FamFR 2013, s. 338.

<sup>49</sup> BT Drucks 17/12163, s. 12; KEUTER, Wolfgang: "Die Rechtsprechung des BVerfG im Familienrecht seit 2014", NZFam 2015, s. 542.

<sup>50</sup> ALTROGGE, Alexandra: Beckonline Großkommentar 2018, § 1686a BGB Nr. 58.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



işlerinden biyolojik anne ve babanın sürekli çocukla bu madde kapsamında kişisel ilişki kurma hakkı elde edeceğini ve sürekli bilgi alacağını bunun da uzun vadede evlat edinme kurumunda evlatlık alınan çocuk lehine durumlar doğurabileceğini düşünmekteyiz.

Anne, bu maddeden yararlanmak için hukuk yoluna başvuran kişinin biyolojik baba olduğunu kabul etmiyorsa bu durumda maddeden yararlanmak isteyen kişinin biyolojik baba olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.<sup>51</sup> Bu maddeden yararlanmak isteyen kişinin biyolojik baba olduğunu ispat etmesi için ayrı bir tespit davası açmasına gerek yoktur. Mahkemeler kişinin biyolojik baba olup olmadığını bu madde kapsamında inceleyeceklerdir. Aile huzurunu bozacağı için sadece tespit davasının açılmasına sıcak bakılmamakta dolayısıyla bu madde kapsamında babalığın tespitinin yine tarafların huzurunu bozacağı belirtilmiştir. Aile huzurunun bozulmaması ve gerçekten çocukla arasında biyolojik bağı olmayan kişinin bu maddeye başvurusunun engellenmesi için biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin biyolojik baba olduğu ve anne ile cinsel ilişkiye girdiğini yeminli olarak belirtmesi gerekmektedir.<sup>52</sup>

Burada biyolojik babanın anne ile cinsel ilişkiye girdiği ibaresi dikkate alındığında anonim olmayan sperm vericisinin bu madde kapsamından yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Buradaki cinsel ilişki kavramının geniş yorumlandığı ve sperm bağışlayıcısının anonim olmadığı hallerde bu maddedeki haklardan yararlanacağı belirtilmiştir.<sup>53</sup> Biyolojik baba olduğu hususunda yeminli garanti veren kişinin biyolojik baba olmaması halinde ise cezai sorumlulukları doğacaktır. Biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurması için aranan diğer şartların mı (örneğin kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine uygun olması şartı) yoksa biyolojik baba olma şartının mı incelenmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir.<sup>54</sup> Doktrinde diğer koşulların gerçekleştiğinin öncelikle araştırılması gerektiği, diğer koşulların gerçekleşmesi halinde kişinin biyolojik baba olup olmadığının incelenmesinin daha mantıklı olacağı savunulmuştur. Zira kişi biyolojik baba bile olsa diğer koşulların gerçekleşmemesi halinde bu maddedeki haklardan yararlanamayacaktır. Madde koşulları araştırılırken çok dikkatli olunması gerektiği, bir yandan babanın temel hakları, çocuğun biyolojik kökenini öğrenme hakkı, diğer yandan çocuğun menfaati gibi hususların titizlikle incelenmesi gerektiğinin dikkate alınması gerekir.

## 2. Biyolojik Babanın Çocukla Bağının Kurulması Hususunda Ciddi Bir Talebinin Olması

Biyolojik babanın çocukla arasında bağ kurulmasını istemesi gerekir.<sup>55</sup> Biyolojik babanın çocukla bağının kurulması hususunda ciddi bir talebinin olması kavramı oldukça soyut bir kavram olup hakime son derece takdir yetkisi tanımaktadır ve bu birçok hususa bağlıdır.<sup>56</sup> Örneğin çocuğun doğduğundan haberi olmayan babanın, bu hususta ciddi talebi doğumu öğrendikten sonra başlayabilir.<sup>57</sup> Yine annenin başka bir erkekle evli olup olmaması ciddi talebin oluşmasında son derece etkilidir.<sup>58</sup> Eğer anne başka

<sup>51</sup> HENNEMANN, Heike: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 1686a BGB Nr. 11.

<sup>52</sup> BT Drucks 12/12163, s. 14.

<sup>53</sup> BGH FamRZ 2012, s. 781.

<sup>54</sup> KEUTER, Wolfgang: "Neue Rechte für den biologischen Vater", ZKJ 2014, s. 16; OLG Bambe FamRZ 2013, s. 710.

<sup>55</sup> PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2013, s. 2467.

<sup>56</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 62.

<sup>57</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 62.

