

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 22

Sayı: 2

2020



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2020



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 22

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2020



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2020

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 22 Sayı: 2 Yıl: 2020

**Yayın No:** 09.1300.0000.000/BY.020.079.1055

**ISSN:** 1303-6963

**Derginin Sahibi :** Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

**Sorumlu Müdür :** Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

**Yönetim Yeri :** T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

**Yayının Türü :** Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.  
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

**Editör :** Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

#### **Editör Yardımcıları :**

Doç. Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŖI (DEÛ, Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŖ (DEÛ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (DEÛ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (DEÛ, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŖEN (DEÛ, Hukuk Fakültesi)

#### **Yayın Kurulu :**

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Doç. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŖ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

#### **Danışmanlar Kurulu :**

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

**Yazışma Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR  
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09  
www.deu.edu.tr/hukuk

**Tasarım ve Mizanpaj :** Öğr. Görevlisi Serab ŖEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

**Basım Yeri :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

**Basım Tarihi :** 20.11.2020

**Basım Adedi :** 200

**Basım Yeri Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

DEÛ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir

Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin  
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

### **Öz Değerleri**

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

### **Temel Amacı**

**Akıl ve bilimin önderliğinde,  
çağdaş ve mutlu bir toplum için  
hukuku öğretmek ve geliştirmek**



## Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

### Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM (HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:

**Kitaplar için:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)

**Makaleler için:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kuruluna** sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 22 Sayı: 2 Yıl: 2020****İÇİNDEKİLER****MAKALELER****Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**

İbadethâne Hakkı: Uluslararası Diploması Hukukunda  
Neredeyse Unutulan Bir Diplomatik Ayrıcalık .....477-507

**Doç. Dr. Sibel SAFİ**

Ioane Teitiota Kiribati / Yeni Zelanda Davası ve BM İnsan Hakları  
Komitesi'nin İklim Mültecileri İle İlgili Tarihi Kararı .....509-540

**Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN**

Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve  
Mehrin Geri Alınması.....541-576

**Yrd. Doç. Dr. Demet ÇELİK ULUSOY**

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Cumhurbaşkanlığı  
Seçimlerinin Ertelenmesi ve Cumhurbaşkanının Göreve Devamına  
İlişkin Parlamento Kararının Yarattığı Anayasal Sorunlar .....577-632

**Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ**

Jean Bodin'in Siyaset Felsefesinde Devlet ve Egemenlik .....633-691

**Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA**

İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Uluslararası Hukuk:  
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Örneğini De İçeren  
Bir İnceleme.....693-748



VIII

**Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer EROĞLU**

**Arş. Gör. Duygu DEMİREL ÖZDEMİR**

Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 13 Hükmü İle Anonim  
Şirketlerin Kâr Payı Dağıtım Kararlarının Sınırlandırılması ..... 749-806

**Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU**

Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs.....807-855

**Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAOĞLU**

Kamu Alacağıın Korunmasına Yönelik Bir Önlem: 6183 Sayılı  
Kanuna Göre Teminat.....857-904

**Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR**

İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının  
Geçerlilik Sorunu.....905-946

**Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR**

İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık Yasası.....947-990

**Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN**

Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki  
Gizlilik Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler .....991-1019

**Öğr. Gör. Dr. Ayşen ÇİLENTİ KONURALP**

Türk-İsviçre Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün  
Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması ...1021-1051

**Arş. Gör. Dr. Barış DEMİRSATAN**

Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği .....1053-1088

**Arş. Gör. Ozancan BELCİ**

Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi  
Hukuku Açısından Değerlendirilmesi .....1089-1122

**Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE**

Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının  
Dava Türleri Bakımından İncelenmesi .....1123-1153

## KARAR İNCELEMESİ

**Cengiz Ozan ÖRS**

İdarenin Ecrimisil Talebine Yönelik Devlet İhale Kanunu'ndaki  
Beş Yıllık Sürenin Hukuki Niteliği, Tahakkuk ve Tahsil  
Aşamalarında Ayrı Davalar Açılması Sorunu  
(Karar İncelemesi) .....

1155-1204

**DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**

**Faculty of Law Review**

**Volume: 22 Number: 2 Year: 2020**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**Assoc. Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ**

Droit De Chapelle: An Almost Forgotten Privilege in the  
International Law of Diplomacy .....477-507

**Assoc. Prof. Dr. Sibel SAFİ**

Ioane Teitiota Kiribati / New Zealand Case and UN Human Rights  
Committee's Historical Decision on Climate Refugees .....509-540

**Assoc. Prof. Dr. Ahmet TÜRKMEN**

Mahr and Revocation of Mahr Based on the Court of Cassation's  
Donation Approach.....541-576

**Assist. Prof. Dr. Demet ÇELİK ULUSOY**

Constitutional Challenges Created by the Parliamentary  
Decision on the Postponement of Presidential Elections  
and the Continuation of the President's Office in Turkish  
Republic of Northern Cyprus.....577-632

**Assist. Prof. Dr. Serkan EKİZ**

Jean Bodin's Political Philosophy on State and Sovereignty .....633-691

**Assist. Prof. Dr. Mustafa ERÇAKICA**

Fighting Against Human Trafficking and International Law:  
An Evaluation Including the Example of the Turkish Republic of  
Northern Cyprus .....693-748

**Assist. Prof. Dr. Muzaffer EROĞLU****Research Assist. Duygu DEMİREL ÖZDEMİR**

The Restriction of Profit Share Distribution Decisions with the  
Provisional Article 13 of Turkish Commercial Code .....749-806

**Assist. Prof. Dr. Emin HÜSEYİNOĞLU**

Criminal Attempt in the Criminal Law of the Russian Federation .....807-855

**Assist. Prof. Dr. Ercan SARICAOĞLU**

A Measure for the Protection of Public Receivable: Guarantee  
According to the Law No. 6183.....857-904

**Assist. Prof. Dr. Asiye ŞAHİN EMİR**

Validity Problem of Arbitration (Private Arbitration) Clause in  
Labor Contract .....905-946

**Assist. Prof. Dr. Yasemin TAŞDEMİR**

Prohibition of Genetic Discrimination in Labour Law .....947-990

**Assist. Prof. Dr. Adem YELMEN**

Analysis of Confidentiality Clauses in Licensing Agreements  
for Computer Programs .....991-1019

**Lecturer Dr. Ayşen ÇİLENTİ KONURALP**

Reduction or Abrogation of Duty of Assistance Due to the  
Breach of Principle of Equity in Turkish-Swiss Law .....1021-1051

**Research Assist. Dr. Barış DEMİRSATAN**

Susceptibility of Inheritance Contracts to Unfair Advantage .....1053-1088

**Research Assist. Ozancan BELCİ**

Evaluation of Law of Bazaar and Neighborhood Guards in  
Terms of Criminal Procedure Law .....1089-1122

**Research Assist. Büşra KAZMAZ TEPE**

The Review of the Actions for Damages That Arise from  
Violation of Bodily Integrity with Respect to Types of Lawsuits ...1123-1153

## **JUDGEMENT REVIEW**

**Cengiz Ozan ÖRS**

The Legal Nature of Five Year Period Which is Directed  
Administration's Mesne Profits Demand in the State  
Procurement Law, The Problem of Opening Separate Cases  
in the Accrual and Collection Phases (Judgement Review) ..... 1155-1204

**İBADETHÂNE HAKKI:  
ULUSLARARASI DİPLOMASİ HUKUKUNDA  
NEREDEYSE UNUTULAN BİR DİPLOMATİK AYRICALIK**

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787604>

***Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ\****

**Öz**

*Zamanın akışı yeni kurallarca yönetilmesi gereken farklı ihtiyaçları kaçınılmaz olarak beraberinde getirir. Bu sürecin işleyişi hukuk alanında da görülebileceği üzere farklı dönemleri şekillendirmiştir. Meselâ, dinî özgürlükler sınırlandırıldığında, hattâ yasaklandığında, diploması hukuku büyükelçiler için yabancı ülkelerdeki rezidanslarında veya misyon binalarında ibadetleri için özel bir yere sahip olma hakkını - ibadethâne hakkını bahşetmiştir. Bu hak, bir büyükelçinin tüm ayrıcalık ve bağışlıklarının dayandırıldığı o dönemde kabûl edilen ülke dışılık teorisi üzerinde temellendirilmektedir. 19. yüzyılda bağnazlık karşısında dinî toleransların galebe çalmasıyla bu ayrıcalık bir bakıma zarurîlik özelliğini yitirmiştir. 20. yüzyılda, görüldüğü üzere, bu hak iyice yerleşmiş ve devletler arasında yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. Bu durum, özellikle 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesinde yansıtıldığı üzere diploması kurallarının kodifiye edilmesi esnasında ibadethâne hakkına ilişkin hükümlerin artık zarurî olmadığına işaret etmektedir. Acaba, gerçekte durum böyle midir? Bu makalede, ibadethâne hakkının, gerçekte içerik açısından açık bir biçimde ele alınıp alınmadığı, uygulama açısından da genel olarak etki kazanıp kazanmadığı belirlendikten sonra, bu hakkın, hâlen uluslararası diploması hukuku çerçevesinde pozitif bir hükümle düzenlenmesinin zarurî olup olmadığı değerlendirilecektir.*

---

\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [acamyamac@yahoo.com](mailto:acamyamac@yahoo.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8476-9110> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.03.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 24.03.2020/Makale Kabul Tarihi: 11.06.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Droit de chapelle, ibadethâne hakkı, diplomatik ayrıcalıklar, 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi, din*

**DROIT DE CHAPELLE:  
AN ALMOST FORGOTTEN PRIVILEGE IN THE  
INTERNATIONAL LAW OF DIPLOMACY**

**Abstract**

*The flow of time inevitably brings change, which in turn creates different needs that must be governed by new rules. The way that this process has shaped different eras can also be seen in the field of law. For example, when religious freedoms were restricted or even banned, diplomatic law allowed the privilege of droit de chapelle – the right for ambassadors to have a private place of worship in their residences and mission premises in foreign countries. This was founded on the then-accepted theory of ex-territoriality, on which all an ambassador’s privileges and immunities were based. By the 19th century, however, once religious tolerance had triumphed over bigotry, this privilege became unnecessary. During the 20th century, as it seems, this right became well established and widely practised among States. This might suggest that there was no longer any need for provisions relating to droit de chapelle while codifying the rules of diplomacy, particularly as reflected in the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. Yet, is this really the case? After determining if droit de chapelle really is common in practice and clear in content, this article considers whether it is still necessary to regulate it in a provision within the international law of diplomacy.*

**Keywords**

*Droit de chapelle, right to chapel, diplomatic privileges, 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations, religion*

## GİRİŞ

Uluslararası ilişkiler çerçevesinde diplomatik temsilcilere her daim oldukça çeşitli ayrıcalık ve bağışlıklar tanınmış ve tanınmaktadır. Bu itibarla, uluslararası hukukun en eski ve köklü kurallarını ihtiva eden uluslararası diplomasi hukukunun<sup>1</sup> en çok tartışılan konularından biri, şüphesiz, tanınan bu diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklardır. Bunun en temel nedeni ise, en azından bazı kesimlerin diplomatik ayrıcalık ve bağışlıkların tanınmasıyla birlikte kendi ülkeleri dâhilinde ayrıcalıklı bir sınıf yaratıldığına inanması olmaktadır<sup>2</sup>.

Söz konusu ayrıcalık ve bağışlıkların hukukî dayanakları ise çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu minvalde, ilgili ayrıcalık ve bağışlıkların hukukî dayanağı, günümüzde, baskın olarak iki temel teoriyi ön plâna çıkartmaktadır: temsil teorisi (*theory of representative character*) ve işlevsellik teorisi (*theory of functionalism*)<sup>3</sup>. Bu teorilerden ilkinde diplomatik ayrıcalık ve bağışlığın tanınması diplomatik temsilcinin devletini, halkını temsil etmesine bağlanmışken, ikincisinde ise diplomatik temsilcinin görevlerini kabûl eden devletin her türlü müdahalesinden uzakta ve gereği gibi yapabilmesine dayandırılmaktadır. Bu iki teorinin yanı sıra, uzun süre

---

<sup>1</sup> Bu itibarla, meselâ, *do Nascimento e Silva*, ilk ilkel toplumlar arasındaki temasın, dolayısıyla ilişkilerin temsilcinin dokunulmazlığının tanınmasıyla mümkün olduğunu belirterek, bu minvalde kronolojik olarak bunun uluslararası hukukun ilk kuralını teşkil ettiğinin düşünülebileceğine işaret etmiştir. Bkz. **do Nascimento e Silva**, G.E., *Diplomacy*, Encyclopedia of Public International Law, vol. I, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1995, s. 1028. Benzer şekilde, *Clark* da, bazı yazarların ilk diplomatın muhtemelen bir grup tarafından düşmanla görüşmeye gönderilen mağara adamı olduğunu ifade ettiğini dile getirerek, bunun imkân dâhilinde olmasının ancak konuşmasına izin verilmesi ve evine dönmesiyle olabileceğini vurgulamıştır. Bkz. **Clark**, E., *Corps Diplomatique*, Bristol, 1973, s. 105. Bununla birlikte, günümüzde anladığımız manasıyla diplomasinin ortaya çıkışı İtalyan Rönesansı'nın bir meyvesi olarak mütalâa edilmekte ve bu çerçevede de 12. ilâ 16. yüzyıllar arasında İtalyan şehir devletleri tarafından oluşturulan ortama işaret edilmektedir. Bkz. **do Nascimento e Silva**, G.E., *Diplomacy in International Law*, Leiden, 1972, s. 21.

<sup>2</sup> Bu konuda meselâ 1975 yılında *Washington Post* gazetesinde yer alan bir makalede diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklardan yararlananlar “insan türünün en elit kesimi” (*the most elite of the human species*) olarak adlandırılmıştır. Bkz. **Anderson, J. & Whitten**, L., *The Diplomatic Immunity Charade*, Washington Post, November 15 1975, s. C18.

<sup>3</sup> Diplomatik ayrıcalık ve bağışlıkların teorik hukukî dayanağına ilişkin daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Çamyamaç, A. & İnci, Z.Ö., *Diplomatik Ajanın Özel Hizmetçisinin Ceza Yargısından Bağışlığı*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2018, s. 3-5; Çamyamaç, A. & İnci, Z.Ö., *Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışlık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet*, Ankara, 2020, s. 40-46.



yararlanılan ancak kurgusal nitelik taşıması sebebiyle günümüzde terk edildiği görülen ve elçinin kabûl eden devlette değil gönderen devletin ülkesinde bulunduğu kurgusuna dayanan ülke dışılık teorisinin (*extraterritoriality/ exterritoriality*) ise, 17. yüzyılda ibadethâne hakkının dayanağının temelini oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Bu anlatılanların ışığı altında, 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi*'nin<sup>5</sup> giriş kısmında ayrıcalık ve bağımsızlıkların dayanağı ortaya konulurken “*Bu gibi ayrıcalıkların ve bağımsızlıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, Devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu müdrik bulunarak, ...*” şeklindeki düzenleme ile *diplomatik misyonların görevlerini etkin şekilde yapmalarından* bahsedilirken işlevsellik teorisine, *devletleri temsilden* bahsedilirken de temsil teorisine işaret edildiği açıkça görülmektedir.

Doğal olarak, bu konudaki temel uluslararası metin konumundaki 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nde günümüzde mevcut olan tüm diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklara yer verildiği düşünülebilecektir<sup>6</sup>. Oysa eski

<sup>4</sup> Bkz. **Mattingly**, G., *Renaissance Diplomacy*, New York, 1988, s. 242. Ayrıca, bkz. **Frey**, L.S. & **Frey**, M.L., *The History of Diplomatic Immunity*, Columbus, 1998, s. 360; **Hamilton**, K. & **Langhorne**, R., *The Practice of Diplomacy: Its Evolution, Theory and Administration*, 2nd Edition, Oxon, 2011, s. 52. Daha da belirgin olarak, **Oppenheim**, elçilerin ülke-dışılık kuramı altında sahip oldukları ayrıcalıkların altıncısı olarak ibadethâne hakkını göstermiştir. Bkz. **Oppenheim**, L., *International Law: A Treaties*, vol. I (Peace), 2nd Edition, London, 1912, s. 467.

<sup>5</sup> Devletler arasındaki diplomatik ilişkilerde temel metinlerden biri olarak addedilen ve temelde bu alandaki örf ve âdet kurallarını kodifiye eden 1961 tarihli *Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi* 24 Nisan 1964 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve günümüzde 192 devletin tarafı olduğu uluslararası bir sözleşmedir. Türkiye ise, adı geçen bu Sözleşmeye 6 Mart 1985 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Sözleşmenin orijinal metinleri için bkz. “Vienna Convention on Diplomatic Relations”, *United Nations-Treaty Series*, vol. 500, no: 7310, 1964, s. 95 vd. Türkçe resmî metni için bkz. Resmî Gazete 12.09.1984 Sayı 18516. Bundan sonra *1961 tarihli Viyana Sözleşmesi* olarak anılacaktır. Söz konusu Sözleşmenin yorumlanması ve değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. **Denza**, E., *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, New York, 1976; **Denza**, E., *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd Edition, Oxford, 2008; **Denza**, E., *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th Edition, Oxford, 2016; **Oelfke**, C., *Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: Commentaries on Practical Application*, Berlin, 2018. Sözleşmenin özellikle belirli maddeleri çerçevesinde Türkçe doktrinde değerlendirilmesi ve yorumlanması için ise, bkz. **Reçber**, K., *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku*, Bursa, 2011, s. 30-99.

<sup>6</sup> Her ne kadar konsoloslar için bu yönlü bir ayrıcalığın tanınması çok yaygın olmasa da, konsolosluk hukuku açısından da aynı hususun geçerli olduğu görülebilecektir. Nitekim *Phillimore*, konsolosların kendi evlerinde ibadet yerlerinin bulunmasına çok nadir

dönemlerde yer alan ve büyükelçinin konutu dâhilinde önemli ayrıcalıklardan birini teşkil eden ibadethâne hakkı âdeta unutulmuşçasına göz ardı edilmiştir. Bu minvalde, bu kısa çalışmada, ibadethâne hakkına ilişkin bir analiz gerçekleştirilmeye çalışılacak ve böylelikle bu göz ardı edilmişliğin doğru bir tavır olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır<sup>7</sup>. Bu çerçevede, makalenin yapısı; kavramın belirlenmesi, ibadethâne hakkının diploması hukukundaki yeri ve günümüzde bu ayrıcalığa ihtiyaç olup olmadığı, ayrıcalığın kapsamının değerlendirilmesi suretiyle ve eğer varsa bu ayrıcalığın ne şekilde olması gerektiğinin irdelenmesi biçiminde plânlanmıştır.

## I. KONUYA İLİŞKİN TERİMİN SEÇİLMESİ SORUNU

İngilizce kaynaklarda çoğu kez “*droit de chapelle*” olarak ifade edilen bu ayrıcalık, Türkçede de kullanılan ve küçük kilise anlamına gelen “*şapel*” kelimesinin doğrudan kullanılarak “*şapel hakkı*” veya bu çerçevede daha geniş anlamıyla “*kilise hakkı*” olarak Türkçeye çevrilebilecek olsa da, dünyadaki tek dinin Hıristiyanlık olmaması göz önüne alınarak çalışmada “*ibadethâne hakkı*” teriminin kullanılması tarafımızca uygun görülmüştür. Terimin bu şekilde kullanımının, bazı eserlerde “*ibadet etme hakkı*” (*right to worship*) olarak dahi ifade edilebilen bu ayrıcalığın<sup>8</sup>, bu kapsamda, yabancı

---

durumlarda izin verildiğini ifade etmiş ve örnek olarak Fransa ile Hansa Şehirleri arasında akdedilen 1716 tarihli Antlaşmanın ayrı ikinci maddesindeki düzenlemeye gönderme yapmıştır. Bkz. **Phillimore**, R., Commentaries upon International Law, vol. II, Philadelphia, 1855, s. 168 ve ayrıca dipnot: d. Konsolosluk hukuku çerçevesinde yaygın olmasa da tanınabilen bir ayrıcalık olan ibadethâne hakkının, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi’nde de ve onun öncesinde 1928 tarihli Konsolosluk Ajanlarına Dair Havana Sözleşmesi’nde de yer almadığı görülmektedir. İlgili Sözleşmelerin tam metinleri için sırasıyla bkz. “1963 Vienna Convention on Consular Relations”, *United Nations-Treaty Series*, vol. 596, no: 8638, 1967, s. 261 vd.; “1928 Havana Convention on Consular Agents”, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 22/3, 1928, s. 147-151. 1963 tarihli Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi’ne ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler, özellikle de konsolosluk ayrıcalık ve bağışlıkları için bkz. **Lee**, L.T., *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, London, 1991, özellikle s. 375-559. Türk doktrini içinse bkz. **Aybay**, R., *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı*, İstanbul, 2020, özellikle s. 217-267; **Reçber**, s. 103-131, özellikle s. 114-131.

<sup>7</sup> Nitekim doktrinde örneğin **Hardy** çok zorluklarla kabul ettirilen bu hakkın söz konusu düzenlemelerde yer bulmamasını eleştirir görünmektedir. Bkz. **Hardy**, M., *Modern Diplomatic Law*, Manchester, 1968, s. 41-42.

<sup>8</sup> Meselâ bkz. **Vattel**, de E., *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, (translated by Chitty), Indianapolis, 2008, s. 722-723; **Gallaudet**, E.M., *A Manual of International Law*, New York, 1879, s. 175; **Levi**,

eserlerdeki kullanımına daha yakın olması sebebiyle tercih edildiği ayrıca eklenmelidir<sup>9</sup>.

Öte yandan, kullanımlardan da görüleceği üzere, her ne kadar terim ibadethâne hakkı olarak seçilmiş olsa da, bu bir haktan öte ayrıcalıktır. Bu çerçevede, ayrıcalık terimi genellikle bağışıklık kavramıyla birlikte kullanılsa da, *Sucharitkul* tarafından, bu terimin diğerine göre daha olumlu bir anlam içerdiği, bu çerçevede mevcut ve önemli avantajların varlığına işaret ettiği belirtildikten sonra, özel olarak karşılıklı bir anlaşmayla kabul edilmedikçe hukukî haklar gibi uygulanabilirliğinin olmadığı, sadece karşılıklılık ilkesine tâbi olarak nezaket kurallarını teşkil ettiği vurgulanmıştır<sup>10</sup>. Böylelikle, biz genel terminolojiye uygun olarak ibadethâne hakkı kavramını kullansak da, esasen bunun bir ayrıcalık olduğu tekrar vurgulanmalıdır.

L., *International Law: With Materials for a Code of International Law*, New York, 1888, s. 123; **Hyde**, C.C., *International Law Chiefly Interpreted and Applied by the United States*, vol. II, 2nd Revised Edition, Boston, 1947, s. 1260-1261; **Wood**, J.R. & **Serres**, J., *Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures and Practices*, New York, 1970, s. 59; **do Nascimento e Silva**, 1972, s. 98; **Oelfke**, s. 153. **Hardy** de bu çerçevede egemeninin inançlarına göre ibadetin yerine getirilmesi olarak belirttiği bu hakkı Lâtincesi ile şu şekilde ifade etmektedir: *cuius regis eius religio*. Bkz. **Hardy**, s. 41. Ayrıca, bu konuda bir ayrıma giderek açıklamalar yapan *von Martens*'in değerlendirmelerine yer verilmesi uygun olacaktır. Bu çerçevede, yazar gündelik ibadet ile özelliikli ibadet (*sacres privés*) arasında bir ayrıma gitmiştir. Yazarın belirttiği üzere ilk ibadet şeklinin, yâni gündelik ibadet şeklinin herkes tarafından serbestçe gerçekleştirilmesi doğal hukukun bir parçasını teşkil etmektedir ve icrası için ayrıca izne gerek yoktur. Müteakiben, *von Martens* Katolik bir elçi açısından, zaruret durumunda, kabul eden devlet Katolik olsun veya olmasın, gündelik ibadetleri yerine getirmesinin yeterli olacağını belirtmiş ve özelliikli ibadetin yabancı bir elçi için zorunluluk teşkil etmediğine dikkat çekmiş; ancak, yine de elçinin bulunduğu ülkede dini yasaklanmışsa, sürekli bir elçilikte gündelik ibadetini yerine getirmesinin zorluğuna da işaret etmeyi ihmal etmemiştir. Bu çerçevede de, ülke-dışılık teorisinin elçi için yardımcı olabileceğini, fakat özellikle misyonun amaçları düşünüldüğünde bunun da yeterli olmadığını ve bu durumda da uluslararası örf ve âdet kurallarına dayanıldığını ifade etmiştir. Yazar, genelde uluslararası örf ve âdet kurallarının *sacres prévés*'yi tanıdığını, ancak yine de durumun özelliklerinin hesaba katılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **von Martens**, G.F., *A Compendium of the Law of Nations, Founded on the Treaties and Customs of the Modern Nations of Europe: to Which Is Added a Complete List of All the Treaties, Conventions, Compacts, Declarations from the Year 1731 to 1788, Inclusive, Indicating the Several Works in Which They are to be Found*, (translated by Corbett), London, 1802, s. 242-245.

<sup>9</sup> Bu konuda Türkçe kullanım için ayrıca bkz. **Çamyamaç**, A., *Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme*, Terazi (Aylık Hukuk Dergisi), Cilt 13 Sayı 145, Eylül 2018, s. 80.

<sup>10</sup> Bkz. **Sucharitkul**, S., *Immunities of Foreign States before National Authorities*, Recueil des cours, vol. 149, 1976-I, 1976, s. 95.

## II. İBADETHÂNE HAKKININ DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Ortaçağ'da mevcut olan dinî hoşgörüsüzlüklerin şekillendirdiği ibadethâne hakkının bu itibarla dönemin Avrupası'nda önemli bir yeri olduğu kuşku götürmeyen bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>11</sup>.

Öncelikle, Avrupa'da Protestanlığın ortaya çıkması ve bazı Avrupa devletlerince benimsenmesi Katolik ve Protestan çatışmalarını beraberinde getirmiş<sup>12</sup>; bu sebeple de büyükelçilere elçilik binasında küçük bir kilise kurma ve dinî ibadetlerini yerine getirme hakkı tanınmıştır<sup>13</sup>. Esasen bakıldığında 1550'lere kadar diplomatik uygulamada bu şekilde bir ayrıcalığa yer verilmediği<sup>14</sup>, VI. Edward'ın ve V. Charles'ın ısrarlı şekildeki uygulamalarının bir sonucu olarak bu tür bir ayrıcalığın doğduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

Tamamen siyasi nedenlerden ötürü önce İngiltere ve Fransa'da uygulanmaya başlandığı ifade edilen ibadethâne hakkının, İspanya ve İtalya'da ise şiddetle reddedildiği, hattâ İspanya'da bu konudaki ısrarın İngiliz Büyükelçiliğinin kapanmasına neden olduğu, İtalya yarımadasında ise içerisinde kendi kilisesini barındırabilecek Protestan elçiliklerin dışlandığı; ancak

<sup>11</sup> Belirtilmelidir ki, 16. yüzyılda İngiliz hukukçu *Zouche* elçiliklerin dört niteliğe göre ayrıldığını ifade etmiştir: “dinî elçilikler” (*religious embassies*), “seromonik elçilikler” (*ceremonial embassies*), “olağan elçilikler” (*ordinary embassies*) ve “zaruri elçilikler” (*necessary embassies*). Bkz. **Zouche**, R., *Iuris et Iudicii Feialis, sive, Iuris Inter Gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, vol. I (translated by Brierly), Washington D.C., 1911, s. 18. Tabii ki, burada bahsedilen günümüz anlamındaki sürekli elçiliklerden öte, temsilcilerdir.

<sup>12</sup> Bu çatışmaları sadece devletlerle sınırlamak doğru bir yaklaşım değildir. Örneğin, özellikle İngiltere'de o dönemde Protestanlar ve Katolikler arasında ciddi çatışmalar yaşanmıştır.

<sup>13</sup> Nitekim *Fox* da, ibadethâne hakkını, Reform sonrası diplomatik ilişkilerin ilerlemesinde önemli bir gelişme olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Fox**, J.R., *Dictionary of International and Comparative Law*, 3rd Edition, New York, 2003, s. 91. Benzer şekilde, bkz. **Phillimore**, s. 152; **McClanahan**, G.V., *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, London, 1989, s. 27.

<sup>14</sup> İşaret edilmelidir ki, sürekli diploması 15. yüzyılda başlayıp yaygınlaşmıştır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, ibadethâne hakkına ilişkin sorunun da sürekli elçiliklerin yaygınlaşmaya başlamasıyla birlikte bir 50 ilâ 100 yıllık dönem arasında belirginleştiği görülmektedir.

<sup>15</sup> Bkz. **Mattingly**, s. 242-243. Bu kapsamda, *Mattingly*, özellikle bulunan ülkede ne kadar tehlikeli görülürse görülsün ve skandal olarak nitelendirilirse nitelendirilsin, büyükelçilerin ve çalışanlarının, bağlılıklarının da bir göstergesi olarak, memleketlerinde kendilerine tanınan hak çerçevesinde ibadetlerini sürdürmek istediklerini aktarmaktadır.

30 Yıl Savaşlarının (1618-1648) arifesinde bu konuda bir iyileşme yaşandığı aktarılmaktadır<sup>16</sup>. İlerleyen dönemlerle birlikte bu ayrıcalığın tanınmasında ve yerleşmesinde, Protestan İsveç ve Hollânda'nın tutumlarının da göz ardı edilmemesi gerekir<sup>17</sup>. Nitekim 30 Yıl Savaşları öncesindeki dönemde, konuya ilişkin olarak dönemin İspanya'daki İngiliz Büyükelçisi *Man*<sup>18</sup> ile İngiltere'deki İspanyol Büyükelçisi *Quadra*'ya ilişkin yaşananlar örnek olarak gösterilebilir<sup>19</sup>. Özellikle *Quadra*'nın ibadethâne hakkıyla ilgili olarak zor duruma düştüğü ifade edilmektedir. Bu çerçevede, 1563 yılında polisten kaçan bir şahıs *Quadra*'nın elçilik rezidansına girmiş, arka kapıdan nehre atlayarak kaçmıştır. Buna ilâveten, *Quadra*'nın, elçilik binasında, Fransız Protestan murahhasın (*Huguenot envoy*) öldürülmesinden sorumlu bir kişiyi sakladığı iddia edilmiş ve tüm bunların sonucunda İngiliz yetkililer büyük-elçiliğin anahtarlarına el koymuş, kendisinin ise İngiliz hukukuna göre yargılanabileceği tehdidinde bulunmuşlardır. Daha da belirgin olarak İngilizler, büyükelçiliğin nehir tarafındaki kapısının kilitlerini değiştirmiş; kapıya da bir görevli koyarak sadece elçilik personelinin girişine izin vermişlerdir. Hattâ ayin saatlerinde elçilik kapılarının da kilitlenmesi yoluna gidilmiştir. Esasen bakıldığında, yaşanan olayların İngilizler için bir bahane oluşturduğu, sayılan tüm önlemlerin alınmasının asıl nedenin ise büyükelçinin arka kapıdan ayin dinlemek isteyenleri kabul etmesinin olduğu aktarılmıştır. Buna karşılık, 17. yüzyılın ortalarında ise, çoğunlukla kamuya açık olmayan şekilde ve her biçimde şahsî nitelikte dinî ibadet özgürlüğünün çeşitli derecelerde elçilere tanındığı belirtilmektedir<sup>20</sup>.

Öte yandan, Hıristiyanlıkta Katolik ve Protestan ayrımı sonucu ortaya çıktığı gözlemlenen ibadethâne hakkına dair, *Twiss*, Müslüman ve Hıristiyan ülkeler arasında da bu hakkın en başından beri uygulandığını dile getirmekten geri kalmamıştır<sup>21</sup>. Bu çerçevede, gerek *Wheaton*, gerek *Taylor* konuyu

<sup>16</sup> Bkz. **Mattingly**, s. 243.

<sup>17</sup> Bkz. **McClanahan**, s. 27.

<sup>18</sup> Hattâ *Man*'a yaşatılanlar sonrasında İngiltere'nin 35 yıl boyunca İspanya nezdinde sürekli elçi atmadığı; bunun yerine özel elçileri/temsilcileri kullanmayı yeğlediği belirtilmektedir.

<sup>19</sup> Bu örneklerle dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Frey & Frey**, s. 177-179.

<sup>20</sup> Bkz. **Textor**, J.W., *Synopsis Juris Gentium*, vol. II (translated by Bate), Washington D.C., 1916, s. 149.

<sup>21</sup> Bkz. **Twiss**, T., *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities on the Rights and Duties of Nations in Time of Peace*, Oxford, 1884, s. 371. Ayrıca, *Nahlık*'in de benzer şekilde bir değerlendirmede bulunduğu görülmektedir. Bkz. **Nahlık**, S.E., *Development of Diplomatic Law. Selected Issues, Recueil des cours*, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 270.

daha belirgin hâle getirerek, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki ve Doğu'daki diğer devletlerde<sup>22</sup> elçilerin ve konsolosların bu ayrıcalıktan yararlandıklarını belirtmişlerdir<sup>23</sup>. Konuya daha ayrıntılı açıklama getiren *Young*, Katolik, Protestan ve İslâm inancına göre yönetilen devletlerin Kral ve Padişahlarının büyükelçiler göndermenin zarurî olduğuna karar vermeleriyle birlikte bu büyükelçilerin, dönemin fanatik sayılabilecek yerel çetelerinin şiddetinden korunmalarını sağlamak ve dinlerini icra etmelerinden ötürü yerel cezalara çarptırılmalarının önüne geçmek amacıyla, bunlara tanınacak ayrıcalıkların, ciddî dinî sürtüşmelerin yaşandığı 16. yüzyılın gereklerine göre şekillendirildiğini ve böylelikle özellikle dinî ibadethâne hakkının geliştirildiğini ifade etmiştir<sup>24</sup>. Ötesinde, bu konuda rastlanılan en açık değerlendirmede *Textor* 1665'de Viyana'da Türk sefirin İslâm adetlerine göre dinî ibadetini yerine getirmesine izin verildiğini aktarmaktadır<sup>25</sup>. Burada hemen altı çizilmelidir ki, Osmanlı İmparatorluğu yurtdışından elçileri 15. yüzyıldan itibaren kabûl etmeye başlamışken, kendisi sürekli elçi göndermeye çok daha geç, 18. yüzyılın ortalarında III. Selim zamanında başlamıştır<sup>26</sup>.

Anlatılara ilâveten, konuyla ilgili olarak Osmanlı İmparatorluğu'ndaki yabancı elçilikler inceleme altına alındığında, evveliyatla belirtilmesi gereken husus, İstanbul'da birçok devletin sürekli büyükelçi ikame etmesine karşılık, ilk zamanlarda ve uzunca bir süre bu büyükelçilerin kiralık konutlarda oturduğu hususudur<sup>27</sup>. Bu minvalde, 1581'de sürekli sefarethane kurma

<sup>22</sup> *Taylor* nazik bir biçimde "Oriental" nitelemesini kullanırken, *Wheaton* "Barbary" nitelendirmesini kullanmıştır.

<sup>23</sup> Bkz. **Wheaton**, H., *Elements of International Law*, London, 1878, s. 304; **Taylor**, H., *A Treatise on International Law*, Chicago, 1901, s. 344.

<sup>24</sup> Bkz. **Young**, E., *The Development of the Law of Diplomatic Relations*, *British Yearbook of International Law*, vol. 40, 1964, s. 146. Öte yandan, *Frey ve Frey*, 19. yüzyılla birlikte dinî toleransın belirgin bir biçimde oturmuş olmasından dolayı ibadethâne hakkına dair tartışmaların Avrupa dışındaki alanlar çerçevesinde ele alınmaya başladığını aktarmıştır. Bkz. **Frey & Frey**, s. 347.

<sup>25</sup> Bkz. **Textor**, s. 149.

<sup>26</sup> Konuya ilişkin bkz. **Kuran**, E., *Avrupa'da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçiliklerin Siyasî Faâliyetleri 1793-1821*, Ankara, 1988, s. 13-22. Ayrıca, bkz. **Nussbaum**, A., *A Concise History of the Law of Nations*, Revised Edition: 4th Printing, New York, 1962, s. 125; **Tuncer**, H., *Eski ve Yeni Diplomasi*, 4. Baskı, Ankara, 2005, s. 50.

<sup>27</sup> Elçiliklerde ibadethâne bulunması hususu bir yana, İstanbul'daki Katolik Kiliselerinin Avusturya veya Fransa'nın himayesi altında olduğu, Ortodoks Kiliselerinin ise Rusya'nın himayesi altında olduğu aktarılmaktadır. Bkz. **Satow**, E., *A Guide to Diplomatic Practice*, vol. I, London, 1917, s. 314. Daha açık ifade etmek gerekirse,

izni alan Fransa'nın 16. yüzyılın sonunda bunu hayata geçirdiği aktarılmaktadır<sup>28</sup>. Hollanda büyükelçisinin ise, Ermeni bir aileden kiraladığı konağı 1675 yılında satın aldığı ifade edilmektedir<sup>29</sup>. İsveç'in ise kalıcı bir misyon oluşturmasının başlangıç tarihi 1735'ler olarak ortaya konulsa da, büyükelçilik binası için toprak alınma tarihi 10 Mayıs 1757 tarihi olarak belirtilmektedir ki; dönemin İsveç Büyükelçisi *Celsing*, bugün İsveç Sarayı olarak anılan ve İstanbul Konsolosluk binasını teşkil eden binanın olduğu bu alandaki binaları kısa sürede onartarak yerleşmiştir<sup>30</sup>. Büyükelçiliklerin kendilerine ait binaları edinmesi eğiliminde en geç kalanlar arasında yer alan İngilizler ise, İstanbul'da kendilerine ait ilk binayı 1805 yılında tamamlatabilmişlerdir<sup>31</sup>. Günümüzde bir kısmı devletlerinin İstanbul Başkonsololuğunu teşkil eden o dönemin tüm bu elçilik konutlarının/komplekslerinin, başta yangın olmak üzere çeşitli sebeplerle yeniden inşa edilmiş ve/veya tadil edilmiş olsalar da, her daim bünyelerinde kiliseyi haiz oldukları gözlenmektedir<sup>32</sup>.

18. ve 19. yüzyılda yoğun biçimde uygulandığı gözlense de 20. yüzyıla gelindiğinde, bu hakkın uygulanmasına yer verilmediği görülmüş<sup>33</sup> ve özellikle de dinî toleransın artık dünyadaki tüm devletlere yayılmasından dolayı birçok yazar bu hakkın düzenlenmesine gerek dahi olmadığını belirtmiştir<sup>34</sup>.

---

elçilikler dışında Hıristiyanlar zaten İstanbul'da kiliseler kurabilmişler ve bunların korunması, görüldüğü üzere, belirli devletlere verilmiştir.

<sup>28</sup> Bkz. **Casa**, J.M., İstanbul'da Bir Fransız Sarayı: Fransa ile Türkiye Arasında 500 Yıllık İttifak/Le Palais de France à Istanbul: Un demi-millénaire d'alliance entra la Turquie et la France, İstanbul, 1995, s. 20.

<sup>29</sup> Bkz. **Hoenkamp-Mazgon**, M., İstanbul'da Hollanda Sarayı: 1612'den beri Elçilik Binası ve Sakinleri, 2. Baskı, İstanbul, 2006, s. 40.

<sup>30</sup> Bkz. **Theolin**, S., İstanbul'da Bir İsveç Sarayı: İsveç ile Türkiye Arasında Bin Yıllık İşbirliği/The Swedish Palace in Istanbul: A Thousand Years of Cooperation between Turkey and Sweden (çeviri: S. Okyay), İstanbul, 2000, s. 53 ve 67-68. Bu mülkün, aynı zamanda İsveç Devleti'nin yurtdışında edindiği ilk mülk olma özelliğini de haiz olduğu belirtilmektedir. Bkz. *ibid.*, s. 67.

<sup>31</sup> Bkz. **Berridge**, G.R., British Diplomacy in Turkey, 1583 to the Present: A Study in the Evolution of the Resident Embassy, Leiden, 2009, s. 13. İlgi çekici unsur, bu büyükelçilik binasının aynı zamanda İngiliz Devleti'nin sahibi olduğu ilk büyükelçilik binasını teşkil etmiş olmasıdır. Bkz. *ibid.*

<sup>32</sup> Bkz. **Casa**, s. 20; **Theolin**, s. 71; **Berridge**, s. 15.

<sup>33</sup> Bu konuda meselâ **Murty** 18. yüzyıla birlikte bu ayrıcalığın önemini yitirdiğini vurgulamaktadır. Bkz. **Murty**, B.S., The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order, New Haven, 1989, s. 380. Benzer şekilde bkz. **do Nascimento e Silva**, 1972, s. 98. Ayrıca bkz. *supra* dipnot: 24.

<sup>34</sup> Bkz. *infra* dipnot: 43.

Nitekim başta 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi olmak üzere diplomatik ilişkilere dair düzenlemeler içeren tüm Sözleşmelerde<sup>35</sup> bu yönlü bir hükme açık bir biçimde yer verilmemiş olduğu görülmektedir.

### III. İBADETHÂNE HAKKININ TANIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu hakkın günümüzde gerekli olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmadan evvel ibadethâne hakkına ilişkin ayrıcalığın tanımının yapılması yerinde olacaktır ve böylelikle de söz konusu bu ayrıcalığın kapsamına dair bir belirlemeye gidilmesi kolaylaşacaktır. Öncelikle bu hakkın ülke-dışılık teorisine<sup>36</sup> dayandırıldığını ifade eden *Chisholm* şu şekilde bir tanımlamaya gitmiştir: “*temsilciler tarafından ... evleri dâhilinde dinî ibadetlerini serbestçe gerçekleştirme hakkıdır*”<sup>37</sup>.

*Jennings* ve *Watts* ise, kilise hakkı başlığı altında bu ayrıcalığı şu şekilde tanımlamışlardır: “*Bu ... kendi inancını uygulamak için özel kiliseye sahip olma ayrıcalığıdır*”<sup>38</sup>.

Diğer bir tanım da, ibadethâne hakkı, *Berridge* ve *James* tarafından bir diplomatik misyonun binalarında kilise bulundurma ve dinî nitelikte servisler düzenleme hakkı olarak ortaya konulmuştur<sup>39</sup>.

*Fox* ise, benzer şekilde, ibadethâne hakkını, kilise (şapel) açmaya ve diplomatik personel için inançlarına uygun dinî törenler düzenlemeye dair diplomatik ayrıcalık olarak betimlemiştir<sup>40</sup>.

Tüm bunlara ilâveten, *Grant* ve *Barker* ise, modası geçmiş bir ayrıcalık olarak nitelendirdikleri bu hakkı basitçe “*kilise (şapel) hakkı*” olarak nitelendirmişlerdir<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Konuya ilişkin sözleşmelerin bir listesi için bkz. *infra* dipnot: 42.

<sup>36</sup> Bkz. *supra* dipnot: 3 ve 4.

<sup>37</sup> Bkz. *Chisholm*, H., *Diplomacy, Encyclopedia of Britannica: A Dictionary of Arts, Science, Literature and General Information*, vol. VIII (Demijohn-Edward), 11th Edition, Cambridge, 1910, s. 299.

<sup>38</sup> Bkz. *Jennings*, R. & *Watts*, A., *Oppenheim's International Law*, vol. I (Peace), 9th Edition, Bath, 1996, s. 1103.

<sup>39</sup> Bkz. *Berridge*, G.R. & *James*, A., *A Dictionary of Diplomacy*, 2nd Edition, New York, 2003, s. 88.

<sup>40</sup> Bkz. *Fox*, s. 91.

<sup>41</sup> Müttekip cümlede ise, yazarlar tarafından *Oppenheim*'in açıklamalarına da yer verildiği görülmektedir. Bkz. *Grant*, J.P. & *Barker*, J.C., *Parry & Grant Encyclopædic Dictionary of International Law*, 3rd Edition, New York, 2009, s. 168.



Yukarıdaki tanımlar incelendiğinde, bunların *prima facie* birbirlerine oldukça yakın oldukları mütalâa edilebilecek olsa da, esasen dikkatli bir analizle bu tanımların birbirinden farklılıklar içerdiği görülecektir. Tanımlardan birinde örneğin bu hakkın büyükelçinin evinde kullanılacağı ifade edilmiştir. Aynı tanımda, dinî ibadetleri serbestçe yerine getirme hakkından bahsedildiği görülmektedir. Buna karşılık, diğer tanımlarda, hakkın kavramsal anlamına da uygun düşecek şekilde, elçilik binaları içerisinde kilise açma hakkından bahsedilmektedir. Ancak, bir tanımda açılan bu kilisede genel dinî hizmetler görülebileceği, diğerinde ise diplomatik personel için ve onların dinî inançlarına uygun dinî törenlerden bahsedildiği gözlenmektedir. Bunlara ilâveten, bu tanımları getiren yazarların tümü, bir şekilde, bu ayrıcalığın günümüzde önemini yitirdiğini vurgulamaktan da geri kalmamışlardır.

Sonuç olarak, tanımlardaki bu nüansların açıklığa kavuşturulması ve bu hakkın günümüzde yeri olup olmadığının tartışılması uygulamada da bu hakkın yerini belirleyecektir. Bunun yapılabilmesi içinse, günümüzde bu hakka ilişkin bir düzenleme olup olmadığı, doktrinin her ne kadar az da olsa konuya ilişkin belirlemelerinin ve tespit edilebilen devlet uygulamalarının değerlendirilmesinin incelenmesiyle mümkündür. Bu itibarla, müteakip iki başlık bu hususların analizine ayrılmıştır.

#### IV. İBADETHÂNE HAKKININ GÜNÜMÜZDEKİ YERİ

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, açıkça görülmektedir ki, günümüzde, diploması hukukuna ilişkin, özellikle ayrıcalık ve bağımsızlıkların düzenlendiği tüm temel metinlerde bu şekilde bir ayrıcalığa müspet olarak yer verilmiştir<sup>42</sup>. Bazı yazarlar<sup>43</sup>, bu minvalde, dinî toleransın gelişmişlik düzeyi çerçevesinde bu yönde bir hükme yer verilmesine gerek olmadığına işaret ederken, diğer bazı yazarların<sup>44</sup> ise ibadethâne hakkının daha genel bir

<sup>42</sup> Bu konuda, hiç şüphe yoktur ki, akla öncelikle 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi gelmektedir. Bunun haricinde, 1969 tarihli *Özel Misyonlara Dair Sözleşme* ve 1975 tarihli *Eyvensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi* ile tüm bunlar öncesinde kabul edilmiş olan 1928 tarihli *Diplomatik Yetkililere Dair Havana Sözleşmesi* bu konuda zikredilebilecek diğer önemli sözleşmeler arasında bulunmaktadır.

<sup>43</sup> Bkz. **Wood & Serres**, s. 59.

<sup>44</sup> Bkz. **do Nascimento e Silva**, 1972, s. 98 (*do Nascimento e Silva*, doktrinde yazarların bu şekilde iddiada bulunduğunu aktarıyor); **Denza**, 1976, s. 86; **Denza**, 2008, s. 143-144; **Denza**, 2016, s. 117-118. (*Denza* ilk basıdan itibaren konuyu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun belirlemesine de atıfla m. 22'yi incelediği bölüm altında değerlendirilmiştir.)

düzenleme teşkil eden 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin elçilik binalarını düzenleyen hükmü kapsamında ele alınabileceğinin altını çizdiği görülmektedir. Bu çerçevede, konuya ilişkin 22. madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“1. Misyon binaları dokunulmazdırlar. Kabul eden Devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça bu binalara girmezler.

2. Kabul eden Devlet, misyon binalarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel göreviyle yükümlüdür

3. Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağıştıkları”.

Maddenin başlığı, bunun ötesinde içeriği ele alındığında, bu maddede sadece misyon binalarının dokunulmazlığının düzenlendiği, söz konusu bu hükmün hiçbir yerinde açık veya zımnî bir biçimde ibadethâne hakkına yer verilmediği görülmektedir. Bu bağlamda, misyon binalarının genel olarak dokunulmazlıklarının kabûl edilmesinin bu binalarda ibadethâne oluşturulması da dâhil her türlü dinî ibadetin gerçekleştirilmesini de içerebileceği ileri sürülebilir. Ancak, bu minvalde 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 41. maddesi göz önünde tutulmalıdır<sup>45</sup>. Bu maddenin birinci fıkrasında diplomatik ayrıcalık ve bağıştıklıklardan yararlananların kabûl eden devletin kanun ve düzenlemelerine riayet etmesi öngörülürken, daha belirgin olarak aynı maddenin üçüncü fıkrasında misyon binalarının, *misyonun bu Sözleşmede belirtilen görevleri veya diğer genel uluslararası hukuk kuralları veya gönderen ve kabul eden Devlet arasında yürürlükte olan özel anlaşmalar ile bağdaşmayacak bir tarzda kullanılmayacağı* şeklinde bir hükme açıkça yer verilmiştir. Özellikle söz konusu üçüncü fıkra düzenlemesinin gerektiğinde kabûl eden devlet tarafından öne sürülmek suretiyle ibadethâne hakkının reddinin söz konusu edilebileceği düşünülebilir<sup>46</sup>. Böylelikle de, m. 22'de açık bir düzenleme olmadan, ilgili bu maddenin ibadethâne hakkını da

---

dirmektedir). Öte yandan, bu bağlamda Prof. Mastyn'nin Prof. Diena'ya mektubu da dikkate alınmalıdır. Bkz. *infra* dipnot: 64.

<sup>45</sup> Nitekim bu çerçevede doktrinde de, özellikle ibadethâne hakkının tartışmalı noktaları bağlamında, m. 41'e işaret edilmektedir. Bkz. **Denza**, 1976, s. 86.

<sup>46</sup> Bir devlet kendi ülkesinde belirli bir dini ve ona bağlı ibadetlerin gerçekleşmesini yasaklayabilir. Suudi Arabistan gibi bazı devletlerin topraklarında meselâ Yahudilik dinini yasaklanmaları gibi bilinen temel örneklerin (bu konuya ilişkin bağlantı için ayrıca bkz. *infra* dipnot: 48) yanı sıra, bu konuda meselâ Almanya'nın *Scientology* Tarikatı ve bu sözde dinin öğretilerini din olarak kabûl etmediği hatırlatılmalıdır.

kapsadığını ileri sürmek ne kadar doğru olacaktır; bu kanımızca, oldukça tartışmalıdır.

Gerçekten de, dini keskin biçimde kullanabilecek veya dinî hükümleri günlük kamu düzeni hâline getirmiş bir devlet karşısında veya dini genel anlamda yasaklayan bir devlet anlayışını benimsemiş bir devlet karşısında uluslararası hukukta açıkça ibadethâne hakkı içeren bir kuralın düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklik olarak mütalâa edilebilir. Nitekim *McAuliffe* 1933 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin SSCB'yi tanınmasıyla birlikte gerçekleştirilen ve iki devlet arasında diplomatik ilişkileri tesis eden 1933 tarihli Antlaşma ve çerçevesindeki düzenlemeleri örnek göstererek, özellikle Amerikan vatandaşlarına SSCB topraklarında sağlanan dinî ibadet serbestisi ve bu çerçevede dinî seremoniler gibi ayrıcalıkların ancak elçilik binaları bünyesinde vücut bulabildiğini aktarmıştır<sup>47</sup>. Daha yakın tarihli bir örnek Suudi Arabistan dâhilinde verilebilir. Bu çerçevede, dönemin Amerika Birleşik Devletleri büyükelçisiyle yapılan görüşmede, büyükelçi, Körfez Savaşı sırasında Suudi Arabistan'a konuşlandırılacak yaklaşık 500.000 Birleşik Devletler askerinin durumuna dair Kral *Fahd* ile varılan uzlaşmaya göre bunların misyonun idarî personeli sayılmasına karar verildiğini ifade etmiştir<sup>48</sup>. Aralarında Hıristiyanlar kadar Yahudilerin de bulunduğu bu topluluğun bu bağlamda ibadet serbestisinden yararlanabilecekleri ve böylelikle belki de büyükelçiyi bu düşüncenin yönlendirdiği mütalâa edilmektedir<sup>49</sup>.

Öte yandan, ele alınan bu hakkın içeriği de, hakkın günümüzdeki yerinin belirlenmesinde esas tutulacak etkenlerden biri konumundadır. Eğer gerçekten ibadetin yerine getirildiği mahal ile veya yapı ile sınırlı olarak konu değerlendirilecek ise, bu ayrıcalık doğrudan binayla ilgili olduğu için, bir üst paragrafta ortaya konulan çekincelerimizle birlikte, söz konusu hakkın yine de 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 22 kapsamında ele alınması kabûl edilebilecektir. Oysa yukarıdaki açıklamalarda belirtilen ve bazı yazarlarca gündeme getirildiği üzere, eğer ibadet hakkı olarak bu ayrıcalık daha geniş biçimde ele alınacaksa, bu durumda 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 22'ye başvurmak yeterli olmayacak, aynı zamanda şahsî dokunulmazlıkların devreye girmesi gerekecektir.

Toparlamak gerekirse, birçok yazarın belirttiği ve bu nedenle de günümüzde açıkça düzenlenmediği belirtilen bu ayrıcalığın *prima facie* görünenin

<sup>47</sup> Bkz. *McAuliffe*, W.C. Jr., *Jurisdictional Immunities*, International Legal Studies (Naval War College), vol. 62, 1980, s. 653.

<sup>48</sup> Bkz. *Berridge*, G.R., *Embassies in Armed Conflict*, New York, 2012, s. 138-139.

<sup>49</sup> Bkz. *ibid.*, s. 139.

aksine içeriğinin ve yerinin belirlenmesi o kadar da kolay değildir. Hattâ iddia edildiği gibi, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesinin de bu ayrıcalığı kapsayıp kapsamadığı, en azından bu bağlamda yeterli bir düzenleme olup olmadığı kuşku doğurmaktadır.

## V. İBADETHÂNE HAKKININ HUKUKÎ İÇERİĞİNE DOKTRİN GÖRÜŞLERİ BAĞLAMINDA GENEL BİR TARİHSEL BAKIŞ

Bu anlatılanlar haricinde, gerçekte böyle bir ayrıcalığın var olup olmadığı, sonrasında ise, eğer varsa bu hakkın uygulandığı dönemdeki içeriğinin ne olduğunun araştırılması ibadethâne hakkının güncel içeriğinin ortaya konulması için muhakkaktır ki isabetli olacaktır. Bu minvalde, öncelikle 19. yüzyıl sonunda ve 20. yüzyıl başında yazarların konuya dair açıklamalarına bakıldığında farklı düşüncelerin ortaya konulduğu görülecektir. Bu aşamada, öncelikle hakkın uygulandığı kabûl edilen dönemde bu uygulamanın doktrin tarafından neye dayandırıldığına irdelenmesi gerekmektedir.

Bu konuda en eski açıklamalardan birinde *Vattel* açıkça bu ayrıcalığın kaynağını hemen her ülkede uygulanan örf ve âdet kuralı olarak belirtmiştir<sup>50</sup>. Öte yandan, bazı yazarlar ise, ibadethâne hakkı adı altındaki ayrıcalıktan yararlanılmasını bu konudaki bir sözleşme veya sözleşme hükmüne veya uzun süredir ilgili devletler arasında bu ayrıcalığın uygulanıyor olmasına bağlamışlardır<sup>51</sup>. Benzer şekilde, yine *Phillimore*, bir elçinin, kendi konutunda, tamamen özel hayatı içinde, kendi dinini bir rahip aracılığıyla uygulayabilmesine imkân sağlanmasının iki temel koşul bağlamında, hem doğal hukuk hem de bağitlanan sözleşme dolayısıyla uluslararası hukuk çerçevesinde izin verilen bir uygulama olduğunu belirterek bu iki koşulu şu şekilde sıralamıştır: Bu ayrıcalığın kullanılmasının tek bir rahiple sınırlandırılıp o rahibin de söz konusu elçinin devletinin vatandaşı olması ve o dinin kabûl eden devletin ülkesinde, özellikle kendi buldukları çevrede kamusal olarak ya da özel şekilde icra edilmiyor olması<sup>52</sup>.

*Satow* ise, diplomatik ajanın kendi dinini icra etme hakkı çerçevesinde, bir rahip veya din adamı eşliğinde ibadetini yerine getirebileceği rezidansı

<sup>50</sup> Bkz. **Vattel**, s. 722. Benzer şekilde bkz. **Wood & Serres**, s. 59. *Vattel*, buna karşılık, kabûl eden devletin egemeni bu ayrıcalığın kullanımına, birtakım temel sebeplere dayanarak açıkça izin vermezse, artık bu ayrıcalıktan yararlanılamayacağını da eklemiştir. Bkz. **Vattel**, s. 723. *von Martens* de bu konuda uluslararası örf ve âdet kurallarına işaret etmekte, ancak yine de bu ayrıcalığın kullanılmasını durumun özelliklerinin şekillendireceğini belirtmektedir. Bkz. **von Martens**, s. 244-245.

<sup>51</sup> Bkz. **Wheaton**, s. 304; **Taylor**, s. 344.

<sup>52</sup> Bkz. **Phillimore**, s. 152-153.

dâhilinde bir kiliseye sahip olma hakkının *evrensel* olarak tanındığını ifade etmiştir<sup>53</sup>. Öte yandan, *Fiore*, diplomatik ajanın temel olarak uluslararası teamül tarafından uygun görüldüğü düşünülen hak ve ayrıcalıklardan yararlanabilmeyi talep edebileceğini belirttikten sonra, bu ayrıcalıklar arasında kendi dinini uygulayabilmeyi ve bunun sonucunda da bir kilise ve dinî seremonileri gerçekleştirmeye muktedir bir rahip ile yeteri kadar personele sahip olma hakkını saymıştır<sup>54</sup>.

Buna karşılık, *Twiss* ise, uluslararası hukuk çerçevesinde (*common law of nations*)<sup>55</sup> yabancı elçinin konutunda bir kilise ve din adamı bulundurma hakkının olmadığını, bu ayrıcalığın ancak ilgili devletler arasında gerçekleştirilecek bir anlaşmayla kullanılabileceğini ifade etmiştir<sup>56</sup>. *Oppenheim* ise, kendi dinini uygulaması için özel bir kiliseye sahip olma ayrıcalığının, kabûl eden devletin iç hukuku tarafından temsilciye tanınmış olması gerektiğini belirtmiştir<sup>57</sup>.

Doktrindeki bu görüşlerden de gözlenebileceği üzere, o dönemdeki yazarların ibadethâne hakkının dayanağına ilişkin görüşleri farklılık taşımaktadır. Bu çerçevede, söz konusu ayrıcalığın varlığı konusunda, bir kısım yazar teamüle veya genel uygulamaya dayanırken, bir kısım yazar bunun ancak bir sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Bazı yazarlar, kabûl eden devletin izin vermesi üzerinde dururken, bazı yazarlar ise bu ayrıcalıktan gerek bir sözleşme bağlamında, gerek uygulamayla yararlanılabileceğini ifade etmişlerdir. Özetlemek gerekirse, bu konuda doktrinde bir birlik bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, ibadethâne hakkının teamülî niteliği tartışmalı görünmektedir. Daha açık ortaya koymak gerekirse, doktrinde bu denli farklı görüşün olması ve bu görüşlerin bu ayrıcalığın kaynağına dair farklı olgulara işaret etmesi bu şekilde bir yorumu beraberinde getirmektedir. Ancak, belki ibadethâne hakkının salt kavram olarak teamülî niteliği olabileceği, bunun haricinde bu ayrıcalığın içeriği konusunda ise, tartışmaların gösterdiği üzere, bir uygulama birliğinin bile olmadığı isabetli bir mütalâa olarak kabûl edilebilecektir.

<sup>53</sup> Bkz. **Satow**, vol. I, s. 314.

<sup>54</sup> Bkz. **Fiore**, P., *International Law Codified and Its Legal Sanction or the Legal Organization of the Society of States*, (translated by Borchard from the 5th Italian Edition), New York, 1918, s. 237.

<sup>55</sup> “Ulusların Ortak Hukuku”.

<sup>56</sup> Bkz. **Twiss**, s. 370-371.

<sup>57</sup> Bkz. **Oppenheim**, s. 467-468.

Yine bu dönemde kodifikasyon amaçlı bazı taslak metinlerde ibadet-hâne hakkına yer verildiği görülmektedir. Bunlar içerisinde 1868 tarihli *Bluntschli* tarafından hazırlanan taslak metinde elçinin, ailesi ve konutunda kalan diğer kişilerin de mensubu oldukları dinin gereklerini serbestçe yerine getirebilecekleri, bunun için dinî seremonilerin de gerçekleştirileceği ve ancak sadece diplomatik personelin yararlanacağı bir kilisenin bulunabileceği gibi hususlara yer verilmiştir<sup>58</sup>.

1895 yılında Cambridge’de toplanan Uluslararası Hukuk Enstitüsü bünyesinde hazırlanan taslak metnin 10. maddesinde şu şekilde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: “*Elçi, o dinin kamusal nitelikli uygulamasına izin verilmeyen bir ülkede tüm dış gösterilerinden kaçınma şartına bağlı olarak kendi dini için konutunda bir kiliseye sahip olabilecektir*”<sup>59</sup>.

*Phillimore* tarafından Uluslararası Hukuk Cemiyeti’nin Viyana’daki 34. Oturumuna sunulan 1926 tarihli taslak metnin 20. kaleminde bir diplomatik ajanın serbestçe kendi dinine ilişkin vecibeleri yerine getirme ve bir şapeli haiz olma ve dinî seremonilerin gerçekleştirilmesi için bir rahip veya papaz ile yeterli personele sahip olma hakkının bulunduğu düzenlenmiştir<sup>60</sup>.

Konuya ilişkin diğer bir düzenlemeyi teşkil eden 1926 tarihli Uluslararası Hukuk Cemiyeti’nin Japonya Şubesi ve *Kokusaiho Gakkwai*<sup>61</sup> tarafından hazırlanan ve “Diplomatik Ajanların Ayrıcalık ve Bağışlıkları”yla İlgili Kurallar” başlığını taşıyan taslak metnin ilgili kısmının birinci maddesi yedinci fıkrası şu şekilde oluşturulmuştur: “*Diplomatik ajanlar akredite oldukları ülkede aşağıdaki şekilde ayrıcalık ve bağışlıklardan yararlanırlar; ... 7. Yerel duyguları hiçbir biçimde rencide edecek şekilde alenen*

<sup>58</sup> *Bluntschli* tarafından hazırlanan taslak metin için bkz. “Appendix 1: Bluntschli’s Draft Code 1868”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law-Diplomatic Privileges and Immunities*, vol. 26/1, 1932, s. 144-153, özellikle s. 148-149.

<sup>59</sup> Kısaca, *Cambridge Taslağı* olarak da anılan 1895 tarihli “Uluslararası Hukuk Enstitüsü Kararı”nın metni için bkz. “Appendix 3: Resolution of the Institute of International Law, 1895”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law-Diplomatic Privileges and Immunities*, vol. 26/1, 1932, s. 162-164, özellikle s. 163.

<sup>60</sup> Lord *Phillimore*’un hazırladığı konuya ilişkin taslak metin için bkz. “Appendix 8: Phillimore’s Draft Code, 1926”, *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law-Diplomatic Privileges and Immunities*, vol. 26/1, 1932, s. 177-180, özellikle s. 179.

<sup>61</sup> “*Kokusaiho Gakkwai*”, “Japon Uluslararası Hukuk Cemiyeti” (*International Law Association of Japan*) anlamını taşımaktadır.

*sergilenmemek koşuluyla, diplomatik ajanlar kendi resmî rezidanslarında dinî ibadetlerini gerçekleştirmek hakkını haiz olacaklardır.*"<sup>62</sup>.

1929 tarihli Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Sonuç Bildirgesinde konuya ilişkin taslağın misyon binalarına ilişkin sekizinci maddesinde misyon şefinin misyon binasında kendi inancı çerçevesinde bir kiliseye sahip olabileceği düzenlemesine yer verildiği gözlenmektedir.<sup>63</sup>

Ancak, 20. yüzyılın ilerleyen evrelerinde, bu ayrıcalıkla ilgili olarak farklı bir tutum takınıldığı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ulaşılan noktada, doktrinde, bu yönlü bir ayrıcalığın düzenlenmesinin gereği olmadığı görüşü ağır basmaktadır. Meselâ, Prof. Diena'ya hitaben Prof. Mastny tarafından yazılan konuya ilişkin mektupta, *Mastny*'nin ibadet serbestisinin tüm medenî ülkelerde genel olarak tanınmış olmasından ötürü, dinini yerine getirme hakkının hâlâ pratik bir sorun teşkil edip etmediğini sorguladığı ve ilâveten binaların dokunulmazlığının bu konuda yeterli korumayı sağladığını ileri sürdüğü görülmektedir.<sup>64</sup>

Tüm bu anlatılanlara ek olarak, bu konuda esas ön plâna çıkartılması gereken görüş, şüphe yoktur ki, 1956 yılında *Uluslararası Hukuk Komisyonu*'nun hazırladığı diplomatik ilişkilere dair kodifikasyon çalışmasında misyon binalarının dokunulmazlığına dair 16. maddenin açıklama kısmında yer verilen görüştür ki; bu görüşe göre *franchise de l'hôtel* kavramıyla<sup>65</sup> da bağlantılı olarak misyon şefinin rezidansında mensubu olduğu inancın ibadethânesine sahip olabileceği, bu çerçevede misyon binalarının dokunulmazlığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde kişisel ibadet özgürlüğünü içerdiği ve günümüzde misyon şefinin, ailesinin, misyon personelinin ve

<sup>62</sup> Uluslararası Hukuk Cemiyeti'nin Japonya şubesi ve Japon Uluslararası Hukuk Cemiyeti tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen konuya ilişkin taslak metin çalışması için bkz. "Appendix 10: Draft Code of the Japanese Branch of the International Law Association and the Kokusaiho Gakkwai, 1926", *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law-Diplomatic Privileges and Immunities*, vol. 26/1, 1932, s. 185-186, özellikle s. 185.

<sup>63</sup> "Le chef de mission peut avoir dans son hôtel une chapelle de son culte". Bkz. "Appendix 11: Resolution of the Institute of International Law, 1929", *American Journal of International Law Supplement: Research in International Law-Diplomatic Privileges and Immunities*, vol. 26/1, 1932, s. 186-187, özellikle s. 187.

<sup>64</sup> Bkz. **Mastyn** A., Letter from M. Mastyn to M. Diena, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 20/3, 1926, s. 175.

<sup>65</sup> *Franchise de l'hotel* kavramı diplomatik murahhasların resmî rezidanslarında yararlandıkları ikametgâh bağısıklığı olarak tarif edilmiştir. Bkz. **Gamboia**, M.J., A Dictionary of International Law and Diplomacy, Quezon City, 1972, s. 121. Ayrıca, bkz. **Berridge & James**, s. 108-109.

onların ailelerinin bu hakkı kullanabilecekleri ve böylelikle de büyükelçilik binasında bu amaç için bir ibadethânenin yer alabileceği belirtilerek, tüm bu hususlar bağlamında taslağa bu yönlü açık bir hüküm konulmasının gerekli görülmediği vurgulanmıştır<sup>66</sup>.

Nihayetinde, günümüzde aralarından *Denza* ve *Nahlik*'in de bulunduğu birçok yazar, bu durumu yine de sorgular görünmektedir<sup>67</sup>. Nitekim *Oppenheim*'in vurguladığı ve yukarıda da gündeme getirildiği üzere, her ne kadar modası geçmiş bir ayrıcalık olarak nitelendirilse de, belli şartlarda ve belirli uygulamalar çerçevesinde bu ayrıcalığın açık bir biçimde düzenlenmiş olmasına ihtiyaç duyulabilecektir. *Denza* eserinin üçüncü ve dördüncü başlıklarında, açıkça, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin akdedilmesi sonrasında birçok hususun değiştiğini ve belirli ülkelerde farklı dinî uygulamalara dair toleransın azaldığını, bu durumda da eski ibadethâne hakkının uluslararası örf ve âdet kuralları bağlamında tekrar gündeme getirilebileceğini ileri sürmüştür<sup>68</sup>. *Nahlik* de, her ne kadar devlet uygulamalarında terk edilmiş görünse de, ibadethâne hakkının bu konuda hoşgörüsüz bir yaklaşım içinde olan bir hükûmete karşı önem kazanabileceğine işaret etmiştir<sup>69</sup>. *Capone* ise, köken bağlamında bu anlayışın (ayrıcalığın), m. 22'ye dayandırılabilse de, binalara dair dokunulmazlık açısından değerlendirildiğinde, kavramların birbirleriyle çok az alâkalarının olduğunu vurgulamaktan geri kalmamıştır<sup>70</sup>. Bu kapsamda *Jennings* ve *Watts*, ibadethâne hakkının ortadan kaybolmadığını, ancak değerinin azaldığı ve özellikle dinî hoşgörüyü bir kenara iten devlete karşı hâlâ faydalı olabileceğini dile getirmişlerdir<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Bkz. "Draft Articles Concerning Diplomatic Intercourse and Immunities", *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, 1957, s. 137. Ayrıca, bkz. **Hardy**, s. 42; **Murty**, s. 380; **Capone**, D., *Diplomatic Asylum: A New Path Forward*, North Carolina Journal of International Law, vol. 41/2, 2016, s. 229. Öte yandan, gerek *Mattingly*, gerek *McClanahan* bu ayrıcalığın uygulandığı dönemde de, konunun oldukça hassas olmasından ötürü yazılı olmaktansa zımnî bir uygulama şeklinde görüldüğünü aktarmışlardır. Bkz. **Mattingly**, s. 280-281; **McClanahan**, s. 27. Belki bu görüşün bugün için de ileri sürülebileceği mütalâa edilebilir.

<sup>67</sup> Ayrıca, bkz. *supra* dipnot: 7.

<sup>68</sup> Bkz. **Denza**, 2008, s. 144; **Denza**, 2016, s. 118. Ancak, içeriğinin tartışmalı olduğu bu hakka ilişkin uluslararası örf ve âdet kuralı çerçevesinde dayanılmasının zorluğu kanımızca gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>69</sup> Bkz. **Nahlik**, s. 270.

<sup>70</sup> Bkz. **Capone**, s. 229 dipnot: 60.

<sup>71</sup> Bkz. **Jennings & Watts**, s. 1103 dipnot: 1 (ilk).



## VI. İBADETHÂNE HAKKININ GÜNÜMÜZDEKİ İÇERİĞİNİN TESPİT EDİLMESİ

Birçok yazar tarafından uygar uluslarca sorunsuz biçimde kabûl edildiği ileri sürülen bu ayrıcalık bağlamında, esas ilginç olan, söz konusu bu ayrıcalığın içeriğinin doktrindeki birçok yazar tarafından farklı farklı ortaya konulmuş olmasıdır.

Evveliyatla üzerinde durulması gereken husus, ibadet (dinî vecibelerini yerine getirme) hakkı ve ibadethâne hakkı şeklinde iki temel unsurdan oluşan bu ayrıcalığın bu unsurlar bağlamında birbirinden ayrılmaması gereğidir. Bu çerçevede, ibadethâne hakkı esasen ibadet etme özgürlüğünün, hakkının bir parçasını teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, bazı yazarların ibadet etme hakkı ayrıcalığından bahsetmesi, ele alınan bu spesifik ayrıcalıkla çatışmamaktadır. Sadece, bu ayrıcalığı çok daha genel ve kapsayıcı bir şemsiye altına almaktadır.

İbadethâne hakkı çerçevesinde tartışılan çeşitli hususlar arasında, tanınan veya tanınacak olan ibadethâne hakkından kimlerin yararlanacağı, ibadethânenin nasıl inşa edilebileceği, dışa yönelik belirgin ve belirleyici görsel ve duyuşal özelliklerin sergilenip sergilenmeyeceği gibi hususlar yer almaktadır.

Bu çerçevede, öncelikle, ibadethâne hakkından kimlerin yararlanacağı hususunun ele alınması uygun olacaktır. Bazı yazarlarca<sup>72</sup> ibadethânenin yararlanacaklar sadece diplomatik ajan ve/hattâ diplomatik misyon üyeleri olarak gösterilirken, bazı yazarlar<sup>73</sup> ise temsil edilen devletin uyruklarının da bundan yararlanacağına<sup>74</sup>, hattâ bazılarının ilgili dinin mensubu olan ve kabûl eden devlet uyruklarının dahi bu kapsama alınabileceğine<sup>75</sup> işaret ettikleri görülmüştür. Sonucu görüşün, yâni, kabûl eden devletin vatandaşlarının da, kabûl eden devletin dinine mensup olmayıp, gönderen devletin

<sup>72</sup> Bkz. **von Martens**, s. 245.

<sup>73</sup> Bkz. **Parry**, C., *International Governments and Diplomatic Privilege*, *Modern Law Review*, vol. 10/2, 1947, s. 112; **Oelfke**, s. 70.

<sup>74</sup> Buna karşılık, **Parry**, bu ayrıcalığın özellikle İngiltere örneğinden de hareketle, yabancı ülkede yaşayan ilgili büyükelçilik vatandaşlarının yararlandığı bir hizmete evrildiğini, hattâ dinî niteliğiyle birlikte vatanseverlik duygularını da bağdaştırdığını ileri sürmektedir. Bkz. **Parry**, s. 112-113.

<sup>75</sup> Elçilerin gönderildiği devletler bu tür bir uygulamanın önüne geçebilmek için iç düzenlemeler getirmiştir. Meselâ, 10 Mart 1630 tarihinde İngiltere Katolik vatandaşlarının, Katolik Devletlerin büyükelçiliklerinde gerçekleştirilen âyinlere katılmalarını yasaklayan bir düzenleme kabûl etmiştir. Bkz. **Trimble**, W.R., *The Embassy Chapel Question, 1625-1660*, *Journal of Modern History*, vol. 18/2, 1946, s. 98.

dinine mensup olmak koşuluyla elçilik binalarındaki ibadethânelerde gerçekleştirilecek olan dinî âyin ve seremonilere katılmaları görüşünün günümüzde çok istisnâî durumlar hariç uygulanmasını savunmak, devletlerin egemenlik anlayışıyla örtüşmeyecektir<sup>76</sup>. Ancak, kabûl eden devlet konumundaki bazı devletlerde o devletin uyrukluğunu haiz olsalar bile, özellikle asimilasyon politikaları çerçevesinde gerçekleştirilen baskılara maruz kalabilen azınlık konumundaki birey gruplarının bu hakkın kapsamına alınabileceğini kabûl etmek yanlış olmasa gerektir. Öte yandan, gönderen devletin uyruğu konumundaki bireylerin, elçilik binaları dâhilindeki ibadethânedeki yararlanmaları normal sayılabilir<sup>77</sup>. Buna karşılık, açıkça ifade etmek gerekirse, günümüzde birçok devletin ülkesinde, özellikle de başkentlerde, tüm dinlere ait ibadethâneler, tapınaklar mevcuttur. Bu durum göz önüne alındığında, yukarıda da belirtildiği gibi, dinî kısıtlamalara giden veya rijid dinî rejimler benimseyerek, kendi ülkesinde başka dinî ibadetin yerine getirilmesine izin vermeyen devletlerde bu ayrıcalığın önemi yadırganmayacağı gibi, bu durumlarda, yararlanacak kişiler de sadece diplomatik misyon şefi ile diplomatik misyon üyeleri ve yakınlarıyla sınırlı tutulmamalı, elçiliğin ait olduğu devletin uyrukluğundaki kişileri de kapsamalıdır. Öte yandan, diplomatik misyon üyeleri ve yakınları ile başta diplomatik misyon şefinin bu ayrıcalıktan yararlanacakları aşikârdır.

Öte yandan, özellikle eski dönemlerde büyükelçilere eşlik edenler arasında rahipler de bulunmakta<sup>78</sup> ve diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanmaktaydılar<sup>79</sup>. Bu konuda, *Zouche* öncelikle dinî şahısların veya memurların büyükelçiliklerde çalıştırılıp çalıştırılmayacağını sorgulamış; olumsuz yanlarına rağmen yine de tercih edilmeleri gerektiği yönünde açıklamalara ağırlık vermiştir<sup>80</sup>. Yine, *von Martens*, elçilere eşlik eden din adamlarının sadece elçilik konutu ve rezidansında yetkili olduklarını, bunun

<sup>76</sup> Bununla birlikte, *Oelfke*, başka devletlerin diplomatik ve konsolosluk temsilci ve görevlilerinin de bu âyinlere katılabileceğini belirtmiştir. Bkz. *Oelfke*, s. 70.

<sup>77</sup> Karşı görüş için bkz. *von Martens*, s. 245. Bu itibarla, *von Martens*, sadece kendisi, ailesi ve maiyeti için bu ayrıcalıktan yararlanacağını altını çizmiştir. Benzer şekilde bkz. *Lyons*, s. 371.

<sup>78</sup> Meselâ, İsveçlilerin dinlerini serbestçe icra edebilecekleri hakkını veren ticaret anlaşması çerçevesinde Uppsala Üniversitesi'nden *Tolius* 1737 Nisan'ında İsveç'in İstanbul temsilciğinin ilk rahibi olmuştur. Bkz. *Theolin*, s. 58.

<sup>79</sup> *Murty*, bu bağlamda, 16. ve 17. yüzyıllarda büyükelçinin kendi rahibinin misyon ekibinin bir parçası olduğu ve bağışıklıklardan yararlandığını aktarmıştır. Bkz. *Murty*, s. 380. Alman uygulamasını değerlendiren *Oelfke* ise, meselâ, artık elçilik özel rahiplerinin bir rolü olmadığını belirtmiştir. Bkz. *Oelfke*, s. 70.

<sup>80</sup> Bkz. *Zouche*, s. 90-91.

dışında kabûl eden devletin ülkesinin herhangi bir yerinde yetkili olmadıklarının ve faaliyette bulunamayacaklarını dile getirmiştir<sup>81</sup>. *Bynkershoek* büyükelçilerin ve elçilik mensubu kişilerin buldukları devletin yargısından muafiyetleriyle ilgili eserinde yer verdiği üzere, büyükelçinin yanında çalışan kabûl eden devlet vatandaşlarının durumunu değerlendirdiği bölümde Fransız Büyükelçisi *Thou*'nun yanında onun özel rahibi olarak çalışan *Dük Silva*'nın oğlunun durumuna değinmiş; büyükelçi ülkesine döndükten sonra onun hane halkını oluşturan bu şahsın kutsal görevlerini yerine getirmeye devam ettiğini, bunun için yakalandığını ve ancak büyükelçinin bir dilekçesi üzerine salıverildiğini aktarmıştır<sup>82</sup>. Bu konuda İngiltere'deki uygulamalara bakıldığında ise 1708 tarihli *Diplomatik Ayrıcalıklara Dair Kanun* öncesi durumun belirsiz olduğu<sup>83</sup>, adı geçen bu kanunla birlikte büyükelçinin hane halkının içerisinde bulunan şahıslara dair objektif kriterlerle yaklaşılarak sorunun ele alındığı, daha açık ifade etmek gerekirse iyiniyetle atanmış, büyükelçinin rezidansında kalan, gerçekten hizmet gören ve tam zamanlı çalışanların da diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanacağı kabûl edilmiştir<sup>84</sup>. Bu kapsamda, Portekiz'in Londra Büyükelçisine ait kilise korosunun İngiliz vatandaşı konumundaki ilk solistine ilişkin açılan dâvada<sup>85</sup>, hâkim, "... bir büyükelçinin, sınıfıyla, görevleriyle ve diniyle bağlantılı olarak rahatı/konforu için ne lâzımsa saygı gösterilmesi gerektiği görüşündeyim ..." şeklinde açık bir belirlemede bulunmuştur<sup>86</sup>. Ayrıca, ilâve edilmelidir ki,

<sup>81</sup> Bkz. **von Martens**, s. 246.

<sup>82</sup> Bkz. **Bynkershoek**, van C., *De Foro Legatorvm Liber Singvlaris: A Monograph on the Jurisdiction over Ambassadors in Both Civil and Criminal Cases*, (translated by Laing), Oxford, 1946, s. 76-77.

<sup>83</sup> Bir İspanyol Büyükelçisinin rahibinin yargılanarak cezalandırıldığı, oysa yine aynı dönemde bir İspanyol Büyükelçisinin rahibinin ise krala karşı kötü söylemde bulunma suçlamasına rağmen diplomatik bağımsızlıktan yararlandırıldığı aktarılmaktadır. İlâveten, *Frey* ve *Frey* Venedik büyükelçisinin Fransa'dan getirdiği özel rahibi *Cuthbert Clopton* için İngiliz Hükûmetinden güvence aldığı, ancak buna karşılık rahibin yine de yakalanıp idam cezasına çarptırıldığı ve infazdan bir gece evvel Kral'ın devreye girmesiyle serbest bırakıldığını aktarmıştır. Bu döneme ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Frey & Frey**, s. 180-181.

<sup>84</sup> Bkz. **Çamyamaç & İnci**, 2018, s. 8 ve dipnot: 13.

<sup>85</sup> 1823 tarihli *Novello v. Toogood Dâvası*. Dâvacı, belirtildiği üzere son 25 yıldır Portekiz Büyükelçisinin kilise korosunda ilk solist olarak görev yapmaktadır. Ancak, esas işi Kraliyet Tiyatrosunda suflörlüktür. Dâvanın konusu dâvacının evine izinsiz girilerek mallarının hazineye ilişkindir. Dâva hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Mervyn Jones, J.**, *Immunities of Servants of Diplomatic Agents and the Statute of Anne 7, C.12.*, *Journal of Comparative Legislation & International Law*, vol. 22/1, 1940, s. 23-25.

<sup>86</sup> Bkz. **Mervyn Jones**, s. 24; **Lyons**, s. 371. Ancak, hâkim yine de dâvacı aleyhine karar vermiştir. Bunun da gerekçesi, gerçekleştirilen eylemin dâvacının şahsiyle ilgili olması, sadece mallarını ilgilendirmesi şeklinde ortaya konulmuştur.

bu dâvadan görüldüğü üzere, en azından bir dönem için, ibadethâne hakkı değerlendirilirken sadece rahipler de söz konusu olmayabilecektir. Nitekim konuyla ilgili açıklamalarında *Fiore* bir rahip ile yeteri kadar personelden bahsetmektedir<sup>87</sup>.

Yazarların açıklamaları, İstanbul bağlamında verilen örnekler gibi hususlar da göz önüne alındığında, ibadethanenin, misyon binası veya bahçesinde veya duruma göre misyon şefinin rezidansı dâhilinde inşa edilebileceği sonucuna varılabilecektir. Ancak bir dönem, özellikle dinî hoşgörünün yaygın olmadığı ifade edilen dönemlerde, binanın dış görünüşünü etkileyecek şekilde ibadethanenin inşa edilmesinin, çanların duyulmasının, herhangi bir ulusal sembolün kullanılmasının uygun görülmediği anlaşılmaktadır. Nitekim *Phillimore* tüm bunların yapılabilmesinin kabûl eden devletin açık rızasına bağlı olduğunu dile getirmiştir<sup>88</sup>. Benzer şekilde, 19. yüzyıla gelindiğinde ibadethâne hakkı çerçevesinde çan çalmak gibi dışa yansıyan eylemlerden kaçınılmasının benimsendiği ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Günümüzde ise, mimarî açıdan bakıldığında kabûl eden devletin genel plânlamalarına uyulması yeterli olacaktır. Bunun dışında, kabûl eden devlet, ülkesinde inşa edilecek misyon binalarının, temelde, herhangi bir biçimde mimarî özelliklerine

<sup>87</sup> Bkz. **Fiore**, s. 237. Lord *Phillimore* tarafından Uluslararası Hukuk Cemiyeti'nin Viyana'daki 34. Oturumunda sunulan taslak metinde aynı tür ifade kullanıldığı hatırlanmalıdır. Bkz. *supra* dipnot: 60.

<sup>88</sup> Bkz. **Phillimore**, s. 153. Öte yandan, *Satow* dinî hoşgörüyle birlikte başka mezheplere ait kiliselerin inşasının söz konusu olduğunu ancak çan çalmanın yine de yasak olduğunu belirtmiş ve bir dönem İspanya'nın binanın amacının dıştan bakıldığında anlaşıl-maması hususunu zarurî kıldığını ilâve etmiştir. Bkz. **Satow**, vol. I, s. 314; **Satow**, E., *A Guide to Diplomatic Practice*, 3rd Edition, London, 1932, s. 210.

<sup>89</sup> Bkz. **Satow**, vol. I, s. 314; **Young**, s. 170. Benzer şekilde *Lawrence* de, konuyu değerlendirirken, elçilik binaları veya rezidansları bağlamında gerçekleştirilen ibadet hakkı kapsamında çan çalmak başta olmak üzere herhangi bir şekilde kamunun haberdar edilmesine yönelik hareketlerin yasak olduğunu dile getirmiştir. Bkz. **Lawrence**, T.J., *The Principles of International Law*, Revised & Rewritten 4th Edition, Boston, 1910, s. 318-319. Ayrıca ilâveten, *Young*, ibadethâne hakkının 19. yüzyılda ancak yerel olarak dinî inançların giderilemediği durumlarla sınırlandırıldığına da işaret etmiştir. Bkz. **Young**, s. 170. Çan çalmak gibi spesifik bir örnekleme gitmeden, *von Martens* elçinin dinin tüm ritüellerini yerine getirebileceğini, ancak bunun kamuya görünmeden yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **von Martens**, s. 245. *Hyde* ise, yabancı elçiliklerde, kendilerine sağlanan ibadet ayrıcalığından faydalanırken, yerel halkın farklı inançlarına ilişkin hassaslıklara dikkat edilmesi ve bunların rencide edilmemesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bkz. **Hyde**, s. 1260. Bu yönlü aynı zamanda 1895 tarihli Cambridge Taslağı (*supra* dipnot: 59) ile Uluslararası Hukuk Cemiyeti'nin Japonya şubesi ve *Kokusaiho Gakkwai*'nin ortak hazırladıkları metindeki (*supra* dipnot: 62) düzenlemeler akla getirilebilir.

karşı çıkmamaktadır. Açıkça, dış mimarî özelliklerin bu ayrıcalığın ilk uygulandığı dönemde gündeme getirilmesi olanağının bulunmadığını mütalâa etmek yanlış olmasa gerektir. Nitekim yukarıda da ortaya konulduğu üzere<sup>90</sup>, 16. ilâ 18. yüzyıllara denk gelen dönemlerdeki sürekli elçiliklerin genelde kiralık konutlar olduğu, ancak 18. yüzyılın sonu ile birlikte devletlerin sürekli elçilikleri için ilgili başkentlerde kendilerine ait mülkler edindikleri dikkatlerden kaçmamalıdır.

Bu ayrıcalığın kullanılmasına dair ortaya çıkan sorunlardan biri de, bu ayrıcalıktan yararlanılırken kullanılacak dil olmaktadır. Meselâ 17. yüzyılın ilk yarısında İngiltere'deki Katolik devletlerin büyükelçilerinin yerel dilde de vaaz verilebilmesi için İngiliz rahipler bulduklarını bilinmektedir<sup>91</sup>. Buna göre, kabûl eden devlet dinî hizmetin gönderen devletin dilinde gerçekleştirilmesini talep edebilecektir<sup>92</sup>. Bu çerçevede, 1846 yılında Papalık Devleti Prusya murahhasına, sefaretin ibadethânesinde gerçekleştirilen ayinlerin İtalyanca yapılmasına müsamaha gösterilmeyeceği uyarısında bulunmuştur<sup>93</sup>.

Bununla birlikte, haktan yararlanması gereken kişiler ve bunun nedenleri kısaca değerlendirilirken, tersi durumların oluşabileceği, örneğin, misyon şefinin baskı uygulayarak diğer çalışanları ibadethâneye bulunmaya zorlayabileceği de göz önüne alınması gereken bir noktadır<sup>94</sup>. Bunun da önüne geçilebilmesi adına, eğer bu konuya dair müspet bir düzenleme yapılacaksa, bir zorlamanın olmaması gerektiği hususunun da düzenlemede açıkça yer alması gerekmektedir.

Öte yandan, ibadethâne hakkının, tıpkı diğer ayrıcalık ve bağışlıklarda olduğu üzere, ilgili devletler arasında elçilik ilişkileri kesildiğinde sona ereceği belirtilmelidir. Ancak, *von Martens*'in de dikkat çektiği üzere, geçici durumlarda bu hakkın sonlanmadığı kabûl edilmelidir<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Bkz. *supra* II. Bölüm ve özellikle dipnot: 32.

<sup>91</sup> Bkz. **Trimble**, s. 97.

<sup>92</sup> **Wicquefort**'tan aktaran *Satow*, bkz. **Satow**, vol. I, s. 315; **Satow**, 1932, s. 211.

<sup>93</sup> Bkz. **Satow**, vol. I, s. 316; **Satow**, 1932, s. 211. Ayrıca, bkz. **Lyons**, s. 371.

<sup>94</sup> Diplomatik ayrıcalık ve bağışlıklardan yararlanan herkesin gönderen devletin vatan-daşı olma gibi bir zorunluluğunun bulunmadığı düşünüldüğünde bu durum daha da önem kazanmaktadır.

<sup>95</sup> Bkz. **von Martens**, s. 246-247. Meselâ, *von Martens*, o dönem için yaptığı değerlendirmelerde, elçinin geride ailesi kalıyorsa ve/veya yerine maslahatgüzar bırakıyorsa (1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 19/1 anlamında *ad interim* maslahatgüzar olarak değerlendirilebilir), bu hakkın sonlanmayıp devam edeceğini belirtmiştir.

## SONUÇ

Özellikle diplomatik ajanların ayrıcalık ve bağımsızlıklarının dayanağı olarak gösterilen teorilerden biri olan ülke dışılık teorisinin bu ayrıcalık ve bağımsızlıkların dayanağını açıklamada göz önüne alınmadığı günümüzde, bu teorinin doğmasına yol açmış olan ve Ortaçağ'ın hoşgörüsüzlük dönemini simgeleyen ibadethâne hakkının da, en azından düzenleme olarak tarihin tozlu sayfalarına gömülmesi şaşırıcı olmasa gerektir. Ancak, bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemesi, gerçekten ibadethâne hakkına ihtiyaç duyulmamasından mı, yoksa oldukça hassas olan bir konuda polemik yaratılmamaya çalışılmasından mı kaynaklanmaktadır; bu tartışmaya açıktır. Her ne kadar günümüzde bu konuda herhangi bir tartışma veya çatışma söz konusu olmasa da, ileri bir tarihte böyle bir çatışmanın olmayacağını kesinliğini iddia etmek kanımızca yine de güçtür. Hukuk, bir bağlamda öngörülebilir konularda önlemler alma ve bu çerçevede ihlalleri önleme ve düzenli yaşamı sağlama sanatı olarak da adlandırılabilir. Bu çerçeveden bakıldığında, oldukça hassas olan bu konuda bir düzenlemeye gidilmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilebilecektir. Özellikle dini çok katı şekilde uygulayan ve kendi dininden başka dini kabûl etmeyen bir devlet veya dini veya ibadetleri tamamen yasaklayan bir devlet karşısında önceden belirlenmiş genel kurallar çerçevesinde hareket edilmesi, bu yönlü ayrıcalığın sağlanması ve korunması yönünden kuşkusuz daha faydalı bir ortam yaratacaktır.

İddia edilenin aksine, ibadethâne hakkı tek başına bina dokunulmazlığına ilişkin genel düzenleme ile sağlanamaz. Birçok yazarın belirttiği üzere, ibadethâne hakkı esasen belli bir bina içinde bir dini icra etme, başka deyişle söz konusu dinle ilgili dinî vecibelerini yerine getirebilme hakkına da işaret etmektedir. Bu durumda, şahsî dokunulmazlıklar dahi gündeme getirilebilecektir. İlâve etmek gerekir ki, ibadet yapmak ve/veya ibadethâne ayrıcalığı, bilhassa 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 41 uyarınca doğrudan doğruya diploması ile ilgili olmadıkları (diplomatik faaliyet vasfı taşımadıkları) iddiası çerçevesinde sorgulanabilecektir. Öte yandan, dinden bahsedilirken, üç semavî din mensupları haricinde, günümüzde başka inanç sistemlerini benimseyenlerin de olduğu, bazı durumlarda en toleranslı devletlerin bile ülkeleri dâhilinde bu tür inançları yasaklayabildikleri göz ardı edilmemelidir. Bunun haricinde, her ne kadar misyonun iç meselesi gibi görülebilse de, ibadet hakkı, bir serbestlik biçimde de düzenlenmelidir. Bu bağlamda, misyon içerisinde farklı inançlara mensup kişiler söz konusuysa, bunların da durumlarının düşünülmesi ve misyon içerisinde özellikle de misyon şefi tarafından herhangi bir zorlamaya tâbi tutulmamalarının gerektiği unutulmamalıdır. Yine ayrıcalıktan yararlanırken, bulunan ülke devletine ve hal-

kına saygı gösterilmeli, misyonerlik faaliyetlerinden, en azından diplomatik misyon olarak kaçınılmamalıdır. Kısaca, tartışmasız gibi görünen, ama oldukça hassas düzenlemeleri gerekli kılan bir konu ile karşı karşıya olunduğu fark edilmeli ve buna göre genel bir düzenleme getirilmelidir. Ancak, uluslararası alanda, özellikle uzun bir süreç sonunda kabul edilen anlaşma metinlerinin yeniden düzenlenmesi veya mevcut düzenlemelere sorunsuz bir biçimde ek yapılması o denli kolay bir olgu değildir. Daha açık ifade etmek gerekirse, 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi başta olmak üzere ilgili metinlerde konuya dair bu yönde bir düzenleme yapılması pek de olası görünmemektedir. Ancak, yine de bu makalede ele alınan ibadethâne hakkı bağlamında bir düzenleme yapılacaksa genel hatlarıyla bunun nasıl yapılması gerektiği kısaca değerlendirilmelidir.

Altı çizilmelidir ki, bu makale konuya dair kesin bir düzenlemeyi ortaya koymak için yazılmamış; ancak bu konuda yapılabilecek bir düzenlemede temel olarak hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği, hangi unsurların ön plânda tutulmasının zarurî olduğunu belirlemek amacıyla tarihî bir perspektiften kaleme alınmıştır. Her şeyden evvel, konuya dair temel sözleşmelerde bir cümle ile de olsa tıpkı tüm ayrıcalık ve bağımsızlıkların belirtildiği gibi bu ayrıcalığın da açıkça varlığının belirtilmesi mutlaka yararlı olacaktır. Sadece ibadethânenin varlığı değil, aynı zamanda ibadet veya inançların icrasını da kapsayacak şekilde bir belirlemeye gidilmesi, kuşkusuz, daha yararlı olacaktır. Bunlara ilâveten, hangi dinlerin veya inanışların kapsam dâhiline alınacağı veya alınmayacağı açık bir düzenleme şeklinde yer almalıdır. Bu çerçevede, sadece semavî dinlerin mi kabul edileceği, yoksa diğer inanışların da kapsama alınıp alınmayacağı ve hattâ semavî dinler dışındaki inanışların kapsama alınması kararlaştırılırsa, bunların hangileri olabileceği objektif kriterler eşliğinde ortaya konulmalıdır. Öte yandan, olası bir düzenlemede, bu ayrıcalıktan kimlerin yararlanacağı ve bu ayrıcalığın uygulanmasında kimlerin temel rol oynayabileceği yine yer verilmesi gereken hususlar arasında olmalıdır. Böylelikle, ibadethâne hakkına dair geliştirilecek olası bir hüküm, temel olarak, sadece misyon üyelerinin bu ayrıcalıktan yararlanmasıyla sınırlandırılmalı ve özellikle kabul eden devletin egemenliği de göz önüne alınarak bu hakkın geniş bir şekilde düzenlenmemesi gerektiği vurgulanmalıdır. Ancak, eğer kabul eden devlette din konusunda ciddi kısıtlamalar ve yasaklamalar söz konusuysa, bu ayrıcalıktan yararlanması gereken listesine gönderen devletin kabul eden devlette bulunan uyrukları da dâhil edilebilecektir. En son olarak, bu ayrıcalıktan yararlanılırken, misyon şefinin misyon personeli üzerinde baskı kurmasını ve zorlamasını önleyecek türde birtakım düzenlemelere de yer verilmelidir.

Tüm bunlar bir yana, belki bu şekilde kesinlik taşıyan bir düzenleme olmaması, devletlerin bir arzusu olarak görülebilir. Ne de olsa gerektiğinde bu konuya ilişkin sorunlar, metin içerisinde verilen sınırlı sayıda da olsa örneklerden görüleceği üzere, ilgili devletler arasında yapılacak anlaşmalarla çözüme kavuşturulabilmektedir. Bu şekilde yapılacak anlaşmalarla sağlanan çözümün devletlere gerektiğinde siyasî manevra alanı yaratabileceği için tercih edilebilir olduğu düşünülebilir. Ancak, yine de ibadethâne hakkına dair genel bir kuralın konulmasının daha faydalı olabileceği yönündeki kanımız geçerliliğini korumaktadır. Çünkü belki güçlü devletler için gerektiğinde ikili anlaşmalarla bu yönlü bir çözüm sağlanması kolayken, siyasî alanda gücü sınırlı olan devletler için bu zorlayıcı nitelikte bir durum yaratabilecektir. Kaldı ki, bu konuda getirilebilecek düzenlemelerle manevra hakkının korunabileceği de unutulmamalıdır. Bu çerçevede, çok keskin ve ayrıntılandırılmış olmaktan uzak, fakat konuyu genel hatlarıyla düzenleyerek yeknesaklık sağlayacak ve böylelikle hukukî güvenliği tüm taraflar için mevcut kılacak bir düzenlemenin ortaya konulmasında fayda olacağı kuşkusuzdur.



**BİBLİOGRAFYA**<sup>96</sup>

- Anderson, J. & Whitten, L.**, The Diplomatic Immunity Charade, Washington Post, November 15 1975, s. C18.
- Aybay, R.**, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Bası, İstanbul, 2020.
- Berridge, G.R.**, British Diplomacy in Turkey, 1583 to the Present: A Study in the Evolution of the Resident Embassy, Leiden, 2009.
- Berridge, G.R.**, Embassies in Armed Conflict, New York, 2012.
- Berridge, G.R. & James, A.**, A Dictionary of Diplomacy, 2nd Edition, New York, 2003.
- Bynkershoek, van C.**, De Foro Legatorvm Liber Singvlaris: A Monograph on the Jurisdiction over Ambassadors in Both Civil and Criminal Cases, (translated by Laing), Oxford, 1946. (Reproduction of the Text of 1747)
- Capone, D.**, Diplomatic Asylum: A New Path Forward, North Carolina Journal of International Law, vol. 41/2, 2016, s. 221-247.
- Casa, J.M.**, İstanbul'da Bir Fransız Sarayı: Fransa ile Türkiye Arasında 500 Yıllık İttifak/Le Palais de France à Istanbul: Un demi-millénaire d'alliance entra la Turquie et la France, İstanbul, 1995. (Bilingual)
- Chisholm, H. (ed.)**, Diplomacy, Encyclopedia of Britannica: A Dictionary of Arts, Science, Literature and General Information, vol. VIII (Demijohn-Edward), 11th Edition, Cambridge, 1910, s. 294-300.
- Clark, E.**, Corps Diplomatique, Bristol, 1973.
- Çamyamaç, A.**, Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme, Terazi (Aylık Hukuk Dergisi), Cilt 13 Sayı 145, Eylül 2018, s. 73-92.
- Çamyamaç, A. & İnci, Z.Ö.**, Diplomatik Ajanın Özel Hizmetçisinin Ceza Yargısından Bağışıklığı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2018, s. 1-22.
- Çamyamaç, A. & İnci, Z.Ö.**, Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet, Ankara, 2020.
- Denza, E.**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, New York, 1976.

<sup>96</sup> Konuya dair ayrıca şu makaleye de bakılabilir: **Goy, R.**, Deux chapelles d'ambassade Lutheriennes a Paris de Grotius a Napoleon et le droit diplomatique, Hague Yearbook of International Law, vol. 12, 1999, s. 17-33.

- Denza, E.**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3rd Edition, Oxford, 2008.
- Denza, E.**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 4th Edition, Oxford, 2016.
- “Diplomatic Privileges and Immunities: Harvard Research”, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 26/1, 1932, s. 15-192.
- do Nascimento e Silva, G.E.**, Diplomacy in International Law, Leiden, 1972.
- do Nascimento e Silva, G.E.**, Diplomacy, Encyclopedia of Public International Law, vol. I, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1995, s. 1024-1033.
- Fiore, P.**, International Law Codified and Its Legal Sanction or the Legal Organization of the Society of States, (translated by Borchard from the 5th Italian Edition), New York, 1918.
- Fox, J.R.**, Dictionary of International and Comparative Law, 3rd Edition, New York, 2003.
- Frey, L.S. & Frey, M.L.**, The History of Diplomatic Immunity, Columbus, 1999.
- Gallaudet, E.M.**, A Manual of International Law, New York, 1879.
- Gamboa, M.J.**, A Dictionary of International Law and Diplomacy, Quezon City, 1972.
- Grant, J.P. & Barker, J.C.**, Encyclopædic Dictionary of International Law, 3rd Edition, New York, 2009.
- Hamilton, K. & Langhorne, R.**, The Practice of Diplomacy: Its Evolution, Theory and Administration, 2nd Edition, Oxon, 2011.
- Hardy, M.**, Modern Diplomatic Law, Manchester, 1968.
- Hoenkamp-Mazgon, M.**, İstanbul’da Hollanda Sarayı: 1612’den beri Elçilik Binası ve Sakinleri, 2. Baskı, İstanbul, 2006.
- Hyde, C.C.**, International Law Chiefly Interpreted and Applied by the United States, vol. II, 2nd Revised Edition, Boston, 1947.
- Jennings, R. & Watts, A.**, Oppenheim’s International Law, vol. I (Peace), 9th Edition, London, 1996.
- Kuran, E.**, Avrupa’da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçilerin Siyasi Faâliyetleri 1793-1821, Ankara, 2008.