<sup>58</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 63.

biriyile evli değilse babanın çocukla arasında bağının kurulması hususundaki talebini daha kolay dile getireceği belirtilmiştir. Biyolojik babanın ciddi talebini anneye ya da hukuki babaya bildirmesine gerek yoktur veya talebini annenin yakınları aracılığıyla dile getirebilir. Ayrıca babanın dava açmaması çocuğu istemediği anlamına gelmemelidir. Babanın çocukla daha önceden bir süre birlikte yaşaması, çocuğa ilişkin sorumluluklar alması ya da ekonomik olarak bir takım sorumluluklar taşımaya hazır olması, ikametgah ve/ veya iş yeri değiştirerek çocuğa yakın bir yere taşınması, şeklen defalarca çocukla görüşmek istediğini aileye bildirmesi, çocuğu hastaneye götürmesi çocukla bağının kurulması hususunda ciddi bir talebinin olduğuna örnek olarak verilebilir.<sup>59</sup> Ancak bu koşulun ne zaman gerçekleşmiş olduğu hususunda hakime takdir yetkisi verildiği için somut olayın özelliğinin dikkate alınması gerekmektedir. Çocuktan haberi olduğu halde bir kişinin uzun süre tepkisiz kalması ve hukuki yollara başvurmaması hakimin gerekli araştırmayı yapması gerekir. Babanın ciddi bir talebinin olması ve çocuğun menfaati, son derece soyut kavramlar olup içeriğinin hakim tarafından doldurulması gerekmektedir. Bu nedenle bu gibi soyut koşulların uzun vadede hukuk güvenliğini tehdit edeceği ileri sürülmüştür.<sup>60</sup>

### 3. Çocuğun Menfaati

Bu madde kapsamında çocuğun menfaati son derece önemlidir.<sup>61</sup> Biyolojik baba ile görüşmenin çocuğun sağlıklı kişisel gelişimi için elverişli olup olmadığı incelenmesi gerekir. Bir yandan babanın kişilik hakkı diğer yandan çocuğun menfaati ile kurulmuş bir aile düzeninin, barışın korunması gibi pek çok hususun göz önünde bulundurulması gerekir. Biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurması ailede büyük sıkıntılar meydana getirecekse ve çocuğun sosyal ailesinin dağılmasına sebebiyet vercekse bu kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine uygun olmadığı sonucuna varılacaktır. Yani baba ile kişisel ilişki kurulması çocuğa fayda yerine zarar getirecekse bu durumda bunun çocuğun menfaatine uygun olmadığına karar verilir. Birden bire üçüncü bir kişinin çocuğa biyolojik baba olarak takdim edilmesi çocuğun psikolojisini bozacaksa bu durumun çocuğun menfaatine aykırı olduğu kabul edilir.<sup>62</sup> Zaten anne ile hukuki baba boşanmışsa ve çocuk, annesiyle hukuki babasının ayrılmasına alışmaya çalışıp hafta içi birinde hafta sonu diğerinde yaşıyorsa olayın içine bir de biyolojik babanın girmesinin sorunları artıracığı, böyle durumlarda baba ile kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine uygun olmadığı ileri sürülmüştür. O halde biyolojik baba ile kişisel ilişki kurulup kurulmayacağı hususunda çocuğun kişiliği, bulunduğu çevre, ailesiyle hukuki ilişkileri dikkate alınır.<sup>63</sup> Biyolojik baba ile kişisel ilişki kurma çocuğu duygusal olarak zor durumda bırakıyorsa bu durumda çocuğun biyolojik baba ile kişisel ilişki kurmasının çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı tespitinde mahkemelerin mutlaka uzman görüşlerine (sosyolog, psikolog, doktor) başvurmaları gerektiği belirtilmiştir.<sup>64</sup> Çocukla kişisel ilişki kuracak kişinin biyolojik baba olması bu durumun otomatikmen çocuğun menfaatine uygun olduğu

<sup>59</sup> BT Drucks 17/12163, s. 13; ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 69.

<sup>60</sup> KEUTER, Wolfgang: "Nue Rechte für den biologischen Vater, Teil 1: „Vaterschaft light“ – materielle Ansprüche“ ZKJ 2013, s. 486.

<sup>61</sup> ALTROGGE, 1686a BGB, Nr. 74 vd.

<sup>62</sup> BT Drs 17/12163, s. 13.

<sup>63</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 85.

<sup>64</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr.78.

anlamına gelmez.<sup>65</sup> Çocuğun babasıyla görüşmesi çocuğun kişilik hakkının bir parçasını oluşturduğu için çocuğun dinlenmesi ve babayla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun isteğinin olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>66</sup> Ancak çocuğun dinlenmesi ve babasıyla kişisel ilişki kurulmasında isteğinin olup olmadığının mahkeme tarafından tespit edilebilmesi için çocuğun belli bir olgunluğa erişmiş olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>67</sup> Çocuğun ne zaman belli bir olgunluğa erişmiş olacağı hususunda yaş sınırının belirtilmesi yerine somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasının son derece isabetli olacağı belirtilmiştir.<sup>68</sup> Ancak çocuk biyolojik babasıyla kişisel ilişki kurulmasını istese de bunun çocuğun menfaatine uygun olmadığı durumlarda baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına mahkemeler tarafından izin verilmeyebilir. Çocuğun isteği tek başına kişisel ilişki kurulması için gerekli olmayıp çocuğun menfaati mahkemeler tarafından bizzat dikkate alınmalıdır.<sup>69</sup>

Bu koşullar gerçekleşmiş ve biyolojik babayla çocuk arasında kişisel ilişki kurma hakkı doğmuşsa bu hakkın hukuki anne ve baba tarafından engellememesi gerekir.<sup>70</sup> Ayrıca biyolojik babanın, annenin ve hukuki babanın velayet hakkını zedelememesi son derece önemlidir.<sup>71</sup> Yine çocuğun menfaati gerekiyorsa başlangıçta çocuk ile biyolojik baba üçüncü bir kişi eşliğinde/gözetiminde kişisel ilişki kurabilir.<sup>72</sup> Çocukla biyolojik baba arasında kişisel ilişkinin kurulmasına izin veren mahkeme kişisel ilişkinin çeşidi, yeri ve süresini de belirtmelidir.<sup>73</sup> Kişisel ilişki biyolojik baba ile çocuğun yüz yüze görüşmesi şeklinde olabileceği gibi telefonla konuşma, mektuplaşma, görüntülü görüşme (Skype üzerinden görüşme) şeklinde de olabilir.<sup>74</sup> Mahkeme çocukla biyolojik babanın sadece hafta sonları ya da okul tatilinde görüşmelerine karar verebileceği gibi biyolojik baba ile çocuğun görüşeceği zaman dilimini ve çocuğun teslim edileceği zaman dilimini de belirleyebilir. Hukuki ebeveynlerin söz konusu bu zaman dilimlerinde çocukla biyolojik baba arasındaki kişisel ilişkiyi hangi koşullar altında iptal edeceklerinin de belirtilmesi gerekir.<sup>75</sup> Kişisel ilişki kurulduktan sonraki bir aşamada bunun çocuğun yararına aykırı olduğu sonucuna varılıyorsa kurulmuş olan bu kişisel ilişki ortadan kaldırılabilir.

### C. Biyolojik Babanın Çocuk Hakkında Bilgi Alma Hakkı

1686a maddesinin devamında biyolojik babanın çocuk hakkında bilgi alma hakkı düzenlenmiştir. Çocuk hakkında bilgi alma hakkı sadece hukuki babaya tanınmışken bu maddede yapılan değişikliklerle artık biyolojik babaya da bu hak tanınmıştır. Bilgi alma sözlü, yazılı, kişisel veya bir kişi aracılığıyla gerçekleşebilir.<sup>76</sup> Örneğin avukat, psikolog ya da büyükanne aracılığıyla çocuk hakkında bilgi

<sup>65</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 83.

<sup>66</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 98.

<sup>67</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 74 vd.

<sup>68</sup> OLG Saarbrücken, NJW- RR 2011, s. 436; OLG Brandenburg FamRZ 2010, s. 1923; OLG Köln FamRZ 2005, s. 1770.

<sup>69</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 103 vd.

<sup>70</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 144.

<sup>71</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 145.

<sup>72</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 127.

<sup>73</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 130.

<sup>74</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 133.

<sup>75</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 133.

<sup>76</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 167.



alınabilir.<sup>77</sup> Bilgi almanın koşulları incelendiğinde biyolojik babanın haklı bir menfaati olması ve çocuğun menfaatine aykırı olmaması gerekmektedir.