- Lawrence**, T.J., *The Principles of International Law, Revised & Rewritten* 4th Edition, Boston, 1910.
- Lee**, L.T., *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, London, 1991.
- Levi**, L., *International Law: With Materials for a Code of International Law*, New York, 1888.
- Lyons**, B.A., *Diplomatic Immunities-Some Minor Points*, *British Yearbook of International Law*, vol. 34, 1958, s. 368-374.
- Martens von**, G.F., *A Compendium of the Law of Nations, Founded on the Treaties and Customs of the Modern Nations of Europe: to Which Is Added a Complete List of All the Treaties, Conventions, Compacts, Declarations from the Year 1731 to 1788, Inclusive, Indicating the Several Works in Which They are to be Found*, (translated by Corbett), London, 1802.
- Mastyn**, A., *Letter from M. Mastyn to M. Diena*, *American Journal of International Law Supplement*, vol. 20/3, 1926, s. 166-175.
- Mattingly**, G., *Renaissance Diplomacy*, New York, 1988. (published from the 1955 Edition)
- McAuliffe**, W.C. Jr., *Jurisdictional Immunities*, *International Legal Studies* (Naval War College), vol. 62, 1980, s. 646-666.
- McClanahan**, G.V., *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems*, London, 1989.
- Mervyn Jones**, J., *Immunities of Servants of Diplomatic Agents and the Statute of Anne 7, C.12.*, *Journal of Comparative Legislation & International Law*, vol. 22/1, 1940, s. 19-31.
- Murty**, B.S., *The International Law of Diplomacy: The Diplomatic Instrument and World Public Order*, New Haven, 1989.
- Nahlik**, S.E., *Development of Diplomatic Law. Selected Issues*, *Recueil des cours*, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 187-364.
- Nussbaum**, A., *A Concise History of the Law of Nations, Revised Edition: 4th Printing*, New York, 1962.
- Oelfke**, C., *Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: Commentaries on Practical Application*, Berlin, 2018.
- Oppenheim**, L., *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace), 2nd Edition, New York, 1912.
- Parry**, C., *International Governments and Diplomatic Privilege*, *Modern Law Review*, vol. 10/2, 1947, s. 97-121.

- Phillimore**, R., Commentaries upon International Law, vol. II, Philadelphia, 1855.
- Reçber**, K., Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku, Bursa, 2011.
- Satow**, E., A Guide to Diplomatic Practice, vol. I, London, 1917.
- Satow**, E., A Guide to Diplomatic Practice, 3rd Edition, London, 1932.
- Sucharitkul**, S., Immunities of Foreign States before National Authorities, Recueil des cours, vol. 149, 1976-I, 1976, s. 87-215.
- Taylor**, H., A Treatise on International Public Law, Chicago, 1901.
- Textor**, J.W., Synopsis Juris Gentium, vol. II (translated by Bate), Washington D.C., 1916. (translated from 1680 Edition in Basel)
- Theolin**, S., İstanbul'da Bir İsveç Sarayı: İsveç ile Türkiye Arasında Bin Yıllık İşbirliği/The Swedish Palace in Istanbul: A Thousand Years of Cooperation between Turkey and Sweden (çeviri: S. Okyay), İstanbul, 2000. (bilingual)
- Trimble**, W.R., The Embassy Chapel Question, 1625-1660, Journal of Modern History, vol. 18/2, 1946, s. 97-107.
- Tuncer**, H., Eski ve Yeni Diplomasi, 4. Baskı, Ankara, 2005.
- Twiss**, T., The Law of Nations Considered as Independent Political Communities on the Rights and Duties of Nations in Time of Peace, Oxford, 1884.
- Vattel**, de E., The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury, (translated by Chitty), Indianapolis, 2008. (Translated from 1797 Edition)
- Wheaton**, H., Elements of International Law, London, 1878.
- Wood**, J.R. & **Serres**, J., Diplomatic Ceremonial and Protocol: Principles, Procedures and Practices, New York, 1970.
- Young**, E., The Development of the Law of Diplomatic Relations, British Yearbook of International Law, vol. 40, 1964, s. 141-182<sup>97</sup>.
- Zouche**, R., Iuris et Iudicii Feccialis, sive, Iuris Inter Genter, et Quaestionum de Eodem Explicatio, vol. I (translated by Brierly), Washington D.C., 1911.

---

<sup>97</sup> *Eileen Denza*'nın evlenmeden ve *Denza* soyadını almadan evvel kaleme almış olduğu bir makaledir.



## IOANE TEITIOTA KIRIBATI / YENİ ZELANDA DAVASI VE BM İNSAN HAKLARI KOMİTESİ'NİN İKLİM MÜLTECİLERİ İLE İLGİLİ TARİHİ KARARI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.800899>

*Doç. Dr. Sibel SAFİ\**

### Öz

*1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu'nun 1(A).maddesinde mülteci; "ırkı, dini, milliyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşü nedeniyle zulme uğrama korkusu yaşayan"<sup>1</sup> uluslararası bir sınırı geçen kişi olarak tanımlanır. İklim mültecileri her ne kadar literatürde mülteci olarak anılsalar da bu kişiler 1951 Cenevre Konvansiyonu kapsamında mülteci sayılmazlar. Çünkü sözkonusu olan bu kişiler Konvansiyon'un talep ettiği şekilde şiddet veya zulüm nedeniyle ülkesinden kaçmamaktadırlar. Doğal olayların şiddet içermeyen doğası, yaşam hakları tehdit altında olan bu kişilere Konvansiyon kapsamında bir kaçış gerekçesi değildir. İleri dönemde, iklim olaylarının göçün birincil itici gücü olacağı öngörülmektedir ve alanda genişlemeye ihtiyaç duyulacağı muhakkaktır. Doğa olaylarının sığınma zemini olarak dahil edilmemesi mülteci hukuku alanında bir boşluğu göstermektedir. BM İnsan Hakları Komitesi, iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı iltica talebi reddedilen bir bireyin şikayetine ilişkin ilk kararında, devletlerin yaşam hakkını ihlal eden iklim değişikliğinden/çevresel bozulmadan kaynaklanan koşullarla karşılaşan kişilerin sınır dışı edilemeyeceğini belirtmiştir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan BM İnsan Hakları Komitesi'nin tarihi kararı, iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı sığınma hakkı arayan kişilerin şikayetine ilişkin bu alandaki sığınma taleplerine kapı açacaktır. Mülteci tanımının farklı unsurlarına ilişkin farklı mahkeme kararları, devletler arasında değişen mülteci tanıma kriterlerine yol açarken, sığınmacılar için durum belirsizlikler içermektedir. Bu sebeple mülteci hukuku açısından içtihat oluşturabilecek her yeni karar önem arz etmektedir. Bu çalışmaya konu olan karar da devlet uygulamalarına ve dolayısıyla da mahkeme kararlarına öncülük edebilecek nitelikte tarihi bir karardır.*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: sibelsafi@yahoo.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6689-4639> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.09.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.09.2020/Makale Kabul Tarihi: 18.09.2020)

<sup>1</sup> 1951 Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, [http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin\\_hukuki\\_durumuna\\_dair\\_sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin_hukuki_durumuna_dair_sozlesme.pdf).

### **Anahtar Kelimeler**

*İklim mültecileri, Ioane Teitiota Kiribati davası, BM İnsan Hakları Komitesi, mülteci, Cenevre Konvansiyonu*

## **IOANE TEITIOTA KIRIBATI / NEW ZEALAND CASE AND UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE'S HISTORICAL DECISION ON CLIMATE REFUGEES**

### **Abstract**

*Refugee, in Article 1 (A) of the 1951 Geneva Convention on the Legal Status of Refugees; it is defined as a person crossing an international border who "fears persecution because of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion". Although they are referred to as 'climate refugees' in the literature, they are not considered as refugees under the 1951 Geneva Convention.*

*The people called climate refugees do not flee their country due to violence or persecution that is defined in the Convention. The non-violent nature of natural phenomena is not a reason for escape under the Convention for those people whose right to life is threatened. The exclusion of natural phenomena as grounds for refuge indicates a gap in the field of refugee law. Environmental events are predicted to be the primary driving force of forced migration in the future and it is certain that there will be a need for expansion in the area. In its first decision regarding the complaint of an individual seeking asylum due to the effects of climate change, the UN Human Rights Committee stated that people who face conditions arising from climate change / environmental degradation that violate the person's right to life, cannot be deported. The UN human rights committee's historical decision on the body of the UN Convention on Human Rights regarding the complaint of a person seeking asylum due to the effects of climate change should open the door to asylum requests in this field. While different court decisions on different elements of the refugee definition lead to differing criteria for refugee recognition between states, the situation for asylum seekers is uncertain. For this reason, every new decision that can constitute case law in terms of refugee law is important. The decision that is the subject of this study is also a historical decision that can lead to state practices and therefore court decisions.*

### **Keywords**

*Climate refugees, Ioane Teitiota Kiribati case, UN Human Rights Committee, refugee, Geneva Convention*

## GİRİŞ

İklim değişikliğinin çok çeşitli etkileri mevcuttur. İçme suyu gibi sınırlı doğal kaynakların dünyanın birçok yerinde daha da zor ulaşılabilir olması muhtemeldir. İnsanlar, hayvanlar ve mahsuller koşulların çok sıcak ve kurak olduğu veya çok soğuk ve deniz suyu gibi etkenlerle ıslak hale geldiği, geçim kaynaklarını tehdit ettiği ve gıda güvensizliğini artırdığı çevresel bozulma “noktalarında” hayatta kalma mücadelesi vermektedir<sup>2</sup>. İnsanlar değişen çevreye uyum sağlamaya çalışmakta, ancak çoğu iklim değişikliği ve felaketlerin etkisiyle zorla evlerini terk etmek mecburiyetinde kalmaktadırlar ya da hayatta kalmak için ülkeleri içerisinde yer değiştirmektedirler. Yeni yer değiştirme modelleri ve tükenmiş doğal kaynaklar üzerindeki rekabet, topluluklar arasında çatışmaya yol açabilmekte veya önceden var olan güvenlik açıklarını artırabilmektedir<sup>3</sup>.

İklim değişikliği ve afetler bağlamında sınır ötesine geçen insanlar, bazı durumlarda uluslararası korumaya ihtiyaç duyabilirler ve çevresel felaketlerden, iklim değişikliklerinden etkilenen insanlar başka ülkelere sığınmak zorunda kalabilirler. Mülteci hukuku bu nedenle bu alanda önemli bir role sahiptir.

“İklim mülteci” terimi, medyada ve hukuk terminolojisinde sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak bu cümle, uluslararası hukukta bulunmadığı için kafa karışıklığına neden olabilir. 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu’nun (buradan sonra Konvansiyon ya da Mülteci Konvansiyonu) 1(A).maddesinde mülteci; “ırk, din, milliyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi görüşü nedeniyle zulme uğrama korkusu yaşayan”<sup>4</sup> uluslararası bir sınırı geçen”<sup>5</sup> kişidir. Bazı bölgesel düzenlemelerde (1969 OAU Sözleşmesi; 1984 Cartagena Deklarasyonu) tanım, “kamu düzenini ciddi şekilde bozan olaylardan” kaçan kişilere kadar uzanır. İklim değişikliği, kendi ülkelerindeki insanları etkiler ve tipik olarak, sınırların ötesine insanları yerinden edecek bir düzeye ulaşmadan önce genellikle ülke içinde yerinden edilme sonucunu doğurur. İklim mültecilerine veya çevresel etkenlerle yer değiştiren (environmentally displaced persons-EDPs) insanlara koruma sağlayan ya da bu anlamda devletleri korumaya teşvik edici

<sup>2</sup> <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>, (erişim tarihi: 26.08.2020).

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> 1951 Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, [http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin\\_hukuki\\_durumuna\\_dair\\_sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin_hukuki_durumuna_dair_sozlesme.pdf).

<sup>5</sup> Ibid.



milletlerarası bir düzenleme de henüz yoktur<sup>6</sup>. Her ne kadar literatürde iklim mültecileri olarak anılsalar da 1951 Cenevre Konvansiyonu kapsamında da mülteci sayılmazlar.

1985 yılında Essam El-Hinnawi tarafından Birleşmiş Milletler Çevre Programında ‘iklim mültecileri’ nin en yaygın kabul gören tanımı şu şekilde yapılmıştır:<sup>7</sup> “İklim mültecileri, belirgin bir çevresel bozulma nedeniyle (doğal ve/veya insanlar tarafından tetiklenmiş) canlı varlıkları tehlikeye atan ve/veya yaşam kalitesini ciddi şekilde etkileyen sebepler dolayısıyla gelecekteki yaşam alanlarını geçici veya kalıcı olarak terk etmeye zorlanan kişilerdir.”<sup>8</sup>. Bu tanımdaki çevresel bozulma ile ekosistemdeki geçici veya kalıcı olarak insan hayatına uygun olmayan herhangi bir fiziksel, kimyasal ve/veya biyolojik değişiklik kastedilmektedir.

Mülteci Konvansiyonu’ndaki mülteci kriterlerinin veya bölgesel mülteci hukuku çerçevelerinin daha geniş mülteci kriterlerinin dikkate alınabileceği durumlar olabilir; örneğin, kuraklıkla bağlantılı kıtlık aynı zamanda silahlı çatışma ve şiddet durumuyla bağlantılı olabilir. BMMYK tarafından “iklim mülteci” terimi ile “afetler ve iklim değişikliği bağlamında yerinden edilmiş kişilere” atıfta bulunulmaktadır<sup>9</sup>.

İklim değişiklikleri ve çevresel bozulmalar konusunda uluslararası düzeyde atılan adımlar sonucunda bazı antlaşmalar yapılmış, Türkiye de bu antlaşmalara taraf olmuştur. Halihazırda 197 ülkenin taraf olduğu 1994 tarihli BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Türkiye’de 2004 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>10</sup>. Türkiye; Kyoto Protokolü’nü<sup>11</sup>, Ozon Tabakasının

<sup>6</sup> **Moberg**, Kara K.: Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection, 94(200) Iowa L. Rev., s. 1112.

<sup>7</sup> **Fabrice**, Renaud/**Bogardi**, Janos J./**Dun**, Olivia/**Warner**, Koko: Control, Adapt or Flee, How to Face Environmental Migration?, Publication Series of UNU Institute for Environment and Human Security (UNU-EHS), No.5/2007 (Bonn: UNUEHS, 2007) at 11.

<sup>8</sup> **Essam**, El-Hinnawi: Environmental Refugees 4 (United Nations Environment Program 1985) cited in Gregory S. McCue, “Environmental Refugees: Applying International Environmental Law to Involuntary Migration), (1993) 6 Geo. Int’l Env’tl.L.Rev. 151 at 157-158; **Fabrice**, Renaud/**Bogardi**, Janos J./**Dun**, Olivia/**Warner**, Koko: Control, Adapt or Flee, How to Face Environmental Migration?, Publication Series of UNU Institute for Environment and Human Security (UNU-EHS), No.5/2007 (Bonn: UNUEHS, 2007) at 12.

<sup>9</sup> <https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>, (erişim tarihi:26-08-2020).

<sup>10</sup> Türkiye, BMİDÇS’ye 21.10.2003 tarihli ve 25266 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 16.10.2003 tarihli, 4990 sayılı kanun ile uygun bulma suretiyle 24 Mayıs 2004’te 189. taraf olarak katılmıştır.

Korunması İçin Viyana Sözleşmesi'ni<sup>12</sup>, Ozon Tabakasını İncelten Madde-  
lere İlişkin Montreal Protokolü'nü<sup>13</sup> onaylamıştır.

Çevresel nedenlerle yerinden edilmiş insanların (Environmentally Displaced Persons, kısaca EDPs) Mülteci Konvansiyonu koruması dışında kaldığı kabul edilse de, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, kısaca ICESCR) kapsamında insanların kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı koruma altına alınmıştır. 2013 yılında Sözleşme'ye ek İhtiyari Protokol ile, sınırlı olmakla birlikte Sözleşme'ye dayalı başvurabilecekleri bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Bir diğer sözleşme ise, iklim mültecileri hakkında dengeleri değiştirebilecek Ioane Teitiota kararının atıfta bulunduğu ve başvuru sahibinin yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasını dayandırdığı Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (International Covenant for Civil and Political Rights, kısaca ICCPR) 6.maddesidir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte denetim organı olan ve bireysel başvuru mekanizmasına sahip Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne Yönelik Kyoto Protokolü'ne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 5836, Kabul Tarihi: 5.2.2009, RG 17.2.2009/27144; Karar Sayısı: 2009/14979: Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine Yönelik Kyoto Protokolü'ne Katılmamız Hakkında Karar, RG 13.5.2009/27227.

<sup>12</sup> Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi'ne Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No. 3655 Kabul Tarihi: 6.6.1990, RG 20.6.1990/20554; Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi ile Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü'ne Katılmamız Hakkında Karar, RG 8.9.1990/20629.

<sup>13</sup> Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü'ne Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No. 3656, Kabul Tarihi: 6.6.1990, RG 20.6.1990/20554; Karar Sayısı: 90/733: Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi ile Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü'ne Katılmamız Hakkında Karar, RG 8.9.1990/20629.

<sup>14</sup> **Doğan, İlyas:** İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, 3. Baskı, 2019, ss. 181-192. BM'in bünyesinde kurulmuş olan İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ve İnsan Hakları Komisyonu farklı organlardır. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi 1946'da İnsan Hakları Komisyonu'nu kurmuştur. Bir ülkedeki ağır ve sistematik insan hakları ihlallerini raporlamak üzere belirli ülkelerdeki insan hakları ihlallerini veya belirli insan hakları konularını araştırmak üzere yetkilendirilen uzmanlardan oluşan bir özel usuller sisteminin kurulması ve yürütülmesi ile Komisyon, birçok ülkede insan haklarının durumunun geliştirilmesine yardımcı olmuştur. İnsan Hakları Komiserliği ise, BM Genel Kurulu'nda 1993'te 48/141 sayılı karar ile kurulmuştur. Komiser, görevlerini BM adına Genel Sekreterin yetki ve yönlendirmesi altında yürütür ve herkesin tüm insan

İnsan haklarının korunması maksadıyla BM Andlaşmasına dayanılarak oluşturulmuş Genel Kurul, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve Konsey bünyesinde kurulan İnsan Hakları Komisyonu insan hakları ile ilgili faaliyetlerin koordinasyonunda yardımcı olur. İnsan Hakları Komitesi ise BM bünyesinde hazırlanan insan hakları sözleşmeleri ile oluşturulan mekanizmalardan birisidir. İnsan Hakları Komitesi'nin kurulmasını sağlayan 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi; bireylerin ve milletlerin temel siyasi ve kültürel haklarını belirler. Birinci Seçmeli Protokolü imzalayan devletler aleyhine Sözleşmede düzenlenen medeni veya siyasi haklarının ihlal edildiğine inanan bireylerin şikayete konu olan devlette konu ile ilgili tüm iç hukuk yollarını tüketmek kaydıyla, İnsan Hakları Komite'sine bireysel başvuru hakkı vardır. Komite 1981 yılından itibaren Sözleşmede hüküm altına alınmış hakların uygulanmasına yönelik "Genel Yorumlar" adı altında yayın yapmaya başlamıştır<sup>15</sup>. 36. Genel Yorum'da Sözleşme kapsamındaki yaşam hakkı geniş yorumlanmış ve ilk defa çevresel bozulmanın şimdiki ve gelecek nesillerin yaşam hakkını tehdit ettiği ve devletler tarafından bu konuda önlemler alması gerektiği belirtilmiştir (paragraf 62)<sup>16</sup>. İnsan Hakları Komitesi Ioane Teitiota kararında 36. Genel Yorum'un 31. paragrafına atıfta bulunulmuştur<sup>17</sup>.

## I. 1951 CENEVRE KONVANSİYONU'NDA MÜLTECİ TANIMI

1951 Cenevre Konvansiyonu "Mülteci" tabirininin tarifini madde 1(A)'da yapmıştır. Buna göre;

*"Tabii olduğu ülkesinde meydana gelen olaylar neticesinde ırkı, dinî, tabiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya mevcut korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs; eğer birden fazla tabiiyeti varsa bu şahıs hakkın-*

---

haklarından etkili şekilde yararlanmasını geliştirme ve koruma sorumluluğuna sahiptir. Bütün bunların dışında Uluslararası Hukuk Komisyonu ise; BM Genel Kurulu tarafından, uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmak üzere sözleşmeler hazırlama ve değişiklikler önerme görevleri verilerek 1947 yılında kurulmuş olup, insan hakları kapsamında vatandaşlık ve vatansızlık gibi konulara ilişkin uluslararası antlaşmaların hazırlanması ve uluslararası ceza hukukunun geliştirilmesinde rol almaktadır.

<sup>15</sup> Human Rights Treaty Bodies – General Comments, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx> (Son erişim tarihi: 12.04.2020)

<sup>16</sup> **McKernan, Lucy & Bret, Thiele**: UN Human Rights Committee brings new vitality to the right to life, <https://www.openglobalrights.org/un-human-rights-committee-brings-new-vitality-to-the-right-to-life/> (Son erişim tarihi: 12.04.2020).

<sup>17</sup> Ibid.

daki “Vatandaşı olduğu ülke” tabiri tabiiyetini haiz olduğu memleketlerden herbirini kast eder. Haklı bir korkuya dair geçerli bir sebep olmaksızın vatandaşlığı olduğu memleketlerden birinin himayesinden mahrum sayılmaz.”<sup>18</sup>

Konvansiyon’un 32. maddesinde sınır dışı etme koşulları hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “taraf devletler, ülkelerinde uygun şekilde bulunan bir mülteciyi ancak milli güvenlik veya kamu düzeni sebepleri ile sınır dışı edebilirler. Ve mültecinin sınırdışı edilmesi çok acil milli güvenlik tehdidi oluşturmuyorsa, kişinin suçsuzluğunu ispat edebilmesi için yetkili makam tarafından seçilmiş bir veya birkaç kimse nezdinde karara itiraz etmesine, bu amaçla temsil edilmesine izin verilir. Taraf devletler bu durumdaki bir mülteciye, diğer bir ülkeye uygun şekilde kabulünü temin edebilmesi için uygun bir süre verirler. Taraf devletler, bu süre sırasında, uygun sayacakları tedbirleri alabilirler.”<sup>19</sup>.

Sözleşmenin 32(1).maddesine göre “taraf devletler ülkelerinde yasal olarak bulunan mültecileri, ancak ulusal güvenlik veya kamu düzeni nedenleriyle sınırdışı edebileceklerdir.”<sup>20</sup>. Ayrıca zorunlu “ulusal güvenlik nedenlerinin aksini gerekli kılmadığı sürece, mültecinin kendisiyle ilgili karara karşı delil sunmasına, bu karara itiraz etmesine ve bu amaçla kendisini yetkili makamlar önünde temsil ettirme hakkına sahip olmasına izin verilecektir.”<sup>21</sup>.

Sınır dışı veya geri göndermeme yasağı (Non-refoulement) Sözleşmenin 33. maddesinde düzenlenmiş olup bir teamül hukuku kuralıdır.<sup>22</sup> Buna göre; “hiçbir taraf devlet bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba aidiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin sınırlarından her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iade edemez”<sup>23</sup>. “Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması hususunda ciddi sebepler mevcut olan veya özellikle vahim bir cürümden dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için mezkur memleket topluluğu için bir tehlike teşkil eden bir mülteci işbu hükümden faydalanmayı talep edemez”<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, [http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin\\_hukuki\\_durumuna\\_dair\\_sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin_hukuki_durumuna_dair_sozlesme.pdf).

<sup>19</sup> Safi, Sibel: Mülteci Hukuku, Legal Yayınevi, 2017, ss. 98-99.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, [http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin\\_hukuki\\_durumuna\\_dair\\_sozlesme.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin_hukuki_durumuna_dair_sozlesme.pdf).

<sup>24</sup> Ibid.

Geri göndermeme ilkesi, kişinin risk altında olduğu ülkeye gönderilmemesi ve aynı zamanda risk altında olduğu üçüncü ülkeye gönderilmemesini kapsar<sup>25</sup>. Geri göndermeme ilkesi; kişinin güvenli bir yerden tehdit altında olduğu bir yere gönderilmemesine ilişkin tedbirleri almayı içerir ve bu tedbirlerin sorumluluğunun devlete yüklenbilmesi ve kişinin risk altında olduğu üçüncü ülkeye iade edilmesini önleme gibi önemli sonuçlar doğurur<sup>26</sup>.

### A. “Zulüm Görmenin” Bir Parçası Olarak Devlet Korumasının Başarısızlığı

Mülteci Konvansiyonu, ancak ve ancak temel uluslararası insan hakları gözönünde tutularak, ulusal bir korumaya dair herhangi bir mantık dahili beklenti olmadığında, uluslararası toplulukların korunmasıyla ilgili sorumluluk alacak şekilde tasarlanmıştır<sup>27</sup>. Bu sebeple, Mülteci Konvansiyonu, normalde vatandaşlığın kişiye sağlayacağı ayrıcalıkların ortadan kaybolması veyahut eksilmesi halinde bir “vekil koruma” konumuna sahiptir<sup>28</sup>. Bu, kişinin zulüm görüp görmediğine ya da böyle bir tehlike altında olup olmadığına dair kararın, söz konusu olası tehlikeyi tanımlamak kadar kişinin vatandaşı olduğu ülkenin bu tehlikeye cevap verecek yeterlilik veya isteklilikte olup olmadığını da gözlemlemeyi kapsamaktadır<sup>29</sup>. Eğer söz konusu devletin yine söz konusu olan tehlikeye karşılık verecek güce ve isteğe sahip olması gibi bir durum varsa, kişinin zulüm gördüğü ya da görmek üzere olduğu söylenemez<sup>30</sup>. Bunun birçok sebebi vardır:

1- Birincil olarak, mülteci kavramının olağan anlayışı dikkate alınır, tanımdan, bu kavramı kullanan kişinin “zararda olma” ya da “ciddi zararda olma” değil de “zulüm görme”<sup>31</sup> durumunun varlığı anlaşılır<sup>32</sup>. Bir insanın

<sup>25</sup> **Lauterpacht**, Elihu/**Bethlehem**, Daniel: “The Scope and Content of the principle of non-refoulement: opinion”, in (ed. FELLER, Erika/TÜRK Volker/NICHOLSON, Frances), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, s. 160.

<sup>26</sup> **Özkan**, Işıl: *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2017, s. 164.

<sup>27</sup> *Kahloo v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1997) FCA 1430 (Aus FC, Dec. 1, 1997).

<sup>28</sup> **Safi**, ss. 155-167.

<sup>29</sup> *Sunarso v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000) 99 FCR 125 (Aus. FC, Feb. 7, 2000) at 132(38)-(39).

<sup>30</sup> **Safi**, ss. 155-167.

<sup>31</sup> *Mehmood v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan. 31, 2002) at. (14).

<sup>32</sup> *Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan.31, 2002) at (16).

zarar görmesi ya da ciddi zarar altında bulunduğu her durumda zulüm görüldüğü çıkarımını yapmak, kanunun lafzi sınırlarına uygun olmaz: çünkü zulüm görmek, beraberinde süreklilik, insafsızlık, ve ancak devletin koruma gücünün ya da isteğinin ortadan kalkması halinde söz konusu olabilecek, aynı zamanda kaçamamazlık gibi koşulları beraberinde getirir. Daha da ötesinde, “zulüm görme” ibaresi, içinde objeyi pasif tutan bir yapılandırma taşıdığı için, “hem zulmedenin hareket edışıyle hem de bu hareket edişin zulüm edilen üstündeki etkileriyle alakalı olan bir bileşik durumu anlatır”<sup>33</sup>. Başka bir deyişle, Mülteci Konvansiyonu bir çıkmaza dair koruma oluşturulmasıyla ilgili olduğundan, “zulüm görme” tanımının analizi de hem söz edilen riskin doğası hem de, eğer ortada bir eylem varsa, devlet tarafından yapılan eylemin doğasının incelenmesi dahilinde yapılmalıdır; çünkü başvuranın içinde bulunabileceği çıkmazı yaratan bu iki durumun karışımıdır<sup>34</sup>.

2- İkinci olarak, yazılı kanun üzerinden yapılan yorumlar, Mülteci Konvansiyonu’nun odağı, amacı ve bağlamına yapılan atıflarla güçlendirilmiştir<sup>35</sup>. Ward kararında açıklandığı üzere, uluslararası korumanın varoluş ve kuruluş amacı zulme uğrayan kişi için yerel vatandaşlığa bağlı korunma hakları elinden alındığında ulaşılabilecek ikinci bir ev, bir “vekil” yaratmaktır. Mülteci Konvansiyonu’nun arkasındaki sebeplendirme ise sadece kendi devletleri tarafından zulüm görenlere barınak sağlamak değil, kendi devletleri tarafından devlet dışı aktörlerin yaptığı zulme karşı koruma göremeyenlere ya da göremeyenlere karşı da sığınak sağlamaktır<sup>36</sup>.

3- Üçüncü olarak, “zulüm görmek” tanımının “uygun şekilde kullanımının iki ya da daha fazla etkenin birleşimi sonucu ortaya çıkan bir etkiyi”<sup>37</sup> açıkladığı anlayışı, Mülteci Konvansiyonu’nun son zamanlarda, çoğunlukla devlet dışı aktörlerden kaynaklardan zulümden kaçan mültecilere kalacak yer sağlayabilmesi noktasında mühim, hatta vazgeçilemez olmuştur<sup>38</sup>. Bu gibi durumlarda, Horvath davasında mahkemenin söylediği gibi, “zulüm görme” tanımı içinde devletin koruma sağlamasında yoksunluğunun bulun-

<sup>33</sup> Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Kord (2002) 125 FCR 68 (Aus. FFC, Mar. 28, 2002) at 69(2).

<sup>34</sup> **Wisher**, D.: (2003) “Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom Protection, Accountability or Culpability?” 15 Intl. J. Ref. L. 68, at 80.

<sup>35</sup> Sivakumaran (UKHL, 1987) at 992-93.

<sup>36</sup> Dillon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) FC 381 (Can. FC, Dec. 3, 2004) s. (8).

<sup>37</sup> Ortiz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2011) FC 726 (Can. FC, Jun. 20, 2011) s. (14).

<sup>38</sup> **Shacknove**, A. E.: (1985) Who is Refugee? 95 Ethics 274, s. 277.

ması anlayışının yer alması, devlet tarafından zulüm görme ve devlet-dışı yapılar tarafından zulüm görme halleri arasında, düzenin bütünlüğü için fazlasıyla gerekli olan bir köprüdür”<sup>39</sup>.

Özellikle, zulüm ve zulüm görmekten korunamamak kavramlarının birleşik elementlerini bu analizin bir parçası olarak kabul ederek, Mülteci Konvansiyonu’nun devlet-dışı yapılar tarafından yaratılan zarar ve zulmün sebeplerini açıklamadığı ama devletin onlara karşı koruma görevini yerine getiremeyişinin gerekçe gösterildiği anlayışına tabi tutulmuştur<sup>40</sup>. Başka bir şekilde açıklayacak olursak, “sebeplere” ve “bağlaç” cümlelerinin amaçları doğrultusunda, “gerekli olan ayırıcı kriter hem devlet-dışı yapılardan, hem de mağdurları korumayı başaramayan devletler tarafından sağlanıyor olabilir”<sup>41</sup>. Devletin ve onun korumasının konu içindeki rolünü dikkate almayan bir yaklaşım, devlet-dışı yapılardan gelen zararların Konvansiyon’da belirtilen sınırlara uymadığı ama devlet korumasının yoksunluğunun hala bağlantıda olduğu noktaları<sup>42</sup> mülteci varlığının dışında tutacaktır ki böyle bir sonucun ihtimali, mahkeme tarafından Horvath davası içerisinde “sağlıksız ve aykırı” olarak nitelendirilmiştir<sup>43</sup>.

Bu, uluslararası korumaya ihtiyaç duyanları kimliklendirme noktasında daha sofistike ve kapsamlı bir yön bulma sağlayan bir anlamlandırmaya yol açmıştır<sup>44</sup>.

Mahkeme kararlarından vardığımız sonuç; devlet dışı aktörler tarafından zulmün gerçekleştirilmesinde devletin önleme, önleyebilmek amacıyla gerekli düzenlemeleri yapma veya buna istekli olması gerekliliğinin aranmasıdır. Devlet bu önlemlerin varlığını bazan caydırıcı yasalar veya kolluk kuvvetinin yerinde kullanılması şeklinde de gösterebilir. Başka bir deyişle devlet bizatihi zulmeden olmamalı, zulmeden değilse de devlet-dışı aktörlere karşı pozitif koruma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Özetle, devleti tarafından korunmanın yoksunluğu bahsedilen kişinin zulüm görme tehlikesi altında olup olmadığının anlaşılması konusunda gerekli bir unsurdur. Netice olarak mülteci statüsünü vermek konusunda karar

<sup>39</sup> Horvath (UKHL, 2000) ss.497-98, (Lord Hope).

<sup>40</sup> R v. Immigration Appeal Tribunal; Ex Parte Shah, (1992) 2 AC 629 (UKHL, Mar. 25, 1999).

<sup>41</sup> Horvath (Eng. CA, 1999) s. 246.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Horvath (UKHL, 2000) s. 516.

<sup>44</sup> **Lambert**, Helen: (2001) The Conceptualisation of Persecution by the House of Lords, 13 Intl. J. Ref. L. 16, s. 20.

vericinin burada devletin yapamadığını ya da istemediğini düşünmesi yeterlidir<sup>45</sup>. Sonuçta, bu kategoriler değiştirilemez yapılar değildir ve devletin korumada isteksizliği ya da yeterli olamayışının değerlendirilmesi başvuruyu alan devlet tarafından hukuka uygun bir şekilde geniş olarak yorumlanmalıdır<sup>46</sup>.

## B. Mülteci Konvansiyonu'ndaki Boşluklar ve İklim Mültecileri Sorunu

İklim değişikliği, gittikçe daha fazla göçü yönlendiren itici bir faktör haline gelmeye başlamıştır ve bölgesel anlaşmalar da dahil olmak üzere 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda ve 1967 Protokolü'nde ele alınmamıştır. Ancak dünya çapında şiddetli ve sık hava olaylarına bağlı iklim değişiklikleri ve bunlara bağlı yaşamsal varlığı tehdit eden durumlar ortaya çıktıkça bundan etkilenen insan sayısı artacaktır. Bu artan sayı ilk olarak ülkesi içerisinde yerinden edilmiş (IDP) kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır, ancak koşullar yetersiz olmaya başlayınca ülke dışına zorunlu göç kaçınılmaz olmaktadır. Burada sözkonusu olan mülteci alt kümesi şiddet veya zulüm nedeniyle ülkesinden kaçmamaktadır. Doğal olaylar, ülkelerinde barınma, yiyecek ve geçim kaynakları gibi kritik/yaşamsal altyapıyı yoketmektedir. Burada yüksek derecede gıda güvensizliğini de bu listeye dahil edebiliriz. Doğal olayların şiddet içermeyen yapısı yaşam hakları tehdit altında olan bu kişilere Konvansiyon kapsamında bir kaçış gerekçesi değildir. Bununla birlikte 1984 Cartagena Deklarasyonu ve 1969 OUA Sözleşmesi'nin<sup>47</sup> mülteci tanımındaki “kamu düzenini ciddi şekilde bozan olayları” ibaresi doğa olaylarının kabul edilebileceği tek zemin olarak görünmektedir. Yasal olarak herhangi bir ağırlığa sahip olmayan, UNICEF tanımında ise; “mülteci, ülkesini terketmek zorunda olan, evlerinde yaşayamayan veya zarar göreceğinden korkan kişidir. Bunun depremler, seller, savaş ve doğal afet gibi bir kaç nedeni olabilir”<sup>48</sup> denmiştir. Doğal olaylarının sığınma zemininde dahil edilmemesi mülteci hukuku alanında bir boşluktur ve iklime bağlı sığınma olaylarının artacağı öngörüsünde mülteci hukukunda bir genişlemeye ihtiyaç vardır. Örneğin, Uluslararası Kızıl Haç Örgütü (IFRC) “iklim değişikliğini

<sup>45</sup> **Musalo, K.:** (2010) A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly be Inching Towards Recognition of Women's Claims, 29 Ref. Survey. Q. 46, at 58.

<sup>46</sup> **Yeo, C.:** (2003) Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State? , 14 Intl. J. Ref. L. 509, s. 515.

<sup>47</sup> Organization of African Unity (OAU), (1969, 10 September). Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (“OAU Convention”), U.N.T.S. 45.

<sup>48</sup> Who is a Refugee?, UNICEF, n.d.



şu anda savaştan daha büyük bir nüfusun yerinden edilmesinin nedeni” olarak belirlemiştir<sup>49</sup>. 2050 yılına kadar iklim değişikliği sebebiyle sığınma arayanların sayısının 200 milyonun üzerine ulaşması beklenmektedir<sup>50</sup>.

Cenevre Konvansiyonu’nda sayılan beş kriterden birisi olan ‘belli bir sosyal gruba aidiyet’ kriteri en geniş kapsamı olan değerlendirme olup devlet korumasından yararlanamayan bir gruptan sözedilir ve iklim değişikliği sebebiyle sığınma arayan, ülkesini terketmek zorunda kalan kişiler de yaşam hakkı tehdit altında olan ve korumadan bir şekilde yoksun kalmış kişilerdir. Grup kriterinde ‘ejusdem generis’ yani aynı türden tanımlamasından yararlanılır, çevre felaketleri sebebiyle sığınma arayan kişiler de aynı türden sebeplerden ülkelerini terketmek zorunda olan sığınmacılardır. Cenevre Konvansiyonu şiddet/zulüm sebebiyle yoksunluk aradığından çevreye dayalı korumadan yoksun kalmak bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Konvansiyon’daki ‘haklı nedenlere dayalı korku’ ve ‘zulüm’ gibi anahtar belirleyici ifadeler mülteci kriterlerinin yorumlanmasında farklılıklar, durumlarında belirsizlikler ve mahkeme kararlarında da içtihat bozukluğu yaratabilmektedir. Aşırı geniş ‘bir sosyal gruba üyelik’ zemini de iyi tanımlanmamıştır.

Devletlerin Koruma Sorumluluğu, 2001 yılında, Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (ICISS) tarafından kabul edilmiştir<sup>51</sup>. Koruma Sorumluluğu’na göre devlet; soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suç ve etnik temizlikten halkını korumak konusunda başlıca sorumludur. ICISS raporunda ayrıca şunları belirtmektedir: “egemen devletler kendi vatandaşlarını önlenabilir felaket, toplu katliam ve tecavüzden, açlıktan korumalıdır, ancak isteksiz olduklarında veya yükümlülüklerini yerine getiremediklerinde bu sorumluluk uluslararası toplum tarafından karşılanmalıdır.”<sup>52</sup>.

İkinci olarak, BM Üst Düzey panelinde kabul edilen ifadelerle göre: “önlenabilir felaketten, toplu katliamdan ve tecavüzden, terör, kasıtlı açlık ve hastalıktan, acı çeken insanlar söz konusu olduğunda her devletin koruma sorumluluğu vardır.”<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Warner, K. J./Affifi, T. J./Stal, M. J./Schmidl, S. J., Dun/O. J./Bogardi, J. J.: (2013) Human security, climate change, and environmentally induced migration. UNU-EHS.

<sup>50</sup> Marshall, L. W.: (2010) Toward a New Definition of ‘Refugee’: is the 1951 Convention Out of Date? European Journal of Trauma and Emergency Surgery. doi: 10.1007/s00068-009-9068-2.

<sup>51</sup> <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>. (erişim tarihi-04-09-2020). (International Commission on Intervention and State Sovereignty, The Responsibility to Protect)

<sup>52</sup> UN SC Res. 1674, U.N. Doc. S/RES/1674 (2006) at para. 4.

<sup>53</sup> Ibid.

Üçüncüsü, BM eski Genel Sekreteri Kofi Annan: ‘uluslararası toplum, popülasyonların insan haklarını ve sivillerin refahını korumaya yardımcı olacak diplomatik ve her tür insani koruma yöntemlerini kullanmalıdır’ demiştir. Hayvanların yokolması, barınma, tarım alanlarının tahrip olması ve dolayısıyla açlık gibi “iklim mültecilerinin” uğradığı felaketler için devletler tarafından önlemler alınabilir ve devletin koruma sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin; tarım alanlarının çölleşmesi ve sonrasında oluşacak kayıplar sulama sistemlerinin kurulması ile önlenebilir. Nehirlerin taşması ve küçük adaların sular altında kalması öngörülebilir ve kayıplar önlenebilir.

ICISS raporu, insan güvenliğine saygı gösterilmesi gerektiğini tartışırken, bir devletin sadece silahlı saldırı değil, vatandaşlarını aynı zamanda hastalık, açlık, yetersiz barınma, sosyal çatışma ve çevresel tehditlere karşı da koruma sorumluluğu olduğuna da dikkat çeker<sup>54</sup>.

Bu sorumluluk uluslararası toplum tarafından insan güvenliğini koruma sorumluluğu olarak kabul edilebilir<sup>55</sup>. ICISS Raporu, çevresel yokolmanın önlenmesinin yolunun fakir ya da gelişmekte olan ülkelere kalkınma yardımı şeklinde olması gerektiğini vurgular<sup>56</sup>.

Devletlerin çevreyi korumak için sürdürülebilir, çevre kirliliğini yasaklama politikalarının geliştirilmesi yükümlülüğü ilk olarak 1972’de Birleşmiş Milletler’de oluşturulan İnsani Çevre Konferansı, Stockholm Bildirgesi’nde iki önemli fikir benimsenmiştir: birincisi, çevre küresel bir varlıktır ve ikincisi, insan hakları ve kalkınma için koruma, uluslararası barış ve güvenliğin geliştirilmesi için gerekli bir koşuldur<sup>57</sup>.

Özellikle konu ile ilgili olan 21 no’lu prensip; devletlerin, kendilerinin ötesinde çevreye ciddi zarar vermemesi yükümlülüğü altında, Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde, kendi ulusal egemenliklerinin yargı yetkisi sınırları içerisinde çevre politikaları üretmelerini öngörür<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (Ottawa: Published by the International Development Research Centre, 2001) [ICISS Report] at 2.

<sup>55</sup> Saechao, Tyra Ruth: “Natural Disasters and the Responsibility to Protect: From Chaos to Clarity” (2007) 32 Brook. J. Int’l L. 663 at 698-706.

<sup>56</sup> The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (Ottawa: Published by the International Development Research Centre, 2001) [ICISS Report] at 2.

<sup>57</sup> Stockholm Declaration, Preamble and all the principles; Maurizio Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 154-156.

<sup>58</sup> Ibid.

İnsan ve Halkların Hakları Afrika Şartı'nın 3 numaralı genel yorumundaki ifadeye göre; yaşam hakkı (madde 4), para. 3: Devletlerin yaşamı koruma sorumlulukları; doğal çevreyi korumak ve doğal afetlere, kıtlıklara, bulaşıcı hastalık salgınlarına veya diğer acil durumlara karşı önleyici adımlara ve insani müdahalelere kadar uzanır<sup>59</sup>.

## II. IOANE TEITIOTA DAVASI

### A. Davanın Arka Planı

Ülkesinden ayrılıp Yeni Zelanda'ya sığınma başvurusunda bulunan Ioane Teitiota'nın başvurusu reddedilmiş, kendisine mülteci statüsü verilmemiş ve sınır dışı kararı verilmiştir. Başvurucu red kararına ilişkin davada, iklim değişikliği ve deniz seviyesindeki yükselmenin etkilerinin kendisini Kiribati Cumhuriyeti'ndeki Tarawa adasından Yeni Zelanda'ya göç etmeye zorladığını iddia etmiştir. İddiaya göre; Tarawa'daki durum, küresel ısınmanın neden olduğu deniz seviyesindeki yükselme nedeniyle giderek daha dengesiz ve istikrarsız hale gelmiştir. Tarawa'daki tuzlu su kirliliği ve aşırı nüfus yoğunluğu nedeniyle içme suyu yetersiz hale gelmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesiyle mücadele girişimleri büyük ölçüde etkisiz kalmıştır. Tarawa'da arazinin erozyona uğraması sebebiyle toprak yaşanamaz hale gelmiştir, bu da üzerinde yaşanacak konut krizine ve çok sayıda ölüme neden olan arazi anlaşmazlıklarına neden olmuştur. Böylece Kiribati, başvuru ve ailesi için dayanılmaz ve şiddetli tartışmaların olduğu bir ortam haline gelmiştir<sup>60</sup>. Bütün bu sebeplerle başvuru Yeni Zelanda'ya sığınma talebinde bulunmuş ancak Göçmen ve Koruma mahkemesi sığınma başvurusuna olumsuz karar vermiştir. Yeni Zelanda Temyiz mahkemesi, çevresel bozulmanın 1951 Cenevre Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin Konvansiyonu tarafından korunma kapsamında olabilme olasılığını dışlamamış, ama yine de bu konuyla ilgili itirazları reddetmiştir. Göçmenlik ve Koruma Mahkemesi 25 Haziran 2013 tarihli kararında ilk olarak Kiribati Cumhuriyeti tarafından Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında hazırlanan 2007 Ulusal Uyum Eylem Programını ayrıntılı olarak incelemiştir. Mahkeme tarafından açıklandığı üzere, Ulusal Uyum Eylem Programı, nüfusun büyük çoğunluğunun çevresel kaynaklara büyük ölçüde

<sup>59</sup> <https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>.

<sup>60</sup> United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Advance unedited version Distr.: General 7 January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No.2728/2016.

bağımlı olan geçim kaynaklarına sahip olduğunu belirtmektedir. Eylem Programı, iklim değişikliğiyle ilgili olayların ve sürecin mevcut ve öngörülen etkilerinden kaynaklanan bir dizi sorunu tanımlamıştır. İklim değişikliğinin etkileri arasında kıyı erozyonu büyük olasılıkla arazi ve konut kullanım durumunu etkilemiştir. Güney Tarawa'da, deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçlarını engellemek için 2005 yılına kadar 60 deniz duvarı inşa edilmiştir. Bununla birlikte, fırtına dalgalanmaları ve bahar aylarındaki yüksek gelgiti yerleşim alanlarının su basmasına neden olarak bazı insanları yer değiştirmeye zorlamıştır. Bölgede A vitamini eksiklikleri, yetersiz beslenme, balık zehirlenmesi ve gıda güvensizliği durumunu yansıtan diğer rahatsızlıklar baş gösterdiği gibi, nüfusun sağlığı da genel olarak kötüleşmiştir<sup>61</sup>.

Mahkeme daha sonra, Yeni Zelanda Waikato Üniversitesi'nde Kiribati'deki iklim değişikliğini araştıran doktora adayı John Corcoran'ın uzman bilirkişi raporunu değerlendirmiştir. Kiribati Cumhuriyeti vatandaşı olan Corcoran, ülkeyi iklim değişikliği ve nüfus baskısı nedeniyle kriz yaşayan bir toplum olarak nitelendirmiştir. Raporda; ülkeyi oluşturan adalarda deniz seviyesinin üç metreden fazla yükselmediği, toprakların genellikle fakir ve verimsiz olduğu belirtilmiştir. Rapora göre işsizlik yüksek olup Güney Tarawa'nın nüfusu 1947'de 1.641 iken 2010'da 50.000'e yükseldiği ifade edilmiştir<sup>62</sup>. Tarawa'da ve Kiribati'nin diğer bazı adalarında, arazi kıtlığı sosyal gerilimlere neden olmakta, dolayısıyla şiddetli kavgalar sıklıkla patlak vermekte ve bazen yaralanmalara ve ölümlere yol açmaktadır. Güney Tarawa'daki hızlı nüfus artışı ve kentleşme, içme suyu tedarikini tehlikeye atmaktadır. Kiribati'de hiçbir adada yüzeye yakın içme suyu bulunmamakta, nüfus artışının bir sonucu olarak, tatlı su kaynağından su çıkarma oranı, yağmur suyunun süzülmesiyle ancak yenilenebilmektedir. Tarawa'nın atık su kirliliği, içme suyu kaynağının da kirlenmesine sebep olmuştur. Güney Tarawa'nın bazı yerlerinde araziye sular altında bırakan ve onu yaşanamaz hale getiren şiddetli fırtınalar meydana gelmiştir. Bu fırtınalar genellikle ayda üç veya dört kez meydana gelmektedir. Yükselen deniz seviyeleri, yüksek gelgitler sırasında karaya tuzlu su girişini önleyecek kadar yüksek olmayan deniz duvarları yer yer aralıklarla parçalanmıştır, yarıklar oluşmuştur.

Yine rapordaki ifadeye göre; yüksek yoğunluklu konut alanlarındaki ev kuyuları, kirliliğin artması nedeniyle su kaynağı olarak kullanılamamakta ve yağmur suyu toplama sistemleri sadece kaliteli malzemelerden inşa edilmiş

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

evlerde mevcut bulunmaktadır. Böylelikle, Güney Tarawa nüfusunun yaklaşık yüzde 60'ı temiz suyu yalnızca kamu hizmetleri kurulu tarafından sağlanan karneye bağlanmış kaynaklardan elde etmektedirler. Sahile atılan çöpler, yerel toprak sahipleri için sağlık tehlikesi oluşturmaktadır. Corcoran tarafından hazırlanan bilirkişi raporuna göre, Kiribati Cumhuriyeti Hükümeti bu sorunu çözmek için bazı adımlar atmaktadır ve bu hususta halkın iklim değişikliğine uyum sağlamasına yardımcı olmak için bir Eylem Programı yapılmıştır.

Öte yandan başvuru tekneyle birkaç günlük bir yolculuk ile ulaşılabilen Tarawa'nın kuzeyindeki bir adacıkta doğmuştur. Ortaokulu bitirdikten sonra, bir ticaret şirketinde işe girmiş, bu şirket 1990'ların ortasında kapanmıştır. O zamandan beri de iş bulamamıştır. 2002 yılında başvuru ve karısı, karısının ailesinin yanına Tarawa'daki bir köyde geleneksel olarak inşa edilmiş bir konuta taşınmıştır. Konut müstakil olup zemin seviyesindedir, elektrik ve suyu vardır ancak kanalizasyon hizmetleri yoktur. Başvurucunun ifadesine göre; 1990'ların sonlarından başlayarak, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle Tarawa'da yaşam giderek daha güvensiz hale gelmeye başlamıştır. Tarawa, uzak adalardan gelen sakinlerin akımı nedeniyle aşırı kalabalık hale gelmiştir, ancak devlet hastanesi de dahil olmak üzere çoğu devlet hizmeti Tarawa'da sağlanmaktadır. Yine 1990'ların sonlarından itibaren Tarawa, yüksek gelgitler sırasında önemli miktarda kıyı erozyonuna maruz kalmıştır. Kara yüzeyi düzenli olarak sular altında kalmış ve kara gelgitler sırasında diz derinliğine kadar su altında kalabilme ihtimaline sahiptir. Tarawa'nın kuzeyi ve güneyi ayıran ana geçit sık sık sular altında kaldığı için ulaşım etkilenmiştir. Bu durum başvuru ve Tarawa'nın diğer sakinleri için önemli zorluklara neden olmuştur ve içme sularının bağlı oldukları kuyular tuzlanmıştır. Yine arazilerin tuzlu su alması sebebiyle mahsuller yok olmuştur. Arazi birçok yerde bitki örtüsünden yoksun kalmıştır ve ekinlerin yetiştirilmesi artık zor bir hal almıştır. Başvurucunun ailesinin geçimi büyük ölçüde balıkçılık ve tarıma dayanmaktadır. Başvuru başvurusunda yerel haberlerin ülkesinde yaşamın bir geleceği olmayacağı yönünde olduğu, Kiribati Cumhuriyeti'nin her yerinde insanların buna inandığını belirtmiş ve devletin suyun yükselmesini engelleyecek, durduracak güce sahip olmadığına inandıklarını iddia etmiştir. Başvuru sahibinin iddiasına göre, ülke içinde yer değiştirme, göç mümkün görünmemektedir<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Ibid.

Yeni Zelanda Temyiz mahkemesi ayrıca, Birleşmiş Milletler kuruluşları ve uzmanlar tarafından yazılmış birkaç akademik makale de dahil olmak üzere, başvuru tarafından sunulan birçok destekleyici belgeyi de değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin Mülteci Konvansiyonu, İşkenceye Karşı Sözleşme kapsamında mülteci veya koruma altındaki kişi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini incelemiştir. Mahkeme aslında başvurucuyu tamamıyla inandırıcı bulmuştur ancak Mülteci Konvansiyonu çerçevesinde bir koruma tesis edebileceği bir yasal mevzuata bu durumu oturtamamıştır. Su yükselmesine bağlı olarak belli bölgelerde hızlı nüfus artışının gerçekleşmesi ve hızlı kentleşme sınırlı altyapı sebebiyle özellikle hijyen konusunda olumsuz etkilenmelere sebep olmuştur. Mahkeme, başvurucunun aşırı nüfus ve deniz seviyesinin yükselmesinin birlikte yarattığı zor koşullar nedeniyle kendisinin ve ailesinin Kiribati Cumhuriyeti'ne geri dönmek istemediğine ilişkin ifadesine dikkat çekmiştir. Güney Tarawa'da yaşadıkları ev artık onlar için uzun vadede mevcut görünmemektedir. Çiftin ailelerinin diğer adalarda araziye sahip olmasına rağmen, orada benzer çevresel zorluklarla karşılaşacaklardır ve mevcut arazi sınırlı büyüklükte olduğundan diğer aile üyeleri tarafından kullanılmaktadır.

Uluslararası insan hakları standartlarının uzun bir analizinden sonra Mahkeme, “birçok durumda çevresel değişimin ve doğal afetlerden etkilenen kişileri Mülteci Konvansiyonu kapsamına sokmazken, bu hususta hiçbir katı kural veya karinenin bulunmadığını değerlendirmiştir. Vakanın belirli özelliklerini incelemek için özen gösterilmeli ve uygulanabilirliği aranmalıdır “sonucuna varmıştır. Ancak tüm çabalara rağmen, ayrıntılı incelemeden sonra Mahkeme, başvurucunun Kiribati'ye dönmesi halinde objektif olarak Konvansiyon çerçevesinde gerçek bir zulüm riski ile karşı karşıya olmadığı sonucuna varmıştır. Geçmişte herhangi bir arazi anlaşmazlığına maruz kalmamıştır ve gelecekte barınma / arazi / mülk anlaşmazlıkları ile bağlantılı şiddetten ciddi fiziksel zarar görme ihtimali ile karşı karşıya olduğuna dair hiçbir kanıt yoktur. Kendisine ve ailesine kalacak yer sağlamak için arazi bulabilecektir, bu imkan hala vardır. Dahası, yiyecek yetiştiremediği veya içme suyu elde edemediği yönündeki iddiasını destekleyecek hiçbir kanıt yoktur. İçme suyuna erişimi olmadığına ya da karşılaştığı veya dönüşte karşılaşacağı çevresel koşulların hayatını tehlikeye atacak kadar tehlikeli ve ciddi olduğuna dair hiçbir kanıt yoktur. Bu nedenlerden dolayı, Mülteci Konvansiyonu'nda tanımlandığı gibi bir “mülteci” değildir.

BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme<sup>64</sup> ile ilgili olarak Mahkeme, Komitenin 6. madde hakkındaki 6 (1982) numaralı genel yorumuna uygun olarak yaşam hakkının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme, 6. madde uyarınca yaşamdan keyfi bir şekilde yoksun bırakma; (a) kanunla öngörülmemiş; (b) aranan amaçlarla orantılı değil; ve (c) davanın özel koşullarında zorunlu olmayacak şekilde ise müdahale ya da diğer bir deyişle ihlal olarak değerlendirilecektir sonucuna varmıştır. Bu temelde Mahkeme, yaşam hakkının, devletin yaşamın temel gereksinimlerini sağlamak için programlı adımlar atarak bu hakkın yerine getirilmesi için pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul etmiştir. Başvurucu, Kiribati Devleti'nin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında keyfi olarak hayatından mahrum bırakılma riskini gösterebilecek herhangi bir eylemi veya ihmaline işaret edememiştir. Mahkeme, Kiribati Devleti'nin 2007 Eylem Programında iklim değişikliği tehditleriyle ilgili uluslararası sahnede aktif olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca, başvurucu, ilgili zamanda yaşamı veya ailesinin hayatı için yeterli derecede risk olduğunu ispat edememiştir. Komite Hollanda'nın *Aalbersberg et al. v. the Netherlands*<sup>65</sup> kararından içtihat olarak İhtiyari Protokol uyarınca, sözleşmenin ihlali riskinin 'yakın tehlike' olması gerektiğini belirtmiştir. Bu, yaşam riskinin en azından meydana gelme olasılığının olması gerektiği anlamına gelir. Mevcut davada böyle bir 'yakın tehlike' olduğunu gösteren hiçbir kanıt sağlanamamıştır. Ayrıca mahkeme, iklim sisteminin daha çok öngörülebilirliği göz önüne alındığında, deniz seviyesinin yükselmesi ve diğer doğal afetlerden başvurucu ve ailesine yönelik riskin, geniş anlamda, *Aalbersberg ve diğerleri / Hollanda* davasındaki riskten daha yakın olduğunu kabul etmiştir.

Bununla birlikte, başvurucu ve ailesine yönelik risk, 6. madde kapsamında keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakılma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaklarına inanmak için önemli gerekçeler oluşturmak için gereken eşğin çok altında kalmıştır. Bu risk, bir şekilde varsayım veya kanaat olarak kalmıştır. Kiribati Cumhuriyeti'ndeki durumunun, ailesinin hayatının tehlikeye girecek kadar yakın tehlikede olacağına dair hiçbir kanıt tespit edilememiştir. Mahkeme, başvurunun karısının ve küçük çocuklarının bir gelgit olayında veya fırtına dalgasında boğulmasından korktuğuna dair ifadesine

<sup>64</sup> The U.N. Covenant on Civil and Political Rights, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme, Birleşmiş Milletler genel Kurulu'nda 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. Madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir, İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. Madde ise 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>65</sup> *Aalbersberg et al. v. the Netherlands* (CCPR/C/87/D/1440/2005).

dikkat çekmiş, ancak bununla birlikte, bu tür olaylardan kaynaklanan ölümlerin, başvuruçunun veya aile üyelerinin ölüm olasılığını, olabilecek bir risk bir yana, varsayım ve tahminin ötesinde bir düzeye yükseltecek kadar düzenli/sistemik bir şekilde gerçekleştiğini gösteren, hayattan keyfi bir şekilde mahrum bırakma olarak nitelendirilebilecek hiçbir kanıt sunulmamıştır. Buna göre, başvuruçunun veya aile üyelerinden herhangi birinin Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca haklarının ihlali tehlikesiyle karşı karşıya olacağına inanmak için esaslı gerekçeler yoktur.

Mahkeme, Kiribati Cumhuriyeti'nin vatandaşlarını çevresel bozulmanın etkilerinden korumak için, elinden geldiğince adımlar atmadığına dair hiçbir kanıt olmadığına karar vermiştir. 10 Aralık 2009 yılında benzer bir başvuruda, Kiribati'den çevresel faktörler sebebiyle bir başvuruda Avustralya Mülteci Temyiz Mahkemesi, kararında iklim değişikliklerinin Kiribati vatandaşına mülteci statüsü kazandırmayacağı sonucuna varmıştır<sup>66</sup>. Temyiz Mahkemesi devletin pozitif yükümlüklerini yerine getirmemesinden kaynaklı zulüm riski olduğuna ikna olmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme kararında, iklim değişikliğinden veya diğer doğal afetlerden kaynaklanan çevresel bozulmanın "Mülteci Konvansiyonu veya diğer Sözleşmeler çerçevesinde korunan kişiler kapsamında değerlendirilmeye ilişkin bir yol oluşturması" olasılığını da dışlamamıştır.

### **B. BM İnsan Hakları Komitesi'ne BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Kapsamında Başvuru**

Başvuruçunu, Yeni Zelanda'nın kendisini Kiribati'ye geri göndermekle Sözleşme uyarınca yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. İddiasına göre Kiribati'de deniz seviyesinin yükselmesi şunlarla sonuçlanmıştır: (a) başvuruçunun hayatını tehlikeye atan, şiddetli arazi anlaşmazlıklarına neden olan yaşanabilir alan kıtlığı; ve (b) tatlı su kaynağının tuzlu suyla kirlenmesi dahil çevresel bozulma.

Başvuru sahibi, 24 Mayıs 2012 tarihinde mülteci ve/veya korunan kişi olarak tanınma talebinde bulunmuştur. Yeni Zelanda iç hukukuna göre, bir kişi Mülteci Konvansiyonu çerçevesinde mülteci ise, bu koşulları karşılıyorsa mülteci olarak tanınmalıdır. Bir kişi, Yeni Zelanda'dan sınır dışı edilirse, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılma veya zalimce muameleye maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağına ilişkin önemli gerekçeler

<sup>66</sup> Ekşi, Nuray: İklim Mültecileri, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Temmuz-Aralık 2016, s. 28.



varsa, Konvansiyon kapsamında korunan kişi olarak tanınmalıdır. Yaşamdan keyfi olarak mahrum bırakma, 2009 Yeni Zelanda Göçmenlik Yasasının muhteviyatı Konvansiyon kapsamında olduğu gibi aynı anlama sahiptir. Dolayısıyla sığınma başvurusunda bulunan kişinin Mülteci Konvansiyonu çerçevesinde koşulları karşılamadığı gerekçesiyle başvurusu reddedilmiştir. Burada Yeni Zelanda Göçmen ve Koruma Mahkemesi, mülteci ve/veya korunan bir kişi olarak tanınma talepleriyle ilgili itirazların *de novo* incelemesini yapmaktadır.

Taraf Devlet, başvuru sahibinin BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6(1). maddesi kapsamındaki zımni iddiasının bir *prima facie* dava oluşturmak için yeterince kanıtlanmadığı için kabul edilemez olduğunu düşünmektedir. Bunun nedeni, öncelikle, başvuru sahibinin, gerçek veya yakın bir zararın/tehlikenin kanıtının olmamasıdır. *Beydon ve ark. / Fransa (CCPR /C/85/D/1400/2005)* kararında Komite, bir kişinin Sözleşme'den kaynaklanan bir hakkının ihlalinin mağduru olduğunu iddia etmesi için şu koşulların varlığını aramaktadır: "Bir Taraf Devletin eylemi veya ihmali sonucu zarar oluşmuştur, bu eylem veya ihmal kişinin bu haktan yararlanmasını zaten olumsuz bir şekilde etkilemiştir veya başvuru sahibi üzerinde böyle bir etkinin yakın olması söz konusudur." Komite, başvuru sahibinin Sözleşme uyarınca haklarının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilirlik açısından kanıtlayamadıklarını değerlendirmiştir. Mevcut davada, Başvuru sahibinin Kiribati'ye gönderildiğinde, hayatından keyfi olarak mahrum bırakılma riskiyle karşı karşıya olduğuna dair hiçbir kanıt yoktur. Dahası, başvuru sahibinin böyle bir riskle karşı karşıya olduğuna dair de hiçbir kanıt yoktur. Ayrıca, durumunun Kiribati'deki diğer tüm kişilerden somut olarak farklı olduğuna dair de hiçbir kanıt yoktur.

Yerel mahkeme kararında, iklim değişikliğinden kaynaklanan çevresel bozulmanın yarattığı korumasız kalmak durumunun asla mülteci korumasından yoksun olunacağı şeklinde okunmaması ve bu şekilde içtihadı yol açmayacağı konusunda görüş bildirmesine rağmen mevcut olayda başvuru sahibi için koşulların oluşmadığı görüşüne yer verilmiştir<sup>67</sup>. Çünkü mahkeme, başvuru sahibinin barınma, arazi veya mülk anlaşmazlıkları ile bağlantılı şiddet, ciddi fiziksel zarar görme riskiyle karşı karşıya kaldığına dair hiçbir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucunun

<sup>67</sup> United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Advance unedited version Distr.: General 7 January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No.2728/2016.

Kiribati’de geçimi için mahsul yetiştiremediği veya içme suyu elde edemediği yönündeki iddiasını destekleyecek hiçbir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir. Başvuru sahibi, toprağa tuzlu su girmesi sonucu ekin yetiştirmenin imkansız değil zor olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, yazarın Kiribati’ye döndükten sonra karşılaştığı veya muhtemelen karşılaştığı çevresel koşulların hayatının tehlikeye atılacağı veya kendisinin ve ailesinin önceki geçim hayatına kaldığı yerden devam edemeyeceği kadar korkunç olduğunu kanıtlayan hiçbir kanıt bulunmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, Devletlerin yaşamı bilinen doğal tehlikelerden kaynaklanan risklerden korumak için pozitif görevleri olduğunu ve bunu yapmamanın Sözleşmenin 6(1). maddesine aykırı bir ihmal oluşturabileceğini kabul etmiştir. Ancak başvuru sahibi, Kiribati Devleti’nin Sözleşme’nin 6(1). maddesi kapsamında keyfi olarak hayatından mahrum bırakılma riskine etki edebilecek herhangi bir eylem veya ihmaline işaret edememiştir ve dolayısıyla yaşamı veya ailesinin hayatı için yeterli derecede risk olduğunu tespit edememiştir. Mahkeme, yazarın iklim değişikliğinden kaynaklanan riskin, Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında kendisinin ve ailesinin keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakılma tehlikesi altında olacağına inanmak için önemli bir zemin oluşturmak için gereken eşğin çok altında kaldığı sonucuna varmıştır. Mahkemenin sözleşmeyle, risk “kesin bir şekilde varsayım veya tahmin alanında” kalmıştır. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komitesi’nin içtihadına göre, belirli bir davadaki gerçekleri ve kanıtları değerlendirmek genellikle Sözleşmeye taraf Devletlerin mahkemelerine düşer<sup>68</sup>.

Taraf Devletlerin yaşam hakkını korumak için pozitif önlemler almaları gerekmektedir. Ancak, başvuru sahibi, fiili veya yakın bir zararlar karşı karşıya olduğu iddiasını doğrulayacak kanıt sunamamıştır ve Komite, içtihatlarında gelecekte meydana gelebilecek Sözleşme haklarının varsayım dayalı potansiyel ihlallerine dayanan iddialarını kabul edilemez olduğu tespitini yapmıştır<sup>69</sup>. Komite ayrıca, *Beydon v. France (CCPR/C/85/D/1400/2005)* davasını içtihat olarak, başvurucunun, bir Taraf Devletin bir eyleminin veya ihmalinin söz konusu haktan yararlanmasını zaten olumsuz bir şekilde etkilediğini veya bu tür bir etkinin yakın olduğunu gösterememesi nedeniyle

<sup>68</sup> United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Advance unedited version Distr.: General 7 January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No.2728/2016, para.4.6

<sup>69</sup> *V.M.R.B. v. Canada (CCPR/C/33/D/236/1987)*, para. 6.3.

mağdur statüsünden yoksun olduğu durumlarda kabul edilemez olduğunu tespit etmiştir<sup>70</sup>.

Buna ek olarak Komite, nihayetinde işkence ve ölüme yol açabilecek keyfi tutuklama ve gözaltı riskine ilişkin genel iddialar sunan, ancak yaşamına yönelik herhangi bir doğrudan tehdit yaşamadığını kabul eden bir başvuru sahibinin *geri gönderilmeme-non-refoulement* iddiasını dayanaksız bulmuştur<sup>71</sup>.

### C. BM İnsan Hakları Komitesi'nin Esasa İlişkin Değerlendirmesi

Komite ilk önce Sözleşmeye taraf devletlere yüklenen genel yasal yükümlülüğün niteliğine ilişkin 31 (2004) sayılı Sözleşme'nin Genel Yorumu'nun 12. Paragrafını değerlendirmiş ve burada Taraf Devletlerin iade, sınır dışı etme veya başka bir şekilde Sözleşme'nin 6. ve 7. maddelerinde öngörüldüğü gibi telafisi mümkün olmayan gerçek bir zarar riski olduğuna dair önemli gerekçeler olduğunda bir kişiyi kendi topraklarından çıkarmaya ilişkin hükümleri değerlendirmiştir. Komite ayrıca, riskin kişisel olması gerektiğini, en marjinal durumlar haricinde<sup>72</sup>, yalnızca kabul eden devletteki genel koşullardan kaynaklanamayacağını ve gerçek bir risk olduğunu tespit etmek için önemli gerekçeler sağlamak için yüksek bir eşik olduğunu, hüküm kapsamında bunun telafisi olmayan zarar olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>73</sup>. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca geri göndermeme, sınır dışı etmeme veya başka şekillerde transfer etmeme yükümlülüğü, uluslararası mülteci hukuku kapsamındaki geri göndermeme ilkesinin kapsamından daha geniş değerlendirilmelidir çünkü mülteci statüsüne sahip olmayan yabancıların korunmasını da gerektirebilir<sup>74</sup>. Bu nedenle, taraf devletler, menşei devletteki yaşam haklarının ihlali konusunda gerçek bir risk olduğunu iddia eden tüm sığınmacılara, mültecilere korumaya erişim veya geri gönderilmeye karşı koruma sağlayabilecek diğer bireyselleştirilmiş veya grup statüsü belirleme prosedürlerine izin vermelidir<sup>75</sup>. Dolayısıyla, başvuru sahibinin menşei ülkesindeki genel

<sup>70</sup> *Beydon v. France* (CCPR/C/85/D/1400/2005), para. 4.3.

<sup>71</sup> *Lan v. Australia* (CCPR/C/107/D/1957/2010), para. 8.4., *Young-kwan Kim et al. v. Republic of Korea* (CCPR/C/112/D/2179/2012).

<sup>72</sup> General comment No. 36 (2018) on article 6 of the Covenant on the right to life (CCPR/C/GC/36), para. 30.

<sup>73</sup> *B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017), para. 7.3; and *K v. Denmark* (CCPR/C/114/D/2393/2014), para. 7.3.

<sup>74</sup> General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 31.

<sup>75</sup> General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 31.

insan hakları durumu da dahil olmak üzere tüm ilgili gerçekler ve koşullar dikkate alınmalıdır<sup>76</sup>. Komite, bu değerlendirmenin açıkça keyfi olduğu veya bariz bir hata oluşturduğu tespit edilemediği sürece, böyle bir riskin mevcut olup olmadığını belirlemek için davanın gerçeklerini ve kanıtlarını incelemenin genellikle taraf devletlerin organlarının görevi olduğunu ve aksi durumun adaletin reddi olarak değerlendirileceğini belirtmiştir<sup>77</sup>.

Yaşam hakkı, kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanırsa tam olarak anlaşılabilir ve bu hakkın korunması Taraf Devletlerin pozitif önlemler almasını gerektirir. Komite, yaşam hakkının kısıtlayıcı ve dar bir şekilde yorumlanması durumunda tam olarak anlaşılamayacağını ve bu hakkın korunmasının Taraf Devletlerin pozitif önlemler almasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Komite ayrıca, yaşam hakkının bireylerin onurlu bir yaşam sürmeyi ve doğal olmayan veya erken ölümlerine neden olacak eylem veya ihmallerden muaf olma hakkını da içerdiğini tespit ettiği 36 numaralı genel yorumunu hatırlatmıştır<sup>78</sup>.

Komite, ayrıca, Taraf Devletlerin yaşam hakkına saygı duyma ve bunu sağlama yükümlülüğünün, makul ölçüde öngörülebilir tehditlere ve yaşam kaybına neden olabilecek yaşamı tehdit eden durumlara kadar uzandığını ifade etmiştir<sup>79</sup>. Taraf Devletler, bu tür tehditler ve durumlar can kaybına yol açmasa bile, Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal edebilir<sup>80</sup>. Komite ayrıca, çevresel bozulmanın, iklim değişikliğinin ve sürdürülemez kalkınmanın, şimdiki ve gelecek nesillerin yaşam hakkından yararlanma becerisine yönelik en acil ve ciddi tehditlerden bazılarını oluşturduğunun tespitini yapmıştır<sup>81</sup>.

Komite ayrıca, bölgesel insan hakları mahkemelerine ek olarak, çevresel bozulmanın yaşam hakkından etkili bir şekilde yararlanmayı tehlikeye atabileceğini<sup>82</sup> ve şiddetli çevresel bozulmanın bir bireyin refahını olumsuz

<sup>76</sup> *X v. Sweden* (CCPR/C/103/D/1833/2008), para. 5.18.

<sup>77</sup> *M.M. v. Denmark* (CCPR/C/125/D/2345/2014), para. 8.4; *B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017), para. 7.3; Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (CCPR/C/GC/32) (2007).

<sup>78</sup> General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 3; *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.3.

<sup>79</sup> *Toussaint v. Canada* (CCPR/C/123/D/2348/2014), para. 11.3; *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.5.

<sup>80</sup> *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.3.

<sup>81</sup> General comment No. 36 (CCPR/C/GC/36), para. 62.

<sup>82</sup> *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.4; Inter-American Court of Human Rights, *Advisory opinion OC-23/17* of 15 November 2017 on

yönde etkileyebileceğini ve insan hakları ihlaline yol açabileceğini tespit ettiğini ifade etmiştir<sup>83</sup>.

Mevcut davada Komite, başvuru sahibinin Kiribati Cumhuriyeti'ne geri gönderildiğinde gerçek bir riskle karşı karşıya olduğu iddiasının Taraf Devlet yetkilileri tarafından değerlendirilmesinde Sözleşme'nin 6.maddesi uyarınca yaşam hakkına tehdit kapsamında açık bir keyfilik, hata veya adaletsizlik olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>84</sup>. Komite, Taraf Devletin, başvuru sahibinin ifadelerini ve kanıtlarını inandırıcı olarak değerlendirip kabul ettiğini ve hem Mülteci Konvansiyonu hem de BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi kapsamında koruma talebini ayrı ayrı incelediğini gözlemlemiş olduğunu belirtmiştir<sup>85</sup>. Aynı zamanda komite, Göçmenlik ve Koruma Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme'nin kararlarında, iklim değişikliğinin veya diğer doğal afetlerin etkilerinin koruma için bir temel oluşturması olasılığına izin verdiğine işaret eder. Mevcut davada, mahkeme, özellikle, aşağıdaki hususlara dair hiçbir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir: (a) başvuru sahibinin geçmişte herhangi bir toprak anlaşmazlığında bulunmuş olması veya gelecekte böyle bir anlaşmazlıkta fiziksel olarak zarar görme şansı ile karşı karşıya kalmış olması; (b) kendisi ve ailesi için barınacak yer bulamayacak olması; (c) yiyecek yetiştiremeyecek veya içme suyuna erişemeyecek durumda olması; (d) yaşamı tehdit eden çevresel koşullarla karşılaşacak olması; (e) durumunun diğer tüm Kiribati sakinlerinden fiili olarak farklı olması; veya (f) Kiribati Devleti'nin, başvuru sahibinin yaşam hakkını yerine getirmeye yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla, yaşamın temel gereksinimlerini sağlamak için programlı adımlar atmamış olması. Mahkeme burada, Kiribati tarafından Birleşmiş

---

the environment and human rights, series A, No. 23, para. 47; *Kawas Fernández v. Honduras*, judgment of 3 April 2009, series C, No. 196, para. 148. African Commission on Human and People's Rights, general comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (article 4), para. 3. European Court of Human Rights, application Nos. 54414/13 and 54264/15, *Cordella and Others v. Italy*, judgment of 24 January 2019, para. 157.

<sup>83</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *M. Özel and others v. Turkey*, judgment of 17 November 2015, paras. 170, 171 and 200; *Budayeva and others v. Russia*, judgment of 20 March 2008, paras. 128-130, 133 and 159; *Öneryıldız v. Turkey*, judgment of 30 November 2004, paras. 71, 89, 90 and 118.

<sup>84</sup> United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Advance unedited version Distr.: General 7 January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No.2728/2016, para.9.6.

<sup>85</sup> Ibid.

Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında sunulan 2007 Ulusal Uyum Eylem Programı'na göre, Kiribati Hükümeti'nin iklim değişikliğinin etkilerini ele almak/önlemek için adımlar attığını gözlemlemiştir<sup>86</sup>.

Komite, genel bir zulüm/şiddet durumunu, yalnızca bireyin varlığı nedeniyle gerçek bir zarar riskinin olduğu en uç durumlarda, Sözleşme'nin 6. veya 7. maddeleri uyarınca gerçek bir onarılamaz zarar riski oluşturmaya yeterli yoğunlukta ve/veya geri döndüğünde bu tür şiddete maruz kalan ve söz konusu kişinin savunmasız bir durumda olduğu durumlar olarak değerlendirmektedir. Komite, başvuru sahibinin koşullarını değerlendirirken, Kiribati Cumhuriyeti'nde genel bir çatışma durumu olmadığını kaydeder. Başvuru sahibinin ifadelerinde arazi sahiplerinin arasında belirsiz sayıda zayıfa yol açan ara sıra şiddet olaylarına atıfta bulunduğu gözlemlenmekte ve başvurucunun yerel makamlar önünde böyle bir arazi anlaşmazlığına hiç karışmadığına dair ifadesi de dikkat çekmektedir. Yani mevcut davada başvuru sahibinin özellikle varlığı nedeniyle bireyselleşmiş uğradığı potansiyel bir zulüm durumu yoktur. Komite ayrıca, Mahkemenin, başvuru sahibinin kendisine özgü bir zarar riski değil, Kiribati'deki tüm bireylerin karşılaştığı genel bir risk olduğunu iddia ettiğini kabul ediyor gibi görüldüğüne dair açıklamasına da dikkat çekmiştir. Komite ayrıca, devletten korumanın arazi anlaşmazlıkları sırasında şiddet eylemlerinde bulunan devlet dışı aktörlerin zarar görme riskini önlemeye yetip yetmeyeceğine ilişkin başvuru sahibinden bir bilgi alınmadığına işaret etmiştir. Komite, başvuru sahibi tarafından sunulan delillere itiraz etmese de, başvurucu, hakkına yönelik gerçek, kişisel ve makul olarak öngörülebilir bir tehdit riski ile karşı karşıya olup olmadığına ilişkin yerel makamların değerlendirmesinde açık bir keyfilik veya hata göstermediğini düşünmektedir. Kiribati'deki aşırı nüfus yoğunluğundan veya özel arazi anlaşmazlıklarından kaynaklanan şiddet eylemlerinin bir sonucu olarak yaşam hakkına karşı açık bir tehdit ve devletin bu konuda yeterli önlem almadığı, bu konuda keyfiliğine ilişkin bir bilgi mevcut davada yer almamaktadır.

Komite ayrıca, başvuru sahibinin yerel makamlar nezdinde, deniz seviyesinin yükselmesinden kaynaklanan tuzlu su kontaminasyonu nedeniyle tatlı su kaynakları tükendiği için Tarawa'da içme suyuna erişimin olmamasından ciddi şekilde zarar göreceğine ilişkin iddialarına dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, Komite, iklim değişikliği araştırmacısı John Corcoran'ın bilirkişi raporuna ve ifadesine göre, Güney Tarawa sakinlerinin yüzde 60'ının kamu

---

<sup>86</sup> 2007 National Adaptation Programme of Action, United Nations Framework Convention on Climate Change.

hizmetleri kurulu tarafından sağlanan karneli kaynaklardan temiz su sağladığı bilgisini not etmektedir. Komite, suya erişimin neden olabileceği zorlukları kabul ederken, başvuru sahibinin temiz su tedarikinin erişilemez, yetersiz veya güvensiz olduğunu gösteren, bu durumun makul olarak öngörülebilir bir sağlık riski tehdidi oluşturduğunu, onurlu bir yaşam sürme hakkını zedelediğini veya doğal olmayan bir şekilde ya da bu sebeple erken ölümüne neden olabileceğine dair yeterli bilgi vermediğini ifade etmiştir.

Komite ayrıca, başvuru sahibinin, mahsulleri topraktaki tuz birikintileri nedeniyle tahrip edildiği için geçim kaynaklarından mahrum kaldığı ve bu sebeple yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasını not etmiştir. Öte yandan yerel makamların, başvuru sahibinin mahsul yetiştirme zor olduğunu ifade etmesine rağmen imkansız olmadığına dair bulgusu mevcuttur. Komite, belirli yerlerde, geçim kaynağı alternatiflerinin bulunmamasının, bireyleri iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine karşı yüksek bir savunmasızlık riskine sokabileceğini kabul etmektedir. Ancak Komite, başvuru sahibi tarafından alternatif istihdam kaynakları ve Kiribati Cumhuriyeti'nde temel insani ihtiyaçların karşılanması için mali yardımın mevcudiyeti hakkında sağlanan bilgi eksikliğine dikkat çekmiştir. Komiteye sunulan bilgiler, başvuru sahibinin işsiz kalması sebebiyle, yaşam hakkını tehdit edebilecek bir yoksulluk, yiyecek yoksunluğu ve aşırı güvencesizlik, onurlu bir yaşam hakkı da dahil olmak üzere yaşamının tehdit altında olma durumuna dair gerçek ve makul ölçüde öngörülebilir bir risk bulunduğunu göstermemektedir. Bu nedenle Komite, başvuru sahibinin, yerel mahkemenin değerlendirmesinin açıkça keyfi veya hatalı olduğunu veya adaletin reddi anlamına geldiğini kanıtlamadığını düşünmektedir.

Son olarak Komite, başvuru sahibinin aşırı nüfus ve giderek artan sıklıkla yoğun sel ve deniz yükselmelerinin, deniz duvarlarında açtıkları gedikler nedeniyle yaşam hakkı için bir riskle karşı karşıya olduğu iddiasına dikkat çekmiştir. Komite ayrıca, başvurucunun, Taraf Devlet mahkemelerinin, Kiribati Cumhuriyeti'nde başvuru sahibine ciddi zarar verilecek zaman dilimini belirlemede hata yaptığına ve iklim değişikliği konusunda uzman raporuna yeterli ağırlık vermediğine dair iddiasına da dikkat çekmiştir. Komite, bu raporun 2016 yılında sunduğu yorumlarında, Kiribati Cumhuriyeti'nin 10 ila 15 yıl içinde yaşanmaz hale geleceğini iddia ettiğini belirtmektedir.

Komite, Yeni Zelanda Göçmenlik ve Koruma Mahkemesinin iklim değişikliğine bağlı hasarın ani başlangıçlı olaylar ve yavaş başlayan süreçler yoluyla meydana gelebileceğine dair bir gözlemlerde bulunduğunu tespit eder. Raporlar, ani başlangıçlı olayların saatler veya günler boyunca ani ve açık bir etkisi olan olaylar olduğunu, yavaş başlayan etkilerin ise aylar veya yıllar

boyunca geçim kaynakları ve kaynaklar üzerinde kademeli, olumsuz bir etki doğurabileceğini göstermektedir. Hem ani başlangıçlı olaylar (yoğun fırtınalar ve sel gibi) hem de yavaş devam eden süreçler (deniz seviyesinin yükselmesi, toprağın tuzlanması ve arazinin bozulması gibi), iklim değişikliğine bağlı zararlardan korunmak isteyen bireylerin sınır ötesine göç hareketini teşvik edebilir. Komite, güçlü ulusal ve uluslararası çabalar olmaksızın, iklim değişikliğinin göç alan devletlerdeki etkilerinin, kişileri Sözleşmenin 6. veya 7. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlaline maruz bırakabileceği ve böylece gönderen devletlerin geri göndermeme yükümlülüklerini ihlal edebileceği görüşündedir. Ayrıca, tüm bir ülkenin sular altında kalma riskinin çok büyük bir risk olduğu göz önüne alındığında, böyle bir ülkedeki yaşam koşulları, risk gerçekleşmeden önceki onurlu bir yaşama hakkı ile bağdaşmaz hale gelebilir.

Mevcut davada Komite, başvuru sahibinin, deniz seviyesinin yükselmesinin Kiribati Cumhuriyeti'ni yaşanmaz hale getirme ihtimalinin yüksek olduğu iddiasını kabul etmektedir. Bununla birlikte, Komite, iddia edildiği gibi, 10 ila 15 yıllık sürenin, uluslararası topluluğun yardımıyla Kiribati Cumhuriyeti'nin müdahale eylemlerine, korumak ve gerektiğinde yeniden yerleştirmek için olumlu önlemler almasına izin verebileceğine ilişkin ifadesine de yer vermiştir. Komite, kendisine sunulan bilgilere dayanarak, yerel makamların Kiribati Cumhuriyeti tarafından alınan önlemlerin Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca başvuru sahibinin yaşam hakkını korumaya yeterli olacağı, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda açıkça keyfi olduğu sonucuna varacak bir konumda olmadığına karar vermiştir.

Bu bulguların ışığında, Komite, Taraf Devlet mahkemelerinin başvuru sahibine koruma ihtiyacına ilişkin bireyselleştirilmiş bir değerlendirme yaptığını ve başvuru sahibinin karşılaştığı riski değerlendirirken Kiribati'de hüküm süren koşullar, başvuru sahibi ve adaların diğer sakinleri için öngörülen riskler, Kiribati yetkililerinin ve uluslararası toplumun müdahale etmesi için kalan süre, adaların çok ciddi durumu ve halihazırda devam etmekte olan çabalar dahil olmak üzere değerlendirmiştir.

Burada Komite, Taraf Devletin gelecekteki sınır dışı davalarında Kiribati Cumhuriyeti'ndeki durumu ve iklim değişikliğinin etkileri ve bunun sonucunda yükselen deniz seviyelerine ilişkin yeni ve güncellenmiş verileri dikkate alma sorumluluğunun devam etmesi saklı kalmak üzere, başvuru sahibinin 2015 yılında Kiribati Cumhuriyeti'ne sınır dışı edilmesi kararını, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki haklarının ihlali olarak kabul etmiştir.



İhtiyari Protokolün 5 (4). maddesi uyarınca hareket eden İnsan Hakları Komitesi, Başvuru sahibinin, sınır dışı edilmesi ve Kiribati Cumhuriyeti'ne gönderilmesinin 6(1). madde kapsamındaki haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

### SONUÇ

Mültecilerin ve zorla yerinden edilmiş kişilerin uluslararası korumaya erişebilmesi için uluslararası hukukta elimizdeki enstrümanlar 1951 Cenevre Konvansiyonu, 1967 New York Protokolü ve bölgesel ve iç hukuktaki yasal araçlardır. Etkili koruma, büyük ölçüde, devletlerin bu araçları hem bireysel olarak hem de uluslararası işbirliği yoluyla uygulama konusundaki gerçek kararlılığına bağlıdır. Kurumsal düzeyde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ana küresel mülteci kurumu olarak oluşturulmuştur. Mültecilerin kendi ülkelerinin korumasından yoksun insanlar olarak özel karakterleri göz önüne alındığında, BMMYK, uluslararası mülteci ve vatansızlık belgelerine ilişkin denetim sorumluluklarında onlar adına aracılık edebilecek tüzel kişiliktir. BMMYK'nin görevinin etkili bir şekilde uygulanması da, devletlerin onunla işbirliği yapma taahhüdünü gerektirir. Başından beri temel zorluklardan biri, hem yasal rejim hem de yasal rejimin uygulamada nasıl işlediğine ilişkin korumadaki boşluklar olmuştur. Zamanla, Konvansiyon'a taraf devletlerin sayısı istikrarlı bir şekilde artmıştır. Geri göndermeme ilkesinin, uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku, mülteci hukuku ve uluslararası hukukun bir normu olarak kabul edilmesi, en azından bir dereceye kadar, boşlukların doldurulmasına yardımcı olmuştur. Mülteci tanımının farklı unsurlarına ilişkin farklı mahkeme kararları, devletler arasında değişen mülteci tanıma kriterlerine yol açarken, sığınmacılar için durum belirsizlikler içermektedir. Bu sebeple mülteci hukuku açısından içtihat oluşturabilecek her yeni karar önem arz etmektedir. Bu çalışmaya konu olan karar da devlet uygulamalarına ve dolayısıyla da mahkeme kararlarına öncülük edebilecek nitelikte tarihi bir karardır.

BM İnsan Hakları Komitesi, iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı iltica talebinde bulunan bir bireyin şikayetine ilişkin ilk kararında, ülkelerin yaşam hakkını ihlal eden iklim değişikliğinden/çevresel bozulmadan kaynaklanan koşullarla karşılaşan kişileri sınır dışı edemeyeceğini belirtmiştir.

Teitiota davasında, Yeni Zelanda mahkemesi olayların olduğu anda başvuru sahibinin yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir, çünkü başvuru sahibinin ifadesinin ve diğer mevcut bilgilerin kapsamlı ve dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi, ciddi olmasına rağmen, Kiribati'deki durumun,

yeterli koruma önlemleri alındığına işaret etmekteydi. Ancak sonuç olarak 6.maddenin ihlaline ilişkin karar, iklim değişikliği ile ilgili gelecekteki sığınma taleplerinin başarısını kolaylaştırabilecek yeni standartlar ortaya koymaktadır.<sup>87</sup>

Komite ayrıca, sığınma statüsü arayan kişilerin ülkelerine geri dönme-leri halinde yakın bir tehlike ile karşılaşacaklarını kanıtlamaları gerekmediğini açıklamıştır. Komite, iklim değişikliğinin neden olduğu zararın hem ani başlangıçlı olaylar (yoğun fırtınalar ve sel gibi) hem de yavaş başlayan süreçler (deniz seviyesinin yükselmesi, tuzlanma ve arazi bozulması gibi) yoluyla ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir. Bu; hem ani başlangıçlı olayların hem de yavaş başlayan süreçlerin, bireylerin sınırları aşarak iklim değişikliğine bağlı zararlar sebebiyle sığınma arayabileceğine ilişkin bir karardır.

Karar, BM İnsan Hakları Sözleşmesi'nin organının iklim değişikliğinin etkilerinden dolayı sığınma hakkı arayan bir kişinin şikayetine ilişkin ilk kararı olması cihetiyle önemlidir. Tarihi BM İnsan Hakları kararı, iklim değişikliği nedeniyle sığınma taleplerine kapı açması muhtemeldir.

Sonuç olarak eğer 1951 Cenevre Mülteci Konvansiyonu'na ek bir protokol hazırlanacaksa, burada tam genişletilmiş bir *mülteci* tanımı olmalıdır.

---

<sup>87</sup> <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25482>, (erişim tarihi: 26.08.2020).

### KAYNAKÇA

- 2007 National Adaptation Programme of Action, United Nations Framework Convention on Climate Change.
- B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017), para. 7.3; and *K v. Denmark* (CCPR/C/114/D/2393/2014), para. 7.3.
- Beydon v. France* (CCPR/C/85/D/1400/2005), para. 4.3.
- Dillon v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) FC 381 (Can. FC, Dec. 3, 2004).
- Doğan**, İlyas: İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, 3. Baskı, 2019.
- Ekşi**, Nuray: İklim Mültecileri, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Temmuz-Aralık 2016, s. 28.
- Essam El-Hinnawi, Environmental Refugees 4 (United Nations Environment Program 1985) cited in Gregory S. McCue, "Environmental Refugees: Applying International Environmental Law to Involuntary Migration) (1993) 6 Geo. Int'l Env'tl.L.Rev. 151 at 157-158; Renaud, Bogardi, Dun and Warner; Canisbee and Simms.
- Fabrice**, Renaud/**Bogardi**, Janos J./**Dun**, Olivia/**Warner**, Koko: Control, Adapt or Flee, How to Face Environmental Migration?, Publication Series of UNU Institute for Environment and Human Security (UNU-EHS), No.5/2007 (Bonn: UNUEHS, 2007) .
- General comment No. 36 (2018) on article 6 of the Covenant on the right to life (CCPR/C/GC/36), para. 30.
- Horvath (UKHL, 2000) ss. 497-98.
- ICISS- The Responsibility to Protect, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty (Ottawa: Published by the International Development Research Centre, 2001) [ICISS Report.
- Kahloo v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1997) FCA 1430 (Aus FC, Dec. 1, 1997).
- Lambert**, Helen, (2001) The Conceptualisation of Persecution by the House of Lords, 13 Intl. J. Ref. L. 16.
- Lan v. Australia* (CCPR/C/107/D/1957/2010), para. 8.4., *Young-kwan Kim et al. v. Republic of Korea* (CCPR/C/112/D/2179/2012) at 2.

- McKernan, Lucy & Bret, Thiele:** UN Human Rights Committee brings new vitality to the right to life, <https://www.openglobalrights.org/un-human-rights-committee-brings-new-vitality-to-the-right-to-life/>
- M.M. v. Denmark* (CCPR/C/125/D/2345/2014), para. 8.4; *B.D.K. v. Canada* (CCPR/C/125/D/3041/2017).
- Marshall, L. W.:** (2010) Toward a New Definition of ‘Refugee’: is the 1951 Convention Out of Date? *European Journal of Trauma and Emergency Surgery*. doi: 10.1007/s00068-009-9068-2.
- Mehmood v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan. 31, 2002) at. (14).
- Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Kord* (2002) 125 FCR 68 (Aus. FFC, Mar. 28, 2002) at 69(2).
- Moberg, Kara K.:** Extending Refugee Definitions to Cover Environmentally Displaced Persons Displaces Necessary Protection, 94(200) *Iowa L. Rev.*
- Musalo, K.:** (2010) A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly be Inching Towards Recognition of Women’s Claims, 29 *Ref. Survey. Q.* 46, at 58.
- Organization of African Unity (OAU), (1969, 10 September). Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (“OAU Convention”), U.N.T.S. 45.
- Ortiz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2011) FC 726 (Can. FC, Jun. 20, 2011).
- Özkan, Işıl:** Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.3.
- R v. Immigration Appeal Tribunal; Ex Parte Shah*, (1992) 2 AC 629 (UKHL, Mar. 25, 1999).
- Saechao, Tyra Ruth:** “Natural Disasters and the Responsibility to Protect: From Chaos to Clarity” (2007) 32 *Brook. J. Int’l L.* 663 at 698-706.
- Safi, Sibel:** Mülteci Hukuku, Legal Yayınevi, 2017.
- Shacknove, A. E.:** (1985) Who is Refugee? 95 *Ethics* 274.
- Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2002) FCA 37 (Aus. FC, Jan.31, 2002) at (16).
- Sivakumaran* (UKHL, 1987) at 992-93.

Stockholm Declaration, Preamble and all the principles; Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford: Claredon Press, 1997) at 154-156.

Sunarso v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (2000) 99 FCR 125 (Aus. FC, Feb. 7, 2000) at 132(38)-(39).

*Toussaint v. Canada* (CCPR/C/123/D/2348/2014), para. 11.3; *Portillo Cáceres et al. v. Paraguay* (CCPR/C/126/D/2751/2016), para. 7.5.

UN SC Res. 1674, U.N. Doc. S/RES/ 1674 (2006) at para. 4.

UNICEF, n.d. Who is a Refugee?.

United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, Advance unedited version Distr.: General 7 January 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Human Rights Committee, Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No.2728/2016.

*V.M.R.B. v. Canada* (CCPR/C/33/D/236/1987), para. 6.3.

**Warner, K. J./Affi, T. J./Stal, M. J./Schmidl, S. J., Dun/O. J./Bogardi, J. J.:** (2013) Human security, climate change, and environmentally induced migration. UNU-EHS.

**Wisher, D.:** (2003) “Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom Protection, Accountability or Culpability?” 15 Intl. J. Ref. L. 68, at 80.

*X v. Sweden* (CCPR/C/103/D/1833/2008), para. 5.18.

**Yeo, C.:** (2003) Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State? , 14 Intl. J. Ref. L. 509, s. 515.

<http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.

<https://au.int/en/treaties/african-charter-human-and-peoples-rights>

<https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>

<https://www.unhcr.org/climate-change-and-disasters.html>

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25482>

## **YARGITAY'IN BAĞIŞLAMA YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE MEHİR VE MEHRİN GERİ ALINMASI**

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.791399>

***Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN\****

### **Öz**

*Şer'î hukuk ve Osmanlı hukuku döneminde bir aile hukuku müessesesi olarak kabul edilen mehir pozitif hukukumuzda yasalarda düzenlenmemiştir. Buna rağmen toplumumuzda mehir sözleşmeleri akdetme geleneği sona ermemiş ve mehirle ilgili uyuşmazlıklar mahkemelere yansımaya devam etmiştir. Yargıtay, pozitif hukuk içinde mehirle ilgili uyuşmazlıklara Türk Borçlar Kanununun bağışlama sözleşmesi hükümleri (TBK m. 285-298) çerçevesinde çözüm bulmaya çalışmaktadır. Yargıtay mehri muaccel elden bağışlama, mehri müecele ise bağışlama sözü verme hükümlerini uygulamaktadır.*

*Bu çalışmada mehir, Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımının hukukî temelleri, bunun eleştirisi ve özellikle mehri muaccel ve mehri müecelelin geri alınması bağışlama sözleşmesi hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Mehir, Bağışlama, Bağışlama Sözü Verme, Mehrin Geri Alınması, Yargıtay*

## **MAHR AND REVOCATION OF MAHR BASED ON THE COURT OF CASSATION'S DONATION APPROACH**

### **Abstract**

*Mahr, which was an important element of family law during the Sharia and Ottoman law era has not been adjusted within our current law. Nevertheless, the tradition of concluding a contract of mahr has not ended in*

---

\* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [ahmetturkmen@klu.edu.tr](mailto:ahmetturkmen@klu.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4288-6607> (Makalenin Geliş Tarihi: 11.06.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 15.06.2020/Makale Kabul Tarihi: 18.08.2020)

*our society and numerous conflicts associated with mahr have been brought to trial. The Cassation Court of Turkey tends to solve the conflicts of mahr in accordance with the donation contract provisions of the Turkish Code of Obligations (Article 285-298). The Court of Cassation applies donation from hand to hand provisions for prompt mahr (muqaddam) and promise of donation provisions for mu'akhar.*

*This paper analyzes the legal basis of the Court of Cassation's donation approach while providing criticism and insight for revocation of prompt mahr (muqaddam) and mu'akhar in the framework of the provisions of donation contract.*

### **Keywords**

*Mahr, Donation, Promise of Donation, Revocation of Mahr, The Court of Cassation*

## GİRİŞ

İslâm ve Osmanlı hukukunda kocanın evlenmenin dinî akdi sırasında veya devamı sırasında ya da evliliğin boşanma veya ölümle sona ermesi halinde kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği şey olarak tanımlanan *mehir* 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Medenî Kanunla birlikte eski hukuktaki *kanundan doğan borç* niteliğini kaybetmiştir. Pozitif hukukumuzda mehre ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Türk toplumunda mehir anlaşmaları akdetme geleneği son bulmamış, mehir borcunun ifası ve mehrin geri alınmasına ilişkin uyuşmazlıklar 743 sayılı Medenî Kanun ve bu arada 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da mahkemelere yansımaya devam etmiştir.

Kanundan doğan borç niteliğini kaybetmesiyle birlikte mehir alacağı günümüzde yalnızca *sözleşmesel* temelde korunabilen bir *alacak hakkı* niteliği taşıyabilmektedir. Mehir anlaşmalarının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli olarak kurulabileceği ve pozitif hukukumuzda buna bir engel olmadığı genel olarak kabul görmektedir. Buna karşılık mehir sözleşmelerinin hukukî niteliği konusunda ise bir görüş birliği yoktur. Yargıtay pozitif hukukumuzda mehre ilişkin tek bağlayıcı kural olan 2.12.1959 tarih ve E. 14, K. 30 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki gerekçelere dayanarak peşin ödenen mehri muacceli *elden bağışlama*, ifası sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihe ertelenen mehri müecceli ise *bağışlama sözü verme* olarak nitelendirmekte ve mehir konusundaki uyuşmazlıkları ve bu arada mehrin geri alınmasını Türk pozitif hukukunun bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümleri (TBK m. 285-298) çerçevesinde çözmeye çalışmaktadır. Böyle bir yaklaşım İslâm hukukundaki mehir kuralları ile pozitif hukukun bağışlama hükümlerinin birbiriyle örtüşmediği durumlarda tarafların iradelerinden farklı sonuçlar doğmasına yol açabilmektedir.

Bu çalışmada İslâm hukukundaki mehir kavramı ile Yargıtay'ın mehrin hukukî niteliği konusundaki bağışlama yaklaşımının temelleri, mehrin bağışlama olarak kabul edilmesinin hukukî sonuçları ve nihayetinde mehrin geri alınması Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımı çerçevesinde ele alınmaktadır.

## I. MEHİR KAVRAMI

Mehir, İslâm hukukunda kocanın evlenmenin dinî akdi sırasında veya devamı sırasında bazen de sona ermesi halinde kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği belirli bir mal veya para gibi ekonomik değeri olan bir şey



olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Mehir, evliliğin bir şartı değil sonucu olarak görül-  
mektedir, bu nedenle satış sözleşmesinden ayrılmaktadır<sup>2</sup>. Başlık parasının  
aksine mehir evlenmenin bir ön şartı değildir ve başlık parası gibi kadının  
ailesine değil, evlenmenin bir sonucu olarak *kadının kendisine* verilmekte-  
dir<sup>3</sup>. Bu nedenle de mehir sözleşmelerinin pozitif hukukumuzda kural olarak  
hukuka, ahlâka ve kişilik hakkına aykırı olmadığı ve geçerli olarak kurula-  
bileceği kabul edilmektedir<sup>4</sup>. İslâm hukukuna göre satışı veya kullanılması  
yasak olmayan<sup>5</sup> her türlü malvarlığı değeri; taşınır, taşınmaz eşyalar veya  
intifa hakkı da mehir olarak kararlaştırılabilir<sup>6</sup>. Mehir, kural olarak nişanlılık  
süresince verilen hediyelerden ve düğün sırasında takılan ziynet eşyalarından  
farklıdır. Lâkin mehir borcunun düğün sırasında kadına takılan ziynet eşya-  
larıyla ifa edilmesi de mümkündür<sup>7</sup>. Böyle bir durumda düğün sırasında takı-

- <sup>1</sup> **Cin**, Halil: “İslâm Hukukunda Mehr”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 1972, s. 199; **Hatemi**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 279; **Acar**, H. İbrahim: “Mehrin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 17, 2011, s. 368; **Şirin**, Şükrü: “İslâm Hukukunda Mehir Davaları”, Marife Dinî Araştırmalar Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Kış 2015, s. 299; **Akyüz**, Jülide: “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan Mehir Hakkında Bazı Düşünceler”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 37, 2005, s. 215; **Sağlam**, Hadi: “İslâm Hukukunda Mehir Evlilik Sigortası mıdır?”, Universal Journal of Theology, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s. 2; **Pürselim-Arning**, Hatice Selin: “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 2, 2013, s. 138; **Kılınç**, Ayşe Nur/**Kılınç**, Ahmet: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2019, s. 105.
- <sup>2</sup> **Cin**, Mehir, s. 220; **Hatemi**, s. 316; **Aydın**, M. Akif: “Mehir”, İslâm Ansiklopedisi, Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara 2003, s. 390; **Acar**, s. 375-376; **Tüzüner**, Özlem: “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 140-141; **Sağlam**, s. 4, 8; **Okur Gümrükçüoğlu**, Saliha: “İslâm Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, S. 4, 2013, s. 229.
- <sup>3</sup> **Cin**, Mehir, s. 225-226; **Acar**, s. 369-370; **Okur Gümrükçüoğlu**, s. 227-228; **Çakırca**, Seda İrem: “Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 121-122, Eylül-Ekim 2014, s. 91.
- <sup>4</sup> **Hatemi**, s. 321; YİBK, T. 2.12.1959, E. 14, K. 30 (RG T. 24.2.1960, S. 10440).
- <sup>5</sup> İslâm hukukuna göre böyle bir durumda sözleşme tümüyle geçersiz olmayıp kadın mehri misile hak kazanır (**Cin**, Mehir, s. 204).
- <sup>6</sup> **Cin**, Mehir, s. 204; **Cin**, Halil: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayınları, Ankara 1974, s. 214-215; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Acar**, s. 385-386; **Sağlam**, s. 3; **Kılınç/Kılınç**, s. 105.
- <sup>7</sup> Karş. **Akçaal**, Mehmet: “Düğünde Takılan Ziynet Eşyasının İadesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 280. Yargıtay mehir borcunun ifasına yönelik açılan bir davada, *-ifa yerine edim tartışmasına girmeksizin-* davalının

lan ziynet eşyalarının mehir borcunun ifasına yönelik olduğunu ispat yükü borçludur<sup>8</sup>.

Taraflarca belirlenen mehre “*mehri müsemma*” denilir<sup>9</sup>. Mehrin taraflarca belirlenmemiş olması veya taraflarca mehir verilmeyeceğinin kararlaştırılması ya da taraflarca kararlaştırılan mehrin herhangi bir sebeple hükümsüz olması halinde kadına ödenecek mehre ise “*mehri misil*” adı verilir<sup>10</sup>. Mehri misil aynı sosyal konumda bulunan ve özellikleri itibariyle birbirlerine denk sayılan kadınların aldıkları mehir miktarı dikkate alınarak tespit edilir<sup>11</sup>. Bu anlamda mehri müsemma *sözleşmesel* bir temele dayanırken, mehri misil *kanundan doğan bir borcu* çağırıştırır.

Mehri müsemma, kararlaştırılan ödeme şekline göre ikiye ayrılır. Evliliğin akdi sırasında peşin ödenen türüne “*mehri muaccel*” adı verilir<sup>12</sup>. Lâkin mehrin tamamının evlilik sırasında ödenmesi şart değildir, evlilik sırasında mehrin bir kısmı peşin olarak ödenebileceği gibi, kalan kısmı ve hatta tamamı da vadeye bağlanabilir. İşte evlilik sırasında mehrin ileride bir tarihte

---

mehir senedinde kadına verileceği taahhüt edilen 150 gram altının düğün sırasında fazlasıyla kadına takı olarak verildiğine yönelik savunmasını yerinde bulmayarak mehir senedinde kadına verileceği hüküm altına alınan altınların ayrıca kadına verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay 3. HD., E. 2016/21864, K. 2018/9144, T. 26.9.2018 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>8</sup> Mehri müeccel sözleşmesinde yer alan edim yerine başka bir edimin ifa edildiği hallerde taraflar arasında anlaşmanın niteliğine göre mehir borcu tamamen sona erebileceği gibi (ifa yerine edim), yalnızca ifa edilen kısmın paraya çevrilmesi suretiyle elde edilen menfaatle sınırlı olmak üzere de sona erebilir (ifa uğruna edim). Tarafların ifa yerine edim mi yoksa ifa uğruna edim konusunda mı anlaşmış oldukları dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumla iradelerinden çıkarılamıyorsa, alacaklı lehine olmak üzere ifa uğruna edimin kararlaştırıldığı kabul edilir. İfa yerine edim veya ifa uğruna edim anlaşması alacaklının kabulüyle mümkün olabilir. Taraflar arasında edimin böyle bir sonuç doğurduğunu ispat yükü ise borçludur (Eren, Fikret: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 940-941).

<sup>9</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu, Cilt 2, İstanbul 1950, s. 121; Cin, Mehir, s. 207; Acar, s. 379; Sağlam, s. 7; Kılınç/Kılınç, s. 107; Çakırca, s. 92.

<sup>10</sup> Cin, Mehir, s. 211; Hatemi, s. 279; Reisoğlu, Safa: “Mihri Müeccele Müteallik 2.12.1959 tarihli Tevhidi İçtihad Kararı Hakkında (1)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 1960, s. 80; Aydın, Mehir, s. 390; Acar, s. 380; Akyüz, s. 224; Sağlam, s. 7; Pürselim Arning, s. 139; Kılınç/Kılınç, s. 107.

<sup>11</sup> Bilmen, s. 121; Cin, Mehir, s. 211; Cin, Evlenme, s. 223; Reisoğlu, s. 80; Kılınç/Kılınç, s. 107.

<sup>12</sup> Bilmen, s. 121; Cin, Mehir, s. 208; Aydın, Mehir, s. 390; Acar, s. 379; Akyüz, s. 216; Sağlam, s. 7; Kılınç/Kılınç, s. 106.

ödeneceği kararlaştırılmışsa buna “*mehri müeccel*” denilir<sup>13</sup>. Mehri müeccel taraflarca belirli bir vadeye bağlanabileceği gibi, kocanın ölümü gibi belirsiz bir vadeye de bağlanabilir. Bu durumda kadın vade gelmeden mehri talep edemez<sup>14</sup>. Vade gelmeden evliliğin koca tarafından talâk yoluyla sona erdirilmesi de sonucu değiştirmez. Lâkin mehir belirli bir vadeye bağlanmış olsa bile, vade gelmeden kocanın ölmesi halinde mehir borcu en geç bu anda muaccel hale gelir<sup>15</sup>. Mehri müeccelin taraflarca bir vadeye bağlanmamış olması halinde ise mehir, talâk veya eşlerden birinin ölümü anına kadar müeccel sayılır. Bu durumda mehir en geç evliliğin talâk yoluyla sona ermesi veya kocanın ölümü anında muaccel hale gelir<sup>16</sup>.

Mehrin koca tarafından ifa edilmesi şart değildir. Üçüncü bir kişi de koca lehine kadına ifada bulunabilir. Böyle bir durumda kocanın haberi olmaksızın ifada bulunan kişinin koca lehine bir bağışlamada bulunduğu kabul edilir<sup>17</sup> ve borç sona erer. Kocanın bilgisi ve izni dahilinde mehri ödeyen kimsenin, ödediği miktar ölçüsünde kocaya rücû edebileceği kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Bunun dışında mehir, kefaletle de teminat altına alınabilir. Kefil, eşlerden birinin babası, büyükbabası veya vasisi olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir<sup>19</sup>. Mezhepler arasında farklı uygulamalar bulunmaktaysa da İslâm hukukunda genel olarak kocanın mehri muaccelle kadına verdiği bu mehirten ona çeyiz temin etme mükellefiyeti koyabileceği kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Böyle bir mükellefiyet pozitif hukukumuzdaki yüklemeli bağışlamayı çağırıştırır (TBK m. 291).

Mehrin kadına verilmesiyle birlikte kadın erginse mehir konusu mal üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir<sup>21</sup>. Mehri konusu bir mal ise, kadın

<sup>13</sup> **Bilmen**, s. 121; **Cin**, Mehir, s. 208; **Hatemi**, s. 279; **Acar**, s. 380; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Akyüz**, s. 216; **Sağlam**, s. 7; **Kılınç/Kılınç**, s. 106.

<sup>14</sup> **Bilmen**, s. 121; **Hatemi**, s. 279; **Cin**, Mehir, s. 208; **Acar**, s. 380.

<sup>15</sup> **Reisoğlu**, s. 80; **Cin**, Mehir, s. 208; **Cin**, Evlenme, s. 218; **Acar**, s. 380.

<sup>16</sup> **Bilmen**, s. 121; **Hatemi**, s. 279; **Cin**, Mehir, s. 208; **Cin**, Evlenme, s. 218; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Acar**, s. 380; **Sağlam**, s. 7; **Reisoğlu**, s. 80; **Kılınç/Kılınç**, s. 106.

<sup>17</sup> **Cin**, Mehir, s. 234.

<sup>18</sup> **Cin**, Mehir, s. 234. Böyle bir durumda koca ile üçüncü kişi arasında bir bağışlama sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir (**Eren**, Genel, s. 1043).

<sup>19</sup> **Cin**, Mehir, s. 238; **Cin**, Evlenme, s. 244.

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilmen**, s. 123; **Cin**, Mehir, s. 250 vd.; **Cin**, Evlenme, s. 256 vd.; **Reisoğlu**, s. 80. Buna karşılık Hukuk-ı Aile Kararnamesinde, İslâm hukukundaki genel kuraldan farklı olarak kadının mehirle çeyiz yapmaya zorlanamayacağı düzenlenmiştir (Kararname, m. 89). İslâm hukukunda çeyiz hazırlama zorunluluğu olmadığı yönünde bkz. **Aydın**, Mehir, s. 390.

<sup>21</sup> **Cin**, Mehir, s. 235; **Cin**, Evlenme, s. 242; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Acar**, s. 374; **Okur Gümrükçüoğlu**, s. 232; **Pürselim Arning**, s. 139; **Çakırca**, s. 91; **Kılınç/Kılınç**, s. 105.

onu başkalarına devredebilir, kiraya verebilir veya üçüncü bir kişiye bağışlayabilir. Kadının mehrin bir kısmını veya tamamını kocasına bağışlaması da geçerli kabul edilir<sup>22</sup>. Bu anlamda mehir, evlilik birliğindeki edinilmiş mallara katılma rejiminde kadının kişisel malını (TMK m. 220), kadının kişisel malını açık bir bağışlama kastı olmaksızın dayanışma yükümlülüğü çerçevesinde kocasına devretmesi de mal rejiminin tasfiyesindeki değer artış payını çağrıştırır (TMK m. 227)<sup>23</sup>.

Mehirden doğan borç ve alacaklar, eşlerden birinin ölümü halinde onların mirasçılarına geçer. Dolayısıyla kocanın ölümü halinde mehri müeccele kocanın mirasçılarında talep edilebilmesi mümkündür<sup>24</sup>. Keza kadının ölmesi halinde de mehri müeccele alacağı kadının mirasçılarında geçer<sup>25</sup>. Bu anlamda mehir nafakadan farklı olarak kişiye bağlı olmayan borç ve alacakların mirasçılara geçeceğini öngören küllî halefiyet ilkesinden herhangi bir sapma göstermez (TMK m. 599).

## II. TÜRK HUKUKUNDA MEHRE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İslâm ve bu arada Osmanlı hukukunda mehir, bir aile hukuku müessesesi olarak kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Bu nedenle daha ziyade hukukun genel ilkeleri, borç ilişkileri ve usûl hukuku kurallarının düzenlendiği Mecelle'de mehre yer *verilmemiştir*<sup>27</sup>. Bu tercihte Osmanlı İmparatorluğu gibi çok uluslu ve İslâmiyetin farklı mezheplerine mensup toplulukları bünyesinde barındıran bir devlette, ulusların ve mezheplerin dinsel ve sosyo-kültürel

<sup>22</sup> Cin, Mehir, s. 235-236; Acar, s. 374; Okur Gümrükçüoğlu, s. 229.

<sup>23</sup> Eşlerin bağışlama kastı olmaksızın dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü kapsamında diğer eşe yaptığı karşılıksız kazandırmalar bağışlama sayılmazlar ve mal rejiminin tasfiyesinde değer artış payı olarak (TMK m. 227) istenebilirler (Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 303; Gümüş, M. Alper: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, TBK m. 285 kn. 12; Yargıtay HGK E. 2010/2-476, K. 2010/504, T. 13.10.2010; Yargıtay HGK E. 2013/8-640, K. 2014/386, T. 26.3.2014 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Kadının açık bağışlama kastıyla malları kocasına devretmesi ile mehri müeccelden doğan alacağına ilişkin kocasıyla yaptığı ibra anlaşmaları ise koca lehine yapılmış bir bağışlama sayılır ve kadının kocasına devrettiği mallar mal rejiminin tasfiyesinde katılma alacağının hesaplanmasında kocanın kişisel malı olarak hesaba katılmazlar. Yapılan araştırmalarda kadınların %40'ının peşin aldıkları mehri kocaları için harcadıkları görülmektedir (Okur Gümrükçüoğlu, s. 241).

<sup>24</sup> Reisoğlu, s. 80; Hatemi, s. 279.

<sup>25</sup> Hatemi, s. 279; Kılınç/Kılınç, s. 105.

<sup>26</sup> Pürselim Arning, s. 140; Kılınç/Kılınç, s. 104.

<sup>27</sup> Aydın, M. Akif: "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", İslâm Ansiklopedisi, Cilt 18, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1998, s. 314.

özelliklerine göre farklılık gösterebilecek olan aile hukuku kurallarının yeknesak olarak düzenlenmesinin toplumsal ihtiyaçları karşılamayacağı düşüncesinin egemen olduğu söylenebilir. Lâkin daha sonrasında aile hukuku alanındaki kodifikasyon çalışmaları neticesinde yürürlüğe giren ve İslâm hukuk tarihinde hazırlanmış ilk kanun olma<sup>28</sup> özelliğini taşıyan 25 Ekim 1917 tarihli *Hukuk-ı Aile Kararnamesinde* mehir kurumu gayrimüslimler hariç<sup>29</sup> tutulmak suretiyle ilk kez düzenlenmiştir (Kararname m. 80-91). Kararname, Mecelle'den farklı olarak yalnızca Hanefî öğretileri üzerinden değil diğer mezhep öğretilerinden de faydalanılan eklektik bir yöntemle hazırlanmıştır<sup>30</sup>. Lâkin büyük umutlarla hazırlanan Kararname, gerek gayrimüslim cemaat mahkemelerinin yargı yetkisini kaldırması gerekse Hanefî mezhebi öğretileri dışındaki mezhep öğretilerinden faydalanılmasına yönelik eleştiriler nedeniyle 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır<sup>31</sup>. Bu Kararname, şer'î hukuk kuralları ve Osmanlı döneminde mehir konusunda çıkarılan fermanlar<sup>32</sup> haricinde Türk pozitif hukukunda mehir kurumunun düzenlendiği *ilk, tek ve son* kodifikasyon örneği olmuştur.

Cumhuriyet döneminde İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen ve 4 Ekim 1926'da yürürlüğe giren 743 sayılı Medenî Kanunda mehir kurumuna yer verilmediği gibi, 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda da mehre ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Mehrin, Türk Medenî Kanununun aile hukuku kitabına alınmamasıyla birlikte mehir bir aile hukuku kurumu olmaktan çıkmıştır<sup>33</sup>. Buna karşılık toplumda ve uygulamada mehir sözleşmeleri akdetme geleneği son bulmamış<sup>34</sup> ve mehirle ilgili uyuşmazlıklar mahkemelere yansımaya devam etmiştir<sup>35</sup>. Mehre ilişkin Türk pozitif hukukundaki tek düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 2.12.1959 tarih ve E. 14, K. 30 sayılı Yargıtay İçtihadı

<sup>28</sup> **Aydın**, Kararname, s. 315; **Cin**, Evlenme, s. 258.

<sup>29</sup> “*İşbu fasıl ahkâmı gayr-i müslimler hakkında câri değildir*” (Kararname m. 91).

<sup>30</sup> **Aydın**, Kararname, s. 316.

<sup>31</sup> **Aydın**, Kararname, s. 317-318.

<sup>32</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için. Bkz. **Cin**, s. 239 vd.; **Okur Gümrükçüoğlu**, s. 230 vd.

<sup>33</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş** de mehri muaccel ve mehri müeccel kurumlarının 743 sayılı Medenî Kanun ile yürürlükten kaldırıldığını ifade etmektedirler (**Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 8).

<sup>34</sup> Günümüzde mehir sözleşmelerinin hala yaygın olarak yapıldığı konusunda bir araştırma için bkz. **Okur Gümrükçüoğlu**, s. 233 vd.

<sup>35</sup> **Çakırca**, s. 100.

Birleştirme Kararıdır<sup>36</sup>. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının konusu her ne kadar eski hukuk döneminde akdedilen mehir sözleşmelerinin 743 sayılı Medenî Kanun döneminde de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir yürürlük meselesine ilişkin olsa da ve bu yönüyle yalnızca konuyla sınırlı ve yalnızca sonucu itibariyle bağlayıcı olduğu kabul edilse de<sup>37</sup> kararda geçen gerekçeleriyle bugün pozitif hukukumuzdaki mehir uyuşmazlıklarının çözülmesinde başvuru tek bağlayıcı pozitif hukuk kaynağı niteliği taşımaktadır. Nitekim Yargıtay da söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararından sonra ortaya çıkan mehre ilişkin uyuşmazlıkları bu kararın gerekçelerini esas alarak çözmeye çalışmaktadır.

### III. YARGITAY'IN MEHRİN HUKUKÎ NİTELİĞİ KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI VE BUNUN SONUÇLARI

#### A. Mehrin Hukukî Niteliği ve Yargıtay'ın Bu Konudaki Yaklaşımı

Pozitif hukukumuzda mehir İslâm hukukunda ve Hukuk-ı Aile Kararnameinde (m. 80) öngörüldüğünden farklı olarak *kanunî bir borç* olmaktan çıkarılmıştır. Mehir alacağı günümüzde yalnızca *sözleşmesel* temelde korunabilen bir hak niteliği taşıyabilmektedir. Bu nedenle pozitif hukukumuzda mehir yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla meydana gelen bir sözleşme (TBK m. 1/I) olması halinde tartışma konusu olabilecektir. Dolayısıyla İslâm hukukunda tarafların sözleşmeyle kararlaştırmasa bile kadının hak kazanacağı *mehri misle* pozitif hukukumuzda bir dayanak bulunmamaktadır<sup>38</sup>.

Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde ise doktrinde mehrin hukukî niteliğine ilişkin olarak mehrin türüne göre farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Evlenme akdi sırasında peşin alınan mehri muaccel doktrinde *elden bağışlama* olarak kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Gerçekten de konusu itibariyle elden bağışlamaya uygun olan bağışlayana ait malvarlığı değerlerinin zilyetliğin devri yoluyla karşılıksız olarak bağışlanana kazandırılması halinde elden bağışlamanın tüm koşulları gerçekleşmiştir. Bu nedenle mehri muaccelle yönelik ifalar elden bağışlama olarak kabul edilebilir.

---

<sup>36</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlaması (Yargıtay Kanunu m. 45/V) nedeniyle pozitif hukuktaki normlar hiyerarşisinde kanunların altında bağlayıcı bir norm olarak kabul edilmektedir.

<sup>37</sup> Karş. Çakırca, s. 107.

<sup>38</sup> Hatemi, s. 281.

<sup>39</sup> Hatemi, s. 319; Kılınç/Kılınç, s. 108.

Mehrin hukukî niteliği hususunda doktrinde asıl tartışma mehri müeccel üzerinde yapılmaktadır. Mehri müecceli boşanmanın fer'î sonucuna ilişkin bir anlaşma olarak kabul eden görüşe göre, mehir alacağına talep edilebilmesi için hakim tarafından uygun bulunması gerekir (TMK m. 184/I b. 5)<sup>40</sup>. Kamu düzenine ilişkin TMK m. 184/I b. 5 hükmü gereğince özellikle mehir miktarının erkek üzerinde evliliği idame ettirmeye yönelik bir baskı oluşturması halinde hakim bu anlaşmayı onaylamayabilir<sup>41</sup>. Hakimin anlaşmayı onaylamaması kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27/II c.1 gereğince mehir sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez, hakimin olumsuz yöndeki kararı yalnızca mehir borcunun vadesine ilişkindir<sup>42</sup>. Böyle bir durumda, mehir eşlerden birinin ölümüne ertelenmiş bir bağışlama olarak hüküm ifade etmeye devam eder<sup>43</sup>. Doktrindeki diğer görüşe göre ise mehri müeccel, eşlerin birbirleriyle her türlü hukukî işlemi yapabileceklerini öngören TMK m. 193 uyarınca eşlerin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yaptıkları bir *bağışlama sözü verme sözleşmesi* niteliğindedir<sup>44</sup>. Bu sözleşmeyle koca, evliliğin sona ermesi veya taraflardan birinin ölümü halinde karısına karşılıksız bir kazandırmada bulunmayı taahhüt etmektedir. Bu görüşe göre sözleşmeden doğan borcun eşlerin boşanmasına ve taraflardan birinin ölümüne bağlanması geciktirici şarta bağlı bir bağışlama sözü verme değil, belirsiz vadeye bağlanmış bir bağışlama sözü verme niteliğindedir. Bu konudaki görüşümüzü belirtmeden önce Yargıtay'ın mehir konusundaki yaklaşımına esas teşkil eden kararları da dikkate değerdir.

Yargıtay'ın mehir konusundaki yaklaşımının temelleri 2.12.1959 tarih ve E. 14, K. 30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına dayanmaktadır<sup>45</sup>. 743 sayılı Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra mehri müeccelden doğan bir uyuşmazlıkta Temyiz Mahkemesi Yüksek 2. Dairesi (bugünkü adıyla Yargıtay 2. Hukuk Dairesi) 18.4.1935 tarih ve 1166/1000 sayılı kararında eski hukuk döneminde kurulmuş mehir sözleşmesinden doğan alacağın kanunun yürürlüğünden sonra da talep edilebileceğine hükmetmiştir. Buna karşılık aynı Daire 2.6.1959 tarih ve 2984/2385 sayılı kararında eski hukuk

<sup>40</sup> **Reisoğlu**, s. 81; **Hatemi**, s. 318-319; **Hatemi**, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 131.

<sup>41</sup> **Reisoğlu**, s. 81-82; **Kılınç/Kılınç**, s. 110.

<sup>42</sup> **Reisoğlu**, s. 82.

<sup>43</sup> **Reisoğlu**, s. 82.

<sup>44</sup> **Öztan**, Bilge: "Resmî Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir?", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 393; **Sağlam**, s. 15; **Çakırca**, s. 108.

<sup>45</sup> RG T. 24.2.1960, S. 10440.

döneminde yapılan evlilikten doğan mehir alacağının yeni Medenî Kanunda düzenlenmediğini, bilâkis yasaklandığını ve mehir alacağının eski hukuk döneminde geçerli olsa bile, eski hukukun kamu düzenine aykırı olan hükümlerinin uygulanamayacağını öngören 864 sayılı Tatbikat Kanununun<sup>46</sup> 2. maddesi uyarınca talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu iki karar arasındaki çelişkiyi gidermek amacıyla toplanan Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Hukuk Kısmı Umumî Heyeti (bugünü adıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu) ise 2.12.1959 tarih ve E. 14, K. 30 sayılı Kararında eski hukuk döneminde yapılan mehri müeccel anlaşmalarının koca aleyhine bir borç, kadın lehine ise kazanılmış bir alacak hakkı teşkil ettiğini kabul ederek eski hukuk döneminde akdedilen mehir anlaşmalarından doğan alacakların talep edilebileceğine karar vermiştir. Kurul mehri müecceli, ödenmesi en geç boşanma veya taraflardan birinin ölümü anına kadar ertelenmiş bir mehir alacağı olarak nitelendirmiş ve eMK'da evlenmenin akdi sırasında eşlerden birinin diğerine bir şey vermesinin veya vermeyi taahhüt etmesinin yasaklanmadığına, dolayısıyla bu tür anlaşmaların kamu düzeniyle ilgisi bulunmadığına karar vermiştir. Karara göre mehrin ödenmesinin erkeğin kadını boşamasına veya taraflardan birinin ölümüne bağlanmış olması gelecekte gerçekleşmesi şüpheli olayın meydana gelmesine yönelik bir geciktirici bir şart değil, vade olarak görülmelidir. Kurula göre mehrin taraflardan birinin ölümü halinde dahi ödenmesi bunun vade olarak kabul edilmesi gerektiğinin bir kanıtı olarak görülmelidir. Kurul bu gerekçelerle mehrin, boşanmayı önleyecek tedbir veya bir boşanma tazminatı olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki gerekçeleri esas alan Yargıtay da yerleşik içtihatlarında mehri müecceli *bağışlama sözü verme sözleşmesi* olarak kabul etmektedir<sup>47</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında mehir, “*kocanın evlenme sözleşmesi anında veya devamı sırasında ya da evliliğin sona ermesi hâlinde kadına verdiği belirli bir mal, para veya ekonomik değeri olan armağan*” olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, Türk Medenî Kanunu evlenme akdi sırasında karı kocadan birinin

<sup>46</sup> RG T. 19.6.1926, S. 402.

<sup>47</sup> Yargıtay 1. HD. E. 2009/4577, K. 2009/6090, 27.5.2009; Yargıtay 1. HD., E. 2011/8161, K. 2011/9851, T. 5.10.2011, Yargıtay 1. HD. E. 2012/16654, K. 2013/3539, T. 8.3.2013; Yargıtay 1. HD. E. 2016/10819, K. 2019/4105, T. 26.6.2019; Yargıtay 3. HD. E. 2018/7046, K. 2019/4764, T. 21.5.2019; Yargıtay 3. HD. E. 2019/482, K. 2019/3079, T. 8.4.2019; Yargıtay HGK E. 2017/3-451, K. 2019/355, T. 26.3.2019; Yargıtay 2. HD. E. 2018/1864, K. 2018/14111, T. 5.12.2018; Yargıtay 3. HD. E. 2016/21864, K. 2018/9144, T. 26.9.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)



diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaat edip bir süre ertelemesini, başka bir deyişle mehri müecceli yasaklamamıştır. Yargıtay, kararlarında mehri müecceli ileriye yönelik (evliliğin boşanma ya da ölümle son bulunması haline kadar) bir bağışlama vaadi olarak nitelendirmekte ve dolayısıyla bunların geçerliliğini de asgarî adi yazılı olma koşuluna bağlamaktadır. (TBK m. 288/I).

Şer'î hukuku ve laik hukuku kadını koruma ve kollama bağlamında ortak bir payda üzerinde buluşturan bu yaklaşım, sonucu itibariyle mehrin sosyal amacının gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir. Gerçi modern hukuk şer'î hukuktan farklı olarak, evliliği sona erdirmeyi erkeğin varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanabileceği yenilik doğuran bir hak (talâk hakkı) olmaktan çıkarıp mahkeme kararına bağlaması, Anayasal düzlemde kadının haklarını koruması, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi ve nafaka gibi aile hukuku kurumları, 6284 sayılı Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi ve Ailenin Korunmasına Dair Kanunun kadını koruyucu hükümleri ile Türk Medenî Kanununun evlilik birliği içinde kadın-erkek eşitliğini gözeten hükümleriyle kadını koruma ve kollama bağlamında bu sosyal amaca ulaşılmasını sağlamaya yönelik bir yapıyı halihazırda sunmaktadır<sup>48</sup>. Lâkin Yargıtay tüm bunlara ek olarak mehri bağışlama/bağışlama sözü verme olarak kabul eden bu yaklaşımıyla mehir sözleşmesiyle kadına sağlanan alacak hakkını da yasal bir dayanağa kavuşturarak bu sosyal amacın gerçekleşmesine yönelik çabalara artı bir katkı daha sunmaktadır. Yargıtay'ın mehir konusundaki bu yaklaşımı özellikle Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerde aile hukukunun statüden sözleşmeye (*from status to contract*) yönelme eğilimiyle de uyum içindedir<sup>49</sup>.

Mehri müeccelin evliliğin sona ermesine yönelik hakim onayına bağlı bir anlaşma veya bağışlama sözü verme ve boşanma veya ölüm olgusunun vade veya şart niteliğinde olup olmadığı hakkında şu değerlendirmeler yapılabilir. Sondan başlayacak olursak, vade, borcun ifasının ertelendiği ilerde

<sup>48</sup> **Hatemi**, 281; **Kılınç/Kılınç**, s. 112. Yazarlar, yeni Medenî Kanunda eşler arasında evlenmenin sonuçları halihazırda kadın-erkek eşitliği ilkesine uygun biçimde düzenlendiğinden mehir alacağının pozitif hukukta korunmasının eşler arasındaki dengeyi koca aleyhine bozduğunu ifade etmektedirler.

<sup>49</sup> Aile hukukunda statüden sözleşmeye yönelme eğilimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, Rona/**Başoğlu**, Başak/**Kapancı**, Kadir Berk: "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt 15, Sayı 2, Özel Sayı Armağan Cilt II, Temmuz 2016, s. 549 vd.

gerçekleşmesi kesin ve belirli bir olaydır<sup>50</sup>. Şartta ise ifa zamanının bağlandığı olayın gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği daima şüphelidir<sup>51</sup>. Mehir bu açıdan değerlendirildiğinde evliliklerde boşanma gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz şüpheli bir olayken, ölüm olayı belirli bir zamanla sınırlı olarak öngörülmediği müddetçe gerçekleşmesi kesin olan, başka bir deyişle gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olmayan bir olaydır<sup>52</sup>. Lâkin ifa zamanının gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olaya bağlanması halinde (boşanma) kural olarak geciktirici bir şarttan söz edilebilir ise de, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olay meydana gelmese dahi borç ifa edilecekse (ölüm), gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan olay sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu anı değil, alacağın muacceliyet anını belirler<sup>53</sup>. Bu durumda artık borcun boşanma anında ödenmesine ilişkin hüküm şart değil, vade olarak kabul edilmelidir. Bunun dışında mehri, TMK m. 184/I b. 5 uyarınca hakim onayına bağlı boşanmanın fer'î sonucuna yönelik bir anlaşma olarak kabul etmek mehri kurumunun niteliğiyle bağdaşmaz. Zira birincisi mehri niteliği itibariyle boşanmanın bir sonucu olarak değil, (pozitif hukukumuzda yalnızca sözleşmesel) evlenmenin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak, pozitif hukukumuzda boşanmanın malî sonuçları olarak yalnızca maddî-manevî tazminat ve yoksulluk nafakası düzenlenmiştir ve mehri bunlardan hiçbirisi değildir. Mehri müeccelden doğan alacağın yalnızca boşanma halinde değil, taraflardan birinin ölümü halinde de muaccel olması mehrin boşanmanın fer'î bir sonucu olarak görülemeyeceğinin de kanıtıdır<sup>54</sup>. Mehri müeccel, kocanın en geç boşanma veya taraflardan birinin ölümü anında kadına karşılıksız bir kazandırmada bulunmayı taahhüt ettiği sözleşmedir. Kaldı ki tarafların anlaşması halinde mehri müeccelin evlilik kurulduktan sonra boşanmadan önce bir zamanda ödenmesi de kararlaştırılabilir. Bu yönüyle mehri müeccel, pozitif hukukumuzda bağışlama sözü verenin karşılıksız bir kazandırmada bulunmayı taahhüt ettiği bağışlama sözü verme sözleşmesine yaklaşmaktadır<sup>55</sup>. Türk Medenî Kanunu da eşler-

<sup>50</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 509; **Eren**, Genel, s. 1189; **Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s. 87.

<sup>51</sup> **Eren**, Genel, s. 1189; **Oğuzman/Öz**, s.509; **Sirmen**, s. 47 vd.

<sup>52</sup> Ölüm gibi gerçekleşeceği kesin olan ve fakat ne zaman gerçekleşmeyeceği belli olmayan olayın vade olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 509; **Eren**, Genel, s. 1189; **Sirmen**, s. 89.

<sup>53</sup> **Reisoğlu**, s. 81.

<sup>54</sup> YİBK T. 2.12.1959, E. 14, K. 30 (RG T. 24.2.1960, S. 10440).

<sup>55</sup> **Öztan**, s. 397; **Çakırca**, s. 108; **Sağlam**, s. 15.

den birinin diğeriyle hukukî işlem yapmasını yasaklamamıştır (TMK m. 193). Her ne kadar aşağıda da değineceğimiz üzere bağışlama sözü verme ve mehri müeccel birbiriyle özdeş olmasa da, mehri müeccelin pozitif hukukumuzdaki *en yakın* karşılığı bağışlama sözü verme sözleşmesidir ve Yargıtay da yerleşik içtihatlarıyla mehirle ilgili uyuşmazlıkları bu perspektiften çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır.

### B. Mehir İle Bağışlama Arasındaki Farklılıklar Bağlamında Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımının Eleştirisi

Yargıtay'ın mehre ilişkin bağışlama yaklaşımına yönelik olarak doktrinde *haklı olarak* İslâm hukukunun öngördüğü mehri kurallarıyla pozitif hukuktaki bağışlama ve bağışlama sözü vermeye ilişkin hükümlerinin özdeş olmadığı ve kimi zaman bağışlama sözleşmesine ilişkin kuralların mehri bünyesine, kimi zaman da mehre ilişkin kuralların bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlere uygun olmadığı eleştirileri yöneltilmektedir<sup>56</sup>. Gerçekten de İslâm hukukundaki mehri ile pozitif hukukumuzdaki bağışlama kuralları arasında sözleşmenin şekli, konusu, miktarı, vadesi ve çalışma konumuz geri alma bakımından önemli farklılıklar mevcuttur.

Bunlardan önemli gördüğümüz bazılarına değinmek gerekirse, örneğin İslâm hukukunda mehri sözleşmesi (mehri müeccel) herhangi bir geçerlilik şekline tabi değilken, bağışlama sözü verme asgarî adi yazılı şekilde yapılmalıdır (TBK m. 288/I). İslâm hukukunda mehri olarak verilmesi yasaklanan şeylerin (şarap, domuz eti, vb. mütekavim olmayan mallar<sup>57</sup>) sözleşmeyle kararlaştırılması halinde kadın sözleşmeden doğan alacağı yerine mehri misile hak kazanırken, pozitif hukukumuzda satış sözleşmesine konu olan her şey bağışlamanın konusunu da oluşturabilmektedir<sup>58</sup>. İslâm hukukunda bazı mezheplerde asgarî miktarda bir mehri verilmesi ve bunun eksik olması halinde mehri asgarî miktara tamamlanması gerekirken<sup>59</sup>, bağışlama bakımından bir alt limit bulunmamaktadır. İslâm hukukunda mehri belirli bir vadeye bağlanmış olması halinde, vade gelmeden kocanın ölmesi durumunda mehri borcu o anda muaccel hale gelirken<sup>60</sup>, pozitif hukukumuzda vade gelmeden önce borç muaccel olmaz. Keza İslâm hukukunda mehri

<sup>56</sup> Cin, Mehri, s. 225; Kılınç/Kılınç, s. 111 vd.

<sup>57</sup> Mütekavim mallar hakkında bilgi için bkz. Şirin, s. 303.

<sup>58</sup> Kılınç/Kılınç, s. 114.

<sup>59</sup> Cin, Mehri, s. 206 vd. Mehri asgarî miktarı hakkında geniş bilgi için bkz. Cin, Evlenme, s. 230-231; Acar, s. 377-378; Akyüz, s. 217 vd.; Sağlam, s. 8.

<sup>60</sup> Cin, Mehri, s. 208; Cin, Evlenme, s. 218; Kılınç/Kılınç, s. 113.

müeccelin taraflarca bir vadeye bağlanmamış olması halinde, mehir talâk veya eşlerden birinin ölümü anına kadar müeccel sayılırken, pozitif hukukumuzda hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olmaktadır (TBK m. 90).

Bundan başka, mehir erkeğin kadını talâk yoluyla boşaması veya taraflardan birinin ölümü halinde talep edilebilirken, pozitif hukukumuzda erkeğin tek taraflı irade beyanıyla kadını boşaması yasaklandığından mehrin muacceliyeti ve talep edilebilirliği bakımından kural olarak boşanma davasının kimin tarafından açıldığına da bir önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki pozitif hukukumuzda boşanma her iki tarafın da *yalnızca dava yoluyla* kullanabileceği yenilik doğuran bir hak olarak düzenlenirken, boşanma, boşanmaya ilişkin sınırlı sayıdaki sebeplerin oluşup oluşmadığının mahkeme tarafından takdir edilmesine yönelik yenilik doğurucu kararına bağlanmaktadır. Bu anlamda boşanma davası açma hakkı tarafların cinsiyetine bağlı olmadığı gibi, eşlerden birinin boşanma davası açması da İslâm hukukundan farklı olarak bir eşin diğerini boşaması olarak yorumlanamaz.

Son olarak çalışma konumuz mehrin geri alınması ve mehir konusunu geri talep etme hakkı da İslâm hukukunda pozitif hukukumuzdaki bağışlamadan farklı olarak düzenlenmiştir. İslâm hukukunda kural olarak evlenmenin geçerli bir şekilde kurulmasıyla kocanın mehir borcu kendiliğinden doğar. Zifaf, halvet-i sahiha ve zifaftan önce eşlerden birinin ölmesi halinde ise mehir borcu kesinleşir<sup>61</sup>. Evlenmenin zifaf veya halvetten önce kocanın fiiliyle sona ermesi halinde kadın kararlaştırılan mehrin yalnızca yarısını alabilir<sup>62</sup>. Buna karşılık evlenme zifaftan önce kadının kendi kusurlu davranışıyla sona ererse mehir tamamen ortadan kalkar<sup>63</sup>. Bunun sonucunda kadın mehri peşin olarak almışsa iade borcu doğar, henüz yerine getirilmemiş mehir borçları (mehri müeccel) da kendiliğinden hükümden düşer<sup>64</sup>. Kadının peşin aldığı mehri iade borcu, bağışlamanın geri alınması sonucunda bağışlanan şeyin iade borcunu (TBK m. 295/I), mehri müeccelin hükümden düşmesi de bağışlama sözü vermenin geri alınmasından sonra ifa yükümlülüğünün sona ermesini (TBK m. 296/I) çağırır. Lâkin gerek geri alma se-

<sup>61</sup> **Cin**, Mehir, s. 226 vd.; **Cin**, Evlenme, s. 233 vd.; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Acar**, s. 382 vd.; **Sağlam**, s. 5; **Kılınç/Kılınç**, s. 105.

<sup>62</sup> **Cin**, Evlenme, s. 237; **Acar**, s. 384-385; **Çakırca**, s. 93; **Aydın**, Mehir, s. 390; **Sağlam**, s. 5; **Kılınç/Kılınç**, s. 105.

<sup>63</sup> **Cin**, Evlenme, s. 239 vd.; **Acar**, s. 385; **Şirin**, s. 317.

<sup>64</sup> Mehrin yarısının veya tamamının ortadan kalktığı haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Cin**, Mehir, s. 229 vd.; **Şirin**, s. 317-318.

bepleri gerekse geri alma hakkının kullanılması bakımından İslâm hukuku ile pozitif hukukun bağışlama kuralları arasında *önemli farklılıklar* bulunmaktadır. Bu farklılıklardan başlıcaları şunlardır: Bir kere pozitif hukukta bağışlamanın geri alınması veya bağışlanan şeyin iadesi zifafın gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı değildir. Zifafın gerçekleşmemesi halinde bağışlanan şeyin iadesine yönelik açık veya zımnî bir bozucu şart da kişilik hakkına ve ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizdir (TBK m. 27). Bağışlamanın geri alınması yalnızca kanunda öngörülen sınırlı sayıda sebebin gerçekleşmesi halinde mümkün olabilir (TBK m. 295, 296). İslâm hukukunda kural olarak zifaftan sonra mehir iadeye konu olamazken, pozitif hukukumuzda zifaftan sonra da kanundaki şartlar gerçekleşmişse bağışlama geri alınarak bağışlama konusu geri istenebilmektedir. İkinci olarak İslâm hukukunda iade borcu doğması için iadeye dayanak teşkil edecek bir geri alma beyanında bulunulmasına gerek yoktur. İade borcu, kanundan doğan bir borcu çağrıştıracak şekilde olayın meydana gelmesiyle kendiliğinden doğar. Oysa bağışlamanın geri alınmasında iade borcunun doğması için ona öncülük eden karşı tarafa varması gerekli bir geri alma beyanının yapılması gereklidir. Üçüncü olarak mehir yalnızca erkeğin kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği şey olduğu için doğal olarak kadının mehri geri alma hakkı da söz konusu olmaz. Pozitif hukukumuzda bağışlamanın geri alınması ve bağışlanan şeyi geri isteme hakkı eşlerin cinsiyetinden bağımsızdır. Yalnızca erkek değil, kanundaki şartlar gerçekleşmişse kadın da erkeğe yaptığı bağışlamaları geri alabilir<sup>65</sup>.

Mehre ve mehrin geri alınmasına ilişkin tüm bu kurallar İslâm hukukundaki mehir ile pozitif hukuktaki bağışlama sözleşmesinin ve bu arada geri almanın birbirinden oldukça farklı bir şekilde düzenlendiğini göster-

<sup>65</sup> Hibenin bir aile hukuku kurumu olan mehirden farklı olarak bir borçlar hukuku müessesesi olarak kabul edildiği İslâm hukukunda hibeden rücu kabzdan önce ve kabzdan sonra olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve rücu *pozitif hukukumuzda olduğu gibi* eşlerin cinsiyetinden bağımsızdır. Mezheplere göre farklılık göstermekle birlikte Hanefî öğretisinde ve bu arada büyük ölçüde Hanefî öğretileri üzerinden hazırlanan Mecelle’de kabzdan sonra rücu esas olmakla birlikte, eşlerin birbirlerine yaptıkları hibeler bakımından bu kurala istisna getirilmiştir; eşler birbirlerine yaptıkları hibeden rücu *edemezler*. Buna karşılık kabzdan önce (hibe vaadi) ise hibeden rücu her zaman mümkündür. Ahde vefa prensibine daha sıkı bağlı olduğu görülen Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlerde ise kural hibeden rücu edilememesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Şener**, Abdulkadir: İslâm Hukukunda Hibe, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1984, s. 102 vd.; **Bardakoğlu**, Ali: “Hibe”, Cilt 17, İslâm Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1998, s. 425; **Türkmen**, Ahmet: Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 62 vd.

mektedir. Mehirle bağışlama arasındaki tüm bu farklılıklar, Yargıtay'ın yaklaşımının aksine İslâm hukukundaki mehirle pozitif hukukumuzda bağışlamanın *aynı hukukî kaba atılamayacağı*nın kanıtıdır. Bu nedenle hukuk düzeninin bunlara bağışlama nitelendirmesi yapması, tarafların mehir sözleşmesi yapma, içeriğini belirleme, borcu ifa etme ve sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda tarafların gerçek iradelerinden farklı bir sonuca ulaşabilmesine yol açabilmektedir<sup>66</sup>. Sorunun pozitif hukuk kuralları içinde mehir kurumunun niteliğine uygun ve tarafların gerçek iradelerini yansıtacak şekilde çözülmesi hayli zor gözükmektedir. Anglo-Sakson hukukunun egemen olduğu ülkelerdeki statüden sözleşmeye (*from status to contract*) yönelik eğilimin bir sonucu olarak evliliğin sona ermesine ilişkin sonuçlara yönelik anlaşmaların hakim onayına bağlı olmaksızın geçerli kabul edilmesi halinde bile mehre ilişkin hukukî sorunlar pozitif hukuk kuralları ile şer'î hukuk kuralları arasındaki çatışma nedeniyle tam olarak açıklığa kavuşturulamaz. Bu nedenle bu sorunun kökten çözümü için mehrin pozitif hukukta *eksik borç* olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir<sup>67</sup>.

Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımı çerçevesinde ise bu hususta şu sonuçlara varılabilir. Öncelikle mehir alacağının kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle mehrin *kanundan doğan bir borç* ilişkisi yarattığını *dışlamak* gerekir. Mehir alacağı, yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla meydana gelen *sözleşmesel* bir temelde korunabilir. Tarafların iradeleriyle meydana gelen bu sözleşme de ancak Türk Borçlar Kanununun bağışlama sözleşmesine ilişkin öngördüğü özel kurallar (TBK m. 285 vd.) çerçevesinde akdedilebilir. Lâkin iki kurum arasındaki farklılıklar nedeniyle mehir ve bağışlama arasında, yalnızca ortak özellikleri ve bağışlama sözleşmesinin ve genel hukuk kurallarının emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla bir bağlantı kurulabilir. Bu bağlamda bağışlama sözleşmesinin özellikle ehliyet, şekil, sorumluluk ve geri alma bakımından bağışlayıcıyı koruyucu nisbî emredici hükümleri mehir kurallarıyla bertaraf edilemez<sup>68</sup>. Buna karşılık mehre ilişkin kurallardan kamu düzenine, kişilik hakkına, hukuka ve ahlâka ve kanunların bağışlama dışındaki emredici hükümlerine aykırı olmayanları (TBK m. 27/I) ise taraflar arasında bağışlama olarak nitelendirilen sözleşmenin yorumlanmasında ve sözleşme boşluklarının doldurulmasında yardımcı bir işlev görebilirler. Mehre ilişkin kurallardan kamu düzenine, hukuka ve ahlâka ve kişilik hakkına aykırı olanlar ise pozitif

---

<sup>66</sup> Kılınç/Kılınç, s. 111 vd.

<sup>67</sup> Kılınç/Kılınç, s. 114 vd.

<sup>68</sup> Karş. Hatemi, s. 321.

hukumumuzda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğundan uygulanma kabiliyetine sahip değildir (TBK m. 27/I). Buna karşılık geçersiz olan sözleşme hükümlerinin kısmî hükümsüzlük yaptırımına tabi olanları dışındakiler sözleşme ayakta tutulabildiği ölçüde uygulama alanı bulabilirler (TBK m. 27/II).

### C. Yargıtay'ın Mehri Pozitif Hukukta Bağışlama Olarak Nitelendirmesinin Sonuçları

Yargıtay'ın mehri pozitif hukukta bağışlama ve bağışlama sözü verme olarak nitelendirmesinin sonucu olarak mehri muaccel, mehri müeccel ve mehri misil hakkında şu çıkarımlara varılabilir. Öncelikle bağışlama yaklaşımı çerçevesinde mehir sözleşmesi, kocanın veya üçüncü kişinin herhangi bir karşı edim almaksızın bağışlama sebebiyle kendi malvarlığından diğer eşe karşılıksız kazandırmada bulunduğu (mehri muaccel) veya bulunmayı taahhüt ettiği (mehri müeccel) ve tarafların kazandırmanın karşılıksızlığı konusunda anlaştıkları bir sözleşme olarak nitelendirilebilir<sup>69</sup>. Bu arada belirtelim ki mehir sözleşmesinin geçerliliği eşlerin evlendirmeye yetkili resmî memur önünde evlenmelerinden bağımsızdır, evlenmenin salt dinî töreninin yapılması yeterlidir<sup>70</sup>. Mehir sözleşmesinin bağışlama olarak kabul edilmesinin sonucu, bu sözleşmeye başta çalışma konumuz bağışlamanın geri alınması olmak üzere Türk Borçlar Kanununun bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümleri ve orada hüküm bulunmaması halinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanabilir.

Evlenme anında peşin olarak verilen ve zilyetliği kadına devredilmek suretiyle yapılan karşılıksız kazandırmalar elden bağışlama (mehri muaccel) sayılır (TBK m. 289). Buna karşılık, mehrin bir kısmının evlenme sırasında, bir kısmının ise evlenmeden sonra ifa edileceği kararlaştırılmışsa, evlenme sırasında ifa edilen kısım elden bağışlama (mehri muaccel), vadeye bağlanan kısım ise bağışlama sözü verme (TBK m. 288) (mehri müeccel) olarak kabul edilir. Taraflar evlenme sırasında herhangi bir mehir ödeneceğini kararlaştırmamışlarsa bir sözleşmeden söz edilemeyeceği için, İslâm hukukundan

<sup>69</sup> Öte yandan tarafların bağlanma iradesinin olmadığı, salt dinî ritüelleri gerçekleştirmek amacıyla yaptıkları mehir sözleşmeleri hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar (Çakırca, s. 104).

<sup>70</sup> Yargıtay 3. HD. E. 2017/1159, K. 2018/11427, T. 13.11.2018; Yargıtay 4. HD. E. 2005/291 K. 2005/13922 T. 22.12.2005. Yargıtay bu son kararında kadının resmî nikâhlı olmamasına rağmen, erkekten aldığı mehri (altın bilezik) evin ihtiyaçları için erkeğe vermesi üzerine sonrasında mehrin kendisine iadesi için açtığı davayı kabul etmiştir.

farklı olarak erkek için bir mehri misil borcu da söz konusu olmaz<sup>71</sup>. Buna karşılık taraflar adi yazılı şekle uygun bir bağışlama sözü verme sözleşmesiyle mehri ödeneceğini kararlaştırmış ve fakat mehrin konusu ve miktarını belirlemediyse, kadının benzer sosyo-ekonomik konumda bulunan kadınlar için tespit edilen mehri misile hak kazandığının kabulü gerekir<sup>72</sup>.

Mehrin ödenmesi belirli bir vadeye bağlanmışsa alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren, boşanma veya ölüm gibi belirsiz bir vadeye bağlanmışsa boşanma veya ölüm olayının meydana gelmesinden itibaren on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146). Yalnız mehri sözleşmesi eşler arasında akdedilmişse belirli vadenin evlilik birliğinin devamı sırasındaki bir zamana tekabül etmesi halinde, alacak muaccel olsa bile zamanaşımı durur (TBK m. 150/I b. 3). Mehri evliliğin boşanma yoluyla sona ermesine veya eşlerden birinin ölümüne ertelenmişse, ilk olarak boşanma kararının kesinleşmesi veya eşlerden birinin ölümü tarihinden itibaren muaccel olur<sup>73</sup>.

Konusu taşınır veya para olan mehri müeccel anlaşmaları adi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz (TBK m. 288/II). Bu sözleşmede yalnızca bağışlama sözü verenin imzasının bulunması yeterlidir (TBK m. 14/I). Taşınmazlar ise niteliği gereği elden bağışlamaya elverişli değildir ve bu nedenle yalnızca mehri müeccelin konusunu oluşturabilirler. Mehri konusu bir taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin ise mehri müeccele ilişkin bu anlaşmanın tapu memuru önünde resmî şekilde yapılması gerekir (TBK m. 288/I)<sup>74</sup>. Aksi halde bu sözleşmeler şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar. Yalnız konusu taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki aynî bir hakka ilişkin adi yazılı şekilde akdedilen mehri sözleşmeleri, tapuda çeşitli sebeplerle bağışlama yerine satış olarak gösterilen muvazaalı devir işlemlerinin taraflar arasında muvazaanın yalnızca yazılı delille ispat edilebileceğini öngören Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>75</sup> dikkate alındığında önemli bir ispat işlevi görebilir<sup>76</sup>. Uyu-

<sup>71</sup> Pozitif hukuktaki bağışlama bu yönüyle İslâm hukukundaki mehirde ayrılır. Zira İslâm hukukunda taraflar mehri konusunda bir anlaşmaya varmamışlarsa, kadın mehri misile hak kazanır (Cin, Mehri, s. 207).

<sup>72</sup> İslâm hukukunda mehri konusunda aynı yönde bkz. Cin, Mehri, s. 211.

<sup>73</sup> Yapılan araştırmalarda kadınların %5'inin boşanma esnasında, %2'sinin ise eşinin ölümünde mehri teslim aldığı, kadınların çoğunun terekeden mehri talep etme hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmadıkları tespit edilmiştir (Okur Gümrukçüoğlu, s. 240).

<sup>74</sup> Yargıtay HGK E. 2004/13-292 K. 2004/275 T. 12.5.2004; Yargıtay 3. HD. E. 2019/482, K. 2019/3079, T. 8.4.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>75</sup> YİBK, T. 5.2.1947, S. 20/6.



lamada sıklıkla görüldüğü üzere mehri müeccelden doğan alacağın bir kefaletle teminat alınması halinde kefalet sözleşmesi, nitelikli yazılı şekil kurallarına (TBK m. 583) ve eşin rızasına ilişkin hükümlere (TBK m. 584) uyulmadığı sürece geçersiz sayılır.

Mehrin ödenmesinin mehir borçlusu kocanın ölümüne ertelenmesi halinde sözleşme, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama hükümlerine tabidir (TBK m. 290/II)<sup>77</sup>. Bu durumda yapılan mehir sözleşmesinin TBK m. 290/II atfı gereği miras sözleşmesi için öngörülen resmî şekilde yapılması gerekir (TMK m. 545/I), adi yazılı şekilde yapılan sözleşme geçersizdir<sup>78</sup>. Yalnız bu ihtimalde sözleşme borçlar hukukunun klâsik (kendiliğinden) kesin hükümsüzlük rejimine değil, ölüme bağlı tasarruflara özgü *özel hükümsüzlük rejimine* tabi olur. Adi yazılı şekilde yapılan sözleşme yalnızca dava yoluyla ve mahkemece verilecek bozucu yenilik doğurucu bir iptal kararıyla hükümsüz hale getirilebilir (TMK m. 557/I b. 4). Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi ilk sırada tenkis edilir (TMK m. 570/I)<sup>79</sup>. Buna karşılık mehir yoluyla yapılan sağlararası kazandırmalar, aksi ispat edilmediği sürece saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapıldığı açık olan kazandırma (TMK m. 565/I b. 4) olarak kabul edilerek ölüme bağlı tasarruf gibi tenkise tabi tutulamazlar<sup>80</sup>.

Bağışlama sözü verme niteliğindeki mehri müeccelden doğan borç ve alacaklar küllî halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçer (TMK m. 599). Bu durumda mehir borçlusu erkeğin ölmesi halinde borç onun mirasçuları tarafından terekeden yerine getirilir. Bu konuda dönemsel edimli bağışlamaların bağışlama sözü verenin ölümüyle birlikte sona ereceğine ilişkin hükmü (TBK m. 298) mehir sözleşmesinin niteliği gereği uygulanmaz. İslâm hukukunda mehri mehir borçlusunun ölümü halinde de yerine getirileceğine yönelik kurallar sözleşmenin yorumunda tamamlayıcı bir rol oynar. Mehir alacaklısı kadının ölmesi halinde de aynı şekilde yorum yapılmalıdır. Kadının ölmesi halinde onun mirasçuları sağ kalan kocadan bağışlama sözünün yerine getirilmesini isteyebilir.

<sup>76</sup> Yargıtay 1. HD. E. 2016/10819, K. 2019/4105, T. 26.6.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>77</sup> **Hatemi**, 319-320; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 131; **Kılınç/Kılınç**, s. 111.

<sup>78</sup> **Kılınç/Kılınç**, s. 111.

<sup>79</sup> **Hatemi**, s. 319-320.

<sup>80</sup> Yargıtay 1. HD. E.2009/4577, K. 2009/6090, T. 27.05.2009; Yargıtay 1. HD. E. 2012/16654, K. 2013/3539, T. 8.3.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Mehri müeccelin konusunu bir miktar paranın oluşturduğu durumlarda borçlunun temerrüde düşmesi halinde genel hükümlerden farklı olarak icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak temerrüt faizi yürütülebilir (TBK m. 121/I)<sup>81</sup>.

#### **IV. YARGITAY'IN BAĞIŞLAMA YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE MEHRİN GERİ ALINMASI**

##### **A. Genel Olarak**

Geri alma konusu mehir olarak belirlenen para veya mal olabilir. Nişanlılık dolayısıyla verilen hediyeler, nişanlanma evlilik dışında bir sebeple sona ermişse hediyelerin iadesi hükümlerine tabidir (TMK m. 122). Yine mehir olarak verilen olağan hediyeler de yasaların olağan hediyeleri iade rejimi dışında tutan kurallarınının (Karş. TMK m. 122; TMK m. 229/I b. 1, TMK m. 565/I b. 3; TMK m. 675; İİK m. 278/I) toplu hukukî kıyas yoluyla uygulanması sonucu geri almaya konu olmazlar<sup>82</sup>.

Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımı çerçevesinde mehri muaccel, elden bağışlama ve yerine getirilmiş bağışlamaların geri alınması hükümlerine tabi olurken (TBK m. 295), mehri müeccelden henüz ifa edilmemiş olanlar bağışlama sözü vermenin geri alınması hükümlerine göre (TBK m. 296) geri

---

<sup>81</sup> Mehir borcunun konusu; uygulamada da sıkça görüldüğü üzere ülke parası, yabancı ülke parası veya altın olabilir. Para değerindeki düşmelere karşı sözleşmeye yabancı para değer kaydı, altın değer kaydı veya eşya değer kaydı da konulabilir. Mehrin ödenmesinin evliliğin ölüm veya boşanmayla sona ermesine ertelendiği durumlarda, evliliğin kurulmasından borcun muaccel hale gelmesine kadar geçebilecek uzun zaman içinde mehri ülke parası dışında yabancı para veya altın olarak belirlenmesi alacaklının lehine olacaktır. Uygulamada mehir anlaşmalarında altınla veya yabancı parayla ödeme yolu seçilebilmektedir. Böyle durumlarda mehri ödenmesi genel hükümler çerçevesinde yapılacaktır (TBK m. 99). Buna göre ülke parası dışında başka bir para birimiyle veya piyasada tedavülü mümkün olan altınla ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla veya altının piyasadaki rayiçi üzerinden ödenebilir (TBK m. 99/II). Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası veya piyasadaki rayiç altın fiyatı üzerinden ödenmesini isteyebilir (TBK m. 99/III). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Genel, s. 995 vd.

<sup>82</sup> **Türkmen**, s. 134-135. Yargıtay da bir kararında mehir senedinde yazılı olan üç takım elbise, bir adet nişan elbisesi, iki takım ayakkabı, iki çift terlik, bir adet cüzdanlı çanta, beş takım iç çamaşırı, üç tane eşarbin aynen iadesine karar verilmesini yerinde bulmuştur (Yargıtay 3. HD. E. 2013/19593, K. 2014/3372, T. 5.3.2014 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

alınabilirler. Mehrin geri alınabilmesi için kanundaki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmadığı sürece, mehir, boşanmanın ve ölümün meydana gelmesi zımnî bozucu şartına bağlı bir anlaşma olarak kabul edilemez. Keza aksi kararlaştırılmadığı sürece boşanma veya ölüm olguları, işlem temelinin çökmesi nedeniyle geri alma imkânı vermezler. Zira mehrin ödenmesi tipik anlamda bağışlamalardan farklı olarak bizatihi boşanma veya ölüm olgularına bağlanmışlardır, başka bir deyişle boşanma veya ölüm halihazırda sözleşmeden doğan borcun ifa zamanına ilişkin vadeyi belirlerler.

Geri alma hakkı karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Hüküm ve sonuçlarını doğurması için karşı tarafa varması gerekli ve de yeterlidir, ayrıca karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur. Bağışlama sözleşmesi ivazlı sözleşmelerden farklı olarak bağışlayanın duygu dünyasının ön planda olduğu bir hukukî işlemdir; bu nedenle hakkı kullanmaya karar verme yetkisinin başkasına bırakılması kişilik kavramıyla bağdaşmaz. Geri alma hakkı kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak münhasıran bağışlayanın kendisi tarafından kullanılabilir<sup>83</sup>. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının sonucu olarak, hakkın kullanılması üçüncü kişilere devredilemez, kanundaki istisnalar dışında mirasçılara geçmez ve hak doğmadan önce haktan feragat edilemez, ancak hak bir kere kullanıldıktan sonra geri alma hakkının kullanılmasından doğan alacağın devri pekâlâ mümkündür<sup>84</sup>.

Buna karşılık bağışlayanın bir yıllık hak düşürücü süre içinde (TBK m. 297/I) ölmesi halinde, kalan süre içinde geri alma hakkı onun mirasçılarında

<sup>83</sup> **Schmid**, Hans: Die Schenkung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Buchdruckerei J. Spalti, Glarus 1909, s. 129; **Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1971, s. 137; **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985, s. 373; **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 187; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 301; **Vogt**, Nedim Peter/**Vogt**, Annäig L.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, OR 251 N 4; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 336; **Vardar Hamamcioğlu**, Gülşah: Bağışlama Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 319; **Maissen**, Sandra: Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz 1996, s. 121. Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD., E. 1997/6212, K. 1997/6822, T. 22.5.1997 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası)

<sup>84</sup> **Schmid**, s. 131-132.

geçebilir ve bu durumda geri alma hakkı mirasçılar tarafından kullanılabilir (TBK m. 297/II). Bunun dışında bağışlayanın sağlığında geri alma sebebini öğrenmeden ölmesi (TBK m. 297/III) ve bağışlayanın kasten ve hukuka aykırı olarak bağışlanan tarafından öldürülmesi veya bağışlayanın geri alma hakkını kullanmasının engellenmesi halinde (TBK m. 297/IV) bağışlayana ait bir geri alma hakkının mirasçılara geçmesi değil, bizzat kanundan dolayı mirasçıların kendilerine ait bir geri alma hakkı söz konusudur<sup>85</sup>. Böyle bir durum özellikle mehrin eşlerden birinin ölümüne bağlı olduğu ihtimallerde önem kazanır.

Öte yandan geri alma, hakkın doğmasından sonra haktan *feragat*, iyilikbilmez davranışın (TBK m. 295/I b. 1-2'deki fiiller) hak sahibi tarafından *affi*, yüklemeli bağışlamalarda *yüklemeden feragat*, karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yönünde bir güven oluşturulması halinde *hakkın etkisizleşmesi* veya *hak düşürücü süre* içinde hakkın kullanılmaması yoluyla ortadan kalabilir.

Bağışlayanı koruma amacıyla getirilen geri alma hakkı ve geri alma hakkının kullanılmasına sebep olacak olgular (TBK m. 295-296) nisbi emredici niteliktedir, bu nedenle geri alma hakkından önceden feragat edilemeyeceği gibi, kanundaki geri alma sebeplerinin sözleşmeyle önceden bertaraf edilmesi mümkün değildir<sup>86</sup>.

## **B. Mehri Muaccelin ve Mehri Müeccelin Geri Alınması**

### **1. Mehri Muaccelin Geri Alınması**

#### **a. Genel Olarak**

Evlenme sırasında peşin olarak verilen mehri muaccel ile sonradan yerine getirilen mehri müeccel, kanunda elden bağışlamanın veya yerine getirilmiş bağışlamanın geri alınmasına ilişkin sebeplere istinaden geri alınabilir (TBK m. 295/I b. 1-2-3)<sup>87</sup>. Yerine getirilmiş bağışlamanın karşı tarafa varması gerekli irade beyanıyla geri alınmasıyla birlikte bağışlananın bağışlanan şeyi iade yükümü doğar. Geri alma hakkı ile bağışlanan şeyi geri isteme hakkı birbirinden farklıdır. Bu anlamda bir alacak hakkı olarak

---

<sup>85</sup> **Bilge**, s. 137; **Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 238.

<sup>86</sup> **Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 147.

<sup>87</sup> **Hatemi**, 321. Yapılan araştırmalarda kadınların % 84'ünün mehri nikah sırasında ve evliliğin ilk yıllarında aldığını göstermektedir (**Okur Gümrükçüoğlu**, s. 240).

bağışlanan şeyi geri isteme hakkı, ona öncülük eden yenilik doğuran bir hak olarak geri alma hakkının kullanılmasıyla mümkün olabilir<sup>88</sup>. Bunlardan geri alma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı ve hak düşürücü süreye tabi bir hak iken, geri isteme hakkı bir alacak hakkı olarak zamanaşımına tabidir ve kural olarak üçüncü kişilere devredilebilir ve mirasçılara da geçer<sup>89</sup>.

Yerine getirilmiş bağışlamayı geri alma hakkının hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Klâsik dönme teorisinin etkisinde olan hakim görüş geri alma hakkının kullanılmasıyla kazandırmanın hukukî sebebinin ortadan kalktığını kabul ederek geri alma hakkının *bozucu* nitelikte olduğunu kabul eder<sup>90</sup>. Geri alma hakkını *kurucu* yenilik doğuran hak olarak kabul eden görüşe göre ise ifa ile sona ermiş bir borç ilişkisinin sona erdirilmesi mümkün olmadığından, geri alma hakkının kullanılmasıyla birlikte taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi doğar<sup>91</sup>. Bizim katıldığımız ve yeni dönme teorisine uyumlu görüşe ise<sup>92</sup> geri alma hakkının kullanılması kazandırmanın hukukî sebebinin ortadan kaldırmaz, yalnızca yerine getirilmiş edimlerin iadesini sağlayıcı bir etkiye sahiptir ve bu anlamda sözleşme içeriğini değiştiren bir etkiye sahip olduğundan *değiştirici* yenilik doğuran hak niteliğindedir. Hakkın hukukî niteliğinin tespiti iade yükümünün çerçevesinin belirlenmesinde de rol oynar<sup>93</sup>.

### **b. Geri Alma Sebepleri**

Mehri muaccel sözleşmesiyle yerine getirilmiş edimlerin geri alınması yalnızca kanunda sınırlı sayıda sayılan sebeplerin gerçekleşmesi halinde mümkün olabilir (TBK m. 295/I b.1-2-3). Buna göre bağışlayan; bağışlanan,

<sup>88</sup> **Meier**, Walter Heinrich: Der Widerruf von Schenkungen im schweizerischen Recht, Verlag P.G. Keller, Winterthur 1958, s. 51. Aynı yönde bkz. **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 127, dn. 30.

<sup>89</sup> **Serozan**, Dönme, s. 127-128, dn. 30; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 251.

<sup>90</sup> **Tunçomağ**, s. 39; **Bilge**, s. 135; **Tandoğan**, s. 372; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 187; **Aral/Ayrancı**, s. 250; **Buz**, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 193; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 336; **Yılmaz**, Merve: Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 99; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 320; **Maissen**, s. 120.

<sup>91</sup> **Gümüüş**, TBK m. 295, kn. 3.

<sup>92</sup> **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000, s. 402; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2012, s. 782; **Türkmen**, s. 101; **Eren**, Özel, s. 301.

<sup>93</sup> Bu konuda bilgi için bkz. aş. IV B 1 c.

ona veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse veya ona veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa veya bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse yerine getirmiş olduğu bağışlamayı geri alabilir. İlk iki sebep bağışlananın minnet yükümüne aykırı davranışının bir sonucu olarak görülür<sup>94</sup> ve yansıma yoluyla zarar kurumunu çağrıştıracak şekilde bağışlayanın yakın çevresindeki kişilere yapılan iyilik-bilmez davranışlar da geri almaya sebebiyet verebilir. Ayrıca bağışlananın bağışlayana kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmesi veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellemesi halinde de geri alma hakkının –*mirasçılar tarafından*- kullanılması mümkündür (TBK m. 297/IV).

Bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemiş olması halinde bağışlayan peşin vermiş olduğu mehri muacceli geri alabilir (TBK m. 295/I b. 1). Geri alma hakkının kullanılabilmesi için mehir bağışlanan eşin işlediği suçun ağır olması, bu suçun bağışlayana veya onun yakınlarından birine karşı ve bağışlamanın ifasından sonra işlenmiş olması şarttır. Suçun ağırlığının ölçütünde ceza hukuku kuralları değil, medenî hukuk kuralları belirleyicidir<sup>95</sup>. Buna karşılık suçun işlenip işlenmediği ve suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı ise ceza hukuku normlarına göre tespit edilir<sup>96</sup>.

Mehri muaccelin geri alınması bakımından önem taşıyabilecek bir diğer geri alma sebebi ise bağışlananın bağışlayana veya onun aile üyelerinden bir kişiye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halidir. Dikkat edilirse yalnızca bağışlayana değil, onun ailesi üyelerinden birine karşı yükümlülüklerinin önemli ölçüde ihlâli de geri alma sebebi oluşturur. Bu sebebe dayanarak geri alma hakkının kullanılması için evlilik birliğinin sona ermesini beklemek şart değildir. Hatta geri alma hakkının hak düşürücü süreye tabi olduğu ve hak düşürücü sürelerin niteliği gereği durmadığı ve kesilmediği düşünüldüğünde, evlilik birliğini sona erdirmeye yönelik davanın uzun sürebilmesi nedeniyle bu hakkın evlilik birliğini sona erdirmeye yönelik davaya ilişkin kararın kesinleşmesinden önce kullanılması hak sahibinin hak kaybına uğramaması bakımından özel bir önem arz eder. Boşanma başlı başına bir geri alma sebebi teşkil etmez<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> **Meier**, s. 49; **Maissen**, s. 115.

<sup>95</sup> **Tandoğan**, s. 374; **Vogt/Vogt**, OR 249 N 9.

<sup>96</sup> **Gümüş**, TBK m. 295, kn. 4.

<sup>97</sup> **Hatemi**, s. 321. **Yılmaz**, s. 132. Nitekim Yargıtay mehir senedi ile bağışlanan ziynet ve eşyaların iadesine yönelik davada boşanmada eşit oranda kusurlu olduğu tespit edilen eşin -*TBK m. 295/I b. 2 uyarınca geri alma koşulları oluşmadığından*- bağışlamayı geri

Boşanmaya neden olan olgunun eşin kanundan doğan yükümlülüklerini *önemli ölçüde* ihlâl edecek ağırlıkta olması gerekir. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırılık taşıyabilecek boşanma sebeplerinden zina (TMK m. 161), hayata kast veya pek kötü onur kırıcı davranış (TMK m. 162), küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), terk (TMK m. 164) ve evlilik birliğinin temelden sarsılmasına yol açan olgular (TMK m. 166) ile hile (TMK m. 150) veya korkutma (TMK m. 151) nedeniyle evliliğin iptaline yol açan olgular eşlerin kanundan doğan yükümlülüklerinin *önemli ölçüde* ihlâli niteliğinde kabul edilebiliyorsa ve bağışlananın kusuruna dayanıyorsa, geri alma sebebi oluştururlar<sup>98</sup>. Akıl hastalığı nedeniyle boşanma (TMK m. 165) ise eşin kusuruna dayanmadığından bir geri alma sebebi olarak kabul edilemez<sup>99</sup>.

Bunun dışında mehri muaccelle bağışlanan eşe bağışlananın karşılığını oluşturmayan bir yüklem edimi yüklenmişse, sonrasında bunun haklı bir sebeple yerine getirilmemesi halinde de bağışlayan bağışlamasını geri alabilir (TBK m. 295/I b. 3). İslâm hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere mehir sözleşmesiyle kadına mehrin içinden çeyiz temin etme yüklemesi koyulabilir<sup>100</sup>. Bu çeyizin haklı sebep olmaksızın temin edilmemesi halinde, erkek yüklemenin yerine getirilmesini isteyebileceği gibi bağışlamasını geri de alabilir<sup>101</sup>.

### *c. Geri Almanın Hüküm ve Sonuçları*

Geri alma hakkının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için kanundaki şartların varlığı halinde karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kul-

---

alamayacağından bahisle davayı reddetmiştir. Yargıtay 3. HD. E. 2017/16591, K. 2019/2713, T. 28.3.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>98</sup> **Türkmen**, s. 191-192.

<sup>99</sup> **Meier**, s. 68.

<sup>100</sup> **Cin**, Mehir, s. 235-236.

<sup>101</sup> İslâm hukukunda da çeyiz temin etme mükellefiyetiyle mehir verilmesinde mükellefiyetin yerine getirilmemesi halinde erkeğin mehirden cayarak verdiğini geri isteyebileceği kabul edilmektedir (**Cin**, Mehir, s. 235-236). Bu arada bizim hukukumuzda yüklemenin yerine getirilmemesi halinde bağışlananın tamamının geri alınabileceği kabul edilirken, Alman hukukunda yüklemeli bağışlamadan *dönülmesi* yalnızca yükleme yerine getirilseydi onun yerine getirilmesi gerekli gider kısmını kapsar (§ 527 I BGB). Bu anlamda TBK m. 295/I b. 3 hükmünün çeyiz yüklemesi bakımından Alman hukukundaki düzenlemede olduğu gibi, geri almayı yalnızca çeyiz masraflarına indirgemek suretiyle teleolojik bir redüksiyona tabi tutulması önerilmeye değerdir. Genel olarak yüklemeli bağışlananın tamamının geri alınabileceğine ilişkin hükmün teleolojik redüksiyon yoluyla yalnızca yüklem masraflarına indirgenmesi yönünde bkz. **Serozan**, Borçlar Özel, s. 305.

lanılması gerekir. Mehri muacceli geri alma hakkının kullanılması üzerine bağışlayanın bağışlanan şeyin iadesini isteme hakkı doğar. Bağışlayanın geri alınması üzerine doğan geri isteme hakkı kişisel bir talep hakkı niteliğindedir, geri alma bağışlanan şey üzerinde aynî bir etki doğurmaz<sup>102</sup>. Öncelikle bağışlanan şeyin aynen iadesinin mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır. Aynen iade mümkün değilse bağışlanan şeyin yerine geçen kaim değer (Surrogat) iadesi, bu da mümkün değilse bağışlanan şeyin parasal değeri istenebilir<sup>103</sup>. İade yükümünün kapsamı bağışlananın iyiniyetli olup olmamasına göre belirlenir.

Geri alma hakkının kullanılması üzerine doğacak tasfiye ilişkisinde hangi hükümlerin uygulanacağı hakkın hukukî olarak nasıl nitelendirildiğine göre değişmektedir. Geri alma hakkını *bozucu yenilik doğuran hak* olarak kabul eden görüşe göre geri alma işlemi üzerine kazandırmanın hukukî sebebi ortadan kalktığından tasfiye de sona ermiş hukukî sebebe (*condictio ob causam finitam*) dayalı olarak *sebepsiz zenginleşme* hükümleri çerçevesinde yapılmalıdır (TBK m. 295/I - TBK m. 77/II) ve geri isteme hakkı sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabidir (TBK m. 82)<sup>104</sup>. Buna karşılık bizim katıldığımız ve geri alma hakkını *değiştirici yenilik doğuran hak* olarak kabul eden görüşe göre TBK m. 295/I hükmünde sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan yollama yalnızca geri alma hakkının kullanılması üzerine içeriği değişen sözleşmenin tasfiyesinde yararlanılacak bir işleve sahiptir ve geri isteme hakkı *on yıllık* genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 146)<sup>105</sup>.

Bağışlayanın ivazsız bir sözleşme olması nedeniyle geri alma hakkının kullanılması üzerine bağışlananın yükümü yalnızca bağışlanan şeyin iadesine yöneliktir, bağışlananın ayrıca bir tazminat sorumluluğu doğmaz. Bağışlananın iade yükümünün kapsamı ise onun iyiniyetli veya kötünüyetli olup olmamasına göre değişir. İyiniyetli zenginleşenin iade yükümü (TBK m. 79/I) üzerinden kaleme alınan bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesiyle sorumlu tutulacağını öngören hükmü (TBK m. 295/I) teleolojik redüksiyona tabi tutularak bu hükümdeki örtülü boşluk kötünüyetli zenginleşenin zenginleşmesinin tamamını vermekle yükümlü olduğu TBK m. 79/II hükmü

<sup>102</sup> Tandoğan, s. 373; Serozan, Borçlar Özel, s. 306; Bucher, s. 159; Vogt/Vogt, OR 249 N 15; Maissen, s. 123.

<sup>103</sup> Oğuzman/Öz, s. 392 vd.; Eren, Genel, s. 908 vd.

<sup>104</sup> Tandoğan, s. 373; Bilge, s. 138; Tunçomağ, s. 239; Aral/Ayrancı, s. 251; Vardar Hamamcıoğlu, s. 332; Serozan, Dönme, s. 128.

<sup>105</sup> Guhl/Koller, s. 402; Huguenin, s. 782; Maissen, s. 131; Türkmen, s. 375.



çerçevesinde doldurulmalıdır<sup>106</sup>. Bağışlanan en geç geri alma beyanının kendisine ulaştığı anda kötünietli sayılmakla beraber, bu andan önce de bağışlanan şeyi geri vereceğini bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren, başka bir deyişle geri alma sebebine yol açtığı, yani bağışlayana veya onun yakınlara karşı ağır bir suç işlediği, bağışlayana veya onun aile üyelerinden birisine kanundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediği veya yüklemeyi haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmediği andan itibaren kötünietli zenginleşenin iade yükümüne tabi olmalıdır<sup>107</sup>.

## 2. Mehri Müeccelin Geri Alınması

### a. Genel Olarak

Mehri muaccelin geri alınması, yerine getirilmiş edimlerin iadesini sağlarken, henüz yerine getirilmemiş mehri müeccelin geri alınması borçluya ifadan süresiz kaçınma hakkı verir (TBK m. 296/I). Karşı tarafa varması gerekli geri alma beyanı üzerine taraflar arasındaki mehri müeccelden doğan borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar<sup>108</sup>. Bu yönüyle mehri müeccele ilişkin bağışlama sözü vermenin geri alınması, henüz ifa edilmiş bir edim olmaması nedeniyle bir tasfiye ilişkisine de yol açmayacağından mevcut bir hukukî ilişkiyi ortadan kaldıran *bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir*<sup>109</sup>.

### b. Geri Alma Sebepleri

Yerine getirilmiş bağışlamaların geri alınmasına ilişkin sebepler, bağışlama sözü vermenin geri alınması bakımından da geçerli birer geri alma sebebi oluştururlar (TBK m. 296/I b. 1). Bu sebeplere istinaden mehri muaccelin geri alınmasına ilişkin açıklamalarımız mehri müeccel için de geçerlidir.

Kanun koyucu buna ek olarak, bağışlayanın malî durumunun sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmesi (TBK m. 296/I b. 2) ve bağışlama sözü verdikten sonra kendisi için yeni aile yükümlülüklerinin doğması veya bu yükümlülüklerin önemli ölçüde ağırlaşması halinde de (TBK m. 296/I b. 3) bağışlama sözü verene

<sup>106</sup> Türkmen, s. 358-359.

<sup>107</sup> Schmid, s. 133, dn. 518; Vogt/Vogt, OR 249 N 14; Gümüş, TBK m. 295, kn. 7. Geri alma işleminin bağışlanana vardığı andan itibaren onun kötünietli sayılacağı yönünde bkz. Vardar Hamamcioğlu, s. 333.

<sup>108</sup> Vardar Hamamcioğlu, s. 337.

<sup>109</sup> Eren, Özel, s. 303-304; Vogt/Vogt, OR 250 N 1; Gümüş, TBK m. 296, kn. 2; Yılmaz, s. 89; Çakırca, s. 110.

geri alma hakkı tanımıştır. Bağışlayanın malî yükümlülüklerinin ağırlaşması ile aile yükümlülüklerinin ağırlaşması bakımından yegâne fark, bu yükümlülüklerin borçlunun edimini yerine getirmesinde aranacak güçlüğü ölçüsünde kendini gösterir. Buna göre malî yükümlülüklerin borcun ifasını *olağanüstü* derecede ağırlaştırmış olması gerekirken, aile yükümlülüklerinin *önemli* ölçüde ağırlaşması yeterli görülmektedir. Kanaatimce geri alma hakkının kullanılması için erişilmesi gerekli olan borçlunun malî durumunun ifayı *olağanüstü* derecede güçleştirme şartında ifanın yerine getirilmesindeki güçlüğü ölçüsü düşürülmelidir<sup>110</sup>. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uyarlama ve dönme için bile aşırı ifa güçlüğü aranması karşısında (TBK m. 138) ivazsız bir sözleşmede ifanın yerine getirilmesindeki güçlüğü ölçüsünün bu derece yüksek tutulması yerinde değildir. Bunun dışında bağışlama sözü veren mehir borçlusunun ödeme güçsüzlüğünün belirlenmesi veya iflâsına karar verilmesi halinde ise geri alma hakkının kullanılmasına da gerek kalmaksızın ifa yükümlülüğü kendiliğinden ortadan kalkar (TBK m. 296/II). Bağışlama sözü verenin sonradan durumunun iyileşmesi de sonucu değiştirmez.

Mehir borçlusunun malî durumunun kötüleşmesi veya yeni aile yükümlülüklerinin doğması veya önemli ölçüde ağırlaşması sebebiyle geri alma hakkını kullanabilmesi bakımından bağışlayanın bu durumda olup olmadığını tespitinde borcun ödeneceği an dikkate alınmalıdır. Bu nedenle bağışlama sözü veren borcun vadesi gelmeden önce (en geç boşanma veya ölüm) bu sebebe dayanarak bağışlamasını geri alamaz.

### *c. Geri Almanın Hüküm ve Sonuçları*

Mehri müeccel borçlusu kocanın bağışlama sözü vermeyi geri alma hakkını kullanmasıyla birlikte bağışlama sözü verme sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda bağışlama sözü alacaklısının olası ifa talebine karşı, bağışlama sözü veren geri alma hakkını kullandığını ispat ederek *itiraz* yoluyla karşı çıkabilir<sup>111</sup>. Buna karşılık bağışlama sözü veren geri alma hakkını kullanmadıkça, örneğin sonradan malî durumunun iyileşmesi halinde, bağışlama sözü alacaklısı yeniden edimin ifasını talep edebilir. Bu durumda bağışlama sözü veren geri alma hakkını kullanmadıkça ve geri alma sebebi sürekli bir nitelik taşıdığı müddetçe geciktirici def'i yoluyla edimi yerine getirmekten kaçınabilir. Lâkin geri alma hakkı bir kez kullanıldıktan sonra borç sona erer ve ifa talepleri artık borçlu tarafından bir *def'i ile*

<sup>110</sup> Aynı yönde bkz. Vardar Hamamcioğlu, s. 341.

<sup>111</sup> Meier, s. 56.

*değil, itiraz yoluyla geri çevrilebilir*<sup>112</sup>. Üstelik def'iden farklı olarak hakim bu durumu *re'sen* gözetmek zorundadır. Bağışlama sözü vermenin geri alınmasına sebep olan olgular, bağışlama sözü verenin kendi kusurundan kaynaklansa bile bağışlama sözü verenin herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmaz. Bağışlama sözü verenin sonradan malî durumunun düzelmesi de sonucu değiştirmez<sup>113</sup>.

Bağışlama sözü vermenin geri alınması üzerine şayet alacaklının elinde bir mehir senedi varsa, mehir alacaklısı senedin kendine geri verilmesini isteyebilir (TBK m. 103 kıyasen). Mehir senedi alacaklısının senedi geri vermemesi halinde mehir borçlusu eş menfî tespit davası açarak durumun tespitini isteyebilir<sup>114</sup>. Öte yandan mehir borçlusu bağışlama sözünü geri aldığına dair karşı tarafa varması gerekli irade beyanında bulunduğunu ispat ederek, her zaman mehir alacaklısının ifa talebine itiraz edebilir. Mehir alacağıının devri halinde ise mehir borçlusu devri öğrendiği sırada mehir alacaklısına karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ileri devralana karşı da ileri sürebilir (TBK m. 188/I).

### 3. Mehri Muaccel ve Mehri Müecceli Geri Alma Süresi ve Geri Alma Şekli

#### a. Geri Alma Süresi

Gerek mehri muaccel gerekse mehri müeccel sözleşmesinin üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin bağışlayanın geri alma hakkı için süre, geri alma sebebinin öğrenilmesinden itibaren başlar. Bağışlayan, geri alma sebebini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde bağışlamasını geri alabilir (TBK m. 297/I). Bağışlamayı geri alma hakkına ilişkin süre, hukukî niteliği itibariyle *hak düşürücü* süredir ve bu nedenle *durmaz* ve *kesilmez*. Geri alma sebebinin sürekli bir nitelik taşıması halinde, örneğin eşin haysiyetsiz hayat sürmesi halinde geri alma hakkına ilişkin süre sürekli nitelik taşıyan bu durumun sona ermesi anından itibaren başlar<sup>115</sup>.

Mehri muaccel veya mehri müecceli geri alma hakkı kanundaki geri alma sebeplerinin varlığı halinde sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. Yargıtay'ın boşanma halinde geri alma süresinin boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağına yönelik içtihat-

<sup>112</sup> Meier, s. 56.

<sup>113</sup> Gümüş, TBK m. 296, kn. 4; Yılmaz, s. 94.

<sup>114</sup> Eren, Özel, s. 1030.

<sup>115</sup> Bilge, s. 138.

ları ise kanaatimizce yerinde değildir<sup>116</sup>. Zira yenilik doğuran hakların kullanılmasında ve onlara ilişkin kısa hak düşürücü sürelerin belirlenmesinde amaç, tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafın hukuk alanına tesir edebilecek ve hak muhatabı için ağır sonuçlar doğurabilecek hakkın kullanılıp kullanılmaması yönünde muhatap nezdindeki belirsizliği engellemektedir. Bu yönüyle yenilik doğuran haklar, alacak haklarından önemli ölçüde ayrılır. Evliliğin sona ermesinden itibaren başlayacak süre olsa olsa hak düşürücü süre içinde kullanılan geri alma hakkı üzerine doğan geri isteme hakkına ilişkin zamanaşımı süresi olabilir<sup>117</sup>. Zira bir eşin diğer eşten olan alacağına ilişkin zamanaşımı evlilik birliği süresince durmaktadır (TBK m. 153/I b. 3). Mahkemenin geri alma istemine konu olan davada yaptığı iş, geri alma hakkının kullanılmasına sebep olan olguların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden ibarettir. Bu anlamda mahkeme kararı yenilik doğurucu bir karar değil, bilâkis hak sahibinin hakkını dayandırdığı vakıaların tespiti niteliğindedir<sup>118</sup>.

Bunun dışında bağışlayan bir yıllık süre dolmadan önce ölürse, geri alma hakkı mirasçılara geçer ve mirasçılar geriye kalan sürenin sona ermesine kadar bu hakkı kullanabilirler (TBK m. 297/II). Lâkin bağışlayan sağlığında sebebi öğrenmesine rağmen haktan feragat etmişse, feragat işlemiyle birlikte hak sona ereceğinden bağışlayanın mirasçılarının da geri alma hakkını kullanması söz konusu olamaz. Buna karşılık bağışlayan, sağlığında geri alma sebebinin öğrenememişse, mirasçılar, ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilirler (TBK m. 297/III). Bağışlanan, bağışlayana kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmesi veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellemesi halinde, mirasçılar bağışlamayı geri alma hakkı kanununun gerekçesinde de belirtildiği üzere herhangi bir süreye tabi değildir.

### ***b. Geri Almanın Şekli***

Mehri muaccel ve mehri müaccelin geri alınması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Geri alma hakkının kullanılmasıyla üzerinde etki

<sup>116</sup> Yargıtay HGK E. 1989/2-448, K. 1989/603, T. 22.11.1989; Yargıtay 4. HD. E. 2002/14963, K. 2003/1168, T. 3.2.2003 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Yargıtay HGK, E. 1986/2-382, K. 1987/122, T. 25.2.1987; Yargıtay HGK, E. 1984/1-490, K. 1986/73, T. 31.1.1986 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu yönde bkz. **Yılmaz**, s. 136.

<sup>117</sup> Aynı yönde bkz. **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 354.

<sup>118</sup> Nitekim aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2012/16874, K. 2013/2215, T. 19.02.2013; Yargıtay 2. HD. E. 1998/8160, K. 1998/10211, T. 23.9.1998 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

doğuracağı sözleşme şekle tabi olsa bile, hakkın kullanılması için herhangi bir şekil şartı aranmaz<sup>119</sup>. Bu kural geçerliliği adi yazılı şekle tabi olan mehri müeccel ile geçerliliği resmî şekle tabi olan taşınmaz veya sınırlı aynî hakka ilişkin mehir sözleşmeleri için de geçerlidir. Buna göre bağışlama veya bağışlama sözü verme; sözlü, yazılı veya resmî şekilde karşı tarafa varması gerekli olan irade beyanı ile geri alınabilir, geri alma hakkının dava yoluyla kullanılması şart değildir. Yalnız geri almanın karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bir hukukî işlem olduğu dikkate alındığında, muhatabı belge vermeye zorlayacak bir mekanizma olmadığı için geri almanın ispat kolaylığı bakımından resmî şekilde yapılması tavsiye edilir.

Buna karşılık değeri 4.480 TL'yi (2020 yılı itibariyle) geçen hukukî işlemler kural olarak yalnızca senetle ispatlanabilir (HMK m. 200/I). Lâkin eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler senetle ispat kuralına tabi değildir ve bunlar tanıkla da ispat edilebilirler (HMK m. 203/I a). Bu nedenle senetle ispat kuralı daha ziyade, mehir borçlusunun bu yakın hısımlar dışındaki üçüncü kişiler olduğu veya evlendirmeye yetkili resmî memur önünde yapılmayan evliliklerde mehrin geri alınması bakımından önem arz eder.

## SONUÇ

Yargıtay'ın bağışlama yaklaşımının bir sonucu olarak günümüzde mehirten doğan uyuşmazlıklara Türk Borçlar Kanununun bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümleri (TBK m. 285-298) uygulanmaktadır. Böyle bir yaklaşımın İslâm hukukundaki mehir ile pozitif hukukumuzdaki bağışlamaya ilişkin kuralların aynı olmaması nedeniyle taraf iradelerinden sapması ve İslâm hukukundaki mehir kurumunun anlamından farklı sonuçlara yol açabilme potansiyeli yüksektir. Buna karşın, pozitif hukuk kuralları içinde mehirten doğan uyuşmazlıkların çözülmesinde bağışlama yaklaşımından daha uygun bir yol bulunmamaktadır. Gerçekten de bir kişinin diğerine karşılıksız bir kazandırmada bulunması (mehri muaccel) veya karşılıksız kazandırmada bulunmayı taahhüt etmesi (mehri müeccel) itibariyle mehir, bağışlama sözleşmesine oldukça benzer. Bu anlamda taraf iradelerine daha uygun düşen İslâm hukukunun kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, hukuka ve ahlâka aykırı ve kişilik hakkına aykırı olmayan mehre ilişkin kuralları Yargıtay tarafından bağışlama olarak nitelendirilen sözleşmenin yorumlanmasında ve sözleşme boşluklarının doldurulmasında yardımcı bir işleve sahiptir ve bu kurallar somut uyuşmazlığın çözümünde de uygulanabilir.

<sup>119</sup> Kural olarak tüm yenilik doğuran haklar bakımından aynı yönde bkz. **Buz**, s. 252.

Mehri müeccelin aksi kararlaştırılmadıkça evliliğin boşanmayla sona erdiği anda muaccel hale gelmesi, bu durumun boşanmanın fer'i bir sonucu olarak görülmesine yol açmakta ve dolayısıyla da TMK m. 184/I b. 5 uyarınca bunların geçerliliğinin hakimın onayına bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Lâkin mehri müeccel, Türk Borçlar Kanununun bağışlama sözleşmesinin şekil şartlarına uygun (TBK m. 288) bir sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, İslâm hukukunda kabul edildiği üzere evliliğin sona ermesinin bir sonucu değil, evliliğin kurulmasının bir sonucu olarak görülmelidir. Boşanma yalnızca mehri müeccelden doğan borcun ödeneceği vadeyi belli eder. Keza mehri müeccel yalnızca evliliğin boşanma yoluyla sona ermesi halinde değil, ölümle sona ermesi halinde de muaccel olur. Bu nedenle mehri müeccel boşanmayı önleyecek bir tedbir veya boşanma tazminatı olarak görülmemelidir.

Yargıtay uygulamasında mehrin geri alınmasına yönelik olarak, mehri muaccelin geri alınması elden ve yerine getirilmiş bağışlamaların geri alınmasına (TBK m. 295), henüz yerine getirilmemiş mehri müeccelin geri alınması da bağışlama sözü vermenin geri alınmasına (TBK m. 296) ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmektedir. İslâm hukukunda zifaktan sonra mehrin geri istenmesi kural olarak mümkün değil iken, pozitif hukukumuzda mehri muaccel ve mehri müeccel kanunda öngörülen sınırlı sayıda sebebin gerçekleşmesi halinde geri alınabilmektedir. Nisbî emredici nitelikteki bu hükümler, İslâm hukukunun mehir kurallarıyla bertaraf edilemez. Kişiye sıkı sıkıya bağlı geri alma hakkı karşı tarafa varması gereken ve herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan irade beyanıyla kullanılabilir. Geri almanın üzerinde etki doğuracağı işlem şekle tabi olsa bile, geri alma işleminin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Yenilik doğuran bir hak olarak geri alma hakkı, geri alma sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir (TBK m. 297/I). Bu sürenin durması ve kesilmesi söz konusu olmaz. Bu nedenle Yargıtay'ın boşanmalarda geri alma süresini boşanma kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren başlatması yerinde değildir. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra başlayacak süre, olsa olsa eşler arasındaki alacaklara ilişkin zamanaşımının evlilik birliği süresince duracağını öngören TBK m. 153/I b. 3 hükmü uyarınca süresi içinde kullanılan geri alma hakkı neticesinde doğan bağışlanan şeyi geri isteme hakkı olabilir. Bir alacak hakkı olarak bağışlanan şeyi ve bu arada mehir konusu şeyi geri isteme hakkı da, geri alma hakkını değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul eden benimsediğimiz görüş uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146).

## KAYNAKÇA

- Acar**, H. İbrahim: “Mehrin İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 17, 2011, s. 367-388.
- Akçaal**, Mehmet: “Düğünde Takılan Ziyet Eşyasının İadesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 265-301.
- Akyüz**, Jülide: “Evlenme Sözleşmesinin Önemli Bir Ögesi Olan Mehir Hakkında Bazı Düşünceler”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 37, 2005, s. 213-230.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Aydın**, M. Akif: “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”, İslâm Ansiklopedisi, Cilt 18, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1998, s. 314-318 (Kısaltma: Kararname).
- Aydın**, M. Akif: “Mehir”, İslâm Ansiklopedisi, Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, Ankara 2003, s. 389-391 (Kısaltma: Mehir).
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Bardakoğlu**, Ali: “Hibe”, Cilt 17, İslâm Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul 1998, s. 421-426.
- Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1971.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kâmusu, Cilt 2, İstanbul 1950.
- Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1988.
- Buz**, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Cin**, Halil: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayınları, Ankara 1974 (Kısaltma: Evlenme).
- Cin**, Halil: “İslâm Hukukunda Mehr”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 1972, s. 199-254 (Kısaltma: Mehir).
- Çakırca**, Seda İrem: “Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 121-122, Eylül-Ekim 2014, s. 89-116.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Kısaltma: Genel).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Kısaltma: Özel).
- Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000.
- Gümüş**, M. Alper: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Cilt -2, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 1503-1574.
- Hatemi**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK m. 65), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- Hatemi**, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2012.
- Kılınç**, Ayşe Nur/**Kılınç**, Ahmet: “Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 2019, s. 103-118.
- Maissen**, Sandra: Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Universitätsverlag, Freiburg Schweiz 1996.
- Meier**, Walter Heinrich: Der Widerruf von Schenkungen im schweizerischen Recht, Verlag P.G. Keller, Winterthur 1958.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Okur Gümrükçüoğlu**, Saliha: “İslâm Aile Hukukunda Kadının Mehir Hakkına Toplumun Bakış Açısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, S. 4, 2013, s. 223-256.
- Öztaş**, Bilge: “Resmî Nikâhtan Sonra Yapılan Mehir Anlaşması Geçerli midir?”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1998, s. 389-397.
- Pürselim-Arning**, Hatice Selin: “Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 2, 2013, s. 137-151.
- Reisoğlu**, Safa: “Mihri Müeccele Müteallik 2.12.1959 tarihli Tevhidi İçtihad Kararı Hakkında (1)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 1960, s. 78-82.
- Sağlam**, Hadi: “İslâm Hukukunda Mehir Evlilik Sigortası mıdır?”, Universal Journal of Theology, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s. 1- 19.



- Schmid**, Hans: Die Schenkung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Buchdruckerei J. Spalti, Glarus 1909.
- Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (Kısaltma: Dönme).
- Serozan**, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Bası, (Yayına Hazırlayanlar: Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018 (Kısaltma: Borçlar Özel).
- Serozan**, Rona/**Başoğlu**, Başak/**Kapancı**, Kadir Berk: “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt 15, Sayı 2, Özel Sayı Armağan Cilt II, Temmuz 2016, s. 531-560.
- Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992.
- Şener**, Abdulkadir: İslâm Hukukunda Hibe, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- Şirin**, Şükrü: “İslâm Hukukunda Mehir Davaları”, Marife Dinî Araştırmalar Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Kış 2015, s. 298-319.
- Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985.
- Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- Türkmen**, Ahmet: Bağışlamanın Geri Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Tüzüner**, Özlem: “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”,+ Ankara Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 127-147.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah: Bağışlama Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Vogt**, Nedim Peter/**Vogt**, Annäig L.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.
- Yılmaz**, Merve: Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

## KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ'NDE CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMLERİNİN ERTELENMESİ VE CUMHURBAŞKANININ GÖREVE DEVAMINA İLİŞKİN PARLAMENTO KARARININ YARATTIĞI ANAYASAL SORUNLAR

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787667>

*Yrd. Doç. Dr. Demet ÇELİK ULUSOY\**

### Öz

*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) hükümeti, yeni korona virüs (Covid 19) salgın hastalığıyla ciddi bir mücadele içerisinde. Bu virüs sadece KKTC hükümetinin değil, dünyanın baş etmek zorunda kaldığı küresel bir hastalıktır. Bu süreçte hükümetlerin aldığı tedbirler sadece sağlık alanıyla sınırlı kalmamakta, birçok alanı etkileyen tedbirler alınmaktadır. Bu nedenle yetki sınırlarını genişleten siyasi iktidar eleştirileri gündeme gelmektedir. KKTC'de birçok ülkenin aksine hızlı ve etkili tedbirler alınmıştır. Vaka sayılarına bakıldığında da salgın hastalığın yayılmasını engellemekte hükümet başarılı olmuştur. İlk korona virüs vakaları ortaya çıktığında, olağanüstü durum ilanı için ciddi talepler gündeme gelmiştir. Ancak bugünkü koalisyon hükümeti, olağan hukuk kurallarıyla olağanüstü tedbirler alarak süreci yönetmeyi tercih etmiştir. Bu durumda hukukun üstünlüğü ilkesinden bazı sapmalar olabilir. Bugün gelinen noktada, salgın hastalıkla mücadeleyi aşan tedbirler ile olağan hukuk kurallarının uzlaştırılması sorunuyla yüzleşmekteyiz. Alınan tedbirler hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve hatta durdurulması sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. KKTC hükümeti sınırlı imkânlarıyla, küresel salgın bir hastalıkla başarılı bir mücadele sergilemiştir. Bu nedenle zorlayıcı koşullarda alınan olağanüstü tedbirlerin eleştirilmemesi beklenebilir. Ne var ki hukukun üstün*

\* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: demet.celik@emu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5542-9467> (Makalenin Geliş Tarihi: 20.04.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.05.2020/ Makale Kabul Tarihi: 26.06.2020)

KKTC Yükseköğretim, Planlama, Denetleme Akreditasyon ve Koordinasyon Kurulu ve Doğu Akdeniz Üniversitesi mevzuatları çerçevesinde Yrd. Doç. Dr. unvanı kullanılmaktadır.

*olduğu devlet, “tüm faaliyetlerinde” hukukla bağlı olan devlettir. Tüm bu faaliyetlerin içerisine şüphesiz ki salgın hastalıkla baş etmek de girmektedir. Bu süre zarfında alınan diğer tedbirlerin yanı sıra anayasa hukukunun kurumsal boyutunu ilgilendiren birtakım tartışmalı kararlar da alınmıştır. KKTC Cumhuriyet Meclisi olağanüstü toplanarak hem Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi hem de mevcut Cumhurbaşkanı'nın göreve devamını öngören bir parlamento kararı kabul etmiştir. Bu aşamada genel oyla seçilen Cumhurbaşkanı'nın makamının boşalması ve makama vekalet ilkeleri oldukça tartışılmıştır. Bu tartışmalarda görev süresi uzatılan parlamento kararıyla Cumhurbaşkanı'nın, en az seviyede yetki kullanması gerektiği de iddia edilmiştir. Bugün gelinen noktada parlamento kararının iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış olup verilecek karar beklenmektedir. Çalışmada KKTC Anayasası'ndan hareketle bu anayasal sorunlar ele alınarak konu anayasa hukuku açısından incelenecektir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası, parlamento kararları, cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi, cumhurbaşkanlığı makamının boşalması, cumhurbaşkanlığı makamına vekâlet*

## **CONSTITUTIONAL CHALLENGES CREATED BY THE PARLIAMETARY DECISION ON THE POSTPONEMENT OF PRESIDENTIAL ELECTIONS AND THE CONTINUATION OF THE PRESIDENT'S OFFICE IN TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS**

### **Abstract**

*The Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) government is in significant struggle due to the new corona virus (Covid 19) epidemic. The new corona virus is a global disease that the entire World must deal with, not just the TRNC government. In this process, the measures taken by governments are not limited to the health area, but measures are taken that affect many areas. For this reason, criticism of political power extending the boundaries of authority is on the agenda. Unlike many countries, fast and effective measures have been taken in TRNC. While viewing at the number of cases, the government has succeeded in preventing the spread of the epidemic. When the first cases of corona virus arise, crucial demands have been raised for the declaration of a state of emergency. However, today's coalition government has chosen to lead the process by taking extraordinary measures under the usual rules of law. In this case, there may be some deviations from the principle of the rule of law. At*

*this point today, we are facing the problem of reconciled the usual rules of law with measures that exceed the fight against epidemics. The measures also result in the limitation or even cessation of rights and freedoms. TRNC government has successfully struggled a global epidemic with limited facilities. So extraordinary measures taken under these challenging conditions can be expected not to be criticized. Nevertheless, the state where the law prevails the state that is bound by the law in its “all activities”. There is no doubt that dealing with the epidemic is also included in all these activities. In addition to other measures taken during this time, several controversial decisions concerning the institutional dimension of constitutional law have been taken. The TRNC Republican Assembly gathered an extraordinary summit and adopted a parliamentary order that envisages both the postponement of the Presidential election and the continuation of the current President's office. In these discussions, it was claimed that the President, whose mandate was extended by a parliamentary decision, should exercise his powers as a minimum. In these discussions, it was also stated that the President, whose mandate was extended by a parliamentary decision, should use his powers to the least level. At this point, a case has been filed in the Constitutional Court for the annulment of the parliamentary decision and the judgment is expected. In the study, the constitutional issues mentioned by the TRNC Constitution will be discussed and the subject will be examined in terms of constitutional law.*

### **Keywords**

*Turkish Republic of Northern Cyprus Constitution, parliamentary decision, postponement of presidential elections, the vacancy of the presidency, the deputizing for the President*

## GİRİŞ

10 Mart 2020 tarihinden itibaren ortaya çıkan korona virüs hastalığı nedeniyle, KKTC hükümetinin ciddi tedbirler aldığı olağanüstü bir sürece girilmiştir. Salgın hastalıkla mücadelede hızlı ve etkin kararlar alınması gerektiğinden, hükümetler genellikle kolay yola başvurma eğilimindedirler. Alınan tedbir ve kararların birçoğu olağan hukuk düzeniyle bağdaşmayabilir. Böylesi kriz anlarında devlet akli hukuk devletinin önüne geçer<sup>1</sup>. Bu yüzden alınan olağanüstü tedbirlerin ve kararların hukukiliğinin araştırılması zorunlu hale gelmektedir. Salgın hastalık mücadelesi kapsamında alınan tedbir ve kararların, demokratik toplumda gerekli, orantılı ve kısaca hukuka uygun olması gerekmektedir. KKTC Hükümetinin de tedbir adı altında aldığı kararların bir kısmı, olağan hukuk kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Zira bu süreçte alınan tedbir ve kararlar olağanüstü niteliktedir. Ayrıca bu olağanüstü süreçte sadece salgın hastalıkla ilişkili kararlar alınmamış, aynı zamanda yaklaşan cumhurbaşkanlığı seçimleri nedeniyle Anayasa'nın kurumsal boyutunu ilgilendiren kararlar da alınmıştır.