### 1. Biyolojik Babanın Haklı Menfaatinin Olması

Çocuğu hakkında bilgi alma hususunda biyolojik babanın haklı bir menfaati olmalıdır.<sup>78</sup> Bu açıdan bakıldığında çocuk biyolojik babasıyla kişisel ilişki kurmayı reddetmiş olsa bile çocuk ile baba arasında böyle bir bağın devam edeceği belirtilmiştir.<sup>79</sup> Çocuğuyla arasında zaten kişisel ilişki kurulan babanın ayrıca çocuk hakkında bilgi isteyip istemeyeceği sorusu akla gelebilir. Baba çocukla kişisel olarak görüşse de çocuk hakkında bilgi alması gerekebilir. Çocuğun küçük olduğu konuşmadığı durumlarda ya da çocuğun sağlık durumuna ilişkin konularda biyolojik babanın hukuki ebeveynlerden bilgi alması son derece önemlidir.<sup>80</sup>

### 2. Çocuğun Menfaati

Biyolojik babanın çocuk hakkında kişisel bilgi elde edebilmesi için söz konusu bu durumun çocuğun menfaatine aykırı olmaması gerekir. Eğer baba, çocuk hakkında elde edeceği bilgileri kötüye kullanacaksa- örneğin bu bilgiler yoluyla anneyi rahatsız edecekse ve dolayısıyla çocuğun sosyal yaşantısında olumsuzluklar meydana gelecekse- çocuk hakkında bilgi alması engellenir.<sup>81</sup> Çocuğun menfaati hakkında yukarıda belirttiğimiz kıstaslar burada da geçerlidir.

### III. Alman Hukukunda Biyolojik Babanın Haklarının Değerlendirilmesi

Doktrinde bir görüşe göre biyolojik babanın haklarında meydana gelen değişiklikleri, özellikle Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesini son derece olumlu bir gelişme olarak değerlendirmektedir. Bu madde kapsamında çocuğun menfaati dikate alınacağı için bu değişikliğin son derece isabetli olduğu böylelikle biyolojik babanın haklarının korunduğu ileri sürülmüştür.<sup>82</sup> Biyolojik babanın, annenin ve onun kurduğu ailenin huzur bozucusu olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı, biyolojik babanın çocukla ilgilenmesi ve onun hayatında yer almak istemesinin son derece olumlu olduğu ve bu nedenle biyolojik babanın bu isteğine çocuğun menfaati dikkate alınarak cevaz verilmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür.<sup>83</sup> Aile hukukunda meydana gelen değişimler dikkate alındığında artık çok anneli/çok babalı çocukların olabileceği ve kanun koyucunun bu gelişmeleri dikkate alarak sorunu çözmesinin doğru olacağı ileri sürülmüştür.<sup>84</sup>

Buna karşın doktrinde 1686a maddesi çeşitli yönleri ile eleştirilmiştir. Kanun koyucunun, biyolojik baba tarafından soybağının iptal edilmesinde sosyal ailesel ilişkiye önem verip bunu korumaya çalışırken 1686a maddesinde çocukla hukuki baba arasındaki sosyal ailesel ilişkiyi dikkate almaması

<sup>77</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 167.

<sup>78</sup> CLAUSIUS, Monika: "Auskunftsrecht des biologischen Vaters über das Kind", NZFam 2017, s. 894.

<sup>79</sup> PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2013, s. 2467.

<sup>80</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 172.

<sup>81</sup> PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2013, s. 2468.

<sup>82</sup> BÜTE, Dieter: "Änderungen der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes", FRP 2005, s. 5.

<sup>83</sup> HEIDERHOFF, Bettina: "Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken", NJW 2016, s. 2630.

<sup>84</sup> HEIDERHOFF, NJW 2016, s. 2632 vd.

## 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





eleştirilmiştir.<sup>85</sup> Hukuki baba ile çocuk arasında son derece güzel bir sosyal ailesel bağ olsa da biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurmasının aile barışını bozacağı ileri sürülmüştür.<sup>86</sup>

Bu maddeyle Alman hukukunda soybağına ilişkin yapılan hukuki düzenlemelerde büyük değişiklikler yaratıldığı, böylece bir çocuğun iki babasının olabileceği fikrinin kabul edildiği, ancak söz konusu bu durumun ne Federal Alman Anayasası ne de Alman Medeni Kanunu ile uyuştugu savunulmuştur.<sup>87</sup> Biyolojik babanın çocuğuyla kişisel ilişki kurma, çocuğu hakkında bilgi almasının kişilik hakkını düzenleyen Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesinin bir parçası olduğu, buna karşın hukuki babanın ise velayet hakkı ve ailenin korunmasını düzenleyen Federal Alman Anayasası'nın 6. maddesi çerçevesinde korunan hakları olduğunu ve bu maddenin düzenleniş biçimiyle hukuki babanın 6. madde kapsamında korunan temel haklarına çok fazla müdahale edilmiş olacağı ileri sürülmüştür. Zira 1686a maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde hukuki baba, biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını engelleyecek herhangi bir imkana veya mekanizmaya sahip değildir.<sup>88</sup> Biyolojik babaya bir takım sorumluluklar yüklenmeden sadece haklar tanınması eleştirilmiştir.<sup>89</sup> Daha önceki mahkeme kararları incelendiğinde soybağı/hısımlık konusunda bir tarafa yükümlülükler yükletilmeden hakların tanınmasının son derece sorunlu olduğu ileri sürülmüştür.<sup>90</sup> Ancak biyolojik babaya da sorumluluk tanınması halinde anayasal olarak aynı hak ve borçlara sahip olan aynı statüde iki baba yaratılacağını bunun ise aile kavramı ve soybağını düzenleyen hükümlerle bağdaşmayacağı belirtilmiştir.<sup>91</sup>