KKTC hükümetinin korona virüs salgın hastalığıyla mücadelede başvurduğu tartışmalı tedbirler birkaç noktada toplanabilir. İlki, hükümetin sokağa çıkma yasağına ilişkin, seyahat özgürlüğünü sınırlayan tedbirler ve bu yönde aldığı kararlardır. Hükümet bu konudaki kararlarını, KKTC Anayasası'ndan, hatta 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'ndan daha önce yürürlüğe girmiş olan 2 Mayıs 1955 tarihli Fasıl 156 Sokağa Çıkma Yasağı Yasası'na dayandırmıştır. İngiliz döneminden kalan bu Yasa, kamu düzeninin korunması sebebiyle İngiliz valisine sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi vermektedir. Yasa, Kıbrıs'taki anayasaların geçici hükümleri çerçevesinde hala yürürlükte<sup>2</sup>. Bu kapsamda alınan kararlar<sup>3</sup>, temel hak ve

<sup>1</sup> **Sancar**, Mithat: “Devlet Akli Kısılcacında Hukuk Devleti”, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2004, s. 57.

<sup>2</sup> Kanımızca Anayasa'nın yürürlüğe girdiği dönemde yürürlükte olan mevzuatın, “Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır” hükmü (AY. Geçici md. 4) çerçevesinde bu Yasa'nın anayasaya uygunluğu tartışmalıdır. **1985 KKTC Anayasası**, Geçici Madde 4, Mevcut Mevzuatın Geçerliliği ve Bu Mevzuatın Anayasaya Aykırılığı İddiası: “(1) Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır...”

<sup>3</sup> Hükümet aldığı tedbir ve kararların bir kısmını, daha yeni olan ve hükümete endemik hastalıklarla baş etmek üzere yetkiler veren 10 Aralık 2018 tarihli ve 45/2018 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası'na dayandırmıştır.

özgürlüklerin sınırlanması rejimine (md.<sup>4</sup> 11) aykırı nitelikte olup, yürütmeye verilen geniş yetkiler nedeniyle kanunilik ilkesini de ihlal etmektedirler. Zira Yasa birkaç maddeden oluşmakta ve KKTC Bakanlar Kurulu'na sokağa çıkma yasağı ilan etmesi konusunda, "emirname"<sup>5</sup> (*order*) çıkarma yetkisi vermekten başka bir düzenleme içermemektedir. Bakanlar Kurulu'na sınırları belirsiz, çerçevesi çizilmemiş, geniş yetkiler vermekte ve böylelikle seyahat ve yerleşme özgürlüğü bakanlar kurulu kararlarıyla (emirnamelerle) sınırlandırılmaktadır<sup>6</sup>.

Bu süreçteki tartışmalı bir diğer konu; kamu ve benzeri sektör çalışanlarının maaş ödeneklerinin yasa gücünde kararnamelerle kesintiye uğramasıdır<sup>7</sup>. Bu kararlar kapsamında başvuru edilen tedbirler de; kamu görevlilerinin ve diğer kamu personelinin "hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri" ile diğer kamu personelinin "nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük" işlerinin yasayla düzenleneceğini<sup>8</sup> öngören anayasal güvencelere aykırı niteliktedir. Bu konuda KKTC Anayasası'nda düzenlenen yasa gücünde kararnamelere ilişkin birçok sorunun ortaya çıktığını ifade etmek gerekir. Kararnamelerin çıkarılması için, parlamentonun bir yasayla hükümete yetki vermesine gerek yoktur<sup>9</sup>. Bakanlar Kurulu sadece ekonomik konularda ve

<sup>4</sup> Çalışmada Madde kısaca md. fıkra ise f. biçiminde kullanılacaktır.

<sup>5</sup> Emirname (*order*), Anglo-sakson sistemine ait olup KKTC Anayasası'nda yargısal yazılı emir olarak birkaç yerde düzenlenmiştir. Ayrıca çeşitli yasalarda, idarenin bir düzenleyici işlem türü olarak geçmekte ve Bakanlar Kurulu kararı şeklinde de nitelenmektedirler. **KKTC Yüksek İdare Mahkemesi** Dava No:81/2007, 4/2009, Tarih 27.02.2009, İnternet Kaynak: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=yim&yile=2009>, Erişim Tarihi: 05.04.2020. Ayrıca bkz. **Sağlam**, Fazıl, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Ders Notları", Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa, 2015, s. 65 vd.

<sup>6</sup> Sokağa çıkma yasaklarına uymayanlar hakkında Bakanlar Kurulu emirnameleri gereği yaptırım öngörülmüştür. Bu konu başka bir çalışma konusu olduğundan ayrıca ele alınması gerekmektedir.

<sup>7</sup> Hükümetin "elzem" çalışanlar olarak nitelendiği meslek grupları kararnamelerin kapsamı dışında tutulmuştur.

<sup>8</sup> **1985 KKTC Anayasası**, Madde 121.

<sup>9</sup> **1985 KKTC Anayasası** Yasa Gücünde Kararname başlıklı md. 112 şu esasları içermektedir. "(1) Ekonomik konularda, ivedilik varsa, Bakanlar Kurulu yasa gücünde kararname çıkarabilir. Yasa gücünde kararname, Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer ve aynı gün, gerekçesi ile birlikte Cumhuriyet Meclisine sunulur. (2) Cumhuriyet Meclisine sunulan yasa gücünde kararnameler, İçtüzüğü, yasaların görüşülmesi için koyduğu kurallara göre komitelerde ve Genel Kurulda, diğer bütün konulardan önce, öncelik ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanır. (3) Meclis bu konudaki kararlarını

ivedilik varsa kararname çıkarabilir. Bu kararname de Meclis onayına sunulur. Ayrıca Anayasa’da “yeni mali yükümlülükler getirilemez, kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanamaz” hükmüyle kararnamelerle düzenlenemeyecek alanlar belirtilmiştir. Dolayısıyla çıkarılan bu kararname de anayasal birer sorun olarak, ayrı bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir.

Bu çalışmanın asıl konusu ise, 26 Nisan 2020 tarihinde yapılacak olan ve ülke gündemini yoğun bir şekilde etkileyen cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkindir. Bu süreç içerisinde olağanüstü toplanan Cumhuriyet Meclisi, korona virüs salgını nedeniyle cumhurbaşkanlığı seçimini ertelemiştir. Yasama organı bu iradesini parlamento kararı biçiminde kullanmıştır. Ancak KKTC saf bir parlamenter hükümet sistemine sahip değildir. Zira saf parlamenter cumhuriyetlerde devlet başkanı, yasama organı tarafından parlamento kararıyla seçilir<sup>10</sup>. Burada Cumhurbaşkanı 5 yıllık süre için halk tarafından seçildiğinden, kabul edilen bu parlamento kararı anayasal açıdan tartışmalıdır. Ayrıca Anayasa’da cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi veya erkene alınması konusunda herhangi bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla KKTC’de salgın hastalıkla mücadelede alınan “karar”lar ve başvuru “tedbir”ler, anayasaların salt temel hak ve özgürlükler boyutuna ilişkin olmayıp, aynı zamanda kurumsal boyutu ile de ilgili olmuştur<sup>11</sup>. Çalışmada, salgın hastalık nedeniyle yapılamayacak olan cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesine ilişkin parlamentonun kararı, olağan hukuk çerçevesinde açıklanmaya çalışılacaktır. Kararın hukuki sonucu hem cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesini hem de mevcut cumhurbaşkanının göreve devam etmesini sağlamıştır. Bu nedenle parlamento kararının, seçimlerin ertelenmesine ilişkin kamuoyu tartışmalarıyla birlikte anayasa hukuku açısından incelenmesi hedeflenmektedir.

---

doksan gün içinde verir. (4) Bu maddede öngörülen yasa gücünde kararname ile, yeni mali yükümlülükler getirilemez, kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler kısıtlanamaz”. **1985 KKTC Anayasası** Metni için bkz. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/anayasa.doc>, Erişim Tarihi: 13.03.2020.

<sup>10</sup> Şüphesiz bu tür parlamento kararını almak ve kabul etmek diğer tür kararlara göre daha farklı yöntem ve çoğunluk gerektirmektedir. Örneğin **T.C. 1961 Anayasası** ve 2004 değişikliği öncesi **T.C. 1982 Anayasası**. Alınan 19 Mart 2020 parlamento kararının, Cumhuriyet Meclisi’nin üçte iki nitelikli çoğunluğu ile alındığı daha önce ifade edilmişti. **Gündem Kıbrıs**: “Cumhurbaşkanlığı seçimi 11 Ekim’e ertelendi”, 19.03.2020. İnternet Adresi: <https://www.gundemkibris.com/kibris/cumhurbaskanligi-secimi-11-ekime-ertelendi-h292006.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2020.

<sup>11</sup> İncelenecek konu, seçme ve seçilme hakkı bakımından ayrıca tartışmalıdır.

## I. CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMLERİNİN PARLAMENTO KARARIYLA ERTELENMESİNE İLİŞKİN SÜREÇ VE ERTELEME KARARININ ALINMASI

1985 KKTC Anayasası'na göre "Cumhurbaşkanı beş yıllık bir süre için" halk tarafından<sup>12</sup> seçilmektedir<sup>13</sup>. KKTC'de cumhurbaşkanlığı seçiminin, Anayasa ve 5/1976 sayılı Seçim ve Halkoylaması Yasası<sup>14</sup> uyarınca, KKTC Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) açıkladığı seçim takvime göre 26 Nisan 2020 tarihinde yapılmasına karar verilmişti. YSK 1 Numaralı Bildirisiyle seçimin başlangıcını belirlemiş ve seçim yasaklarına ilişkin ilkeleri yayınlamıştı<sup>15</sup>. Takvime göre 1 Mart 2020 tarihinde başlayan seçim, propagandalar sonrası 25 Nisan 2020 tarihi itibarıyla son bulacak ve 26 Nisan 2020 tarihinde halkın sandığa gitmesiyle gerçekleştirilecekti<sup>16</sup>. Bu süre zarfında kamuoyuna adaylıklarını açıklayanlar arasında; bir dönem daha cum-

<sup>12</sup> **Sağlam**, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçileceğine ilişkin bir ibarenin Anayasa'nın ilgili 99. maddesinden çıkarmanın güçlüğüne işaret etmektedir. Madde okunduğunda adeta devlet başkanın parlamento tarafından seçilebileceği yanılığısı da ortaya çıkabilir demektir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiğine ilişkin kesin bulgunun, Anayasa'daki "Yurt ödevini yerine getirmekte olan yükümlüler halkoylamasında, Cumhurbaşkanı ve milletvekili seçimlerinde görev yerlerine en yakın sandıkta oy kullanabilirler" (md. 68) hükmünden dolayı olarak çıkarılabildiğini, Ayrıca buna ilişkin hususların Seçim Yasası'nda açıkça düzenlendiğini belirtmiştir. (md.10, 13, 22 gibi) **Sağlam**, Fazıl: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa, 2015, s. 170.

<sup>13</sup> **1985 KKTC Anayasası**, md. 99 (1) uyarınca Cumhurbaşkanı'nın "(a) Milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak; (b) Yükseköğrenim yapmış olması; Otuz beş yaşını doldurmuş bulunması; Türk ana ve babadan doğmuş olması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olması; Son olarak En az beş yıldan beri daimi ikametgâhı Kıbrıs'ta bulunmuş" olması gerekmektedir. Ayrıca (2) fıkraya göre; "Bir adayın Cumhurbaşkanı seçilebilmesi için, kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu alması gerekir. Hiçbir aday salt çoğunluk sağlayamazsa, seçim yedi gün sonra en çok oy alan iki aday arasında yinelenir. Bu takdirde, en çok oy alan aday Cumhurbaşkanı seçilir.

<sup>14</sup> Bundan böyle 5/1976 Sayılı Yasa olarak anılacaktır.

<sup>15</sup> **KKTC Yüksek Seçim Kurulu**, 1 Numaralı Seçim Bildirisi, 28.02.2020, için bkz. İnternet Adres: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/02/dno1.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

<sup>16</sup> **KKTC Yüksek Seçim Kurulu**, 24 Ocak 2020 tarihli Seçim Takvimi, İnternet Adresi: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/01/secimtakvimi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2020. Ayrıca YSK'nın 24 Ocak 2020 tarihinde açıkladığı seçim takvimine göre adayların 20 Mart 2020 tarihinde başvurmaları ve adayların kesinleşme tarihinin de 29 Mart 2020 olarak açıklandığı görülmektedir. 26 Nisan 2020 tarihli Cumhurbaşkanlığı Seçimine ilişkin Seçim Takvimi için bkz. <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/01/secimtakvimi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.



hurbaşkanlığı yapmak üzere aday olan mevcut Cumhurbaşkanı, Başbakan<sup>17</sup>, hükümet ortağı olan Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakanı<sup>18</sup>, Cumhuriyet Meclisinde bulunan Ana Muhalefet Partisi Genel Başkanı, Cumhuriyet Meclisi'nde bulunan diğer Muhalefet partisi Genel Başkanı, mecliste temsil edilmeyen bir siyasal parti adayını ile iki bağımsız aday bulunmaktadır<sup>19</sup>.

Salgın nedeniyle olağanüstü tedbirlerin alınmaya başlandığı 10 Mart 2020 itibarıyla, ülke gündemini yoğun bir şekilde etkileyen cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenip ertelenmeyeceği tartışılmaya başlandı<sup>20</sup>. Seçime ilişkin sorular üzerine açıklama yapan Başbakan Yardımcısı, Anayasa'da parlamento genel seçimlerinin ertelenmesine ilişkin açık hüküm bulunduğunu<sup>21</sup>, ancak cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. Devamında bu konuda açık hüküm olmasa da “aday olacak kişilerle uzlaşısı sağlanırsa zaruret durumu gerekçe gösterilerek, Meclis'in karar alması yoluna gidebileceğini” belirtmiştir<sup>22</sup>.

Daha sonra Başbakan, Başbakan Yardımcısı ve Meclis'teki diğer siyasi parti liderleri bir araya gelmişlerdir, “Korona virüsüyle ilgili gelişmelerden dolayı cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin sürecin öngörülemez olduğu ve

<sup>17</sup> KKTC Başbakanlığı görevi, Ulusal Birlik Partisi Genel Başkanı olarak Ersin Tatar tarafından yürütülmektedir.

<sup>18</sup> KKTC Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakanı Halkın Partisi Genel Başkanı olan Kudret Özersay'dır.

<sup>19</sup> **Anadolu Ajansı:** “KKTC’de cumhurbaşkanlığı seçim yarışı hız kazanıyor”, 06.02.2020, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kktcde-cumhurbaskanligi-secim-yarisi-hiz-kazaniyor/1726401>, Erişim Tarihi:02.04.2020.

<sup>20</sup> **Yenidüzen:** “Kapalı Odada Yapılan Seçim Hazırlığı”, İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/kapali-odada-secim-hazirligi-124948h.htm>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

<sup>21</sup> Bu açıklama için bkz. 12 Mart 2020 tarihli basın açıklaması. <http://basbakanlik.gov.ct.tr/Basbakan-Yardimcisi-ve-Dis-isleri-Bakani-Ozersay-aciklamasini> “Bu nedenle dünyadaki başka örneklere bakmak gerekebilir. Kıbrıs Rum tarafı daha önce zaruret hali doktrini ilkesinden hareketle anayasada bir değişikliğe gitmeksizin şartlar nedeniyle bazı hükümlerin uygulanmasını askıya almış, bazı hükümleri daha farklı uygulama yoluna gitmiştir. Zaruret hali denen prensip kendi kuralları içinde doğru uygulanır ve istisamar yolu açılmazsa kullanılabilir. Önce belirlememiz gereken seçimin ertelenmesi konusunda fikir birliğidir. Benim hissiyatım olabileceği yönündedir. Gördüğüm kadarıyla siyaseti bir kenara koyma noktasında birlikte hareket edeceğiz” biçiminde sürdürmüştür.

<sup>22</sup> **İhlas Haber Ajansı:** Emir Abdurrahman Bulut'un Haberi, “KKTC’de Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Ertelenmesi Gündemde”, 16 Mart 2020 İnternet Kaynak: <https://www.ih.com.tr/haber-kktcde-cumhurbaskanligi-seciminin-ertelenmesi-gundemde-833089/>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

halkın sağlığının daha önemli olduğu gerekçesiyle seçimin ertelenmesi konusunda” aralarında görüş birliği oluşmuştur<sup>23</sup>.

Bunun üzerine Cumhuriyet Meclisi 19 Mart 2020 tarihli 1. Olağanüstü Birleşim ile toplanmıştır. Olağanüstü toplantıda, Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesine ilişkin alınan “parlamento karar”ı oyçokluğuyla kabul edilmiştir. Karar, Anayasa'nın 95. maddesinin (1). fıkrası ve Cumhuriyet Meclis İç Tüzüğü (md. 179) gereğince Meclis Başkanı tarafından yayımlanarak ilan edilmiştir<sup>24</sup>. YSK Cumhuriyet Meclisi'nin bu kararına dayanarak yayınladığı 5 Numaralı duyurusuyla seçim çalışmalarını sonlandırdığını ve daha önceki 1 Numaralı Duyurusu ile ilan edilen seçim yasaklarının ortadan kalktığını ifade etmiştir<sup>25</sup>.

Parlamento söz konusu kararında, korona virüs salgın hastalığı vakaları nedeniyle alınan ve alınması gereken tedbirlerin, kısa sürede hayata geçirilmesinin zorunluluğuna vurgu yapmıştır. İçinde bulunan olağanüstü koşulların dikkate alındığı belirtilerek, YSK tarafından belirlenen ve 26 Nisan 2020 tarihinde yapılacak olan seçimin, 11 Ekim 2020 tarihine, ikinci tura kalması durumunda ise, 18 Ekim 2020 tarihine ertelenmesine karar verilmiştir. Meclis sadece seçimin ertelenmesi hususunu değil, aynı zamanda seçimler

<sup>23</sup> **KKTC Başbakanlık**, Bu açıklama için bkz. 16 Mart 2020 tarihli basın açıklaması. <http://basbakanlik.gov.ct.tr/>. Kamuoyuna cumhurbaşkanı adayı olacakları yönünde açıklama yapan diğer milletvekili adaylar da bu konuda uzlaşma içerisinde olduklarını ifade etmişlerdir. **Bayrak Radyo Televizyonu**'nun paylaştığı haber için bkz. “Erhürman: Seçimin ertelenmesi konusunda fikir birliğine vardık”, 16 Mart 2020, İnternet Adres: <https://www.brtk.net/erhurman-secimin-ertelenmesi-konusunda-fikir-birliğine-vardik/>, Erişim Tarihi: 19.03.2020.

<sup>24</sup> **KKTC Cumhuriyet Meclisi**, “Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Ertelenmesine İlişkin Karar”, Karar No: 62/3/2020; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhuriyet Meclisi, Ülkemizde yaşanmakta olan bulaşıcı hastalık kapsamındaki Korona Virüs (Covid-19) vakaları ve bu çerçevede alınan ve alınması gereken önlemlerin kısa vadede hayata geçirilmesi gerekliliği ve zorunluluğu ve bu nedenle içinde bulunduğumuz olağanüstü koşulları dikkate alarak, Yüksek Seçim Kurulunca 26 Nisan 2020 Pazar günü yapılacağı duyurulan Cumhurbaşkanlığı Seçiminin, 11 Ekim 2020 Pazar gününe ertelenmesine, ikinci tura kalınması halinde ise 18 Ekim 2020 Pazar günü yapılmasına ve seçilecek Cumhurbaşkanının görevine başlamasına kadar, görevde olan Sayın Cumhurbaşkanı'nın görevine devam etmesine karar verir. Karar metni için bkz. İnternet Adres: <https://basimevi.gov.ct.tr/>, 19.03.2020 tarihli ve 46 Sayılı Resmî Gazete, s 11, Karar No: 62.3.2020. Erişim Tarihi: 23.03.2020.

<sup>25</sup> **KKTC Yüksek Seçim Kurulu**, Duyuru için bkz. İnternet Adres: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/01/Dno5.docx>, Erişim Tarihi: 05.04.2020

yapılana kadar mevcut Cumhurbaşkanı'nın göreve devamını da kararlaştırmıştır<sup>26</sup>.

### 1. KKTC'de Parlamento Kararları ve Cumhuriyet Meclisi'nin 19 Mart 2020 Tarihli Kararı

Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi ve mevcut Cumhurbaşkanı'nın göreve devamını öngören yasama işlemi bir parlamento kararıdır. Karar metninde Meclisçe “seçilecek Cumhurbaşkanı'nın görevine başlama-sına kadar, görevde olan Sayın Cumhurbaşkanının görevine devam etme-sine” karar verildiği belirtilmiştir. Kararın içeriğinden anlaşılacağı üzere bu kararın esasen iki boyutu bulunmaktadır. İlki cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi, ikincisi ise mevcut cumhurbaşkanının görevine devam etmesidir.

KKTC Anayasası'na göre parlamento kararları “istisnai” olarak denetlenemez, yani denetlenemeyen parlamento kararları sınırlıdır. Denetlenemeyen kararlar Anayasa'nın 95. maddesinin 1. fıkrasında sayılmış<sup>27</sup> ve genellikle yürütme organının, yasama organına karşı sorumluluğundan kaynaklanan kararlardır<sup>28</sup>. Anayasa'ya göre istisnai biçimde sayılan bu kararlara karşı, “mahkemeye başvurulamaz ve Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmaz” (md. 95 f. 4)<sup>29</sup>. Dolayısıyla KKTC Anayasası'nda parlamento kararlarının denetimi kural, denetlenememeleri istisna niteliğindedir. Bunun tersine T.C. Anayasası'nda ise parlamento kararlarının denetlenebilmesi istisna niteliğindedir<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> **KKTC Resmî Gazete**, 19.03.2020 tarihli ve 46 Sayılı Resmî Gazete, s. 11, Karar No: 62.3.2020, İnternet Kaynak: <https://basimevi.gov.ct.tr/>, Erişim Tarihi: 03.04.2020.

<sup>27</sup> Anayasa'ya göre (md. 95 f. 1) Meclis Başkanı tarafından yayınlanan şu kararlar denetim dışıdır. “(a) Savaş ilanına ilişkin kararlar; (b) Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetleme ve güvenoyu ile güvensizlik konularındaki kararlar; (c) Seçimlerin yenilenmesine veya ertelenmesine ilişkin kararlar; (e) Meclis içi seçim sonuçları; (f) Cumhurbaşkanının, Başbakanın veya bakanların Yüce Divana sevki ile ilgili kararlar; (g) Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimine ilişkin kararlar; (ı) Kalkınma planlarının onaylanmasına ilişkin kararlar”.

<sup>28</sup> İlgili hükme göre, kararın içeriğinde aksine kural yoksa derhal yürürlüğe girer ve Cumhuriyet Meclisi Başkanınca on gün içinde Resmî Gazete'de ilan edilir.

<sup>29</sup> **KKTC Anayasası**, md. 95 f. 4: “Yukarıdaki (1). Fıkranın (ç), (d) ve (h) bendlerinde yer alan kararlar dışında kalan kararlara karşı mahkemeye başvurulamaz ve Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmaz.”

<sup>30</sup> **T.C. 1982 Anayasası** uyarınca yasama dokunulmazlığının kaldırılması, milletvekilliğinin düşürülmesi ve TBMM İçtüzüğü denetlenebilen parlamento kararlarındandır. (md. 85 ve md. 147) Ayrıca bkz. **Sağlam**, a.g.e. s. 50 vd.

Ancak KKTC Anayasası'nda sayılan (md. 95 f. 1) kararların hepsi denetlenemeyen parlamento kararları değildir<sup>31</sup>. Çünkü Anayasa'ya göre, bu maddede sayılan kararların sadece bazıları denetlenemez nitelikte, diğerleri ise denetlenebilir niteliktedir (md. 95 f. 4)<sup>32</sup>. Maddede sayılan denetlenebilir nitelikteki kararlar; milletvekilliğinin sona ermesine ilişkin kararlar, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararlar ve olağanüstü durum ve sıkıyönetim kararlarıdır. Yine Anayasa'da ifade edilen genel nitelikli meclis kararları (md. 95 f. 2) denetlenebilen kararlardandır. Üstelik bu tür (md. 95 f. 2) "genel nitelikli kararlar"ın ilanı yasalar gibi yapılmakta, yani denetlenebilir olmaları dışında yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına gönderilmektedir. Anayasa'ya göre (md. 95 f. 3) denetlenebilen diğer bir parlamento kararı da Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'dür<sup>33</sup>. Sonuç olarak, Anayasa'da açıkça denetlenemeyeceği ifade edilen sınırlı sayıdaki kararlar dışındaki tüm parlamento kararları denetime tabi normlar arasındadır.

19 Mart 2020 tarihli Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi ve mevcut cumhurbaşkanının göreve devamını öngören karar, Resmî Gazetede denetlenemeyen parlamento kararları kapsamında yayımlanmıştır. Buna göre ilgili karar, Anayasa'da belirtilen (md. 95 f. 1 (c) bendi) ve istisnai olarak denetlenemeyen "seçimlerin yenilenmesine veya ertelenmesine ilişkin" kararlar kapsamında kabul edilmiştir. Kararın ilanı bakımından ayrıca KKTC Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'nün 179. maddesine atıf yapılmıştır<sup>34</sup>. Şüphesiz bahse konu kararın denetlenemeyen parlamento kararı kapsamında yayımlanması ve kararın Anayasa'nın (md. 95 f. 1 (c) bendi) kapsamında kabul edilmesi bazı tartışmaları gündeme getirmiştir. Kanımızca parlamentonun bu kararı özellikle sebep, konu ve denetim unsurları açısından anayasa aykırı niteliktedir. Ayrıca, halk tarafından genel oya dayalı seçimle belirlenen devlet başkanın göreve devamına karar vermek Meclis'in yetkileri arasında

<sup>31</sup> Denetlenemeyen kararlar listesi için bkz. Atıf No 26.

<sup>32</sup> Bkz. Atıf 26, 28.

<sup>33</sup> Ayrıca Anayasa'ya göre (md.95 f. 3) "(3) Cumhuriyet Meclisi, İçtüzüğü'nün uygulanmasına, Meclisin iç düzenine ve çalışmalarına ilişkin olup, Cumhuriyet Meclisi tarafından yayımlanmasına karar verilen kararlar, yukarıdaki (1). fıkra uyarınca, Cumhuriyet Meclisi Başkanı tarafından yayımlanır".

<sup>34</sup> **KKTC Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü**, *Meclis Kararlarının Yayımlanması ve Yürürlüğe Girmesi* başlıklı md. 179: "Bu İçtüzükte Başkanlık Divanınca alınacağı belirtilen kararlar ile yapılacak olan Yönetmelikler ve Anayasanın 95'inci maddesinde belirtilen kararlar, aksi kararda belirtilmedikçe Meclis Başkanlığınca Resmî Gazetede yayımlanarak ilan edilmek suretiyle yürürlüğe girer; kararda, ileriye dönük başkaca bir yürürlük tarihi de gösterilebilir". İçtüzük metnine ulaşmak için bkz. İnternet Adresi: <http://www.cm.gov.nc.tr/ictuzuk>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

da değildir. Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetiminde, esas (sebeup, konu, maksat) ve şekil (yetki, usul) bakımından denetimin kapsamı<sup>35</sup> çerçevesinde incelendiğinde, ilgili parlamento kararının birkaç açıdan hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir.

İlgili parlamento kararının hukuki dayanağı Anayasa’da bulunmamaktadır. Anayasa’nın parlamento seçimlerinin ertelenmesine ilişkin hükmü (md. 79), mevcut duruma kıyasen yani benzetme yoluyla uygulanmıştır<sup>36</sup>. 79. maddede, Cumhuriyet Meclisi Seçimleri’ne ilişkin hususlar düzenlenmiş, 5. fıkrasında ise meclis seçimlerinin ertelenmesi ve koşulları belirtilmiştir. Buna göre olağanüstü nedenlerle seçimin yapılması olanağı yoksa, Cumhuriyet Meclisi kendi seçimlerini bir yıl erteleyebilir. Seçimlerin ertelenmesine ilişkin bu türden bir karar, nitelikli çoğunluk yani Meclis’in “üye tamsayısının üçte ikisinin” oyuyla alınabilir. Cumhuriyet Meclisi’nin çalışmada ele alınan 19 Mart 2020 tarihli kararı nitelikli çoğunlukla kabul edilmiştir<sup>37</sup>.

İlgili parlamento kararının, meclis seçimlerinin yenilenmesi veya ertelenmesi kapsamında alınarak yayımlanması ve bu kuralların cumhurbaşkanlığı seçimlerine kıyasen uygulanması oldukça tartışmalıdır. Bunun nedeni, yayımlamada atıf yapılan kararlardaki “seçimler” ifadesinin, parlamento seçimlerine özgü olmasıdır. Zira cumhurbaşkanlığı makamının seçimiyle ilgili Anayasa’da sadece 5 yıllık görev süresine, makamın boşalmasına ve vekalet ilkelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Yorum ilkeleri gereği kıyas yapılamayan bazı durumlar vardır<sup>38</sup>. *Expressio Unius*<sup>39</sup> yani “bir şeyi zikretmek diğerini dışlamaktır” ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda, kıyas ilkeleri gereği kıyas yapılamayacağı kabul edilir. Buna göre Anayasa, parlamento seçimlerinin meclis kararıyla ertelenmesi veya erkene alınmasını düzenlemiştir. Somut durumda

<sup>35</sup> **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 17. Basım, s. 393-400; **Erdoğan**, Mustafa: Türk Anayasa Hukuku, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, 1. Basım, s. 213.

<sup>36</sup> **Çulhaoğlu**, Uğur: “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”, başlıklı 17.03.2020 tarihli Av. Serkan **Mesutoğlu**’nun, Facebook Postunda paylaşılan görüşleri, 18.03.2020.

<sup>37</sup> Cumhuriyet Meclisi’nde 50 milletvekili bulunduğundan, bu kararın alınmasında da nitelikli çoğunluğun sağlandığı görülmektedir.

<sup>38</sup> Kıyas ilkeleri gereği, anayasada belirli bir konu hakkında açık bir hüküm yok ise, ancak o hükümle aralarında benzerlik olan bir başka hüküm varsa benzetme yoluyla anayasada yer alan hüküm, yer almayan hüküm için de uygulanabilir. **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 90.

<sup>39</sup> İlkenin tam adı “*expressio unius est exclusio alterius*”dur. Kıyas ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 90.

Anayasa'nın Cumhuriyet Meclisi seçimleri için öngörülen seçim ilkeleri (md. 79) kıyasen cumhurbaşkanlığı seçimleri açısından kabul edilerek uygulanmıştır. Ancak bu durum, anayasa koyucunun yasama organı için öngördüğü hükmün, yürütme organı için de geçerli olması, yürütme organı için de uygulanabileceği anlamına gelir. Bu da açıkça *Expressio Unius* ilkesiyle çelişir. İlke gereği, anayasa koyucu bir hususu açıkça belirtmişse, diğerini belirtmek istememiş yani o hususu bilerek dışlamıştır. Anayasa koyucu o hususu belirtmek isteseydi açıkça ifade edebilirdi<sup>40</sup>. Buradan hareketle anayasa koyucunun seçimlerinin yapılamaması halini, cumhurbaşkanlığı makamının boşalması ve makama vekalet ilkelerinde düzenlenmesi gerekirdi. Yorum ilkeleri gereği şartlar oluşmadığından, Anayasa'daki meclis seçimlerinin ertelenmesine ilişkin (md. 79) cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesi için kıyasen uygulanması mümkün görünmemektedir.

KKTC Anayasası'na göre "Hiçbir organ, makam veya merci, kaynağını bu Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamaz". Dolayısıyla parlamentonun kendi seçimlerine ilişkin öz fesih veya seçimlerin ertelenmesine ilişkin kararları, parlamentonun gücü ve bağımsızlığı ilkesi ile açıklanabilir. Ancak Meclis'in bu yetkilerinin, cumhurbaşkanlığı seçimleri açısından da geçerli olması mümkün değildir<sup>41</sup>.

## 2. 19 Mart 2020 Tarihli Cumhuriyet Meclisi Kararı Denetlenebilir mi?

Parlamento kararlarının, anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmasının sebebi, kararların Anayasa'ya ya da Meclis İçtüzüğü'ne uygun oldukları varsayımdır<sup>42</sup>. Ancak Cumhuriyet Meclisi'nin cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesine ilişkin kararı istisnai olarak denetlenmeyen parlamento kararları kapsamında yayımlanmış ve anayasa yargısı denetiminin dışında tutulmuştur. Ayrıca alınan parlamento kararı, her ne kadar Meclis'in üçte iki nitelikli çoğunluğuyla alınmış olsa da karardaki ret oyları, vekiller arasında "tam" bir uzlaşma olmadığını göstermektedir. Karar 41 kabul oyuna

<sup>40</sup> **Gözler**, Kemal: "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, ss. 15-119. s. 68.

<sup>41</sup> Ayrıca, "Anayasal organların esas olarak yetkisiz olduğu, yetkili olma durumlarının istisna olduğu ilkesi uyarınca Meclis kendisine verilmiş olan yetkiyi 79'uncu madde çerçevesinde kullanabilecek, yetki yaratma yoluyla yorum yapamayacaktır. Söz konusu ilke uyarınca eğer anayasal organların bir hususta yetkisi var mı yok mu şüphesi ortaya çıkarsa o yetkinin olmadığı söylenilebilir". İlke bakımından bkz. **Gözler**, "Yorum İlkeleri", s. 75-78.

<sup>42</sup> **Sağlam**, a.g.e. s. 135.

karşılık 2 ret oyuyla alınmıştır. Kararı desteklemeyen milletvekillerinin gerekçesi, tutanağın yayınlanmaması nedeniyle bilinmemektedir<sup>43</sup>.

KKTC Anayasa Mahkemesi'nin 2004 yılında verdiği bir kararında, Anayasa'nın 95. maddesindeki hükmü çerçevesinde parlamento kararlarının anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulması şu gerekçeyle eleştirilmiştir:

“İptal davası açma hakkına bir sınırlama getirmek isteyen titiz bir Anayasa Koyucunun, bu sınırlamayı, 147. maddede yapması gerekiyordu. 95. madde Meclis kararlarının ilânı ile ilgilidir. Meclis kararlarının ilânını düzenleyen bir maddede iptal davası açma hakkını sınırlamak doğru değildir. Ancak hukuk tekniği açısından hatalı veya yersiz olsa bile Anayasa Koyucunun 95. maddede Anayasa Mahkemesinde açılacak davalara bir sınırlama getirdiği açıktır”<sup>44</sup>.

Meclis bazı kararlarını, her ne kadar istisnai olarak denetlenmeyen kararlar biçiminde yayımlasa da (AY. md. 95 çerçevesinde) somut olayda olduğu gibi bunların denetiminin mümkün olup olmayacağı tartışması gündeme gelebilir. Kanımızca bu soruya verilecek yanıt, kararın ancak eylemli iç tüzük değişikliği niteliğinde kabulü halinde mümkün olabileceğidir. Eylemli iç tüzük ile ilgili KKTC Anayasa Mahkemesi kararlarında benzer bir değerlendirmeye rastlayamadık. Ancak somut olayda açıkça görüldüğü üzere Cumhuriyet Meclisi'nin (AY. md. 79) meclis seçimlerinin ertelen-

<sup>43</sup> Ancak ret oylarını verenlerin ise Cumhurbaşkanı adayı olarak muhalefet partilerinden birinin Genel Başkanı ile aynı partiden başka bir milletvekili olduğu basına yansımıştır. Ret oylarını verenlerden biri cumhurbaşkanı adayı olduğunu açıklayan Yeniden Doğuş Partisi (YDP) Genel Başkanı Erhan Arıklı olup diğer aynı partinin milletvekillerinden biri olan Bertan Zaroğlu'dur. İlgili Habere ulaşmak için bkz. **Gündem Kıbrıs**, “Cumhurbaşkanlığı Seçimi 11 Ekim'e Ertelendi”, 19.03.2020. İnternet Adresi: <https://www.gundemkibris.com/kibris/cumhurbaskanligi-secimi-11-ekime-ertelendi-h292006.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2020. Bu çalışmanın hazırlandığı sırada (2020 Nisan sonu) YDP Genel Başkan'ı ve milletvekilinin karardaki ret oylarının gerekçesi tam olarak bilinmemekteydi. Ancak çalışmanın yayına hazırlandığı süreçte (2020 Haziran) Karardaki ret oylarının özellikle mevcut Cumhurbaşkanının göreve devamı yönünden Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla verildiği belirtilmiştir. YDP Genel Başkanı Arıklı ilerleyen günlerde, bu Karar'ın iptali için KKTC Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmıştır. Çalışmamız DEHF Dergisine gönderildiği süreçte henüz dava açma süresinin dolmadığını belirtmiştik. Derginin değerlendirme süresi içerisinde (27 Nisan 2020) bu dava da açılmıştır. O nedenle yayına hazırlanan makalemizde bu bilgiyi de paylaşmak mümkün olmuştur. **Kıbrıs Haberci Gazetesi**: “Arıklı: “Anayasa Mahkemesi'ne iptal dava dosyamızı gönderdik”, İnternet Adresi: <https://www.kibrishaberci.com/arikli-anayasa-mahkemesine-iptal-dava-dosyamizi-gonderdik/>, Erişim Tarihi: 18.06.2020.

<sup>44</sup> **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No D.3/2004, Anayasa Mahkemesi 3/04, K.T. 21 Nisan 2004, s. 134-14.

mesine ilişkin parlamento kararını, cumhurbaşkanlığı seçimlerine uygulamış olması İçtüzükte değişiklik meydana getirmektedir. İçtüzükte bu türden bir parlamento kararı öngörülmediğinden Cumhuriyet Meclisi bu eylemiyle İçtüzükte bulunmayan bir kural tesis etmiş denilebilir. Dolayısıyla bu parlamento kararı, içtüzük değişikliği niteliğinde kabul edilerek KKTC Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir.

Sağlam'ın ileri sürdüğü görüşlerde de parlamento kararlarının yargısal denetimine ilişkin düzenleme (md. 95), Meclis'in "Anayasa'ya ya da İçtüzüğe açıkça aykırı" kararlarının denetlenmesini engelleyemez<sup>45</sup>. Nitekim yazara göre Cumhuriyet Meclisi'nin seçimlerinin ertelenmesine ilişkin parlamento kararı, maddede öngörülen nitelikli çoğunlukla alınmazsa veya maddede belirtildiğinden daha fazla bir süre için erteleme kararı alınırsa yargısal denetimi mümkün olacaktır. Anayasadaki bu temel gerekliliklere (md. 95) uyulmaması halinde, eylemli içtüzük değişikliğinden söz edilebilir<sup>46</sup> ve bu durumda somut olaydaki karar da eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde kabul edilmeli ve denetlenmelidir. Dolayısıyla 95. maddenin konusu yasama organının seçimlerinin ertelenmesiyle ve bu kapsamda alınacak bir erteleme kararının "olağanüstü nedenler" sebebiyle alınması söz konusuysa mevcut parlamento kararı anayasaya aykırı niteliktedir.

Anayasa'nın 95. maddesindeki seçimlerin ertelenmesi konusunda "olağanüstü nedenler"e ilişkin sebebin denetlenemeyeceği ve bu konunun Meclisi'nin takdir yetkisi içerisinde olduğu ileri sürülmüştür<sup>47</sup>. Sağlam'ın ileri sürdüğü bu görüşe göre meclis kendi seçimlerini salgın hastalık, ağır ekonomik bunalım veya savaş vb. sebeplerle erteleyebilecektir. Kanımızca buradaki olağanüstü nedenlerin kapsamı dar yorumlanmalı ve bu konuda Meclis'in sınırsız bir takdir yetkisi olduğu düşünülmemelidir. Buna göre olağanüstü nedenler, Anayasa'nın dördüncü bölümünde sayılan olağanüstü durum ilanına ilişkin sebepler (md. 124 ve md. 125) kapsamında olmalıdır. Bu sebeplerden hangisinin gerekçe olarak gösterileceği, somut olayın koşullarına göre Meclisçe belirlenecektir. Yasa koyucunun belirli bir sebebe "bağlı olarak çıkaracağı kanunlar ya da alacağı kararlar" Anayasa'da belirlenmişse<sup>48</sup> bu sebebe uyulmaması anayasaya aykırılık sonucunu doğuracaktır. Daha da önemlisi belirtilen bu sebebe bağlı olarak, Anayasa'ya uygun

<sup>45</sup> Sağlam, a.g.e. s. 130 vd.

<sup>46</sup> Sağlam, a.g.e. s. 136 vd.

<sup>47</sup> Sağlam, a.g.e. s. 136 vd.

<sup>48</sup> Teziç, Erdoğan: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 51, S. 1-4, 1985, 23-43. s. 32.



bir biçimde olağanüstü durum ilanı yapılmış olmalıdır. Anayasa’da olağanüstü durumlar ve buna ilişkin rejimin çerçevesi (md. 124, 125 ve 126) ortaya konulmuştur. Kanımızca olağanüstü nedenlerle seçim ertelenecekse, aynı nedenler gerekçesiyle ilan edilmiş bir olağanüstü durumun varlığı söz konusu olmalıdır.

Kaldı ki tartışılan bu koşullar, meclisin kendi seçimlerini ertelemesine ilişkin parlamento kararları üzerine yapılmıştır. Somut olayda ise salgın hastalık bir olağanüstü neden olarak yorumlanarak, Anayasa’da öngörüldüğü halde (md. 124) olağanüstü durum ilanı olmaksızın hem cumhurbaşkanlığı seçimleri ertelenmiş hem de mevcut Cumhurbaşkanını göreve devamına karar verilmiştir. 19 Mart 2020 tarihli kararın alınmasından hemen önce Cumhurbaşkanı, korona virüs bulaşıcı hastalığı nedeniyle alınan tedbirler çerçevesinde, Anayasa’nın 124. maddesinde ifade edilen olağanüstü durum ilanı için Bakanlar Kurulunu toplamıştır. Ancak Bakanlar Kurulu bu ilanının yapılması yönünde destek vermemiştir<sup>49</sup>. Dolayısıyla Anayasa’daki (md. 79 f. 5) “olağanüstü nedenler”le ilgili, olağanüstü durum ilanı için öngörülen sebeplerin varlığı (md. 124 ve 125) ve olağanüstü durum ilanı (md. 124 vd.) söz konusu olmalıdır. Anayasa’da hangi hallerle olağanüstü durum ilan edileceği belirlidir<sup>50</sup>. Yasama organı bu sebepler ortaya çıktığında, Anayasa’ya uygun bir biçimde olağanüstü durum ilan etmesi ve kendi seçimlerini bu koşullarla ertelemesi mümkün olabilir<sup>51</sup>.

Burada diğer bir sorun, yasa koyucunun iradesini parlamento kararı biçiminde ortaya koymuş olmasıdır. Meclis, cumhurbaşkanlığı seçimini

<sup>49</sup> KKTC Cumhurbaşkanı Mustafa Akıncı Anayasa uyarınca salgın hastalık nedeniyle olağanüstü durum ilanı yapılmasının mümkün olduğuna işaret ederek, Bakanlar Kurulu’nu bu taleple toplamıştır. Akıncı açıklamasında “...bizler attığımız her adımın Anayasal ve hukuki zeminde olmasına dikkat etmek zorundayız. Değerli hukukçuların aldığım görüşleri vardır; birtakım kararlarda anayasal ve yasal boşluklar olduğunu söylemektedirler o nedenle bunlara hiç fırsat vermeden, halkımızın sağlığını koruyacak tedbirleri anayasal ve yasal zeminde alma kararlılığımızı sürdürmemiz gerekmektedir” demiştir. **Yenidüzen**, “Akıncı’nın Gündemi: OHAL”, 15.03.2020, İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/akincinin-gundemi-ohal-124933h.htm>, Erişim Tarihi: 16.03.2020.

<sup>50</sup> Bu nedenler: Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri (AY. Md. 124) veya Anayasa ile kurulan özgür demokratik düzeni veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri (AY. Md. 125) dir. **KKTC Anayasası** Madde 124 ve 125 olağanüstü durumlar.

<sup>51</sup> **KKTC Anayasası** Madde 124 ve 125 olağanüstü durumları, 126 ise Olağanüstü Durumlarla İlgili Düzenlemeleri, 127. Maddesi ise ayrı bir istisnai yönetim biçimi olan sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Halini düzenlemektedir.

erteleme ve mevcut Cumhurbaşkanının göreve devamına ilişkin iradesini yasa biçiminde kullanmayı tercih etmemiştir. Bizce özel geçici bir yasayla, 5/1976 Sayılı Yasa'nın cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin takvimi üzerinde değişiklik yapılabilirdi. Böyle bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı hususu ayrı bir tartışma konusu olup, bu tartışma yasama yetkisinin genelliği ve asliliği çerçevesinde ele alınabilir. Bu durumda da Anayasa'nın 146. maddesi gereğince, yasa koyucunun iradesi önceden denetim yoluyla anayasaya uygunluk denetimine de açık hale getirilebilirdi. Nitekim KKTC'de daha önce 5/1976 Sayılı Yasası'nın 11. maddesi çerçevesinde iki özel geçici yasa yapıldığı ve seçimlerin başlangıç ve bitişine ilişkin düzenleme getirildiği görülmektedir<sup>52</sup>. Bu önerimiz çalışmanın son kısmında ayrıntılı bir biçimde açıklanacaktır.

Meclis'in yasayla düzenleme yapacağı bir konuda kararla düzenleme yapması halinde de yargısal denetim söz konusu olabilir. T.C. Anayasa Mahkemesi, bir işlemin kanun adı altında kabul edilmese dahi "içeriğinde kanun hükmü değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise...metnin... kanun niteliğinde sayılarak" anayasaya uygunluk denetimine konu olabileceğini ifade etmiştir<sup>53</sup>. Anayasa Mahkemesi meclis tarafından kabul edilen bir yasama işleminin kanun adı altında yayımlanmaması ve kanun için öngörülen usule uyulmaması halinde bu işlemin hukuki nitelendirmesini kendisi yapmaktadır<sup>54</sup>. Mahkeme ayrıca yasa koyucunun karar biçiminde yapması gereken bir işlemi, kanun biçiminde yapması halinde de bu işlemi denetleyerek hukuki niteliğini kendisi belirleyebilir.

KKTC Anayasası'na göre devletin temel niteliklerinden biri hukukun üstünlüğüne dayanmasıdır. Ortada olağan dışı bir süreç olmasına rağmen, hukuk devletinde yargısal denetim yapılmasını imkânsız kılacak ya da güçleştirecek veyahut da ortadan kaldıracak şekilde<sup>55</sup> bir işlem tesis edilemez.

<sup>52</sup> Seçimin başlangıç ve oy verme günü "Cumhurbaşkanlığı ... seçimlerinde seçim döneminin sona erdiği tarihten önceki altmışıncı gün seçimin başlangıç günüdür ve seçim döneminin son gününden önceki Pazar günü oy verilir". Aynı maddenin 2. Fıkrasına göre "Cumhurbaşkanlığı seçiminde, oy verme gününde herhangi bir aday, kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu (yarıdan fazlasını) alamadığı takdirde, seçim, en çok oy alan iki aday arasında yedi gün sonraki Pazar günü" yinelenmesi öngörülmüştür. **5/1976 Sayılı Seçim ve Halk Oylaması Yasası**, m 11(1-2).

<sup>53</sup> **T.C. Anayasa Mahkemesi Kararı**, E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.02.1977.

<sup>54</sup> **Sır, Onur**: Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Tijen **Dündar Sezer**, 2010, s. 247.

<sup>55</sup> **T.C. Danıştay Kararı**, 12. Daire, E. 2008/7485, K. 2010/4338, K.T.21.09.2010.

KKTC Anayasa Mahkemesi de hukukun üstünlüğünü öngören devleti, “hukuk devleti” olarak tanımlar. Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği hukuk devletinde, “hukukun hâkim olması ve yasa koyucunun, Anayasa yanında temel hukuk ilkelerine de bağlı kalması gerekir”<sup>56</sup>. Hukukun üstünlüğüne dayanan KKTC’de bu üstünlük, bağımsız yargıyla sağlanan yargısal denetimle mümkündür. Anayasa’nın tüm düzenlemeleri eksiksiz bir yargısal denetimin yapılmasına yöneliktir ve bu denetim anayasa düzeyinde sağlanmalıdır. Buna getirilecek istisnalar ancak Anayasa’da yer alırsa hukuken bir anlam ifade eder. Anayasa’da yer alan bu istisnalar da dar yorumlanır. Belli bir alan yargısal denetim dışında değilse bunu yasa ile sağlamak söz konusu olamayacağı gibi, yorum yoluyla yaratmak da evleviyetle mümkün değildir<sup>57</sup>. Dolayısıyla yasa koyucunun kabul ettiği çalışmaya konu kararın, Anayasa’da öngörülmeleyen bir sebep ve konuya ilişkin olmasının yanı sıra, denetlenemeyen istisnai parlamento kararları içerisine dahil edilmesi de isabetsizdir. Anayasa’nın ilgili hükümleri kapsamında kararın anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda görüşünü almak üzere Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün olmalıdır. Zira KKTC Anayasa Mahkemesi anayasanın hükümleri üzerinde münhasır yorum yetkisine (md. 149) sahiptir. Denetim yetkisi yanında Mahkeme’nin bu yetkisine de başvurulmamış olması kanımızca uygun olmamıştır<sup>58</sup>.

Parlamento kararı ile halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanın seçimlerinin ertelenmesi konusundaki değerlendirmeler yukarıda aktarılmıştır. İlgili kararın denetimi konusu dışında bu husustaki çözüm önerileri konusundaki görüşlerimiz makalenin sonunda ele alınacaktır.

## II. İLGİLİ PARLAMENTO KARARININ ZARURET HALİ TEORİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cumhuriyet Meclisinin aldığı kararın, içinde bulunduğumuz “olağan dışı” durum nedeniyle “zorunlu”, hatta “makul” olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki bu tür kararların alınmasındaki zorunlu ve makul gerekçeler, yöntemin ve ortaya çıkan sonucun hukukiliğinin tartışılması zorunluluğunu ortadan

<sup>56</sup> KKTC Anayasa Mahkemesi bu kararında T.C. Anayasa Mahkemesi’nin kararına atıf yaparak bu değerlendirmeyi ortaya koymuştur. **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar Sayısı D. 5/2015, Anayasa Mahkemesi: 6/2014, (Lefkoşa Aile Dava No: 5/2011)

<sup>57</sup> **Sağlam**, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Ders Notları, s. 67 vd.

<sup>58</sup> **1985 KKTC Anayasası** Anayasanın Yorumu başlıklı 149. maddesi “Anayasa Mahkemesi, bu anayasanın herhangi bir kuralını yorumlamak münhasır yetkisine sahiptir. Bunu yaparken Anayasa ile ilgili komite raporları ile Meclis tutanaklarından da yararlanır”.

kaldırılmaz. İçinde bulunduğumuz süreç ve alınan tedbirler açısından bakıldığında, KKTC'de salgın hastalıkla mücadelede olağanüstü durum ilan edilmediğine göre, anayasal bir hukuk devletinde bu süreçteki işlemlerin olağan hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. İlgili parlamento kararının anayasal çerçevede alınmasından öte, büyük olasılıkla zorunluluk hali veya zaruret hali doktrinine (necessity law) dayandırılmış olabileceği ileri sürülmüştür<sup>59</sup>. Zaruret hali doktrini veya ilkesi Kıbrıs'ta çok yabancı olmadığı bir kavramdır<sup>60</sup>. Zira 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın hala yürürlükte olmasının dayanağı olan bu ilke, 1963'te yaşanan olayların akabinde ortaya çıkan hukuki sorunların çözümü olmuştur. 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın ve anayasal düzeninin parçası haline gelen ilke, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin devamı için gerekli "hukuki temeli" oluşturulmuş<sup>61</sup>, olağanüstü süreçlerde dünya üzerinde bazı ülkelerin yargı organlarıncada da sınırlı olarak kullanılmıştır<sup>62</sup>.

Zorunluluk doktrini ilk olarak Kıbrıs Yüksek Mahkemesi nezdinde, 10 Kasım 1964 tarihli *Kıbrıs Cumhuriyeti Başsavcılığına karşı Mustafa İbrahim ve Diğerleri (The Attorney-General of the Republic v. Mustafa İbrahim and Others)* kararında ortaya konulmuştur<sup>63</sup>. Mahkemeye göre davanın konusu

<sup>59</sup> Bu ifade başta Başbakan Yardımcısı ve Dışişleri Bakanı, aynı zamanda cumhurbaşkanı adayı olan Kudret **Özersay** tarafından ifade edilmiştir. Süreçte bazı hukukçular tarafından da aynı görüş belirtilmiştir. 7) Ekinci, Öner Mehmet: "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", Av. Serkan Mesutoğlu'nun İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Postu altında, 17-18.03.2020

<sup>60</sup> Zorunluluk ilkesi Kıbrıs için, "birbirlerini, normatif hak temelli bir anayasacılık pahasına sürdüren, "İstisnai Kıbrıs devletleri" olarak adlandırılan karmaşık ve çoklu sistemin bir parçası" olarak ifade edilmiştir. İlke, anayasa yapıcılarının öngöremediği problemleri ve cumhuriyetin varlığını tehdit eden unsurları ortadan kaldırma amacına yönelik bir çözüm olmuştur. **Trimikliotiis**, Nicos; **Demetriou**, Corina: "Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report 3", Peace Research Institute Oslo (Prio), 2012, Norway, s. 30; **Skoutaris**, Nikos, "Fact sheet on legal foundations for fiscal, economic, and monetary integration: Cyprus", The Choice for Europe Since Maastricht Salzburg Centre of European Union Studies, İnternet kaynak: <https://emuchoices.eu/wp-content/uploads/2016/08/CYPRUS.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2017, s. 2.

<sup>61</sup> **Papastylianos**, Christos: "The Cypriot Doctrine of Necessity within the Context of Emergency Discourse: How a Unique Emergency Shaped a Peculiar Type of Emergency Law", The Cyprus review, vol. 30:1 spring, 2018, s. 113-143.

<sup>62</sup> **Stavskyt**, M. Mark: "The Doctrine of State Necessity in Pakistan", Cornell International Law Journal, Cilt. 16. 1983, s. 358.

<sup>63</sup> **Cyprus Law Reports 195**, *The Attorney-General of The Republic*, Appellant, Mustafa İbrahim and Others, Respondents, (Criminal Appeals No. 2729, 2734, 2735), 1964, İnternet Kaynak: <http://www.uniset.ca/other/cs2/1964CLR195.html>, Erişim Tarihi: 21.03.2020.

olan 33 sayılı Yasa, zorunluluk ilkesinden doğmuştur. Yazılı olmayan bu ilkenin, Kıbrıs'ın yazılı Anayasa hükümleriyle birlikte okunması gerekir. Ancak karara göre ilkenin uygulanması için bazı koşulların birlikte varlığı gereklidir. Bunlar;

- Zorunlu ve karşı konulmaz bir ihtiyaç ya da istisnai bir durumun varlığı,
- Başka bir çözüm yolunun olmaması,
- Başvurulan önlemin zorunlulukla orantılı olması,
- Başvurulan önlemin geçici olması ve istisnai durum süresince sınırlı tutularak uygulanmasıdır<sup>64</sup>.

İki toplumun kopmasının ardından ortaya çıkan zorunluluk ilkesi, Kıbrıs'ta “yeni siyasal sistemin fonksiyonunu sürdürebilmesi için ülkenin temel idare prensibi” haline gelmiştir<sup>65</sup>. Stavskyt *Mustafa İbrahim ve Diğerleri* kararından hareketle dönemin Temsilciler Meclisi'nin bu ilkeyi ileri süremeyeceğini iddia etmiştir. Ona göre hükümetin, “*yasama organının anayasa-dışı önlemler getirdiğini göstermesi*” zorunludur. Nitekim ilke, hükümetin gerçek eylemleri ile olağanüstü durumlarda gerçekleştirdiği eylemleri arasındaki uçurumda önemli bir köprü vazifesi görmektedir<sup>66</sup>.

Siyasi istikrarı korumak için gerekli olan zorunluluk ilkesi, anayasanın yetki alanı dışında kalan, anayasaya aykırı ve anayasa-dışı (extraconstitutional) konuları tanımlayıp doğrulamak için kullanılır<sup>67</sup>. Özersay, Kıbrıs konusu üzerinde yapmış olduğu çalışmasında, Ortak Hukuk'un kavramı olarak kabul edilen zorunluluk ilkesinin, olağanüstü durumlarda, devletin hukuk-dışı ya da anayasa-dışı eylemlerine meşruiyet

<sup>64</sup> **Çelik Ulusoy**, Demet: “Kıbrıs'ta Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru”, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yorumu, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi Tübitak 1001 Projesi (Yürütücü: Bertil Emrah **Oder**, Danışman: Başak **Çalı**), Akademinin Sesi Kısmında Yayımlanan Makale, İnternet Erişim: <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademini-sesi/> Erişim Tarihi: 01.04.2020. *Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim* [1964] CLR 195.

<sup>65</sup> Zorunluluk doktrini 1960 Kıbrıs Anayasası'nın hala sadık bir parçasıdır, hatta anayasa bu temel üzerinde durmaktadır. Doktrin, Kıbrıs'ta yaşanmış siyasi sorunlara çözüm bulununcaya değin, “Kıbrıslı Türk ve Kıbrıslı Rumların “birlikteliğini” öngören Anayasa'nın hükümlerinin, tek taraflı olarak askıya alınmasını mümkün kılan” yargısal kaynaklı bir ilkedir. **Çelik Ulusoy**, a.g.m. s. 7, 27.

<sup>66</sup> **Stavskyt**, “The Doctrine of State Necessity in Pakistan”, s. 358.

<sup>67</sup> **Oladele**, Kayode: “The Doctrine of Necessity in Perspective”, İnternet Kaynak: <http://chatafrik.com/articles/politics/the-doctrine-of-necessity-in-perspective>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

sağlama amacını güttüğünü belirtmiştir<sup>68</sup>. Zaruret halini ileri sürenler, seçimin ertelenmesinin zorunlu bir sebebe dayanarak yapılması halinde aynı gerekçeyle de mevcut cumhurbaşkanının görev süresinin uzatılması yönünde karar alınabileceğini ifade etmişlerdir. Ancak yukarıdaki 1964 tarihli kararda, zorunluluk ilkesinin her koşulda sınırsız başvurulabilecek bir araç olmadığı ortaya konulmuştur. Anayasa-dışı bir kavram olarak ilkenin, anayasada ifade edilmemiş, metin dışı ve hukuki değerden yoksun olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa-dışı ve dolayısıyla metin-dışı bir ilke olması, maddi varoluştan yoksun ve hukuki geçerliliğin ön koşulunu yerine getirmemiş olduğunu göstermektedir. Örneğin Fransız Anayasası'nda cumhurbaşkanlığı makamının kesin olarak boşalması ve yeni seçimlere ilişkin hükmünde, zorunlu yani mücbir sebeplerin varlığı halinde seçim tarihinin Anayasa Konseyince belirleneceği açıkça düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Dolayısıyla zorunlu hallerin varlığı anayasaların kendisi tarafından öngörülmektedir. Özellikle “madden mevcut olmayan bu prensiplere, herhangi bir hukukî” değer de atfedilmemelidir<sup>70</sup>. Zorunluluk, devlet aklının belirleyicisi olarak olağanüstü durumları temelini teşkil etmektedir. Schmitt'e göre bir anlaşmazlığın varlığı halinde, neyin kamusal çıkarı ve devletin çıkarını veya neyin kamu güvenliği ve kamu düzenini oluşturduğuna siyasi iktidar karar vermektedir<sup>71</sup>. Nitekim fiilen geçersiz hale getirilen veya uygulanmayan anayasa hükümleri eşliğinde, ilke vesilesiyle yeni siyasal sisteme meşruiyet kazandırmak ve bu sistemi sürdürülebilir kılmak amaçlanır<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> **Özersay**, Kudret: “The Excuse of State Necessity and Its Implications on the Cyprus Conflict, Perceptions”, Winter, 2004–2005, s. 35.

<sup>69</sup> **Fransız Anayasası** Madde 7 “Cumhurbaşkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ya da Anayasa Konseyi tarafından belirlenen bir engelin ortaya çıkması halinde, aşağıdaki 11 ve 12'nci maddelerde öngörülenler hariç, Cumhurbaşkanının görevleri geçici olarak Senato Başkanı tarafından, onun da engelli olması halinde Hükümetçe yerine getirilir. Boşalma halinde ya da Anayasa Konseyince göreve kesin engelin varlığı beyan edilince, yeni Cumhurbaşkanı seçimi için oy verme, Anayasa Konseyince saptanacak *mücbir sebepler dışında*, boşalmanın meydana gelindiğinin ya da engelin kesin nitelikte olduğunun ilânından en az yirmi, en fazla otuz beş gün sonra yapılır”.

<sup>70</sup> Özellikle anayasaüstünlük ve anayasa-dışılık değerlendirmeleri için bkz. **Gözler**, Kemal: Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, VIII+320 s. İnternet Kaynak: [www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.htm](http://www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.htm); Erişim Tarihi: 02.04.2020.

<sup>71</sup> **Schmitt**'den aktaran, **Orhan**, Salim: “Devlet Akli Doktrini ve Modern Türkiye'ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-I Mahsusa”, DÜHFD, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, ss. 375-409, s. 391.

<sup>72</sup> Nitekim ilkenin amacı, anayasanın veya hukukun üstünlüğünün faaliyeti dışında belirli durumların yarattığı zorlukları tatmin etmektir. **Oladele**, a.g.m. s. 1.

Çalışmada ele alınan parlamento kararının gerekçesi olarak zorunluluk halinin öne sürülmesi siyasi iktidarın tercihi olup, mevcut salgın hastalıkla mücadele koşullarında yargısal bir ilke niteliğinde değildir. İlkeye, başka bir çareye başvurmak mümkün değilse başvurulması koşulu da somut olay bakımından gerçekleştiği söylenemez. Anayasa'nın belirli hükümlerinin askıya alınmasını meşrulaştırmayı amaçlayan bu ilkenin, devletin işlevini etkili bir şekilde yerine getirecek ölçüde sınırlı uygulanması gerekir<sup>73</sup>.

Olağanüstü tedbirlerin alınması gereken durumlarda, öncelikle anayasa içi çarelere başvurulmalıdır. Olağan döneme ilişkin anayasa içi çareler mevcut durumla baş etmekte yetersizse ve alınan olağan hukuki tedbirlerle salgın hastalık, savaş, doğal afet gibi durumlara müdahale edilemeyecekse istisnai yönetim biçimleri söz konusu olabilir. İstisnai yönetim biçimleri de anayasa içi çareler olarak düzenlenmiştir. İnsan haklarına dayanan bir hukuk devletinde özgürlüklerin kısıtlanması veya durdurulmasını gerektiren zorunluluklar ortaya çıkabilir. Nitekim çoğu zaman anayasalar olağanüstü durumlar bakımından hukuki bir çerçeve sunmaktadırlar<sup>74</sup>. Bu durumda da yine anayasa içinde kalarak alınan tedbirlerle istisnai dönem atlatılmaya çalışılır. Esen'e göre zaruret hali yasal ya da idari düzenlemeler yapmayı gerektirebilir ancak olağanüstü halde hükümetlerin hala daha hukuk devletinin temel ilkelerine sadık kalması gerekir<sup>75</sup>.

Olağanüstü tedbirler olağan hukuk ile açıklanamaz hale geldiyse bunların hukukiliğini anayasa-dışı kavramlarla açıklamaya başlarız ki bu hukuk güvenliğini temelinden sarsar. Bir işlem hukuka uygun olabilir ancak ihtiyaca tam olarak uygun olmayabilir. "Mahkemeler hukuka aykırı olmayan bir işlemi, faydalı veya yerinde görmediğinden bahisle iptal edemez"<sup>76</sup> ancak ihtiyaca uygun olduğuna şüphe bulunmayan bir işlemi hukuka aykırı olduğu

<sup>73</sup> Normal koşullara dönülünceye kadar, Anayasanın lafzına aykırı olmasına rağmen, devletin temel görevlerini yerine getirebilmesi ve devletin çöküşünün önlenmesi için Hükümetin gerekli olan istisnai tedbirleri almak zorunda olması da bu ilkenin kullanılmasını meşrulaştırmaya çalışan gerekçelerdir.

<sup>74</sup> **Evrans Topuzkanamış**, Şafak: "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş **Tezcan**'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1767-1793, s. 1780.

<sup>75</sup> **Esen**, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 26.

<sup>76</sup> **Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü, 4. Baskı, Konya 2011, s. 11'den aktaran **Tetik**, Ahmet Talha: "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S. 2, 2017, ss. 249-276, s. 260.

gerekçesiyle iptal edebilirler. Olağanüstü durum ve yönetim usulleri<sup>77</sup> KKTC Anayasası'nda da düzenlenmiştir. Bu tür durumları anayasa-dışı kavramlarla gerekçelendirmek, anayasal hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmaz. Aksi halde bu çalışmada ifade ettiğimiz gibi anayasa içinde açıklayamadığımız işlemlerle karşı karşıya kalabiliriz. Bu çerçevede somut olayı, KKTC Anayasası'nda cumhurbaşkanlığı makamının boşalmış sayılması halleri ile Cumhurbaşkanına vekalet ilkeleri üzerinden inceleyerek ele almamız uygun olacaktır.

### **III. KKTC ANAYASASINA GÖRE CUMHURBAŞKANLIĞI MAKAMININ BOŞALMASI**

Yaklaşan cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesine ilişkin süreçte, Cumhurbaşkanı'nın makamının boşalmış sayılması ve yetkilerinin vekalet yoluyla Meclis Başkanı tarafından kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu olguları, Anayasadaki düzenlenişlerini de göz önünde bulundurarak sırasıyla incelemek gerekir. Öncelikle şu hususu ifade edelim; KKTC Anayasası'nda cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halleri ile makama vekâlet, T.C. Anayasalarından farklı olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Dolayısıyla cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halleri ile makama vekalet ilkelerinin hukuki çerçevesi iç içe geçmiş değildir.

KKTC Anayasası'nın "Cumhurbaşkanlığının Boşalması" başlıklı maddesinde (md. 104);

- (1) Cumhurbaşkanlığı, ölüm veya geçici olanların dışında görev başında bulunamama halinde veya Yüksek Mahkeme Başkanlığına gönderilen yazılı istifa ile boşalır.
- (2) Cumhurbaşkanının sağlık nedeni ile görevini devamlı olarak yapamayacak bir duruma gelmesi halinde, Bakanlar Kurulu, durumu Yüksek Mahkeme Başkanlığına bildirir. Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanının görevini devamlı olarak yapamayacağına karar verirse, Cumhurbaşkanlığı boşalmış sayılır.
- (3) Cumhurbaşkanlığı boşaldığında, boşalma tarihinden başlayarak kırk beş günü geçmeyen bir süre içinde yapılacak seçimle Cumhurbaşkanlığı doldurulur" hükmü düzenlenmiştir.

<sup>77</sup> Olağanüstü durumlar, anayasaya uygun ilanı bakımından hukuk dışı olmadığı gibi, bizatihi hukuk içinde, sınırları ve çerçevesi çizilmiş, hukuken gerekçelendirilebilen ve açıklanabilir bir dönemi işaret eder.



Bunun dışında Anayasa’da ayrıca “Cumhurbaşkanlığına Vekillik Etme” başlığıyla makama vekâlete ilişkin ilkeler (md. 105) düzenlemiştir. Bu konu bir sonraki başlıkta ele alınacaktır<sup>78</sup>. Hemen ilk başta belirtmek gerekir ki T.C. Anayasalarında cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halleri tahdidi olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla 1982 Anayasası’nda belirtilmemiş başka durumların da makamın boşalması halleri içerisine girebileceği doktrinde yaygın bir biçimde kabul edilmiştir. Bu görüşlerin dayanağı, T.C. Anayasalarında cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hallerinin, sadece cumhurbaşkanına vekalet ilkeleri çerçevesinde düzenlenmiş olmasıdır. Örneğin değişmeden önceki 1982 Anayasası (md. 102) uyarınca, 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in yedi yıllık görev süresi dolmuş ve yeni bir cumhurbaşkanı seçilememiştir. Dönemin Meclis Başkanı bu durumun cumhurbaşkanlığı makamının boşalmış sayılması anlamına geldiğini ve göreve kendisinin vekalet etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Meclis Başkanı’nın gerekçesi Anayasa’nın 106. maddesinde geçen cumhurbaşkanlığı makamının “başka bir sebeple” boşalması halidir. Bu konuda birçok tartışma yapılmış<sup>79</sup>, Cumhurbaşkanı’na Meclis Başkanı’nın vekâlet edecek olmasının başka sorunlar yaratabileceği üzerinde de durulmuştur<sup>80</sup>.

T.C. 1982 Anayasası 2017 yılında değişmeden önce “Cumhurbaşkanına vekillik etme”<sup>81</sup> başlıklı maddeden hareketle boşalma halleri saptanmak-

<sup>78</sup> Bu başlık içerisinde vekaletle ilişkin bazı değerlendirmeler kaçınılmaz olarak sunulacağından Anayasa’nın 105. maddesini belirtmek gerekir. Madde 105 “(1) Cumhurbaşkanının hastalık veya yurt dışına çıkma gibi nedenlerle geçici olarak görevinden ayrılması halinde, görevine dönünceye kadar, herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığına vekillik eder. (2) Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığına vekillik ettiği süre içinde, bu Anayasanın 88. maddesinde sayılan yetkileri kullanamaz”.

<sup>79</sup> **Göncüç**, Levent: “Cumhurbaşkanı’nın Görev Süresinin Dolması ve Cumhurbaşkanına Vekalet”, İnternet Adresi: [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb\\_vekalet.pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb_vekalet.pdf), Erişim tarihi, 05.04.2020.

<sup>80</sup> **Ergül**, Ozan: “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Dolması ve Cumhurbaşkanına Vekâlete İlişkin Diğer Sorunlar”, İnternet Adresi: [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb\\_vekalet\\_diger.pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb_vekalet_diger.pdf), Erişim tarihi, 05.04.2020. **Özkul**, a.g.e. s. 54.

<sup>81</sup> **T.C. 1982 Anayasası** 2017 yılında değişmeden önce cumhurbaşkanlığı makamın boşalmasına ilişkin ayrı bir düzenleme yerine “Cumhurbaşkanına vekillik etme” başlıklı 106. Maddede vekaletin Meclis Başkanı tarafından edileceği belirtilmişti. T.C. 1982 Anayasası değişmeden önceki Anayasa’nın 106’ncı maddesi, Cumhurbaşkanlığı makamının kesin olarak boşalması sebebi olarak “çekilme”, “ölüm” durumunu örnek olarak gösterdiği ve “veya başka bir sebeple” ifadesinden hareketle cumhurbaşkanlığı makamının kesin olarak boşalmasını sınırlanmadığı ifade edilir. Madde 106. Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması

taydı. Buna göre Anayasa'da sürekli görevini yerine getirilmemesi halleri; ölüm, çekilme ve maddedeki “veya başka bir sebeple” ibaresinden hareketle üç tanedir. En sonda belirtilen veya başka sebeple ifadesi, Cumhurbaşkanının görevini sürekli yerine getirememesine yol açan başka durumların da olabileceğini göstermektedir. Cumhurbaşkanının geçici olarak görevinden ayrılması halleri ise; hastalık, yurtdışına çıkmak ve yine aynı maddede geçen “gibi sebeplerle” ibaresinden hareketle üç tanedir. Bu hallerin de maddedeki gibi sebeplerle ifadesinden hareketle sınırlı olmadığı açıktır<sup>82</sup>. Ancak KKTC Anayasası'nda cumhurbaşkanlığı makamının nasıl boşalacağı bu örneklerden farklı olarak açıkça tanımlanmış ve yukarıda ifade edilen bu boşalma halleri içerisinde T.C. Anayasalarında olduğu gibi “herhangi bir sebeple” veya “gibi” şeklinde muğlak veya geniş yorumlanmaya imkân sağlayan ifadeler kullanılmamıştır.

Bu genel çerçeveyi ifade ettikten sonra cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hallerini tespit etmek uygun olacaktır. KKTC Anayasası'na göre cumhurbaşkanlığı makamının hangi hallerde boşalmış sayılacağı ilkeleri (md. 104) oldukça açıktır. Buna göre boşalma hallerini “sürekli” ve “geçici” olarak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Cumhurbaşkanlığının “*sürekli boşalması halleri*”; ölüm, istifa, sağlık nedeni ile görevini devamlı olarak yapamayacak bir duruma gelmesi ve vatana ihanet suçlamasıyla Yüce Divanda yargılanarak mahkûm edilmesidir. Makamın sürekli boşalması halleri, seçim yoluyla makamın doldurulmasını gerektirir. Cumhurbaşkanlığının “*geçici boşalması halleri*” ise; hastalık, yurt dışına çıkma ve Cumhuriyet Meclisi tarafından vatana ihanet suçlamasıyla Cumhurbaşkanının Yüce Divanâ sevk edilmesidir.

Görüldüğü üzere Anayasa'da cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halleri sayılmış ve bu halleri genişletebilecek bir yoruma imkân tanınmamıştır. Dolayısıyla 104. maddede sayılan makamın boşalmasına ilişkin haller

---

hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.

<sup>82</sup> Burada ifade edilen başka durumların, cumhurbaşkanının vatana ihanet ile suçlanması ve Cumhurbaşkanının mahkûmiyeti, görevini yerine getirmesine engel bir hastalığa yakalanması da makamının kesin olarak boşalmasının kabulü gerekmektedir. **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 17. Basım, s. 317 vd.; **Özkul**, a.g.e s. 51; **Ural**, Yurdanur: Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Konumu ve Yetkilerine İlişkin Tartışma ve Öneriler Üzerine Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2008, s. 55 vd., 85.

tahdididir. Anayasa'daki bu sınırlı saymaya ek olarak başka bir boşalma hali, yine Anayasa'nın başka bir hükmünde belirtilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu ve sorumluluğuna ilişkin maddede (md. 103) "Cumhuriyet Meclisinin suçlama kararı üzerine, Cumhurbaşkanı görevine devam edemez. Bu takdirde, 105. madde kuralları uygulanır" hükmü (md. 103/4) ile Cumhurbaşkanı'nın suçlama kararı üzerine makamının geçici olarak boşalacağı ve Anayasa'daki vekâlete ilişkin (md. 105) atfla yerine Meclis Başkanı'nın vekalet edeceği öngörülmüştür. Bu kapsamda dahi vekalet, Cumhurbaşkanı aklanıncaya kadar mümkün olacaktır. Aynı hükümde Cumhurbaşkanı'nın yargılanıp suçlu bulunması yani "Yüce Divanın suçlamayı yerinde görmesi halinde" cumhurbaşkanlığı görevinin sona ereceği; suçlu bulunmazsa görevine yeniden döneceği belirtilmiştir<sup>83</sup>. Makamın sürekli boşalması hallerinden biri olarak Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divanda suçlu bulunması halinde yeni seçimlerin yapılması gerektiği açıktır. Bu durumda Anayasa gereği (md. 105/1) "herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar" Meclis Başkanı'nın vekaleti söz konusu olacaktır.

Kamuoyundaki tartışmalarda<sup>84</sup>, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olduğu ve bu süre dolduktan sonra makamın otomatik olarak boşalmış sayılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre Anayasa'da takip edilebilecek (md. 105 f. 1) doğal bir takvim vardır. Cumhurbaşkanlığı makamı boşaldığı tarihten itibaren "kırk beş günü geçmeyen bir süre içinde yapılacak seçimle" (md. 104 f. 3) makam doldurulacak, böylelikle seçimler 10 Haziran 2020 tarihine ertelenebilecektir<sup>85</sup>. Ancak burada, açıkça cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hallerini düzenleyen 104. madde karşısında, hangi biçimde makamın boşalmış sayılacağı ve bunun uygula-

<sup>83</sup> **KKTC Anayasası** Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu ve Sorumluluğu başlıklı Madde 103: (1) Cumhurbaşkanı, görevleri ile ilgili işlemlerinden sorumlu değildir. Cumhurbaşkanı ile birlikte imzalanan kararnamelerden, imzası bulunan başbakan ve ilgili bakanlar sorumludur. (2) Cumhuriyet Meclisi, Cumhurbaşkanı'nı vatan hainliğinden dolayı, üye tamsayısının en az üçte ikisinin vereceği kararla suçlayabilir. (3) Cumhurbaşkanı Yüce Divanda yargılanır. Yüce Divanın suçlamayı yerinde görmesi halinde Cumhurbaşkanlığı görevi sona erer; suçlu bulunmazsa, görevine yeniden döner. (4) Cumhuriyet Meclisinin suçlama kararı üzerine, Cumhurbaşkanı görevine devam edemez. Bu takdirde, 105. madde kuralları uygulanır. (5) Cumhurbaşkanı makamının manevi kişiliği tahkir edilemez".

<sup>84</sup> **Mesutoğlu**, Serkan: "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Post. 18.03.2020.

<sup>85</sup> **Mesutoğlu**, Serkan: "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", İnternet Üzerinden Facebook Post, 17-18.03.2020.

masının nasıl yapılacağı belirsizdir. Ayrıca makamın boşalmasında sonraki işlemlerde de örneğin YSK'nın makamın boşalmış sayılmasına kadar ki seçim takvimini nasıl yürüteceği veya takvim uyarınca gerçekleştirmekte olduğu seçim çalışmalarını hangi gerekçeyle durduracağı belirsizlikleri gündeme gelebilir. Nitekim çalışmaya konu parlamento kararının alındığı süreçte, YSK'nın hazırladığı seçim takvimi, 5/1976 Sayılı Yasa gereğince yürürlükteydi. Daha sonra YSK 5 Numaralı Kararı'nı yayımlayarak seçim çalışmalarını durdurmuştur. Bu Karar'ın dayanağı Cumhuriyet Meclisi'nin seçimlerin ertelenmesine ilişkin kabul ettiği parlamento kararıdır.

İleri sürülen bu görüşlerin geçerliği için, Anayasa'da cumhurbaşkanlığı makamı için otomatik bir boşalma hali söz konusu olmalıdır. Böylesi bir düzenleme olmadığından yorum yoluyla da bu sonuca ulaşmak güçtür. Somut olayın öznel koşullarında makamın boşalmış sayılabilmesi kendiliğinden olmayacaktır. Bunun için ya Cumhurbaşkanı'nın kendisinin makamını boşaltması veya "görevi başında bulunamama"sı veyahut da cumhurbaşkanlığı makamının boşalmış sayılmasına ilişkin Cumhuriyet Meclisi'nin bir karar alması gerekecektir. Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmış sayılacağına ilişkin bir karar, kapsam itibarıyla genel nitelikli<sup>86</sup> parlamento kararlarından biri olarak kabul edilecek, yasaların ilanı gibi işlem görecektir (AY. md. 95/2)<sup>87</sup>. Ancak Meclisin böyle bir karar alması, halen görevde olan bir Cumhurbaşkanı'nın makamını boşaltmasını gerektirmeyeceği<sup>88</sup> gibi, Anayasa'da belirtilen (md. 104 ve 103) boşalma hallerini karşılamadığından hukuka aykırı olacaktır.

Diğer bir olasılık olarak Cumhurbaşkanı'nın kendisinin görevinden ayrılmasıdır. Bu durumda da Anayasa'da açıkça düzenlenen istifa ile makamın boşalması gerçekleşmiş olur. Ancak mevcut Cumhurbaşkanının fiilen göreve devam ettiği ve seçimlerde ikinci dönem için aday olduğu düşünülürse makamın boşalması halinin bu şekilde mümkün olmayacağı açıktır. Burada bir örnek olarak T.C. 6. Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk aktarılabilir. Korutürk'ün görev süresi olan yedi yıl sona erdiği halde yeni cumhurbaşkanı

<sup>86</sup> Bu durumda da yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına gönderilir. Mevcut Cumhurbaşkanının görevde olmayacağını düşünürsek kararı vekalet eden Meclis Başkanı yayımlayacaktır. Öznel koşullar üzerinden değerlendirecek olursak, Meclis Başkanı'nın kararı önceden denetimi yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi önüne götürmesi ihtimali bulunmamaktadır. **KKTC Anayasası** 95. maddenin 1. fıkrası kapsamının "dışında kalan genel nitelikli Meclis kararlarının ilanı, yasaların ilanı gibi işlem görür".

<sup>87</sup> Son bölümde genel nitelikli kararlara ilişkin biraz daha detaylı bilgi sunulmuştur.

<sup>88</sup> **KKTC Anayasası** Mecliste yasa ve karar önermeye, Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir (md. 89).

seçilememiş, Cumhurbaşkanı makamını kendiliğinden boşaltarak yerine Cumhuriyet Senatosu Başkanı'nın vekaleti söz konusu olmuştur<sup>89</sup>. Somut olayda makamın boşlamış sayılması için Cumhurbaşkanı'nın istifa iradesinin varlığı gerekmektedir.

Anayasa'nın 104. maddesinde geçen geçici olanlar dışında "görev başında bulunamama" ifadesi de (f.1) somut olaya ilişkin olarak yorumlanmalıdır. Kanımızca bu ifadenin, Cumhurbaşkanının kendi iradesi dışında sürekli olarak görevi başında bulunamamasını belirttiği açıktır. Zira aynı maddede (md. 104/2) Cumhurbaşkanı'nın "sağlık nedeni ile görevini devamlı olarak yapamayacak" olması belirtilmiş olup bu fıkradaki husus, görevi başında "bulunamama" hallerinden farklıdır. Görev başında bulunamama halleri; Cumhurbaşkanının görevini sağlık nedeniyle sürekli yapamaması (md. 104/2) ve Yüce Divana sevki sonucunda mahkumiyeti (md. 103) olabilir. Bu maddede yapılabilecek tek yorum sürekli "görev başında bulunamama" haline, devlet başkanın iradesi dışında kaçırılma, kaybolma gibi hallerin de dahil edilip edilmeyeceğidir. Anayasa "sağlık nedeni ile görevini devamlı olarak" yapamamayı düzenlediğinden (md. 104/2) görev başında bulunamamayı dar yorumlamak gerekir. Kanımızca Cumhurbaşkanı'nın sürekli hastalık nedeniyle görevini sürdürememesi yanında (md. 104/2), başka bir görev başında bulunamama hali söz konusu olacaksa, bu durumun makamın boşalması sonucunu doğurmasına diğer koşullarla birlikte Anayasa Mahkemesi karar vermelidir<sup>90</sup>. Sonuç olarak Cumhurbaşkanı'nın ölümü, sağlık nedeniyle sürekli olarak görev başında bulunamaması, istifası, Yüce Divana sevki, yurt dışında olması, geçici hastalığı veya mahkumiyeti söz konusu olmadıkça makamın boşalmış sayılması mümkün olmayacaktır.

<sup>89</sup> **Özkul**, Fatih: 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Anayasa Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 53.

<sup>90</sup> Örneğin T.C. 1961 Anayasası yürürlükteyken, dönemin Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in hastalığı sebebiyle görevini yapamaması söz konusu olmuştur. Anayasa'da bu hususta açık hüküm bulunmadığından, Hükümetin talebiyle, Cumhurbaşkanının sağlık raporu doğrultusunda TBMM'den, Cumhurbaşkanlığı seçiminin yapılmasını istemiş ve Cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığına karar verilerek aynı gün yeni Cumhurbaşkanı seçilmiştir. **T.C. 1961 Anayasa** madde 100 "Cumhurbaşkanına Vekillik Etme" başlığıyla "Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, görevine dönmesine kadar; ölüm, çekilme veya başka bir sebeple Cumhurbaşkanı makamının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Cumhuriyet senatosu Başkanı Cumhurbaşkanlığına vekillik eder" hükmünü düzenlemiştir. **Özkul**, a.g.e. s. 51, 55-56.

Anayasa'da sayılan makamın boşalması halleri açıktır. KKTC Yüksek İdare Mahkemesi önündeki bir davada Yüksek Adliye Kurulu üyeliğine ilişkin makamın boşalması konusunda şu tespitleri yapmaktadır. "35/85 sayılı Yüksek Adliye Kurulu Yasasının 3. maddesi ... Yüksek Adliye Kurulu üyeliğinin hangi hallerde boşalacağını ve nasıl doldurulacağını hükme bağlamaktadır". Mahkemeye göre maddede "Boşalma ancak istifa, ölüm veya görevi sürekli olarak engelleyici nitelikte hastalık" hallerinde üyeliğin boşalmasının söz konusu olacağı, "bunun dışında üyeliğin boşalmasının hukuken mümkün olmadığı" belirtilmiştir. Kanımızca Anayasa'nın 104. maddesindeki makamın boşalmasına ilişkin hükümler de burada ifade edildiği gibi yorumlanmalıdır<sup>91</sup>.

Kaldı ki KKTC Anayasa Mahkemesi kararlarında, diğer yorum türleri dışında, genellikle ve öncelikle metinselcilik<sup>92</sup> yaklaşımını benimsemektedir. Örneğin anayasaya uygunluk denetiminde Mahkeme'ye göre ilk olarak<sup>93</sup> olaya konu "maddenin lafzından ... ne anlaşılması gerektiği" ortaya konulmalıdır. Daha sonra, "Anayasa'nın diğer maddeleri ile ilgili madde karşılaştırılmalı" ve maddelerin birbiri ile uyumu söz konusu ise ortaya çıkan lafzı yorum uyarınca ilgili düzenlemenin Anayasaya uygunluğu ele alınmalıdır". Mahkemeye göre maddelerin karşılaştırılmasında çelişen durumların varlığı söz konusu ise ikinci yorum kuralına geçilmeli ve konu Anayasanın ruhu doğrultusunda ele alınmalıdır<sup>94</sup>. Dolayısıyla Mahkeme, makamın boşal-

<sup>91</sup> İlgili 35/85 sayılı Yasa'nın 3. maddesi şöyledir: "Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisi tarafından atanan üyelerden birinin veya Barolar Birliğinin seçeceği üyenin istifası, ölümü veya görevini sürekli olarak yapmasını engelleyecek akli veya bedensel bir rahatsızlığı olması halinde, ilgili makam veya organ tarafından, böyle bir üyenin yerine; bir ay içinde yenisi atanır veya seçilir". **KKTC Yüksek İdare Mahkemesi**, Karar Sayısı D.14/05, YİM: 99/2005, K.T. 29 Haziran 2005, s. 16-17. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3050>, Erişim Tarihi: 15.04.2020.

<sup>92</sup> Metinselcilik (lafzi yorum) ve diğer yorum türleri için bkz. **Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 5. Baskı, 2008, s. 213 vd.

<sup>93</sup> Mahkeme kararda ele aldığı somut olayı yukarıda aktarılan "hukuki esaslara bağlı olarak incelediği"ni ifade etmektedir. Mahkeme yukarıda verilen kısma "Kural olarak bir düzenlemenin Anayasaya uygunluğunun denetimi sırasında yapılacak ilk işlem, düzenleme konusu ile ilgili bir Anayasa maddesi olup olmadığının tespitidir. Böyle bir maddenin varlığı halinde..." biçiminde başlamaktadır.

<sup>94</sup> KKTC Anayasa Mahkemesi Kararı'nda yapılan bu atıf, Sadullah Özel'in Mülkiyet Kamulaştırma ve Gerçek Karşılık Hakkı kitabının 76. sayfasına atıfla T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınlarından yayımlanan Birgül Yiğit'in İmar Hukukundan Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sınırlandırılmaları, Özelinde Türk Hukuk Sistemi İçinde Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Esaslar çalışmasından alınmıştır. Karar için bkz. **KKTC Anayasa Mahkemesi Kararı**, Sayı D. 5/2018, Anayasa Mahkemesi: 5/2017, (YİM No: 246/2015), 11 Aralık 2018, s. 20.

ması halleri ve vekaletle ilişkin ilkeleri, kamuoyunda ileri sürülen görüşlerde olduğu gibi geniş yorumlamayı tercih etmeyecektir. Makamın boşalmış sayılmasına ilişkin haller bu kadar açıkken, makamında kalmaya devam etme iradesi olan bir Cumhurbaşkanı'nın makamının boşaltılmasının istenmesi, başkaca siyasi krizlere gebe olma potansiyelini taşır. Devlet başkanlığı konusunda halkın desteğini almış demokratik meşruiyeti olan ve yeniden adaylığını açıklayan Cumhurbaşkanı yerine vekaleten Meclis Başkanı getirilmesi bu demokratik meşruiyet tartışmasını beraberinde getirir.

Mevcut cumhurbaşkanının görev süresi dolduğunda ve seçim gerçekleşmediğinde, makamın nasıl doldurulacağı sorunu tartışmalı noktalardan biri olmuştur. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi dolduğundan makamı doldurmaya devam edemeyeceği, Meclis Başkanı'nın makama vekâletinin söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Anayasa'da, cumhurbaşkanlığı seçiminin yapılamaması halinde, makamın boşlamış sayılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakta ancak hemen her<sup>95</sup> organ ve makamın<sup>96</sup>, yenisi seçilinceye kadar eskisinin görevde kalacağı yönünde hükümler bulunmaktadır<sup>97</sup>. Cumhurbaşkanlığı makamı içinse görevin ve idarenin devamlılığı açısından boşalma ve vekalet ilkeleri öngörülmüştür. Buradan hareketle cumhurbaşkanlığı makamının sürekli olarak boşalması halleri ortaya çıktığında, "yenisi seçilinceye kadar" vekalet söz konusu olacaktır. Vekalet, boşalma hali ile devreye gireceğinden, bunun 104. madde çerçevesinde tespit edilmesi gerekir. Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasıyla vekaletin gündeme geleceği durumlar ise Anayasadan hareketle ortaya konulabilir.

#### IV. KKTC ANAYASASINA GÖRE CUMHURBAŞKANLIĞI MAKAMINA VEKALET VE VEKİLİN KULLANABİLECEĞİ YETKİLER

Cumhurbaşkanına, Meclis Başkanı'nın vekalet edip edemeyeceği tartışması yanında, vekalet edebilecek olması halinde kullanacağı yetkiler ve vekillik ilkeleri de tartışılmıştır. Bu nedenle her iki konuyu kısaca ele almak gerekir.

<sup>95</sup> **1985 KKTC Anayasası** madde 79(3)'e göre; yenilenmesine karar verilen meclis, yeni meclis seçilene kadar görevdedir ve yetkilidir. Yine Anayasa'nın 84. maddesinin (3) fıkrasına göre yasama yılının ikinci devresinde meclis başkanı seçilinceye kadar eskisinin görevi devam eder. Aynı şekilde Anayasa'nın madde 106(6)'ya göre yeni bakanlar kurulu atanıncaya kadar mevcut görevine devam eder.

<sup>96</sup> Özellikle parlamentonun yenisi seçilinceye kadar eskisinin devamının öngörülmesi meclisin devamlılığı, istinrarı açısından önemlidir.

<sup>97</sup> **Mesutoğlu**, "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında".

## **1. Cumhurbaşkanlığı Makamına Vekalet İlkeleri**

Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasıyla doğal olarak vekalet kurumu ortaya çıkmaktadır. Devletin başsız kalmaması, idarenin sürekliliği gereğince vekalet ile makamın geçici olarak doldurulması esastır. Nitekim halk tarafından devletin başı sıfatıyla seçilmiş bir devlet başkanının yerine o sığata haiz olmayan birinin vekaleti kanımızca çok geniş yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla vekalet doğası gereği “geçici” ve “belirli bir süre için” söz konusu olacaktır. Anayasa'nın “Cumhurbaşkanlığına Vekillik Etme” (md. 105) başlığıyla makama vekâlet ilkeleri ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre;

- “(1) Cumhurbaşkanının hastalık veya yurt dışına çıkma gibi nedenlerle geçici olarak görevinden ayrılması halinde, görevine dönüncye kadar, herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığına vekillik eder.
- (2) Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığına vekillik ettiği süre içinde, bu Anayasanın 88. maddesinde sayılan yetkileri kullanamaz”.

Maddeye göre vekalet ilkelerini de iki biçimde ortaya koymak gerekir. Birincisi “belirli bir süre için geçici vekalet”, ikincisi ise “yenisi seçilinceye kadar vekalet”dir. Vekaletin “belirli bir süre için geçici” olmasına ilişkin haller; Cumhurbaşkanı'nın görevine dönebilecek bir hastalığı olması, yurt dışına çıkması ve vatan ihanet suçlamasıyla Yüce Divanâ sevk edilmesidir. İkincisi yani Cumhurbaşkanı makamına “yenisi seçilinceye kadar geçici” vekaletle ilişkin haller ise; ölüm, istifa, görevinin başında bulunmayacak derecede hastalığı olması, Yüce Divan'da yargılanarak mahkûm edilmesidir. Cumhurbaşkanı'nın makamına “yenisi seçilinceye kadar geçici vekalet” hallerinde dahi vekalet uzun süreli düşünülmemiştir. Bu durumda vekil geçicidir ve görevde, “boşalma tarihinden başlayarak kırk beş günü geçmeyen bir süre içinde yapılacak seçimle” (md. 104/3) doldurulana kadar kalabilir. Bu süre vekalet değil boşalma tarihinden başlar. Dolayısıyla bu hallerde yeni seçimlerin yapılması söz konusudur.

Kamuoyundaki tartışmalarda, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na vekâlete ilişkin hükmünde geçen (md. 105/1) “herhangi bir nedenle” ifadesinden hareketle, cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hallerinin Anayasa'da



(md. 104/1) sayılanlarla sınırlı tutulamayacağı iddia edilmiştir<sup>98</sup>. İddiaya göre cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenebilmesi sorununun çözümü, makama vekaletle ilişkin maddede (md.105/1) geçen “herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar” ifadesindedir. Bu bakımdan seçim yapılanı kadar makama Meclisi Başkanı’nın vekillik etmesi gerekir<sup>99</sup>. Buna göre, cumhurbaşkanlığı makamının md. 104/1’de geçen sınırlı hallerle bağlı olarak boşalması söz konusu olsaydı, 105. maddede “herhangi bir nedenle” gibi geniş bir yorumla neden olacak kavrama gerek duyulmayacaktı. Dolayısıyla bu ifade geniş yorumlanarak, makamın boşalması hallerinin Anayasa’da sayılanla sınırlı olmadığı, başka durumların da bu haller içerisinde olacağı sonucuna varılmaktadır.

Ancak cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına ilişkin haller, yukarıda açıklandığı gibi Anayasa’da (md. 104 ve 103) tahdidi olarak sayıldığından genişletilemez. Olayda da makamının boşalması hali söz konusu olmadığından ortaya atılan çözüm, Anayasa’nın vekaleti öngören 105. maddesinin doğrudan uygulanmasıdır. Ne var ki anayasa kuralının yasalar gibi doğrudan uygulanabilmesi için; “bu alanda yasa bulunmaması” ve ilgili “Anayasa kuralının ayrıca bir uygulama yapamaya gerek olmayacak biçimde açık, kesin ve ayrıntılı bir kural” olması gerekir. Vekaletle ilişkin madde (md. 105) somut olaya ilişkin özel düzenleme olarak kabul edilirse, doğrudan uygulanması söz konusu olabilir. Ancak vekaletle ilişkin bu madde, açıkça cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına atıf yaptığından tek başına doğrudan uygulanamaz niteliktedir. Kısaca konuya ilişkin bir yasa yoksa, anayasa kuralı yeterince açık ve ayrıntılı ise ancak doğrudan uygulanabilir<sup>100</sup>. Dolayısıyla 105. madde ve burada geçen “herhangi bir nedenle” ifadesi yeterince açık ve kesin nitelikte olmadığından somut olaya da doğrudan uygulanması uygun değildir.

Anayasa’nın vekaletle ilişkin hükmündeki (md.105/1) “herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar”

<sup>98</sup> **Mesutoğlu** bu argümanını özetle şu şekilde açıklamaktadır: “Bu hususta ileri sürülen görüşlerde makamın boşalmış sayılması hallerinin geniş yorumlanarak iki tip boşalma olabileceği ileri sürülmüş, bunlardan ilki “görev süresi bitmeden çeşitli sebeplerle” boşalma hali ve ikincisi ise “görevi süresi bitince oluşan” boşalma halidir”. **Mesutoğlu**, “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”.

<sup>99</sup> **Mesutoğlu**, “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”, İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Post. Hukukçu Mehmet Öner **Ekinci** aynı yönde görüşünü ilgili post içerisinde paylaşmıştır.

<sup>100</sup> **Özay** İl Han: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002. ss. 275-286, s. 282. **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 23. Baskı, 2019, İstanbul, s. 193 vd.

ifadesi, yeni seçimlere gidilmesini öngörmektedir. Bu durum da yukarıda açıkladığımız gibi, cumhurbaşkanlığı makamının “sürekli” boşalmış sayılması hallerini kapsamaktadır. Bu haller ise 104. maddede geçen ölüm, görev başında bulunamama, istifa ve 103. maddede belirtilen Yüce Divan’da vatana ihanetten mahkûm olmasıdır. Anayasadaki boşalma hallerine ilişkin bu hükümlerde de “gibi”<sup>101</sup>, “herhangi” vb. ifadeler yer almadığından yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Zira Anayasa cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hallerini vekalet ilkelerinden bağımsız olarak açıkça (md. 104 ve md. 103) belirtmiştir.

Ayrıca muğlak anayasal düzenlemeler, devletin çeşitli kuvvetleri arasında gerilim yaratabilir, devlet kurumlarının meşruiyetlerini ve etkinliklerini sarsacak bir çatışmaya sebep olabilirler<sup>102</sup>. Anayasa’nın vekaletle ilişkin hükümleri de makamın boşalmasına ilişkin hükümler de açıktır. Başkan halk tarafından seçildiğinden makamın yine seçim yoluyla değişmesi esas olmalıdır. Devlet başkanlarının göreve halk tarafından getirildiği düşünülürse, makamın boşalması ve vekalet ilkelerinin olabildiğince geniş yorumundan kaçınılmalıdır.

Somut olayda vekaletle ilişkin ilkelerin uygulanması, yukarıda açıklandığı gibi birkaç açıdan mümkün görünmemektedir. Ayrıca yorum ilkeleri açısından bakıldığında, cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasını Anayasa’nın 104. maddesinde ve 103. maddesinde ayrıca ve açıkça benimsemiştir. Dolayısıyla bu maddelerde sayılan haller “numerus clausus” yani tahdidi<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Örneğin T.C. Anayasası’nın milletvekili seçilme yeterliğine ilişkin 76’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında da “...gibi yüz kırtarıcı suçlarla...” ifadesi geçmektedir. Bu ifadenin geniş yorumlanması halinde hangi suçların bu kapsama girebileceği konusunda takdirini de yargı organlarına bırakılacaktır. Bu nedenle buradaki “gibi” sözcüğünün T.C. Yüksek Seçim Kurulunca dar yorumlanması ve maddede sayılı olanlarla sınırlı olması gerektiği yönünde kararı bulunmaktadır. **T.C. YSK Kararı**, Karar No: 76, k.t. 12.2.1985. YSK Kararı 1997/185. Ayrıca bkz. **İzmir**, Gökalp: “Milletvekilliği Seçilme Yeterliliği ve Bu Sıfatın Kazanılması”, *Yasama Dergisi*, 2011, 51-116, s. 82, 84. İnternet Kaynak: [http://www.yasader.org/web/yasama\\_dergisi/2011/sayi18/51-116.pdf](http://www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2011/sayi18/51-116.pdf), Erişim Tarihi: 12.04.2020.

<sup>102</sup> **Lerner**, Hanna, “Constitution Writing in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach”, *Nations and Nationalism*, January 2010, Vol. 16, Iss. 1, pp. 68-88. Çeviren: **Çağ**, Burak, **Eren Koç**, Elif: “Derinden Bölünmüş Toplumlarda Anayasa Yazımı: Aşamalı Yaklaşım”, *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 1, ss. 485-504, 2015, s. 499.

<sup>103</sup> **TDK** Güncel Türkçe Sözlük, *Tahdit*: Sınırlama, çevreleme, çevresini daraltma anlamına gelir. *Tadat* ise: Sayma, sayım anlamına gelir. Hukuken *tahdidi* kelimesi sınırlama, belirtilenlerle, sayılanlarla sınırlı anlamında kullanılır. *Tahdidi hükümler* ise düzenlenen hukuksal kurumların veya olayların sayılarının sınırlandırılarak sayılmasını ifade eder. Tahdidi hükümde (yasa veya diğer hukuk kuralları) belirtilenler dışında bir hal o

sayılmıştır. Bu tür tahdidi saymada kıyas yapılamaz<sup>104</sup>. Anayasa koyucu “bir şeyi zikretmenin diğerini dışlaması” ilkesi gereği bazen hükmü koyarken, belirtmek istediği hususları sayarak sınırlandırma yoluna gider. Sayarak belirleme veya sınırlandırma iki şekilde olabilir. Birincisi hükümde sayılanlar dışında kalanlara, hükmün uygulanmayacağı ve kıyasın mümkün olmadığı “numerus clausus” ilkesidir<sup>105</sup> ki Anayasa’nın cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına ilişkin hükümleri bu şekildedir. İkincisi ise hükmün sayılanlar dışında kalanlara da uygulanabilmesine imkân vermektedir. Bu gibi hallerde yasa koyucu belirli bir konuyu sınırlandırıp sayma yoluna gitmemektedir. Yasa koyucu saymak istediği hususları belirttikten sonra o hükümde, “benzeri”, “gibi” vb. kelimeler ekleyerek örneklendirici<sup>106</sup> sebepleri de dahil etmektedir<sup>107</sup>. Bu türe genellikle tadadi sayma denilmekte ve bu tür kurallarda geçen “herhangi” vb. ifadelerle sayılan hallerin, orada belirtilenlerle sınırlı olmadığı anlamına gelmektedir. Anayasa’nın vekaletle ilişkin hükmünde de (md. 105) bu ifade bulunmakla birlikte tam olarak tadadi hüküm biçiminde yorumlamak mümkün değildir. Buradaki temel sorun, anayasaların içerisinde “herhangi”, “gibi”, “benzeri” şeklinde ifadelerin yer almasıdır. Her ne kadar vekâlete ilişkin 105. maddede “herhangi” ifadesi olsa da bu hüküm, cumhurbaşkanlığı makamının seçim yoluyla doldurulmasının istisnasıdır ve dar yorumlanmalıdır. Hükümde geçen “herhangi bir nedenle Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde de yenisi seçilinceye kadar, Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığına vekillik eder” ifadesinin, Anayasa’da sayılarak sınırlanan boşalmaya ilişkin kurallardan (md. 104) bağımsız düşünmemek gerekir.

---

kapsamda kabul edilmez. Kelimenin karıştı olan *Tadadi* ise örneklendirme, örnek kabilinden sayma, sayılı veya sayısal anlamındadır. *Tadadi hükümler* ise düzenlenen hukuksal kurumların veya olayların sayılarının örnek kabilinden sayılmasını ifade eder. Tadadi hükümde (yasa veya diğer hukuk kuralları) belirtilenler dışında başka haller o kural kapsamında olabilir çünkü kuralda sayılanlar örnek kabilinden belirtilmiştir. **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 1996.

<sup>104</sup> **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 90.

<sup>105</sup> **Gözler**, “Yorum İlkeleri”, s. 69.

<sup>106</sup> KKTC Anayasası’nın örneklendirici sayma içeren başka hükümleri de vardır. KKTC Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin özü ve sınırlanması başlıklı 11. maddesi temel hak ve özgürlüklerin “özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle” ancak yasayla kısıtlanabileceğini ifade etmektedir. T.C. 1961 Anayasa’nın 11. maddesinin neredeyse aynısı olan bu maddede de geçen “gibi” ifadesinin genişletilmesi de mümkün olmamalıdır.

<sup>107</sup> **Gözler**, “Yorum İlkeleri”, s. 72.

Anayasa'daki vekalet ilkelerinin devreye girebilmesi için maddedeki (md. 105) "Cumhurbaşkanlığının boşalması halinde" ifadesinden hareketle, öncelikle makamın boşalmasına ilişkin kurallar gerçekleşmiş olmalıdır. Vekâlet ilkeleri arasında "hastalık veya yurt dışına çıkma" veya "herhangi bir nedenle boşalması" ifade edildiğine göre, herhangi bir nedenin ne olacağına cevabını Anayasa'da aramak gerekir. Bunun cevabı bütünsellik ilkesi çerçevesinde verilebilir. KKTC Anayasa Mahkemesi'ne göre anayasanın bütünselliği ilkesi; "Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmasının" zorunlu olmasıdır<sup>108</sup>. Dolayısıyla ilke gereği cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına ilişkin hallerinin (md. 104. 103) Anayasa'da sayılanlara sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir.

Eğer vekalet hükmü (md. 105) T.C. Anayasalarında olduğu gibi tadadi hüküm niteliğinde olup, cumhurbaşkanlığının boşalması hükümleriyle birlikte tek bir maddede düzenlenseydi, 105. maddedeki "herhangi bir nedenle" ifadesi geniş yorumlanmaya uygun hale gelebilirdi<sup>109</sup>. KKTC Anayasası'nın tersine cumhurbaşkanlığı makamının boşalması hali açısından vekalet hükümlerinde yer alan "gibi" şeklindeki muğlak ifadelerin karşılığı olabilecek haller 1982 Anayasası'nda belirtilmemiştir. Anayasalarda bilinçli olarak muğlak ifadelere yer verilebildiği, uzlaşılması güç konularda hükümlerin

<sup>108</sup> **KKTC Anayasa Mahkemesi Kararı**, Sayı D. 5/2018, Anayasa Mahkemesi: 5/2017, (YİM No: 246/2015), 11 Aralık 2018, s. 19.

<sup>109</sup> T.C. 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına vekalet, Anayasa'nın 106. maddede düzenlenen biçimiyle, makamının herhangi bir nedenle boşalması ve cumhurbaşkanının görevinden ayrılması hali olarak belirtilir. Bu maddenin yapısı itibarıyla tadadi saymanın bir örneği olduğu açıktır. Cumhurbaşkanı'nın makamının boşalmasına ilişkin hallerin 106. maddenin 2. fıkrasından hareketle sınırlı sayılmadığını, ölüm, istifa veya Anayasa'nın 105. maddesinin 5. fıkrasından hareketle seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olması dışında, maddede belirtilen "herhangi bir nedenle" ifadesinden hareketle koma, akıl hastalığı gibi iyileşmesi mümkün olmayan diğer sayılmayan nedenlerin de olabileceği belirtilir. **Gözler**, cumhurbaşkanının geçici görevden ayrılması halinin 106/3'te belirtilen ve Cumhurbaşkanı'nın "hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması" hallerinde ifadesinden hareketle bu durumların genişletilebileceğini, maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmektedir. **Gözler**, Kemal, "Türk Anayasa Hukuku Dersleri", Ekin Yayınları, 22. Baskı, Bursa, Eylül 2018, s. 322-324. **T.C. 1982 Anayasası** Madde 106. 1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişikliklerle yürütme tek yapılı hale getirilmiş, devlet başkanına vekalet etme görevi de kendisi tarafından atanan cumhurbaşkanı yardımcısına verilmiştir. Dolayısıyla vekalet ilkeleri daha önemli hale gelmiştir.

muğlak ifadelerle kaleme alınması ve sorun teşkil eden konuların sonraki siyasal diyalog süreçlerine bırakılması gerektiğini savunanlar vardır<sup>110</sup>.

KTFD Yüksek Mahkemesi<sup>111</sup> bir kararında, "...hükümlerde kullanılan metin, ibare veya kelimeler muğlak ise ve açık ve belli olmazsa veya bu gibi kelime veya ibarelerin alelade ve tabii anlamı kanun koyucunun aynı kanunda sarih olarak belirttiği gayeye aykırı düşerse veya kanunun diğer metinleri ile bir tutarsızlık veya uygunsuzluk teşkil ederse veya saçma ise o zaman Mahkemeler kanun koyucunun gayesini başka yerlerde ve bilhassa aynı kanunda aramakla" görevli olduğunu belirtmiştir<sup>112</sup>.

Hukuk düzeninin birliği gereği hukuk kurallarının kendi içinde tutarlı olması gerekir. Bu şekilde hukuk devletinin bireyler açısından en önemli ilkelerinden biri olan hukuk güvenliği sağlanabilir. Hukuk kurallarının yorumlanmasında ise öncelikle birbiriyle tutarsız veya çelişkili görünen kurallar bağdaştır hâle getirilir<sup>113</sup>. Dolayısıyla içerisinde muğlak ifadeler olan 105. madde hükmünün, boşalma hallerinin yeterince açık olması ve 105. maddenin de doğrudan uygulanabilir olmaması nedeniyle somut olayın çözümünde kullanılmayacak, bu kapsamda Meclis Başkanı'nın vekaleti de söz konusu olmayacaktır.

## 2. Cumhurbaşkanlığı Makamına Vekâlette Vekilin Kullanabileceği Yetkiler

Cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesine ilişkin sorgulanması gereken bir husus da parlamento kararıyla Cumhurbaşkanlığı'nın göreve devamıdır<sup>114</sup>. Vekalet ilkeleri bakımından, Cumhurbaşkanlığı'nın yerine vekalet edecek olanın, demokratik tercihleri yansıtmayan bir kişi olmaması gerektiği

<sup>110</sup> Lerner'den aktaran Gönenc, Levent: "Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler." Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt- II, Ankara, 2013: 1071 s. 1084-1085.

<sup>111</sup> Kararın ilgili kısmını yazan 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasa Mahkemesi Başkanı M. Necati Münir'dir. Kararda ayrıca "Kanunlarda yer alan ifadeler "kendi kendilerine, açık ve belli ise ve muğlak değilse bu gibi kelimeler veya ibarelere alelade veya tabii anlamları verilir. Bu durumda kanun hükümlerinin gayesinin ne olduğu başka yerde araştırılmaz çünkü bu gibi kelimeler veya ibareler kendiliğinden kanun hükümlerinin gayesinin ne olduğunu sarih olarak gösterir" denilmektedir.

<sup>112</sup> **1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasa Mahkemesi Kararı**, Karar Sayısı A.M. 2/75, Dava No. 2/75, Kararı Tarih 10 Mart 1975.

<sup>113</sup> Önok R. Murat, Önay, Işık: "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2): 847-895, s. 852.

<sup>114</sup> İkinci, "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", Bu görüş Serkan Mesutoğlu'nun ilgili Facebook Postu altında ileri sürülmüştür. 17-18.03.2020.

demokratik meşruiyet vurgusuyla dile getirilmiştir<sup>115</sup>. Aynı zamanda vekalet edecek olanın aslı ile aynı yeterlilikte olup olmadığı ve her yetkiyi kullanıp kullanamayacağı yönündeki tartışmalar da bu görüşlere eklenmiştir<sup>116</sup>.

Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesiyle Meclis Başkanı'nın makama vekalet etmesi gerektiğini ileri sürenler ayrıca vekalet ilkelerini de tartışmıştır. Öncelikle genel hukuk kaideleri gereği, bir asılın sahip olmadığı bir yetkiye vekilin de sahip olamaması gerektiği ifade edilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi sona erdiyse ve görev yapmaya yetkisi olmadığı iddia edilecekse, o halde ortada bir "asıl" bulunmadığı sonucu çıkacaktır ve asılın bulunmadığı yerde vekil de olamayacaktır. Bu görüşe göre Anayasa'daki (md. 105/1) "cumhurbaşkanlığının boşalması halleri" ifadesi hatalıdır. Vekalet geçici görevden ayrılma hali için kullanılmalı, makamın boşalması için başka bir ifade kullanılmalıdır<sup>117</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi, vekaletle ilişkin 105. maddede makamın boşalmasına dair yapılan gönderme, Anayasa'nın 104. maddesini içerdiği gibi 103. maddesini de içermektedir.

Bu görüşü ileri sürenlere göre, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın ölümüyle ilişkili olarak vekalet ifadesinin kullanılması teknik olarak hatalıdır çünkü asılın ölümü halinde vekilin vekaleti sona erer. Cumhurbaşkanı'nın ölümü makamın boşalması hallerinden biridir (md. 104/1). 105. maddeye göre bu durumda dahi vekalet geçici niteliktedir. Anayasa'daki "Cumhurbaşkanlığı boşaldığında, boşalma tarihinden başlayarak kırk beş günü geçmeyen bir süre içinde yapılacak seçimle Cumhurbaşkanlığı doldurulur" hükmüne göre (md. 104/3) YSK'nın hemen bir seçim takvimi açıklayarak yeni seçimlerin yapılmasını öngörmesi gerekecektir.

---

<sup>115</sup> **Çulhaoğlu**, "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", 17-18.03.2020.

<sup>116</sup> Tartışmaların bir boyutu da şüphesiz hükümet sisteminde devlet başkanın sahip olduğu rol ile ilgilidir. KKTC Cumhurbaşkanı'nın, yarı başkanlık hükümeti sistemindeki devlet başkanlarının yetkilerine benzer derecede yetkileri bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı diğer yetkileri yanında, uzunca süredir devam etmekte olan Kıbrıs sorununun çözümü konusunda, uluslararası hukuk nezdinde Kıbrıs Türk toplumunu temsil etme yetkisini de üstlenmektedir. Dolayısıyla Kıbrıs Türk toplumu açısından devlet başkanları her zaman etkin birer lider konumundadırlar. Hatta bu yetkinin KKTC Cumhurbaşkanlarının son yıllarda diğer yetkilerinin önüne geçen bir yetkisi olduğu, diğer yetkileri bakımından oldukça güçlü bir başkan olmasına rağmen bu yetkilerini daha az kullandığı ifade edilebilir. KKTC'de hükümet sistemine ilişkin olarak bkz. **Erhürman**, Tufan: "Çare Başkanlık Sistemi mi?", Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2011.

<sup>117</sup> Maddede sayılan haller "geçici olarak görevden ayrılma" ve "makamın boşalması" şeklinde sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. **Çulhaoğlu**, "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", 18.03.2020.

Kanımızca Meclis Başkanı'nın Cumhurbaşkanı'na vekaleti halinde kullanabileceği yetkiler tartışılması gereksizdir. Zira KKTC Anayasası'nda Meclis Başkanı'nın kullanamayacağı yetkiler açıkça düzenlenmiştir. Meclis Başkanı'nın vekalet süresi içinde, Cumhurbaşkanı'nın parlamentonun fesihine ilişkin (AY. md. 88)<sup>118</sup> yetkilerini kullanamayacağı Anayasa'da (md. 105/2) açıkça belirtilmiştir<sup>119</sup>. Dolayısıyla Meclis Başkanı'nın vekaleti söz konusu olursa, fesih dışındaki yetkileri kullanamayacağı iddia edilemez. Meclis Başkanı vekaleti sırasında, meclisi feshetmek dışında yasaların iadesi, atama, anayasa mahkemesine başvurma gibi devlet başkanına ait tüm yetkileri kullanabilecektir.

2004 yılında KKTC Anayasa Mahkemesi'ne Cumhurbaşkanı'na vekalet ile ilgili bir başvuru yapılmıştır. Yurtdışında bulunan o dönemin Cumhurbaşkanı'na vekalet eden Meclis Başkanı, bu esnada yasaların yayımlanması yetkisini kullanmıştır. Yasa yeterli çoğunlukla kabul edilmediği gerekçesiyle Cumhurbaşkanı tarafından Meclis'e iade edilmişti. Ancak Yasa Meclis Başkanı'nın vekaleti esnasında yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanı görevine döndüğünde, Yasa'nın<sup>120</sup> iptali için Anayasa Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme, Meclis Başkanı'nın Anayasa'ya göre (md. 105/2) parlamentonun feshi dışındaki tüm yetkileri kullanabileceğinin altını çizmiştir. Ona göre "Meclis Başkanı vekâlet ederken Cumhurbaşkanında olan takdir

<sup>118</sup> **KKTC Anayasası**'ndaki Cumhuriyet Meclisi Seçimlerinin Yenilenmesi başlıklı 88. maddede ilgili yetkiler şu şekilde ifade edilebilir. "...(2) Cumhurbaşkanı, bu Anayasanın 106. maddesinin (2). fıkrası kurallarına uygun olarak, altmış günlük süre içinde cumhuriyet Meclisi çoğunluğuna dayalı bir Bakanlar Kurulunun atanmasına olanak bulunmaması halinde, Cumhuriyet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar verebilir. (3) Bu Anayasanın 109. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulunun bir yıllık süre içinde, güven oyu alamama veya güvensizlik oylaması sonucu üç kez düşmüş veya düşürülmüş olması halinde, Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar verebilir. (4) Cumhurbaşkanı, yukarıdaki (2). ve (3). fıkra kuralları uyarınca Cumhuriyet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermeden önce, gerekli gördüğü takdirde, halkoylamasına başvurabilir. (5) Cumhurbaşkanı, seçimlerin yenilenmesini veya halkoylamasına başvurulmasını kararlaştırırken, Cumhuriyet Meclisi Başkanı, Bakanlar Kurulu ve Cumhuriyet Meclisinde grubu bulunan siyasi parti başkanlarının görüşlerini alır".

<sup>119</sup> Hatta bu hususta T.C. Anayasalarında eksiklik olduğundan eleştiri söz konusu olmaktadır. Zira 1982 T.C. Anayasasına göre vekil, Cumhurbaşkanına ait bütün yetkileri kullanabilir. Doktrinde vekilin "olağan idarî yetkileri" kullanması gerektiği, başbakanı atamak, Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimlerini yenilenmesine karar vermek gibi önemli yetkilerinin ise kullanmaması gerektiği ileri sürülmüştür. **Ural**, a.g.e. s. 56 vd.

<sup>120</sup> 12/2004 sayılı Kıbrıs Türk Elektrik Kurumunun Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması (Geçici Kurallar) Yasası

yetkisini kullanarak yasayı yürürlüğe koymuştur". Sonuç olarak ilgili Yasa'yı yeterli çoğunlukla kabul edilmediği gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>121</sup>.

Cumhurbaşkanlığı makamına kimin vekalet edeceği konusundaki belirsizliğin çözümünde en sağlıklı yöntem yargıya başvurmak olmalıdır<sup>122</sup>. Anayasa Mahkemesi KKTC Anayasası'nın münhasır yorumlayıcısıdır. En başından seçimlerin ertelenmesine ilişkin kararın, denetlenebilen parlamento kararı olarak kabul edilmesi ve bu şekilde de yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanı'na gönderilmesi gerekmektedir. Böylelikle yürürlüğe girmeden önce ön denetim yoluyla Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun olup olmadığı yönündeki kararına başvurulabilirdi. Bu şekilde Mahkeme'nin seçimin ertelenmesine ilişkin kararıyla, makamın boşalması veya mevcut Cumhurbaşkanı'nın göreve devamı konusundaki hususlar netleşebilirdi. Nitekim doktrinde de "Cumhurbaşkanı'nın bu görevi yapmak için ehliyetini kaybettiği" tespitinin yargı organlarında olması gerekliliği ifade edilmektedir. Örneğin **Aldıkaçtı**, Türkiye'nin 4. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in sağlık sorunları nedeniyle, makama ilişkin yaşanan sorunların çözümünün Anayasa Mahkemesi'ne bırakılması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre Cumhurbaşkanlığı makamının sağlık nedeniyle daimî olarak boşaldığına Anayasa Mahkemesi, hükümetin veya teşrii organın talebi üzerine karar verecektir<sup>123</sup>. Çalışmanın yayına hazırlandığı süreçte ilgili parlamento kararının iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmıştır. Henüz kararın açıklanmadığı davada 11 Haziran 2020'de taraflar dinlenmiştir. Süresiz olarak kararın açıklanmasına değin erteleme kararı verilmiştir<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı bir başka açıdan da önemlidir. Burada ilk kez yürürlüğü durdurma kararı verilmiştir. Mahkeme açıkça "Dava lâyhalarının hazırlanması ve davanın Anayasa Mahkemesinde görüşülmesine değin bir süre geçmesi kaçınılmazdı. Bu süreçte yasanın uygulanması halinde yasadan yararlananlar borçlarını indirimi olarak ödeyecekler ve geriye dönüş mümkün olmayacaktı. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi verdiği ara emriyle karara değin yasanın uygulanmasını durdurmuştur". Her ne kadar daha sonraki kararlarında Mahkeme böyle bir yetkisi olmadığını ifade etse de kanımızca ilk kez bir yasanın yürürlüğünün durdurulması bu kararla mümkün olmuştur. **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No: D.4/2004, Anayasa Mahkemesi 6/2004, Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=2986>, Erişim Tarihi: 17.06.2020.

<sup>122</sup> Benzer görüş kamuoyundaki tartışmalarda da dile getirilmiştir. **Çulhaoğlu**, "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", 17-18.03.2020.

<sup>123</sup> Orhan **Aldıkaçtı**'dan Aktaran **Keskin**, Ömer Faruk: "1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri", İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019, s. 37-38.

<sup>124</sup> Davayı açan YDP Genel Başkanı'nın 11 Haziran 2020 tarihindeki açıklamaları için bkz. **Kıbrıs Gazetesi**, "YDP'nin Cumhurbaşkanı'nın görev süresiyle ilgili açtığı dava karar



Vekaletle ilişkin ilkeler bakımından son bir görüşü daha aktarmakta fayda vardır. Seçimlerin ertelenmesine ilişkin kararın alınması sürecinde bazı milletvekilleri, Cumhurbaşkanı'nın bundan sonra göreve meclis kararıyla devam edecek olduğuna işaret etmişlerdir. Bu nedenle onlara göre Cumhurbaşkanı, başta Kıbrıs konusu olmak üzere başka konularda da birtakım yetkileri kullanmamalıdır ve hatta bu konuda uzlaşmıştır<sup>125</sup>. Bu uzlaşma siyasi bir pazarlık olarak ifade edilebilir ancak Cumhurbaşkanı'nın muhtemel bir senaryoda yetki kullanmasını sınırlayacak anayasal bir düzenleme olmadığını belirtmek gerekir. Bu durumda da "Kıbrıs konusu veya başka konularda"<sup>126</sup> yetkilerini kullanması halinde, herhangi bir hukuk kurulumu ihlal etmemiş olacaktır. Nitekim uygulama bu uzlaşmaya eşlik etmiştir. Örneğin çalışmanın yayına hazırlandığı süreçte Başbakanlık ile Cumhurbaşkanı arasında yaşanan siyasi bir kriz, Cumhurbaşkanı'nın Güney Kıbrıs'tan getirilen tıbbi yardım desteği konusunda cezai sorumluluk tartışmalarını dahi gündeme getirmiştir<sup>127</sup>.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanı yetkilerini kullanmaya devam etmektedir. Yürütmenin kanuna dayanma ilkesi, burada ister istemez akla gelmektedir. Bugün Cumhurbaşkanı'nın görevde kalarak yetkilerini kullanmaya devam etmesinin hukuki dayanağı bir parlamento kararıdır. Hâlbuki seçimlerin ertelenmesi konusu özel ve geçici bir yasayla yapılmış olsaydı, yetkileri kullanmaya devam etmesinin hukuki dayanağı bir yasa olabilir, en azından bu açıdan bir eleştiri gündeme gelmeyebilirdi.

---

için süresiz ertelendi", İnternet Kaynak: <https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/ypn-cumhurbaskaninin-gorev-suresiyle-iligili-actigi-dava-2-h90992.html>, Erişim Tarihi: 21.06.2020.

<sup>125</sup> Buna göre "6 ay daha görevde kalacak Cumhurbaşkanı Akıncı, Kıbrıs konusunda veya başka konularda adımlar atmayacak. Bu konuda da bir görüş birliği" oluşmuştur biçiminde açıklamalar yapılmıştır. Ulusal Birlik Partisi Milletvekili Oğuzhan **Hasipoğlu**'nun demeci için bkz. İnternet Kaynak: <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/kktde-cumhurbaskanligi-secimleri-ertelendi-1728275>, Erişim Tarihi: 04.04.2020.

<sup>126</sup> KKTC Cumhurbaşkanı'nın Kıbrıs uyumsuzluğunun çözümüne ilişkin müzakere yetkileri, açıkça Anayasa'dan aldığı yetkiler değildir. KKTC devlet başkanı dış ilişkiler ve uluslararası ilişkiler konusundaki yetkilerinden hareketle teamülen bu konuda yetkili bir makam olarak önemli bir konuma sahiptir.

<sup>127</sup> **Kıbrıs Gazetesi**, "Cumhurbaşkanı Akıncı: Hakkımızda işlem yapılmasını bekliyoruz", 16.04.2020. İnternet Kaynak: <https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/cumhurbaskani-akinci-hakkimizda-islem-yapilmasini-bekliyoruz-h87317.html> Erişim Tarihi: 16.04.2020. Konu ile ilgili Cumhurbaşkanlığından Yapılan Açıklama için bkz. **KKTC Cumhurbaşkanlığı**, İnternet Kaynak: <https://kktcb.org/tr/cumhurbaskani-mustafa-akinci-icinden-gecilmekte-olan-surecle-ilgili-degerlendirmelerde-bulundu-7581>.

## **V. CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMİNİN ERTELENMESİ SORUNUN ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN ÖNERİLER**

Mevcut koşullar altında bu konudaki önerilerimiz, içinde bulunduğumuz olağan dışı durum göz önüne alınarak, iki olgu üzerinde açıklanacaktır. Biri parlamentonun ilgili 19 Mart 2020 tarihli kararının (AY. md. 95/2) genel nitelikli kararlar kapsamında alınmasına ilişkindir. Diğeri ise, yukarıda ortaya koyduğumuz çelişkilerden hareketle, parlamentonun, seçimi erteleme ve Cumhurbaşkanı'nın göreve devamını öngören iradesini, karar değil kanun biçiminde kullanmasına ilişkindir.

### **1. Genel Nitelikli Parlamento Kararıyla Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Ertelenmesi ve Cumhurbaşkanının Göreve Devamı**

Anayasa'da cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenilenmesi ve hatta görev süresinin uzatılmasına ilişkin Meclise açıkça yetki verilmediğinden Meclis'in bu konuda yetkili olup olmadığı tartışılabilir. Her ne kadar yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkeleri ileri sürülse de somut olayda seçimlerinin ertelenmesi ve Cumhurbaşkanı'nın göreve devamına ilişkin işlemin parlamento kararı olması nedeniyle bu ilkeler ileri sürülemez. Zira parlamento kararlarıyla “vatandaşlar için uyulması zorunlu hukuk kuralları konulamaz. Vatandaşların temel hak ve özgürlükleri parlamento kararıyla düzenlenemez”. Bilindiği üzere genellik, yasama yetkisine atfedilen bir özellik olması yanında maddi anlamda yasaların da bir özelliği ve bu türden yasalar genel, soyut, sürekli ve objektif kurallar içerirler. Yasaların genelliği prensibi karşısında, parlamento kararlarının genelliğinden söz edilememektedir. Parlamento kararları konu unsuru itibarıyla sınırlandırılmıştır, ancak belirli konulara özgü olup daha subjektif ve özel niteliktedirler<sup>128</sup>.

Parlamento kararları yasalar gibi genel değildir ve KKTC Anayasası'nda (md. 95) genel nitelikli kararlar biçiminde kararlardan söz edilse de burada en önemli husus, “vatandaşlar için uyulması zorunlu, bağlayıcı, genel hukuk kurallarının parlamento kararıyla”<sup>129</sup> konulmamasıdır. Yasa koyucunun iradesinin, karar yerine kanun biçiminde ortaya konulması en azından bu tartışmayı da ortadan kaldıracak nitelikte olabilir.

<sup>128</sup> **Baş**, Sezgin: Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları, T. C. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2016, s. 126.

<sup>129</sup> **Gözler**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, s. 353.

Meclisin bu konuda genel nitelikli parlamento kararı<sup>130</sup> almasıyla, parlamento seçimlerine ilişkin kuralı (AY. md. 79) kıyasen cumhurbaşkanlığı seçimlerine uygulayarak şimdiki kararını alması arasında hukuki sonuçları bakımından farklılık yoktur. Her ikisi parlamento kararlarının hukuki rejimine tabiidirler. Ancak ikisi arasındaki en temel fark yargısal denetime ilişkindir. Çalışmaya konu olan parlamento kararı denetime tabii değilken, genel nitelikli meclis kararları denetlenebilir. Bu tür kararlar yasaların ilanı gibi işlem görür ve yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanı'na gönderilir<sup>131</sup>. Böyle bir varsayımda Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 146. maddesinden hareketle önleyici denetim yoluyla bu kararı Anayasa Mahkemesine gönderebilir<sup>132</sup>. Cumhurbaşkanı'nın ön denetime başvurmaması halinde yine de sonradan denetime yani iptal davasına (md. 147) konu olabilir<sup>133</sup>.

KKTC Anayasa'sına göre genel nitelikli kararlar denetlenebilir ancak uygulamada KKTC Anayasa Mahkemesi bu konuda ihtiyatlı davranmak-

<sup>130</sup> 95. maddenin 1. fıkrasında sayılan hükümlere atıf yapılarak, "Yukarıdaki (1). fıkra kapsamı dışında kalan genel nitelikli Meclis kararlarının ilanı, yasaların ilanı gibi işlem görür" denilmektedir. **KKTC Anayasası** Madde 95/2

<sup>131</sup> **Necatigil**, Zaim: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2015, s. 121.

<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi ilgili karar üzerindeki görüşünü kırk beş gün içinde açıklamak durumundadır. **1985 KKTC Anayasası**, "Yasaların Anayasaya Aykırılığı Konusu" başlıklı md. 146'ya göre; "(1) Cumhurbaşkanı, bir yasa veya herhangi bir yasanın herhangi belli bir kuralını veya Cumhuriyet Meclisinin herhangi bir kararını yayımlamadık önce, bu Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olup olmadığı konusunda görüşünü bildirmek üzere Anayasa Mahkemesine sunabilir. (2) Anayasa Mahkemesi, bu maddenin (1). fıkrası gereğince kendisine sunulan her konuyu inceler ve Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisi adına ileri sürülen iddiaları dinledikten sonra, konu hakkındaki görüşünü en geç kırkbeş gün içinde karara bağlar ve bunu Cumhurbaşkanı'na yazılı olarak bildirir. (3) Anayasa Mahkemesi böyle bir yasa, karar veya onun herhangi bir kuralının bu Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı olduğu veya ona uygun olmadığı görüşünde ise, söz konusu yasa, karar veya kural Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmaz ve gerekçesi ile birlikte Cumhuriyet Meclisine geri gönderilir. (4) Bu şekilde geri gönderilen yasa, karar veya kural hakkında 94. maddenin geri gönderme ile ilgili kuralları uygulanmaz".

<sup>133</sup> **KKTC Anayasası**, İptal Davası başlıklı md. 47: (1) Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasi partiler, siyasi gruplar ve en az dokuz milletvekili veya kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda diğer kurum, kuruluş veya sendikalar bir yasanın, kararnamenin, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğünün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğin veya bunların herhangi bir kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırı veya ona uygun olmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler. (2) Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı iptali istenen yasanın, kararnamenin, tüzüğün, Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğünün, Cumhuriyet Meclisi kararının, yönetmeliğin veya bunların herhangi bir kuralının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşer.

tadır. Örneğin Mahkeme kendisine iptali için başvuru 13.1.2004 ve 14.1.2004 sayılı kararların<sup>134</sup> öncelikle denetlenebilen kararlar olup olmadığını araştırmıştır. Mahkeme kararlar bakımından önüne gelen işlemin adıyla kendisini bağlı görmeyip, hukuki nitelendirmesini kendisi yapmaktadır. Mahkeme ilginç bir şekilde, hak arama özgürlüğünden hareketle, davaya konu olan özel komite kurma kararına karşı iptal davası açılabilirliğini ve bu kararları denetleyebileceği sonucuna varmıştır<sup>135</sup>. Kanımızca bu kararlar Anayasa'daki (md. 95/2) genel nitelikteki kararlar kapsamında olup zaten yargısal denetimi mümkün olan kararlar niteliğindedir. Bu kapsamda somut olayda kabul edilen parlamento kararının da denetlenebileceğini düşünmekteyiz. Her ne kadar denetim dışındaki kararlar gibi yayımlanmış<sup>136</sup> olsa da 19 Mart 2020 tarihli bu karar, Anayasa'ya aykırı olduğu ve eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir (md. 147)<sup>137</sup>. Bu çalışmanın yayına gönderildiği tarihte, çalışmada da belirtildiği gibi 90 günlük dava açma süresi henüz dolmamıştı. Çalışma yayına hazırlandığı son aşamada kararın iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava da açılmış, henüz karar aşamasına gelinmemiştir<sup>138</sup>.

## 2. Özel ve Geçici Bir Yasayla Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Ertelenmesi ve Cumhurbaşkanının Göreve Devamı

Anayasa koyucunun cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi veya öne alınması hususlarında düzenleme yapmamış olması kanımızca basit bir

<sup>134</sup> Kararlar “13.1.2004 sayılı “kurucu devlet anayasasını görüşmek ve hazırlamak üzere geçici özel bir komitenin kurulması” ve 14.1.2004 sayılı “kurucu devlet anayasasını görüşmek ve hazırlamak üzere Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü'nün 22. maddesi kuralları çerçevesinde 9 üyeden oluşan bir özel komite kurulmasına ve bu komitenin CTP'den 4, UBP'den 3, DP'den 1, BDH'dan 1 üyeden oluşması”dır.

<sup>135</sup> Anayasa Mahkemesi için esas hakkında bir karar vermemiştir. Mahkeme o dönemki olgular karşısında “ortada yasallığı tartışılacak bir komite çalışması” kalmadığını ve davanın anlamını yitirdiğini belirterek, “Yukarıdaki gerçekler ışığında davanın zamansız olduğu ve anlamını yitirdiği sonucuna varır, davayı ret ve iptal ederiz” sonucuna varmıştır. **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No: D.3/2004, Anayasa Mahkemesi 3/04, K.T. 21 Nisan 2004.

<sup>136</sup> Bkz. Atf 26, 28.

<sup>137</sup> Cumhuriyet Meclisinde temsil edilen siyasi partiler, siyasi gruplar ve en az dokuz milletvekili ile organ davası yolu da iptal davası için öngörülmüştür. Mevcut karara karşı ret oyu verenlerin böyle bir başvuru yapması da ihtimal dahilindedir. KKTC Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma süresi “Cumhuriyet Meclisi kararının, ...Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşer”. Bkz. 129 Numaralı Atf.

<sup>138</sup> Bu konuda bkz. Atf 123.

unutma eseri değildir. Zira bu hususta boşalma ve vekalet ilkelerini öngörmüştür. Anayasa’da cumhurbaşkanlığı makamı için sadece “seçim”<sup>139</sup> ve makamın boşalması halleri sınırlı olarak öngörülmüştür. Boşalma hallerinde makamın geçici olarak doldurulması vekalet ilkeleriyle mümkündür. Somut olayda ortaya çıkan boşluk nedeniyle vekaletin devreye girebilmesi için, anayasa kuralının kendiliğinden ve doğrudan uygulanabilir olması ve yeterince net olması gerekmektedir<sup>140</sup>. Burada eksikliği görülen, yukarıda Fransız Anayasası örneğinde olduğu gibi, genel oyla belirlenen Cumhurbaşkanlığı seçiminin “zorunluluk” nedeniyle yapılamamasıdır.

Bu çerçevede seçimlerin ertelenmesi hususunda önerimiz, öncelikle bu işlemin yasa biçiminde yapılmasıdır. Somut olayda, 5/1976 Sayılı Yasası’nın 11. maddesi uyarınca geçici nitelikte kabul edilecek şekli özel bir yasa yapılması düşünülmeliydi. Yasayla, cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin takvim hakkında düzenleme yapılarak, bu konudaki tarihlerin ileri alınması sağlanabilirdi. Böylelikle yasama organı Anayasada öngörülmemiş bir konu olarak cumhurbaşkanlığı seçiminin erkene alınması veya ertelenebileceği yönünde bir yasa kabul edebilirdi<sup>141</sup>.

Anayasalar soyut kurallar içerebilirler ve bütün her şeyi her zaman düzenlemiş olmaları mümkün değildir. Anayasada düzenlenmemiş konularda, kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisi olduğunu da iddia etmek doğru olmayacaktır<sup>142</sup>. “Hakkında herhangi bir hüküm olmayan” konuda çıkarılmış yasanın, en azından konu bakımından Anayasaya aykırılığı<sup>143</sup> söz konusu olmayacaktır. KKTC Anayasası’nda öngörülen düzenleme, makamın sürekli boşalma hallerinden biri yoksa cumhurbaşkanlığı seçiminin 5 yılda

<sup>139</sup> **KKTC Anayasası**, Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin bir diğer madde “Cumhurbaşkanının Seçimi ve Eski Cumhurbaşkanının Görevinin Sona Ermesi” başlıklı geçici 6. maddesidir. Buna göre Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla “Bu Anayasaya göre ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi, Cumhuriyet Meclisi seçimleriyle birlikte aynı gün yapılır ve seçilen Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisinin toplanıp göreve başladığı günü izleyen gün Mecliste and içerek göreve başlar. Seçilen Cumhurbaşkanı, göreve başladığı anda da eski Cumhurbaşkanının görevi sona erer”. Maddenin ikinci fıkrasında “Ancak, Kurucu Meclis koşulların gerektirdiği hallerde, Cumhurbaşkanlığı seçiminin değişik bir günde yapılmasını karara bağlayabilir” denilerek dönemin kuruculuk fonksiyonunu haiz Kurucu Meclisine, Cumhurbaşkanlığı seçiminin değişik bir günde yapılmasını kararlaştırma konusunda yetki vermiştir.

<sup>140</sup> **Özay**, a.g.m. s. 282.

<sup>141</sup> **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 476.

<sup>142</sup> Teziç bunun, devletin temel amaçlarına ilişkin anayasa hükmüyle çelişeceğini ileri sürmüştür. **Teziç**, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, s. 1-4, 23-43, 37-38.

<sup>143</sup> **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 476.

bir yapılmasıdır. Dolayısıyla 5 yıllık hüküm gereğince, geçici özel bir yasayla seçim takviminin ertelenmesine ilişkin yöntemin Anayasaya aykırılığı gündeme gelebilir. Cumhurbaşkanlığı seçimin zorunlu nedenlerle ertelenebilmesi ve hatta erkene alınabilmesi anayasa değişikliği gerektirir ancak içinde bulunduğumuz koşullarda bu da mümkün olmayacaktır<sup>144</sup>.

Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin takvimin ertelenmesi hususunda önerdiğimiz özel ve geçici yasanın benzerleri, Cumhuriyet Meclisi'nde daha önce yapılmıştır. 10/1995 sayılı<sup>145</sup> ve 13/2000 sayılı bu iki Yasa şekli ve geçici niteliktedir. Bu iki özel ve geçici Yasa, 5/1976 Sayılı Seçim ve Halkoylaması Yasası'ndaki cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin ilkelerde değişiklik yaparak seçimin erkene alınmasını sağlamışlardır<sup>146</sup>. Bu Yasalar, cumhurbaşkanlığı seçimlerini erkene aldıklarından, seçimlerin 5 yılda bir yapılmasına ilişkin genel hüküm ile çelişebilir.

10/1995 sayılı Yasa'da cumhurbaşkanlığı seçiminin bir hafta öne alınması söz konusu olmuştur. Bunun nedeni, iki türlü seçim ve YSK'nın o dönemki seçim takvimine ilişkin talepleri olabilir. Yasa koyucunun o dönemki Cumhurbaşkanı'nın görev süresini kısaltmak gibi bir amacı olmadığı, hatta uygulamada böyle bir sonucun ortaya çıkmamış olabileceği de belirtilmiştir. Aynı şekilde 13/2000 sayılı Yasa da seçim tarihinin belirlenmesine ilişkindir. İkinci'ye göre her iki Yasada da Cumhurbaşkanı'nın 5 yıllık fiili görev süresinin kısaltılması veya uzatılması biçiminde bir durum söz konusu olmamıştır<sup>147</sup>. Ona göre 26 Nisan'da olağanüstü koşullar nedeniyle seçim

<sup>144</sup> KKTC Anayasası'nda tek bir maddede yapılacak değişiklik dahi halkoyuna sunulacak kabul edilmelidir. **KKTC Anayasası** Madde 162

<sup>145</sup> Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin 15 Nisan 1995 Tarihinde Yapılması Yasası, md 2. Ayrıca Yasa'nın 2. maddesi 2. fıkrası "Herhangi bir aday kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu (yarıdan fazlasını) almadığı takdirde 5/1976 Sayılı Yasası'nın 11'inci maddesinin (2)'nci fıkrası kurallarına bakılmaksızın, seçimde en çok oy alan iki aday arasında yedi gün sonraki 22 Nisan 1995 Cumartesi günü" yineleneyeceğini düzenlemiştir. İnternet Kaynak: <http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/...>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

<sup>146</sup> Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin 15 Nisan 2000 Tarihinde Yapılması Yasası, md 2. Ayrıca Yasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrası "Herhangi bir aday kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu (yarıdan fazlasını) almadığı takdirde 5/1976 Seçim ve Halkoylaması Yasası'nın 11'inci maddesinin (2)'nci fıkrası kurallarına bakılmaksızın, seçimde en çok oy alan iki aday arasında yedi gün sonraki 22 Nisan 2000 Cumartesi günü" yineleneyeceğini düzenlemiştir. İnternet Kaynak: <http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

<sup>147</sup> Hukukçu ve uzun yıllar Cumhuriyet Meclisinde Hukukçu olarak görev yapmış Mehmet Öner İkinci'ye bilgilendirme ve görüşleri için teşekkürlerimizi sunarız. **Ekinci**, Öner

yapılmadığı zaman, seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın görev süresi sona erecektir. Bu durumda cumhurbaşkanlığı makamı boşalacak ve Anayasa'nın 105'inci madde kuralları uygulanacaktır. Seçimler ise o tarihten kırk beş gün sonra yapılacak ve bu süre içinde de Meclis Başkanı cumhurbaşkanlığı görevini vekâleten yürütecektir<sup>148</sup>.

Belirlenen takvime göre ilerlememek, zamanı geldiğinde seçimin yapılmaması nasıl mümkün olacaktır meselesi net değildir. Sonuçta 5/1976 Sayılı Yasa gereği seçim çalışmalarının sürdürülmesi gerekecektir. Yasa koyucu daha önce yukarıdaki çok da önemli olmayan gerekçelerle cumhurbaşkanlığı seçiminin öne alınmasına ilişkin işlemler tesis etmiş, bunu da yasa ile yapmıştır. Yasa koyucunun seçimlerin erkene alınması veya seçimlerin ertelenmesi amacıyla yapacağı işlemlerde ortaya çıkacak hukuki sonuç farklı olabilir. YSK'nın seçim takviminin düzenlenmesi istemi ile salgın hastalık nedeniyle cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılamayacak olmasının kamu yararı düzleminde bir farkı yoktur. İkisi de gerekçedir, hatta ikincisi daha makul bir kamusal faydayı ortaya koymaktadır. Her ikisinde de yasa koyucunun enstrümanı 5/1976 Sayılı Seçim ve Halkoylaması Yasası'ndaki seçim tarihine ilişkin düzenlemede değişiklik yapmaktır. Kanımızca, Cumhurbaşkanı'nın 5 yıllık görev süresine ilişkin genel hüküm karşısında yasama organının cumhurbaşkanlığı seçim tarihini erkene alması veya ertelemesi aynı değerdedir. 5 yıllık sürenin, bir gün veya 20 ay erkene alınmalarında ortaya çıkan hukuki sonuç bakımından farklılık yoktur. Cumhuriyet Meclisi'nin almış olduğu kararın hukuki etkisi olduğu ve böylelikle hukuk düzeninde veya kişilerin statüsünde bir değişiklik meydana getirme etkisi olduğu açıktır<sup>149</sup>.

Seçimlerin ertelenmesinin geçici ve özel bir yasayla yapılması halinde hem önceden hem de sonradan denetim yoluyla anayasaya uygunluk denetimine konu olabilecekti. Yargı kararının hukuki değeri göz önüne alındığında, konu şu ankinden daha fazla tartışma yaratmayabilirdi<sup>150</sup>. Bu durum

---

Mehmet: "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", Serkan **Mesutoğlu**'nun İnternet Üzerinden 17-18.03.2020 tarihli Facebook Post altında.

<sup>148</sup> **Ekinci**, Öner Mehmet, Serkan **Mesutoğlu**'nun "Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında", İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Post altında, 18.03.2020.

<sup>149</sup> **Karahanoğulları**, Onur: "İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler", 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 263'den aktaran **Baş**, a.g.e. s. 23.

<sup>150</sup> **KKTC Anayasası**, Madde 136/3/2 "Yasama ve Yürütme organları ile Devlet Yönetimi makamları, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organ ve makamlar, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".

yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkeleri çerçevesinde tartışılabilir veya ilk başta ifade edilen “zorunluluk doktrini” yargısal bir ilke olarak Anayasa Mahkemesince ileri sürülebilirdi<sup>151</sup>. Bu öneriler için de birçok eleştiri ileri sürülebilir, ancak çalışmaya konu olan parlamento kararından daha fazla tartışmalı olmadıklarını düşünmekteyiz.

5/1976 Sayılı Yasa'daki seçim takviminin ileri alınarak, geçici ve özel bir yasa yapılmasının anayasal dayanağı da bulunmaktadır. Buna göre Anayasa'nın seçme ve seçilme hakkına ilişkin (md. 68 f. 3 ve 7) hükümlerinde; “(3) Seçme ve seçilme ile ilgili diğer nitelikler, bu Anayasanın kuralları saklı kalmak koşuluyla, yasa ile düzenlenir” ve (7) Seçimler ve halkoylamaları ile ilgili diğer kurallar ile bu maddedeki hakların kullanılması yasa ile düzenlenir” denilmektedir. Bu hükümlerle ilgili konulan kaidelere istisna getirme yetkisi yasa koyucudur. Maddede seçimler ve halkoylaması konusunda kaideler belirlenmekte, istisnaları belirleme yetkisi yasa koyucuya verilmektedir. Yasa koyucu buna istinaden çeşitli tedbirler öngörebilir. Bu halde alınacak tedbirler, Anayasa'daki genel kuralların istisnası niteliğinde kabul edilmelidir. **Gözler**'e göre bu tür “yasayla düzenleme” referanslarında anayasalar yasa koyucuya istisna belirleme yetkisi vermektedir. Bu konuda ilke, “İstisna kaideyi koyan makam tarafından veya bu makamın açıkça yetkilendirdiği diğer bir makam tarafından” konulmasıdır<sup>152</sup>. Dolayısıyla burada “istisnalar, kaideyi koyan makam tarafından konulmasa bile, bu makamdaki açıkça yetki almış bir makam tarafından konulmaktadır<sup>153</sup>.

KKTC Anayasa Mahkemesi yetki konusunda genellikle “Anayasa'da açıkça verilmeyen bir yetkinin kullanılmayacağı” görüşündedir. Ona göre “yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla herhangi bir konuyu yasayla” düzenleme yetkisine sahiptir<sup>154</sup>. Mahkeme'nin 1/2020 sayılı başka bir kararında ise, yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkelerini ifade ederek, “yasa koyucu dilediği bir sosyal

<sup>151</sup> Bu konuda yargıçlar hükümeti biçiminde eleştiriler de gündeme gelebilir.

<sup>152</sup> **Gözler**, “Yorum İlkeleri”, s. 50.

<sup>153</sup> Tabir caizse istisnayı belirleme konusunda usulüne uygun bir yetki devri söz konusudur. Bu durumda yasa koyucunun istisna koyabilmesi konusundaki yetkisinin pozitif bir temele dayandığı belirtilebilir. **Gözler**, “Yorum İlkeleri”, s. 50.

<sup>154</sup> Kararın karşı oyunda yasama organının “düzenleme alanı temel ilkelere uygun olmak koşuluyla sınırsızdır. Bu nedenle, yasa koyucu, Anayasa'da öngörülmemiş olmasına rağmen, özelleştirme konusunda düzenleyici hükümler” getirebileceği belirtilmiştir. Yargıç Şafak Öneri Karşı oyu ve karar için bkz. **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar Sayısı, D. 3/2012, Birleştirilmiş Anayasa Mahkemesi 12-13-14-15-16/2012, 6 Kasım 2012, s. 23-24.



alanı yasalarla düzenleyerek kurallara bağlayabilir, haklar ve ödevler yaratabilir, yasa koyucuyu sadece anayasanın emredici veya yasaklayıcı hükümleri kısıtlamaktadır<sup>155</sup> demiştir. Ancak somut olayda cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ertelenmesine ilişkin husus yasayla yapılmış olsaydı, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği hususları bu konuda tartışılabilecekti.

Sonuçta Anayasa'nın seçme ve seçilme hakkına ilişkin (md. 68 f. 3 ve 7) hükümleri, 5/1976 Sayılı Yasa'da düzenleme yapılmasının gerekçesi olabilirler. Anayasa'da öngörülmemiş bir konunun, yasa koyucu tarafından düzenlenmesi halinde uyacağı esaslar tartışılmaktadır. Zira yasama organı, "tüm sosyal ilişkilerin belirleyicisi ve hukuk düzeninin yaratıcısı"<sup>156</sup> olarak kabul edilir. Bu hususta T.C. Anayasa Mahkemesi, böylesi bir kanunun anayasa sorunu oluşturmayacağı, bunun Anayasaya aykırılığının söz konusu olabilmesi için anayasa meselesi teşkil etmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>157</sup>. Somut olaya özgü zorlayıcı koşullar göz önüne alındığında, yapılması gereken salgın hastalık nedeniyle olağanüstü durum ilan edilmesiydi. Böylelikle alınan birçok olağanüstü tedbirin hukuki dayanağı olabilecekti. Ayrıca Anayasa'daki olağanüstü durumların hukuki rejimi çerçevesinde, Cumhurbaşkanı'nın görev süresine ilişkin hükmün belirli süre askıya alınması da mümkündü. KKTC'de olağanüstü durumlarda alınacak olağanüstü tedbirlere ilişkin düzenlemeler yargı denetiminde olduğu halde bu tür bir ilan yapılmasından kaçınılmıştır<sup>158</sup>.

## SONUÇ

KKTC'de alınan tedbirlere bakıldığında, olağan hukuk ile olağanüstü tedbirler ikilemiyle karşı karşıya kalınmaktadır. Bu tür olağan dışı durumlarda alınan olağanüstü tedbirlerin hukukiliğini açıklamak olağan hukuk düzleminde her zaman mümkün değildir. Siyasi iktidarlar bu tür durumlarla başa çıkmak üzere geliştirdiği çareleri sorgulamakla meşgul olamayacağı için bunun tartışması akademik kalmaktadır. Hukukla bağlı olan bir devlette, hukuki güvenlik ilkesi gereği salgın hastalıkla mücadele, şüphesiz hukuk içi tedbir ve kararlarla çözümlenmelidir.

<sup>155</sup> **KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No, 1/2007 (D. 2/2010) Sayılı Kararı, s. 7-8.  
**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No, 7/2018 (D.1/2020), s. 28.

<sup>156</sup> **Tanör**, Bülent, **Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 2002, İstanbul, s. 276.

<sup>157</sup> **Teziç**, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi", s. 1-4, 23-43.

<sup>158</sup> **KKTC Anayasası** Madde 126 ve Madde 128.

Olağanüstü hallerde hak ve özgürlüklerin durdurulması söz konusu olabilir. Bu durumda “anayasal haklar daha kırılğan hale” geldiğinden, yargısal denetimin önemi artar<sup>159</sup>. Bu tür dönemlerde yürütme, hızlı uygulama kapasitesiyle daha dinamik ve etkili bir organ olarak ön plana çıkar. Şüphesiz yürütmenin şeffaf, denetlenebilir, hesap verebilir ve hukukla bağlı olması esastır. Ancak son dönemde bazı hükümetlerin salgın hastalık bahanesiyle süreçten yararlandıkları ve alınan ölçsüz tedbirlerle insan hakları ihlallerinin ortaya çıktığı ifade edilir<sup>160</sup>. İçinde bulunduğumuz dönemde olağanüstü tedbirler ve olağanüstü koşullar bulunmaktadır. Ancak hukuka uygun bir olağanüstü durum ilanı bulunmamaktadır. Olağanüstü tedbirlerin, olağan hukuk ile ilişkisinin ortaya konulması en azından hukuk devleti ve anayasal devlet açısından gereklidir.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle çalışmaya konu parlamento kararı Anayasa'ya (ilk bakışta md. 68, 104 ve 105) aykırı niteliktedir. Anayasa Mahkemesi kural olarak denetlenemez nitelikteki bu kararı, “eylemli iç tüzük” değişikliği niteliğinde kabul ederek denetlemelidir. Zira cumhurbaşkanlığı seçiminin ertelenmesi ve mevcut Cumhurbaşkanı'nın göreve devamıyla ilgili karar alınarak, İçtüzükte değişiklik meydana getirilmiştir. Bu şekilde İçtüzükte yer almayan yeni bir hüküm tesis edilmiştir. Bu durumda meclis bu eylemiyle, Anayasa'ya aykırı nitelikte bir parlamento kararı kabul etmiştir. Bu çalışma hazırlandığı esnada, Anayasa Mahkemesi'nde bu parlamento kararına karşı iptal davası açma süresi henüz düşmemiştir. Bu dava, çalışmamız yayına hazırlandığı son aşamada açılmış yayın aşamasında henüz bir karara varılmamıştır. Mahkeme'nin bu konuda iptal kararı vermesi halinde, KKTC'de cumhurbaşkanlığı seçim sürecine girilmesi muhtemeldir.

<sup>159</sup> **Evran Topuzkanamış**, a.g.m. s. 1782.

<sup>160</sup> **Uluslararası Af Örgütü**, “Dünyada korona mücadelesi: Pandemi hak ihlallerine gerekçe olamaz”, 01.04.2020 tarihli Yazısı, İnternet Kaynak: <https://amnesty.org.tr/icerik/dunyada-korona-mucadelesi-pandemi-hak-ihlallerine-gerekce-olamaz?fbclid=IwAR3R14IjInbytfygqjI6haoWbBPWxcP7TaN11TxI-h3rV01jTPI62qVuQjg>, Erişim Tarihi: 02.04.2020. Ayrıca bkz. **Uluslararası Af Örgütü**, “Avrupa Dönüm Noktasında Covid-19 Pandemisine Karşı Önlem Alırken Yetkililerin Yapması ve Yapmaması Gerekenler” Başlıklı Brifing, İnternet Kaynak: <https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/Avrupa%20D%C3%B6n%C3%BCm%20Noktas%C4%B1nda.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2020. s. 5, 9, 11.

## KAYNAKÇA

- Anadolu Ajansı:** “KKTC'de cumhurbaşkanlığı seçim yarışı hız kazanıyor”, 06.02.2020, İnternet Kaynak: <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kktcede-cumhurbaskanligi-secim-yarisi-hiz-kazaniyor/1726401>, Erişim Tarihi: 02.04.2020.
- Baş,** Sezgin: “Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları”, T. C. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2016.
- Bayrak Radyo Televizyonu:** “Erhürman: Seçimin ertelenmesi konusunda fikir birliğine vardık”, 16 Mart 2020, İnternet Adres: <https://www.brtk.net/erhurman-secimin-ertelenmesi-konusunda-fikir-birliğine-vardik/>, Erişim Tarihi: 19.03.2020.
- Cumhuriyet:** “KKTC’de Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Ertelendi”, İnternet Kaynak: <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/kktcede-cumhurbaskanligi-secimleri-ertelendi-1728275>, Erişim Tarihi: 04.04.2020.
- Çelik Ulusoy,** Demet: “Kıbrıs’ta Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru”, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunun Anayasal Yorumu, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Yorumuna ve Yargı Sistemine Etkileri: 2012-2017 Yıllarına İlişkin Yargısal Örüntülerin Karşılaştırmalı Analizi Tübitak 1001 Projesi (Yürütücü: Bertil Emrah Oder, Danışman: Başak Çalı), Akademinin Sesi Kısmında Yayımlanan Makale, İnternet Erişim: <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademini-sesi/> Erişim Tarihi: 01.04.2020. *Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim* [1964] CLR 195.
- Çulhaoğlu,** Uğur: “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”, başlıklı Av. Serkan Mesutoğlu’nun 17.03.2020 tarihli Facebook Postunda paylaşılan görüşleri, 18.03.2020.
- Ekinci,** Öner Mehmet: “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”, Av. Serkan Mesutoğlu’nun İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Postu altında, 17-18.03.2020.
- Ergül,** Ozan: “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Dolması ve Cumhurbaşkanına Vekâlete İlişkin Diğer Sorunlar”, İnternet Adresi: [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb\\_vekalet\\_diger.pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb_vekalet_diger.pdf), Erişim tarihi, 05.04.2020.
- Erhürman,** Tufan: Çare Başkanlık Sistemi mi? Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2011.

- Esen**, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Evran Topuzkanamış**, Şafak: “1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş **Tezcan**’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1767-1793.
- Gönenç**, Levent: “Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler.” Prof. Dr. Erdal **Onar**’a Armağan, Cilt- II, Ankara, 2013.
- Gönenç**, Levent: “Cumhurbaşkanı’nın Görev Süresinin Dolması ve Cumhurbaşkanına Vekalet”, İnternet Adresi: [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb\\_vekalet.pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cb_vekalet.pdf), Erişim tarihi, 05.04.2020.
- Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 5. Baskı, 2008.
- Gözler**, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, ss. 15-119.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Ağustos 2018.
- Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 22. Baskı, Bursa, Eylül 2018.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, VIII+320 s. İnternet Kaynak: [www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.htm](http://www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.htm); Erişim Tarihi: 02.04.2020.
- Gündem Kıbrıs**: “Cumhurbaşkanlığı Seçimi 11 Ekim’e Ertelendi”, 19.03.2020. İnternet Adresi: <https://www.gundemkibris.com/kibris/cumhurbaskanligi-secimi-11-ekime-ertelendi-h292006.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2020.
- Gündem Kıbrıs**: “Cumhurbaşkanlığı seçimi 11 Ekim’e ertelendi”, 19.03.2020. İnternet Adresi: <https://www.gundemkibris.com/kibris/cumhurbaskanligi-secimi-11-ekime-ertelendi-h292006.html>, Erişim Tarihi: 01.04.2020.
- İhlas Haber Ajansı**: Emir Abdurrahman Bulut’un Haberi, “KKTC’de Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Ertelenmesi Gündemde”, 16 Mart 2020 İnternet Kaynak: <https://www.ih.com.tr/haber-kktcde-cumhurbaskanligi-seciminin-ertelenmesi-gundemde-833089/>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.
- İzmir**, Gökalp: “Milletvekilliği Seçilme Yeterliliği ve Bu Sıfatın Kazanılması”, Yasama Dergisi, 2011, 51-116. İnternet Kaynak:

- [http://www.yasader.org/web/yasama\\_dergisi/2011/sayi18/51-116.pdf](http://www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2011/sayi18/51-116.pdf),  
Erişim Tarihi: 12.04.2020.
- Kalabalık**, Halil: “İdari Yargılama Usulü”, 4. Baskı, Konya 2011, s. 11’den aktaran **Tetik**, Ahmet Talha: “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, ss. 249-276.
- Karahanoğulları**, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Keskin**, Ömer Faruk: 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhurbaşkanının Görev ve Yetkileri, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019.
- Kıbrıs Gazetesi**, “Cumhurbaşkanı Akıncı: Hakkımızda işlem yapılmasını bekliyoruz”, 16.04.2020. İnternet Kaynak: <https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/cumhurbaskani-akinci-hakkimizda-islem-yapilmasini-bekliyoruz-h87317.html> Erişim Tarihi: 16.04.2020.
- Kıbrıs Haberci Gazetesi**, “Arıklı: “Anayasa Mahkemesi’ne iptal dava dosyamızı gönderdik”, İnternet Adresi: <https://www.kibrishaberci.com/arikli-anayasa-mahkemesine-iptal-dava-dosyamizi-gonderdik/>, Erişim Tarihi: 18.06.2020.
- Kıbrıs Gazetesi**, “YDP’nin Cumhurbaşkanı’nın görev süresiyle ilgili açtığı dava karar için süresiz ertelendi”, İnternet Kaynak: <https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/ydpnin-cumhurbaskaninin-gorev-suresiyle-igili-actigi-dava-2-h90992.html>, Erişim Tarihi: 21.06.2020.
- KKTC Başbakanlık Basın ve Enformasyon Dairesi**, 12 Mart 2020 tarihli basın açıklaması. <http://basbakanlik.gov.ct.tr/>
- KKTC Başbakanlık**, 16 Mart 2020 tarihli basın açıklaması. <http://basbakanlik.gov.ct.tr/>.
- KKTC Cumhurbaşkanlığı**, Cumhurbaşkanlığından Yapılan Açıklama için bkz. İnternet Kaynak: <https://kktcb.org/tr/cumhurbaskani-mustafa-akinci-icinden-gecilmekte-olan-surecle-igili-degerlendirmelerde-bulundu-7581>.
- Lerner**, Hanna: “Constitution writing in deeply divided societies: the incrementalist approach”, Nations and Nationalism, January 2010, Vol. 16, Iss. 1, pp. 68-88. Çeviren: **Çağ**, Burak, **Eren Koç**, Elif: “Derinden Bölünmüş Toplumlarda Anayasa Yazımı: Aşamalı Yaklaşım”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, ss. 485-504, 2015.

- Mesutoğlu**, Serkan: “Ertelenmesi Tartışılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri Hakkında”, İnternet Üzerinden 17.03.2020 tarihli Facebook Postu, 17.03.2020 ve 18.03.2020.
- Necatigil**, Zaim: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları”, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2015.
- Oladele**, Kayode: “The Doctrine of Necessity in Perspective”, İnternet Kaynak: <http://chatafrik.com/articles/politics/the-doctrine-of-necessity-in-perspective>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.
- Orhan**, Salim: “Devlet Akli Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-I Mahsusa”, DÜHFD, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, ss. 375-409. s. 391.
- Önok R. Murat, Önay**, Işık: “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2): 847-895.
- Özay İl Han**: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, 2002. ss. 275-286.
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 17. Basım.
- Özersay**, Kudret “The Excuse of State Necessity and Its Implications on the Cyprus Conflict, Perceptions”, Winter, 2004-2005.
- Özkul**, Fatih: 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Anayasa Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Papastylianos**, Christos: “The Cypriot Doctrine of Necessity within the Context of Emergency Discourse: How a Unique Emergency Shaped a Peculiar Type of Emergency Law”, The Cyprus review, vol. 30:1 spring, 2018.
- Sağlam**, Fazıl: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa, 2015.
- Sancar**, Mithat: “Devlet Akli Kısıncında Hukuk Devleti”, İletişim Yayınları, 3. Baskı, 2004.
- Sır**, Onur: “Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Tijen **Dündar Sezer**, 2010.
- Skoutaris**, Nikos, “Fact sheet on legal foundations for fiscal, economic, and monetary integration: Cyprus”, The Choice for Europe Since Maastricht Salzburg Centre of European Union Studies, İnternet

- kaynak: [https://emuchoices.eu/wp-content/uploads/2016/08/ CYPRUS.pdf](https://emuchoices.eu/wp-content/uploads/2016/08/CYPRUS.pdf), Erişim Tarihi: 20.02.2017.
- Stavskyt**, Mark M.: “The Doctrine of State Necessity in Pakistan”, Cornell International Law Journal, Cilt. 16, 1983.
- Tanör**, Bülent, **Yüzbaşıoğlu**, Necmi: “1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 2002, İstanbul.
- Teziç**, Erdoğan: “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 51, S. 1-4, 23-43, 1985.
- Teziç**, Erdoğan: “Anayasa Hukuku”, Beta Yayınları, 23. Baskı, İstanbul, 2019.
- Trimikliniotis**, Nicos; **Demetriou**, Corina: “Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report 3”, Peace Research Institute Oslo (Prio), 2012, Norway.
- Uluslararası Af Örgütü**, “Avrupa Dönüm Noktasında Covid-19 Pandemisine Karşı Önlem Alırken Yetkililerin Yapması ve Yapmaması Gerekenler” Başlıklı Brifing, İnternet Kaynak: <https://amnesty.org.tr/public/uploads/files/Avrupa%20D%C3%B6n%C3%BCm%20Noktas%C4%B1nda.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2020. s. 5, 9, 11.
- Uluslararası Af Örgütü**, “Dünyada korona mücadelesi: Pandemi hak ihlallerine gerekçe olamaz”, 01.04.2020 tarihli Yazısı, İnternet Kaynak: <https://amnesty.org.tr/icerik/dunyada-korona-mucadelesi-pandemi-hak-ihlallerine-gerekce-olamaz?fbclid=IwAR3R14IjInbytfygqjI6haoWbBPWxcP7TaN11TxI-h3rV01jTPI62qVuQjg>, Erişim Tarihi: 02.04.2020.
- Ural**, Yurdanur: Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Konumu ve Yetkilerine İlişkin Tartışma ve Öneriler Üzerine Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2008.
- Yenidüzen**: “Akıncı’nın Gündemi: OHAL”, 15.03.2020, İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/akincinin-gundemi-ohal-124933h.htm>, Erişim Tarihi: 16.03.2020.
- Yenidüzen**: “Kapalı Odada Yapılan Seçim Hazırlığı”, İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/kapali-odada-secim-hazirligi-124948h.htm>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 1996.

### **Kullanılan Yargı Yararları**

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Kararı Sayı D.3/2004, Anayasa Mahkemesi 3/04, K.T. 21 Nisan 2004.

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar No D. 5/2015, Anayasa Mahkemesi: 6/2014, (Lefkoşa Aile Dava No: 5/2011)

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar Sayı D. 5/2018, Anayasa Mahkemesi: 5/2017, (YİM No: 246/2015), 11 Aralık 2018.

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar Sayısı D. 3/2012, Birleştirilmiş Anayasa Mahkemesi 12-13-14-15-16/2012, 6 Kasım 2012.

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Kararı Sayısı 7/2018 (D.1/2020).

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Kararı Sayısı 1/2007 (D. 2/2010).

**KKTC Anayasa Mahkemesi**, Karar Sayısı D.4/2004, Anayasa Mahkemesi 6/2004, Karara ulaşmak için bkz. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=2986>, Erişim Tarihi: 17.06.2020

**KKTC Yüksek İdare Mahkemesi**, Karar Numara:81/2007, D. No:4/2009 Sayılı Kararı, 27.02.2009, İnternet Kaynak: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=yim&yile=2009>, Erişim Tarihi: 05.04.2020.

**KKTC Yüksek İdare Mahkemesi**, Karar Sayısı D.14/05, YİM: 99/2005, K.T. 29 Haziran 2005. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3050>, Erişim Tarihi: 15.04.2020.

**T.C. Anayasa Mahkemesi Kararı**, E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.02.1977.

**T.C. Danıştay Kararı**, 12. Daire, E. 2008/7485, K. 2010/4338, K.T.21.09.2010.

**1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasa Mahkemesi**, Kararı Sayısı A.M. 2/75, Dava No. 2/75, Kararı Tarih 10 Mart 1975.

**Cyprus Law Reports 195**, The Attorney-General of The Republic, Appellant, Mustafa Ibrahim and Others, Respondents, (Criminal Appeals No. 2729, 2734, 2735), 1964, İnternet Kaynak: <http://www.uniset.ca/other/cs2/1964CLR195.html>, Erişim Tarihi: 21.03.2020.

**KKTC Yüksek Seçim Kurulu**: 1 Numaralı Seçim Bildirisi, 28.02.2020, İnternet Adres: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/02/dno1.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

**KKTC Yüksek Seçim Kurulu**: 5 Numaralı Karar, İnternet Adres: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/01/Dno5.docx>, Erişim Tarihi: 05.04.2020



**KKTC Yüksek Seçim Kurulu:** Seçim Takvimi, 24 Ocak 2020, İnternet Adresi: <http://ysk.mahkemeler.net/wp-content/uploads/2020/01/secimtakvimi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2020.

**T.C. YSK Kararı:** Karar No: 76, k.t. 12.2.1985. YSK Kararı 1997/185.

### **Kullanılan Mevzuat**

**1985 KKTC Anayasası,** 1985 KKTC Anayasası Metni için bkz. İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa/anayasa.doc>, Erişim Tarihi: 13.03.2020.

**35/85 Sayılı Yüksek Adliye Kurulu Yasası,** <https://www.mahkemeler.net>, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

**5/1976 Sayılı Seçim ve Halkoylaması Yasası,** İnternet Kaynak: <https://www.mahkemeler.net>, Erişim Tarihi: 16.03.2020.

**KKTC Cumhuriyet Meclisi İçtüzüğü,** İnternet Adresi: <http://www.cm.gov.nc.tr/ictuzuk>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

**KKTC Cumhuriyet Meclisi,** “Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Ertelenmesine İlişkin Karar”, İnternet Adres: <https://basimevi.gov.ct.tr/>, 19.03.2020 tarihli ve 46 Sayılı Resmî Gazete, s 11, Karar No: 62.3.2020. Erişim Tarihi: 23.03.2020.

**KKTC Resmî Gazete,** 19.03.2020 tarihli ve 46 Sayılı Resmî Gazete, s. 11, Karar No: 62.3.2020, İnternet Kaynak: <https://basimevi.gov.ct.tr/>, Erişim Tarihi: 03.04.2020.

**Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin 15 NİSAN 1995 Tarihinde Yapılması Yasası,** İnternet Kaynak: <http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/arama/results.aspx?k=10/1995&cs=Bu%20Site&u=http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/yasalar> , Erişim Tarihi: 18.03.2020.

**Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin 15 NİSAN 2000 Tarihinde Yapılması Yasası,** İnternet Kaynak: <http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/arama/results.aspx?k=13/2000&cs=Bu%20Site&u=http://evrak.cm.gov.nc.tr/siteler/belgeler/yasalar>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

**T.C. 1961 Anayasası,** İnternet Kaynak: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, Erişim Tarihi: 24.03.2020.

**T.C. 1982 Anayasası** İnternet Kaynak: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

## JEAN BODIN'İN SİYASET FELSEFESİNDE DEVLET VE EGEMENLİK

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787687>

*Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ\**

### Öz

*Modern devlet teorisinin temel ilkesine göre, devlet, kendi yetki alanı içinde hukukun en üstün ve tek kaynağıdır. Bu ilkeyi ilk defa, Les Six Livres de la Republique (1576) adlı eserinde Fransız siyaset felsefecisi Jean Bodin ileri sürmüştür. Bu ilke daha önceki çağlarda Roma Hukukunda legibus solutus ya da suprema lex ile ve 13.yüzyıl Kilise hukukçularının Papaya ve imparatora atfettikleri “plenitudo potestatis” niteliği ile ilan edilmiş olsa da, Bodin'in egemenlik teorisi devrim niteliğindedir. Bodin'e siyaset felsefesi alanında devrimci sıfatının verilmesine neden olan temel özellik, ondan önce kimsenin egemenlik ilkesini açık bir şekilde tanımlamamış ve onun ortaya koyduğu bir içerikte savunmamış olmasıdır. Ortaçağ hukuk anlayışına göre, prensin yasa yapma ve değiştirme yetkisi olmasına rağmen, aynı prens mevcut yasaları korumak ve onlara uymakla yükümlüydü. Fakat Bodin, teorisi ile egemene geniş bir hareket sahası tanımıştır. Buna göre, egemen, istediği zaman yasa yapabilmeli ve değiştirebilmelidir. Bu anlamda Bodin, egemenlik ilkesini mutlak ve sürekli en üstün emretme gücü olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte, egemenliğin mutlak olması onun sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Egemen, ilahi ve doğal yasalara uymakla yükümlüdür. Bodin, kendinden önceki teorisyenlerin ele almadığı egemenlik ilkesini somut olarak tanımlamış ve dünyevi bir meşruiyet zeminine oturtmuştur. Bodin'in egemenlik teorisi siyasal düşünce tarihinde, hukuk düzeninin temelini mevcut yasalardan, yasa yapan prene kaydıran kavramsal bir devrim olmuştur.*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: serkan.ekiz@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8982-6946> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.06.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 02.06.2020/Makale Kabul Tarihi: 12.07.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Bodin, devlet, egemenlik, Les Six Livres de la Republique, Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*

**JEAN BODIN'S POLITICAL PHILOSOPHY ON STATE  
AND SOVEREIGNTY****Abstract**

*One of the main principles of modern political philosophy is that, state is the supreme and only source of law within its jurisdiction. This principle was first asserted by the French political philosopher Jean Bodin in his credited book, Les Six Livres de la Republique (1576). Although it was declared earlier by Roman law as *legibus solutus* or *suprema lex* and then in 13th century by Canonists to attribute “*plenitudo potetatis*” to Pope and to the Emperor, Bodin's theory of sovereignty deserves to be qualified as revolutionary. The key feature of Bodin's theory is that noone has ever attempted to define the concept as clear cut as Bodin did and moreover defended it with that content. According to medieval legal discourse , the king has power to make law and amend it at his will but he was bound by the recent laws. But Bodin enabled the king to make law and amend them at his will without any bounds other than divine and natural law. Hence, Bodin defined sovereignty as “absolute”, “perpetual” and supreme power to command. Bodin identified and justified the concept perceptibly which earlier theorists avoided. Bodin's theory on sovereignty can be seen as a shift in the history of political thought since the foundations of legal order was transferred to law making prince from the existing laws and thereby marks a conceptual revolution.*

**Keywords**

*Bodin, state, sovereignty, Les Six Livres de la Republique, Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*

## GİRİŞ

Egemenlik kavramı siyaset bilimciler, hukukçular ve sosyologlar tarafından farklı anlamlarda kullanılagelen ve çeşitli kuramların temel dayanağını oluşturan önemli bir kavramdır<sup>1</sup>. Ancak egemenlik, çoğunlukla devlet ile birlikte ele alınan ve incelenen bir kavram olduğu için, bu kavramın hukuksal ve siyasal boyutu daha fazla ilgi görmüş ve daha fazla inceleme konusu olmuştur<sup>2</sup>. Kavramın, kamu hukuku açısından taşıdığı önemin temelinde ise, “egemenlik” in bir siyaset ve hukuk kavramı olarak ortaya çıkışının, deneysel bilimin, siyasal bireyciliğin, endüstrileşmenin ve milliyetçiliğin ortaya çıkması gibi, Avrupa'nın Ortaçağdan modern çağa yönelişini simgeleyen tarihsel bir kırılma noktası oluşturması ve buna bağlı olarak, modern devlete doğru atılan önemli bir adım niteliği taşıyor olması yatmaktadır<sup>3</sup>.

Kavramların belli bir ihtiyacı karşılamak için ortaya çıktığı ve ortaya çıkışlarından önce bir oluşum, ortaya çıkmalarından sonra ise bir gelişim ve değişim aşaması geçirdikleri bilinmektedir<sup>4</sup>. Bu anlamı ile egemenlik kavramının 16. ve 17. Yüzyıllarda doğduğu, 18. Yüzyıl ile 20. Yüzyıllar arasında bir gelişim yaşadığı ve yaşadığımız yüzyılda da siyasal ve hukuksal alandaki diğer temel kavramlar ve doktrinler gibi değişime uğradığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere bir siyaset bilimi ve kamu

<sup>1</sup> **Krasner**, Stephen D.: “Problematic Sovereignty”: Problematic Sovereignty, Contested Rules and Political Possibilities, Stephen D. Krasner (ed.), Columbia University Press, New York, 2001, s. 5; **Jackson**, John H.: “Sovereignty, Subsidiarity, and Separation of Powers: The High-wire Balancing Act of Globalization”: The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec, Daniel L. M. Kennedy and James D. Southwick (eds.), Cambridge University Press, 2002, s. 15; **Koç**, Yunus: “Yeniçağda Kavram Olarak Egemenliğin Analizi: Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau Üzerine”: ASEAD, C.6, S. 12 (2019), s. 334, 335.

<sup>2</sup> **Turan**, Mehmet: “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2003, s. 215; **Schmitt**, Carl: Political Theory, Four Chapters on the Concept of Sovereignty, Translated by George Schwab, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1988, s. 16.

<sup>3</sup> **Jackson**, Robert: “Introduction: Sovereignty at the Millennium”: Sovereignty at the Millennium, Robert Jackson (ed.), Blackwell Publishers, Oxford, 1999, s. 1; **Jackson**, Robert: “Sovereignty in World Politics: A Glance at the Conceptual and Historical Landscape”: Sovereignty at the Millennium, Robert Jackson (ed.), Blackwell Publishers, Oxford, 1999, s. 9; **Turan**, s. 215.

<sup>4</sup> **Koçak**, Mustafa: Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi; Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar), Seçkin, Ankara, 2006, s. 72.

<sup>5</sup> **Jackson**, Introduction, s. 1.

hukuku kavramı olarak “egemenlik”’in uzun ve çalkantılı bir tarihi vardır<sup>6</sup>. Buna ek olarak, egemenlik kavramı, modern siyasal ve hukuksal kavramlar arasında anlamı en belirsiz ve en kapsamlı olanlarından birisidir<sup>7</sup>. Bodin’den bu yana egemenlik kavramı siyaset bilimcileri ve hukukçular için tartışmalı bir konu olmuştur ve bu özelliğini günümüze kadar sürdürmüştür<sup>8</sup>. Kavrama tarihin farklı dönemlerinde atfedilen anlam ve tanımlar, bu konuda yapılan tartışmalar çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Bu makale, öncelikle ve temel olarak Bodin’in devlet ve egemenlik kuramının ne anlama geldiği ve Bodin’in bu düşünceleri ortaya atmasına neden olan siyasal ve toplumsal koşulların neler olduğu sorularına cevap aramaktadır. Bodin’in devlet ve egemenlik kuramının incelenmesi, siyaset bilimi ve kamu hukuku alanında günümüzde süregelen tartışmalar bakımından da önemlidir. 16. Yüzyıl ile 19. Yüzyıllar arasında felsefi düzeyde cereyan eden tartışmaların ve ileri sürülen fikirlerin, 20. Yüzyıla gelindiğinde sistemli birer siyasal ve hukuksal kuram ve son tahlilde kurumlar haline geldikleri görülmektedir. Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ilkesi, insan hakları ile sınırlanmış egemenlik anlayışı ve bu anlayış temelinde devam eden tartışmaların çözümlenmesinde, egemenlik ilkesinin başlangıç noktasının ve bu ilkenin fikir babası olan Bodin’in devlet ve siyaset felsefesinin ele alınmasının önemi kendisini daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bir kavramın tarihsel ve felsefi gelişiminin incelenmesinde, bu kavramı ortaya atan düşünürün geçmişinin, içinde yaşadığı toplumsal çevrenin ve düşünürün eserlerinin hedef kitesinin -dahası söz konusu dönemde hakim olan siyasal ortamın- göz önünde bulundurulması gerekir. Bu yaklaşımın, Bodin’in yaşadığı dönemde hakim olan toplumsal bilincin ve Bodin’in devlet ve egemenlik kuramına karşılık gelen siyasal yapının anlaşılmasında sağlayacağı katkı tartışma götürmez bir gerçektir. Bu anlamda makaleye Bodin’in yaşamının önemli noktalarını içeren kısa bir yaşam öyküsü ile başlanacaktır. Ardından, Bodin’in devlet ve egemenlik anlayışının şekillenmesinde önemli bir etkisi olan *Methodus Ad Facilem Historiarum Cognitionem* (*Methodus*) ele alınacak ve bu eserin satır aralarında devlet ve egemenlik anlayışının izleri takip edilecektir. Kişisel ve düşünsel arka plan böylece ortaya konduktan sonra, çalışmamızın esasını oluşturan *Les Six Livres de la*

<sup>6</sup> **Crawford**, James: *The Creation of States in International Law*, Oxford: Clarendon, 1979, s. 26.

<sup>7</sup> **Parker**, David: “Law, Society and The State in The Thought of Jean Bodin”; *History of Political Thought*, Vol.2, No.2 (Summer 1981), s. 253.

<sup>8</sup> **Lloyd**, Howell A.: “Sovereignty: Bodin, Hobbes, Rousseau”; *Reveu Internationale de Philosophie*, Vol.45, No 179(4), 1991, s. 354.

*Republique (Republique)* adlı kitabında ortaya koyduğu devlet ve egemenlik anlayışı ele alınacaktır. Bodin'in devlet ve egemenlik anlayışı, her biri ayrı bir soru olarak tasarlanmış başlıklar altında incelenecek ve Bodin'in bu iki kurum hakkındaki düşünceleri, doğrudan *Republique*'deki kendi cümlelerine yapılan atıflarla ele alınacaktır.

## I. BODIN'İN YAŞAMI

Bodin, siyasal fikirleri, kişisel deneyimlerinin baskısı altında gelişmiş bir yazardır<sup>9</sup>. 1529 ya da 1530 yılında, Fransa'nın Angers kentinde burjuva sınıfına mensup bir ailenin yedi çocuğundan birisi olarak dünyaya gelen Bodin, ilk eğitimini bir rahip olmak için Carmelites'de teoloji ve hümanizm üzerine almıştır<sup>10</sup>. 1545 yılında Yunanca ve İbranice öğrenmek için Paris'e giden Bodin, burada bir taraftan dil eğitimine devam ederken, diğer yandan da klasik ve hümanist düşünürler ile ilgili bilgilerini arttırmıştır<sup>11</sup>. Paris'te geçirdiği süre, Bodin'e genç yaşta önemli bir bilgi birikimi sağlamıştır<sup>12</sup>. 1550'lerde, Fransa'daki hukuk eğitiminin merkezi olan Toulouse Üniversitesinde hukuk eğitimi alan Bodin, aynı üniversitede 1561 yılına kadar öğretim üyeliği de yapmıştır<sup>13</sup>. Bu tarihte öğretim üyeliğinden ayrılan Bodin, avukatlık yapmak için Paris'e gitmiş<sup>14</sup>, tarih, iktisat ve doğa bilimleri üzerine de incelemelerde bulunmuştur<sup>15</sup>. Bu durum, onun çok üretken olduğu ve birbirinden tamamen farklı üç farklı konuda yazılar yazdığı 1560'larda açıkça görülmektedir<sup>16</sup>. Bodin, 1566'da tarihsel verilerden yola çıkarak

<sup>9</sup> **Dunning**, Wm. A.: "Jean Bodin on Sovereignty": *Political Science Quarterly*, Vol.11, No.1 (Mar.,1896), s. 84.

<sup>10</sup> **Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent: *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge Kitabevi, 4. Baskı, 2009, s. 10; **Şenel**, Alaeddin: *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Tarihöncesinde, İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Bilim ve Sanat Yayınları, 4.Kısaltılmış Basım, Ankara, 1995, s. 311; **Beaulac**, Stephane: *Power of Language in the Making of International Law: The Word "Sovereignty" in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2004, s. 102.

<sup>11</sup> **Beaulac**, Stephen: "The Social Power of Bodin's 'Sovereignty' and International Law": *Melbourne Journal of International Law*, C.4 (2003), s. 6; **Beaulac**, Power of Language, s. 102.

<sup>12</sup> **Dunning**, s. 85.

<sup>13</sup> **Abadan**, Yavuz; *Devlet Felsefesi, Seçilmiş Okuma Parçaları*, AÜSBFY, S. 98-80, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1959, s. 237; **Ağaoğulları/Köker**, s. 15; **Şenel**, s. 311; **Beaulac**, Power of Language, s. 102.

<sup>14</sup> **Abadan**, s. 237.

<sup>15</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 15.

<sup>16</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 8.

tarihin ve hukukun genel ve evrensel ilkelerini ortaya koymaya çalıştığı “*Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem (Methodus)*”’i, 1578’de 1560’ların ortasında taslak olarak hazırladığı evrensel hukuk hakkındaki “*Juris Universi Distributio*”’yu ve 1568’de de enflasyon ekonomisi üzerine yazdığı “*La Response a M de Malestroit*”’i yayınlamıştır<sup>17</sup>.

Yayınları ile Kraliyet Mahkemesinin dikkatini çeken Bodin’e bir dizi kamu görevi verilmiştir<sup>18</sup>. Bunlar arasında Normandiya’daki orman imtiyazlarının reformundan sorumlu komisyon üyeliği ve Kral XII. Charles’ın kardeşi Polonya Monarkı Henri’ye gelen elçileri kabul eden delegasyon üyeliği en önemlileridir<sup>19</sup>. 1571’de Kralın en küçük kardeşi Alençon Dükü François’in danışmanı olarak atanan Bodin, bu kamusal görevleri sayesinde zaman zaman kendisini de oldukça tehlikeli durumlara düşüren diplomatik entrikaları doğrudan gözlemlene imkanı bulmuştur. Bu entrikalar, Bodin’i sonraki iki yıl boyunca kamu görevinden uzaklaşmaya zorlamıştır<sup>20</sup>. Bodin, Fransa’da Protestanlar ile Katolikler arasındaki çatışmada monarşiyi destekleyen Politikler Partisinin liderlerinden birisi olan Dük Aleçhon’un hizmetindeyken, Politiklerin dinsel uzlaşma ve hoşgörünün sağlanmasının ancak krallık erkinin güçlendirilmesi ile mümkün olacağı yönündeki görüşleri ile tanışmıştır<sup>21</sup>. 1572 yılında meydana gelen Saint Barthelemy katliamı, Politiklerin dinsel hoşgörü fikrinin haklılığını çok açık bir şekilde ortaya koymuştur<sup>22</sup>. Gerçekten de 16. yy. Fransız düşünürleri tek devlet içinde çeşitli dinlere hoşgörü gösterilebileceğini öngören ilk düşünürler arasında yer almaktadırlar<sup>23</sup>. Bu dönem düşünürlerinin çoğunluğu Katolik olmalarına rağmen, milliyetçi fikirleri ile ön plana çıkmış ve Fransa’da, Hıristiyanlığın bölünmüşlüğüne ortadan kaldırılamayacağı ve hiçbir mezhebin bir diğerine üstünlük sağlayamayacağı gerçeğini kabul etmişlerdi. Bu nedenle bu düşünürlerin temel görüşü, kurtarılabilir ne varsa kurtarmak ve dinsel birlik

<sup>17</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 8; **Beaulac**, Power of Language, s. 102.

<sup>18</sup> **Dunning**, s. 85.

<sup>19</sup> **Beaulac**, Power of Language, s. 103.

<sup>20</sup> **Beaulac**, Power of Language, s. 104.

<sup>21</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 12; **Şenel**, s. 312.

<sup>22</sup> **Salavastru**, Andrei Constantin: “Royalist Rhetoric During The French Wars of Religion: Jean Bodin’s ‘Royale’ Monarchy”: Argumentum, Journal of the Seminar of Discursive Logic, Argumentation Theory and Rhetoric, Vol.17, No.1 (2019), s. 99.

<sup>23</sup> **Halter**, M. Helene: Bodin and Althusius on the Nature of Sovereignty, A Thesis in The Department of Political Science, Presented in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Masters of Arts at Concordia University, Montreal, Quebec, Canada, April, 1995, s. 8; **Salavastru**, s. 99-101.

kaybedilmiş olsa bile Fransız milletini bir arada tutmak olmuştur<sup>24</sup>. Saint Barthelemy katliamının Fransa'da tetiklediği dinsel iç savaşın ülkenin geleceğini tehlikeye attığını gören Bodin, Fransa'nın bu krizi atlatabilmesinin yolunun siyasetin ahlaklaştırılarak bir an önce düzenin kurulması gerektiğini savunmuştur<sup>25</sup>. Bodin, kralın mutlak erkini egemenlik kavramı ile pekiştirdiği ve en büyük eseri olarak kabul edilen "*Les Six Livres de la Republique (Republique)*"yi işte bu siyasal düşünce iklimi içinde ve toplumsal koşullar altında kaleme almış<sup>26</sup> ve Saint Barthelemy katliamından dört yıl sonra, 1576'da yayınlamıştır<sup>27</sup>. Bu kitap, kraliyet gücünü, barışın ve düzenin sağlanmasındaki en etkili güç olarak gören ve bu nedenle kralın bütün dinsel mezheplerin ve siyasal partilerin üzerinde ulusal birliğin merkezi olmasını isteyen ılımlı düşünürler için entelektüel bir temel oluşturmuş ve aynı görüşü savunan Politikler Partisi'nin Fransa'da kraliyet gücünü yeniden canlandırma programının doğrudan ve kapsamlı bir ifadesi olarak kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

1576'da Laon Kraliyet Savcılığı'na atanan Bodin, aynı zamanda siyasete de girerek Blois'de toplanan Etats Generaux<sup>29</sup>,ya Varmondois bölgesinin *tiers-etat* (üçüncü tabaka) temsilcisi olarak katılır<sup>30</sup>. Bodin bu mecliste, burjuvazinin o dönemdeki tutumuna uygun olarak, aristokrasi ve din adamlarına karşı kralın haklarını ve monarşiyi savunmuştur<sup>31</sup>. Ancak, devlet mülkünün dokunulmazlığı yönündeki söylemleri kralın tepkisini çekmiş ve bunun üzerine Bodin, yeniden, Aleçhon Dükü'nün yanına dönmüştür<sup>32</sup>. Aleçhon Dükü'nün İngiltere kraliçesi Elizabeth ile evlenmek amacıyla 1581'de düzenlediği İngiltere gezisine katılan Bodin, bu gezi boyunca İngiltere'nin siyasal kurum ve gelenekleri üzerine yaptığı gözlemlerin

<sup>24</sup> **Dunning**, s. 85 ve 86.

<sup>25</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 12.

<sup>26</sup> **Akad**, Mehmet/**Dinçkol**, Bihterin Vural/**Bulut**, Nihat: Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 12. Basım, İstanbul, 2016, s. 98; **Dunning**, s. 86.

<sup>27</sup> **Beaulac**, Power of Language, s. 104.

<sup>28</sup> **Halter**, s. 8.

<sup>29</sup> Fransız Genel Meclisi. Bu meclis toplumsal zümreler temelinde seçilen temsilcilerden oluşmaktadır. Mecliste birinci zümreyi Aristokratların, ikinci zümreyi din adamlarının, üçüncü zümreyi de halk ve halkın temsilcileri oluşturmaktadır. Ancak, o dönemde halk, bugünkü anlamından farklı olarak, işçiler ve köylüler dışında kalan, soylu olmayan zengin orta tabakayı ifade etmektedir. **Şenel**, s. 312.

<sup>30</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 12.

<sup>31</sup> **Abadan**, s. 237; **Şenel**, s. 312.

<sup>32</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 9.



*Republique'de* ileri sürdüğü görüşleri doğruladığını görerek Fransa'ya döndüğünde bu eserini Latince'ye çevirerek 1586'da yayınlamıştır<sup>33</sup>.

Aleçhon Dükünün 1584 yılında ölmesiyle, Bodin kamu görevinden kalıcı olarak emekliye ayrılmış ve ailesi ile birlikte Laon'a yerleşmiştir. Ancak Bodin'in yaşamının bu döneminin de huzur içinde geçtiği söylene-  
mez. Çünkü, III.Henri'nin 1589'da bir suikast sonucu öldürülmesi Fransa'da yeni bir din savaşları döneminin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>34</sup>. Bir Protestan olan yeni Kral IV.Henri'nin, Katolik Birliğine karşı çıkarak, Laon dahil Fransa'nın bir bölümünün kontrolünü ele geçirmesi, işini, ailesini, malvarlığını ve dahası kendi yaşamını tehlikeye atmaktan çekinen Bodin'in, meşruluk, itaat ve hoşgörü gibi savunduğu temel ilkelere aykırılık oluşturmaya rağmen, Katolik Birliği ile işbirliği yapmaya zorlamıştır<sup>35</sup>. 1594'de ortalığın yatışmasıyla birlikte Bodin, Fransa'da düzeni sağlamak adına Protestanlığı bırakıp Katolik olan Kral IV.Henri'nin gözdesi haline gelmiştir<sup>36</sup>. 1594 ile vebadan öldüğü 1596 yılı arasında Bodin, doğa bilimlerinin ilkeleri üzerine "*Universae Naturae Theatrum*"u ve 1857 yılına kadar yayınlanmayan dinin doğası üzerine "*De Colloquium Heptaplomeres*"i yazmıştır.

## II. KURAMSAL ARKAPLAN OLARAK "METHODUS AD FACILEM HISTORiarUM COGNITIONEM"

Bodin'in, egemenlik teorisinin izleri, bu teorinin aslen ele alınıp detaylandırıldığı *Republique'den* önce kaleme aldığı *Methodus Ad Facilem Historiarum Cognitionem'de* bulunabilmektedir<sup>37</sup>. 1566 yılında yayınlanan bu eserinde Bodin, karşılaştırmalı bir tarih incelemesi yöntemi ile ilahi ve doğal hukukun evrensel ilkelerini tespit etmeye çalışmıştır<sup>38</sup>. Bodin bu çalışmasının başında, hukuk alanındaki incelemelerde o güne kadar kullanılan yöntemi eleştirmekte, bu yöntem ile ilahi ve doğal hukukun ilkelerine ulaş-

<sup>33</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 9; **Abadan**, s. 237.

<sup>34</sup> **Beaulac**, Power of Language, s. 105.

<sup>35</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 10; **Ağaoğulları/Köker**, s. 13; **Beaulac**, Power of Language, s. 105.

<sup>36</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 10; **Ağaoğulları/Köker**, s. 13.

<sup>37</sup> **Korkut**, Levent; "Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları": İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2(1), Bahar 2015, s. 31, 32; **Smith**, Constance: "Jean Bodin and Comparative Law": Journal of History of Ideas, Vol.25, No.3 (Jul.-Sep., 1964), s. 417.

<sup>38</sup> **Engster**, Daniel; "Jean Bodin, Scepticism and Absolute Sovereignty": History of Political Thought, Vol.XVII, No.4, Winter 1996, s. 471.

lamayacağı tezini savunmaktadır<sup>39</sup>. Dönemin alışagelen hukuk incelemelerinde ön plana çıkan yöntem, Roma Hukukunun bütün zamanlarda ve toplumlarda geçerli olabilecek hukuk ilkelerini içeren yazılı hukuk metni olduğunu varsaymaktı<sup>40</sup>. Fransız hukuk teorisyenleri 16.Yüzyılda bu yöneme itiraz etmişler ve Roma Hukukunun Roma tarihinin kendine özgü gelişiminin bir ürünü olduğunu, bu hukukun Roma devletinin farklı dönemlerinde yapılmış, farklı hüküm ve yasaların bir araya getirilmesi ile meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir<sup>41</sup>. İlgilerini Roma ve geleneksel hukuka yoğunlaştıran bu yazarlara göre, insan yasalarının, evrensel hukukun ilkeleri ile çok az ilişkisi vardır ve bu yasalar zaman içinde oldukça değişkenlik göstermektedir<sup>42</sup>. Örneğin bu hukukçulardan François Hotman'ın "*Antitribonian*" adlı eserinin üçüncü bölümü, "*Roma Cumhuriyeti Devleti, Justinianus'un Kitaplarından Bile Öğrenilemeyecek Kadar Fransız Devletinden Farklıdır*" başlığını taşımaktadır<sup>43</sup>. Hotman, bu başlık altında, tarihin sürekli bir değişim içinde olduğunu, siyasal toplulukların da hükümet yapılarına, büyüklüklerine, silahlı güçlerine ve başka bazı özellikleri bakımından da farklı olduğunu ve bu nedenle belli bir toplumun yasalarının bir başka topluma uygulanabilir kabiliyete sahip olmadığını ileri sürmüştür. Bodin de *Methodus*'da hukukun evrensel ilkelerinin Roma Hukuku külliyatından çıkartılamayacağını ileri sürmektedir:

"...(hukukçular) belli bir devletin mevzuatının bir parçası olan Roma Hukuku konusu ile meşgul olmaktadırlar. Bunu ne kadar bilgece yaptıklarını tartışmıyorum. Yine, sanattan daha onurlu ve değerli bir şey tasavvur edilemez. Ben, kısa bir dönem içinde değişikliğe uğramış Roma hükümlerinden evrensel hukuk ilkeleri çıkartma anlamsızlığını dikkate almıyorum. Bu çaba özellikle anlamsızdır..."<sup>44</sup>.

Bodin'e göre, Roma yasalarının çoğunun hükmü değiştirilmiş, kalanları altüst edilmiştir. Dokunulmayan hükümlerin de çoğu eskimiştir. Roma Hukuku olsa olsa, "*belli bir devletin*" hukuku olmaktan başka bir şey değil-

<sup>39</sup> **Korkut**, s. 32.

<sup>40</sup> **Engster**, Scepticism, s. 471.

<sup>41</sup> **Engster**, Daniel: Divine Sovereignty, The Origins of Modern State Power, Northern Illinois University Press, DeKalb, Illinois, 2001, s. 56, 57.

<sup>42</sup> **Engster**, Scepticism, s. 472; **Smith**, s. 418.

<sup>43</sup> **Hotman**, François: Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps. Sur l'estude des loi Broché (Universite de Saint Etienne, 1980)'den aktaran **Engster**, Divine Sovereignty, s. 57.

<sup>44</sup> **Bodin**, Jean: Method For The Easy Comprehension of History, Translated by Beatrice Reynolds, New York: Columbia University Press, 1945, s. 2.

dir<sup>45</sup>. Bodin'e göre, yalnız Roma Hukukunu inceleyerek evrensel bir hukuk bilimi ortaya koymaya çalışmak anlamsızdır. Yeni bir evrensel hukuk bilimi zorunludur. Hukukçuların "*Roma yasalarından evrensel hukuk ilkeleri çıkarma*"<sup>46</sup> çabalarını eleştirmesinin ardından Bodin, kendi yöntemini şu şekilde açıklamaktadır;

"...hukuku yaratmanın ve devleti yönetmenin tek yolu bulunduğunu öğreten Platon'u okumaları gerekir; akil adamlar bütün devletlerin, ya da en ünlü devletlerin hukuksal yapılarını bir araya getirmeli ve bunları karşılaştırmalıdır ve bunların en iyi (bölümlerini) derlemelidirler."<sup>47</sup>.

Bodin *Methodus*'da işte tam da bunu yapmayı amaçlamış, bu bağlamda evrensel hukuk tablosuna sadece ampirik bir veri ortaya koymakla kalmamış aynı zamanda farklı devletlerin yasama faaliyetlerinin değerlendirilmesinde normatif bir standart da sağlamıştır<sup>48</sup>. Bodin *Methodus*'da hükümet tiplerini tartıştığı ve en iyi devlet türünün hangisi olduğunu açıkladığı bölümde egemenlik teorisine de ilk adımını atmıştır<sup>49</sup>. Düşünür burada, egemenliğin kaynağının tek olduğunu, tarihin hiçbir döneminde ve hiçbir yerde bölünmüş ya da karma egemenliğin var olmadığını ileri sürmektedir<sup>50</sup>. Egemenliğin nitelikleri hakkında yaptığı bu tespitlere rağmen, Bodin *Methodus*'da düşünsel anlamda *Republique*'deki egemenlik anlayışının oldukça uzağındadır. Bodin, *Methodus*'da egemenliği hala geleneksel anlamıyla, bir yetkiler topluluğu olarak yorumlamaktadır<sup>51</sup>.

"Devletin egemenliğinin beş fonksiyonu olduğunu görüyorum. İlk ve en önemli olanı, en önemli devlet memurluklarını (hakimleri) yaratmak ve her birinin görevlerini tanımlamaktır; ikincisi kanunlar ilan etmek veya kaldırmak, üçüncüsü savaş ve barış ilan etmek, dördüncüsü bütün devlet memurlarından (hakimlerden) yapılan son başvuruları kabul etmek, ve son olarak yasanın hafifletici bir neden olarak düzenlemediği durumlarda ölüme veya yaşama karar vermek"<sup>52</sup>.

Bu ifadesinde, Bodin'in, yasama yetkisinin diğer yetkiler gibi egemenliğin bileşenlerinden sadece birisi olarak değerlendirmiş olduğu görülme-

<sup>45</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 58.

<sup>46</sup> Engster, Scepticism, s. 473, 474.

<sup>47</sup> Bodin, Method, s. 2.

<sup>48</sup> Smith, s. 418.

<sup>49</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 60.

<sup>50</sup> Bodin, Method, s. 31-33.

<sup>51</sup> Engster, Scepticism, s. 470; Korkut, s. 32.

<sup>52</sup> Bodin, Method, s. 172, 173.

tedir. Bunun da ötesinde *Methodus*'da egemenliğin bir bileşeni olan yasama işlevinin bir sınırı vardır;

“...yasalara karar veren kişi yasaların üstünde olmalıdır,” çünkü, yasayı yapan kişi “...bu yasayı iptal edebilir, yeniden gözden geçirebilir, geçersiz kılabilir veya eklemeler yapabilir ya da koşulların gerektirmesi halinde [bu yasanın] mutlak hale gelmesine bile izin verebilir”<sup>53</sup>.

“Fakat yasa bir kere geçtikten ve herkesin ortak rızası ile onaylandıktan sonra... prens, kendi yaptığı kanunun kapsamı dışında neden tutulsun?”<sup>54</sup>.

“Prensler, kendilerinin yasa ile bağlı olmadıklarını ve bu nedenle sadece yasalara üstün olduklarını değil aynı zamanda onlarla bağlı olmadıklarını hatta bundan daha alçakçası, bütün isteklerinin yasa gücünde olduğunu söylediklerinde, halka karşı aldatmaca kullanmış olurlar”.<sup>55</sup> Bodin'e göre meşru krallar yasalar ile bağlıdır ve bu yasaları sadece özel durumlarda ve halkın rızası ile değiştirebilirler<sup>56</sup>.

Bodin'in *Methodus*'da egemenliği sınırlı bir yetki olarak ele aldığını gösteren bir diğer saptaması, devletlerin değişiminin nedenlerine ilişkin yaptığı açıklamalarda ortaya çıkmaktadır<sup>57</sup>. Bodin'e göre Tanrı'nın ilahi ve sayısal emirlerine karşı çıkan, halkı ahlaken çökmüş ve tamahkârlığının peşine düşmüş devletlerin değişime uğramaları kaçınılmazdır<sup>58</sup>. Tanrı, hükümet değişikliklerini belli ilahi olaylara ve yıllara göre belirlemektedir. Yöneticiler ne kadar usta ve deneyimli olurlarsa olsunlar, Tanrının bu ilahi ve sayısal emrinin sonuçlarını değiştiremezler. Buna ek olarak “insanların doğası ahlaksızlığın/bozulmuşluğun içine düşmeye elverişlidir”. Bu nedenle, monarşinin tiraniye, aristokrasinin oligarşiye ve demokrasinin de oklokraşiye (avam idaresi) dönüştüğü bir rejim döngüsü vardır<sup>59</sup>. Düşünüre göre, tarih boyunca devletlerin değişiminde iki özel neden bulunmaktadır. İlk neden; insanların kabul ettikleri ve izledikleri politikaların, Tanrının dünyevi işleri yönetmek için kullandığı sayısal düzene uygun olmaması halinde ortaya çıkar<sup>60</sup>. Diğer neden, esas olarak yetki aşımı sonucunda ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>. Çünkü, “insanlar her türlü duygularla adaletten başka yöne çevril-

<sup>53</sup> Bodin, Method, s. 202, 203.

<sup>54</sup> Bodin, Method, s. 203.

<sup>55</sup> Bodin, Method, s. 203.

<sup>56</sup> Bodin, Method, s. 204.

<sup>57</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 61.

<sup>58</sup> Bodin, Method, s. 223-236.

<sup>59</sup> Bodin, Method, s. 217.

<sup>60</sup> Bodin, Method, s. 223-236.

<sup>61</sup> Engster, Scepticism, s. 480.

*meye almışlardır*” ve yöneticiler yetkilerini aşmaya ve uyruklarına zulmetmeye eğilimlidirler<sup>62</sup>. Sonuç olarak, uyruklar genellikle yöneticilerine karşı devrim yapmışlar ya da tahttan indirmesi için yabancı güçleri çağırmışlardır. Bodin bu nedenle, doğal olarak sınırlı hükümetin siyasal yönetimin en üstün şekli olduğunu ileri sürmüştür. Bodin’e göre devletlerin başındaki bu beladan kurtulmanın en uygun yolu, “*kralların kendi yasalarına itaat etmesi*”dir. Dahası bundan “*daha kutsal bir şey de yoktur*”<sup>63</sup>.