AIHM kararlarından yola çıkılarak Federal Alman Anayasası tarafından korunan temel haklara aykırı düzenlenmelerin yapılmasının kabul edilemeyeceği, Anayasa'nın 6. maddesinin asıl amacının aile hayatını korumak olduğu belirtilmiştir.<sup>92</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesiyle biyolojik babaya aslında AIHM tarafından istenenden daha fazla haklar tanıdığı ileri sürülmüştür.<sup>93</sup>

Kadının, evlilik birliği devam ederken başkasıyla yaşadığı birliktelik sonucunda biyolojik babanın çıkıp gelmesinin hem anne hem de çocuk için çok zararlı sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Kanımızca da mevcut ailenin boşanma ile sona ermesi dışında farklı olayların yaşanabileceği, anne ve çocuğun yaşam haklarının bile ihlal edilebileceğinin dikkate alınması gerekir. Bu norm anne ile bir defa cinsel ilişkiye giren, sorumluluk almak istemeyen hatta kadının kurmuş olduğu yeni yaşamında huzurunu bozmak isteyen biyolojik babalar tarafından son derece kötüye kullanılacak düzenleme olarak değerlendirilmiştir.<sup>94</sup> Bu normun sorunları çözmek yerine genelde biyolojik baba ile hukuki ebeveynler arasında sıkıntılar yaratacağı belirtilmiştir.

<sup>85</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 10; KEUTER, Wolfgang: "Die Rechtsprechung des BVerfG im Familienrecht seit 2014", NZFam 2015, s. 537; LANG, Christiane A.: "Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters", FPR 2013, s. 235.

<sup>86</sup> PESCHEL-GUTZEIT, NJW 2013, s. 2468.

<sup>87</sup> LANG, FPR 2013, s. 235; BGH NJW 2013, s. 2469.

<sup>88</sup> PESCHELGUTZEIT, NJW 2013, s. 2468.

<sup>89</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 110.

<sup>90</sup> LÖHNIG, FamRZ 2015, s. 807 KEUTER, ZKJ 2013, s. 487.

<sup>91</sup> ALTROGGE, 1686a BGB Nr. 110.

<sup>92</sup> LANG, FPR 2013, s. 235.

<sup>93</sup> LANG, FPR 2013, s. 235.

<sup>94</sup> KEUTER, ZKJ 2013, s. 485.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA





Ayrıca yaşına bakılmaksızın çocuğun 2 babaya sahip olması çocuğun güven duygusunu zedeleyecektir. Yine ergenlik döneminde çocuğun hukuki babayla annesi arasındaki her tartışmasında veya her türlü istekleri yerine getirmede biyolojik babasını kullanması da söz konusu olabilir. Aynı konularda farklı tavsiyelerde bulunan, farklı düşünen iki babanın olmasının çocuğun kişisel gelişimini olumsuz etkileyeceği belirtilmiştir. Biyolojik baba olmadan önce çocuğun hukuki babasıyla yaşadığı bazı sorunlar daha kolay bir şekilde çözüme kavuşturulurken, iki babaya sahip olan çocuğun ufak tefek sorunlarını bile daha fazla abartabileceği ve böylelikle aile huzurunun daha kolay bozulabileceği savunulmaktadır. Zira çocuğun artık sığınabileceği, güvenebileceği başka bir babası bulunmaktadır. Uygulamada mahkemelerin biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurmasının çocuğun menfaatine aykırı olduğu gerekçesiyle bu maddeyi çok fazla uygulamaması gerektiği belirtilmiştir. Hukuki baba ile biyolojik baba arasında güç gösterisi yaşanacağı ve çocukların özellikle babaların güç gösterilerinden uzak tutulması gerektiği belirtilmiştir.<sup>95</sup> Bu maddenin biyolojik baba tarafından anne ve babaya karşı güç gösterisi için kullanılacağına ve bu maddenin çocuğa daha fazla sıkıntılar yükleyebileceğine vurgu yapılmıştır.