“*Bazı şeyler doğa tarafından asla yıkılmayacakmış gibi şekillendirilirken diğerleri basit bir üfürükle dağılabilecek kadar kötü şekillendirildiğinden- en iyi olanı, bu şeyin, ilk aslına göre tadil edilmesi, en kolay olanı bir dış güçle defedilmesidir; gerçekten de onu, sadece içeriden yıkmak oldukça zordur.*”<sup>64</sup>. Bodin’e göre, sınırlı hükümetler, insanlığın çöküşüne getirdiği sınırlamalar sayesinde düzensizliğe ve değişime karşı korunmaktadır<sup>65</sup>.

Bodin ardından bu tespitini tarihten verdiği örneklerle desteklemektedir; Roma, Atina, Sparta, İtalya’nın şehir devletleri, İsviçre, Almanya, Kelda, Yunanistan, Arabistan, Danimarka, İsveç, İngiltere, İspanya ve diğer ülkelerin hükümetlerinin hepsi sınırsız egemenliği uygulamışlar ve ardi arkası kesilmeyen değişikliklere maruz kalmışlardır. Sadece Fransa kalıcı ve istikrarlı bir barıştan yararlanabilmiştir<sup>66</sup>.

“*Yine de incelediklerimiz arasından açıktır ki hiçbir İmparatorluk Galyalılar kadar sağlam olmamış veya daha az iç savaş yaşamamıştır.*”<sup>67</sup> Bodin’e göre bu krallığın başarısının sırrı, “*kralliyet yetkisinin son derece sınırlı olması gerçeği*” ne dayanmaktadır<sup>68</sup>.

“*Kral Theopompus’a da atfedildiği gibi Ephor’lara yetki verildiğinde, Prensın yetkisinden ne kadar çoğunu alırsan (ve bu yanlış olmaz), yönetim de gelecek için o kadar adil ve daha istikrarlı olur. Kötü maharetleri ile prensın yetkisini arttıranlar yanılıyorlar çünkü o kişiler krallığı ve kralları yıkmaya çalışıyorlar. Gerçekten de, İmparator Theodosius’un da belirttiği gibi, soylu yetkinin hukuka tabi olması, imparatorluktan daha önemlidir.*”<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> **Bodin**, Method, s. 217-222.

<sup>63</sup> **Bodin**, Method, s. 217, 218.

<sup>64</sup> **Bodin**, Method, s. 217, 220-221.

<sup>65</sup> **Engster**, Scepticism, s. 481.

<sup>66</sup> **Bodin**, Method, s. 236-267.

<sup>67</sup> **Bodin**, Method, s. 267.

<sup>68</sup> **Engster**, Scepticism, s. 481.

<sup>69</sup> **Bodin**, Method, s. 256.

Bodin'in bu görüşü, kendinden önceki Claude de Seyssel'in ünlü eseri "*la Grand Monarchie de France (1519)*"daki görüşlerle paralellik göstermektedir<sup>70</sup>. 16.Yüzyılın başında Seyssel, anayasa ile Fransız kralının mutlak yetkileri üzerindeki bir dizi sınırlama arasında bağlantı kurmuştur. Seyssel, 1515 yılının baharında yeni kral I.François için yazdıklarında, Fransa'nın siyasal düzeninin başarısını Fransız monarşisi üzerindeki üç sınırlamaya atfetmektedir; adalet, din ve "*police*"<sup>71</sup>. Bodin'in Methodus'da yetkileri sınırlanmış kral anlayışında kullandığı dil, Seyssel'den miras kalmıştır. Bodin'in bu noktada ortaya koyduğu yenilik, bu görüşünü alışlageldik şekilde Roma Hukukuna veya gelenek hukukuna değil, evrensel tarihten devşirdiği örnekler üzerine temellendirmek olmuştur<sup>72</sup>.

Bodin daha sonra, *Methodus*'da takip ettiği genel metodolojiye uygun olarak, en iyi yönetim biçimini karşılaştırmalı bir yöntem kullanarak tespit etmeye çalışmaktadır. Bu nedenle, demokrasiyi, aristokrasiyi ve monarşiyi olumlu ve olumsuz yönlerini sayarak birbirleri ile kıyaslar<sup>73</sup>. Bodin'e göre, demokrasi belli açılardan birbirinden farklı olan insanların eşitliğine dayandığı için, bu insanlar arasındaki doğal hiyerarşiyi bozmaktadır<sup>74</sup>. "*Emir ve itaat, köleler ve efendiler, zengin ve fakir, iyi ve kötü, güçlü ve zayıf*" arasındaki doğal hiyerarşinin bozulması, toplumu düzensizliğe ve istikrarsızlığa itecektir<sup>75</sup>.

"*Yönetme bilgeliği çok az kişide bulunan doğal bir yetenektir. Pleblerden daha aptal ne olabilir? Daha ölçsüz ne olabilir? İyi insanlara karşı harekete geçtiklerinde daha çılgın ne olabilir? Livy'nin çok doğru bir şekilde söylediği gibi, 'çoğunluğun doğası öyledir ki ya uysalca hizmet eder ya da küstahça yönetir.'*"<sup>76</sup>.

Aristokrasi de benzer şekilde "*tek olanın yönetimi*" ni emreden doğanın ve Tanrının düzenine aykırı bir yönetimdir. Bu nedenle, aristokrasi yönetimlerinde de sürekli bir ayaklanma ve iç savaş görülür. Bu nedenle ilahi ve doğal düzene en uygun yönetim monarşidir<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> **Nicholls**, Sophie: "Sovereignty and Government in Jean Bodin's Six Livres de la Republique (1576)": Journal of the History of Ideas, Vol.80(1), January 2019, s. 56.

<sup>71</sup> **Nicholls**, s. 56.

<sup>72</sup> **Engster**, Divine Sovereignty, s. 62.

<sup>73</sup> **Engster**, Divine Sovereignty, s. 62.

<sup>74</sup> **Bodin**, Method, s. 268.

<sup>75</sup> **Bodin**, Method, s. 269.

<sup>76</sup> **Bodin**, Method, s. 269; **Andrew**, Edward: "Jean Bodin on Sovereignty": Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics and the Arts 2, No.2, (June1, 2011), s. 82.

<sup>77</sup> **Andrew**, s. 82.

Bodin görüşünü şu şekilde özetlemektedir;

“...şimdi, kraliyet yetkisi doğal, yani doğanın babası, Tanrı tarafından kurulduğu, Magilerin olağanüstü kararı ile seçildiği, Homer, Zenophon, Aristo, Plutarch, Dio, Appolonius, Jerome ve Cyprian tarafından övüldüğü, daha sonra Maecenas ve Agrippa ile yaptığı ciddi tartışmaların ardından Augustus tarafından kurulduğu ve son olarak bütün halkın ya da en şöhretliler olarak bilinenlerin oybirliği ile onaylandığı için ve sağlam bir deneyim olduğu için devletin en iyi şekli hakkında daha fazla ne söylenebilir?”<sup>78</sup>.

Bu nedenle Bodin’in evrensel tarih üzerine karşılaştırmalı çalışması göstermektedir ki, sınırlı monarşi en iyi hükümet şeklidir. Bu yönetim biçimi tarih boyunca ortaya çıkmış en istikrarlı, dayanıklı ve ilahi ve doğal hukukun ilkelerine en uygun yönetim biçimi olmuştur.

### III. DEVLET NEDİR?

Siyasal düşünceler tarihindeki dönüm noktaları genel olarak o güne kadar söylenenlerin yerine yeni söylenmiş sözlerden değil, o güne kadar sorulmamış sorulardan oluşmaktadır<sup>79</sup>. Ortaçağ’da Bodin’e kadar “devlet nedir ve nasıl oluşmuştur?” sorusu sorulmamış, bunun yerine “yönetici kimdir ve yetkileri nelerdir?” sorusuna yanıt aranmıştır. Fakat Bodin, bu soruyu soran ilk düşünür olarak, 16. Yüzyılda, Fransa’da ortaya çıkan yeni durumun ihtiyaç duyduğu yeni bir yaklaşım ortaya koymuştur.

Bodin’in egemenlik kuramını ortaya koyduğu *Republique*, aile, baba iktidarı, kölelik, vatandaşlık, uyrukluk, yabancılık, anlaşma, yönetim biçimleri, senato, memurlar, mali konular, adalet, devletin doğuşu, gelişimi ve batışı, devrimler ve devrimleri önlemenin yolları gibi konuların yer aldığı altı kitaptan ve bu kitaplarda yer alan toplam kırk üç bölümden oluşmaktadır<sup>80</sup>, Bodin’in bu eserinde ön plana çıkan temel özellik, kullandığı önemli terimleri dikkatlice tanımlamak suretiyle belirsizliği önleme ve bu terimlere

<sup>78</sup> Bodin, Method, s. 282.

<sup>79</sup> Tooley, M. J.: Six Books of the Commonwealth, Abridged and Translated by M. J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford: <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> .

<sup>80</sup> Bodin, Jean: Les Six Livres de la Republique’in (Devlet Üzerine Altı Kitap) Fransızca orijinali için bkz. [http://books.google.com.tr/books?id=Bu4TAAAAQAAJ&dq=Les+Six+livres+de+la+R%C3%A9publique&printsec=frontcover&source=bl&ots=GKdKIXacDv&sig=SBi7bd3nEPSSGk47XMnJWcnP3cI&hl=tr&ei=53acSa3DMIO60AXktqTGBQ&sa=X&oi=book\\_result&resnum=2&ct=result#PPR22,M1](http://books.google.com.tr/books?id=Bu4TAAAAQAAJ&dq=Les+Six+livres+de+la+R%C3%A9publique&printsec=frontcover&source=bl&ots=GKdKIXacDv&sig=SBi7bd3nEPSSGk47XMnJWcnP3cI&hl=tr&ei=53acSa3DMIO60AXktqTGBQ&sa=X&oi=book_result&resnum=2&ct=result#PPR22,M1); İngilizce metin için bkz.; Six Books of the Commonwealth, Abridged and Translated by M. J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford: <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> .

açıklık kazandırma çabasıdır. *Republique*'yi benzersiz kılan da işte bu tanımlardır.

Bodin, bu kapsamlı çalışmasına, o döneme kadar ilk defa kendisi tarafından sorulan soruya, “*devlet nedir?*” sorusuna cevap vermekle başlamış, ilk olarak devletin ne olduğunu ve onun varlık amacını ortaya koymaya çalışmış, sonrasında da bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan pratik politikaları tartışmıştır.

Bodin'e göre, “*devlet, birçok ailelerin ve onlarla birlikte malik oldukları şeylerin egemen kudret tarafından adaletle yönetilmesidir*”<sup>81</sup>, Bodin, kitabına bir tanımla başlamış olmasının gerekçesini de şu şekilde açıklamaktadır; “*... bu şekilde bir tanımla başladık çünkü, her konunun nihai amacı, ona ulaşım araçları yararlı bir şekilde incelenmeden anlaşılmalıdır ve tanım bu amacın ne olduğuna işaret eder*”<sup>82</sup>. Ağaoğulları/Köker, bu tanımı aile, malik olunan eşyanın yönetimi, doğruluk (adalet) ve egemen kudret olmak üzere dört unsurdan meydana geldiğini belirtmektedir<sup>83</sup>.

### A. Doğru Yönetim

Bodin devletin ne olduğu sorusuna, ilk olarak tanımda kullandığı ilk özelliği açıklayarak cevaplamıştır. Bodin'e göre devletin açıklanmasına onun çete ve haydut topluluklarından farkını ortaya koyarak başlamak gerekmektedir;

*“İlk başta doğru yönetim ifadesini, devleti hırsızlar veya korsanlar çetesinden ayırmak için kullandık. Bunlarla hiçbir münasebete, ticarete ya da anlaşmaya girilmemelidir.”*<sup>84</sup>.

Bodin, devletin bu tip topluluklardan ayrı tutulmasının önemi şu sözleri ile vurgulamaktadır;

*“Doğru yönetilen bir devlette, onurun vaat edildiği, barışın konu edildiği, savaşın ilan edildiği saldırı ya da savunma ittifaklarının kurulduğu, sınırların belirlendiği, prenslerle egemen lordlar arasındaki ihtilafların hakeme sunulduğu herhangi bir anlaşmaya, mutlak bir zorunluluk baskısı olmadığı sürece, çete liderlerinin ve çete üyelerinin dahil edilmemelerine dikkat edilmelidir.”*<sup>85</sup> ... “*Yasa, her zaman, hırsızları ve korsanları, savaşta meşru*

<sup>81</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>; Şenel, s. 313; Ağaoğulları/Köker, s. 18.

<sup>82</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>83</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 18.

<sup>84</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>85</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>



*düşman olarak tanımlananlardan ayırır; çünkü bunlar (meşru düşmanlar), eşkıyaların ve korsanların yıkmaya çalıştığı, adalet ilkesi üzerine kurulu bazı devletlerin mensuplarıdır.”<sup>86</sup>*

Bodin’e göre, bu tip yasa dışı oluşumlar, güce ve zora dayalı bir iktidar kurabilir<sup>87</sup>. Ancak bunların devlet olarak addedilebilmeleri mümkün değildir. Çünkü eşkıya çetelerinin iktidarını bir devletten ayıran en önemli fark, devletlerin adalet ilkesini içeren doğru yönetime sahip olmasıdır<sup>88</sup>.

*“... Bu tip birliktelikler, bir toplumun gerçek emaresinden yoksundurlar; doğanın kanunlarına uygun doğru yönetim. Eskilerin bir devleti, iyi ve mutlu bir yaşam için bir araya gelmiş insanlar topluluğu olarak tanımlamasının nedeni budur. Bununla birlikte, bu tanım bir taraftan yetersiz kalırken, bir taraftan da emarenin ötesine geçmektedir. Bu tanım, bir devletin üç temel ilkesini ihmal etmektedir, aile, egemen erk ve ortak ilgi; onların anladığı gibi “mutluluk” kelimesi gerekli değildir. ...”<sup>89</sup>*

Bodin, devletin doğru yönetilmesi gerekliliğinin önemini vurgulamakla birlikte, bir uyarı kabilinden bu yol takip edilse bile sonucun her zaman olumlu olmayabileceğini de belirtmektedir<sup>90</sup>.

*“Doğru yönetilen bir devlet, fakirlik içine düşmüş, dostları tarafından terk edilmiş, düşmanları tarafından kuşatılmış ve her türlü felaket tarafından tüketilmiş olabilir. Çiçero bunun Provence’de Marsilya şehrine olduğunu görmesine rağmen, hala bu şehrin dünyadaki istisnasız en doğru ve en medeni şehir olduğunu düşünmüştür. Aynı şekilde, hali vakti yerinde, varlıklı, yoğun nüfuslu, müttefiklerinin saygı duyduğu, düşmanlarının korktuğu, savaşta yenilemez, zapt edilemez, muhteşem binalarla donatılmış ve büyük bir üne sahip devletin, bütün kötülükleri bıraksa ve kötü alışkanlıklardan vazgeçse bile doğru yönetildiği kabul edilmelidir.”<sup>91</sup>*

O halde, Bodin’in tasarladığı devletin en önemli özelliklerinden birisi, hukuk ve ahlak ile nitelik kazanan bir meşruluk temeline sahip olmasıdır<sup>92</sup>. Bodin’e göre iyi yönetime sahip bir devletin, yurttaşlarının “mutluluğunu” sağlamanın ötesine geçen, daha yüce bazı amaçları vardır<sup>93</sup>;

<sup>86</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>87</sup> Torun, Yıldırım; Siyaset Felsefesi Tarihinde Devlet, Orion Kitabevi, 2011, s. 114.

<sup>88</sup> Torun, s. 115; Ağaoğulları/Köker, s. 18.

<sup>89</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>90</sup> Koç, s. 336.

<sup>91</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>92</sup> Dunning, s. 89 ve 90; Parker, s. 258.

<sup>93</sup> Torun, s. 114, 115; Koç, s. 336.

*“Bu nedenle biz “mutluluk” kelimesine tanımımızın asli bir kavramı olarak yer vermiyoruz. Biz, çabamızda iyi yönetilen bir devletin gerçek görüntüsüne ulaşmak, ya da en azından yakınlaşmayı amaçlıyoruz.”<sup>94</sup> ...“Gerçek mutluluğun koşulları bireyler ve devlet için tek ve aynıdır. Bilge insanların belirlediği gibi, genel olarak devletin ve özel olarak her bir uyruğunun en yüksek iyiliği, akılcı ve düşünceli erdemlerde yatmaktadır.”<sup>95</sup>.*

Bodin'e göre devletin yegane amacı, yurttaşlarının maddi gereksinimlerini karşılamak olmamalıdır<sup>96</sup>. Bodin'e göre bütün devletlerin en önemli amacı dinde, adalette, cesarette, onurda ve erdemde gelişmektir<sup>97</sup>. Bu nedenle, devletin yönetiminin, yurttaşlarının ruhlarını da tatmin edecek şekilde “en yüce olana” yöneltmesi gerekir<sup>98</sup>.

*“... Bununla birlikte bilge adam, adaletin ve doğruluğun ölçüsü olduğu ve bilgeliği ile tanınmış kişiler bireyin amacı ile devletin amacının tek olduğunu her zaman kabul ettiği için, iyi adam- iyi vatandaş ayrımı olmazsınız, tefekkürün, devletin hükümetinin yöneltmesi gereken amaç ve iynin şekli olduğuna hükmetmek zorundayız.”<sup>99</sup> ...“vücudun iyiliği, iyi orantılı organların sağlığından, gücünden, zindeliğinden ve güzelliğinden gelir.”<sup>100</sup>.*

Bodin bu tespitinden sonra bakışını mikro evrenden makro evrene çevirerek, yürüttüğü bu mantığı devlete uyarlamaktadır. Buna göre, bir devletin, üzerinde yaşayan insanları besleyebilecek ve barındırabilecek kadar verimli ve geniş bir toprağa, uygun bir iklime ve su kaynaklarına, düşman saldırılarına karşı savunulabilecek bir coğrafi yapıya sahip olması gerekir. Bodin'e göre bu sayılanlar bütün devletlerin göz önünde bulunduracağı öncelikli konulardır<sup>101</sup>. Ancak Bodin'e göre “...bir kere bu gereksinimler temin edildikten sonra, devletler faydalı ve gerekli bulduklarını değil, sadece güzel ve gereksiz şeyleri de güvence altına almak isterler.”<sup>102</sup> ...“ancak nasıl ki çocukların büyüüyüp eğitilebilecek yeterliliğe gelinceye kadar eğitilmesi düşünülmezse, devletler de, kendilerini, gerekli olduğunu düşündükleri şey-

<sup>94</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>95</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>96</sup> **Koç**, s. 337; **Salavastru**, s. 101.

<sup>97</sup> **Parker**, s. 258.

<sup>98</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 19.

<sup>99</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>100</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>101</sup> **Parker**, s. 259.

<sup>102</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

lerle fazlasıyla donatmadan, ahlaki ve zihinsel maharetlerle ve bundan daha fazla felsefe ile ilgilenmezler.”<sup>103</sup> ...“Bununla birlikte, ihtiyaçları ve rahat bir yaşam, güvenlik ve huzur kendisine sağlanmış, iyi niyetli bir adam, değersiz arkadaşlıklardan vazgeçer ve bilge ve erdemli adamlar topluluğu arar. Ruhunu, rahatsız edici arzu ve ihtiraslardan arındırınca ilgisini emsallerini gözlemlemeye ve yaşın ve mizacın kendileri arasında meydana getirdiği farklılık ile, bazılarının yüceliğinin ve diğerlerinin başarısızlığının ve devletlerdeki değişimin sebepleri ile ilgilenmeye vermekte özgür hale gelir.”<sup>104</sup>.

Bodin’in tarif ettiği bu kişi artık, içinde yaşadığı maddi dünyadan, ahenk içinde hareket eden evreni kavrayabileceği manevi dünyaya doğru yol almaya başlayacaktır<sup>105</sup>.

*“Fakat (bu kişi), sonsuz olan özü her daim anlaşılmasız kalması gereken Tanrının büyüklüğü, gücü, hikmeti ve iyiliği için orada durmalıdır. Bilge ve düşünceli bir adam, bu tip bir gelişme sayesinde sonsuz ve ebedi Tanrı kavramına ulaşır ve böylece insanlığın gerçek mutluluğuna erişir.”*<sup>106</sup>.

Bodin’e göre bu tip vatandaşlara sahip devletlerin, geniş topraklara sahip olmasalar ve zengin de olmasalar, bilge ve mutlu kabul edilmeleri gerekir. Ancak hemen ardından Bodin, asli işlevlerini aksatan devletlere bir uyarıda bulunmaktadır;

*“Bununla birlikte, adaletin sağlanması, uyrukların savunulması, geçim için gerekli şeylerin tedariki gibi olağan faaliyetleri belli bir zaman için ya da büsbütün ihmal eden “iyi yönetilmeyen” bir devlet, ruhu tefekküre daldığı için yemeyi ve içmeyi unutan bir adamın yaşayacağı kadar uzun yaşamayı umabilir. Aynı ilkeler doğru yönetilen devlet için de geçerlidir....”*<sup>107</sup>.

Bodin kitabının bu bölümünü “doğru yönetim” ile ilgili yaptığı tanım ve açıklamaların yöneldiği amacı açıklayarak bitirmektedir; “Bu nedenle, devleti incelerken tarif ettiğimiz mutluluğu gerçekleştirebilecek mümkün olan en yakın noktaya gelebilen ve öne sürdüğümüz tanıma uyan araçları denemek ve bulmak zorundayız.”<sup>108</sup>.

Ağaoğulları/Köker’e göre, Bodin’in “doğru yönetim” ilkesinin iki sonucu vardır. Bunlardan ilki, hukuk ve ahlak ile kavranan siyasal alan anla-

<sup>103</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>104</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>105</sup> Parker, s. 259.

<sup>106</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>107</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>108</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

yıdır<sup>109</sup>. İkincisi de insanların hem ahlaki hem de siyasal yaşamlarının belirleyicisinin, doğanın (Tanrının) temel yasaları olduğudur. Yazarlara göre, Bodin, bir taraftan devletin oluşumunda Tanrısal olana yer vermeyerek laik (ya da en azından dünyevi) bir siyasal düzen anlayışına vurgu yaparken, bir taraftan da devletin yüce amacını Tanrısal bir niteliğe büründürerek ve sadece bu amaçlara yönelmiş bir devleti “doğru yönetim”e sahip bir devlet olarak tanımlayarak bir çelişkiye de kapı aralamıştır<sup>110</sup>.

### B. Ailelerin Yönetimi

Bodin'in devletin doğasına ilişkin incelemesinde merkezi kavramın yurttaş değil aile(ler) olduğu ilk bakışta çok açık bir şekilde görülmektedir<sup>111</sup>. Bodin'in, “*Republique'de* aileler ile ilgili bölümün hemen başında yer verdiği aile tanımı, devlet için verdiği tanımı açıkça yansıtmaktadır; “*Aile, aile reisine itaatle yükümlü bir grup insanın...adil bir şekilde yönetilmesi-dir*”<sup>112</sup> Bodin aileyi tanımlayarak devletin tanımının önemli bir unsurunu da verdiğini ileri sürmüştür. “*Devlet tanımımızın ikinci bölümü, aile ile ilgilidir çünkü aile devletin sadece gerçek kaynağı ve kökeni değil, aynı zamanda esas bileşenidir.*”<sup>113</sup>. Bodin, devlet ile aile arasında kurmaya çalıştığı benzerliği bir sonraki cümlesinde daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır; “*İyi yönetilen aile, devletin gerçek suretidir ve ailedeki erk, egemen erke benzer. Ayrıca evin doğru yönetimi, devlet yönetiminin gerçek modelidir.*”<sup>114</sup>. Bodin'e göre “*Her bir organ kendi işlevini tam olarak yerine getirdiğinde tüm vücudun sağlık olması gibi, aileler de iyi düzenlendiğinde devlette de her şey iyi olacaktır*”<sup>115</sup>. Bodin burada yine, bütünün iyiliğinin sağlanması için parçaların önemini vurgulamaktadır<sup>116</sup>. Bodin'e göre, iyi düzenlenmiş bir devlet ancak ailelerin iyi düzenlenmiş olması halinde var olabilir<sup>117</sup>.

<sup>109</sup> **Torun**, s. 115.

<sup>110</sup> **Ağaoğulları/Köker**, s. 19.

<sup>111</sup> **Becker**, Anna: “Jean Bodin on Oeconomics and Politics”: History of European Ideas, Published Online: 9.May 2013, s. 4: <http://dx.doi.org/10.1080/01916599.2013.796163>; **Ross**, Eva J.: “The Social Theory of Jean Bodin”: The American Catholic Sociological Review, Vol.7, No.4 (Dec., 1946), s. 268.

<sup>112</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>113</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>114</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>; **Ağaoğulları/Köker**, s. 20.

<sup>115</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>; **Ağaoğulları/Köker**, s. 20.

<sup>116</sup> **Becker**, s. 13.

<sup>117</sup> **Becker**, s. 13; **Ağaoğulları/Köker**, s. 20.

Bodin, bu noktada Xenophon ve Aristoteles'e yönelik oldukça ilginç bir eleştiriye yer vermiştir.

*“Ben aile yönetiminden, aile işlerinin, aile reisinin kendisine bağımlı kişiler üzerinde sahip olduğu erk ve onlardan kendisine beklenen itaat ile birlikte doğru yönetimi gibi Aristotele'in ve Xenophon'un göz ardı ettiği şeyleri anlıyorum.”*<sup>118</sup>.

Aslında bu haksız bir eleştiridir zira aile yönetimi, Aristoteles'in siyaset teorisinin de merkezi kavramlarından birisidir<sup>119</sup>. Daha yakından bakıldığında Bodin'in Aristoteles'e yönelttiği eleştirinin temelinde Aristoteles'in aile yönetimine ilişkin getirdiği çok boyutlu yaklaşım olduğu anlaşılmaktadır. Aristoteles, “*Politika*” adlı kitabında, aile yönetimini ikiye ayırmaktadır: özgür olmayanlar üzerindeki yönetim, yani efendinin köleyi yönetmesi ve özgür olanlar üzerindeki yönetim, yani aile babasının baba olarak çocuklarını ve koca olarak karısını yönetmesi<sup>120</sup>. Aristoteles gibi devletin temeli olarak bireyi değil de aileyi gören Bodin, kocanın karısı, babanın çocukları ve efendinin de köleleri üzerindeki otoritesine dayanan aileyi, doğal bir topluluk olarak görmektedir<sup>121</sup>. Bu bakış açısından hareketle Bodin, devlet ile aile arasında bir benzerlik kurma çabası içine girmekte ve babanın aile içindeki yeri ile kralın devlet içindeki yerini özdeşleştirmektedir<sup>122</sup>. Bodin'e göre devlet büyük bir ailedir ve kral da bu ailenin üyeleri yani uyruklar üzerinde mutlak egemenliğe sahip olan baba konumundadır.<sup>123</sup> Bodin'in aile-devlet ilişkisine yönelik açıklamalarının dayanağını Roma Hukukundaki “*pater familias*” oluşturmaktadır.<sup>124</sup> Roma Hukukuna göre, hanesi üzerinde tam yetki sahibi, özgür yurttaşlar “*pater familias*” tır. *Pater familias*, bakmakla yükümlü olduğu aile üyeleri üzerinde, onların yaşamları hakkında tasarrufta bulunabilme noktasına kadar ulaşan, mutlak bir iktidara sahiptir ve aile reisi bu yetkisini Tanrıdan almaktadır<sup>125</sup>. Fakat Aristoteles, aile baba-

<sup>118</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> ; **Becker**, s. 13.

<sup>119</sup> **Dunning**, s. 89; **Becker**, s. 14.

<sup>120</sup> **Aristoteles**, *Politika* (Çev. Mete Tunçay), Kitap 1, Bölüm 5, Remzi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 13.

<sup>121</sup> **Dunning**, s. 89.

<sup>122</sup> **Akad**, Mehmet: “Machievell-Bodin ve Hobbes'da Monarşi Anlayışı”: İÜHFİM, C.40 (1974), S. 1-4, s. 566; **Ağaoğulları/Köker**, s. 20, 21.

<sup>123</sup> **Akad**, s. 566; **Şenel**, s. 314.

<sup>124</sup> **Dunning**, s. 90; **Saygılı**, Abrurrahman: “Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.63(1), 2014, s. 188.

<sup>125</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 3, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> ; **Saygılı**, s. 188.

sının çocuklar üzerindeki yönetimi ile karısı üzerindeki yönetimini çok kesin çizgilerle birbirinden ayırmaktadır.

“...*pater familias*, karısını ve çocuklarını özgür insanlar olarak yönetir fakat aynı yönetim (*imperium*) şeklinde değil: çocuklar monarşik şekilde yönetilirken, karısı anayasal (*civiliter*) şekilde (yönetilir).”<sup>126</sup>. Bu nedenle Aristoteles’e göre aile bir bütün olarak krallık gibi yönetilirken, yönetim aile içinde çok boyutlu bir hal almaktadır. Aristoteles’e göre bu durum farklı yönetim şekillerinin aile vasıtasıyla açıklanabilmesini ifade etmektedir<sup>127</sup>.

Bodin’e göre, Aristoteles’in ve Xenophon’un gösterdiği eksiklik, *pater familias*’ın karısı üzerindeki yönetimi ile çocukları ve hizmetçileri üzerindeki yönetiminin farklı tanımlanmış olmasıdır<sup>128</sup>. Bodin’in tek kaynaktan türeyen mutlak erk anlayışına dayalı devlet teorisine göre, bir aile, mantık olarak, sadece tek ve bölünmez bir erkten ibaret olmalıdır (*summa potestas*)<sup>129</sup>. Bu erkin ilkesi, karı-koca arasındaki ilişkide ifadesini bulur; “kocanın karısı üzerindeki erki... bütün insan toplumlarının kaynağı ve kökenidir...”<sup>130</sup>. Kocanın karısı üzerinde kullanabileceği erk, zaten egemenliğin yapısını da içinde barındırmaktadır; *pater familias*’ın bir koca olarak yönetimini zayıflatmak, egemenliğin kendisini zayıflatacak ve bölecektir. Bu nedenle Bodin’e göre kadınsız bir aile mükemmel olamaz. İyi düzenlenmiş ve istikrarlı bir devletin sürdürülebilmesi için kadının çok önemli bir rolü vardır<sup>131</sup>.

Bodin’e göre, aile reisinin yetkilerinin doğallığı konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır<sup>132</sup>. Buna ek olarak Bodin, ailenin ekonomik boyutundan çok ahlaki ve siyasal önemine vurgu yapmış ve ailenin bu yönünü göz ardı ettiği için Aristoteles’i eleştirmiştir<sup>133</sup>. Bodin’e göre, aile kurumunun öneminin temelinde, maddi ihtiyaçların karşılanması değil, babanın ortak aile yaşamının biçimlendirilmesinde gördüğü işlev yatmaktadır. Nasıl ki baba bu işlevi ile bakmakla yükümlü olduğu kişileri ahlaki olarak yüceltmekte ise, devletin de temel işlevi uyruklarını “doğru” yaşama yöneltmek olmalıdır<sup>134</sup>.

<sup>126</sup> Aktaran: Becker, s. 14.

<sup>127</sup> Becker, s. 14.

<sup>128</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>129</sup> Becker, s. 15.

<sup>130</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 3, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> ; Becker, s. 14.

<sup>131</sup> Aktaran: Becker, s. 14.

<sup>132</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 20.

<sup>133</sup> Dunning, s. 89.

<sup>134</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 19.

Bodin, aile ile devlet arasında kurduğu benzerliğin ilk boyutu olan yönetenin, yönetilene karşı sorumluluğunu da bu şekilde ortaya koymaktadır. Bu benzerliğin ikinci boyutunu da yönetilenlerin yönetene karşı taşıdığı sorumluluktur. Bodin'e göre bu konudaki temel kavram "itaat" tir<sup>135</sup>. Bodin'e göre, en iyi yurttaş egemene her koşulda itaat eden yurttaşdır<sup>136</sup>. Çünkü, nasıl ki aile içindeki bireyler babaya itaat etmediklerinde aile yıkılacaksa, uyrukların egemen güce itaat etmemesi halinde de devlet yıkılacaktır<sup>137</sup>.

*"Bütün iyi düzenlenmiş devletlerde Tanrının ve doğanın yasalarına göre çocuklarının yaşamı ve ölümü üzerinde kendilerine ait olan yetki, ebeveyne iade edilmelidir. Geleneklerin en eskisi olan bu (durum), eski zamanlarda Persliler ve genel olarak Asya halkları, Romalılar ve Keltler tarafından uygulanmış; İspanyol işgaline kadar Yeni Dünya genelinde de kabul edilmiştir. Eğer bu yetki iade edilmezse, iyi ahlakın, onurun, erdemın veya devletlerin eski görkeminin geri getirilmesi için hiçbir umut yoktur."*<sup>138</sup>.

Bodin'e göre, insanın fesatçı ve isyankar duygularını düzeltmesi için ihtiyaç duyduğu tek şey disiplin ve itaattir. İyi vatandaş olmak için itaat, çocukluktan itibaren aile içinde öğrenilir. Bu nedenle, Bodin babanın otoritesinin sadece muhafaza edilmesini değil aynı zamanda bu otoritenin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yaşamı ve ölümü üzerinde söz sahibi olacak kadar güçlendirilmesini istemektedir<sup>139</sup>.

*"Bir baba çocuklarını, özellikle Tanrı korkusuyla eğitmek ve bilgilendirmekle, yükümlüdür. ...Eski dönemlerde bundan ortaya çıkan en önemli fayda çocukların doğru bir şekilde yetiştirilmesidir. Mahkemeler, çocukların ne anne babasına karşı gösterdikleri hüremetsizliği, itaatsizliği ve saygısızlığı, ne de mutsuz anne babalarının ortaya çıkarmaya göze alamadıkları ve cezalandırmaya güçlerinin yetmediği, yasa tarafından cezalandırılabilir nitelikte ağır suçlar olduğunu belirtmeye bile gerek olmayan müsriflik, ayyaşlık, zina ve kumar gibi disiplinsizliklerin gençleri teşvik ettiği kötülükleri dikkate almaktadır. Anne babasına az saygı duyan ve Tanrının gazabından daha az korkan çocuklar, zaten çoğunlukla sabıkalılar tarafından işgal edilmiş olan memurlukların otoritesine de kolaylıkla meydan okumaktadırlar. Bu nedenle, kendisinin temelini oluşturan aileler kötü düzenlenmiş olan bir devletin gelişmesi mümkün değildir."*<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>136</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 21.

<sup>137</sup> Akad, s. 566.

<sup>138</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>139</sup> Parker, s. 273.

<sup>140</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

Bodin'in aileyi ve aile içinde babanın otoritesini bu kadar önemsemesinin temel nedeni, bu kurumun Bodin'in tasarladığı devlet yapısı açısından taşıdığı işte bu siyasal önemdir<sup>141</sup>. Bununla birlikte Bodin, itaat ve aileden devlete geçiş sürecinin temelleri konusunda açık cevaplar vermemektedir. Bu nedenle Ağaoğulları/Köker, Bodin'in esas sorununun devletin kökeninden ziyade, devletin kökü, yani egemenlik olduğunu ileri sürmektedir<sup>142</sup>.

### C. Ortak Şeylerin Yönetimi

Bodin'in “devlet nedir?” sorusuna verdiği yanıtın bir diğer unsuru, ortak şeylerin yönetimidir. Bodin bu unsuru şu cümleler ile açıklamaktadır;

*“Fakat, egemenlikten başka, kamu mülkü, kamu hazinesi, bütün topluluk tarafından kullanılan binalar, yollar, duvarlar, kiliseler ve pazarlar gibi ortak bir şekilde sahip olunan şeylerin yanı sıra, ortak bir şekilde paylaşılan ya da kamu ile ilgili geleneklerin, yasaların, göreneklerin, mahkemelerin, cezaların ve ödüllerin de olması gerekir.”*<sup>143</sup>.

Bodin'e göre ortak çıkarın olmadığı yerde devlet de olmaz<sup>144</sup>. Bu açıdan bakıldığında Bodin'in, devleti, aynı zamanda ortak çıkarların da korunduğu bir olgu olarak tasarladığı ortaya çıkmaktadır. Ancak Bodin'e göre bu ortaklığın da bir sınırı bulunmaktadır.

*“Bununla birlikte, Platon'un Devlet kitabında savunduğu hali ile kadınlar ve çocuklar da dahil her şeyin ortak olması istenen bir şey değildir. Platon'un niyeti, “benim” ve “senin” kelimelerini şehirden defetmekti, çünkü bu kelimelerin devletlerin başına gelen bütün felaketlerin ve aksiliklerin nedeni olduğunu düşünmüştü. Eğer bu başarılabilirse, bir devlete özgü emarenin yok olacağını unutmamıştı.”*<sup>145</sup>.

Bodin burada, “ortak şeylerin yönetimi”nin devletin varlığını gösteren, devlete özgü önemli bir unsur olduğunu tekraren vurgulamaktadır. Platon'un kendinden sonraki çağlarda totaliter rejimlere ilham kaynağı oluşturan devlet tasarımına karşı çıkan Bodin, ortak şeylerin dışında kişilere, özellikle ailelere, ait özel şeylerin de bulunması gerekliliğini vurgulamaktadır<sup>146</sup>.

*“Eğer kendisinden ayırt edebileceğimiz özel bir şey olmazsa, tam anlamıyla hiçbir şeyi kamusal olarak addedemeyiz. Özel olarak sahiplenilen*

<sup>141</sup> Akad, s. 566; Becker, s. 5.

<sup>142</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 22.

<sup>143</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt> ; Ağaoğulları/Köker, s. 24, 25.

<sup>144</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>145</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>146</sup> Akad, s. 566.



*şeyler olmadığı sürece hiçbir şey ortak bir şekilde paylaşılmış sayılamaz. Eğer bütün vatandaşlar kral olsaydı, kral diye bir şey olmazdı.”<sup>147</sup>.*

*“...Bu nedenle devletlere Tanrı tarafından, kamu yararı için gerekli olanları kamuya, birey için uygun olanları bireye teslim etmesi gerektiğinin buyrulduğunu görüyoruz....Hiç kimsenin herkese ortak olan şeylere karşı güçlü bir duygusal yakınlık hissetmediği herkesçe bilinen bir şeydir. Ortak mülkiyet, beraberinde her türlü kavga ve uzlaşmazlığı getirir. İnsanların ve mülkiyetin ortak sahipliğinin daha fazla yarar sağlayacağını düşünenler, kendilerini kandırmaktadırlar çünkü, her yerde görüldüğü gibi, birisi ilgilendiğinde ondan özel bir çıkar sağlayabileceğinin hesabını yapmadığı sürece kamu mülkiyeti alışlageldiği gibi ihmal edilmektedir. Evin iyi düzenlenmesi, eşyaların, kadınların, çocukların ve kölelerin, bir aileden diğerine ve her bir kişiye ait olanın herkese ait olandan ya da diğer bir ifade ile kamu yararına ait olandan ayrılmasını ve ayrımını gerektirir.”<sup>148</sup>.*

Bodin’in devletin tanımda yer alan bir unsurda yaptığı kamusal olan-özel olan ayırımının bu teori bakımından bazı mantıksal sonuçları da bulunmaktadır. Bu sonuçlardan ilki, Bodin’in devletin müdahale alanı dışına ittiği aileye ait özel mülkiyeti, doğal bir olgu olarak kabul ettiği yönündeki sonuçtur. Bunun beraberinde getirdiği bir diğer sonuç da, Bodin’in, insanlar arasındaki iktisadi eşitsizliği doğanın bir gereği olarak kabul etmiş olmasıdır. Bu nedenle, devletin, ailelerin özel mülklerine ve yaşamlarına müdahale etmeye ve bu yaşam alanına ait olup kamuyu ilgilendirmeyen şeyleri yönetmeye yetkisi bulunmamaktadır<sup>149</sup>. Bodin’in teorisinin ortaya koyduğu bu mantıksal sonuç, kendisinden sonra tarih sahnesine çıkacak ve burjuva sınıfının ekonomik çıkarları doğrultusunda kurgulanacak olan kapitalist devlet modelinin habercisi niteliğindedir<sup>150</sup>.

#### IV. EGEMENLİK NEDİR?

Bodin’in devlete ilişkin verdiği tanımın dördüncü unsuru “*egemenlik*”-tir. Egemenlik ilkesi, Bodin’in devlet ve siyaset felsefesinin sıklet merkezini oluşturan bir ilkedir<sup>151</sup>. Egemenlik, Bodin ile öylesine özdeşleşmiştir ki bu ilkenin tarihinin Bodin ile başladığı genel bir kabul haline gelmiştir<sup>152</sup>. Bu

<sup>147</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>148</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>149</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 25.

<sup>150</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 26.

<sup>151</sup> Bkz. Ağaoğulları/Köker, s. 26.

<sup>152</sup> Shepard, Max, Adams; “Sovereignty at Crossroads: A Study of Bodin”; Political Science Quarterly, Vol.45, No.4, 1930, s. 585; Turan, s. 216.

tespitte, “egemenlik” kavramının Bodin tarafından icat edildiği değil, bu kavramın hukuksal ve siyasal niteliğinin ilk olarak sistematik bir şekilde Bodin tarafından ele alındığı kastedilmektedir<sup>153</sup>. Bodin, “egemenlik” kavramına ilişkin getirdiği tanım ve bu kavrama yüklediği anlam ile modern devlet kuramının öncülerinden birisi olarak kabul edilmektedir<sup>154</sup>. Bu önemi nedeniyle Bodin, modern devletin tarihsel gelişim çizgisinde Machiavelli ile başlayıp Hobbes’a uzanan tarihsel sürecin ortasında yer almaktadır<sup>155</sup>. Buna rağmen Bodin, “(kendisinden) sıkça alıntı yapılan ama nadiren okunan” bir kişidir<sup>156</sup>.

Bodin’in egemenlik anlayışının belirlenmesinde, düşünürün bu kavramı eserinde hangi bağlamda ve nasıl kullandığının belirlenmesi önem taşımaktadır<sup>157</sup>. Beaulac’a göre bu metot, düşünürün, bu kavramın toplumun ortak bilincinin şekillendirilmesinde oynamasını istediği işlevin tespit edilmesi imkanını da verecektir<sup>158</sup>.

Bodin, kurguladığı sistem bütünüünün temelini oluşturan egemenliğin<sup>159</sup>, devlete ait bir yetki ve siyasetin önkoşullarından birisi olduğunu hatırlatmakla başlar<sup>160</sup>. Yaşadığı dönemdeki yazarların çoğu gibi Bodin de, sadece meşru hükümetin güçlü olabileceğini ileri sürmüş ve hükümetin eylemlerinin her zaman, adalet ve akıl ile belirlenmiş belli kurallar çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>161</sup>. Bununla birlikte, Bodin, bu görüşlerin egemen gücün anlaşılmasında yeterli olmadığını fark ederek, gücün kayna-

<sup>153</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 6; **Beaulac**, Power of Language, s. 101; **Merriam, Jr, C. E.**: History of Sovereignty since Rousseau, Batoche Books, Kitchener, Ontario, Canada, 2001, s. 7; **Krasner**, D. Stephen: “Sovereignty”: Foreign Policy, January/February (2001), s. 21; **Jeenger**, Kailash: “Genesis of the Concept of Sovereignty: A Historical Survey”: Elixir International Law, Vol.52(2012), 11470, 11471; **Koçak**, s. 80.

<sup>154</sup> **Nagan**, Winston P./**Haddad**, Aitza M.: “Sovereignty in Theory and Practice”: San Diego Internatioinal Law Journal, Vol.13(2012), s. 438; **Lloyd**, s. 356 ve 357.

<sup>155</sup> **Akad**, s. 553; **Şenel**, s. 302.

<sup>156</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 7; **Beaulac**, The Power of Language, s. 101.

<sup>157</sup> Bodin’in egemenlik tanımının Fransızca, Yunanca, Latince, İtalyanca ve İbranicedeki anlamları hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Keohane**, Oisin: “Bodin on Sovereignty: Taking Exception to Translation?”: Paragraph, Vol.38, No.2(2015).

<sup>158</sup> **Beaulac**, The Social Power, s. 10.

<sup>159</sup> **Jeenger**, s. 11471.

<sup>160</sup> **De Benoist**, Alain: “What is Sovereignty” Translated by Julia Kostova from “Qu’est-ce que la souveraineté?”: Éléments, No. 96 (November 1999). [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/A20317BBCECF9E1E0525770A00586F60/\\$FILE/what.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/A20317BBCECF9E1E0525770A00586F60/$FILE/what.pdf), s. 101.

<sup>161</sup> **Akad**, s. 567.

ğının hukukta yattığını ve hukuku yapmak ve yürürlükten kaldırmak yetkisinin de sadece egemene ait olduğunu ileri sürmüştür<sup>162</sup>.

Bodin'ın *Republique'de*, egemenlik teorisinde dikkat çeken özellik, *Methodus'da* bu kavram için verdiği tanımda radikal bir şekilde değişiklik yaparak, kavramı yeniden tanımlamış olmasıdır<sup>163</sup>. *Methodus'daki* egemenliğin tanımının tarihten basit bir şekilde çıkartılabileceği yönündeki varsayımını açıkça reddeden Bodin'e göre, egemenliğin bir tanımının yapılması gerekmektedir<sup>164</sup>. Bodin bu tanım ihtiyacının nedenini, "*affedilebilir bir gurur ile*"<sup>165</sup> şu şekilde açıklamaktadır;

"*Kavramın dikkatli bir tanıma ihtiyacı vardır çünkü, (bu kavram) devletin ayırt edici emaresi ve doğasına ilişkin bir anlayış, politik davranış için temel (nitelikte) olmasına rağmen, hiçbir hukukçu ya da siyaset felsefecisi onu gerçekten tanımlamaya çalışmadı.*"<sup>166</sup>.

Düşünür bir sonraki bölümde, oldukça geleneksel bir liste olarak dokuz maddelik "*egemenliğin gerçek emaraları*"ni sayarken, bunu anlaşılabilir olmak adına yaptığını ileri sürmektedir<sup>167</sup>. Fakat Bodin *Methodus'dan* farklı olarak şimdi egemenliği sadece bir emareler dizisi olarak değil, bizzat bir hukuk ilkesi ve düzen olarak tanımlamaktadır<sup>168</sup>.

"*Egemenlik, Romalıların majestatem olarak adlandırdıkları bir devletin mutlak ve sürekli gücüdür....Yani en üstün emretme gücüdür.*"<sup>169</sup>.

Bodin, bu tanımı ile artık *Methodus'da* sınırlandırılmış bir yürütme yetkisi olarak gördüğü egemenlik anlayışından kopmuş ve egemenliği "*mutlak ve sürekli*" bir devlet yetkisi olarak ele almıştır<sup>170</sup>.

Bodin, genellikle örneğin, "*commonwealth*"<sup>171</sup> ve "*citizen*"<sup>172</sup> kelimelerinde olduğu gibi kavramları tanımlamış ve neden böyle bir tanım verdi-

<sup>162</sup> **De Benoist**, s. 101; **Dunning**, s. 92; **Akad**, s. 567.

<sup>163</sup> **Korkut**, s. 32; **Salavastru**, s. 102.

<sup>164</sup> **Engster**, *Scepticism*, s. 495.

<sup>165</sup> **Dunning**, s. 92.

<sup>166</sup> **Bodin**, *Six Books*, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>167</sup> **Bodin**, *Six Books*, I, Chapter 9, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>168</sup> **Shepard**, s. 585; **Engster**, *Scepticism*, s. 495; **Korkut**, s. 35.

<sup>169</sup> **Bodin**, *Six Books*, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>170</sup> **Salmon**, J. H. M.: "The Legacy of Jean Bodin: Absolutism, Populism or Constitutionalism?": *History of Political Thought*, Vol.17, No. 4 (Winter, 1996), s. 503; **Parker**, s. 270; **Salavastru**, s. 102.

<sup>171</sup> **Bodin**, *Six Books*, I, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>172</sup> **Bodin**, *Six Books*, I, Chapter 6, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

ğini de açıklamıştır. Bu nedenle Beaulac, Bodin'in metot olarak tümevarımı değil, tündengelimi tercih ettiğini ileri sürmektedir<sup>173</sup>.

Bodin benzer bir yöntemi, egemenliği neden bu şekilde tanımladığını açıklamak suretiyle burada da takip etmiştir;

*“(Egemenliği) sürekli olarak tanımladım çünkü mutlak güç bir kişiye ya da bir gruba belli bir süre için verilmiş olabilir fakat bu süre dolunca bu kişiler tekrar uyruk olurlar. Bu nedenle, yetkiyi kullandıkları zaman zarfında bile tam anlamıyla egemen yöneticiler olarak değil, egemen yöneticinin vekili ya da temsilcisi olarak kabul edilirler...”*<sup>174</sup>.

Bodin'e göre; *“egemenlik, herhangi bir yetki, görev ve belli bir zaman ile sınırlı değildir.”*<sup>175</sup>.

Bodin'in teorisinde “sürekli”, “mutlak”, “sınırsız”, “en büyük” veya “eksiksiz” olarak nitelenen egemenlik kelimesi, merkezi olmayan, ikincil nitelikteki yetkinin tersi olarak “en yüksek birleşik güç” olgusu ile ilgilidir<sup>176</sup>. Bu nedenle, Beaulac'a göre, Bodin'in egemenlik anlayışında söz konusu olan bir “yetki piramidi” sorunudur<sup>177</sup>.

Daha önce kimsenin tanımlamaya çalışmadığı egemenliği ilk defa kendisinin tanımladığını ileri süren Bodin, egemenliğin unsurlarını da tek tek açıklar<sup>178</sup>. Buna göre egemenlik, “mutlak”, “sürekli” “bölünmez ve devredilmez” bir güçtür<sup>179</sup>.

### A. Egemenlik Mutlaktır

Bodin'in egemenlik ilkesine yüklediği ilk anlam, *“bir astın, bir eşitin ya da bir üstün rızası olmaksızın... toplu olarak ya da tek tek herkesin huku-kunu belirleme yetkisi”* olmasıdır<sup>180</sup>.

Bodin'e göre, egemen prens, toplumdaki düzenin ilahi ve doğal temeli olduğu için onun yetkileri Tanrının yetkileri örnek alınarak şekillendirilmelidir<sup>181</sup>. Nasıl ki Tanrı, evrendeki düzenin her şeye gücü yeten ve sınırsız

<sup>173</sup> Beaulac, The Social Power, s. 11.

<sup>174</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>175</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>176</sup> Beaulac, Power of Language, s. 107; Ross, s. 269, 270.

<sup>177</sup> Beaulac, The Social Power, s. 11.

<sup>178</sup> Lloyd, s. 357.

<sup>179</sup> Korkut, s. 32; Beaulac, Power of Language, s. 107.

<sup>180</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 10, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>181</sup> Akad/Dinçkol/ Bulut, s. 99; Engster, Divine Sovereignty, s. 72.

kaynağı ise, “*egemenlik de devletin mutlak ve ebedi gücüdür*”<sup>182</sup>. Egemen prens, devletteki düzeni sağlarken, Tanrının evrendeki düzeni sağlarken oynadığı role benzer bir rol oynamaktadır<sup>183</sup>.

*“Çünkü yeryüzünde Tanrıdan sonra, onun diğer insanları yönetmesi için kendisinin yardımcısı olarak belirlediği egemen prensten daha büyük bir şey yoktur, onların mevkisine dikkatli bir şekilde yaklaşmalı, hükümdarlıklarına her zaman tam bir itaat ile saygı ve hürmet göstermeli, onlar hakkında saygıyla konuşmalı ve düşünmeliyiz. Egemen prensini küçümseyen kişi, onun görüntüsü olduğu Tanrıyı küçümsemiş olur.”*<sup>184</sup>.

Bu nedenle Bodin’e göre, “*yetkide, işlevde veya sürede*” egemen prensin gücüne getirilecek her türlü sınırlama, mantıksız ve tehlikelidir<sup>185</sup>.

*“Eğer bu tip bir mutlak yetki (egemene) belli bir iş ve görev ya da geri alınabilir bir devir şeklinde değil de tamamen ve şartsız bir şekilde verilmişse, (yetkiyi) alan kişi kesinlikle bir egemendir ve öyle kabul edilmesi gerekir.”*<sup>186</sup>.

Egemen, bütün yasaların ve düzenin mutlak ve üstün kaynağıdır ve aslında kendi devletinde bir Tanrı olarak anlaşılması gerekmektedir<sup>187</sup>. Bodin, egemenin bu gücünü neden bir uyuğu ile paylaşamayacağını da şu şekilde açıklamaktadır<sup>188</sup>;

*“egemen, sonsuz olduğu ve mantıksal bir gereklilik olarak iki sonsuz şey olamayacağı için, Tanrının, (başka)bir Tanrıyı kendisine benzer yapaması gibi, Tanrının görüntüsü olarak belirlediğimiz prens de, kendisini ortadan kaldırmadan bir uyuğunu kendisine eşit kılamaz.”*<sup>189</sup>.

Bodin’in diğer insanlarla ve kurumlarla ilişkisinde en üstün konuma yerleştirdiği egemen, sadece Tanrının ve doğanın yasaları ile bağlıdır<sup>190</sup>.

*“Eğer mutlak yetkinin bütün yasalardan muafiyeti ifade ettiğinde ısrar edecek olursak, dünyada egemen olarak kabul edilen hiç prens olmayacaktır çünkü dünyadaki bütün prensler, Tanrının ve doğanın yasalarına, hatta bütün halklara özgü belli insan yasalarına tabidirler.”*<sup>191</sup>.

<sup>182</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 72.

<sup>183</sup> Parker, s. 262; Lloyd, s. 358; Korkut, s. 33; De Benoist, 103; Koçak, s. 86.

<sup>184</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>185</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 72.

<sup>186</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>187</sup> Dunning, s. 93.

<sup>188</sup> Parker, s. 262.

<sup>189</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 10, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>190</sup> Akad, s. 567; Dunning, s. 93 ve 94; Koç, s. 336.

<sup>191</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

*“Dünyadaki bütün prensler bunlara tabidir ve Tanrıya ihanet etmeden ve başkaldırmadan bunları ihlal edemezler.... Prenslerin ve egemen lordların yetkisi Tanrının ve doğanın yasalarına kadar uzanamaz.”*<sup>192</sup>. Egemen prens *“Tanrıdan başka kendisinden büyük hiçbir şeyi tanımayan”* ve *“sadece Tanrıya hesap veren”* kişidir<sup>193</sup>.

*“Fakat eğer bir prens, cinayet, ölümlü tehdit gibi günahları yasaklarsa, bu durumda kendi yasası ile bağlı olduğuna itiraz edilebilir mi? Cevap, bunun, prensin kendi yasası değil, prensin uyruklarından bile daha sıkı bir şekilde bağlı olduğu Tanrının ve doğanın yasası olduğudur. Onu (prensini) ne konseyi, ne de bütün halk Tanrının mahkemesi önündeki ebedi sorumluluğundan kurtarabilir.”*<sup>194</sup>.

Prens, doğrudan doğanın büyük Tanrısının altında bulunan siyasetin büyük Tanrısıdır ve toplumsal düzeninin sağlanmasından sorumludur<sup>195</sup>. Egemen prensin eğer bundan daha azı olursa, tam olarak egemen olduğu söylenemez<sup>196</sup>.

*“...bir prense şartlı bir şekilde verilmiş egemen yetki, bu atamanın koşulları sadece Tanrının ve doğanın yasalarına içsel olanlardan olmadıkça, tam anlamıyla ne egemendir ne de mutlaktır.”*<sup>197</sup>.

Egemen yöneticinin en temel öncelikli hakkı *“mutlak”* yasama yetkisidir<sup>198</sup>. Bodin'e göre, yasa yapma yetkisi, buyruk-itaat düzeninin mantıksal bir sonucudur<sup>199</sup>.

*“egemen prensin ilk özelliği bu nedenle, bütün uyruklarını genel olarak ya da her birini tek tek bağlayan yasa yapabilme yetkisidir. Fakat belirsizliğe neden olmamak için (buraya), bunu herhangi bir üstününün, eşitinin ya da astının onayını almak zorunda kalmaksızın yaptığı da eklenmelidir.”*<sup>200</sup>.

*“...egemen kişiler herhangi bir başkasının buyruklarına tabi olmamalı ve tebasına yasa yapabilmeli ve -kendisine buyrukta bulunulan kişilerin veya yasalara tabi olan birisi tarafından yapılamayan- sakıncalı yasaları önleyerek veya yürürlükten kaldırarak (bu yasaları) başkaları ile değiştirebil-*

<sup>192</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>193</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 10, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>194</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>195</sup> Dunning, s. 94.

<sup>196</sup> Engster, Scepticism, s. 496; Torun, s. 115.

<sup>197</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>198</sup> Koçak, s. 83; Salmon, s. 501 ve 502; Jeenger, s. 11471; De Benoist, 102; Beaulac, Power of Language, s. 112.

<sup>199</sup> Akad, s. 567; Akad/Dinçkol/ Bulut, s. 101; Engster, Divine Sovereignty, s. 73.

<sup>200</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

*melidir. İşte bu nedenle, (Roma) yasaları, prensin yasa ile bağlı olmadığını söylemektedir ve Latince “yasa” kelimesinin kendisi egemenliğe sahip olan kişinin buyruğu anlamına gelmektedir.”<sup>201</sup>.*

Bodin’e göre, egemen prens, yasaların altında bulunamayacağı gibi, kendi yaptığı yasalarla bile sınırlandırılmaz<sup>202</sup>.

*“Eğer prens kendi seleflerinin yasaları ile bağlı değilse, kendi yaptığı yasalar ile hiç bağlı değildir. Bir kişi başkası tarafından yapılmış yasalar ile bağlı olabilir fakat (o kişiyi) kendi özgür iradesini uygulamak konusunda kendi kendisini bağlamak imkansızdır. Bundan da anlaşıldığı gibi, kral kendi yasalarına bağlı olamaz. Kilise hukukçularına göre nasıl ki papa kendi ellerini bağlayamazsa, egemen prens de, istese bile, kendisini sınırlayamaz.”<sup>203</sup>.*

Eğer prens, mevcut yasalara itaat edeceğine yemin etmişse, kendisini zamanın içinde değişmez bir amaca adanmış olur.

*“...Medeni yasaları koruyacağına yemin eden prens ya egemen değildir ya da yalan yere yemin eden kişi haline gelmiş olur; çünkü, egemen prensin koşulların, zamanın ve kişilerin gerekliliklerine göre yasaları ilga etme, değiştirme ya da düzeltme zorunluluğu vardır.”<sup>204</sup>.*

Bodin bu noktayı, egemenin yasaları yaparken ya da değiştirirken zümre meclislerinin ya da Parlamentoların onayını neden aramaması gerektiğini belirtirken şu şekilde tekrarlamaktadır;

*“aynı hukuk danışmanı Sextus Caecilius’un, baş klavuzun istediği zaman dönebilmesi için dümeni elinde tutması gerektiğini söylediği gibi, koşullara göre değiştirmek ve düzeltmek için yasaların da egemenin yetkinde bulunması gerekir. Aksi takdirde, yolcuların tavsiyesini alırken gemi batır.”<sup>205</sup>.*

Prens, devletin bekasını güvence altına alabilmek için zamanın gereklerine uygun yasalar yapmak zorundadır ve bu konuda kendisini hiçbir yasa ile bağlı hissetmemelidir<sup>206</sup>. Aksi takdirde prens ve devlet, değişmeye ve bozulmaya başlayacaktır.

<sup>201</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>202</sup> Akad/Dinçkol/ Bulut, s. 101; De Benoist, s. 101; Jeenger, s. 11471; Dunning, s. 94; Beaulac, Power of Language, s. 112; Koçak, s. 84.

<sup>203</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>204</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 73.

<sup>205</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>206</sup> Shepard, s. 600 ve 601.

Egemenin yasama yetkisinin mutlak olduğunu fakat bu yetkisini kullanırken ilahi ve doğal yasalar ile sınırlandırıldığını belirten Bodin, bir çelişki gibi görünen bu yaklaşımını yasa ile hukuk arasında yaptığı ayırım ile açıklamaktadır<sup>207</sup>;

*“Bu nedenle hukuk ile yasa arasında bir ayırım yapılmalıdır çünkü birisi adalete işaret ederken diğer buyruğa işaret eder. Yasa, egemenin egemenlik yetkisinin uygulanmasındaki buyruktan başka bir şey değildir. Egemen bir prens, Pindar’ın belirttiği gibi, bütün kralların ve prenslerin bağlı olduğu doğanın yasalarını içermediği müddetçe Yunanlıların ya da bir başka yabancı gücün, hatta Romalıların yasaları ile bağlı olmadığı gibi, kendi yasaları ile de hiç bağlı değildir”<sup>208</sup>.*

Buna göre Bodin, ilahi ve doğal yasaların her durumda adalet ilkesini içerdiğini varsaymakta ve bu nedenle prensi bağladığını ileri sürmektedir<sup>209</sup>. Bu tespitin mantıksal devamını da getiren Bodin prensin mutlak egemenliğinin sınırını şu şekilde açıklamaktadır;

*“eğer prens doğa yasaları ile bağlı ise ve medeni yasa akılcı ve adil ise, bu durumda prens de medeni yasa ile bağlıdır”<sup>210</sup>.*

*“Prens otoritesi aracılığı ile yayınlanan bu tip yasalar, tam anlamıyla doğal yasalardır. Yararlı ve aynı zamanda adil olan bu yasalar onu daha fazla bağlar. Fakat, eğer bir yasa sadece yararlı ve fakat doğal adaletin hiçbir ilkesi ile ilgili değilse prens bu yasa ile bağlı değildir. Fakat isterse bu yasayı değiştirebilir, bütünüyle yürürlükten kaldırabilir meğer ki yasanın değiştirilmesinden bazılarının sağladığı yarar, haklı bir nedene dayanmaksızın başkalarına zarar vermiş olmasın.”<sup>211</sup>.*

*“Bu nedenle fermanlar ve buyruklar, doğal adaletin ilkelerini içermedikleri sürece yöneticiyi bağlamazlar... Fakat uyruklar, yönetici açıkça yasayı yürürlükten kaldırana kadar bu yasa ile bağlıdırlar; çünkü, Tanrının bizim üzerimizde bir otorite ile donattığı prensin fermanlarına ve buyruklarına - fermanlar Tanrının yasasına aykırı olmadığı müddetçe- itaat etmemiz gerektiği hem ilahi hem de doğal bir yasadır.”<sup>212</sup>.*

Buradaki görüş açıktır; eğer egemen yasalarını yapmadan ya da onları ihlal etmeden önce başkalarının onayını beklerse, devlet, belli ve dünyevi

<sup>207</sup> Salmon, s. 503; Jeenger, s. 11471; Ağaogulları/Köker, s. 28.

<sup>208</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>209</sup> Shepard, s. 601.

<sup>210</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>211</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>212</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>



koşullara tabi hale gelir. Çünkü prens devlette evrensel hukukun temeli olduğu için özel ve salt insani her türlü sınırlamadan muaf olmalıdır. Prens zamanın üstüne çıkartılmalıdır<sup>213</sup>.

Kanaatimizce Bodin mutlak egemenlik anlayışını en iyi alıntılanan son pasajdaki yaklaşımı ile ortaya koymaktadır. Çünkü, Bodin'in bu tespitinde egemen prens, soyut ve değişmeyen ilahi ve doğal yasalar evreni ile sürekli değişen ve buna bağlı olarak sürekli yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyan maddi evren arasında bir köprü olarak tasarlanmıştır. Tarihin farklı zaman dilimleri, farklı koşullarda, farklı ve o döneme özgü kurallar gerektirir. Öte yandan toplumsal düzenin temelini oluşturan ve bütün zamanlarda geçerli ilahi nitelikte bir ahlaki ilkeler sistemi bulunmaktadır. Tanrı, farklı toplumlara, farklı zamanlarda kendi evrensel ilkelerini rastlantısal ve değişken maddi dünyaya uygulanabilir somut yasalar haline getirmesi için egemen yöneticiler tayin etmiştir<sup>214</sup>. Bu nedenle, Bodin'e göre, insanlar arasındaki evrensel hukukun ve düzenin asli kaynağı olarak egemenin kendisi "evrensel" bir yapının bütün karakteristik özelliklerini taşımaktadır<sup>215</sup>. Her şeyden öte, Bodin'e göre egemen, yozlaşmadan, değişimden ve geçicilikten ayrı tutulmalıdır. Egemen, değişmez ve sınırsız olmalı yani zaman içinde "ebedi ve mutlak" kabul edilmelidir<sup>216</sup>.

Bodin, toplumsal düzenin yıkıldığı bir dünyada, bu dünyanın sorunlarına çare olabileceğini düşündüğü, ilahi ve doğal düzenin en üstün kaynağı olan bir egemen tasarımı bulmuştur<sup>217</sup>. Bu nedenle egemen, isteğine göre yasa yapmak ve değiştirmekte serbesttir<sup>218</sup>. İnsanlık tarihinde egemeni bunu yapmaktan alıkoyacak hiçbir içsel düzenleme bulunmamaktadır<sup>219</sup>. Aslında, egemenin yasaları yoksa, toplumsal bir düzen de yoktur. Bu görüşten hareketle Bodin, egemen prensin toplumdaki bütün önemli yetkilere sahip olması gerektiğini savunmaktadır<sup>220</sup>. Egemen prensin yetkisine aykırı olan her türlü yetki, onun halk üzerinde yasa vazetme gücünü geciktirmekte ve böylece düzensizliğe kapı aralamaktadır;

*"bu yasa yapma ve yasaları ilga etme yetkisi kapsamında, egemenliğin diğer bütün yetkileri ve öncelikleri de yer almaktadır, bu nedenle -savaş*

<sup>213</sup> Parker, s. 264.

<sup>214</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 73.

<sup>215</sup> Parker, s. 271.

<sup>216</sup> Engster, Scepticism, s. 496.

<sup>217</sup> Nagan/Haddad, s. 441.

<sup>218</sup> De Benoist, s. 102

<sup>219</sup> Shepard, s. 586; Engster, Divine Sovereignty, s. 73.

<sup>220</sup> Akad, s. 568; Lloyd, s. 358.

ilan etmek ve barış yapmak, bütün yargıçların verdiği kararların son temyiz mercii olmak, yüksek memurları atamak veya görevden almak, vatandaşlara vergi ve yardım yükümlülüğü getirmek ya da muafiyetler tanımak, kanunların sertliğine karşı af veya muafiyet sağlamak, paranın ismini, değerini ve ebatlarına karar vermek, tebasından veya vassallardan yemin ettikleri kişiye kayıtsız şartsız sadık olacaklarına dair ant içmelerini istemek gibi diğer bütün yetkiler, bunun içinde yer aldıklarına göre, açıkçası, egemenliğin tek öncelikli yetkisinin bu (yasa yapma yetkisi) olduğu söylenebilir”<sup>221</sup>.

## B. Egemenlik Süreklidir

Bodin egemenliğe ilişkin verdiği tanımda gerçek egemenin sadece en üstün değil aynı zamanda sürekli olması gerektiğini, yani belli bir süre ile sınırlanmamış olması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>222</sup>. Bodin, egemenliğe atfettiği “süreklilik” niteliğini şu cümlelerle açıklamaktadır;

*“ben (egemenliği) sürekli olarak tanımladım çünkü, mutlak güç bir kişiye ya da gruba belli bir zaman dilimi için verilebilir fakat bu süre dolduğunda onlar bir kere daha uyruk haline gelirler. Bu nedenle, yetkiyi kullandıkları süre boyunca bile, bu kişiler tam anlamıyla egemen yönetici olarak kabul edilemezler fakat sadece prens izin verene ya da halk hediyesini geri alana kadar egemen yöneticinin yardımcısı ya da temsilcileri olarak kabul edilebilirler.”*<sup>223</sup>.

Buna göre Bodin, teorisinde, egemen ile devletin gündelik işlerini gören yöneticiler arasında bir ayrım yapmaktadır<sup>224</sup>. Bodin'in bu ayrımı yaparken kullandığı kriter, gündelik işleri gören yöneticilerin, bu işler için sahip olduğu yetkinin belli bir süre ile sınırlanmış olmasıdır<sup>225</sup>. Bodin'e göre belli bir süre ile sınırlanmış veya istenildiği zaman geri alınabilen bir iktidar egemenlik değil, olsa olsa yetkidir. Belli bir süre ile sınırlanmış bu yetkiyi elinde bulunduran kişi de egemen değil, sadece yöneticidir<sup>226</sup>. Bodin belli bir süre ile belli bir görevi yerine getirmekle görevlendirilmiş kişilerin egemen

<sup>221</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 10, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>222</sup> Dunning, s. 92; Koçak, s. 81.

<sup>223</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>224</sup> Andrew, s. 77; Korkut, s. 33; Beaulac, Power of Language, s. 107; Torun, s. 115.

<sup>225</sup> Bodin'in egemen prens ile onun tarafından belli bir görev ve süre için atanmış devlet görevlileri arasında çizdiği ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lee, Daniel: “Office is a Thing Borrowed”: Jean Bodin on Offices and Seigneurial Government”: Political Theory, Vol.41(3), 2013, s. 409-440.

<sup>226</sup> Koçak, s. 81.

sayılamayacakları yönündeki tezini tarihten verdiği örneklerle açıklamıştır<sup>227</sup>;

*“Bu ilkeler egemenliğin temelleri olarak kabul edilmiştir (ve) bundan şu sonuç çıkar ki, devleti yönetmek için mutlak yetkiye sadece belli bir süre sahip olan ne Roma Diktatörü, Sparta yöneticisi, Selanik Esymnete’si, Malta Archus’u, ne (benzer yetkiye sahip)eski Floransa Balia’sı, ne kraların naipleri, ne başka makam sahipleri ne de hakimler, hiçbirisi egemen yetkiye sahip olmamışlardır.”<sup>228</sup>.*

Bodin’in tarihten verdiği bu örneklerin hepsinde sayılan yöneticilerin yönetme yetkisi belli bir süre ile sınırlanmıştır<sup>229</sup>. Bu nedenle, Bodin’e göre, bu kişiler aslında sadece bir devlet görevlisidirler ve görevlerini ifa ederlerken yasalara ve gerçek egemene itaat etmek zorundadırlar<sup>230</sup>. O halde akla şu soru gelmektedir. Egemen prens, yasama yetkisini keyfi ve yasaya aykırı bir şekilde kullanacak olursa, devlet görevlilerinin itaat yükümlülüğü hala devam edecek midir? Bodin bu soruya egemenin verdiği buyrukların kamu yararına ve adalet ilkesine aykırı olması halinde dahi, yargıçların prensle itaat ile yükümlü olduklarını söyleyerek cevap vermektedir<sup>231</sup>.

*“...Fakat prensin gerçekten de görevinde başarısız olduğunu ve kamu yararına ve adil yasalara aykırı ve fakat Tanrının ve doğanın yasalarına aykırı olmayan bir şey buyurduğunu farz edelim, yargıç (bu durumda) ne yapmalıdır? Eğer en sıradan yargıç, (prens) adil olmayan bir buyruk verdiğinde bile itaat etmeli ise bütün yüksek memurlukların kaynağı olduğu için egemen prensin kendisine daha ne kadar itaat edilebilir? Bilge insanların tecrübelerine dayanan yasalar neyin adil, neyin adaletsiz olduğunu söyleyen yargıca uyulması gerektiğini tekrarlamaktadır. Hepimiz, yasaları tescil etmeyi ya da uygulamayı reddeden itaatsiz yargıçlar örneğini takip ederek egemen prenslerine karşı kendilerini silahlandıran uyrukları görmedik mi? Her zaman yükselen ses, bu ferman kamu yararına zarar veriyor ve biz bunu tescil edemeyiz, etmemeliyiz, (şeklinde olmuştur). Bir protestonun yapılması gerektiğini söylemek iyidir. Fakat birisinin devletin güvenliğini tehlikeye atmayı meşru gördüğü yerde prensin iradesi sağlam ve değişmez kalabilir mi? Birisi kendisinin (bir şey yapmaya) zorlanmasına izin vermeli mi? Kişinin görevinden ayrılması daha iyi değil mi? Öte yandan, uyuğun, egemenine itaatsizliğinden ve saygısızlığından daha*

<sup>227</sup> Dunning, s. 92.

<sup>228</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>229</sup> Dunning, s. 92.

<sup>230</sup> Parker, s. 264.

<sup>231</sup> Parker, s. 264.

tehlikeli veya daha fena bir şey var mı? Daha önce yaptığımız nitelendirmeleri dikkate alarak, prensin otoritesine itaatkar bir şekilde boyun eğmenin, onun emirlerini yerine getirmeyi reddetmekten, uyruklara bir başkaldırı örneği vermekten daha iyi olduğu kanaatindeyiz. ...”<sup>232</sup>.

Bodin, *Republique*'nin 1586 tarihli Latince basısında bu durumu daha açık hale getirmektedir;

“Sık sık vatandaşların prenslerine karşı silahlandığını, yasaların ihlal edildiğini ve bütün adaletin yıkıldığını görmekteyiz. Peki neden? Çünkü, yıkım müsebbipleri, hukuk ve adalet üzerine sahip oldukları yanlış fikir nedeniyle bizzat yargıçların kendileridir. “yasa adil değildir, itaat edemeyiz, etmemeliyiz” demektedirler. Uyamıyorlarsa, aslında bu onurlu bir beyandır. Fakat uymamanız gerektiğini nereden öğrendiniz? Bu öğretiyi nereden aldınız? Bireyleri, sizin haksız kırbaçlama, hapis, tazminat ve ölüm cezasına itaat etmeye zorlayacaksınız fakat prensinizin emirlerine itaat etmeyeceksiniz? Fakat siz kendi hükümlerinizin haksız olduğunu reddederseniz, Prens de kendi emirlerinin haksız olduğunu reddetmektedir. Yargı mercii siz mi olacaksınız? Veya eğer yargıç olacaksanız, neden aynı şeyin vatandaşlar için vermiş olduğunuz hükümler için yapılmaması gerektiğini düşünüyorsunuz?”<sup>233</sup>.

Bodin'e göre adil olmayan yasalara aykırı buyruklara itaat etmeyen yargıçların bu davranışı, son derece onurlu bir davranıştır fakat, bu dahi egemen prene karşı bir direniş ve ayaklanma eyleminin haklı bir gerekçesi olmaz. Bodin'e göre egemen prensin buyruklarına itaat etmeyen memurlar bunun sonuçlarını göğüslemeyi de göze almalıdırlar. Prensın buyruklarına itaat etmemeyi tercih eden bu kişilerin yapabilecekleri en iyi şey, devleti terk etmek olacaktır<sup>234</sup>.

Bodin, eserinde, egemenliğin sürekliliği ile ilgili bir olasılığı daha göz önünde bulundurmaktadır. Egemen, mutlak yetkisinin kullanımını bir yardımcıısına ömür boyu devrederse, kimin egemen olduğu nasıl belirlenecektir?

“Fakat kralın bir yardımcıısına mutlak yetkiyi ona ömür boyu bahşettiğini varsayarsak, bu sürekli bir egemenlik yetkisi değil midir?...Bu nedenle, sürekli bir yetki, onu kullanan kişinin yaşamı boyu devam eden (yetki) olarak anlaşılmalıdır. Eğer egemen bir yöneticiye bir yıl veya önceden kararlaştırılmış başka bir süre için görev verilmişse ve kendisine verilmiş yetkiyi sürenin dolmasından sonra da kullanmaya devam ederse, bunu ya

<sup>232</sup> Bodin, Six Books, III, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>233</sup> Bodin, Jean: De Republica Libri Sex, Paris, 1586, s.297ve 298'den aktaran Engster, Divine Sovereignty, s. 75.

<sup>234</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 30.

*onay olarak ya güç kullanarak ve şiddetle yapar. Eğer bunu güç kullanarak yaparsa, bu açık bir tiranlıktır. Tiran, bütün bunlara rağmen gerçek bir egemendir. Hırsızın şiddet kullanarak elde ettiği mülkiyet, yasaya aykırı olmasına rağmen, malı gasp edilmiş eski maliklere göre, gerçek ve doğal bir mülkiyettir. Fakat eğer yönetici görevine onay üzerine devam ederse, yetkiyi sadece (buna) göz yumulduğu sürece kullanabildiği için egemen bir prens değildir...Eğer görev süresi belirlenmemişse egemen olmak şöyle dursun, bu durumda (sadece) belirsiz bir memurdur.”<sup>235</sup>.*

Bodin bu yaklaşımını, teorisindeki egemen prene uygulayarak şu tespiti yapmaktadır;

*“Halkın kendisine doğal yaşam süresi boyunca mutlak yetki verdiği bir kişinin durumu için bu değerlendirmelerin ne ilgisi vardır? Bunun açıklanması gerekir. Eğer böyle bir mutlak yetki ona, bazı görev ve memuriyete binaen ya da geri alınabilir bir tahsis olarak değil de öylece ve koşulsuz olarak verilmişse, yetkiyi devralan kişi kesinlikle egemendir ve öyle kabul edilmelidir.”<sup>236</sup>.*

Bodin, egemen prensin devlet yönetiminde kendisine yardımcı olması için görev süreleri yaşam boyu devam eden görevliler atayabileceğini, yetkilerinden önemli bir kısmını, hatta yönetme yetkisini bütünüyle, bu görevlilere bırakmış olabileceğini, ancak bu durumda dahi egemenliğin gerçek sahibinin kendisi olduğunu belirtmiştir.

*“Bir yönetici sürekli bir yardımcı atadığında, bütün yönetme yetkilerini terk etmiş ve bunların kullanımını tamamen yardımcısına bırakmış olsa bile, yine de ne buyurma ve yargılama yetkisi ne de ondan kaynaklanan yasanın etkisi ve gücü, yardımcıda bulunmaz. Eğer yardımcı yetkisini aşarsa, yetkileri kendisinden kaynaklanan kişi kabul edip onaylamadıkça tasarruflarının hiçbir geçerliği olmaz. Bu nedenle Kral John, İngiltere’deki esaretinden döndükten sonra, zorunlu olarak onun adına naip olarak hareket etmiş olan oğlu Charles’ın bütün işlemlerini, durumu düzenlemek için onaylamıştır.”<sup>237</sup>.*

Egemenliğin sürekliliği ilkesi, Bodin’in modern devlet teorisine getirdiği en önemli yeniliklerden birisidir<sup>238</sup>. Süreklilik ilkesi sayesinde egemenlik, onu kullanan kişiden ayrı bir olgu olarak düşünülebilir hale gelmiştir<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>236</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>237</sup> **Bodin**, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>238</sup> **Uygun**, Oktay: Devlet Teorisi, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 202; **Saygılı**, s. 190; **Korkut**, s. 33.

<sup>239</sup> **Korkut**, s. 33.

Egemenliğin ilkesi (*auctoritas*) ile kullanımını (*potestas*) aynı yerde birleştiren Bodin, egemenliğin ilkesine atfettiği süreklilik sayesinde onu bir insanın, prensin, yaşam süresi ile sınırlanmış bir olgu olmaktan kurtarmıştır<sup>240</sup>. Egemenliğin sürekliliği anlayışı sayesinde kral ölse de krallığın varlığını sürdürmeye devam ettiği kabul edilir hale gelmiştir<sup>241</sup>. Bodin bu yaklaşımı ile egemenliği, prensin yaşam süresinin ve eylem ve işlemlerinin ötesine taşıyan daha geniş ve soyut bir kavram olarak anlaşılabilmesini sağlamıştır<sup>242</sup>. Bodin'in teorisinden önce, egemenliğin kendisi ile onu kullanan arasında bir ayırım yapılmıyor ve kral ile devlet özdeş addediliyordu<sup>243</sup>. 14. Louis, “*devlet benim*” derken, tam da bu durumu ifade etmek istemişti. Kral ile devlet özdeşliğinin geçerli olduğu dönemde, kral öldüğünde, tahta oturan varisi, eski kralın yaptığı yasaların ve uygulamaların kendi döneminde de geçerli olup olmayacağına dair bir açıklama yapar ve bu sayede uyrukları ile buyruk-itaat ilişkisini yeniden kurardı<sup>244</sup>. Oysa Bodin, egemenliğin sürekliliği ilkesi ile eski kralın ölümü ve yeni kralın tahta oturması arasındaki sürede kesintiye uğrayan ve yeni kral ile yeniden hayata geçirilmesi gereken egemenlik ilkesi anlayışına son vermiş ve döneminin devlet anlayışında hakim olan paradigmayı kökten değiştirmiştir<sup>245</sup>. Modern dönemde devletin somut bir olgu olarak kavranabilir olması, süreklilik ilkesi sayesinde mümkün olmuştur<sup>246</sup>.

### C. Egemenlik Devredilmez ve Bölünmez

Bodin'e göre mutlak ve sürekli olan egemenliğin bölünmesi ve devredilmesi de mümkün değildir<sup>247</sup>. Egemenliğin bölünmezliği ve devredilmezliği ilkesi, esasen onun mutlak ve sürekli olmasının mantıksal bir sonucudur<sup>248</sup>. Bodin'e göre istendiği zaman geri alınabilen bir güç egemenlik değil sadece bir yetkidir<sup>249</sup>.

<sup>240</sup> Koçak, s. 82; Korkut, s. 33.

<sup>241</sup> Koçak, s. 82.

<sup>242</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 31; Uygun, s. 202.

<sup>243</sup> Koçak, s. 82.

<sup>244</sup> Uygun, s. 202.

<sup>245</sup> Koçak, s. 82.

<sup>246</sup> Korkut, s. 33.

<sup>247</sup> Bartelson, Jens: “On The Indivisibility of Sovereignty”: Republic of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts, Vol.2, No.2, (June 1, 2011), s. 87 ve 88.

<sup>248</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 31; Korkut, s. 33.

<sup>249</sup> Torun, s. 115; Beaulac, Power of Language, s. 109 ve 110.

*“Gerçek egemen her zaman yetkisini elinde tutar. Aynı başkasına tahsis ettiği topraklar üzerinde üstün nüfuzunu sürdüren feodal bey gibi, ister kısa bir süre için isterse memnun kaldığı sürece, yargılama ve yönetme yetkisini devreden yönetici, geri alınabilir bir lütuf ya da belirsiz bir memuriyet şeklinde kullanılan yargı haklarının sahibi olmayı sürdürür. Bu nedenle, yasa, bir şehir yöneticisinin ya da prensin yardımcısının, görev süresinin sonunda kendisine verilmiş yetkiden resmen feragat etmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan, devletin en üst görevlisi ile en sıradan astı arasında hiçbir fark yoktur. Eğer aksi olsaydı ve prens tarafından yardımcısına devredilen mutlak yetkinin kendisi egemen güç olarak kabul edilseddi, yardımcı, bu yetkiyi prense karşı kullanmak suretiyle onun en yüksek mevkiyi kaybetmesine ve uyruğun lordunu, kölenin efendisini yönetebilmesine yol açardı.”<sup>250</sup>*

Bu nedenle Bodin’e göre egemen prensi herhangi bir kamu görevlisinden ayıran en önemli fark, her durumda ve son kerte *bütün* uyrukları üzerinde sahip olduğu buyurma gücüne sahip olmasıdır<sup>251</sup>.

*“...Bununla birlikte, (egemen prenste), ne kadar (yetki) verirse versin, engellemek, onaylamak, hatırlatmak veya uygun gördüğü başka bir yol vasıtasıyla, bir uyruğuna, ister bir işe isterse bir memuriyete binanen devrettiği bütün konularda emir verebilmek veya müdahale edebilmek suretiyle her zaman kendi uhdesinde tuttuğu hak kaynağı bulunmaktadır. Bir iş ya da memuriyete binaen kullanılan her yetki geri alınabilir veya egemenin dilediği uzunluk ya da kısalıkta bir dönem için kullanılır kılınabilir.”<sup>252</sup>*

Bodin’e göre prensin yasama yetkisini kullanma sürecine bazı meclis ve kurulların dahil olması, egemenliğin bölünmezliği ilkesine aykırılık teşkil etmez. Çünkü; *“...buyrukların Zümre Meclisleri ya da parlamento tarafından onaylanması, aksi durumda prensin yasa yapamayacak olması değil, söz konusu buyruklara gösterilmesi gereken itaatin güvence altına alınmasını sağlama amacına yöneliktir”*.<sup>253</sup>

Bodin’e göre, bu tip meclis ve benzeri oluşumların tasarrufları, prensin egemenlik yetkisine tek başına sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Aksi düşünce, devletin bekası bakımından çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir<sup>254</sup>.

<sup>250</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>251</sup> Parker, s. 274; Ağaoğulları/Köker, s. 29; Torun, s. 115.

<sup>252</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>253</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>254</sup> Korkut, s. 33.

“yargıçların görevleri ya da benzer konularda kitap yazarlar, zümre meclislerinin yetkisinin prensinkinden daha üstün olduğunu savunmakla yanlışa düşmektedirler. Bu tip öğretiler sadece uyrukları egemen yöneticilerine karşı direnmeye teşvik etmektedir. Bunun da ötesinde, bu tip görüşlerin, kralın esir düşmesi, aklını yitirmiş olması ya da reşit olmaması dışında, gerçeklerle hiçbir ilgisi yoktur. Eğer (prens) normal olarak Zümre Meclislerine tabi olsaydı, ne prens ne de egemen olabilirdi ve devlet de bir krallık ya da monarşi değil fakat sadece, yetkinin yönetici sınıfın mensupları arasında eşit bir şekilde paylaşıldığı bir aristokrasi olurdu. .... Bütün bunların sonucunda, egemen bir otoritenin ve mutlak bir yetkinin gerçek emaresinin genel olarak uyruklarının hepsine, onların rızasını almaksızın yasa yapma hakkı olduğu açıktır...”<sup>255</sup>.

Egemenliğin emarelerinin sadece ve sadece egemen prene mahsus olduğunu vurgulayan Bodin, eğer bu emareler uyruklara da devredilebilir nitelikte olsaydı egemenliğin emareleri olarak adlandırılmayacağını ileri sürmüştür.

“...Nasıl ki yüce Tanrı, sonsuz olduğu ve iki sonsuz aynı anda var olamayacağı için kendisine eşit başka bir Tanrı yaratamıyorsa, Tanrının görüntüsü olan Prens de kendisini yok etmeden bir uyruğunu kendisi ile eşit yapamaz.”<sup>256</sup>.

Bu nedenle, bölünmez ve devredilemez egemenlik, prensin kişiliğinde toplanan bir nitelik haline gelmiş ve bu andan itibaren prens kamusal bir kişiliğe bürünür olmuştur<sup>257</sup>. Bodin'in, egemenliği prensin siyasal bedeninde “bir”leştiren bu teorisi sayesinde, siyasal iktidarın, prensin kişiliğinden sıyrılarak, kurumsallaşması mümkün hale gelebilmiştir. Bodin'in devlet egemenliği ile kralın egemenliği arasında teorik düzeyde kurduğu bu özdeşlik ve birlik, modern devletin pratik düzeyde siyasal, hukuksal ve ekonomik alanlarda bir tür birleşme (tekleşme) ve bütünleşme olarak karşımıza çıkmasını sağlamıştır<sup>258</sup>.

#### D. Egemenliğin Sınırları

Bodin'in *Republique'de Methodus'da* yaptığından farklı olarak yaptığı şey, evrensel hukukun kaynağını tarih ve farklı halkların yasalarından, egemen prene taşımasıdır. Bir taraftan egemen prensin yasama yetkisinin

<sup>255</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>256</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 10, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>257</sup> Parker, s. 270.

<sup>258</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 34.



mutlak olduğunu ileri süren Bodin, bir taraftan da aynı egemen prensin bu yetkisinin sadece insani, geçici ve dünyevi sınırlamalardan azade olduğunu, ilahi ve doğal yasanın ilkelerinin hala egemen prens için bağlayıcılığını koruduğunu belirtmektedir<sup>259</sup>.

Engster, bazı bilim insanlarının egemenliğin mutlak olması gerektiğini savunan Bodin'in egemen prensin yetkilerini ilahi ve doğal yasalarla çerçevelemiş olmasını hayretle karşıladıklarını, ancak bu bilim insanlarının Bodin'in teorisinin teolojik boyutunu gözden kaçırdıklarını ileri sürmektedir<sup>260</sup>. Eğer Bodin, egemenliğin mutlak olması gerektiğini düşündüyse, egemenliğin ilahi ve doğal yasalarla sınırlı olduğunu nasıl ileri sürebilmiştir? Engster'e göre bu soru, Bodin'in egemenlik teorisi konusundaki temel bir yanlış anlamayı ortaya koymaktadır. Bodin'e göre, yasama egemenliğinin kendisi ilahi ve doğal hukukun bir ilkesidir<sup>261</sup>. Bu ilkenin amacı insanlara ilahi ve doğal bir düzen getirmektir. Bunun doğal bir sonucu olarak da prens, ilahi ve doğal hukuka tabi olacaktır; bu yasaları görmezden gelmek kendi egemenlik yetkisinin kaynağını ve amacını göz ardı etmek anlamına gelir. Bu durum Tanrının gazabını yeryüzüne indirir<sup>262</sup>.

Ağaoğulları/Köker de Bodin'in bu tutumunu, eserinde tiranlığın el kitabını yazmış olmakla itham ettiği Machievelli ile arasına mesafe koyma isteğine bağlamaktadır. Zira Bodin, kendi tasarladığı egemen prensin bir tiran olarak nitelendirilmesini istememektedir. Yine yazarlara göre Bodin, Fransız anayasa hukukuna da belli bir önem vermektedir<sup>263</sup>.

Egemen prens, genel olarak ilahi ve doğal yasaları kesin ifadelerle tanımlamakta geniş bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, yoruma açık olmayan ve egemen prensin kesinlikle bağlı olması gereken az sayıda düzenleme bulunmaktadır<sup>264</sup>. Bu anlamda Bodin, örneğin, egemen prensin başkaları ile yaptığı sözleşmeleri ihlal edemeyeceğini belirtmiştir<sup>265</sup>.

*“Eğer bir egemen prens, bir başka egemen prence, kendi selefince yürürlüğe konmuş anlaşmaları koruyacağına söz vermişse, ant içmemiş olsa bile, diğer prensin çıkarları söz konusu ise, bununla bağlıdır.... Benzer*

<sup>259</sup> Akad, s. 569; Salmon, s. 503; Shepard, s. 586 ve 587; Lloyd, s. 358; Korkut, s. 34; Beaulac, Power of Language, s. 110; Koçak, s. 86.

<sup>260</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 76.

<sup>261</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 76.

<sup>262</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 76.

<sup>263</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 36.

<sup>264</sup> Shepard, s. 587; Parker, s. 271; Ross, s. 270; Koçak, s. 87.

<sup>265</sup> Shepard, s. 591; Dunning, s. 94; Beaulac, Power of Language, s. 111.

*durum egemenin, uyruklarına verdiği sözler için de- bu sözler kendisinin seçilmesinden önce verilmiş olsa bile- geçerlidir. Bu, prensin kendi yasaları veya seleflerinin yasaları ile bağlı olduğu anlamına gelmez. Fakat, ant içmiş olsun ya da olmasın yaptığı adil sözleşmeler ve verdiği sözler ile aynı bir özel kişinin benzer bir durumda bağlı olduğu gibi bağlıdır.”<sup>266</sup>.*

Burada prensin egemenliğinin sınırının kaynağı ve nedeni içtiği ant değil, *bona fide* sözleşmedir. Ancak bu sözleşme, taraflarından birisinin egemen prens olması nedeniyle, bir yasadan farklıdır<sup>267</sup>. Bu yolla, Bodin'in teorisinde egemen prens, aynı sıradan kişiler gibi, sözleşme ile bağlılığın en temel ilkelerden birisi olduğu doğal hukuk ile bağlanmış olmaktadır<sup>268</sup>.

Yine, egemen prens uyruklarının rızası olmaksızın onların özel mülkiyetine el atamaz çünkü Eski Ahit bu ilkeleri ilahi ve doğal hak olarak tanımlamıştır<sup>269</sup>. Bodin'e göre bir prensin her şeye gücünün yetmesi bir *dominatus* değil, bir *imperium*'dur<sup>270</sup>. Bodin burada Seneca'dan şu alıntıyı yapmıştır; “*Haklı bir neden olmaksızın egemen, bir başkasının mülküne el koyamaz veya devredemez.*”<sup>271</sup>.

*“Her ne kadar bazı dalkavuklar, istemeleri halinde uyrukların mallarına el koyabileceklerini söylese de ne Papa ne de İmparatorlar bu yasadan bağıktır. Fakat hem sivil halk hem de kilise hukukçuları, bu görüşleri, Tanrının yasasına aykırı olduğu için reddetmişlerdir. Egemen yetkisi sayesinde Prenslerin bunu yapabileceğini ileri sürenler yanılmaktadır. Bu, daha çok orman yasasıdır, şiddet eylemi ve tecavüzdür. Yukarıda da gösterdiğimiz gibi mutlak yetki, Tanrı yasaları ile değil sadece pozitif yasalarla ilgili bir serbestliktir. Tanrı yasalarında açıkça bir başkasının mallarını almanın, hatta onlara göz dikmenin, adil olmadığını belirtmiştir. Bu tip görüşleri savunanlar, bu davranışı gerçekleştirenlerden daha tehlikelidir.”<sup>272</sup>.*

Bodin'e göre, bir devlette egemenin dokunamayacağı ve ihlal edemeyeceği temel yasalar bulunmaktadır<sup>273</sup>. Bodin'in ifade şekli, bu üstün yasalardan tam olarak ne anlaşılması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>274</sup>. Ancak Bodin'in egemen prensi bağladığını ileri sürdüğü bu

<sup>266</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>267</sup> Dunning, s. 94.

<sup>268</sup> Salavastru, s. 106; Dunning, s. 94.

<sup>269</sup> Shepard, s. 598; Salavastru, s. 106.

<sup>270</sup> Ross, s. 270; Dunning, s. 95.

<sup>271</sup> Dunning, s. 95.

<sup>272</sup> Bodin, Six Books, I, Chapter 8, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>273</sup> Korkut, s. 34; Beaulac, Power of Language, s. 111; Salmon, s. 503.

<sup>274</sup> Dunning, s. 96.

temel yasalar ile anayasayı ima ettiği ileri sürülebilir<sup>275</sup>. Bu anlamda Bodin'e göre, egemen prensin yasama yetkisi Fransa'nın iki temel yasası ile de sınırlıdır<sup>276</sup>. Bu yasalardan birisi tacın nasıl devredileceğini açıklayan Salık Kanunu (Fransa'da kadınların tahta geçmesini önleyen kanun) ve diğeri de kraliyet topraklarının temlikini yasaklayan kanundur<sup>277</sup>. Aslında bu kanunlar ilahi ve doğal yasalardan değildirler<sup>278</sup>. Bununla birlikte Bodin'e göre her iki kanun da ilahi ve doğal adaletin ilkelerini içerdikleri için, egemen prensin bu kanunlar ile bağlı olması gerekir<sup>279</sup>. Salık Kanunu, egemenliğin bir yöneticiden diğerine barışçıl bir şekilde nasıl geçeceğini düzenlemekte ve böylece krallığın geleceğini, kralın yaşam süresinin ötesine taşımaktadır. Salık Kanunu, kadınları saltanatın dışında bırakarak, erkeklerin kadınlar üzerindeki "ilahi" ve "doğal" hakimiyetlerini de Fransız hükümeti kapsamında korumuştur<sup>280</sup>.

*"Salic Kanunları gibi, krallığa eklenmiş ve onunla birleşmiş krallık anayasaları, özellikle kralın mal varlığı ile ilgili olanlar, prens tarafından ihlal edilemez. ... Anayasayı içermeyen, uyruklarla ilgili genel ya da özel yasalara gelince; bu (yasaların), ister bütün Fransa'nın Genel Meclisinde isterse ayrı ayrı kendi yetki bölgelerinde toplanmış olsunlar, zümre meclislerinin muvaffakati ile değiştirilmesi alışlagelmiş bir durumdur..."*<sup>281</sup>.

Kraliyet mülkünün devredilemezliğini düzenleyen yasa, Fransa'nın gelecekteki krallarının, krallığı yönetmesi için ihtiyaç duyacakları kaynakları güvence altına almıştır. Bu vesile ile bu yasa, bir taraftan monarşinin ebedi varlığını korurken, diğer yandan da halkı aşırı ve yasadışı vergilere karşı korumaktadır<sup>282</sup>.

Fakat Bodin burada tekrar ciddi bir çelişkiye düşmektedir. Çünkü, Bodin'in bir devlette insan iradesinden daha değişmez ve kalıcı bir şeye dayanma kaygısı, *legibus soluta* yetkisini yasalar (*leges*) ve adalet (*jus*) ile sınırlamaya sevk etmiştir<sup>283</sup>. Fakat Bodin, bu durumda yasa yapıcının kim olduğu ya da olacağı sorunu yanıtsız bırakmaktadır. Dunning'e göre, Bodin'in teorisinin genel çerçevesinden bu soru için çıkan cevap

<sup>275</sup> Dunning, s. 96.

<sup>276</sup> Shepard, s. 588; Salavastru, s. 109.

<sup>277</sup> Salavastru, s.109; Beaulac, Power of Language, s. 112.

<sup>278</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 77.

<sup>279</sup> Engster, Scepticism, s. 497.

<sup>280</sup> Salmon, s.503; Engster, Divine Sovereignty, s. 77.

<sup>281</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 38.

<sup>282</sup> Engster, Divine Sovereignty, s. 77 ve 78.

<sup>283</sup> Akad/Dinçkol/Bulut, s.102; Dunning, s. 96.

“doğa”dır<sup>284</sup>. Fakat, bu cevap da onun doğal hukuk anlayışının temelinde yatan düşünceden oldukça farklıdır. Dunning bir varsayımda bulunarak, Bodin'in bu yasaların kaynağını, süreklilik arz eden bir egemenliğin mümkün olabileceği tek yer olarak gördüğü halkın kolektif yaşamında bulabilecek olduğunu belirtmektedir<sup>285</sup>. Bu ise bir başka çelişkiye kapı aralamaktadır. Çünkü bu gerekçe, Bodin'in eleştirdiği halk egemenliği düşüncesine kapı aralamaktadır<sup>286</sup>.

Ağaoğulları/Köker'e göre Bodin, burada, egemen prensin bile değiştiremeyeceği bazı pozitif yasanın varlığını kabul ederek, kendisini içinden çıkamayacağı bir çelişkiye düşürmektedir<sup>287</sup>. Zira egemen, bir taraftan yasanın kaynağı olarak tanımlanırken öte yandan da kendisi tarafından yapılmamış ve değiştirme yetkisine de sahip olmadığı yasalara bağımlı kılınmıştır<sup>288</sup>.

Bodin, egemen prensin yasama yetkisinin mutlaklığına çizdiği bir diğer sınır, vergilendirme alanında kendisini göstermektedir<sup>289</sup>. Bodin'e göre vergi, devlet gelirlerinin artırılmasında son çare olarak ve ancak zorunluluk halinde başvurulması gereken bir yöntemdir. Bodin'e göre, devletin akla gelebilecek bütün olasılıkları içeren yedi çeşit geliri vardır<sup>290</sup>. Bunlar, kralliyet mülkü, fetihlerin getirdiği kazanç, arkadaşlardan gelen hediyeler, müttefiklerden gelen haraçlar, ticari yatırımların gelirleri, ithal ve ihraç mallarından alınan gümrük vergileri ve yurttaşlara salınan vergilerdir<sup>291</sup>. Bodin'in bu gelirlerden sonuncusu olarak belirttiği vergi gelirin, sadece devletin refahı için zorunlu olması ve tercihen parlamentonun ya da halk meclislerinin onayını almak kaydıyla başvurulmalıdır<sup>292</sup>.

*“Devlet gelirini arttırmanın son yöntemi uyrukların vergilendirilmesidir. Diğer bütün önlemler işe yaramaz hale gelinceye kadar bu yönteme müraaat edilmemeli ve ancak acil bir ihtiyaç devlet için önlem almayı gerektirdiği vakit (bu yöntem kullanılmalıdır.). ...böyle bir durumda her yurtta-*

<sup>284</sup> Dunning, s. 96.

<sup>285</sup> Dunning, s. 96.

<sup>286</sup> Dunning, s. 96.

<sup>287</sup> Ağaoğulları/Köker; s. 38 ve 39.

<sup>288</sup> Ağaoğulları/Köker; s. 38 ve 39; Aynı yönde görüş için bkz. Jeenger, s. 11472.

<sup>289</sup> Wolfe, Martin; “Jean Bodin on Taxes: The Sovereignty-Taxes Paradox”: Political Science Quarterly, Vol.83, No.2, June 1968, s. 268, 269; Akad, s. 569.

<sup>290</sup> Wolfe, s. 272; Bodin, Six Books, VI, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>291</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>292</sup> Edward, On Sovereignty, s. 81; Salmon, s. 504.

*şın güvenliği ve savunulmasının ortak menfaatin korunmasına bağlı olduğunu gören her kişi, buna maddi olarak destek vermeye hazır olmalıdır. Böyle bir krizde vergiler ve yükümlülükler son derece adildir, öyle ki, bir zamanlar bir Roma Senatörünün belirttiği gibi, hiçbir şey, zorunlu olan bu (vergiden) daha adil değildir. Bununla birlikte, savaş zamanında olağanüstü bir vergi salınmasını sağlamak için, (bu verginin) barış zamanında devam etmemesi gerekir. (Bu vergiyi) zorunlu bir borç şeklinde getirmek daha iyi olacaktır. Bunun da ötesinde, vergi ödeyen kişi, hem parasını zamanın birinde geri alacağını, hem de bir katkı sağladığını düşünürse, para daha kolay gelir.”<sup>293</sup>.*

Bodin’in egemen prence vergilendirme alanında getirdiği sınırlamanın kökeni, onun teorisindeki Ortaçağ kalıntısı olarak değerlendirilmekte ve mutlak egemenlik anlayışı ile çeliştiği ileri sürülmektedir<sup>294</sup>. Örneğin Allen, Bodin’in egemen prence vergi salma yetkisi üzerinde getirdiği sınırlamanın egemenlik anlayışı ile açıkça çeliştiğini ileri sürmektedir<sup>295</sup>. Salmon’a göre, “*finans edilmeyen bir egemenlik anlayışı oldukça gariptir*”<sup>296</sup>. Wolfe de modern devlete teorik düzeyde bu kadar katkı sağlamış bir düşünürün, bir devletin işlevlerini gerçek anlamda yerine getirebilmesi için yapması gereken yüklü harcamalar karşısında, vergi salma yetkisini istisnai hale getiren bu yaklaşımının anlaşılmasız olduğunu ileri sürmüştür<sup>297</sup>. Bodin’in teorisinde, halkın vergilendirilmesinde parlamento ve meclisler tamamıyla danışma kurumları olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Bodin’e göre, getirilecek yeni vergiler konusunda egemenin parlamentoya danışması, egemenliğin mutlaklığı ile çelişmemektedir<sup>298</sup>. Fakat düşünür vergi vermeme hakkının, nasıl olup da mutlak nitelikteki egemen gücün bir bileşeni olarak kabul edileceğini hiçbir zaman açıklamamıştır<sup>299</sup>.