Çocuk açısından babayla kişisel ilişki kurmak bir zorunluluk olup bir hak olarak değerlendirilmemektedir. Yani biyolojik baba isterse onunla kişisel ilişki kurmak zorunda olan çocuk, babanın kendisiyle kişisel ilişki kurmasını isteyememekte bu hususta biyolojik babasını zorlayamaması da eleştirilmektedir. Ayrıca 1686a maddesinin koşullarının son derece belirsiz ve yoruma açık olduğu, bu nedenle de uzun vadede hukuki güvenliği bozacağı belirtilmiştir.

Bu madde ile biyolojik babanın sadece haklarının korunduğu, gelecekte bu madde kapsamında biyolojik babaya tanınan hakların daha fazla genişletileceği ileri sürülmüştür. Örneğin çocuk evlatlık verilecekse biyolojik babasının mı yoksa hukuki babasının mı rızasının alınacağı gibi birçok hususun yeniden düzenlenmesi gerektiği ve evlat edinmede biyolojik babaya hak tanınmasının son derece yerinde olacağı belirtilmiştir. Bu madde kapsamında biyolojik babaya sorumluluk yüklenmediği için çocuk biyolojik babayı ziyaret edecekse doğacak masrafları hukuki ebeveynleri ödemek zorundadır. Biyolojik babanın çocukla kişisel ilişki kurması anında çocuğa yapmış olduğunu masrafları (sinema ücreti) hukuki ebeveynler lehine yapmış olduğu için bu masrafları vekaletsiz iş görme kapsamında talep edecektir. Ama çocukla kişisel ilişki kurulmasının koşullarından birinin bunun çocuğun menfaatine olması gerektiği, bu nedenle haklı olarak masrafları karşılamayı bu kadar fedakârlığı üstlenmeye hazır olmayan birinin kişisel ilişki kurmasının doğru olmayacağı belirtilmiştir.<sup>96</sup>

Anayo olayından yola çıkılarak 1686a maddesi uyarınca sadece biyolojik babaya haklar tanındığı<sup>97</sup> oysaki annenin de yumurta bağışladığı durumların dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Annenin yumurta bağışladığı ve doğuran kişi olmadığı durumlarda annenin de çocukla arasında soybağı ve kişisel ilişki kurulmasını veya çocuk hakkında bilgi almayı isteyebileceği, bu düzenlemenin mevcut haliyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Başka bir anlatımla biyolojik babaya tanınan haklar biyolojik

<sup>95</sup> KLOSTER-HARZ, FamFR 2013, s. 339.

<sup>96</sup> GRZIWOTZ, Herbert: "Umgangs- und Auskunftsrechte für den biologischen Vater" FF 2012, s. 383 vd.

<sup>97</sup> LÖHNIG, FamRZ 2015, s. 807, KEUTER, ZKJ 2013, s. 487.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



anneye tanınmamaktadır. İleride bu maddenin özellikle anonim sperm vermeyen erkekler tarafından sıkça kullanılacağı ileri sürülmüştür.

Biyolojik babanın 1686a maddesi uyarınca sadece kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında bilgi alma hakkı varken, sosyal ailesel ilişkisi olan erkekle çocuk arasında soybağını iptal edememesi de eleştirilmiştir. Biyolojik babaya çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma hakkı vermek yerine biyolojik babanın çocuğuyla bir başka erkek arasında bulunan soybağını iptal etme hakkının kolaylaştırılması ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasının sağlanması daha mantıklı olacaktır. Böylelikle hem biyolojik hem hukuki baba olarak iki farklı kişi çocuğun dünyasında yer almayacaktır.

#### IV. Biyolojik Babanın Haklarının Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Türk hukukunda çocukla bir erkek arasında kurulmuş olan bir soybağı varsa biyolojik baba 295. maddenin son fıkrası uyarınca tanıma yoluyla çocuğu arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını talep edemeyeceği gibi, 303. madde uyarınca babalık davası da açamaz. Yine Türk hukukunda çocukla doğal soybağı ile hukuki soybağının bir arada olmasının arzulan bir durum olmasına rağmen çeşitli sebeplerden dolayı bu iki soybağı türü birbirine uymayabilmektedir. Her ne kadar Türk hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik homolog dölllenme dışındaki yöntemlere izin vermese de uygulamada koca dışında bir erkeğin spermının kullanılması başta olmak üzere çeşitli sebeplerle biyolojik baba ile hukuki babanın aynı kişiler olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi başta olmak uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'mızın 17. maddesi uyarınca çocuğun genetik babasının kişisel kimliğini öğrenmesi, biyolojik babası ile kişisel ilişki kurması eğer çocuğun yararına hizmet ediyorsa engellenmemelidir. Bu nedenle çocuğun soybağının reddi ya da babalığın tespiti davasından farklı olarak biyolojik kökenini öğrenmesi için dava açma hakkının çocuğa tanınması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>98</sup> Biyolojik baba açısından altsoyun kimliğini öğrenme ve onunla arasında soybağının kurulmasını isteme kişilik hakkının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin de isabetle belirttiği gibi biyolojik babanın kendinden üreyen çocuğunun kimliğini, genetik bağının tespitini istemesi ve altsoyu ile ilişki kurmak istemesi hem kişilik hakkı hem de insan onuru kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>99</sup> O halde Türk hukukunda da babanın alt soyunun kimliğini öğrenme ve onunla kişisel ilişki kurma hakkı babanın kişilik hakkının bir parçasıdır. Ancak babanın söz konusu bu kişilik hakkının sınırını çocuğun menfaati belirleyecektir.

Çocuğun üstün yararı dikkate alınarak biyolojik babaya çocuğuyla başka bir erkek arasında var olan soybağını iptal etme hakkının tanınması gerekir. Türk Medeni Kanunu'nda soybağının reddine ilişkin 291. maddede baba ve çocuk dışında dava açacak ilgililer düzenlenmiştir. Bu maddeye göre dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt

<sup>98</sup> BAYSAL, Başak: "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt:1, İstanbul, 2010, s. 532; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: 28.02. 2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının ( BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl:7, Sayı:24 2016, s. 213.

<sup>99</sup> BverG NJW 2003, s. 2154; HEIDERHOFF, Bettina: "Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?", NJW 2016, s. 1918.



etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir. Bu maddede biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açabileceği belirlenmiştir ancak madde metni okunduğunda biyolojik babanın bu davayı ancak dava süresi geçmeden babanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması haliyle sınırlı olduğu görülmektedir. Oysaki biyolojik babanın çocuğun yararına uygun olması şartıyla çocuğuyla bir erkek arasında var olan soybağının iptal etmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz. Yine burada madde metni soybağının reddi olarak düzenlenmiştir; çünkü 286. madde ve devamındaki maddeler incelendiğinde amacın sadece koca ve çocuğa var olan bir soybağın reddetme hakkı tanımak olduğu anlaşılacaktır. Çocukla kendisi arasında soybağı olmayan biyolojik babanın açacağı davayı soybağının reddi değil, soybağının iptali olarak adlandırmanın daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Yine madde metninde kocadan bahsedilmiştir oysaki çocukla bir erkek arasında soybağı evlilik olmadan da gerçekleşebilir. Yani kadının kocası ve biyolojik baba olmayan bir erkekle de çocuk arasında soybağı kurulabilir. Örneğin çocuğu tanıyan erkeğin biyolojik baba olmadığı durumlarda biyolojik babanın soybağının reddi isteyip istemeyeceği gibi hususlar belirsizdir. 291. maddede belirli durumlarda baba olduğunu iddia eden kişiye çok sınırlı bir şekilde dava açma hakkı tanınmıştır.

Biyolojik babanın çocuğuna ilişkin konularda sorumluluk almaya hazır olduğu durumlarda çocuğun menfaatine uygun olması şartıyla biyolojik baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına izin verilmelidir. Anayo ve Schneider davalarında AHİM biyolojik babanın haklarına dikkat çekerek biyolojik babanın haklarını AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Alman hukukunda bu kararlar ışığında babaya sorumluluklar verilmeksizin çocukla kişisel ilişki kurma ve çocuk hakkında hukuki ebeveynlerden bilgi alması hakkı düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 1686a maddesinin eleştirilmesine rağmen biyolojik babanın özellikle çocukla soybağının kurulmasını kolaylaştıracak ve bunun sonunda çocuğun hayatında tüm hak ve borçlarıyla yer alacak bir babanın yer almasının daha doğru olacağı belirtilmiştir. Kanımızca Türk hukuku'nda biyolojik babanın hakları güçlendirilmelidir. Biyolojik babanın haklarının güçlendirilmesinden kastımız biyolojik babaya sorumluluklar verilmeden haklar tanınması değildir. Annenin, biyolojik babanın, hukuki babanın ve çocuğun temel haklarının dikkate alınarak bir menfaat dengesinin kurulması ve buna göre biyolojik baba ile çocuk arasında soybağı kurulmasının kolaylaştırılmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zaten kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 231. maddesinde çocuğun soybağın değiştirilen veya gizleyen kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nundaki bu madde kanun koyucunun doğal soybağı ile hukuki soybağının bir arada olmasını istediğini açık bir şekilde gözler önüne sermektedir. O halde biyolojik babaya çocuğuyla başka bir erkek arasında olan soybağın iptal etme hakkının verilmesi son derece önemlidir. Hukuki soybağı ile doğal soybağının uyuşması kamu



düzenine de hizmet eder. Ama biyolojik babanın haklarının sınırını çocuğun menfaati belirlemekte olup çocuğun menfaatine uygun olan aynı zamanda toplumunda menfaatine uygun olmalıdır.<sup>100</sup>

#### Kaynakça

ABİK, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı“ Prof. Dr. Şenel Akyol’a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, 1-75.

ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı), İzmir 2002.

BAYSAL, Başak: “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:1, İstanbul 2010, 493-533.

BÜTE, Dieter: “Änderungen der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes“, FRP 2005, s. 5 -6.

CLAUSIUS, Monika: “Auskunftsrecht des biologischen Vaters über das Kind“, NZFam 2017, s. 893-898.

COESTER, Michael: “Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption“ FamRZ 1995, 1245–1251.

ECKEBRECHT, Marc: “Die geänderte Stellung des Vaters“, NZFam 2016, s. 673-679.

ECKEBRECHT, Marc: “Neure Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte“, FPR 2005, s. 205-210.

GAUL, Hans Friedhelm: “Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz“, FamRZ 1997, s. 1441-1466.

GENENGER, Angie: Vom Erzeuger zum Vater? Die Rechtliche Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, Verlag Dr Kovac, Hamburg 2006.

GERNHUBER, Joachim: Familienrecht, 6. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2010.

GRÜN, Klaus-Jürgen: Vaterschaftsfeststellung und –anfechtung für die gerichtliche, anwaltliche und behördliche Praxis, Erich-Schmidt Verlag, Berlin 2003.

GRZIWOTZ, Herbert: “Umgangs- und Auskunftsrechte für den biologischen Vater“ FF 2012, s. 382-386.

HAMMER, Stephan: “Das neue Verfahren betreffend das Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“, FamRB 2013, s. 298- 302.

<sup>100</sup> ABİK, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı“ Prof. Dr. Şenel Akyol’a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 19.



HEIDERHOFF, Bettina: “Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?“, NJW 2016, s. 1918-1920.

HEIDERHOFF, Bettina: “Kann ein Kind mehrere Väter haben” FamRZ 2008, s. 1901-1908.

HEIDERHOFF, Bettina: “Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken“, NJW 2016, s. 2629-2634.

HELM, Tobias: “Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes?“, FamRZ 1997, s. 913-918.

HELMS, Tobias: “Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht“, FamRZ 2010, s. 1-8.

HELMS, Tobias: ”Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft Herausforderungen durch neue Familienformen“ NJW-Beil 2016 s. 49-54.

HÖFELMANN, Elke: “Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes“, FamRZ 2004, s. 745-751.

KEUTER, Wolfgang: “Neue Rechte für den biologischen Vater“, ZKJ 2014, s. 15-16.

KEUTER, Wolfgang: “Neue Rechte für den biologischen Vater, Teil 1: „Vaterschaft light“ – materielle Ansprüche“ ZKJ 2013, s. 484-488.

KEUTER, Wolfgang: “Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption“ NZFam 2017, s. 873 -878.

KEUTER, Wolfgang: “Die Rechtsprechung des BVerfG im Familienrecht seit 2014“, NZFam 2015, s. 537-543.

KILIÇOĞLU, Evren: “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri Ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması

-Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış“, MÜHF–HAD, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 279-307.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: 28.02. 2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl:7, Sayı:24 2016, s. 199-225.

KLOSTER- HARZ, Doris: “Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang und Auskunft“, FamFR 2013, s. 337-340.

LANG, Christiane A.: “Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“, FPR 2013, s. 233-236.

LÖHNIG, Martin: “Zivilrechtliche Aspekte der Samenspende de lege ferenda“, ZRP 2015, s. 76-77.

PESCHEL-GUTZEIT, Lore Maria: ”Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“ NJW 2013, s. 3617-3620.

REUß, Philipp M.: Beckonline Großkommentar 2018, § 1600 BGB.

ROTH, Wolfgang: “Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater“, NJW 2003, s. 3153-3160.

SHELLHAMMER, Kurt: Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006.

#### 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018

ALANYA



SCHLÜTER, Wilfried: BGB-Familienrecht 13. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009.

SCHUMANN, Eva: “Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater”, FamRZ 2000, s. 389- 396.

SCHWAB, Dieter: Familienrecht, 21. Auflage, C. H. Beck Verlag, 21. Auflage, München 2013.

VAN ELS, Hans: “Vaterschaftanfechtung und fehlende sozialfamiliäre Beziehung”, FPR 2011, s. 380-382.

WILL, Annegret: “Wer ist Vater im Sinne des Gesetzes?”, FPR 2005, s. 172-177.