Bodin’in ortaya koyduğu teorisinin esasları ile çelişmesi bahasına ilahi ve doğal hukuktan kaynaklanan bu sınırlamaları belirtmesinin nedeni, teorisinin baskıcı bir rejime dayanak oluşturacak şekilde çarpıtılması ihtimaline karşı

<sup>293</sup> **Bodin**, Six Books, VI, Chapter 2, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>294</sup> **Andrew**, s. 81. Aynı yönde görüşler için bkz. **Wolfe**, s. 269; **Salavastru**, s. 103.

<sup>295</sup> **Allen**, J. W.: A History of Political Thought in the Sixteenth Century, London, 1928, s. 419-421’den aktaran: **Wolfe**, s. 269.

<sup>296</sup> **Salmon**, H. M.: “Bodin and the Monarchomachs,” in Denzer, Jean Bodin: Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München, s. 363, 365 ve 476’den aktaran **Edward**, s. 81.

<sup>297</sup> **Wolfe**, s. 273.

<sup>298</sup> **Wolfe**, s. 276 ve 277; **Salavastru**, s. 106.

<sup>299</sup> **Edward**, s. 81.

aldığı bir önlem olarak değerlendirilebilir<sup>300</sup>. Bodin'in kral ile tiran arasında yaptığı detaylı ayırım bu değerlendirmeyi haklı çıkartacak niteliktedir<sup>301</sup>.

## V. EN İYİ YÖNETİM BİÇİMİ OLARAK MONARŞİ

Egemenliği, mutlak, sürekli ve bölünmez olarak tanımlayan Bodin'e göre egemenliğin tek elde toplanması gerekir<sup>302</sup>. Aksi durumda egemenlik bölünecektir ve egemenliğin bölünmesi onun yok olması ile eş anlamlıdır<sup>303</sup>. Eserinin I. Kitabında egemenliğin niteliklerini açıklayan Bodin, II.Kitapta bu egemenlik anlayışının en iyi uygulanabileceği hükümet şeklinin hangisi olduğunu açıklamaya girişmiştir<sup>304</sup>. Bodin'e göre devlet şeklini belirleyen en temel kriter, egemenliği elinde tutan kişilerin sayısıdır<sup>305</sup>.

*“Egemenliğin ne olduğuna karar verdiğimiz ve onun yetkilerini ve niteliklerini tarif ettiğimiz için şimdi, devletin olası muhtelif türlerinin ne olduğunu belirleyebilmek için bütün devlet türlerinde (egemenliğin) kime verildiği üzerinde düşünmemiz gerekmektedir.... Eşyanın doğası geçici özellikleri vasıtasıyla değişmediğinden, sadece üç devlet tipi olduğu sonucuna varabiliriz; monarşi, aristokrasi ve demokrasi. Egemenliğin tek kişiye verildiği ve geri kalanlara sadece itaat etmenin kaldığı devlete monarşi denir. Demokrasi, bütün halkın ya da bunların içinden bir çoğunluğun egemen yetkiyi ortaklaşa kullandıkları devlettir. Bir azınlığın, egemen gücü birlikte kullandığı ve geri kalanlar için toplu olarak ya da ayrı ayrı yasa yaptıkları bir devlet aristokrasidir.”<sup>306</sup>*

Bodin, hükümet biçimlerini, Platon ve Aristoteles gibi çeşitli antik çağ düşünürlerinin bu konudaki fikirlerini de belirterek, birbiriyle karşılaştırır<sup>307</sup>.

*“Bütün antik düşünürler en az üç devlet tipi olduğu konusunda hemfikir dirlir... Bu büyük isimlerin otoriteleri tarafından ikna edilmiş olmam gerekirdi fakat bu gerekçe ve ortak düşünce (beni) aksi görüşe sahip olmaya mecbur bırakmaktadır. O halde bu görüşlerin neden sadece hatalı olduğunun değil, aynı zamanda dayandıkları görüşlerin ve örneklerin, tezlerini neden doğrulamadığının gösterilmesi gerekmektedir.”<sup>308</sup>*

<sup>300</sup> Dunning, s. 95.

<sup>301</sup> Salavastru, s. 108.

<sup>302</sup> Nagan/Haddad, s. 439.

<sup>303</sup> Ağaoğulları/Köker, s. 31.

<sup>304</sup> Smith, s. 419.

<sup>305</sup> Ross, s. 270; Dunning, s. 98; Torun, s. 116.

<sup>306</sup> Bodin, Six Books, II, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>307</sup> Jeenger, s. 11472.

<sup>308</sup> Bodin, Six Books, II, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

Bodin, Herodotus'dan başlayarak, yönetim biçimleri üzerine çeşitli görüşler ileri sürmüş, Platon, Aristoteles, Polybius, Cicero, Thomas More, Contarini ve Machievelli gibi filozofların, bu yönetim biçimlerinden en iyisi olarak gösterdikleri karma yönetimi kendi egemenlik anlayışı ile bütünüyle ters düştüğünü belirtmiştir<sup>309</sup>.

*“Ne söylemiş olduğumu doğrulamak için Polybius, Contarini ve diğerlerinin belirttiği karma yönetim örneklerine daha yakından bakalım... Verilen örneklerden birisi, Polybius'a göre Konsülün monarşi, Senatonun aristokrasisi ve meclislerin de demokrasi ilkesini cisimleştirecek şekilde var olduğu, anayasasının monarşi, demokrasi ve aristokrasinin bir karışımı olduğu iddia edilen Roma İmparatorluğudur.... İlk olarak, monarşik yetki aynı anda iki kişide var olamaz çünkü monarşi tanım olarak tek kişinin yönetimidir. Eğer bölünürse, artık bir monarşi ya da krallık bulunmaz. Pek çok nedenle Cenova ya da Venedik Başkanı bir monark olarak tarif edilebilir. Fakat her halükarda, yasa yapamayan, savaş ve barış ilan edemeyen, hiçbir görevli atayamayan, hiçbir suçluyu affedemeyen, hazineden tek kuruş harcayamayan ve savaş hali dışında bir vatandaşı bedensel cezaya mahkum dahi edemeyen Konsüle hangi krallık gücü atfedilebilir? Bu son yetki, sahadaki bütün liderlere ait bir yetkidir. O halde daha pek çok nedenle bunların da kral olarak adlandırılması gerekir. Bu ülkedeki kolluk gücü ve Türkiye'deki büyük Paşa, her iki Konsülün toplam gücünden on kat fazla yetkiye sahip olmalarına rağmen, aynı Konsülün halkın (uyruğu ve kölesi) olduğu gibi, prensin uyruğu ve kölesinden başka bir şey değildirlir”<sup>310</sup>.*

Bodin, karma yönetimin kendi egemenlik teorisi bakımından neden kabul edilemez olduğunu da şu cümlelerle açıklamaktadır;

*“Eğer egemenlik ortaya koyduğumuz gibi, doğası gereği, bölünemez ise, bir prensin, yönetici sınıfın ve halkın hepsi aynı anda onun bir parçasına nasıl sahip olabilir? Egemenliğin ilk emaresi, uyrukları bağlayan yasa yapma gücüdür. Fakat böyle bir durumda, yasa yapma yetkisinde bir hisseye de sahiplerse, (bu yasaya) itaat edecek uyruklar kimdir? Ve eğer (yasa yapma yetkisini), üzerine yasa vaz ettiği kişilerden almak zorunda ise, yasa yapıcı kim olacaktır?...”<sup>311</sup>.*

Bodin'e göre karma yönetim, yönetimde söz sahibi olan farklı grupların sürekli birbirleri ile çatışma ve kavga içinde olmaları sonucunu doğuracaktır. Ona göre egemenliğin emarelerinin bölünerek farklı toplum kesimleri

<sup>309</sup> Parker, s. 262; Lloyd, s. 358; Salavastru, s. 104.

<sup>310</sup> Bodin, Six Books, II, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>311</sup> Bodin, Six Books, II, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

tarafından kullanılmasının ortaya çıkartacağı sorunların nihai çözümü silahlı çatışma olacaktır<sup>312</sup>.

*“Fakat birisi, size egemenliğin emarelerinden üçü olan memuriyete atama, hazine harcamalarını kontrol etme ve af ilan etme yetkilerine halkın sahip olduğu; egemenliğin diğer emareleri olan yasa yapma, savaşa ve barışa karar verme ve vergi salma(yetkilerine) soyluların sahip olduğu, geri kalan her şeyin üstünde, halkın tek tek ya da topluca kendisine kulluğu-bağlılığı beklenen ve adaletin nihai ve mutlak merci olarak konumlanmış yüksek yargıçların bulunduğu bir devlete sahip olamaz mısınız diyebilir. Bu düzenlemeler, egemenlik yetkilerinin bölünmesini gerektirmiyor mu ve aynı anda monarşik, aristokratik ve demokratik olan devletin karma olduğunu ima etmiyor mu? Egemenliğin emarelerinin bölünemez olduğu göz önüne alındığında bu tip bir şeyin hiçbir zaman var olmadığını, olamayacağını, hatta açıkça hayal bile edilemeyeceğini tekrarlamak isterim... Danimarka Kralı, egemen gücü, soylularla paylaşmak zorunda kaldığı için, bu krallık hiçbir zaman güvenli bir barış yaşamamıştır. Aynı şey, soyluları güvenilirmez bulan kral tarafından Başbakanlığa bir Alman'ın, Emniyet Müdürlüğüne de Varennes isimli bir Norman'ın atandığı İsveç için de geçerlidir... ”<sup>313</sup>.*

Karma yönetimi, tasarladığı siyasal sistem için kabul edilemez olduğunu ilk elden açıklayan Bodin, “*Üç Meşru Yönetim Biçiminin Bir Karşılaştırması, Demokrasi, Aristokrasi ve Monarşi; Monarşi Lehine Sonuç*” başlığını taşıyan bölümde, aristokrasi, demokrasi ve monarşinin olumlu ve olumsuz yönlerini açıklayarak ve bunları birbirleri ile karşılaştırarak, monarşinin neden en iyi yönetim sıfatını hak ettiğini açıklamıştır. Bodin, açıklamalarına, en kötü yönetimin tiranlık olduğunu belirtmekle başlamıştır<sup>314</sup>.

*“Bir prensin içindeki tiranlık kötülüktür fakat birden fazla kişinin yönetici olduğu yerde daha da kötüdür.”<sup>315</sup>.*

Bodin'e göre demokrasi, hukukun kişiler arasında hiçbir ayrıcalık yapılmaksızın, kayıtsız ve eşit bir biçimde uygulanmasına olanak sağladığı için en saygın yönetim biçimlerinden birisi olarak değerlendirilebilir. “*Bu tip bir devlette anayasalar, doğanın yasalarına uygun hale getirilmişlerdir. İnsanları eşit hale getirerek, servetin, mülkün ve onurun bir kişide diğerlerinden daha fazla verilmediği doğal düzene uymaktadır.*”<sup>316</sup>.

<sup>312</sup> Koç, s. 337.

<sup>313</sup> Bodin, Six Books, II, Chapter 1, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>314</sup> Nagan/Haddad, s. 440; Shepard, s. 590.

<sup>315</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>316</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>



Bodin'e göre demokrasinin en iyi, en değerli ve en mükemmel yönetim biçimi olduğunu ortaya koymak için bundan daha fazlası da söylenebilir. Çünkü demokrasi bünyesinde barındırdığı değerler sayesinde askerlikte ve adalette üstün insanlar üretmiş, büyük hatipler, hukukçular ve zanaatkarlar çıkarmıştır.

*“Diğer devletlerde yönetici sınıf içindeki hihipler veya kralın kendi onuru ve şöhreti konusundaki kıskançlığı, uyrukları iyi bir şey yapma çabasından caydırmıştır.”*<sup>317</sup>.

Bodin'e göre demokrasi, herkesin kamusal işlere iştirak etmesi, kamu malında ve savaş ganimetlerinde, onurda ve fethedilen yerlerde hisse sahibi olması nedeniyle bir devletin gerçek emarelerini taşımaktadır. Oysa bu sayılanlara aristokrasilerde bir avuç seçkin sınıf, monarşide ise bir kişi sahip olmaktadır<sup>318</sup>.

Ancak Bodin'e göre demokrasinin bu olumlu yönleri bir aldatmacadan ibarettir.

*“Bir kere mülkün ve onurun eşitliğinin sağlanabildiği bir devlet hiçbir zaman var olmamıştır. Onurla ilgili olarak, bu tip bir eşitlik doğa kanunlarına aykırıdır, çünkü doğada bazıları diğerlerinden daha zeki ve yeteneklidir, bazıları yönetmek bazıları itaat etmek için gelmiştir, bazıları akıllı ve sağduyuludur, bazıları aptal ve dik kafalı, bazıları diğerlerine buyurmak ve yönetmek için gerekli liderlik ruhuna sahiptir bazılarına ise sadece kuralları uygulamak için fiziksel güç verilmiştir. Demokraside çokça dillendirilen doğal özgürlük hakkında ise, eğer bu koşullar herhangi bir yerde gerçekleştirilecek olursa, bu koşullar yüksek memurların, hukukun ya da devletin varlığını imkansız kılacaktır çünkü bunların hepsi ön koşul olarak eşitsizliği gerektirmektedir. Kamu malları ile ilgili olarak, bunların hiçbir devlet şeklinde demokrasideki kadar az saygı görmediği son derece açıktır.”*<sup>319</sup>.

Bodin'e göre yönetme kabiliyeti insanlara eşit şekilde verilemez. “Çünkü biliyoruz ki bazıları ilahi aklın aydınlığına sahipken -öyle ki (bunlar) insandan çok melek gibi görünürler- bazılarının hayvanlardan daha fazla muhakeme yeteneği yoktur.”<sup>320</sup>.

Bodin demokrasiye ilişkin bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra aynı yöntemi aristokrasiye uygulamıştır.

<sup>317</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>318</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>319</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>320</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

*"...eğer arzu edilmeyen iki ucun ortasının en iyisi olduğu ilkesini kabul edecek ve buna göre eğer iki uçtan kaçınacaksak, herkesin ya da tek kişinin değil, az sayıda kişinin egemen olduğu aristokrasi (bu iki ucun) ortasıdır."*<sup>321</sup>.

Bodin'e göre aristokrasinin lehine sürülebilecek bir diğer tez de doğa yasalarının bir gereği olarak egemen buyurma yetkisinin en saygın kişilere verilmesi gerekliliğidir<sup>322</sup>.

*"Doğal akıl bir grup vatandaşın yani azınlığın yönetiminin en iyisi olduğuna işaret etmektedir. Daha açık söylemek gerekirse, bu devlet, sadece en saygın kişilerin yönetici olarak kabul edildiği devlettir."*<sup>323</sup>.

Bodin'e göre aristokrasi, demokrasi ve monarşiye göre ister istemez daha iyi bir yönetimdir. Çünkü hem demokraside hem de monarşide egemenlik görünürde halka ya da krala ait bir yetkidir. Zira demokraside halk, monarşide de kral, uygulamada, devletin önemli işleri ile ilgili kararların alınması işini ve yönetimi ya senatoya ya da özel meclisin ellerine terk etmek zorunda kalmaktadır<sup>324</sup>.

*"Demokrasilerle ilgili belirttiğimiz olumsuzluklar, yönetici sayısının çokluğunun bir sonucu olarak aristokrasiyi de tanımlamaktadır. Yönetenlerin sayısı ne kadar çoksa, o kadar çok ihtilaf olasılığı ortaya çıkar, bir fikir birliğine ulaşmak o kadar zorlaşır ve kararlar da bir o kadar sorumsuzca alınır. Sonuç olarak, en uzun ömürlü ve en istikrarlı aristokrasiler, en az sayıda kişi tarafından yönetilenler olmuştur."*<sup>325</sup>.

Bodin, demokrasiyi ve aristokrasiyi bu olumsuzlukları nedeniyle uygun birer yönetim biçimi olarak görmemiştir<sup>326</sup>. Oysa monarşi, *"bütün büyük adamların diğer herhangi bir yönetim biçimine tercih ettikleri"*<sup>327</sup> bir yönetim biçimidir<sup>328</sup>. Bodin bu tespiti için üç neden ileri sürmektedir<sup>329</sup>. Buna göre, monarşi, doğaya en uygun yönetimdir. Ayrıca, monarşi, kralın devlet görevlilerini başkalarının etkisi altında kalmadan seçmesine imkan tanıdığı için, en yetenekli kişilerin ön plana çıkmasına zemin hazırlayan bir sistemdir. Üçüncü olarak monarşi, mutlak, sürekli ve bölünmez egemenlik anlayı-

<sup>321</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>322</sup> Parker, s. 265; Smith, s. 419 ve 420.

<sup>323</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>324</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>325</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>326</sup> Lloyd, s. 358 ve 359.

<sup>327</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>328</sup> Jeenger, s. 11471.

<sup>329</sup> Torun, s. 116 ve 17; Ağaogulları/Köker, s. 48 ve 49.

şının gerçekleştirilebileceği tek yönetim biçimidir. Fakat monarşinin de olumsuz yönleri bulunmaktadır. Bodin'in monarşinin olumsuzluklarını belirtirken kullandığı dil, bu olumsuzlukları monarşiye içkin olmaktan ziyade dışsal yani monarşinin kendi özünden kaynaklanamayan olumsuzluklar olarak değerlendirdiği izlenimi yaratmaktadır. Örneğin Bodin'e göre monarşi pek çok tehlike ile "kuşatılmıştır"<sup>330</sup>.

*"...yeni bir kralın tahta oturması kötü bir kraldan iyi bir krala ya da iyi bir kraldan daha iyisine bir değişimi ifade eder, egemenlik makamında zorunlu olarak bir değişiklik olur ve bu tip bir değişiklik bütün devlet türlerinde çok önemlidir."*<sup>331</sup>.

Fakat bu tehlike, tahtın soy bağına göre el değiştirmesi halinde bertaraf edilebilecek bir tehlikedir. Ayrıca, isyan, hizipçilik ve iç savaş bütün yönetim biçimleri için var olan tehditlerdir. Dahası Bodin'e göre, aristokrasilerde ve demokrasilerde güç mücadeleleri monarşiye göre daha sık görülür<sup>332</sup>.

Bodin'e göre devletin asli emaresi yani egemen bir gücün varlığı monarşiden başka bir yönetim şeklinde çok zor sağlanabilir<sup>333</sup>.

*"Devlette sadece bir egemen olabilir. Eğer iki, üç ya da daha fazla (egemen) varsa, hiç birisi egemen değildir çünkü, bunlardan hiçbirisi, eşitlerine yasa yapamaz ya da onların isteklerine boyun eğemez."*<sup>334</sup>.

Nasıl ki ailede tek reis, gökte tek güneş, evrende de tek Tanrı varsa, devlette de tek egemen olmalıdır. Bu nedenle bütün doğa yasalarının da işaret ettiği gibi en iyi yönetim biçimi monarşidir<sup>335</sup>.

*"daha önce de belirttiğimiz gibi madem ki devletin gerçek görüntüsü olan ailenin tek reisi vardır, monarşinin de en iyi yönetim şekli olduğu konusunda daha fazla ısrar etmeye gerek bulunmamaktadır. İster bütün organların irade, hareket ve duygu bakımından tek başa tabi olduğu vücudun mikro evrenini, ister yüce Tanrıya tabi dünyanın makro evrenini göz önünde bulunduralım bütün doğa yasaları monarşiyi işaret etmektedir."*<sup>336</sup>.

Bodin'e göre sayılan bu nedenlerden dolayı üç yönetim biçimi arasında en mükemmel olanı monarşidir<sup>337</sup>. Bodin bu noktada, belki de kitabının

<sup>330</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>331</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>332</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>333</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>334</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>335</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>336</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

<sup>337</sup> Salavastru, s. 105, 106.

önceki bölümlerinde mutlak ve sürekli egemenlik ilkesini yaptığı vurgu ile tutarlı olmak kaygısı ile, monarşinin geleceği için de bazı uyarılarda bulunmuştur.

*“Gerçek bir monarşik devlet, güçlü ve sağlıklı bir vücut gibi, kendisini kolaylıkla sürdürebilir....Fakat eğer monarkın otoritesi sınırlandırılır ve halk meclislerine ya da senatoya tabi kılınırsa, egemenliğin güvenli temelleri yok olur ve sonuç, demokrasinin bozulmuş bir şekli ya da her devletin içine düşebileceği en kötü koşul olan berbat bir anarşi ortamı olacaktır. Bu konular dikkatli bir şekilde değerlendirilmeli, uyrukları, kralı kendi iradelerine tabi kılmaya ve ona yasa koymaya ikna eden aldatıcı fikir sahiplerinin sadece monarşiyi değil, uyrukları da yıkıma götürdüğü ortaya konmalıdır.”<sup>338</sup>*

## SONUÇ

Bodin, ortaya koyduğu devlet ve egemenlik anlayışı ile, siyaset felsefi alanına damgasını vurmuş önemli bir düşünürdür. Bu nedenle modern egemenlik anlayışının Bodin'e düşünsel olarak çok şey borçlu olduğu söylenebilir. Bodin'i bu denli önemli bir siyaset felsefecisi yapan özelliklerden en önemlisi, yaşadığı dönemin siyasal ve toplumsal sorunlarına çözüm ararken, sadece kendisinden önce yaşamış düşünürlere karşı değil, kendi döneminin yazarlarına karşı da düşünsel bir tavır geliştirmiş olmasıdır. Bodin, *Republique'de*, çağdaşı olan bütün Fransız düşünürlerinin ortak kaygısı olan siyasal birliğin sağlanması sorununa yönelmiş ancak bu konuda çağdaşlarından farklı olarak daha keskin ve kesin bir dil kullanmayı tercih etmiştir.

Bodin'in devlet ve egemenlik anlayışının teorik temelleri *Methodus'da* başlar. Bodin bu eserinde, hukuk ve toplumsal düzen için evrensel bir temel ve ilkeler silsilesinin var olup olmadığı sorusuna yanıt aramıştır. Bodin, *Methodus'da* bu sorunun yanıtını tarihte ve farklı toplumların yasalarında aramış ve bu arayışının sonunda, tarihin farklı dönemlerinde farklı toplumların yasalarının oldukça çeşitlilik ve değişkenlik gösteriyor olmasına rağmen, ilahi ve doğal hukukun asgari unsurlarını içerdiği sonucuna ulaşmıştır. Bodin'in tarihte var olmuş farklı toplumların bütün önemli yasalarını karşılaştırarak ulaştığı bu sonuç, onun ilahi ve doğal düzeni yansıtan ve siyasal düzen için sağlam bir zemin oluşturacak en iyi yasanın insanlar tarafından belirlenebileceği tezini ileri sürmesini sağlamıştır. Bodin'e göre, bu nitelikleri haiz bir hukukun var olabileceği en iyi siyasal düzen, sınırlı monarşidir.

<sup>338</sup> Bodin, Six Books, VI, Chapter 4, <http://www.constitution.org/Bodin/Bodin.txt>

Bu yönetim biçiminde egemen prens, devletin üzerinde yükseldiği ve ilahi ve doğal düzenin ilkelerini de içeren hukuk ile bağlıdır.

*Methodus'dan* on yıl gibi çok kısa bir süre sonra yayınladığı *Republique'de* ise Bodin, “hukukun ve toplumsal düzenin kaynağı nedir?” sorusuna *Methodus'da* verdiğiinden oldukça farklı bir yanıtla karşımıza çıkmaktadır. Bodin, *Republique'de*, artık tarihin ve farklı toplumların yasalarının özleri itibarıyla ilahi ve doğal hukukun ilkelerini içerdiğine inanmadığını belirtmiş ve bu konuda şüpheli bir tavır takınmıştır. Çünkü, farklı halkların, farklı yasaları kendi içlerinde bütünüyle çeşitlilik göstermektedir ve değişkendir. Bu tespiti rağmen Bodin, siyasal düzen için evrensel bir başka temel arayışından vazgeçmemiş ve onun bu arayışı, felsefesinin *Methodus'daki* “*en iyi yasa*” düşüncesinden *Republique'deki* “*yasa yapan egemen*” düşüncesine evrilmesi ile sonuçlanmıştır. Bodin, *Republique'de* artık ilahi ve doğal hukukun ilkelerini uygulamakla ve kendi pozitif yasaları ve emirnameleriyle dünyevi istikrarı güvence altına almakla sorumlu egemenin, insanlar arasındaki evrensel hukukun kaynağı olduğunu ileri sürmektedir. Bodin, bu düşüncesi ile Ortaçağın sonlarında hakim olan siyaset teorisinden modern siyaset teorisine doğru köklü bir değişimi de tetiklemiştir.

Bodin, tarihin her aşamasında toplumsal bütün kurumların kendisinde toplandığı bir siyasal iktidarın varlığına ve bu iktidarın özünü oluşturan mutlak, sürekli ve devredilmez bir yetki olarak egemenliğe işaret etmiştir. Bodin, bu teorisini de bilimsel ve tarihsel verilerle açıklamaya çalışmış ve egemenlik ilkesine ilişkin bu yaklaşımı siyaset felsefesi alanında onun tarafından gerçekleştirilmiş bir paradigma değişikliğine neden olmuştur. Egemenlik ilkesi, Bodin'in devlet anlayışında öyle merkezi bir ilkedir ki, ona göre, egemenlik olmazsa, siyasal toplumun birliğinin sağlanması mümkün olmaz ve toplum yok olur. Dolayısı ile Bodin'e göre egemenlik, bir devlet olmanın ilk ve asli koşuludur.

Bodin egemenlik teorisi ile Avrupa'da uzun süre hakim olan siyaset felsefesi anlayışından koparak, egemenliği daha mutlakiyetçi bir temele oturtmuştur. Önceki dönemde yaşamış düşünürler egemenliği bir dizi idari yetkiler silsilesi olarak tanımlamışken, Bodin egemenliği, “...kendisinden büyük olarak Tanrıdan başka hiçbir şey tanımayan mutlak..” güç olarak tanımlamıştır. Ortaçağ hukukçuları, kralın mevcut hukuka uymak ve korumakla yükümlü olduğunu ve bu yasaları sadece toplumun bütününe rızası ile değiştirebileceğini ileri sürmüşlerken, Bodin, egemen prensin bütün pozitif ve geleneksel yasaların üstünde olduğunu ve bunları istediği zaman “*başka her hangi birisinin rızası olmaksızın*” değiştirebileceğini belirtmiştir.

Kısacası, Ortaçağ yazarları, egemeni, yasalarla çerçevesi sınırlı bir yürütme yetkisi olarak tasvir ederlerken, Bodin mutlak bir yasa yapma yetkisi ve bir devlet içindeki bütün düzenin esası olarak görmüştür. Bodin'in yaşadığı dönemde siyaset felsefesi alanındaki tartışmalara yaptığı müthiş müdahale, Roma Hukukunda "*hukuk ile bağlı olmama*" olarak tarif edilen, işte bu çarpıcı egemenlik anlayışıdır. Devlet ve siyaset felsefesi alanında ileri sürülen görüşlerin yeni bir aşamaya evrilmesine yol açan ve Bodin'i kendi döneminin "*Aristoteles*"i olarak anılmasını sağlayan, onun bu egemenlik teorisi olmuştur. Bodin'in devlet ve egemenlik anlayışındaki bu köklü değişikliğin nedenleri, yaşadığı dönemin siyasal ve toplumsal koşullarında yatmaktadır. Bodin, *Republique*'yi 1572 St. Bartelemy katliamından dört yıl sonra yayınlamıştır. Ancak bu süreçte Fransız Protestan yazarlar, bu katliama cevap olarak, radikal direniş teorileri geliştirmeye başlamışlardır<sup>339</sup>. Bodin Katolikler ile Protestanlar arasındaki bu çatışmanın Fransız krallığı üzerinde yaratacağı ağır tahribatı öngörmüş ve barışı korumak için daha mutlakiyetçi bir hükümet şeklinin gerekliliğine inanmıştır. Bodin'in siyaset felsefesinin *Methodus*'daki sınırlı egemenlik anlayışından *Republique*'deki mutlak ve sürekli egemenlik anlayışına evrimini bu tarihsel, toplumsal ve siyasal gerçekler ışığında okumak gerekmektedir. Bodin, eserinde, kamu düzeninin ve istikrarının sağlanması öncelikli kaygısı nedeniyle, siyasal toplumun, doğadaki hiyerarşik düzene benzer şekilde kurgulanmış yöneten-yönetilen, buyruk-itaat düzeni sayesinde sağlanabileceğini dile getirmektedir. Bu düzende uyruk, egemen prens, egemen prens de Tanrısal ve doğal yasalara itaat edecek, siyasal alanda da ahlaki ilkeler hakim olacaktır.

Bodin'in daha az bilinen fakat, Fransız siyasal düşünce yapısına yaptığı bir diğer çarpıcı katkısı da egemen prens ile devlet görevlileri arasında yaptığı ayrımdır. Bodin'in yaptığı bu ayrım, göze çarpan "*modern*" nitelikleri nedeniyle bilimsel olarak dikkatleri üzerine toplamıştır. Egemen prens ile onun belli işleri görmesi için atadığı memurlar arasındaki bu ayrım, egemenlik ile devletin yönetilmesinde gerçekleştirilen sıradan ve gündelik tasarruflardan tutarlı bir şekilde ayrılmasına olanak sağlamıştır. Bu nedenle, doktrinde, Bodin'in teorisinin sadece egemenliğin tanımı ile ilgili olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, daha geniş bir şekilde ele alındığında, bu teorinin, en uygun devlet düzeninin ne olduğuna ve özellikle Fransız siyaset felsefesinde devlet ile onun idari teşkilatı arasındaki ayrıma ilişkin 17. Yy'da ortaya çıkacak kuramsal yaklaşımın kısa bir incelemesi olduğu ileri sürül-

<sup>339</sup> Salavastru, s. 101 ve 102.

müştür<sup>340</sup>. Bu nedenle Bodin'in teorisinde yapılan bu ayırım siyaset felsefesi alanında yenilikçi bir alan açmıştır. Bodin'in açtığı bu alanda birbiri ile çatışmak zorunda kalmadan iki devlet organı uyum içinde faaliyetlerini sürdürebilir hale gelmiştir. Bunlardan birisi, üzerinde hiçbir dünyevi sınır bulunmadan yasa yapma yetkisine sahip olan egemendir. Diğeri de ilahi ve doğal yasaya aykırı olmadıkça egemen tarafından yapılan yasaları yürütmekle görevli yüksek memurlardır. Bodin, bu yaklaşımı kapsamında pek çok siyaset felsefecisini, alelade devlet yöneticileri ile egemen prens arasında ayırım yapmadıkları için de eleştirir. Egemen prensin en önemli özelliği egemenliğe belli bir iş, görev ya da süre ile sınırlanmaksızın elinde tutuyor olmasıdır. Çünkü Bodin'e göre, belli bir süre ile sınırlanmış ya da geri alınabilir nitelikteki bir iktidar, egemenlik değil, bir yetkidir. Bodin'in ortaya koyduğu bu ayrımlar ve tanımlar, onun yaşadığı dönemin siyaset felsefesine yaptığı katkı şeklinin de göstergesidir.

Bodin'in devlet ve egemenlik teorisi modern siyaset teorisine pek çok açıdan paha biçilmez katkılar sağlamış olmasına rağmen kendi içinde de pek çok çelişkiye yer vermiştir. Teorinin temeli olan, toplumsal yaşamın devamı için bir siyasal iktidarın zorunluluğu varsayımı, modern devlet teorisinin oluşumunda önemli bir sıçrama noktası olarak kabul edilebilir. Bu varsayım, siyasal iktidarın dinden önce de var olduğu mantıksal sonucunu beraberinde getirdiği için, devlet için dinin dışında, dünyevi ve rasyonel bir temel bulma gerekliliği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, bu önemli katkı, bünyesinde barındırdığı çelişkiler nedeniyle eleştirilere de maruz kalmıştır. Bodin'in siyasal iktidar için rasyonel bir temel önerisi olarak kabul edilebilecek bu varsayım, eserin önemli bir kısmında -özellikle de egemenliğin sınırlarının belirlenmesi gibi, teorisinin sıklet merkezini oluşturan bir alanda-Tanrıya yaptığı atıfla yanıtlanması zor sorulara neden olmuştur. Zira Bodin bir taraftan, din savaşları nedeniyle bozulan toplumsal düzen ve barışı sağlayabilecek "*mutlak*" bir egemenlik önerisinde bulunurken, bir taraftan da bu egemenliğe ilahi yasalarla getirdiği sınır ile ortaçağda hakim olan kuramsal yaklaşımlardan kendisini tam olarak kurtaramadığı ve bu nedenle yeni bir düşünür olarak tanımlanmayı hak etmediği eleştirilerine maruz kalmıştır<sup>341</sup>. Benzer bir çelişki, iktidarın meşruluk kaynağı bakımından da gözlemlenmektedir. Bodin'e göre devletin meşruiyeti için dışsal bir kaynağa ihtiyaç yoktur; devlet meşruluğunu kendisinden alır ya da devlet zaten salt devlet olması sebebi ile meşrudur. İlk önce devletin meşruiyetinin kendisine

<sup>340</sup> Nicholls, s. 52.

<sup>341</sup> Jeenger, s. 11472.

içkin bir durum olduğu sonucuna varan Bodin, sonrasında egemen prensi yeryüzünde Tanrıdan sonraki en büyük güç ve onun yeryüzündeki sureti olarak tanımlayarak bu meşruiyete ilahi bir boyut katmıştır. Bodin ilahi nitelikteki bir monarşiyi ve buna ilişkin geleneksel Ortaçağ inançlarını onaylamamış olmasına rağmen, Tanrı merkezli bir egemenlik anlayışı ortaya koymuştur<sup>342</sup>. Bodin'in egemenlik teorisi ilahi ve doğal temellerinden ve sınırlarından arındırıldığında fazlasıyla keyfi bir olgu olarak karşımıza çıkar. Çünkü, bu hali ile egemenlik teorisi, bir kişi ya da topluluğun en üstün emretme gücüne sahip olarak bütün bir toplum için ahlaki ve hukuku belirlemesi gerektiği düşüncesinden başka bir şey önermemektedir. Dahası bu egemenlik anlayışı, bir toplumu oluşturan herkesin evrensel ve homojen bir bütüne hep birlikte bağlanmaları halinde, ortak bir çıkarı da paylaşmış olacakları varsayımından hareket etmektedir.

---

<sup>342</sup> De Benoist, s. 103.



## KAYNAKÇA

- Abadan**, Yavuz: Devlet Felsefesi, Seçilmiş Okuma Parçaları, AÜSBFY, S.98-80, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1959.
- Ağaoğulları**, Mehmet Ali/**Köker**, Levent: Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, 4. Baskı, 2009.
- Akad**, Mehmet: “*Machievel-Bodin ve Hobbes’da Monarşi Anlayışı*”: İÜHFİM, C.40 (1974), S.1-4, ss. 553-587.
- Akad**, Mehmet/**Dinçkol**, Bihterin Vural/**Bulut**, Nihat: Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 12. Basım, İstanbul, 2016.
- Allen**, J. W.: A History of Political Thought in the Sixteenth Century, London, 1928.
- Andrew**, Edward: “*Jean Bodin on Sovereignty*”: Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts 2, No. 2 (June 1, 2011), ss. 99-118.
- Aristoteles**, Politika (Çev. Mete Tunçay), Remzi Yayınları, İstanbul, 2000.
- Bartelson**, Jens: “*On The Indivisibility of Sovereignty*”: Republic of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts, Vol.2, No.2, (June 1, 2011), ss. 85-94.
- Beaulac**, Stephane: Power of Language in the Making of International Law: The Word “Sovereignty” in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, 2004.
- Beaulac**, Stephen: “*The Social Power of Bodin’s ‘Sovereignty’ and International Law*”: Melbourne Journal of International Law, C.4 (2003), ss. 1-28.
- Becker**, Anna: “*Jean Bodin on Oeconomics and Politics*”: History of European Ideas, Published Online: 9.May 2013, ss. 135-154: <http://dx.doi.org/10.1080/01916599.2013.796163> (25.06.2020).
- Bodin**, Jean: Les Six Livres de la Republique: [http://books.google.com.tr/books?id=Bu4TAAAAQAAJ&dq=Les+Six+livres+de+la+R%C3%A9publique&printsec=frontcover&source=bl&ots=GKdKIXacDv&sig=S Bi7bd3nEPSSGk47XMnJWcnP3cl&hl=tr&ei=53acSa3DMIO60AXktqTGBQ&sa=X&oi=book\\_result&resnum=2&ct=result#PPR22,M1](http://books.google.com.tr/books?id=Bu4TAAAAQAAJ&dq=Les+Six+livres+de+la+R%C3%A9publique&printsec=frontcover&source=bl&ots=GKdKIXacDv&sig=S Bi7bd3nEPSSGk47XMnJWcnP3cl&hl=tr&ei=53acSa3DMIO60AXktqTGBQ&sa=X&oi=book_result&resnum=2&ct=result#PPR22,M1) (25.06.2020)
- Bodin**, Jean: Six Books of the Commonwealth, Abridged and Translated by M. J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford: <http://www.constitution.org/bodin/bodin.txt> (25.06.2020).

- Bodin, Jean:** Method For The Easy Comprehension of History, Translated by Beatrice Reynolds, New York: Columbia University Press, 1945.
- Crawford, James:** The Creation of States in International Law, Oxford: Clarendon, 1979.
- De Benoist, Alain:** “*What is Sovereignty*” Translated by Julia Kostova from “Qu’est-ce que la souveraineté?”: *Éléments*, No. 96 (November 1999): [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/A20317BBCECF9E1E0525770A00586F60/\\$FILE/what.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/A20317BBCECF9E1E0525770A00586F60/$FILE/what.pdf), (25.06.2020)
- Dunning, Wm. A.:** “*Jean Bodin on Sovereignty*”: *Political Science Quarterly*, Vol.11, No.1 (Mar.,1896), ss. 82-104.
- Engster, Daniel:** “*Jean Bodin, Scepticism and Absolute Sovereignty*”: *History of Political Thought*, Vol.XVII, No.4, Winter 1996, ss. 469-499.
- Engster, Daniel:** *Divine Sovereignty, The Origins of Modern State Power*, Northern Illinois University Press, DeKalb, Illinois, 2001.
- Halter, M. Helene:** *Bodin and Althusius on the Nature of Sovereignty*, A Thesis in The Department of Political Science, Presented in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Masters of Arts at Concordia University, Montreal, Quebec, Canada, April, 1995.
- Jackson, John H.:** “*Sovereignty, Subsidiarity, and Separation of Powers: The High-wire Balancing Act of Globalization*”: *The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Daniel L. M. Kennedy and James D. Southwick (eds.), Cambridge University Press, 2002, ss. 13-31.
- Jackson, Robert:** “*Introduction: Sovereignty at the Millennium*”: *Sovereignty at the Millennium*, Robert Jackson (ed.), Blackwell Publishers, Oxford, 1999, ss. 1-8.
- Jackson, Robert:** “*Sovereignty in World Politics: A Glance at the Conceptual and Historical Landscape*”: *Sovereignty at the Millennium*, Robert Jackson (ed.), Blackwell Publishers, Oxford, 1999.
- Jeenger, Kailash:** “*Genesis of the Concept of Sovereignty: A Historical Survey*”: *Elixir International Law*, Vol.52(2012), ss. 11469-11477.
- Keohane, Oisín:** “*Bodin on Sovereignty: Taking Exception to Translation?*”: *Paragraph*, Vol.38, No.2(2015), ss. 245-260.
- Koç, Yunus:** “*Yeniçağda Kavram Olarak Egemenliğin Analizi: Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau Üzerine*”: *ASEAD*, C.6, S.12 (2019), ss. 333-350.

- Koçak**, Mustafa: Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi; Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar), Seçkin, Ankara, 2006.
- Korkut**, Levent: “*Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları*”: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2(1), Bahar 2015, ss. 31-78.
- Krasner**, Stephen D.: “*Problematic Sovereignty*”: Problematic Sovereignty, Contested Rules and Political Possibilities, Stephen D. Krasner (ed.), Columbia University Press, New York, 2001, ss. 1-23.
- Krasner**, D. Stephen: “*Sovereignty*”: Foreign Policy, January/February (2001), ss. 20-29.
- Lee**, Daniel: “‘*Office is a Thing Borrowed*’: Jean Bodin on Offices and Seigneurial Government”: Political Theory, Vol.41(3), 2013, ss. 409-440.
- Lloyd**, Howell A.: “*Sovereignty: Bodin, Hobbes, Rousseau*”: Revue Internationale de Philosophie, Vol.45, No 179 (4), 1991, ss. 353-379.
- Merriam**, Jr, C. E.: History of Sovereignty since Rousseau, Batoche Books, Kitchener, Ontario, Canada, 2001.
- Nagan**, Winston P./**Haddad**, Aitza M.: “*Sovereignty in Theory and Practice*”: San Diego International Law Journal, Vol.13 (2012), ss. 429-520.
- Nicholls**, Sophie: “*Sovereignty and Government in Jean Bodin’s Six Livres de la Republique (1576)*”: Journal of the History of Ideas, Vol.80(1), January 2019, ss. 47-66.
- Parker**, David: “*Law, Society and The State in The Thought of Jean Bodin*”; History of Political Thought, Vol.2, No.2 (Summer 1981), ss. 253-285.
- Ross**, Eva J.: “*The Social Theory of Jean Bodin*”: The American Catholic Sociological Review, Vol.7, No.4 (Dec., 1946), ss. 267-272.
- Salavastru**, Andrei Constantin: “*Royalist Rhetoric During The French Wars of Religion: Jean Bodin’s ‘Royale’ Monarchy*”: Argumentum, Journal of the Seminar of Discursive Logic, Argumentation Theory and Rhetoric, Vol.17, No.1 (2019), ss. 95-115.
- Salmon**, J. H. M.: “*The Legacy of Jean Bodin: Absolutism, Populism or Constitutionalism?*”: History of Political Thought, Vol.17, No. 4 (Winter, 1996), ss. 500-522.

- Saygılı**, Abrurrahman: “*Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış*”: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.63(1), 2014, ss. 185-198.
- Schmitt**, Carl: *Political Theory, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Translated by George Schwab, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1988.
- Shepard**, Max Adams: “*Sovereignty at Crossroads: A Study of Bodin*”; *Political Science Quarterly*, Vol.45, No.4, 1930, ss. 580-603.
- Smith**, Constance: “*Jean Bodin and Comparative Law*”: *Journal of History of Ideas*, Vol.25, No.3 (Jul.-Sep., 1964), ss. 417-422.
- Şenel**, Alaeddin: *Siyasal Düşünceler Tarihi, Tarihöncesinde, İlkçağda, Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş, Bilim ve Sanat Yayınları*, 4.Kısaltılmış Basım, Ankara, 1995.
- Tooley**, M. J.: *Six Books of the Commonwealth*, Abridged and Translated by M. J.Tooley, Basil Blackwell, Oxford: <http://www.constitution.org/bodin/bodin.txt> .
- Turan**, Mehmet: “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi*”: *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2003, ss. 215-248.
- Uygun**, Oktay: *Devlet Teorisi*, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2014.
- Wolfe**, Martin: “*Jean Bodin on Taxes: The Sovereignty-Taxes Paradox*”: *Political Science Quarterly*, Vol.83, No.2, June 1968, ss. 268-284.



## İNSAN TİCARETİYLE MÜCADELE VE ULUSLARARASI HUKUK: KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ ÖRNEĞİNİ DE İÇEREN BİR İNCELEME

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.800893>

***Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA\****

### **Öz**

*İnsan ticareti insanların değersiz birer varlıklarmışçasına sömürülmesine, emeklerinin çalınmasına, zorla çalıştırılmasına yol açan bir suçtur. Genellikle sınıraşan özellikler göstermekte ve bu nedenle de söz konusu suçla mücadelede uluslararası işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır. İnsan ticaretinin önlenmesi için birçok uluslararası hukuk metni doğmuştur. Bu doğrultuda makalede insan ticaretinin ne olduğu, mağdurlarının ve faillerinin özellikleri üzerinde durulacaktır. Ardından insan ticareti suçuyla ilgili uluslararası hukuk metinleri ele alınacaktır. İnsan ticaretiyle ilgili hem Birleşmiş Milletler, hem Avrupa Konseyi, hem de Avrupa Birliği bünyelerinde kabul edilen düzenlemeler ortaya konulacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konunun önde gelen kararlarından olan Rantsev kararı da özetlenecektir. İnsan ticaretine ilişkin olarak düzenlemelerin hangi doğrultuda yapılması gerektiğine ilişkin önerilere de değinilecektir. Son olarak da, insan ticaretiyle genelde iç içe geçen fuhuş kavramı kısaca özetlendikten sonra, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde fuhuş ve insan ticareti ilişkisine yer verilecektir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*İnsan ticareti, uluslararası hukuk, Rantsev, fuhuş, KKTC*

---

\* Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: m\_ercakica@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0197-1207> (Makalenin Geliş Tarihi: 24.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 28.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 21.09.2020)

**FIGHTING AGAINST HUMAN TRAFFICKING AND  
INTERNATIONAL LAW: AN EVALUATION INCLUDING THE  
EXAMPLE OF THE TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS**

**Abstract**

*Human trafficking is a crime that causes people to be exploited as if they are worthless assets. Human trafficking also causes forced labour and violates the freedom of forced labour. It often has transboundary effects and, therefore, international cooperation is highly needed for fighting against the human trafficking. Many international legal texts were created for the prevention of this crime. This article will focus on what human trafficking is, the characteristics of its victims and perpetrators. Then, international law texts on human trafficking will be discussed. Regulations adopted in the United Nations, the Council of Europe and the European Union will be evaluated. The famous and important decision of the European Court of Human Rights on this crime, the Rantsev case, will also be summarized. Possible proposals regarding the future international regulations on the human trafficking problem will also be mentioned. Finally, after the concept of prostitution which is generally intertwined with human trafficking is briefly summarized, the relationship between prostitution and human trafficking will be included with regarding the situation in the Turkish Republic of Northern Cyprus.*

**Keywords**

*Human trafficking, international law, Rantsev, prostitution, TRNC*

## GİRİŞ

Daha iyi bir yaşam sürmek isteyen insanlar, bu arayışları nedeniyle insan ticareti suçunun mağduru haline gelebilmektedir. Bu doğrultuda da kaçtıklarından çok daha kötü koşullarda yaşamak zorunda kalabilmektedir.

İnsan ticareti, insanların değersiz birer varlıklarını sömürülmesine, emeklerinin çalınmasına, zorla çalıştırılmasına yol açan bir suçtur. Beraberinde büyük oranda rüşvet, sahtecilik gibi diğer suçları da getirmekte, bireylerin güvenlik ve özgürlükleri yanında, devletlerin iç güvenliğini de tehlikeye sokmaktadır. Genellikle sınıraşan özellikler göstererek diğer birçok suçtan ayrılmakta, çok daha nitelikli ve organize bir mücadeleyi gerektirmektedir. Nitekim devletler bu suçla mücadele edebilmek için uluslararası bir işbirliği ortamına ihtiyaç olduğunu fark etmiş, bu alanda birçok uluslararası hukuk metni doğmuştur.

İnsan ticareti suçuyla ilgili uluslararası çabaların nasıl daha verimli olabileceğini anlamak için, önce insan ticaretinin nasıl bir suç türü olduğunun araştırılması gerekmektedir. Belirtilen doğrultuda, bu çalışmada da öncelikle sınıraşan örgütlü suçlardan biri olan insan ticareti suçu incelenecektir. Bunun ele alınacağı bölümde, öncelikle insan ticareti suçunun ne olduğuna, ardından da faillerinin ve mağdurlarının özelliklerine yer verilecektir.

Çalışmada, insan ticaretinin ne olduğunun belirtilmesinin ardından, insan ticareti suçuyla ilgili uluslararası hukuk metinleri ele alınacaktır. İnsan ticaretiyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunan birçok uluslararası hukuk metni vardır. Bu nedenle çalışmanın ikinci bölümünde hem insan ticaretine ilişkin genel uluslararası hukuk metinlerine, hem de Birleşmiş Milletler bünyesinde ve doğrudan konuyla ilgili olarak düzenlenen belge ve sözleşmelere yer verilecektir.

İnsan ticareti, bölgesel örgütlenmelerin de dikkatini çekmiştir. Bu tür örgütlenmelerin en güzel örnekleri, hiç kuşkusuz Avrupa'da yaşanmaktadır. Avrupalı devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği örgütleri, devletlerin insan haklarıyla ilgili standartlarını yükseltecek sayısız girişimde bulunmuştur. Bu girişimler içerisinde insan ticaretiyle ilgili düzenlemeler de yer almaktadır. İnsan ticaretine ilişkin olarak Avrupalı devletlerin yarattığı birtakım mekanizmalar da, bu alandaki mücadelede örnek alınmalıdır. Bu nedenle insan ticaretine ilişkin Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'ndeki düzenlemelere değinilmesi faydalıdır ve ikinci bölümde bunlara da yer verilecektir.



İnsan ticaretiyle ilgili olarak yukarıda özetlenen ve aşağıda incelenecek olan uluslararası alandaki çabalar yeterli olmuş mudur? Kuşkusuz bu mücadeleye ilişkin olarak atılması gereken birçok adım daha vardır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, bu konuya ilişkin olarak saptanan eksikliklere ve yeni düzenlemelerin hangi doğrultuda yapılması gerektiğine ilişkin önerilere yer verilecektir. Dördüncü ve son bölümde ise, Avrupa'ya coğrafi yakınlığıyla bilinen Kıbrıs Adasının kuzeyinde yıllardır kronikleşmiş bir sorun olan fuhuş sorununa, insan ticareti suçu kapsamında değinilerek, görmezden gelinen bu soruna dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

## I. SINIRAŞAN ÖRGÜTLÜ SUÇ TÜRÜ OLARAK İNSAN TİCARETİ

Günümüzde köleliğin ve insanların köle olarak kullanılıp sömürülmesinin sona erdiğini düşünsek de, bu kurum aslında insan ticareti olarak varlığını sürdürmektedir<sup>1</sup>. Oysa gerçek kişiler de, tıpkı cansız varlıklar gibi, ticari ilişkilerin konusu yapılmakta, bir yerden diğer yere taşınıp, sömürülmektedir. İnsan hakları açısından çok ciddi ihlallere yol açan bu suçun mağdurlarının sayısı, gün geçtikçe artmaktadır.

İnsan hakları açısından bu derece tehlikeli olan bir suçla daha iyi mücadele edebilmek için, söz konusu suçun ne olduğunun iyi anlaşılabilmesi, potansiyel mağdurların daha iyi tanınması gerekmektedir. Ayrıca örgütlü suçlardan olması, insan ticaretiyle mücadelede uluslararası hukukun rolünü çok arttırmaktadır. Bu çerçevede, ilk bölümde öncelikle örgütlü suçlar ve insan ticareti suçunun üzerinde durulacak, ardından da insan ticareti suçunun mağdurları ve faillerinin özellikleri üzerinde durulacaktır.

### A. Sınıraşan Örgütlü Suçlar ve İnsan Ticareti Suçu

İnsan ticareti suçu, örgütlü suçlardandır ve ağır insan hakkı ihlallerine neden olmaktadır<sup>2</sup>. Bu suç, en temelde, mağdurların serbestçe karar verme ve geleceklerini belirleme haklarını ellerinden almaktadır<sup>3</sup>. Bu suçun, zo-

<sup>1</sup> İnsan ticareti suçunun tarihsel kökeni ve kölelik ile ilişkisi için bknz: **Sayın**, Hüdayi: Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 154-173.

<sup>2</sup> **Yılmaz**, Yeşim: “İnsan Ticareti Suçu ve İctima Sorunu”, MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 884.

<sup>3</sup> **Kocacakal**, Ümit: “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, GSÜHFD, S. 2, 2003, s. 39.

runlu bir unsuru olmasa da, genellikle sınıraşan özellikler gösterdiği görülmektedir. Sınıraşan suçlar iki veya daha fazla devletin hukuksal düzenini ihlal edici nitelik taşıyan suçlardır<sup>4</sup>. Örneğin, çeşitli coğrafyalarda yaşanan iç silahlı çatışmalar daha iyi koşullara kavuşmak ve çatışmalardan zarar görmemek isteyen mültecilerin yaşadıkları yerlerden göç etmelerine neden olmaktadır. Bir arayış içindeki bu korunmasız insanlar, sömürülmeye açık hale gelmekte ve insan ticareti suçu açısından potansiyel mağdurlar olmaları sonucu doğabilmektedir<sup>5</sup>.

Bir ülkedeki çatışma ortamından kaçan mülteciler, insan ticareti suçunun faileri tarafından, iyi koşullarda yaşama vaadiyle başka ülkeye getirilip, bu yeni ülkede aslında sömürülmeye başlayabilmektedir. Bu şekilde, her geçen gün daha çok insanın mal ya da meta gibi algılanarak, bu suçun mağduru haline getirildiği görülmekte, hayatları karartılmaktadır<sup>6</sup>. İnsan ticareti suçu nedeniyle hem insanların güvenliği, hakları ve özgürlükleri, hem de uluslararası güvenlik, tehdit edilmektedir<sup>7</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, insan ticareti suçu, sınıraşan örgütlü suçlardandır. O halde, insan ticareti suçuyla ilgili incelemelere geçmeden önce, sınıraşan örgütlü suçlulukla ilgili bilgi vermek gerekmektedir.

Sınıraşan örgütlü suçluluğun tanımına, herhangi bir uluslararası hukuk metninde yer verilmediği görülmektedir. Bu konudaki en önemli uluslararası hukuk belgesi sayılan Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde<sup>8</sup> (SAÖSKBMS) de bunun tanımına ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır. Bunun nedeninin ise belirtilen sözleşmenin, bir sınırlama olmaksızın, küresel, bölgesel ve yerel gelişmelerden etkilenmeden, geniş bir alanda uygulanabilmesini sağlama amacı olduğu düşünülebilir. Ayrıca hangi fiillerin gerçekleştirildiği durumlarda sınıraşan örgütlü suçluluğun oluşacağına ilişkin her durumu kapsayan net bir belirlemenin yapılmasındaki güç-

<sup>4</sup> **Tongür**, Ali Rıza: “Sınıraşan Ceza Hukukuna Kavramsal Bir Bakış”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2018, s. 51.

<sup>5</sup> Bireyleri insan ticareti suçunun potansiyel mağduru kılan ekonomik, sosyolojik, kültürel veya hukuki sebeplerle ilgili tablo halinde getirilmiş veriler için bkz: **Tepecik**, Filiz: “İnsan Ticaretinin Ekonomik ve Hukuki Boyutları”, Economic and Legal Aspects of Trafficking in Human Beings International Conference on Eurasian Economies 17-18 Eylül 2013, ed. Selahattin Sarı, Alp H. Genver ve İlyas Sözen, 2013, İstanbul, s. 920.

<sup>6</sup> **Kocasakal**, s. 40.

<sup>7</sup> **Yılmaz**, s. 884.

<sup>8</sup> SAÖSKBMS'nin İngilizce metni için bkz: <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html> (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2015).

lüğün de, ortaya bir tanımın çıkmamasının bir diğer nedeni olarak kabul edilebilecektir<sup>9</sup>.

Anılan sözleşmede sınıraşan örgütlü suçlar tanımlanmasa da, ikinci maddede örgütlü suç grubunun ne olduğunun tanımı verilmiştir. Sözleşmenin bu maddesine göre, örgütlü suç grubundan bahsedebilmek için dört unsura ihtiyaç vardır. İlk olarak, tesadüfen bir araya gelmemiş olan ve üç ya da daha fazla insanı barındıran bir gruptan söz etmek gerekmektedir. İkinci olarak ise, bu grubun varlığını bir süredir devam ettiriyor olması şartı aranmaktadır. Anılan maddeye göre üçüncü olarak, grup üyelerinin en az dört yıllık bir hapis cezasıyla cezalandırılan bir suçu işlemek için birlikte harekete geçmiş olmaları gerekmektedir. Son olarak da, bu suç dolaylı veya doğrudan, maddi veya diğer bir çıkar elde etmek amacı ile işlenmek istenmiş olmalıdır. SAÖSKBMS'nin kapsamına alınmak istenen suçlar, sadece suçu gerçekleştiren icrai hareketlerin farklı farklı ülkelerde gerçekleştirildiği suçlar değildir. Bu suçların yanında, suça ilişkin icrai hareketlerin tek bir ülke sınırları içinde gerçekleştirildiği, ancak suçun işlenmesine ilişkin planlamanın veya suçun işlenmesinin denetiminin başka bir ülkeden yapıldığı durumların da kapsam dahiline alınmak istendiği görülmektedir. Ek olarak, bir suçun etkilerinin başka ülkelerde görülmesi durumlarının da kapsam dahilinde olduğu kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Örgütlü suçların iştirak halinde işlenen suçlardan farklı olduğu da muhakkak hatırlanmalıdır. Suça iştiraktan söz edebilmek için, tek bir fail tarafından da işlenebilecek olan bir suçun, birden fazla fail tarafından işlenmesi gerekmektedir. Ancak örgütlü suçlarda durum farklıdır. Örgütlü suçlarda çok failli suçlar söz konusudur ve suçun oluşumu için birden fazla failin suçun işlenmesine katılmış olması zorunludur. Örgütlü suçluluk kavramında, suça iştirakteki tesadüfi ve ani birliktelikten fazlası vardır; burada genellikle belirsiz sayıda suçun işlenmesi için organize olunmuştur<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> **Akgün**, Erhan: “Modern Kölelik İnsan Ticareti ve Rakamlarla Türkiye Gerçeği”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 1, 2016, s. 161.

<sup>10</sup> Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, Organized Crime, <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html> (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2020). Evik, suç örgütünün varlığından söz edebilmek için genellikle üç veya daha fazla kişinin bir hiyerarşik yapı içinde oluşturduğu, organize olmuş ve disiplinli olan bir birlik aramak-tadır. Ayrıca süreklilik unsurunun da arandığını belirtmektedir. **Sonay-Evik**, Vesile: “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan-MÜHFHAD, C. 19, S. 2, 2013, s. 677-680.

<sup>11</sup> *Ibid.*, s. 682.

Sınır aşan örgütlü suçların en önemlilerinden birisi ise, çalışmanın ana konusu olan insan ticaretidir. Özellikle 1990'lı yılların başından itibaren, bu suçla ilgili uluslararası hukuk belgelerinin doğmaya başladığı görülmektedir. İlk kez 1994 yılında, Uluslararası Göç Örgütü tarafından tanımlanan insan ticareti, daha sonra 2000 yılında Birleşmiş Milletler (BM) tarafından hazırlanan Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek, Özellikle Kadınların ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü'nde (İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol<sup>12</sup>) tüm unsurlarıyla birlikte ve kapsamlı bir biçimde tanımlanmış ve bu protokol 2003 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün İngilizce metni için: [http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final\\_documents\\_2/convention\\_%20traff\\_eng.pdf](http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_%20traff_eng.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015). İnsan Ticareti'ne İlişkin Ek Protokol'ün yukarıda anılan tanımı da içeren maddesinin tam metni için bkz: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, 2010, s. 433. Bu protokol Palermo Protokolü olarak da anılmaktadır. Bknz: **Güleç**, Sesim Soyer: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Güney Kıbrıs ve Rusya'ya Karşı Verdiği 07.01.2010 Tarihli "Rantseva" Kararından Çıkan Bazı Sonuçlar", *IÜHFM*, C. 70, S. 1, 2012, s. 129.

<sup>13</sup> Türkiye Cumhuriyeti de tarafı olduğu İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün gerekliliklerini yerine getirmek ve ulusal hukukunu bununla uyumlaştırmak yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda gerekli değişiklikler yapılmış ve 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda insan ticareti suçu, anılan protokole uygun bir şekilde yeniden düzenlenmiş haliyle, yer almıştır. **Jahic**, Gamla/**Karan**, Ulaş: "Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar", *TBB Dergisi*, S. 67, 2006, s. 101. Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan ticareti" başlıklı 80. maddesine göre; "(1) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir. (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir. (3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir. (4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur." 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun metnine ulaşmak için bkz: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2020).

Türk Ceza Kanunu'nda 80. maddede kullanılan "... kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye ..." ifadesinin aslında ülkeye dışarıdan getirilen kişilerin insan ticareti mağduru olma durumuna ağırlık verdiği ileri sürülmektedir. Ülke içinde bulunan ve

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün üçüncü maddesine göre insan ticareti, kuvvet kullanarak, kuvvet kullanma tehdidinde bulunarak veya başka biçimlerde baskı uygulama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu veya korunmasızlığı kötüye kullanma veya başka bir kişi üzerindeki denetim yetkisine sahip kişinin rızasını elde etmek için kazanç sağlanmasına olanak verme yollarıyla, kişilerin, onları sömürebilmek için temini, nakli, devri, barındırılması veya teslim alınması demektir.

Sömürü terimi, kişilerin üzerinde haksız çıkar sağlamak anlamına gelmektedir<sup>14</sup>. Bu terim, başkalarının fuhuş amaçlı kullanılmasını da içeren cinsel sömürüyü, zorla çalıştırmayı, kölelik veya köleliğe benzer uygulamaları, organların alınmasını ve uluslararası hukuk açısından yasak olan paralı asker olarak kullanılmayı içerebilmektedir<sup>15</sup>. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün üçüncü maddesine göre, on sekiz yaşının altındaki çocukların sömürülmek için temini, nakli, devri, barındırılması veya teslim alınması insan ticareti suçunun oluşması için yeterli olmakta, sömürünün gerçekleştirilmesi şartı aranmamaktadır<sup>16</sup>.

İnsan ticareti suçunda mağdur sıfatını taşıyan kişinin rızasının olup olmamasının önemli olmadığı, anılan protokolün yine üçüncü maddesinde öngörülmüştür. Zaten insan ticaretinin kökenleri köleliğe dayandırılmakta ve insan ticareti sonucu sömürülme de modern kölelik olarak nitelendirilmektedir<sup>17</sup>. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün üçüncü maddesi doğrultusunda, 18 yaşının altındaki çocuklar söz konusu olduğunda, bu suçun işlenmiş sayılması için sömürünün gerçekleştirilmiş olması aranmamaktadır. Bu tercih gerçekten de isabetlidir.

---

insan ticareti suçunun mağduru olarak sömürülen kişiler, bir sınır aşma durumu olmadığı için bu kapsamda değerlendirilmeyecekmiş ve Türk Ceza Kanunu'ndaki "Fuhuş" başlıklı 227. madde kapsamında korunacakmış gibi bir algı oluşabilmektedir. **Coşkun**, Emel: "Türkiye'de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti", Çalışma ve Toplum, S. 3, 2014, s. 190. Ancak 80. madde, sınır aşımı olmadığı durumlarda da uygulanmalıdır. Çünkü maddede herhangi bir sınır aşımı ya da dışarıdan gelme kriteri aranmamakta, tedarik etme, kaçırma, götürme, sevk etme veya barındırma gibi fiiller de suçu oluşturmaktadır.

<sup>14</sup> **Kocasakal**, s. 48.

<sup>15</sup> **Jahic ve Karan**, s. 97. Uluslararası hukukta kölelik *jus cogens* normlarla yasaklanmıştır. İnsan ticaretini de kölelikle bağdaştıran yaklaşım, insan ticareti yasağının da bir *jus cogens* norm olduğunu iddia etmektedir. **Kirchner**, Stefan ve **Frese**, Vanessa: "Slavery Under the European Convention on Human Rights and the Jus Cogens Prohibition of Human Trafficking", Denning Law Journal, C. 27, 2015, s. 130-131.

<sup>16</sup> **Gemalmaz**, s. 443.

<sup>17</sup> **King**, Lindsey: "International Law and Human Trafficking", Topical Research Digest: Human Rights And Human Trafficking, Ekim 2013, s. 88.

İnsan ticareti suçunun genellikle üç aşamasının bulunduğu görülmektedir<sup>18</sup>. Öncelikle, suç örgütleri potansiyel insan ticareti mağdurlarını suç gerçekleştirme amacı ile almaktadırlar. İkinci aşamada, yasal veya yasadışı yollarla, bu kişileri sömürülecekleri noktaya götürmektedirler. Bu götürülen nokta, aynı devlet sınırları içerisinde olabileceği gibi, farklı bir devlet sınırları içerisinde de olabilmektedir. Üçüncü aşamada ise, bu kişiler sömürülmektedir<sup>19</sup>.

Sömürü gerçekleştirildiğinde, ister yetişkin, ister çocuk olsun, ağır insan hakkı ihlalleri söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda, sömürünün ne şekillerde gerçekleşebileceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. İnsan ticareti suçunun mağdurları zorla çalıştırılarak sömürülebilmektedir. Bu durumdaki mağdurların sadece günlük, en temel ve zorunlu ihtiyaçları karşılanmakta, herhangi bir maaş alamamaları veya aldıkları maaşa el konulması gündeme gelebilmektedir<sup>20</sup>. Bunun dışında, insan ticareti suçunda özellikle kadınlar ve çocuklar ile<sup>21</sup>, göçmenler, mülteciler ve LGBTİ bireyler, cinsel amaçlı olarak alınıp satılabilmektedir<sup>22</sup>. Ayrıca bu suçun mağdurlarının organlarının alınması ve ticaretinin yapılması da gündeme gelebilmektedir. İnsan ticareti suçunun mağduru olan özellikle çocukların kimi zaman uluslararası veya iç silahlı çatışmalarda savaşmaları için satıldıkları da görülmektedir<sup>23</sup>.

İnsan ticareti suçunun sınırları geniş tutulmalı, insanların herhangi bir şekilde sömürülmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>24</sup>. Bir insanın, vatan-

<sup>18</sup> Güleç, s. 130.

<sup>19</sup> Salt, John: "Trafficking and Human Smuggling: European Perspective", International Migration-Special Issue on Perspectives on Trafficking of Migrants, S. 38, 2000, s. 42. Yılmaz bu aşamaların Türk Ceza Kanunu'nun 80. maddesinde "amaç, araç ve fiil" olarak değerlendirildiğini belirtmiştir. Yılmaz'a göre örneğin fuhuşta kullanmak amacıyla insan ticareti suçunun işlenmesinde amaç fuhuş yaptırmak, araç o kişiyi örneğin gideceği ülkede manken olarak çalışacağı bahanesiyle kandırmak ve fiil ise mağduru gideceği ülkeye sokmaktır. Yılmaz, s. 886.

<sup>20</sup> O'Connell-Davidson, Julia: "New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of Freedom", Global Networks, C. 10, S. 2, 2010, s. 250.

<sup>21</sup> Kızılsümer, Deniz: "İnsan Ticareti ile Mücadele: Uluslararası Belgeler ve Türkiye'nin Çabaları", AUSBFD, C. 62, S. 1, 2007, s. 114. Özellikle göçmen kadınlar cinsiyet ayrımcılığı kökenli şiddetle de bağlantılı olarak fuhuş şeklindeki insan ticareti kaynaklı sömürüye karşı korunmasız kalmaktadır. Coşkun, s. 193.

<sup>22</sup> Kuyucu, Nisan: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası", Fe Dergi: Feminist Eleştiri, C. 9, S. 2, 2017, s. 30.

<sup>23</sup> Seyhan, Osman: "Kavramlar, Süreçler ve Mücadele Açısından Dünyada ve Türkiye'de İnsan Ticareti", Sınır Aşan Organize Suçlar, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükkuysal, Adalet Yayınevi, 2013, s. 103-105.

<sup>24</sup> King, s. 89.

daşı olduğu bir devletin ülkesinde veya başka bir devletin ülkesinde, ister bu ülkeye özgür iradesiyle gelmiş olsun, isterse de zorla getirilmiş olsun, istediği zaman buradan uzaklaşma özgürlüğünün olmadığını hissettiği, emeklerinin karşılığını alamadığı ve ekonomik veya fiziksel olarak sömürüldüğü zaman, suçun işlenmiş olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>25</sup>.

İnsan ticareti gibi sınıraşan örgütlü suçlar kapsamında değerlendirilen ve insan ticareti suçuyla karıştırılabilecek bir suç olan göçmen kaçakçılığının da ne olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Göçmen kaçakçılığı, dolaylı veya doğrudan çıkar elde etmek için, bir kişinin yasal olmayan bir şekilde, vatandaşı veya ikamet etme hakkı olmadığı bir devletin ülke sınırları içerisine girmesine olanak sağlamaktır<sup>26</sup>. Kolaylıkla birbirlerine karıştırılabilecek olan insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları arasında, hiç kuşkusuz birtakım önemli farklar vardır.

Öncelikle, her iki suçta da insanların onurunun zarar görmesi, ortak noktalarıdır. Ancak iki suç tipi arasında birtakım farklar da vardır. İlk olarak, göçmen kaçakçılığı suçunda zarar gören mağdurlar herkes olabilmekteyken, insan ticaretinde ağırlıklı olarak kadınlar ve çocuklardır<sup>27</sup>. İkinci fark, insan ticareti suçunun en önemli özelliğinin bu suçun başkalarının sömürülmesi aşamasını da kapsıyor olmasıdır. Göçmen kaçakçılığı suçunda ise, kaçak göçmenlerin gitmek istedikleri devletin sınırlarının içine girilmesi ile suç sona ermekte, bir sömürü olmamaktadır<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> **Bales**, Kevin: “What Predicts Human Trafficking?”, *IJCCJ*, C. 31, S. 2, 2007, s. 270.

<sup>26</sup> **Gallagher**, Anne: “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly*, C. 23, S. 4, 2001, s. 996. Göçmen kaçakçılığı suçunun Türk Ceza Kanunu’nda nasıl düzenlendiğine bakmakta da fayda vardır. Bu çerçevede, Türk Ceza Kanunu’nun “Göçmen kaçakçılığı” başlıklı 79. maddesine göre: “(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yasal olmayan yollardan; a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan, b) Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkarmasına imkan sağlayan, Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. (2) Suçun, mağdurların; a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır. (3) Bu suçun; birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarısına kadar, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza yarısından bir katına kadar artırılır. (4) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

<sup>27</sup> **Yılmaz**, s. 946.

<sup>28</sup> **Kızılsümer**, s. 124.

Bir diğer fark ise, insan kaçakçılığı suçunda bir sınırın aşılması faaliyetinin olması unsurunun zorunluluk taşımazken, göçmen kaçakçılığı suçunda sınırın aşılması faaliyetinin zorunlu olmasıdır. Dördüncü olarak, göçmen kaçakçılığı suçunda kaçak göçmenlerin rızasının olması söz konusudur. Öte yandan, yukarıda da belirtildiği gibi, günümüzde insan ticareti suçunun oluşması için rıza etkili bir unsur değildir. Göçmen kaçakçılığı suçunda kaçak göçmenlerin ulaştıkları yeni devletin sınırlarını kaçak yollarla aşmış olmaları gerekmektedir. Ancak insan ticareti suçu açısından bu durum da fark gösterebilmektedir. Çünkü yine yukarıda belirtildiği gibi, insan ticareti suçu tek bir devletin ülke sınırları içerisinde de gerçekleşebilmektedir. Bu durumda yasal olmayan yollarla aşılacak bir sınır gündeme gelmemektedir. Öte yandan kimi zaman insan ticareti suçunda bir sınırın aşılması söz konusu olsa bile, bu sınırın yasal yollarla geçilmiş olması da mümkündür<sup>29</sup>.

Aralarında bulunan farklara rağmen insan ticareti suçunun işlenmesiyle, göçmen kaçakçılığı suçunun birbirini izlemesi de mümkündür. Çünkü kaçak göçmenlerin, insan ticareti suçunun mağduru olmaları, rastlanması çok muhtemel bir durumdur<sup>30</sup>. Kaçak göçmenler genellikle ekonomik olarak zor durumdaki insanlardır. Bununla birlikte, ulaştıkları devlet ülkesine yasal olmayan yollarla girdikleri için, hukuksal açıdan da birtakım sıkıntıları bulunmaktadır. Onların bu zor durumunun farkında olan göçmen kaçakçılığı suçunun failleri, bu insanları kolaylıkla insan ticareti suçunun da mağduru haline getirebilmektedir<sup>31</sup>. İnsan ticareti göçmen kaçakçılığının yanında organ veya doku ticareti<sup>32</sup>, rüşvet, belgede sahtecilik<sup>33</sup>, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, fuhuş ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma gibi çok çeşitli suçlarla birlikte işlenebilmektedir<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Seyhan, s. 97-98.

<sup>30</sup> Yılmaz, s. 886.

<sup>31</sup> Seyhan, s. 97-98.

<sup>32</sup> Organ ticareti ve insan ticareti ilişkisini anlatan, her bir organın konuyla ilişkisini ve temin edilme yöntemini ortaya koyan ayrıntılı çalışma için bkz: Tepecik, s. 918-919.

<sup>33</sup> Kızılsümer, s. 114.

<sup>34</sup> İnsan ticaretinin ilişkili olabileceği suç tipleri için bkz: Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı, Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Ankara, 2009, s. 46-49. Yılmaz, s. 886. Bu suçlarla insan ticareti suçu ayrı suçları oluşturuyorsa, failin ayrı ayrı suçlar işlediği hatırlanmalıdır. Fail, koşulları varsa, içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Öte yandan, insan ticareti yanında işlenen diğer suçların belirli bir eşiği aşmaması ve insan ticareti suçunun unsurlarından biri olarak gerçekleştirilmesi halinde fail, bileşik suç ilişkisi gereği, ayrı suçlar işlemiş kabul edilmeyip, ayrı cezalar almayacaktır. Yılmaz, s. 921-922.



Örgütlü suçlar bakımından incelendiğinde, insan ticareti suçu ister bir devletin ülkesinde, ister birden çok devletin ülkesinde işlensin, birtakım özellikleri nedeniyle diğer örgütlü suçlar arasında ön plana çıkmaktadır. İnsan ticareti suçunun işlenebilmesi için, uyuşturucu kaçakçılığı gibi diğer birtakım örgütlü suçlara oranla, daha sistematik bir örgütlülüğe ihtiyaç vardır. İnsan ticareti suçunda ticarete konu yapılacak olan varlık aynı zamanda suçun mağduru da olan bir insandır. Bu nedenle de, mağdurların nakliyesinin yanında, onların barınması, beslenmesi gibi yaşamaları ve sömürülmeye devam etmeleri için elzem olan ihtiyaçlarının giderilmesini sağlayacak örgütlenme içine de girilmiş olunmalıdır. Bunun yanında, nakliyeyi gerçekleştiren faillerin, genellikle mağdurları ulaştıracakları ülkelerde, bu mağdurları sömürecek olan faillerle de örgütlü bir şekilde suçu işledikleri görülmektedir. Tüm bunlar nedeniyle insan ticareti suçu diğer örgütlü suçlardan daha sistematik ve kapsamlı boyutları bulunan bir örgütlü yapılanma içerisinde işlenmek zorundadır<sup>35</sup>.

### B. İnsan Ticareti Suçunun Mağdurları ve Faileri

İnsan ticareti suçunun faillerinin ve mağdurlarının özelliklerinin de saptanması önemlidir. İnsan ticareti suçunun failleri üç ana sınıfa ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, potansiyel mağdurlarla ilk etapta irtibat kuran, genellikle onları kandıran kişilerdir. İkinci olarak ise, mağdurların seyahat etmesini sağlayan, pasaportlarını veya vizelerini hazırlayan faillerden söz edilebilir. Son olarak da, mağdurların nakledildiği ve sömürünün gerçekleşeceği yerde bulunan ve onları sömüren failer vardır<sup>36</sup>. Özellikle gelişen teknolojiyle birlikte artan haberleşme olanakları ve küreselleşme, hem bu suçun faillerinin daha kolay bir şekilde örgütlenmelerini sağlamakta, hem de faillerin potansiyel mağdurlara ulaşmalarını kolaylaştırmaktadır<sup>37</sup>.

Suç örgütlerinin insan ticareti suçunu işlemeyi tercih etme nedeni genellikle bu suç sayesinde elde ettikleri kazancın oldukça yüksek olmasıdır. Çünkü suç örgütleri mağdurların nakliye, barınma, beslenme ihtiyaçları için en asgari koşulları sağlayıp, düşük harcama yapmakta, ancak mağdurları birçok kere sömürüp önemli derecede maddi menfaat elde etmektedirler<sup>38</sup>. Avrupa Polis Bürosu ve BM Uyuşturucu ve Suçla Mücadele Ofisi'ne göre, insan ticareti, silah kaçakçılığı ve uyuşturucu ticaretinden sonra, en fazla

<sup>35</sup> Ibid., s. 101.

<sup>36</sup> Ibid., s. 105.

<sup>37</sup> Akgün, s. 161.

<sup>38</sup> Bales, s. 269.

maddi menfaat sağlayan suçtur. Ayrıca insan ticareti suçundaki sömürü biçimi en fazla mağdurların cinsel açıdan sömürülmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Suçun faillerinin bu sayede ciddi bir maddi menfaat elde ettikleri bilinmektedir<sup>39</sup>.

İnsan ticaretinin nedenlerinin dünyadaki değişik bölgelerde, değişik kültürlerde farklılaşabildiği de görülmektedir. Ancak bu suçun en önemli nedenlerinden birisi olarak göçe işaret edilmektedir. Göçün ve göç olaylarıyla beraber gelen ekonomik ve sosyal zorlukların yanında, devletlerdeki ekonomik ve siyasi istikrarsızlıklar ile, sosyal ve kültürel nedenlerin de genel olarak insan ticaretine yol açtıkları bilinmektedir<sup>40</sup>. İnsan ticareti suçunun nedenleri gibi, bu suçun işlenmesi için kullanılan araçlar, örgütlenme şekilleri ve mağdurların kullanılacağı 'ihtiyaç' alanları da değişik devletlerde değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir<sup>41</sup>.

İnsan ticareti suçunun faillerinden ve suçun ortaya çıkma nedenlerinden sonra, mağdurlarına da bakmakta fayda vardır. Bu kişiler genellikle daha iyi ekonomik veya sosyal koşullara sahip bir hayata kavuşabilme arayışı içinde olan insanlardır. Bu nedenle de kandırılıp suçun mağduru haline getirilebilmeleri oldukça kolaydır. Belirtildiği gibi, uluslararası veya iç silahlı çatışmaların olduğu ülkelerdeki insanlar çatışma ortamında yaşamaktan kurtulmaya çalışırken, insan ticareti suçunun mağduru konumuna düşmektedir. Kadınların cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldıkları ve baskı altında yaşadıkları ülkelerdeki kadınlar veya kız çocukları, cinsiyet eşitsizliğinin hissedildiği ülkelerde yaşayan insanlar, sokak çocukları ve yetimler, bu suçun potansiyel mağdurlarıdır. İlginç bir şekilde, potansiyel mağdur sınıfına giren bir diğer insan grubunun da, özellikle HIV virüsünün olduğu toplumlardaki çocukların olduğu görülmektedir. Bu tür toplumlarda, çocuklar genellikle hastalığa yakalanmamış olarak görülmekte, suçun failleri bu durumdan yararlanarak çocukları cinsel açıdan sömürülmeleri için yetişkinlere satarak, onları insan ticareti suçunun mağduru haline getirmektedir<sup>42</sup>.

İnsan ticareti suçunun mağdurları genellikle özgür iradeleriyle tercih etmeyecekleri işlerde şiddetle, üzerlerinde borç baskısı kurularak, emekleri karşılığında ücret verilmeden, köle gibi veya fiziksel tacize maruz kalarak çalıştırılmaktadır. Örneğin genellikle mağdurların kimlik, pasaport veya

<sup>39</sup> **Şahin, Sultan/Polat, Oğuz:** "İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", TAAD, S. 16, 2014, s. 60-61.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> **Davidson,** s. 249.

<sup>42</sup> **Bales,** s. 269-270.

diğer seyahat belgelerine el konulmakta, sömürülmelerinin yanında, onların seyahat özgürlüğü gibi birçok özgürlükleri de ihlal edilmektedir. Ayrıca uyuşturucu gibi maddelere zorla bağımlı kılınmaları söz konusu olabilmekte, cinsel yolla bulaşan hastalıklara yakalanma riskiyle karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Çoğunlukla aileleriyle iletişimleri engellenmekte, günde 20 saat çalıştırıldıkları görülmektedir<sup>43</sup>.

Hiç kimsenin özgür iradesi sonucunda insan ticareti suçunu işleyen örgütlerce sömürülmeyi, bu şartlar ve baskılar altında çalışmayı seçeceği düşünülemez. O nedenle de bu mağdurların rızası söz konusu olamaz. Burada ancak gerçek anlamda diğer bir alternatifin olmadığından 'rıza' gösterilmesi gündeme gelebilir, bu durumda ise gerçek anlamda bir rızanın varlığından söz edilemeyecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi, insan ticareti köleliğin modern halidir. Kimsenin köle olmaya rıza göstermeyeceği açık bir gerçektir<sup>44</sup>. Bu durumda suçun mağduru olmaya rıza gösteren kimselerin bile, aslında başka bir alternatifleri bulunmadığı için, gerçek anlamda rızalarının olduğu kabul edilmemelidir.

Genellikle mağdurların rızasını elde etmek için zorlama, şiddet kullanma gibi uygulamalarla çeşitli baskılara maruz bırakma, kandırma veya tehdit etme şeklinde iradeyi sakatlayan yöntemler izlendiği için, hukuken geçerli bir rızanın olması da mümkün değildir<sup>45</sup>. Özellikle insan ticareti suçunun mağdurlarının cinsel yönden sömürüldüğü fuşşa ilişkin durumlarda, mağdurların içinde bulunduğu yoksulluk, çaresizlik ve sömürüye açık olma durumu, suçun işlenmesine ilişkin her türlü rızayı etik olarak ortadan kaldırmaktadır<sup>46</sup>. Mağdurlar zorla tutulma, pasaportlarına el konulması, borç senedi imzalatılması gibi araçlarla, insan haklarına aykırı koşullarda yaşamaya mahkum edilmektedir<sup>47</sup>. Özetle, yukarıda bahsedilen ve insan ticaretine ilişkin olan ek protokolda rızanın aranmaması isabetli olmuştur.

Görüldüğü gibi insan ticareti suçu, çeşitli insan hakları ihlallerini içerisinde barındırmaktadır. Bu suçun mağduruna, insan haklarının ihlal edildiğinin bilincinde olarak yaklaşılmalı, gereken tıbbi, psikolojik ve diğer yardımlar yapılmalıdır<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> **Kızılsümer**, s. 121.

<sup>44</sup> **Coşkun**, s. 194.

<sup>45</sup> **Yılmaz**, s. 902.

<sup>46</sup> **Coşkun**, s. 187.

<sup>47</sup> *Ibid.*, s. 192.

<sup>48</sup> **Seyhan**, s. 99.

## II. İNSAN TİCARETİ SUÇUYLA İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK METİNLERİ

İnsan ticareti suçuyla mücadelede devletlerin tek başlarına gösterdikleri çabaların etkili olmadığı görülmüş, kullanılabilecek en uygun yöntemlerden birisi olarak da uluslararası hukuka günümüzde daha fazla işaret edilmeye başlanmıştır. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde öncelikle insan ticaretiyle ilgili olarak değerlendirilen uluslararası hukuk metinlerine bakılacak, ardından da BM çerçevesinde oluşturulan ayrıntılı düzenlemeler özetlenecektir. Son olarak da bölgesel örgütlenmenin en başarılı örnekleri olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilen düzenlemelere değinilecektir.

### A. İnsan Ticaretiyle İlgili Kabul Edilen Genel Uluslararası Hukuk Metinleri

Uluslararası hukuk metinlerinin insan ticaretini engellemeye yönelik olarak kullanılmasına 20. yüzyılın başından itibaren rastlanmaktadır. İnsan ticaretini doğrudan düzenleyen uluslararası sözleşmelerin tarihi aslında Beyaz Kadın Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme'ye (1904) kadar gitmektedir. Bu sözleşmenin ardından yine Beyaz Kadın Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme (1910), Kadın ve Çocuk Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme (1921) ve Tüm Yaşlarda Kadın Ticaretinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme Uluslararası Sözleşme (1933) gelmiştir. Bu sözleşmelerin ise BM tarafından İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme<sup>49</sup> (1949) adı altında birleştirildiği görülmektedir<sup>50</sup>. Bu son sözleşmede sadece fuhuş yoluyla sömürülen insan ticareti düzenlenmekteydi ve suçun oluşmasında mağdurun rızasına önemli bir rol biçilmekteydi. Ancak sözleşme insan ticaretini sınırlı bir şekilde düzenlemesi, fuhuş ve sömürüye ilişkin bir tanıma yer vermemesi, etkin bir denetim mekanizması içermemesi nedenleriyle eleştirilmektedir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz: <http://www.uncjin.org/Standards/Compendium/pt1i.pdf> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>50</sup> Arslan, Çetin: "İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b)", AÜHFD, C. 8, S. 4, 2004, s. 29.

<sup>51</sup> Sözleşmenin devletler üzerinde gerekli baskıyı yaratmadığı ve devletlerin bu konuya ilişkin uygulamalarında insan ticaretinin engellenmesine ilişkin olumlu bir gelişme yaratmadığı öne sürülmektedir. **Kızılışmer**, s. 116.

İnsan ticaretinin kökenlerini kölelikle bağdaştırılanların olduğuna yukarıda yer verilmişti. Bu doğrultuda, insan ticaretiyle mücadelenin tarihinde kölelikle mücadelenin önemli bir yeri olduğu da belirtilmektedir. Köleliğin kaldırılmasına ilişkin hükümler içeren özellikle Kölelik Konvansiyonu (1926) yanında, Kölelik, Köle Ticareti ve Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Tamamlayıcı Protokol'ün (1956) insan ticaretiyle mücadele tarihinde etkili olduğu belirtilmektedir. Ek olarak, köleliği yasaklayan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>52</sup> (İHEB-1948) de insan ticaretiyle mücadele kapsamında değerlendirilmektedir<sup>53</sup>. İHEB dördüncü maddesinde kimsenin köle olarak kullanılamayacağı, köleliğin ve köle ticaretinin, tüm şekilleriyle birlikte yasaklandığı belirtilmektedir.

İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme<sup>54</sup> (1951) de insan ticaretiyle mücadele için önemlidir. Bu sözleşmenin girişinde fuhuşun beraberinde insan ticaretini de getirdiği belirtilmiştir. Sözleşmenin birinci maddesine göre taraf devletlerin, başkalarının arzularının tatmin edilmesi amacıyla bir başkasının fuhuş için temin edilmesini, kandırılmasını veya ayartılmasını sağlayan kimseleri cezalandırmak zorundadır. Fuhuş için temin edilen, kandırılan veya ayartılan kişilerin rızası önem taşımamaktadır. Bir başkasının fuhuş yapmasını istismar eden herkes, yine fuhuş yapan kişinin rızasının bir önemi olmadan, cezalandırılmalıdır.

İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme'nin 14. ve 15. maddeleri taraf devletlerin insan ticareti suçuna ilişkin işbirliklerini arttırmakla ilgilidir. Taraf devletlerin, sözleşme kapsamı içindeki suçların soruşturma sonuçlarının koordinasyonu ve merkezileştirilmesiyle ilgili bir oluşum yaratması gerekmektedir. Bu oluşumun suçların önlenmesi ve cezalandırılması ile ilgili bilgileri toplaması, diğer devletlerin benzer oluşumlarıyla yakın temas içinde bulunması gerekmektedir. Ayrıca suçlarla ve suçlularla ilgili bilgileri diğer devletlerdeki benzer oluşumlarla paylaşılmalıdır. 16. maddeye göre, taraf devletlerin fuhuşun önlenmesi, fuhuş veya diğer suç mağdurlarının rehabilitasyonu ve toplumla yeniden bütünleşmeleri için tedbir alması gerekmektedir.

<sup>52</sup> İHEB'in İngilizce metni için bkz: <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>53</sup> King, s. 88.

<sup>54</sup> İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx> (Erişim Tarihi: 5 Nisan 2020).

Zorla Çalıştırmanın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>55</sup> (1957) de birinci maddesinde taraf devletlerin zorla çalıştırmaya karşı durmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde insan ticaretinin cinsel sömürüden farklı bir ortaya çıkış şekli olan zorla çalıştırma ve emek sömürüsü de engellenmek istenmiştir. Ayrıca Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966) sekizinci maddesinde köleliği ve köle ticaretini yasaklamakta, insanların zorla çalıştırılmayacağını belirtmektedir. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme<sup>56</sup> (1979) de insan ticaretini engellemek isteyen insan hakları metinlerindedir.

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>57</sup> (1990) 34. maddesine göre ise çocukların cinsel sömürü ve suiistimale karşı korunmaları gerekmektedir. Çocukların cinsel amaçlı kullanılarak sömürülmesinin engellenmesi amacıyla ulusal düzeyde gerekli önlemlerin alınması, ikili veya çok taraflı anlaşmaların yapılması gerekmektedir. 35. maddeye göre ise taraf devletlerin çocukların kaçırılmasını, satılmasını veya fuhşa konu olmasını engellemek için ulusal, ikili ve çok yanlı ilişkiler kurarak gerekli önlemleri almaları gerekmektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol (2002)<sup>58</sup> de çocukların satışını, fahişeliğini ve pornografisini engellemek, onların insan ticareti suçunun mağduru olmasının önüne geçmek için düzenlemeler içermektedir.

İnsan ticareti gibi önemli sayıda mağdurun ortaya çıkmasına yol açan bir suç, yukarıda bir kısmı sayılan uluslararası hukuk metinleriyle engellenememiştir. Özellikle insan haklarını korumaya ilişkin olan belgeler

<sup>55</sup> Zorla Çalıştırmanın Önlenmesi Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C105](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105) (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2020).

<sup>56</sup> Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin altıncı maddesi kadın ticaretinin ve fahişeliğin sömürülmesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğünü devletlere yüklemektedir. Bunun yanında BM Genel Kurulu'nun kadın ve kız çocuk ticareti ile ilgili 57/176 sayılı, 2002 yılında kabul ettiği bir kararı vardır. Bu kararda özetle kadın ve kız çocuklarının ticaretine ilişkin tüm uluslararası faaliyetlerin memnuniyetle karşılandığı belirtilmiş, devletlere fuhşu, zorla evliliği ve zorla çalıştırmayı yasaklayacak medeni ve ceza hukuku önlemleri alma çağrısında bulunulmuştur. Ayrıca internetin sorumlu kullanımı geliştirilmelidir. Kararda tüm sektörler dahil olmak üzere başta turizm kuruluşları ve telekomünikasyon endüstrisi devlet yönetimleriyle işbirliği yapmaya yönlendirilmektedir.

<sup>57</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>58</sup> BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol metninin İngilizcesi için bkz: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCRC.aspx> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

insan ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi suçların engellenmesine ilişkin olarak sadece bir öz oluşturmaktan öteye gidememiştir. Bu belgelerde insan ticareti suçunun cezalandırılmasına ilişkin belirli bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. İnsan ticareti suçuyla etkili ve doğru bir mücadele için, münhasıran bu konuya yönelmiş, özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur<sup>59</sup>.

### B. Birleşmiş Milletlerin Doğrudan İnsan Ticareti İle İlgili Metinleri

Sınıraşan örgütlü suçlarla ilgili olan en önemli sözleşmelerin başında yukarıda belirtilen SAÖSKBMS gelmektedir. Bu sözleşme, tüm sınıraşan örgütlü suçlara ilişkin olarak geniş çerçeveli bir mücadeleyi amaçlayan yapıya sahiptir. BM Genel Kurulu'nun bünyesinde oluşturulan *ad hoc* komite sayesinde gerçekleştirilen, sivil toplum örgütleri, uluslararası örgütler ve 120 devletten katılımcıların bulunduğu on bir toplantının ardından, anılan bu sözleşme metni ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmenin üç ek protokolle geliştirildiği görülmüştür. Ek protokoller insan ticaretine, silah kaçakçılığına ve yukarıda anıldığı gibi göçmen kaçakçılığına ilişkindir. BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi de bu sözleşme ve protokollerin ortaya çıkmasında etkili bir rol oynamış, ayrıca BM İnsan Ticaretiyle Küresel Mücadele İnisiyatifi de kurulmuştur<sup>60</sup>.

SAÖSKBMS diğer üç ek protokolün ebeveyni olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmenin 37. maddesi gereğince ek protokollerin hükümleri bu sözleşme hükümleriyle birlikte yorumlanacaktır. Ayrıca insan ticaretine ilişkin protokolün birinci maddesine göre protokolda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ilgili BM sözleşmesinde yer alan hükümlerin bu protokol için de geçerli olacağı belirtilmektedir. Diğer üç protokolden herhangi birinin devletler tarafından onaylanarak iç hukuklarına aktarılabilmeleri için, devletlerce öncelikle bu esas sözleşmeye taraf olmaları gerekmektedir. *Gallagher*, bir suçun bu sözleşmenin kapsamında kabul edilebilmesi için ciddi bir suç olması ve sınıraşan etki doğurması gerekliliğinin altını çizmekte, ayrıca da bu iki unsurun oldukça geniş tanımlanmasının gerektiğini vurgulamaktadır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> **Gallagher**, s. 976. Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün İnsanlığa Karşı Suçlar başlıklı yedinci maddesinde köleleştirme, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin insan ticaretini de kapsayan bir şekilde kullanılması anlamına geldiği belirtilmiş ve kölelik bu madde doğrultusunda yasaklanmıştır.

<sup>60</sup> **King**, s. 88. Ayrıca bkz: **Küçükkuysal**, Bahadır/**Demir**, Oğuzhan Ömer: "Dumanı Sönmeyen Bir Yasadışı Ticaret Alanı: Sigara Kaçakçılığı", Sınır Aşan Organize Suçlar, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükkuysal, Ankara, 2013, s. 195.

<sup>61</sup> **Gallagher**, s. 978.

İlgili BM Sözleşmesinin ve ek protokollerin önemi, uluslararası toplumun sınıraşan örgütlü suçlara karşı ilk ciddi mücadelesi olma özelliğini taşımasından kaynaklanmaktadır. Bu sözleşme sayesinde göçmen kaçakçılığı, insan ve silah ticareti uluslararası boyutta ciddi bir şekilde tartışılmış, bu gibi faaliyetlerin engellenmesine ilişkin önlemler alınmaya başlanmıştır<sup>62</sup>.

İnsan ticaretine ilişkin olan ek protokol için de uygulanacak olan SAÖSKBMS'nin altıncı maddesi, taraf devletlerin yargılama işlemlerini uygun hallerde gizli yürütmeleri, mağdurların özel hayatlarını ve kimliklerini korumaları gerektiğini belirtmektedir. Maddeye göre taraf devletlerin mağdurlara maddi ve psikolojik yardım yapmak için gerekli değerlendirmeleri yapmaları gerekmektedir. Bu hükmün kesin bir yükümlülük yüklememesi ve taraf devletlere geniş takdir yetkisi vermiş olması eleştirilmektedir<sup>63</sup>.

SAÖSKBMS'nin yirmi beşinci maddesi, insan ticareti gibi sınıraşan nitelikli örgütlü suçların mağdurlarına korumanın ve desteğin sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasını taraf devletler açısından zorunlu kılmaktadır. Yirmi birinci ve yirmi dördüncü maddelere göre ise, mağdurların ve tanıkların korunması için uygun önlemler alınmalı, söz konusu kişileri korumakla görevli personelin eğitimi sağlanmalıdır. Ayrıca, sözleşmenin kırk birinci maddesine göre taraf devletlerin sınıraşan örgütlü suçların azaltılmasına ilişkin projelere katılması gerekmektedir.

Devletlerin iç hukuklarındaki insan ticareti suçuna ilişkin mevzuatlarını, uygulamalarını ve hatta terminolojilerini yeknesaklaştırmaya yönelik İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol, bu çalışmanın ana konusunu oluşturan insan ticaretiyle ilgili en geniş uluslararası hukuk metnidir. Bu ek protokolün ortaya çıkmasındaki temel etken, Arjantin'in çabalarıdır. Arjantin, özellikle çocuk ticaretiyle ilgili o güne kadar yaratılmış bulunan uluslararası hukuk metinlerinin yetersiz olduğunu savunmuş, insan ticaretinin sınıraşan örgütlü suçluluk kapsamında ayrı bir düzenlemenin konusu olması için faaliyetler yürütmüştür<sup>64</sup>.

İnsan ticaretiyle ilgili ek protokolün ilk çalışmalarında, sadece kadın ve çocukların ticareti üzerinde durulmuştu. Ancak daha sonra sivil toplum örgütlerinin insan ticareti suçunun yaş ve cinsiyet ayrımı yapmadan herkesi mağdur konumuna getirebileceğine yönelik görüşleri ağırlık kazanmış, erkeklerin de koruma kapsamına alınmasına karar verilmiştir. Böylelikle

<sup>62</sup> Ibid., s. 975-976.

<sup>63</sup> **Kızılsümer**, s. 132.

<sup>64</sup> **Gallagher**, s. 982.



protokol tüm insanlar için insan ticaretini düzenlemiş, ancak bu suçun en sık rastlanan mağdurları olan kadın ve çocuklar üzerinde ayrıca durulmuştur<sup>65</sup>. İnsan ticaretiyle ilgili olan ek protokol sadece uluslararası niteliği olan ve örgütlü bir suç grubuna ilişkin olan durumları kapsamaktadır<sup>66</sup>. Bu durumda, örgütlü bir suçluluğun ürünü olmayan veya hiçbir şekilde sınıraşan unsuru bulunmayan insan ticareti suçlarını düzenlemek, bu protokol bakımından devletlerin iç hukuk sistemlerine bırakılmıştır.

SAÖSKBMS’ni tamamlayan İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün birinci maddesi, bu protokolün ilgili BM Sözleşmesi’ne ek olduğunu, onunla birlikte yorumlanmaları gerektiğini ve ilgili sözleşme hükümlerinin ek protokol için de uygulanabileceğini açıkça ortaya koymuştur. Protokolün ikinci maddesine göre, bu protokolün üç ana amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, insan ticaretiyle mücadele etmek ve bunu önlemek, ikincisi de bu suçun mağdurlarına yardım etmek ve onları korumaktır. Son ana amacı ise, ilk iki amacının gerçekleştirilebilmesi için devletler arasındaki işbirliğini desteklemektir. Protokolün beşinci maddesine göre ise, taraf devletlerin insan ticaretini gerçekleştirmeye yönelik eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin ulusal hukuk düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir.

İnsan ticaretine ilişkin olan ek protokolün altıncı maddesi ise suçun mağdurlarının korunmasına ilişkin hükümler içermektedir. Buna göre taraf devletler, ulusal hukuklarının elverdiği ölçüde ve uygun durumlarda, suçun mağdurlarına yardım etmeli ve onları korumalıdır. Taraf devletler, mağdurların mahremiyetini korumalı, onları faillerin soruşturulması ve kovuşturulması ile ilgili olarak bilgilendirmeli, bu sürece ilişkin endişelerini gündeme getirmelerine olanak sağlamalıdır. Mağdurlar fiziksel ve psikolojik olarak iyileştirilmeli, onların güvenlikleri sağlanmalıdır. Ayrıca, devletlerin ulusal hukuk kuralları mağdurların tazminat almalarına da olanak sağlamalıdır<sup>67</sup>.

Mağdurların geldikleri ülkelere geri gönderilmesi SAÖSKBMS’nin ve ek protokollerin görüşmeleri sırasında çok tartışılan bir konu olmuştur. Suçun mağdurlarının götürüldükleri ülkede kalabilmelerine ilişkin bir hakka sahip olmaları gerektiği görüşmeler sırasında tartışılrsa da, sözleşmeye böyle bir hüküm eklenememiştir. Böyle bir olanağın sunulmasının yasa dışı göçü arttıracığı ve insan ticareti suçunun faillerine daha fazla olanak sağlayacağı

<sup>65</sup> Akgün, s. 158.

<sup>66</sup> Gallagher, s. 984.

<sup>67</sup> İnsan ticareti suçunun mağdurlarını korumak için bu hükümlerin yeterince ayrıntılı ve koruyucu olmadığı da ileri sürülmüştür. İlgili görüş ve ayrıntıları için bknz: Ibid., s. 990-991.

görüşü benimsenmiştir. Ancak insan ticaretine ilişkin olan ek protokolün yedinci maddesine göre taraf devletler, uygun hallerde insan ticareti mağdurlarının sömürünün gerçekleştiği devlet ülkesinde kalmalarına izin veren gerekli önlemleri almaya çalışmalıdır. Bu maddeye göre mağdurların insani gerekçeler nedeniyle veya yeniden mağdur olma risklerini ortadan kaldırmak için, bazı durumlarda geldikleri devlet ülkesine yeniden gönderilmemeleri gündeme gelebilecektir<sup>68</sup>.

Burada insan ticaretine ilişkin ek protokolle göçmen kaçakçılığına ilişkin ek protokol arasındaki önemli iki farka dikkat çekmekte yarar vardır. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (2000)<sup>69</sup> devletlere hiçbir şekilde kendi ülkelerinde bulunan kaçak göçmenlere geçici veya sürekli ikamet etmelerine olanak tanıma yükümlülüğünü yüklememektedir. Ayrıca göçmen kaçakçılığı suçunda kaçak göçmenlerin ülkelerine iade edilmeleri de daha katı bir şekilde uygulanmaktadır. Taraf devletlerin de kendi ülkesinden kaçan göçmenleri ertelemekten geri kabul etmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>70</sup>. Görüldüğü gibi, insan ticareti suçunun mağdurlarının aksine, kaçak göçmenler için henüz herhangi bir koruma mekanizması öngörülmemiştir. Ayrıca karşılaştıkları sorunlarda mağdurların kaçak göçmen mi, yoksa insan ticareti suçu mağduru mu olduğunun belirlenmesi, taraf devletlerin yetkisindedir<sup>71</sup>. Mağdurların hangi suçun mağduru olduğunun belirlenmesi, bunun onlara sağlanacak olan korunmanın kapsamını belirleyeceği için, oldukça önem taşımaktadır<sup>72</sup>.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün sekizinci maddesi devletlerin, diğer bir devlet ülkesinde bulunan ve insan ticareti suçunun mağduru olan vatandaşlarının geri dönmelerini, hukuka aykırı veya gerekçesiz olarak engellemesini yasaklamaktadır. Bu hüküm, söz konusu vatandaşların güvenliği gözetilerek uygulanmalıdır. Devletlerin bu yükümlülüğü, kendi vatandaşları olmamasına rağmen, ülkelerinde oturma iznine sahip olan kişiler için de geçerlidir. Devletler, bu mağdurların seyahat edebilmeleri için birbirleriyle iş birliği içinde olmalıdır.

<sup>68</sup> Ibid., s. 991-992.

<sup>69</sup> Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün İngilizce metni için bknz: [https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM\\_Protocol\\_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf) (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2020).

<sup>70</sup> **Gallagher**, s. 997.

<sup>71</sup> Ibid., s. 1001.

<sup>72</sup> **Arslan**, s. 25.

Protokolün onuncu maddesine göre, bu protokolde yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için, devletlerin bilgi paylaşımında bulunmaları yükümlülüğü vardır. Bu bilgi paylaşımı, mağdurlara ve faillere ilişkin olabileceği gibi, faillerin suç araçlarına ve bunları nasıl elde ettiklerine ilişkin de olmalıdır.

İnsan ticaretine ilişkin ek protokolde devletlerin ülke sınırlarının kontrolüne ilişkin de hükümler vardır. Devletlerin ülke sınırlarını korumaları, sınıraşan insan ticareti suçunun tespit edilmesi ve engellenmesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Bu nedenle, ek protokolün on birinci maddesine göre, taraf devletler sınır kontrollerini mümkün olduğu ölçüde güçlendirmeli, nakliyeciler tarafından işletilen ulaşım araçlarının bu suçun işlenmesinde kullanılamaması için gereken önlemleri almalıdır. On ikinci maddeye göre ise taraf devletlerce verilen seyahat belgeleri kolayca değiştirilip tahrip edilemeyecek kalitede olmalı, bunların kontrolü düzgün yapılmalı ve seyahat edebilmek için kullanılan sahte belgelerin tespit edilmesi sağlanmalıdır.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol taraf devletlerin insan ticareti suçunun faillerini cezalandırma yükümlülüğü olduğunu on birinci maddesinde belirtmiş, ancak buna ilişkin düzenlemeleri devletlerin yetkisine ve ulusal hukuklarına bırakmıştır. İnsan ticareti suçunun faillerine uygulanabilecek yaptırımlara örnek olarak ise sadece ülke sınırları içine girebilmeleri için vize vermeme, vizelerini yenilememe gibi uygulamaları saymıştır. Bu kapsamda düzenlenebilecek olan yaptırımların daha ayrıntılı veya diğer birtakım örneklerle düzenlenmemesi ise eleştiri konusu olmuştur<sup>73</sup>.

### C. Avrupa'daki Bölgesel Örgütlenmeler ve İnsan Ticareti

Avrupa'da bulunan ve özellikle bugünkü Avrupa Birliği (AB) örgütüne üye olan devletlerdeki hızlı ekonomik gelişme, bu devletlere yapılmak istenen göçü arttırmıştır. Göçmenlerin bu devletlerin ülkelerine gerek yasal, gerek yasa dışı yollardan girmeye çalışmaları, özellikle dünyanın diğer bölgelerinde bulunan çatışma ve ekonomik olumsuzluklar nedenleriyle hiçbir şekilde engellenememiştir<sup>74</sup>. Göç insan ticareti suçunu arttıran en önemli etkenlerden biridir ve Avrupalı devletler de bu konuya ilişkin önemler alma ihtiyacı hissetmiştir.

<sup>73</sup> Gallagher, s. 984.

<sup>74</sup> Özcan, Mehmet/Arıcan, Mehmet: "AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti", Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 4, S. 15, 2008, s. 2.

Avrupalı devletlerin insan ticaretine ilişkin olarak uluslararası veya uluslar üstü örgütleri bünyesinde düzenledikleri belgelere de değinmek, hem buraya yapılan göç girişimlerinin çokluğu, hem de bu belgelerin uluslararası alanda yarattıkları önemli etki nedenleriyle faydalı olacaktır. Bu çerçevede düzenlenmiş olan ve insan ticareti suçunun mağdurlarına nasıl davranılması gerektiğini belirten uluslararası hukuk metinleri de vardır. Bu bölümde önce Avrupa Konseyi'nin (AK) insan ticareti suçuyla ilgili olan metinlerine değinilecek, ardından da AB'nin getirdiği düzenlemeler özetlenecektir.

### 1. Avrupa Konseyi ve İnsan Ticareti

Avrupalı devletlerin insan haklarının korunması konusunda çalışma yapması için oluşturduğu en önemli örgüt olan AK<sup>75</sup>, insan ticareti suçuna ilişkin birtakım düzenlemeler de yapmıştır. Önce AK bünyesindeki uluslararası hukuk düzenlemelerine bakılacak, ardından da *Rantsev* kararına değinilecektir.

#### *a. Avrupa Konseyi Bünyesinde Kabul Edilen Düzenlemeler*

AK bünyesinde, insan ticareti suçunun mağdurlarına öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>76</sup> (AİHS-1950)'nin gereklilikleri doğrultusunda davranılması gerekmekte ve insan haklarına uygun koşullara kavuşturulmaları zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca AİHS'nin özellikle dördüncü maddesi de açıkça hiç kimsenin köle olarak tutulamayacağını belirtmekte, zorla çalışmayı reddetmektedir<sup>77</sup>. Anılan maddedeki düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından insan ticareti yasağını kapsayan bir şekilde yorumlanmaktadır<sup>78</sup>. Bu maddeyi de yakından ilgilendiren ve

<sup>75</sup> AK'nin konuyla ilgili çok sayıda tavsiye kararının olduğu da görülmektedir. Kararlarla ilgili liste için bkz: **Yılmaz**, s. 890.

<sup>76</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>77</sup> AİHS'nin "Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı" başlıklı dördüncü maddesi şu şekildedir: "(1) Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz. (2) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. (3) Aşağıdaki haller, bu madde anlamında zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma sayılmaz: (a) Bu Sözleşme'nin beşinci maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; (b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; (c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; (d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet."

<sup>78</sup> **Göçmen**, İlke: "Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme", MHB, C. 34, S. 1, 2014, s. 2.

AK'nin insan haklarına ilişkin AIHS kapsamında yargılama yapan organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Rantsev* kararına ileride değinilecektir.

AK İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi<sup>79</sup> (2005) de önemli bir belgedir. Sözleşmenin isminde yer alan eylem kelimesi, taraf devletlerin ulusal hukuklarında bu sözleşme doğrultusunda yapacağı yasal düzenlemelere atıf yapmaktadır. Ayrıca bunun yanında, eylem kelimesinin onlara insan ticaretini önlemek için ulusal veya uluslararası alanda başka girişimlerde bulunması yükümünü de yüklediği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>80</sup>. Bu sözleşmenin çalışmaları 1990'lı yıllarda, özellikle kadınların şiddete maruz kalmalarının ve sömürülmelerinin Avrupa'daki güvenliği ve demokrasiyi tehdit ettiği fikirlerinin doğması üzerine başlamıştır<sup>81</sup>.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün aksine bu sözleşme, ikinci maddesinde sınıraşan unsur olmayan veya örgütlü suçlulukla bağlantısı bulunmayan insan ticareti suçunu da kapsamı içine almaktadır. Sözleşme giriş bölümünde mağdurların korunması, haklarına saygı duyulması ve insan ticareti ile mücadele edilmesinin amaçları olduğunu belirterek, mağdurların insan haklarına saygı duyulmasına verdiği önemi ortaya koymaktadır<sup>82</sup>.

AK İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin beşinci maddesine göre ilgili diğer metinlerde de öngörüldüğü gibi, üye devletlerin polisleri, sınırlarda görevli memurları, idari ve yargısal makamları ve sivil toplum örgütleri insan ticareti konusunda işbirliği yapmalıdır. Anılan kamu görevlilerinin konunun gerektirdiği doğrultuda eğitilmeleri için de gerekenler yapılmalıdır. Ayrıca taraf devletler göç etmek isteyen bireylere yasal göç olanakları sağlayacak, göç etme koşullarına ilişkin doğru bilgiler ilgili makamlarca duyurulacak ve bu şekilde kişiler insan ticareti suçunun mağduru olmaktan kurtarılmaya çalışılacaktır. Sözleşmenin altıncı maddesine göre ise devletlerin, insan ticareti suçunun mağdurlarının sömürüldüğü alanlara yönelik talepleri önlemek için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir.

<sup>79</sup> AK İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/197.htm> (Erişim Tarihi: 19 Nisan 2015).

<sup>80</sup> **Kızılsümer**, s. 136.

<sup>81</sup> **Gallagher**, Anne: "Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments", *European Journal of Migration and Law*, C. 8, S. 2, 2006, s. 170-171.

<sup>82</sup> **Kızılsümer**, s. 136.

Sözleşmenin yedinci maddesine göre, sınır tedbirlerine ilişkin önlemlerin de devletler tarafından alınması gerekmektedir. Örneğin taşımacılık işiyle uğraşan firmaların insan ticareti suçunun işlenmesine aracı olmalarının engellenmesi gerekmektedir. Ayrıca sekizinci madde, taraf devletlerin, seyahat ve kimlik belgelerini kolaylıkla tahrif edilemeyecek, değiştirilemeyecek veya sahtesi düzenlenemeyecek şekilde olmasını sağlamasını gerektirmektedir. Onuncu maddede ise mağdurların tespiti ve korunmaları için ilgili birimlerin birbirleriyle işbirliği yapması, gerekli hallerde mağdurlara ikamet edebilmeleri için izin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Anılan sözleşmenin 14. maddesi ise mağdurların kişisel durumlarının veya suçun kovuşturulmasının gerektirdiği durumlarda, mağdurlara oturma izninin verilmesi gerekliliğini öngörmektedir. 15. maddeye göre taraf devletlerin mağdurların adli ve idari işlemlerde anlayabilecekleri bir dilde bilgiye erişebilmelerini sağlamaları gerekmektedir. Ayrıca iç hukuklarında, mağdurların faillerden tazminat alabilmelerini ve ücretsiz adli yardım haklarının bulunduğunu düzenlemeleri gerekmektedir. Sözleşmenin 18. maddesi taraf devletlerin insan ticaretini ulusal hukuklarında bir suç olarak düzenlemesini gerektirirken, 19. maddeye göre ise, insan ticareti suçunun mağdurlarının sömürülmesi sonucu elde edilen hizmetlerden yararlanan bireylerin, sömürülen kişinin insan ticareti suçu mağduru olduğunu bilmesi durumunda cezalandırılmasını öngörmektedir<sup>83</sup>.

Sözleşmenin 36. maddesine göre insan ticaretine ilişkin olarak öngörülen tedbirlerin uygulanmasının denetlenmesi amacıyla bir denetim mekanizması kurulmalıdır. Sözleşme doğrultusunda oluşturulacak olan ve İnsan Ticaretine Karşı Eylem Uzmanlar Grubu adı verilen oluşum, İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin getirdiği iki gözetleme mekanizmasından birisidir. Burada dünyadaki hukuk sistemlerinin tümünün temsil edilmesine özen gösterilerek seçilen ve sayıları on ile on beş arasında değişebilecek olan bağımsız uzmanlar bulunmaktadır.

---

<sup>83</sup> *Gallagher*, bu hükmün uygulanmasının her durumda pek kolay olmadığını kabul etmektedir. Örneğin sömürünün mağdurların cinsel amaçlı veya organlarının kullanılması şeklinde sömürüldüğü durumlarda, yararlanan tarafın karşısındaki kişinin sömürüldüğünü anlaması daha kolaydır. Bu nedenle de ceza alması mümkündür. Ancak farklı bir işte zorla çalıştırılarak sömürülen bir mağdurun müşterisi olan bir kimse, bu durumu anlayamayabilecektir. Bu durumda ise, ilgili hükmün uygulanmasının güç olduğu ortadadır. **Gallagher**, "Recent Legal Developments...", s. 183. Ancak *Gallagher*, bu hükümle esas olarak insanları korkutucu ve eğitici bir etki yaratmanın amaçlandığını belirtmektedir. *Ibid*.

Uzmanlar Grubu taraf devletlere sorular sorarak, bir konu hakkında rapor düzenlemelerini istemekte veya ilgili devletlere geziler düzenleyerek bilgi toplayabilmektedir. Sözleşmenin 37. maddesine göre ise, Taraflar Komitesi olarak anılan ikinci bir mekanizma daha kurulacaktır. Bu ikinci mekanizmada taraf devletlerin tümünden bir üye bulunmaktadır. Taraf Komitesi, Uzmanlar Grubu tarafından hazırlanan raporlara devletlerin uymasını sağlamaya çalışmaktadır. Komite, Uzmanlar Grubu kararlarının uygulanması için gerekli tedbirlere ilişkin tavsiyelerde bulunabilmekte ve sözleşmenin uygulanabilmesi için öneriler getirebilmektedir.

### ***b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Rantsev Kararı***

Çalışmanın bu kısmında, Kıbrıs Cumhuriyeti olarak anılan, ancak aslında Kıbrıs'ın güneyinde egemen olan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) sınırları içerisinde yaşanan ve AİHM önüne gelen bir davaya da konu olan insan ticareti olayına değinilecektir.

Belirtilmesi gerekir ki, GKRY ulusal hukuk sistemi, Kıbrıs'ın güneyinde fuhuş yapmayı ve bu sayede hayatını kazanmayı suç olarak düzenlemiştir. Ancak bu konudaki hukuki yaptırımlar uygulamaya pek konulmamaktadır<sup>84</sup>. Oysa GKRY egemenliği altındaki bölgede kabare olarak anılan ve eğlence yerleri olarak geçen mekanlarda aslında fuhuş yapıldığı, devleti yöneten siyasetçiler de dahil olmak üzere, herkesçe bilinen bir gerçektir. Kabarelerin sahiplerinin geçen yıllarda yapmış olduğu bir açıklamaya göre "... bu mekanlarda çalışan kadınlar fuhşa zorlanmamakta ve kendi özgür iradeleriyle bu işi yapmaktadır"<sup>85</sup>.

AİHM konuyla ilgili önüne gelen ve GKRY aleyhine açılmış davada önemli bir karar vermiştir. *Oxana Rantsev*, 5 Mart 2001 tarihinde Kıbrıs'a gelmiştir. Kıbrıs'a gelmeden önce, Kıbrıs'ın Limasol kentindeki bir kabarede artist olarak çalışmak için onun adına çalışma iznine başvurulmuştur. *Rantsev*'a, X.A.'nın sahibi, onun kardeşi M.A.'nın ise yöneticisi olduğu kabarede 8 Haziran 2001 tarihine kadar çalışma izni verilmiştir. Bunun üzerine *Rantsev* burada çalışmaya ve X.A. ile M.A.'nın gösterdiği yerde ikamet etmeye başlamıştır. *Rantsev* bir süre sonra kendisiyle aynı kabarede çalışan başka bir kabare artistıyla birlikte kaldığı bu yerden ayrılmış, geride ise yorulduğunu ve Rusya'ya dönmek istediğini belirten bir not bırakmıştır<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> **Sunnliden**, Marija: *Sex Trafficking, Peace Processes & Local Discourses: Cyprus*, Lund Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü Yayınlanmamış Bitirme Tezi, Lund, 2015, s. 23.

<sup>85</sup> *Ibid.*, s. 25.

<sup>86</sup> **Kuyucu**, s. 34. Kabare artistlerinin Kıbrıs Cumhuriyeti'ne giriş için gerekli izin başvurusu, kabare yöneticileri tarafından yapılmaktadır. Bu uygulama ise, ilgili artistin işve-

19 Mart 2001'de kabarenin yöneticisi M.A. Limasol'da bulunan göçmen bürosuna *Rantsev*'in evi ve işyerini terk ettiğini bildirmiştir. Ancak daha sonra bu bildiriye rağmen *Rantsev*'in adının polisin arananlar listesine kaydedilmediği anlaşılmıştır. Sonraki bir tarihte *Rantsev*'ı başka bir diskotekte bulan M.A., polise telefon etmiş ve *Rantsev*'in yakalanmasını istemiştir. M.A. daha sonra kendi kabaresindeki bir güvenlik görevlisiyle birlikte diskoteğe gelmiş ve *Rantsev*'ı arabasına bindirerek polis merkezine götürmüştür<sup>87</sup>.

Polisler *Rantsev*'in yasadışı bir göçmen durumunda olmadığını belirtmiştir. M.A.'nın 19 Mart 2001 tarihinde herhangi bir şikayette bulunduğu dair bir kayda rastlanmadığını da söylemişlerdir. Zaten bir şikayetin üzerinden on beş gün geçmeden kimse yasadışı göçmen durumuna düşmemektedir. Polisler, *Rantsev*'nin işvereni olması nedeniyle M.A.'yı aramışlar ve onu almasını istemişlerdir. M.A. polis merkezine gelip, *Rantsev*'ı, onun pasaportunu ve diğer belgelerini almıştır. *Rantsev*'ı önceden çalıştığı kabarede bir erkek işçi olan M.P.'nin karısı D.P. ile yaşadığı evine götürmüştür<sup>88</sup>. Daha sonraki bir tarihte *Rantsev* M.P.'nin evinin bulunduğu apartmanın önünde ölü bulunmuştur. *Rantsev*'in kaldığı odanın balkonunun demirinde bir çarşaf bulunmuş, bunun sonucunda da balkondan kaçmaya çalışırken düştüğü ve öldüğü anlaşılmıştır. *Rantsev*'in ölümüyle ilgili olarak GKRY'de başlatılan soruşturma, herhangi bir şüphelinin bulunmaması ve delil yeterliliğinin olması nedeniyle kapanmıştır<sup>89</sup>.

Bunun üzerine, vefat eden *Rantsev*'in babası ve başvuru Bay *Nikolay Mikhaylovich Rantsev*, kızının Kıbrıs Polisi tarafından yeterince korunmadığını, kızının ölümünün yetkili makamlarca yeterince soruşturulmadığını ve sorumluların kovuşturulması için gerekli adımların atılmadığını iddia etmiştir. AİHS'nin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve sekizinci maddelerinin ihlali nedeniyle başvuruda bulunmuştur. Başvuru ayrıca Rusya makamlarının da kızını insan ticareti suçunun mağduru olma riskine karşı korumaya yönelik tedbirler almadıkları ve sonrasında da onun ölümünü soruşturmadıkları için, AİHS'nin üçüncü ve dördüncü maddelerinin ihlalini ve Kıbrıs'ta yapılan ölüm soruşturmalarıyla ilgili olarak mahkemeye başvuru imkanının

---

renine veya ajansına bağımlı hale getirmesi sonucu doğurduğu için, eleştirilmektedir. Buna göre, kabare artistlerinin insan ticareti suçunun faillerinin eline düşmesi ve onlara bağımlı olması riski doğmaktadır. Çünkü ülkeye girişleri onlar sayesinde olmaktadır. **Güleç**, s. 143.

<sup>87</sup> Ibid., s. 125.

<sup>88</sup> Ibid., s. 126-127.

<sup>89</sup> **Kuyucu**, s. 34.



bulunmaması nedeniyle de AİHS'nin altıncı maddesinin ihlalini gündeme getirmiştir<sup>90</sup>.

AİHM, AİHS'nin dördüncü maddesinde insan ticaretinin açık bir şekilde yasaklanmadığını, ancak bunun insan ticaretine karşı kayıtsız kalındığı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ortaya koymuştur. AİHM insan haklarını ve temel özgürlükleri koruyabilmenin giderek daha yüksek standartları gerektireceğini belirtmiştir. Bu kapsamda insan haklarına ilişkin güncel standartları sağlamak için dördüncü madde kapsamında insan ticaretinin de yasaklandığı kabul edilmelidir. Ayrıca AİHM'ye göre insan ticareti özellikle son yıllarda çok artmıştır. AİHM, insan ticaretinin modern kölelik olarak kabul edildiğini de ortaya koyduktan sonra<sup>91</sup>, insan ticareti kapsamındaki uygulamaların AİHS'nin dördüncü maddesinin getirdiği koruma alanını ihlal ettiğini belirtmiştir<sup>92</sup>. Böylece insan ticareti ilk kez AİHM tarafından modern kölelik olarak isimlendirilmiş ve AİHS'nin dördüncü maddesi kapsamında değerlendirilmiştir<sup>93</sup>.

Zaten GKRY'ye getirilen kabare artistlerinin kabare sahipleri ve bunların yöneticileri tarafından cinsel sömürüye maruz bırakıldıkları bilinen bir gerçektir<sup>94</sup>. Bu çerçevede GKRY, *Rantsev*'ın yaşadıkları nedeniyle, AİHS'nin dördüncü maddesini ihlal etmiştir<sup>95</sup>. AİHM'ye göre GKRY'nin göçmen politikası yeterli değildir, ülkede buna ilişkin yasal ve idari düzenlemeler yapılmalıdır. AİHM bu eksikliğin genç kadınların kabare artisti olarak getirilmesini teşvik ettiği çıkarımını yapmıştır. Kabare artistlerinin kabare sahiplerinin sorumluluğunda kabul edilmesine yönelik uygulama da yanlıştır. AİHM'ye göre GKRY'nin mevzuatındaki eksiklikler ve burada

<sup>90</sup> 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'ne hem Rusya, hem de Kıbrıs Cumhuriyeti taraftır. Ayrıca İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'e de iki devletin de taraf olduğu bilinmektedir. **Güleç**, s. 123.

<sup>91</sup> *Ibid.*, s. 140.

<sup>92</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Rantsev v Cyprus and Russia*, 25965/04, 10 Mayıs 2010, prgrf. 293. Kararın İngilizce metni için bkz: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-1142> (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020). **Güleç**, AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen ikinci ve işkence yasağını düzenleyen üçüncü maddesi gibi, kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen dördüncü maddesinin de, muhtemel insan ticareti olaylarını, bunlara yönelik herhangi bir şikayet olmasa da, soruşturmaya yönelik bir usul yükümlülüğünü taraf devletlere yüklediğini belirtmektedir. **Güleç**, s. 142.

<sup>93</sup> **Kuyucu**, s. 31.

<sup>94</sup> **Güleç**, s. 144.

<sup>95</sup> GKRY'de insan ticaretini ve bireylerin cinsel yönden sömürülmesini yasaklayan hukuki düzenlemeler, 2000 yılında kabul edilmiş olup, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'e aykırı bir durum bulunmamaktadır. **Güleç**, s. 143-144.

gelişen söz konusu uygulama, GKRY'nin AİHS'nin dördüncü maddesini ihlal ettiğini göstermektedir<sup>96</sup>.

GKRY'de *Rantsev* ile muhatap olan polis memurları, onun cinsel yönden sömürülüp, sömürülmediğini de sorgulamamışlardır. Oysa bunu anlayıp, gerekli soruşturmayı başlatmalıydılar<sup>97</sup>. AİHM, insan ticaretinin yaygınlaşmasından ve onunla mücadele etmek için uluslararası çabaya ihtiyaç olmasından<sup>98</sup> yola çıkmış, AİHS'yi güncel koşulların gereklilikleri ışığında yorumlaması gerektiğini göz önünde bulundurmuş<sup>99</sup> ve GKRY'nin AİHS'nin dördüncü maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>100</sup>. AİHM'ye göre, GKRY, AİHS'nin dördüncü maddesini, yüklediği pozitif yükümlülük doğrultusunda da ihlal etmiştir<sup>101</sup>. GKRY sunduğu bir beyanında *Rantsev*'nin insan ticareti mağduru olup olmadığını belirleyebilmek adına bir işlem yapmadığını kabul etmiştir. Bu amaçla bir işlem yapılmaması AİHS'in dördüncü maddesinin GKRY'ye yüklediği pozitif yükümlülüğün ihlalinin kanıtıdır<sup>102</sup>.

AİHM *Rantsev*'in yaşamını tehdit eden bir riskin önlenmesi için operasyonel tedbirlerin alınması yükümlülüğünü doğuracak koşulların oluşmadığı sonucuna varmıştır. Ancak GKRY yetkilileri, bu ölüm olayını etkin bir

<sup>96</sup> *Rantsev v Cyprus and Russia*, prgrf. 291-293.

<sup>97</sup> *Idid.*, prgrf. 286.

<sup>98</sup> *Ibid.*, prgrf. 278.

<sup>99</sup> *Ibid.*, prgrf. 282.

<sup>100</sup> *Ibid.*, prgrf. 290-293.

<sup>101</sup> Konu AİHS'nin dördüncü maddesinde düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağının yüklediği pozitif yükümlülüğün açıldığında, AİHM'nin konuyla ilgili bir diğer çok önemli karar olan ve devletlerin pozitif yükümlülüklerinin tartışıldığı *Siliadin v France* kararına değinmek gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Siliadin v France*, 73316/01, 26 Ekim 2005, prgrf. 64-79. Kararın İngilizce metni için bknz: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%22itemid%22:%22001-69891%22> (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2020). Bu kararında AİHM AİHS'nin dördüncü maddesinin taraf devletlere üç ayrı pozitif yükümlülük yüklediğini ilk defa ortaya koymuştur. Buna göre devletler kölelik ve zorla çalıştırma yasağının uygulanması için etkili koruma sağlayacak olan ulusal ceza hukuku kuralları kabul etmelidir. İkinci olarak, bu ulusal ceza hukuku normlarının devletler tarafından etkili bir şekilde uygulanması gerekmektedir. *Ibid.*, prgrf. 112. Üçüncü ve son pozitif yükümlülük ise kölelik ve zorla çalıştırmayı suç haline getiren normları ihlal eden faillerin cezalandırılması ve bu sayede mağdurların tatmininin sağlanmasıdır. Bu son pozitif yükümlülüğün kararda açıkça ortaya konulmasa da, ima edildiği kabul edilmektedir. Bknz: *Ibid.*, prgrf. 112 ve 130. Bknz: **Kuyucu**, s. 33. GKRY'nin *Rantsev* olayında bu pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği *Rantsev v Cyprus and Russia* kararında AİHM tarafından saptanmıştır. *Rantsev v Cyprus and Russia*, prgrf. 296.

<sup>102</sup> *Ibid.*, prgrf. 258.

şekilde araştırmamıştır. Bu nedenle AİHM'ye göre ilgili devlet, AİHS'nin ikinci maddesinde korunan yaşam hakkını da ihlal etmiştir<sup>103</sup>.

AİHM GKRY'yi *Rantsev*'in AİHS'nin ikinci maddesinde düzenlenen yaşam hakkının ihlalinden de sorumlu tutarken, *Rantsev*'in ölümünün ardından GKRY'nin soruşturma makamlarının gerçekleştirdiği ihmaller üzerinde durmuş ve ikinci maddenin usul yönünden ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>104</sup>. AİHM'nin kararına göre evde bulunan kişilerin ifadeleri arasında ve adli tıp verilerinde çelişkiler vardır, ancak GKRY'de soruşturma yapanlar bunun üzerinde hiç durmamıştır. Yine ilgili GKRY makamları *Rantseva*'nın evde iradesine aykırı bir şekilde tutulup tutulmadığını açıklığa kavuşturmamıştır<sup>105</sup>. Polis memurlarının *Rantseva*'yı neden M.A.'ya teslim ettiğine ilişkin bir soruşturma da yapılmamıştır. Başvurucunun açıkça talep etmiş olmasına rağmen GKRY yetkili makamları duruşma tarihini başvurucuya bildirmemiştir. Bunun sonucunda ise başvurucu, GKRY yetkili makamları kızının başına gelenlerle ilgili olarak hüküm verirken, hazır bulunamamıştır<sup>106</sup>. Başvurunun Rusya yetkili makamları aracılığıyla kızının başına gelenlerle ilgili olarak GKRY'den devam eden talepleri GKRY makamlarınca dikkate alınmamış ve GKRY Rusya'dan herhangi bir adli yardım talebinde bulunmamıştır<sup>107</sup>. Bütün bu nedenlerle de GKRY AİHS'nin ikinci maddesini ihlal etmiştir.

*Rantsev*'in ölü bulunmasının ardından GKRY ulusal hukukuna göre yapılan soruşturma işlemleri son derece yetersiz olup, Polis memurlarının insan ticareti konusunda eğitilmiş ve bilgili olmadıkları açıktır. AİHM'ye göre bu da dikkat edilmesi gereken önemli bir eksiklik<sup>108</sup>. Rusya da vatandaşını insan ticareti suçunun mağduru olmaktan koruyamadığı için dördüncü maddenin ihlalinden sorumlu bulunmuştur<sup>109</sup>. Doktrinde insan haklarıyla ilgili kurumların insan ticaretine ilişkin çalışmalarının gerekli düzeyde olmadığı, AK'nin ve onun bir organı olan AİHM'nin de, insan ticaretiyle ilgili çalışmalarını ve mücadelede gerekli standartları oluşturması ihtiyacı üzerinde durulmaktadır<sup>110</sup>.

<sup>103</sup> Ibid., prgrf. 242.

<sup>104</sup> Ibid., prgrf. 242.

<sup>105</sup> Ibid., prgrf. 236 ve 237.

<sup>106</sup> Ibid., prgrf. 238-239.

<sup>107</sup> Ibid., prgrf. 240-241.

<sup>108</sup> Ibid., prgrf. 296. Ayrıca bknz: **Güleç**, s. 145.

<sup>109</sup> Ibid., s. 149.

<sup>110</sup> **Kuyucu**, s. 32.

Göçmen, *Rantsev v Cyprus and Russia* kararında ortaya konmuş olan yükümlülükleri, dört madde halinde özetlemektedir. Göçmen'ne göre, insan ticaretiyle mücadelenin etkili olması adına, devletlerin hukuk sistemlerinde belirli bir mevzuat ve kurallar olmalıdır. İkinci olarak, insan ticareti suçunun mağdurlarının ve muhtemel mağdurlarının korunması için operasyonel önlemler önem taşımaktadır. Bir diğer yükümlülük olarak, potansiyel insan ticareti olaylarının soruşturulması çok önem taşımaktadır. Son olarak da, bu konuda devletler arasında yapılacak işbirliği çok önemlidir<sup>111</sup>.

Özetle AİHM insan ticaretinin kölelikle bağlantılı olduğunu belirtmiştir. İnsan ticaretinin de, tıpkı kölelik gibi, diğer bireyleri sömürmeye dayandığı bilinmektedir. İnsan ticareti nedeniyle bireyler alınıp satılabilen ve zorla çalıştırılabilen eşya gibi muamele görmektedir. Bu doğrultuda suçun mağdurlarının faaliyetlerinin failer tarafından gözetlenmesini ve kısıtlanmasını gerektirmekte, mağdurlara şiddet uygulanmasına ve onların tehdit edilerek korkutulmasına yol açmaktadır. Bu kapsamda AİHS'nin dördüncü maddesinin insan ticaretine ilişkin de bir koruma alanı sağlaması adil bir uygulamadır<sup>112</sup>.

2010 tarihli *Rantsev v Cyprus and Russia* kararından sonra, AB üyesi bir devlet olan GKRY insan ticaretiyle ilgili 60(1)/2014 sayılı yeni bir yasa kabul etmiş, bununla birlikte AB'de bu alandaki gelişmeleri yakalamayı amaçlamıştır. Bu yasanın Yunanca'dan başka dildeki metnine ulaşılammış, bu yasayı ilgilendiren bir dava saptanamamıştır. Yine de doktrinde insan ticareti suçunun mağdurları ile ilgili gerekli korumayı sağlamamakla eleştirildiği görülmektedir<sup>113</sup>.

## 2. Avrupa Birliği ve İnsan Ticareti

Avrupalı devletlerin bir başka bölgesel örgütlenmesi örneği olan AB bünyesinde de insan ticareti suçuyla mücadele 1990'lı yıllardan itibaren hız kazanmıştır. Özellikle Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB)'nin çöküşünün ardından küreselleşme hız kazanmıştır. Bu durum ise örgütlü suç gruplarının daha kolay organize olması sonucunu doğurmuş, diğer bir anlamda, örgütlü suç grupları da küreselleşmeye başlamıştır<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Göçmen, s. 21.

<sup>112</sup> TC Adalet Bakanlığı, İnsan Ticareti Tematik Bilgi Notu, Ocak 2016, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Trafficking\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trafficking_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020), s. 2. AİHM'nin *Rantsev* kararı sonrasında insan ticaretiyle bağlantılı olarak verdiği diğer kararları için bkz: Ibid.

<sup>113</sup> Sunnliden, s. 30-31.

<sup>114</sup> Erdal, Hakan: "Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği", Polis Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 80.

Komünist bloğun çöküşünün ardından, SSCB'nin ardıl devletleri, insan ticareti suçunun failleri için doğal bir pazar alanı oluşmaya başlamıştır. Çünkü burada fakirlik hüküm sürmekte, mevcut koşullarda yaşamaktan kurtulmak isteyen insanlar ve özellikle de kadınlar, potansiyel mağdurlar olmaktadır<sup>115</sup>. Bu durum Avrupalı devletler ve AB organlarıncı fark edilmişti. Daha iyi bir hayat sürme hayaliyle göç etmeye çalışan birçok kişinin insan ticareti suçunun mağduru olacağı düşünülmüş, bu durumun bireylerin haklarını ve kamu düzenini tehdit edeceği öngörüsünde bulunulmuştu<sup>116</sup>. Öngörülen bu tehlikenin ardından, anılan suça ilişkin birçok metin ortaya çıkmıştır.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın insan ticaretine ilişkin bir kararı, Temmuz 2020 tarihi itibarıyla tespit edilememiştir. Ancak buna ilişkin birtakım hukuk belgelerine AB düzeni içerisinde yer verildiği görülmektedir. AB'nin kurumsal yapısını güncelleyen son kurucu andlaşma olan Lizbon Andlaşması ile, AB'nin AİHS'ye taraf olmasının önü açılmıştır. Taraf olmak için gereken işlemler hala sürerken<sup>117</sup>, AB'nin AK bünyesinde kabul edilen insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası andlaşmaya taraf olduğu görülmektedir<sup>118</sup>. Bu doğrultuda, AB'nin insan haklarına ilişkin uygulamalarının ve oluşturduğu hukuki korumanın, AK'den ve AİHS içtihadından etkilenmediğini düşünmek, pek gerçekçi bulunmamaktadır<sup>119</sup>.

İnsan Ticareti ile Mücadele Konusunda Konsey Çerçeve Kararı<sup>120</sup> (2002) insan ticareti suçuna ilişkin AB bünyesinde kabul edilen önemli belgelerdendir. Bu belge ile AB üyesi devletlerin farklı insan ticareti suçunu düzenlemelerine geniş kapsamlı bir AB yaklaşımı getirilmesi amaçlanmıştır<sup>121</sup>. Bu çerçevede Konsey kararı yukarıda anılan İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile uyumlu bir şekilde insan ticareti suçunun engellenmesi ve

<sup>115</sup> **Kalfa**, Aşlıcan: Eski Doğu Bloku Ülkeleri Kaynaklı İnsan Ticareti ve Fuhuş Sektöründe Çalışan Kadınlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 68-92.

<sup>116</sup> **Yılmaz**, s. 885.

<sup>117</sup> <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures> (Erişim Tarihi: 13 Temmuz 2020).

<sup>118</sup> Liste için bkz: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/1?p\\_auth=sBCVkJZiU](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/1?p_auth=sBCVkJZiU) (Erişim Tarihi: 13 Temmuz 2020).

<sup>119</sup> **Göçmen**, s. 3.

<sup>120</sup> İnsan Ticareti ile Mücadele Konusunda Konsey Çerçeve Kararı'nın İngilizce metni için bkz: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0629&from=EN> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>121</sup> **Özcan/Arıcan**, s. 18.

cezalandırılması için gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir. Karara göre suça teşvik, yardım, ortaklık veya teşebbüs hallerinin de cezalandırılması gerekmektedir. Faillerin, iadeyi içerebilecek olan etkin, ölçülü ve caydırıcı cezalar ile cezalandırılması gerekmektedir. Kararda tüzel kişiler için de adli bir tasfiye emri ve benzeri yaptırımların uygulanabileceğine ilişkin düzenleme vardır. İnsan ticareti suçundan elde edilecek gelir, özellikle kurulan tüzel kişilikler aracılığıyla aklanabilmektedir. Bu nedenle tüzel kişiler için öngörülen yaptırımlar da, insan ticaretiyle mücadele kapsamında önemlidir<sup>122</sup>.

Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Konsey Çerçeve Kararı<sup>123</sup> (2003) ise insan ticareti suçunun çocuk mağdurlarına ilişkindir. Birçok hukuk belgesinde olduğu gibi, burada da, on sekiz yaşının altındaki herkes çocuk kabul edilmektedir. Karara göre çocukları fuhuşa veya pornografik fiillere zorlamak, bu şekilde sömürülen çocukların durumundan çıkar elde etmek, bu amaçlarla kullanılacak çocukları bulmak veya toplamak fiilleri devletlerin iç hukuk sistemlerinde cezai yaptırımlara bağlanmalıdır. Çocuk pornosunun dağıtımı, yayılması, tedarik edilmesi, bulundurulması da cezai yaptırımlara bağlanmalıdır. Bunların yanında İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol, bir Konsey Kararı ile AB tarafından onaylanmıştır<sup>124</sup>.

AB Temel Haklar Sözleşmesi<sup>125</sup> (2009) beşinci maddesinde hiç kimse- nin köle olarak kullanılamayacağını, zorla çalıştırılmayacağını düzenlemekte, angaryanın yasak olduğunu belirtmektedir. Ayrıca insan ticaretinin yasak olduğunu da açıkça düzenlemiştir. Ayrıca AB Temel Haklar Sözleş-

<sup>122</sup> Ibid., s. 20.

<sup>123</sup> Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Konsey Çerçeve Kararı'nın İngilizce metnine ulaşmak için bkz: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:HTML> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

<sup>124</sup> Ibid., s. 27. AB, İnsan Ticareti Mağduru veya Yasa Dışı Göçü Kolaylaştıran Bir Fiilin Faili Olup Yetkili Makamlarla İşbirliği Yapan Üçüncü Ülke Vatandaşlarına Verilen İkamet İzni Hakkında Konsey Yönergesi (2004) ile üye devlet topraklarında bulunan ve insan ticareti suçu mağduru olan veya geçmişte olmuş üçüncü ülke vatandaşlarına verilen ikamet izninde bazı olanaklar sunmaktadır. Burada sunulan olanaklardan yararlanabilmek için, yetkili otoritelerle işbirliği yapıp suçluların yakalanmasına veya mağdurların kurtarılmasına yardımcı olmak gerekmektedir. Ancak burada sunulan olanaklar, onlardan yararlanacak olan mağdurların veya faillerin güvenlik kaygıları karşısında küçük menfaatler sağlamakla eleştirilmektedir. Bu nedenle ilgili yönergenin işlevsel olmadığı öne sürülmektedir. **Gallagher**, "Recent Legal Developments...", s. 168.

<sup>125</sup> AB Temel Haklar Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

mesi'nin elli üçüncü maddesinin üçüncü fıkrası, bu belgede yer alan hakların, AİHS'de yer verilmiş olan haklarla örtüştüğü ölçüde, anlam ve kapsam olarak AİHS'deki sözleşmedekilerle aynı olduğunu düzenlediği görülmektedir. Ancak anılan madde hükmüne göre, bu hüküm, AB hukukunun daha ileri düzeyde bir koruma getirmesine engel oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bu bakımdan da insan hakları için AİHS ile yaratılan korumaya bir paralellik sağlanmıştır.

AB Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kabul ettiği İnsan Ticaretinin Önlenmesine ve Mağdurların Korunmasına İlişkin Direktif'in<sup>126</sup> (2011) giriş bölümüne göre, insan ticareti suçunun mağduru haline gelen kadın ve erkekler, cinsiyetlerinin farklılığı gereği, değişik amaçlar için sömürülmektedir. Bu nedenle de onlara farklılıklarını göz önünde bulunduran, uygun destekler sunulmalıdır. İnsan ticareti suçunun belirli şekillerde işlenmesi halinde, verilecek cezanın daha ağır olması gerektiği belirtilmektedir. Daha ağır cezaya gerek duyulan durumlara örnek olarak ise, mağdurun çocuk veya engelli olması gibi haller gösterilmektedir.

Direktifin, konuyla ilgili diğer uluslararası hukuk metinleriyle benzer düzenlemeler içermekte olduğunu belirtebiliriz. Bu nedenle ayrıntıya girilmeden, direktifin daha farklı veya ayrıntılı düzenlediği, önemli bulunan noktalarına değinilecektir. Öncelikle direktifin dördüncü maddesi, insan ticareti suçunun faillerinin en az beş yıllık hapis cezasıyla cezalandırılması gerektiğini belirtmekte, ağırlaştırıcı nedenleri de sayarak, bunların en az on yıllık hapis cezasıyla cezalandırılacağını söylemektedir. Ayrıca tüzel kişiler için de yaptırımlar uygulanabilecektir.

Direktifin on üçüncü maddesinde, bu metnin uygulanması açısından en önemli konunun, çocukların temel çıkarlarının gözetilmesi olduğu belirtilmiştir. On dördüncü madde, çocuk mağdurların rehabilitasyonunun sağlanması gerektiğini belirtmekte, onlara bir vasi atanmasını ve en uygun zamanda eğitimlerine devam etme şansına kavuşturulmalarını öngörmektedir.

### III. İNSAN TİCARETİYLE ULUSLARARASI MÜCADELEDE ATILMASI GEREKEN ADIMLAR

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, insan ticareti ile mücadele, insan olarak doğmuş olan herkes için geçerli olan insan haklarının sağlanması için

<sup>126</sup> AB Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kabul ettiği İnsan Ticaretinin Önlenmesine ve Mağdurların Korunmasına İlişkin Direktif'in İngilizce metni için bkz: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=EN> (Erişim Tarihi: 19 Nisan 2015).

çok önemlidir. İnsan ticareti suçunun mağdurları için oluşturulan yaşam koşulları insan onuruna yaraşır değildir ve pek çok insan hakkının ihlaline neden olmaktadır.

İnsan ticareti suçunun mağdurları sömürü sırasında çalıştırılırken, genellikle kayıt dışı olarak buldukları ülkede tutulmaktadırlar. Bu nedenle herhangi bir sağlık güvencesinden de yararlanamamaktadırlar. Bu durum, hem mağdurların sağlık hakkı ve dolayısıyla diğer hakların temeli olan yaşam hakkı, hem de kamu sağlığı için son derece tehlikelidir. O nedenle insan ticaretiyle mücadele hem ulusal, hem de uluslararası alanda ciddi bir mesele olarak ele alınmalıdır<sup>127</sup>.

İnsan ticareti gibi sınıraşan örgütlü suçlara yönelik ulusal hukuk sistemlerinde alınan önlemlerin yanında, uluslararası toplum nazarında yapılan düzenlemelerin de artış gösterdiği gözlemlenmektedir. Ancak bu suçları işleyen suç örgütleri de tekniklerini her geçen gün biraz daha güçlendirmektedir. Sınıraşan örgütlü suçların mağdurlarının sayısının da gittikçe arttığı göz önünde bulundurulursa, bu tür suçların önlenmesinin büyük oranda engellendiğini söylemek, günümüz koşullarında, pek gerçekçi değildir<sup>128</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi, sınıraşan örgütlü suçlarda suçlular örgütlü bir şekilde, genellikle farklı devletlerin ülkelerindeki suçlularla işbirliği içerisinde hareket etmektedir. Dolayısıyla anılan suçlarla yapılan ulusal mücadelelerin yeterli olması mümkün değildir. Çalışmanın ana konusunu oluşturan insan ticareti suçunun insanlığa verdiği zararın en aza indirgenebilmesi için söz konusu suçla mücadele eden farklı ülkelerdeki mekanizmaların da, birbirleriyle ciddi bir işbirliği ve adli yardımlaşma içerisinde olması gerekmektedir<sup>129</sup>.

Belirtilen çerçevede, özellikle sınıraşan nitelikleri bulunan suç örgütleri hakkında ulaşılan bilgilerin ve bu örgütlerin faaliyetlerinin uluslararası düzeyde paylaşılması, ülkeler arasında ortak çalışma gruplarının kurulması, devletler tarafından, kendi aralarında bulunan siyasi çıkar çatışmalarının, bu tarz işbirliği gerektiren konulara etki etmemesinin sağlanması gibi önlemlerin alınabileceği belirtilmektedir. Yukarıda özetlenen uluslararası hukuk belgeleriyle atılan adımlar güçlendirilmeli ve bir koordinasyon içerisinde geliştirilmelidir. Ayrıca, bu tür suç örgütleri bünyesinde suç işleyen faillerin

<sup>127</sup> Akgün, s. 178.

<sup>128</sup> Cengiz, Mahmut: "Sınır Aşan Suç Gruplarına Karşı Küresel ve Ulusal Düzeyde Mücadele Önerileri", Sınır Aşan Organize Suçlar, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükkuysal, Ankara, 2013, s. 271.

<sup>129</sup> Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 239.



yargılmasının da uluslararası düzeyde yapılması gerektiği savunulan görüşler arasındadır<sup>130</sup>.

SAÖSKBMS'nin oluşturulması aşamasında yapılan görüşmelerde, devletlerin gelişmişlik düzeylerinin farklı olduğu gözlemlenmiştir. Bu durumda, özellikle ekonomik açıdan gelişmişlik düzeyleri düşük olan devletlere insan ticareti gibi sınıraşan suçlarla mücadele edebilmeleri için ekonomik ve teknik konularda gerekli yardım yapılmalı, insan ticaretiyle küresel mücadelede yerel, kültürel ve ekonomik durum da göz önünde bulunduran bir sistem yaratılmalıdır<sup>131</sup>.

Sınıraşan suç örgütleriyle ilgili olarak farklı devletlerde bulunan mücadele mekanizmalarının koordinasyon ve işbirliği içinde hareket edebilmesi için, devletlerin bu alanla ilgili ulusal hukuk düzenlemelerini birbirine yakınlaştırması gerekmektedir. Bu ise, insan ticaretine ilişkin daha çok uluslararası anlaşmanın akdedilmesi ile sağlanabilecektir. Devletler kendi aralarında bağlayıcılığı bulunan uluslararası anlaşmalar yapacak, bu anlaşmaların gerektirdiği düzenlemeleri ulusal hukuklarında yerine getirirken, farklı ulusal hukuk düzenlemeleri de birbirine yakınlaşmış olacaktır<sup>132</sup>. Ulusal hukukları birbirine yakın olan devletler içindeki birimlerin işbirliği de bu şekilde kolaylıkla sağlanabilecektir.

Uluslararası anlaşmalara devletlerin riayet etmesini sağlamak da, başlı başına bir meseledir. Bu nedenle insan ticareti suçuna ilişkin olarak işbirliğine giden veya uluslararası anlaşmalar imzalayan devletlerin bu anlaşmalara riayetinin çeşitli mekanizmalarla sağlanması gerekmektedir. Söz konusu anlaşmalar taraf devletlerin ulusal hukuklarına aktarıldıktan sonra, devletlerin bu alandaki uygulamalarının BM gibi örgütlerin gözetleme mekanizmalarıyla ve sivil toplum örgütleriyle denetlenmesi, devletlerin düzenli

<sup>130</sup> Özellikle devletlerin egemenliğini tam olarak uygulayamadığı bir otorite boşluğunun veya çatışmanın olduğu durumlarda, insan ticareti gibi suçların artış gösterdiği, bunun yanında failerin adaletli bir şekilde yargılanmadığı belirtilmektedir. Bu tür durumlardaki adil olmayan yargılamaların önüne, bu konuda görev yapacak olan uluslararası bir yargı organı ile geçilebileceği düşünülmektedir. Ibid., s. 272-273.

<sup>131</sup> **Gallagher**, "Human Rights and the New UN Protocols...", s. 979.

<sup>132</sup> **Cengiz**, s. 273. Devletlerin insan ticareti suçuyla mücadele alanındaki diğer bir işbirliği ve yardımlaşmaya örnek oluşumu da, İnsan Ticaretine Karşı Kuzey Baltık Görev Gücü'nü oluşturan devletler yaratmıştır. Bu oluşumla amaçlanan, insan ticaretiyle ilgili olan devlet organları arasındaki işbirliğinin sağlanmasıdır. Mağdurların ülkelerine dönmeleri, topluma yeniden dahil olabilmeleri, diplomatik personelin bu konuda eğitilmesi, polislerin bilgilenmesi ve deniz taşımacılığı alanında çalışan kişilerin uyacağı kuralları kabul edilmesi amaçlanmıştır. **Kızılsümer**, s. 127.

raporlar sunması zorunluluğunun getirilmesi şimdilik riayetini artırılması için akla gelen en etkili yöntemdir<sup>133</sup>.

İnsan ticareti suçunun mağdurlarının suçluların ortaya çıkarılmasında yetkili birimlere yardım etmekten çekindiği de gözlenen bir olgudur. Bunun nedenleri arasında, mağdurların söz konusu suçu işleyen örgüt üyelerinin tepkisini çekmek gibi korkuları bulunmakta, bu korkuları nedeniyle ilgili makamlarla işbirliği yapmaktan kaçınmaktadırlar. Ayrıca mağdurlar, sömürünün başka bir devlet ülkesinde gerçekleşmesi halinde, genellikle buraya yasal veya yasal olmayan yollarla girmiş göçmenlerdir ve buradaki yerliler tarafından suçlular gibi muamele görebilmektedir<sup>134</sup>. Yasal olmayan yollarla girmiş olan mağdurların sınır dışı edildikleri, mağdur oldukları devletin ülkesine girişlerinin belirli bir süre yasaklanabildiği görülmektedir<sup>135</sup>. Bu uygulamalar onların tanıklıklarını engelleyebilmektedir.

Mağdurların tanıklıklarının elde edilememesi insan ticareti suçunun kovuşturulmasını ve suçluların yargılanmasını olumsuz etkilemektedir. İnsan ticareti suçunun mağdurlarını korumaya ilişkin uluslararası sözleşmelerin daha fazla ve kapsamlı düzenlemeler içererek akdedilmesi, bu sayede de mağdurların güvenliğinin ve kendilerini güvende hissetmelerinin sağlanması gerekmektedir. Kendini güvende hisseden mağdurlar, failerin yakalanıp yargılanabilmeleri için yetkili makamlara gereken yardımı yapacaktır. Bu noktada getirilebilecek olan bir öneri, insan ticareti suçunun mağdurlarını korumaya yönelik yapılan anlaşmaların veya kabul edilen belgelerin daha fazla yaygınlaşması ve küresel çapta yapılmasıdır.

İnsan ticareti suçunun mağdurlarının genellikle buldukları ülkedeki hukuki statülerinin sorunlu olan düzensiz göçmenler ve göçmen kaçakçılarının gitmek istedikleri ülkelere hukuksuz bir şekilde soktuğu kişiler olduğu göz önünde bulundurulduğunda, göçmen kaçakçılığı ve düzensiz göç ile mücadele de, hiç kuşkusuz, insan ticareti suçunun en aza indirgenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır<sup>136</sup>.

İnsan ticareti suçunun mağduru konumundaki kişilerin tanıklığı veya ilgili suçu soruşturma ve kovuşturmada yetkili makamlara sağlayacağı yardım ne kadar önemliyse, bu suçun kovuşturulması için mağdurun şikayetinin de o kadar önemsiz olması gerekmektedir. Çünkü mağdurlar, yukarıda be-

---

<sup>133</sup> King, s. 88.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Kızılsümer, s. 129.

<sup>136</sup> Kalfa, s. 97.

lirtilen güvensizlik hissi ve kendilerine veya ailelerine kendilerinin mağdur olmasına yol açan örgüt tarafından zarar verileceği endişesiyle, şikayetçi olmaktan kaçınılabilmektedir. Bu durumda devletler, ilgili mevzuatlarında insan ticareti suçunun şikayete bağlı olmayan bir suç olmasını sağlamalıdır<sup>137</sup>.

İnsan ticareti ile mücadele için, mağdurların insan haklarına ilişkin önemli bir örnek olarak, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde kurulan Ulusal Yönlendirme Mekanizmaları (UYM) isimli bir oluşum gösterilebilir. UYM devletler ve sivil toplum ile işbirliği içine girerek, insan ticareti mağdurlarının insan haklarını koruma ve geliştirmeye çalışmaktadır. Devletlerde kurulan bu mekanizmalarda üst düzey hükümet yetkililerinden birisi ulusal koordinatör olarak görev yapmaktadır. Bunun yanında, insan ticareti mağdurlarına ilişkin ulusal politika ve uygulanacak usul hakkında tavsiyelerde bulunmak üzere kamu kurumlarından ve sivil toplumdan tecrübeli temsilciler de UYM’de yer almaktadır. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ise katılımcı devletlerin UYM kurmasını ve bunu uygulamaya geçirmesini özendirilmektedir<sup>138</sup>.

Mağdurlar için UYM gibi oluşumların uygulanmasının yaygınlaşması ve desteklenmesi, hem birçok insan hakları ihlal edilen mağdurların rehabilitasyonu, hem de suçluların yakalanmasına yardım etmesi açısından faydalı bir gelişme olacaktır.

İnsan ticaretiyle küresel mücadelede bilim insanlarının akademik çalışmaları ve sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları da muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle yabancıların vizeleri, çalışma ve oturma izinleri ile ilgili yasal mevzuat da oluşturulmalıdır. İnsan ticareti suçunun mağduru olan kadınların da kadın sığınma evi uygulamalarından yararlandırılması tavsiye edilmektedir<sup>139</sup>.

İnsan ticareti, daha çok kadınları mağdur eden, cinsiyet ayrımcılığının etkilerinin de görüldüğü bir alandır. AİHM’nin *Rantsev v Cyprus and Russia* kararının ardından artan başvurulardan elde edilen veriler de, bunu göstermektedir. Bu nedenle, cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele, insan ticareti bakımından da olumlu yol kat edilmesini sağlayacaktır<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Gallagher, “Recent Legal Developments...”, s. 184.

<sup>138</sup> Şahin/Polat, s. 61-62.

<sup>139</sup> Güleç, s. 147-148.

<sup>140</sup> Kuyucu, s. 31. AİHM’nin *Rantsev v Cyprus and Russia* kararından sonra benzer konuya ilişkin kararlarıyla ilgili bilgi için bkz: Ibid., s. 38.

İnsan ticareti suçuyla mücadelede galip çıkmak isteyen devletlerin, insan ticaretiyle mücadele etmesi, ülkelerinin insan tacirleri için bir pazar ya da faaliyet alanı olmamasını sağlaması, bu tür olayları soruşturması gerekmektedir<sup>141</sup>. Bütün bunların ise, söz konusu suç örgütlü ve sınıraşan etkileri olan bir suç olduğu için, küresel işbirliğiyle yapılması en etkili çözüm olacaktır.

#### **IV. KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ, FUHUŞ VE İNSAN TİCARETİ**

Bilindiği gibi, insan ticareti suçunda mağdurların en fazla sömürülme biçimi fuhuştur. Fuhuş, bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkiye girmek demektir<sup>142</sup>. Bu doğrultuda, insan ticaretinin ele alınırken, fuhuştan bağımsız bir olgu olduğunu düşünmemek gerekmektedir. Kıbrıs Adasının kuzeyinde de uzun bir süredir fuhuş sorununa dikkat çekilmeye çalışılmakta, bu uygulama insan ticareti olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu konuda dikkate değer bir toplumsal bilincin henüz oluşmadığı görülmektedir. Çalışmanın bu son bölümünde önce fuhuş ve insan ticareti ilişkisine değinilecek, ardından da bu konuda Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki (KKTC) uygulamaya ve sorunlara bakılacaktır.

##### ***a. İnsan Ticareti Suçu ve Fuhuş İlişkisi***

İnsan ticareti suçunda mağdur, gerçek kişiler, yani bireyler olmaktadır ve insan ticareti suçunun failleri, mağdurlara tıpkı gerçek ticarete olduğu gibi bir “mal” ya da “meta” olarak yaklaşmaktadır. O halde faydalanma, kar etme ve maliyet analizi, bu mağdur “mal” ya da “meta” insanlar üzerinden yapılmaktadır<sup>143</sup>. Faydalanma, kar etme ve maliyet analizi doğrultusunda ise, mağdurların sömürüsünün ağırlıklı olarak cinsel amaçlarla gerçekleştiği, mağdurların fuhuşa zorlandığı görülmektedir<sup>144</sup>.

Kimi görüşlere göre fuhuş zorlamayı bünyesinde barındıran bir sömürü düzeni olup, para karşılığında cinsel ilişkiye giren kimseler ise sömürülen birer mağdurdur ve bu nedenle fuhuş yasaklanmalıdır<sup>145</sup>. Öte yandan ikinci bir anlayışa göre ise, kadınların fuhuş nedeniyle maruz kaldıkları şiddet, sömürü ve diğer hak ihlallerinin, aslında toplumsal yaşamın ve profesyonel

<sup>141</sup> **Göçmen**, s. 23.

<sup>142</sup> Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 14-15.

<sup>143</sup> **Tepecik**, s. 919.

<sup>144</sup> **Akgün**, s. 159.

<sup>145</sup> **Sayın**, s. 307.

iş yaşamının diğer noktalarından çok da farklı olmadığı da belirtilmektedir<sup>146</sup>. Buna göre, para karşılığında cinsel ilişkiye girilmesi, bir iş kolu olarak tanımlanmalı ve hukuken düzenlenmelidir<sup>147</sup>.

Fuhuş, yukarıda anılan iki temel yaklaşımın da etkileriyle, her devletin ulusal hukukunda farklı düzenlemelerle ele alınan bir konu olmuştur. Kimi ulusal hukuk sistemleri hiç kimsenin, başka bir kişiden cinsel olarak yararlanma hakkı bulunmadığı görüşünden hareket etmiş ve fuhuşu yasaklamıştır<sup>148</sup>. Diğer bazı sistemler ise bunu tamamen serbest bırakmıştır. Yasaklanan sistemlerde genellikle fuhuş yapanlar da, araçlar da, para vererek fuhuştan yararlananlar da, cezalandırılmaktadır<sup>149</sup>. Öte yandan, bazı devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde fuhuşa belirli koşullarda izin verilmektedir.

Devlet uygulamalarına bakıldığında, İsveç'in yasaklayan devletlerden birisi olduğu görülmektedir<sup>150</sup>. İsveç bu konudaki yasağı içeren kanuni düzenlemelerini yaptıktan sonra, Norveç ve İzlanda da benzer düzenlemelerle onu izlemiştir<sup>151</sup>. Hollanda'da ise fuhuşa izin verilmektedir; bu kapsamda işveren ve işçi ilişkisi kurulması da mümkündür. Danimarka'da ise bireysel ve kişinin kendi hesabına çalışması koşuluyla fuhuşa izin verilmekte, genelev tarzı uygulamalar yasaklanmaktadır<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> **Güven-Lisaniler**, Fatma/**Uğural**, Sevin/**Rodriguez**, Leopoldo: "Human Rights of Migrant Women Workers in Janitorial Services and Night Clubs", *International Journal of Social Economics*, C. 35, S. 6, 2008, s. 437.

<sup>147</sup> **Sayın**, s. 307.

<sup>148</sup> **Güleç**, s. 135.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> **Sayın**, s. 309.

<sup>151</sup> **Güleç**, s. 134.

<sup>152</sup> **Tepecik**, s. 919. Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemi açısından bakıldığında, Türk Ceza Kanunu'nun "Fuhuş" başlıklı 227. maddesi ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, önem taşımaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesine göre, "(1) Çocuğu fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. (2) Bir kimseyi fuhuşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhuşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçiminin sağlanması, fuhuşa teşvik sayılır. (3) Fuhuşu kolaylaştırmak veya fuhuşa aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünleri veren, dağıtan veya yayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç günden iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhuşa sevk eden veya

Peki fuhşun yasaklanması insan ticareti açısından nasıl bir sonuç doğuracaktır? Fuhşun yasaklandığı anda, ortaya yeni insan ticareti vakalarının çıkacağı, bunlarla mücadelenin mümkün olmayacağı görüşü, ortaya atılan ilk görüştür. Buna göre, fuhş yasaklandığı anda, merdiven altına incek ve yasal olmadığı için örgütlü suç grupları bu konudaki “arzı” karşılayacaktır. Ek olarak, suç örgütleri, bu suçu işleyebilmek için devlet çalışanlarına rüşvet vermeye çalışacak, kamu yönetiminde yolsuzluk artabilecektir<sup>153</sup>.

İnsan ticaretiyle mücadele kapsamında Fuhşun yasaklanması gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre, fuhşun yasal ve serbest olması halinde, bu alanda daha büyük bir “arzin” doğacağı, bu nedenle de insan ticareti suçunun faillerinin bu büyüyen “arzı” karşılamak için suçu işleyeceği iddia edilmektedir<sup>154</sup>. Ancak herkesin bildiği gibi, fuhş yasaklansa da, serbest de bırakılsa, yasanın öngördüğü denetim ve kontrol dışında merdiven altı uygulamalarla yapılmakta, özellikle insan ticareti suçunun failleri cinsel amaçlı sömürerek, bir sürü insanı mağdur etmektedir<sup>155</sup>. O nedenle tamamen yasak-

---

fuhş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. (5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. (8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.”

Geçimini fuhş ile sağlayan kadınlar ve onların tabi tutulacağı uygulamaların ayrıntısı ise Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü’nde yer almaktadır. Bu tüzüğün 15. maddesine göre, başkalarının cinsel zevkini bazı menfaatler karşılığında tatmin eden ve bu nedenle de değişik erkeklerle ilişkide bulunan kadınlara verilen isim, ‘genel kadın’ olup, bunların bir arada bulunarak fuhş yaptıkları yerlere ise genel ev denmektedir. Genel kadınlar, burada anılan tüzük doğrultusunda muamele görmekte, gerekli sağlık kontrollerini yapmaktadırlar. Tüzüğe göre Zührevi Hastalıklar ve Fuhşla Mücadele Komisyonları ve yardımcı kurullar oluşturulmakta, fuhşla ilgili uygulamalar bu kurumların yardımıyla düzenlenmekte ve kontrol edilmektedir. Anılan tüzüğün metni için bknz: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/2.4.5984.pdf> (Erişim Tarihi: 16 Temmuz 2020). Ancak tahmin edilebileceği gibi fuhş sadece bu yasal mevzuat kapsamında yapılmamakta, kayıt dışı olarak da yapılmaktadır.

<sup>153</sup> **Tepecik**, s. 919.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Önceki dipnotlardan birinde de belirtildiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti’nde fuhşa yönelik ve nasıl yapılacağına yönelik yasal bir mevzuat bulunmaktadır. Ancak yine de bu devletin sınırları içerisinde yasal olmayan yollarla buna yönelik uygulamaların yapıldığı bilinmektedir. **Coşkun**, s. 196-197.

lamak gibi fiili gerçekliğe aykırı bir uygulamaya gitmek yerine, hukuken düzenlemek ve bu çerçevede izin vermek daha doğruymuş gibi bir kanaat tarafımızda oluşmaktadır.

Çalışmanın farklı yerlerinde de belirtildiği gibi, insan ticareti insanların sömürülmesine dayanmaktadır ve bu sömürünün en fazla karşılaşılan şekli fuhuştur. İnsan ticareti ve fuhşun farklı şeyler olduğu, ancak insan ticaretinin en sık görülen cinsel sömürü şeklinin fuhuş aracılığıyla yapıldığı belirtilmelidir.

Aralarındaki farklara bakıldığında, insan ticareti suçunun bir parçası olarak gerçekleştirilen fuhuşta, insan ticareti kapsamında gerçekleştirilmeyen fuhuştan çok daha yüksek düzeyde bir organize olma durumuna ve örgütlülük haline rastlanmaktadır. Ayrıca insan ticaretinde elde edilen maddi kazancın büyük bölümünü fuhuş yapanlar değil, suç örgütünün üyeleri almaktadır. İnsan ticaretinde sömürü de fuhşa göre çok daha yüksek bir düzeydedir. Ek olarak, insan ticaretinde çoğunlukla uluslararası ulaşım ve sınır aşma faaliyetleri de suçun bir parçası olabilmektedir, ancak fuhuşta buna pek rastlanmamaktadır. Nihayet, insan ticaretiyle mücadele kesinlikle uluslararası işbirliği gerektirirken, fuhuş ve onun hukuktaki yeri ise, tamamen ulusal bir meseledir<sup>156</sup>. Aslında fuhşa yönelik “arz”ın fark edilmesiyle, insan ticareti yapanlar, mağdurları cinsel amaçlı sömürülmek üzere “satmaya” başlamış, böylece fuhuş ve insan ticareti bazı noktalarda iç içe geçmiştir<sup>157</sup>.

AB’nin bir organı olan Avrupa Komisyonu’nun da dediği gibi, AB’nin dileği ve Akdeniz politikası, bu bölgedeki AB üyesi olmayan devletlerde de, insan haklarına ve demokrasiye ilişkin istikrarın ve barışın oturduğu bir anlayışın gelişmesidir<sup>158</sup>. Bundan sonra, AB’nin bir diğer organı olan AB Konseyi’nin dönem başkanlığı 2003 yılında altı aylık dönemlerle sırasıyla Yunanistan’ın ve İtalya’nın elinde bulunmuş, bu dönemde Akdeniz’deki düzensiz göç ve sınır kontrolleri üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bilindiği

<sup>156</sup> Akçın, Aycan: “Cities as Open Prisons: The Role of the Government on the Matter of Sex Trafficking in the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC)”, *Cities in The Globalizing World and Turkey: A Theoretical and Empirical Perspective*, ed. Recep Efe, Neslihan Sam, Rıza Sam, Eduardas Spiriajevas, Elena Galay ve Emin Atasoy, Sofya, 2014, s. 252.

<sup>157</sup> *Ibid.*, s. 251.

<sup>158</sup> Commission of the European Communities, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament to Prepare the Fourth Meeting of Euro-Mediterranean Foreign Ministers, Reinvigorating the Barcelona Process*, COM(2000) 497, Brüksel, 6 Eylül 2000, s. 2-3.

gibi Akdeniz'deki düzensiz göç ve sınırların kontrol edilememesi, Avrupa'daki güvenlik, huzur ve istikrarı da etkileyebilecektir. Ayrıca bunun insan ticaretiyle mücadelede olumlu sonuçlara yol açabileceği düşünülmektedir<sup>159</sup>.

AK'nin ve AB'nin yukarıda değinilen belgeler çerçevesinde insan ticaretinin insan haklarıyla ne kadar bağdaşmayan bir uygulama olduğunun bilincinde oldukları görülmektedir. Peki hem uluslararası hukukun bütün süjeleri, hem de bölgesel örgütlenmelerin en güzel örnekleri olan AK ve AB bu durumun bilincindeyken, uluslararası toplumun gözünün devamlı olarak üzerinde olduğu, insan haklarına ilişkin ihlallerin AİHM önünde gündeme defalarca getirildiği, Akdeniz'de önemli bir jeopolitik konumda olan Kıbrıs Adasının kuzeyinde durum nasıldır? Adanın güneyinde insan ticareti ve fuhşa ilişkin birtakım sorunların olduğu, yukarıda ele alınan *Rantsev v Cyprus and Russia* davasında ortaya çıkmıştır. Durumun daha vahim olduğu Kıbrıs'ın kuzey yarısı açısından da bu sorunun ele alınması gerekmektedir.

### ***b. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Fuhuş ve İnsan Ticareti Sorunları***

Kıbrıs Adası, Akdeniz'in doğusunda bulunan, her dönemde uluslararası toplumun gündem başlıklarından olma konusundaki istikrarını sürdürmüş bir kara parçasıdır. Burada KKTC tanınmamış, 'Kıbrıs Cumhuriyeti' (ya da GKRY) ise, tanınmış devletler olarak fiilen varlığını sürdürmektedir. Uluslararası toplumun BM Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararları doğrultusunda<sup>160</sup>, KKTC'yi tanımama tutumunu sürdürdüğü görülmektedir. Bu nedenle de GKRY istediği ister evrensel, ister bölgesel, bütün uluslararası örgütlere üye olabilirken, KKTC ise uluslararası ambargolar altında yaşamaktadır. Hal böyleyken, KKTC'de kimi zaman çeşitli konularda uluslararası denetimin sağlanması da kolay olmamaktadır<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> **Cassarino**, Jean-Pierre: "Migration and Border Management in the Euro-Mediterranean Area: Heading towards New Forms of Interconnectedness", *Mediterranean Yearbook*, 2005, s. 226-227.

<sup>160</sup> Kıbrıs Adasında tek devletli çözümün benimsenmesi gerektiğini bildiren ve KKTC'yi tanımama çağrısı yapan birçok BM Güvenlik Konseyi kararı bulunmaktadır. Ancak örnek kararlar olarak şunlar gösterilebilir: 18 Kasım 1983, 541, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020), 11 Mayıs 1984, 550/1984, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/550\(1984\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/550(1984)) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020).

<sup>161</sup> Çalışmada KKTC'de Kıbrıslı Rumlar ve Kıbrıs Cumhuriyeti ile ilişkili insan hakkı ihlallerinden Türkiye Cumhuriyeti'nin sorumluluğuna hükmedilen AİHM içtihadına değinilmeyecektir. Konuyla ilgili bir kaynak için bkz: **Türkmen**, Fusun/**Öktem**, Emre:



Uygulanan ambargolar KKTC ülkesinde uluslararası yatırımları engellemiş, bu da ekonomik sorunlara yol açmıştır. Belki de söz konusu ekonomik durum nedeniyle, kumarhaneler ve fuhuş amaçlı kullanılan gece kulüpleri kurulmuştur. Kıbrıs Adası'nda gece kulübü ya da kabare, erkeklerin konsomatrislerle dans etmek, içki içmek ve fuhuş yapmak için gittikleri ve para ödedikleri mekanlar olarak kullanılan yerlerdir<sup>162</sup>. Aslında Kıbrıs'ta gece kulüplerinin (ya da Güney Kıbrıs'taki adıyla kabarelerin) tarihi 20. yüzyılın başlarına dayanmakta olup, bu mekanların kullanılış amacı da fuhuşa dayanmakta ve günümüzde insan ticaretiyle benzer mağduriyetlerin yaşanmasına neden olduğu belirtilmektedir<sup>163</sup>.

Günümüzde, KKTC'de 2000'li yıllarda yapılan araştırmalarda, adanın kuzeyinde bulunan ve fuhuş yapılan gece kulüplerinin müşterilerinin %80'inin kumar oynamak için adaya gelenlerden oluştuğu ortaya konulmaktaydı. KKTC'de kumar ve fuhuş, genelde birbirine bağlı olan sektörler olarak anılmaktadır. Dikkat çekilen bir diğer nokta, Kıbrıs'ta bölgeler arasındaki geçişin Kıbrıslılar için serbest olmasının ardından, gece kulüplerinin müşterilerinin arttığıdır. Çünkü *Euro* kullanan Kıbrıslı Rum erkekler için, fuhuşun Türk Lirası üzerinden yapılması maddi olarak daha rahat 'karşılabilir' bir durum olmuştur<sup>164</sup>.

KKTC'de Kıbrıslı Türklerin çalışma şartları ile, burada bulunan yabancıların çalışma şartları arasında büyük bir fark olduğu ortaya konulmaktadır. Adada göçmen olarak bulunan kişilerin çalışma ve yaşam koşulları, Kıbrıslı Türk veya KKTC vatandaşı olanlara göre net bir şekilde daha ağırdır. Kıbrıs'ın kuzeyinde adaya dışarıdan gelen erkeklerin ve kadınların sanayi, inşaat, tarım, ev hizmetleri, restoran ve perakende sektörlerinde çalıştıkları görülmektedir. Adanın kuzeyindeki yabancılardan birçoğunun ise insan ticareti mağduru olduğu ve borçlandırılarak, gece kulübü patronlarına tabi bir şekilde, sınır dışı edilmekle tehdit edilerek, insan onuruna uygun olmayan koşullarda çalıştırılıp, barındırılarak tutuldukları görülmektedir<sup>165</sup>.

---

"Major Rulings of the European Court of Human Rights on Cyprus: the Impact of Politics", *Mediterranean Politics*, C. 22, S. 2, 2017, s. 278.

<sup>162</sup> **Aliefendioğlu**, Hanife: "The Use and Abuse of Sex Workers in North Cyprus: An Analysis of Mainstream News Media", (Re)Making and Undoing of Peace/Conflict, ed. Tuğrul İltar, Hanife Aliefendioğlu, Pembe Behçetoğulları ve Nurten Kara, Mağusa, 2013, s. 48.

<sup>163</sup> **Sunnliden**, s. 22.

<sup>164</sup> **Akçın**, s. 256.

<sup>165</sup> **Ioannou**, Gregoris/**Sonan**, Sertaç: Kıbrıs'ta Genç İşsizliği, Friedrich-Ebert-Stiftung Uluslararası Diyalog Birimi, Eylül 2016, s. 36.

Özellikle son yıllarda hukuka aykırı göçmen ve mülteci krizi sorunlarının arttığı bilinmektedir. Bu kişilerin varmayı hedeflediği ülkelerden birisi de Kıbrıs'tır. Söz konusu kişilerin Kıbrıs'ta zorla çalıştırıldığı ya da zorla fuhuş yaptırıldığı, ne yazık ki, siyasi konumu nedeniyle, özellikle Kuzey Kıbrıs'ın bu tarz insan ticareti faaliyetleri için dokunulmazlığın olduğu bir toprak parçası gibi görüldüğü anlaşılmaktadır<sup>166</sup>.

Bunların yanında, çoğunlukla SSCB'nin dağılmasıyla kurulan ardi devletlerin uyrukluğunu taşıyan birçok kadının KKTC'de artist olmak için vize olarak ülkeye girdikleri görülmektedir<sup>167</sup>. Devlet çalışanları da dahil olmak üzere herkes, ülkeye giren bu kadınların aslında artistlik değil, fuhuş sektöründe çalışacaklarının bilincindedir<sup>168</sup>. Hal böyleyken, bu kadınların bazılarının da suç örgütleri tarafından, bakıcı olarak çalıştırılacakları vadiyle KKTC'ye getirildikleri, ancak fuhşa zorlandıkları da iddia edilmektedir. Bu kadınlara cinsel sömürülerinin ardından elde edilen gelirin yarısından azının verildiği saptanmıştır<sup>169</sup>. KKTC'de gece kulüplerinde yapılan fuhuş, bu soruna değinen akademik eserlerde fuhuş olarak değil, insan ticareti olarak ele alınmaktadır. Fuhuş yaptırılan kadınların koşulları da, bu betimlemeyi doğrulamaktadır<sup>170</sup>.

Gece Kulüpleri ve Benzeri Eğlence Yerleri Yasası<sup>171</sup>, KKTC'deki genellikle fuhuş yapılan ve bunun yapıldığı herkesçe bilinen yerlerin tabi olduğu hukuk kurallarını düzenleyen hukuki metindir. Bu yasa kabul edilmeden önce, gece kulüplerinden vergi alınamamaktaydı, ancak bu yasanın ardından, devlet vergi almaya başlamıştır. Bu da, vergisini veren gece kulübü patronlarının fuhuş yapmaya haklarının olduğu algısını yaratmıştır. Yine de, anılan yasanın fuhuş yapan kadınların hukuki durumunun en azından belirlenmesi için olumlu bir gelişme olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>172</sup>.

İlerleyen zamanda, yukarıda anılan bu yasada bir değişiklik yapılmış, böylece KKTC'ye getirilen kadınların pasaportlarının, gece kulüplerinin

<sup>166</sup> **Aliefendioğlu**, s. 47.

<sup>167</sup> *Ibid.*, s. 48.

<sup>168</sup> **Akçın**, s. 251-252.

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> **Aliefendioğlu**, s. 49.

<sup>171</sup> Gece Kulüpleri ve Benzeri Eğlence Yerleri Yasası: <https://mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).

<sup>172</sup> **Akçın**, s. 253.

patronları tarafından alınması engellenmiştir<sup>173</sup>. Anılan yasaya bakıldığında, fuhuş yapan kadınların konsomatris olarak ifade edildiği görülmektedir. Böylece Güney Kıbrıs'ta kabare artisti olarak anılan ve fuhuş yapan kadınlar varken, aynı durumdaki başka kadınlar KKTC'de konsomatris olarak nitelendirilmektedir. Değinenilen yasanın 15. maddesine göre, bu yasada konsomatris olarak anılan kadınların çalışma karnesi almaları gerekmektedir. Bu karneleri alan konsomatrislerin pasaportları, ülkede kaldıkları süre içerisinde muhafaza edilmek üzere, Polis Genel Müdürlüğü Muhaceret Birimi'ne teslim edilmek zorundadır. Böylece fuhuş yapmak için ülkeye getirilen kadınların pasaportları, KKTC Muhaceret Dairesi tarafından alınmaya başlamıştır. Ancak buraya "konsomatrislik/artistlik" dışındaki meslekler için gelen diğer yabancılardan hiçbirinin pasaportuna el konulmamaktadır. Ayrıca adaya gece kulüplerinde çalışmak için gelen yabancı kadınlara Muhaceret Birimi'nde Türkçe belgeler imzalatılmakta, ancak bunlar başka bir dile tercüme edilmemektedir<sup>174</sup>. Öte yandan, adanın güneyindeki uygulamaya bakıldığında, GKRY'deki kabare sanatçılarının pasaportlarına el konulduğuna ilişkin genel bir uygulama tespit edilememiştir<sup>175</sup>.

Gece Kulüpleri ve Benzeri Eğlence Yerleri Yasası'nın "Konsomatrislerin Çalıştırılması" başlıklı 15. maddesine göre, gerekli izinler alınarak KKTC'ye getirilen konsomatrislerin ikametinden ve çalıştırılmasından ilgili gece kulübü sahibi veya işletmecisi sorumlu olacaktır. Bu düzenleme nedeniyle, konsomatrislerin ilgili gece kulübü patronlarına bağımlı kılınması, insan ticareti mağduru olmalarına yol açan bir düzenleme gibi değerlendirilmektedir<sup>176</sup>.

KKTC'deki gece kulüplerinde çalışan konsomatrisler, anılan yasanın 17. maddesine göre sağlık kontrollerini yaptırmaktadır. Bu kontroller her hafta devlet hastanesinde yapılmalıdır. Kontrollerin aksatılması halinde, konsomatrislerin çalışma izinleri iptal edilmekte, sınır dışı edilme işlemi uygulanmaktadır. Ayrıca, yaptırım olarak, gece kulübünün sahibine yeni konsomatris getirme izni verilmemektedir. Anılan yasanın Suç ve Cezalar başlıklı 20. maddesine göre, bu yasanın gerekliliklerine uygun şekilde konsomatris çalıştırmayan ve buradaki hükümlere aykırı davrananlara, çok ciddi para cezaları ve bazı hürriyeti bağlayıcı cezalar verilebilmektedir. Bu yaptırımların olması da, gece kulübü patronlarının insan ticareti yapan suç örgütle-

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Ibid., s. 254.

<sup>175</sup> Sunnliden, s. 25.

<sup>176</sup> Güven-Lisaniler/Uğural/Rodriguez, s. 441.

riyle iş birliğine girmelerini engelleyici etki taşıması beklenmektedir. Aynı maddeye konsomatrislerde cinsel yolla bulaşan bir hastalığa rastlanması durumunda da sınır dışı edilme işlemi uygulanmaktadır. Bu sınır dışı etme işlemi, fuhuş yaptığı düşünülen, ancak insan ticareti mağduru olan yabancı kadınlar için fiiliyatta bir kurtuluş yolu olarak değerlendirilmektedir<sup>177</sup>.

İnsan ticareti suçunun KKTC hukuk sisteminde düzenlenmesi, oldukça geç bir tarihte olmuştur. 14/2020 Değişiklik Yasası'yla, KKTC Ceza Yasası'nın<sup>178</sup> 254 B maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Her kim, zorla çalıştırmak veya fuhuş yaptırmak veya hizmet ettirmek veya kulluğa veya esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla tehdit, baskı, zor veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya kişilerin çaresizliğinden yararlanarak kişinin ülkeye girmesine veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlarsa veya kaçırırsa veya bir yerden başka bir yere götürürse veya sevkederse veya barındırırsa İnsan Ticareti adı verilen ağır bir suç işlemiş olur ve mahkumiyeti halinde on yıla kadar hapis cezasına veya para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir. (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası olup olmadığına bakılmaz."

Yasanın devam eden fıkralarına göre, "(3) Her kim, on sekiz yaşından küçük kişinin, yukarıdaki birinci fıkrada belirtilen amaçlarla ülkeye girmesine veya yurt dışına çıkmasına imkan sağlarsa, on sekiz yaşından küçük olan kişiyi yukarıdaki birinci fıkrada belirtilen amaçlarla kaçırırsa, bir yerden başka bir yere götürürse veya sevk ederse veya barındırırsa, ağır bir suç işlemiş olur ve mahkumiyeti halinde on dört yıla kadar hapis cezasına veya para cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir. (5) (A) İnsan Ticareti suçunun soruşturma veya kovuşturmasının devam ettiği durumlarda, bu suçun mağduru olduğuna ilişkin polis ve/veya Mahkeme tarafından makul şüphe duyulan kişiler hakkında, İnsan Ticareti suçunun doğrudan sonucu olarak işlemeye zorlandıkları, Yabancılar ve Muhaceret Yasası tahtında suç oluşturan fiiller bakımından herhangi bir cezai takibat yapılmaz ve idari para cezası uygulanmaz. (B) Yabancılar ve Muhaceret Yasası tahtında devam eden soruşturma veya kovuşturma esnasında İnsan Ticareti suçunun mağduru olduğuna ilişkin polis ve/veya Mahkeme tarafından makul şüphe duyulan kişiler bakımından, soruşturma veya kovuşturma, kişinin İnsan Ticareti

<sup>177</sup> Aliefendioğlu, s. 49.

<sup>178</sup> KKTC Ceza Yasası: <https://mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).

suçunun mağduru olup olmadığı Mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar durur.”

KKTC’deki yasal mevzuattaki uyumsuz bir duruma değinilmesi, mevcut durumun ortaya konulması bakımından gereklidir. Yukarıda belirtildiği gibi, KKTC’deki gece kulüpleri, Gece Kulüpleri ve Benzeri Eğlence Yerleri Yasası’na tabidir. Buradaki konsomatrislerin fuhuş yaptığı, herkesçe bilinmektedir. Ancak, KKTC Ceza Yasası’na göre, tıpkı insan ticareti gibi, fahişelik yaptırma, fuhuş yapılmasına yardımcı olma ya da buna aracılık etme de suçtur. KKTC Ceza Yasası’nın 165. maddesine göre, bir kişiye fuhuş yaptıran kişiler, ağır bir suç işlemiş kabul edilmekte ve beş yıla kadar hapis, ayrıca da para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemenin varlığı nedeniyle fuhuş yaptırılması yasak olan bir devlette, herkesçe fuhuş yapıldığı bilinen gece kulüplerinin varlığı devam etmektedir. Üstelik bu bilindiği için de, bu mekanlarda fuhuş yaptırılan konsomatrislerin, düzenli olarak devlet hastanesinde sağlık kontrollerini yaptırmaları yasa tarafından zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca, bu kişilerin bir kısmı, yine KKTC Ceza Yasası’na göre yasak olduğu bilinen insan ticareti suçunun mağdurlarıdır. Durum ise hem devlet yetkilileri, hem de ilgili kamu çalışanları tarafından görmezden gelinmekte, buna yönelik herhangi bir ceza davası açılmamakta, soruşturma yapılmamaktadır<sup>179</sup>.

Yine de, KKTC’de henüz çok yeni tarihli olan insan ticareti ile ilgili yukarıda anılan ceza yasası maddesi, çalışmanın önceki bölümlerinde yer verilen uluslararası hukuk belgelerinden ayrı ve onlarla uyumsuz bir düzenleme içermemektedir. KKTC’deki fuhuş ve insan ticaretiyle mücadele bakımından önemli gelişmelerin sağlanmasına katkı koyması umulmaktadır.

Kuzey Kıbrıs’la ilgili yapılan araştırmalarda, fuhuş yapan özellikle yabancı uyruklu kadınların adaya gelirken fuhuş yapacağı bilincinde olduklarını belirttiği görülmüştür. Ancak fuhuş yaptırılan bu kimselerin, fuhuşa ilk başta rıza göstermeleri, toplumdaki izole edilerek adada tutulmaya çalışılmaları, genellikle borç altına sokularak fuhuşa devam ettirilmeleri ve gece kulübü patronlarına bağımlı kılınmaları gibi gerçekleri değiştirmemektedir. İçlerinde buldukları bu koşullar da, aslında onları insan ticareti mağdurlarından ayırmamaktadır<sup>180</sup>.

<sup>179</sup> Sunnliden, s. 32.

<sup>180</sup> Güven-Lisaniler/Uğural/Rodriguez, s. 442.

## SONUÇ

İnsan ticareti, özellikle daha az özgürlüklerin olduğu, devletin halkına düşük yaşam standartları sunabildiği yerlerde kendine yeni mağdurlar bulmaktadır. Bu gibi yerlerde, insanlar daha iyi koşullarda yaşayabilmenin arayışı içerisindeyken, çeşitli örgütler tarafından insan ticareti suçunun mağduru konumuna getirilip, sömürülebilmektedir.

İnsan ticareti suçunun failleri gelişen olanaklar sayesinde, artık daha kolay organize olabilmektedir. Ayrıca, potansiyel mağdurlara ulaşmaları da aynı ölçüde kolaylaşmıştır. Bu nedenle insan ticareti suçu azalma göstermek yerine, gelişerek devam etmekte, her gün yeni mağdurlar ortaya çıkararak, birçok hayat mahvolmaktadır.

Aslında AİHM, *Rantsev v Cyprus and Russia* kararında insan ticareti mağdurları açısından önemli bir çerçeve çizmiştir. İnsan ticareti uygulamalarının, AİHS'nin sınırlandırılmayan haklardan kabul ettiği dördüncü maddesindeki 'Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı' kapsamında olduğunu belirtmiştir. AİHS'ye taraf olsun veya olmasın, insan haklarına saygı duymak isteyen devletler modern kölelik olarak nitelendirilen insan ticaretiyle mücadele etmeli, insan ticaretinden şüphelendikleri durumlarda gerekli araştırmayı yapmalı ve mağdurlar için korumayı yaratmalıdırlar.

Bilindiği gibi, insan haklarına sahip olabilmek için, insan olarak doğmuş olmak yeterlidir. İnsan ticareti suçunun ise insan haklarına aykırı hayat süren mağdurlar ortaya çıkardığı, bu mağdurların defalarca sömürüldüğü ortadadır. Kıbrıs'a bakıldığında, adanın hem kuzeyinde, hem de güneyinde fuhşun insan ticaretinin cinsel sömürü yöntemi olarak uygulandığı görülmektedir. Çoğu zaman cennet gibi bir tatil adası olarak adlandırılan bir coğrafi parça için bu durum hem kötü bir prestij yaratmaktadır, hem de insan haklarının gerekliliklerine aykırıdır.

Güney Kıbrıs'ta kabare olarak adlandırılan yerlerde, kabare artisti olarak anılan ve fuhuş yapan kadınlar varken, KKTC'de gece kulübü olarak adlandırılan yerlerde, konsomatris olarak ifade edilen kadınlar aynı durumdadır. Unutulmamalıdır ki, Kıbrıs'ın hem kuzeyinde, hem de güneyinde ailelerin devamlılığına tehdit gibi görülen ve adaya genellikle dışarıdan getirilerek, fuhuş yaptırılan bu kadınlar, aslında insan ticareti suçunun gerçek mağdurlarıdır. Bu nedenle insan ticareti başta olmak üzere, bu gibi örgütlü suçlarla savaşmak gerekmektedir.

KKTC'de fuhuş ve insan ticareti ilişkisi yukarıdaki çalışmanın son bölümünde özetlenmeye çalışılmıştır. KKTC'nin tanınmamış bir devlet olması nedeniyle, birçok konuda uluslararası standartları yakalamasına neden

olacak uluslararası hukuk mekanizmalarıyla ilişkiye girmesi, zor görünmektedir. Ayrıca burada uluslararası denetimin sağlanması da kolay değildir. Bu bağlamda bahsedilen düzenlemeleri sağlamak ve ülkenin insan ticaretiyle mücadelesini sağlamak, yerel otoritelerin çabasını gerektiren bir konudur. Fuhuş yapma, hiç kuşkusuz etik dışı bir davranıştır. Yine de devletleri yönetenlerin tercihi, bunun hukuken yasaklansa da devam edecek olması gerçeğinden hareketle, hukuk sınırları içerisinde izin vermek olabilmektedir. Ancak özellikle KKTC’de bulunan göçmen kadınların haklarının insan haklarına uygun bir şekilde düzenlenmesi, denetimin sıklaştırılması, fuhuş konusunda yukarıda değinilen çelişkili durumun ele alınması, gereklilik arz etmektedir.

KKTC’de fuhuş yaptırılan kadınların, fuhuştan elde edilen gelirin sadece yarısını alabilmesinin kaldırılması ve onların hareket özgürlüklerinin ihlal edilmemesi çok önemlidir. Ayrıca zorla çalıştırma uygulamasına maruz kalmamaları, zorla borçlandırılmamaları ve gece kulübü patronlarına bağılılıklarına son verilmesi, üzerinde durulması gereken öncelikli sorunlardır. Ardından da insan ticaretine ve fuhuşun etik dışı durumuna ilişkin toplumsal bilinç sağlanmalıdır.

İnsan ticareti gibi örgütlü suçlar genellikle sınıraşan nitelik göstermekte, bu nedenle de devletlerin bu konuda yaptıkları iç hukuk düzenlemeleri yetersiz olmaktadır. Aynı şekilde, diğer devlet ve uluslararası örgütlerle işbirliği yapılmadan da bu nitelikteki suçlarla savaşılacağı ortadadır. Çalışmada özetlenen uluslararası hukuk metinleri bunun tecrübe edilmesi sonucu doğmuştur.

İnsan ticaretine ilişkin uluslararası hukuk metinlerinin, uluslararası alanda bir işbirliği ortamının olmasına, mağdurları korumaya ve failleri cezalandırmaya odaklandığı görülmektedir. Yine de insan ticareti günümüzde engellenememiştir. Bu alana ilişkin olarak devletlerin işbirliğini ve denetleyici mekanizmaların sayılarını arttırmaları önem taşımaktadır. Bu sayede devletlerin faaliyetleri denetlenebilecek, insan ticaretine karşı açılan savaşta bir birlik olarak, daha güçlü mücadele edilebilecektir.

## KAYNAKÇA

### Makaleler ve Kitaplar

- Akçın**, Aycan: “Cities as Open Prisons: The Role of the Government on the Matter of Sex Trafficking in the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC)”, *Cities in The Globalizing World and Turkey: A Theoretical and Empirical Perspective*, ed. Recep Efe, Neslihan Sam, Rıza Sam, Eduardas Spiriajevas, Elena Galay ve Emin Atasoy, Sofya, 2014, s. 250-259.
- Akgün**, Erhan: “Modern Kölelik İnsan Ticareti ve Rakamlarla Türkiye Gerçeği”, *MÜHF-HAD*, C. 22, S. 1, 2016, s. 157-181.
- Aliefendioğlu**, Hanife: “The Use and Abuse of Sex Workers in North Cyprus: An Analysis of Mainstream News Media”, *(Re)Making and Undoing of Peace/Conflict*, ed. Tuğrul İlter, Hanife Aliefendioğlu, Pembe Behçetoğulları ve Nurten Kara, Mağusa, 2013, s. 47-54.
- Arslan**, Çetin: “İnsan Ticareti Suçu (TCK md.201/b)”, *AÜHFD*, C. 8, S. 4, 2004, s. 19-83.
- Bales**, Kevin: “What Predicts Human Trafficking?”, *IJCCJ*, C. 31, S. 2, 2007, s. 269-279.
- Cassarino**, Jean-Pierre: “Migration and Border Management in the Euro-Mediterranean Area: Heading towards New Forms of Interconnectedness”, *Mediterranean Yearbook*, 2005, s. 226-231.
- Cengiz**, Mahmut: “Sınır Aşan Suç Gruplarına Karşı Küresel ve Ulusal Düzeyde Mücadele Önerileri”, *Sınır Aşan Organize Suçlar*, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükuysal, Ankara, 2013, s. 271-290.
- Coşkun**, Emel: “Türkiye’de Göçmen Kadınlar ve Seks Ticareti”, *Çalışma ve Toplum*, S. 3, 2014, s. 185-206.
- Erdal**, Hakan: “Organize Bir Suç Türü Olarak İnsan Ticareti ve Türkiye Örneği”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 10, S. 2, 2008, s. 79-90.
- Gallagher**, Anne: “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, *Human Rights Quarterly*, C. 23, S. 4, 2001, s. 975-1004.
- Gallagher**, Anne: “Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments”, *European Journal of Migration and Law*, C. 8, S. 2, 2006, s. 163-189.



- Gemalmaz**, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, 2010.
- Göçmen**, İlke: “Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme”, *MHB*, C. 34, S. 1, 2014, s. 1-29.
- Güleç**, Sesim Soyer: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Güney Kıbrıs ve Rusya’ya Karşı Verdiği 07.01.2010 Tarihli “Rantseva” Kararından Çıkan Bazı Sonuçlar”, *İÜHFM*, C. 70, S. 1, 2012, s. 123-152.
- Güven-Lisaniler**, Fatma/**Uğural**, Sevin/**Rodriguez**, Leopoldo: “Human Rights of Migrant Women Workers in Janitorial Services and Night Clubs”, *International Journal of Social Economics*, C. 35, S. 6, 2008, s. 435-448.
- Jahic**, Gamla/**Karan**, Ulaş: “Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku ve Fuhuş Amaçlı İnsan Ticareti Suçunda Yaşanan Sorunlar”, *TBB Dergisi*, S. 67, 2006, s. 97-110.
- King**, Lindsey: “International Law and Human Trafficking”, *Topical Research Digest: Human Rights And Human Trafficking*, Ekim 2013, s. 88-90.
- Kirchner**, Stefan ve **Frese**, Vanessa: “Slavery Under the European Convention on Human Rights and the Jus Cogens Prohibition of Human Trafficking”, *Denning Law Journal*, C. 27, 2015, s. 130-145.
- Kızılsümer**, Deniz: “İnsan Ticareti ile Mücadele: Uluslararası Belgeler ve Türkiye’nin Çabaları”, *AÜSBFD*, C. 62, S. 1, 2007, s. 113-145.
- Kocasakal**, Ümit: “İnsan Ticareti Suçu (TCK 201/b)”, *GSÜHFD*, S. 2, 2003, s. 39-79.
- Kuyucu**, Nisan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası”, *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, C. 9, S. 2, 2017, s. 30-43.
- Küçükuysal**, Bahadır/**Demir**, Oğuzhan Ömer: “Dumanı Sönmeyen Bir Yasadışı Ticaret Alanı: Sigara Kaçakçılığı”, *Sınır Aşan Organize Suçlar*, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükuysal, Ankara, 2013, s. 169-201.
- O’Connell-Davidson**, Julia: “New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of Freedom”, *Global Networks*, C. 10, S. 2, 2010, s. 244-261.
- Özcan**, Mehmet/**Arıcan**, Mehmet: “AB Ceza Adalet Sisteminde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 4, S. 15, 2008, s. 1-37.

- Salt**, John: “Trafficking and Human Smuggling: European Perspective”, International Migration-Special Issue on Perspectives on Trafficking of Migrants, S. 38, 2000, s. 31-56.
- Seyhan**, Osman: “Kavramlar, Süreçler ve Mücadele Açısından Dünyada ve Türkiye’de İnsan Ticareti”, Sınır Aşan Organize Suçlar, ed: Oğuzhan Ömer Demir, Bahadır Küçükuysal, Adalet Yayınevi, 2013, s. 95-129.
- Sonay-Evik**, Vesile: “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan-MÜHFHAD, C. 19, S. 2, 2013, s. 667-698.
- Şahin**, Sultan/**Polat**, Oğuz: “İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, TAAD, S. 16, 2014, s. 53-77.
- Tongür**, Ali Rıza: “Sınıraşan Ceza Hukukuna Kavramsal Bir Bakış”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2018, s. 51-76.
- Türkmen**, Füsun/**Öktem**, Emre: “Major Rulings of the European Court of Human Rights on Cyprus: the Impact of Politics”, Mediterranean Politics, C. 22, S. 2, 2017, s. 278-300.
- Yılmaz**, Yeşim: “İnsan Ticareti Suçu ve İctima Sorunu”, MÜHF-HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 883-972.

### **Bildiri, Rapor ve Tezler**

- Ioannou**, Gregoris/**Sonan**, Sertaç: Kıbrıs’ta Genç İşsizliği, Friedrich-Ebert-Stiftung Uluslararası Diyalog Birimi, Eylül 2016.
- Kalfa**, Aşlıcan: Eski Doğu Bloku Ülkeleri Kaynaklı İnsan Ticareti ve Fuhuş Sektöründe Çalışan Kadınlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- Sayın**, Hüdayi: Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımından Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- Sunnliden**, Marija: Sex Trafficking, Peace Processes & Local Discourses: Cyprus, Lund Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü Yayınlanmamış Bitirme Tezi, Lund, 2015.

**Tepecik**, Filiz: “İnsan Ticaretinin Ekonomik ve Hukuki Boyutları”, Economic and Legal Aspects of Trafficking in Human Beings International Conference on Eurasian Economies 17-18 Eylül 2013, ed. Selahattin Sarı, Alp H. Genver ve İlyas Sözen, 2013, İstanbul, s. 915-923.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı, Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Ankara, 2009.

### **Uluslararası ve Ulusal Hukuk Metinleri**

Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi'nin kabul ettiği İnsan Ticaretinin Önlenmesine ve Mağdurların Korunmasına İlişkin Direktif: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=EN> (Erişim Tarihi: 19 Nisan 2015).

Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rantsev v Cyprus and Russia, 25965/04, 10 Mayıs 2010: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-1142> (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Siliadin v France, 73316/01, 26 Ekim 2005. Kararın İngilizce metni için bkz: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#%22itemid%22:\[%22001-69891%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/rus#%22itemid%22:[%22001-69891%22]) (Erişim Tarihi: 13 Eylül 2020).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/197.htm> (Erişim Tarihi: 19 Nisan 2015).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahşeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 18 Kasım 1983, 541, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020).

- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 11 Mayıs 1984, 550/1984, [\(http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/550\(1984\)\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/550(1984)) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020).
- Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament to Prepare the Fourth Meeting of Euro-Mediterranean Foreign Ministers, Reinventing the Barcelona Process, COM(2000) 497, Brüksel, 6 Eylül 2000.
- Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi ile İlgili Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararı: [\(http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:HTML\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:HTML) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).
- Gece Kulüpleri ve Benzeri Eğlence Yerleri Yasası: <https://mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).
- Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/2.4.5984.pdf> (Erişim Tarihi: 16 Temmuz 2020).
- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (Erişim Tarihi: 12 Eylül 2020).
- İnsan Ticareti ile Mücadele Konusunda Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararı <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0629&from=EN> (Erişim Tarihi: 12 Eylül 2020).
- İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx> (Erişim Tarihi: 5 Nisan 2020).
- İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanmasına Dair Sözleşme: <http://www.uncjin.org/Standards/Compendium/pt1i.pdf> (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).
- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Yasası: <https://mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).
- Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/index.html> (Erişim Tarihi: 12 Eylül 2020).
- Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün İngilizce metni için bkz: <https://www.unodc.org/documents/>

- middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM\_Protocol\_English.pdf (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2020).
- Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol: [http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final\\_document\\_s\\_2/convention\\_%20traff\\_eng.pdf](http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_document_s_2/convention_%20traff_eng.pdf) (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2015).
- Türk Ceza Kanunu: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2020).
- Zorla Çalıştırmanın Önlenmesi Sözleşmesi: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C105](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105) (Erişim Tarihi: 5 Temmuz 2020).

### Online Kaynaklar

- <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures> (Erişim Tarihi: 13 Temmuz 2020).
- [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/1?p\\_auth=sBCVkJiU](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/country/1?p_auth=sBCVkJiU) (Erişim Tarihi: 13 Temmuz 2020).
- TC Adalet Bakanlığı, İnsan Ticareti Tematik Bilgi Notu, Ocak 2016, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Trafficking\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trafficking_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2020).

## **TÜRK TİCARET KANUNU GEÇİCİ MADDE 13 HÜKMÜ İLE ANONİM ŞİRKETLERİN KÂR PAYI DAĞITIM KARARLARININ SINIRLANDIRILMASI**

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.793100>

**Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer EROĞLU\***  
**Arş. Gör. Duygu DEMİREL ÖZDEMİR\*\***

### **Öz**

*Tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 virüsü, ekonomik açıdan finans ve reel sektör piyasalarına doğrudan etki etmiş ve şirketlerin ekonomik devamlılığı açısından bir tehlike oluşturmaya başlamıştır. Pandemi sürecinin sermaye şirketleri üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla öngörülen ekonomik tedbirlerden birisi de Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) eklenen geçici m. 13 hükmü ile sermaye şirketleri bakımından getirilen kâr payı dağıtım kararlarının kısıtlanmasıdır. Bu makale çalışmasındaki amacımız, anonim şirketler açısından pay sahiplerinin en önemli haklarından birisini oluşturan kâr payına getirilen sınırlama ve yasaklara dair görüşlerimizi sunmak, bu sınırlamanın düzenlenme amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını tespit ederek bu müdahalenin gerekliliği üzerinde durmak ve bu düzenlemeyi objektif bir bakış açısıyla incelemektir. Bu amaçla çalışmamızda kâr payı ve kâr payı avansı kavramları hakkında bilgi verilerek, TTK geçici m. 13 hükmü ve bu hükmün uygulanmasına dair usul ve esasları düzenleyen tebliğ hükümleri detaylı bir şekilde incelenmiş ve bu hükümlerin oluşturabileceği muhtemel sorunlara işaret edilmiştir.*

### **Anahtar Kelimeler**

*Anonim Şirketler, Kâr Payı, Kâr Payı Avansı, TTK Geçici Madde 13, Kâr Payı Dağıtımının Sınırlandırılması*

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: muzaffer.eroglu@kocaeli.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0079-1781> (Makalenin Geliş Tarihi: 28.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 30.07.2020/ Makale Kabul Tarihi: 24.08.2020)

\*\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: duygu.demirel@kocaeli.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7653-1313> (Makalenin Geliş Tarihi: 28.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 30.07.2020/ Makale Kabul Tarihi: 24.08.2020)

## THE RESTRICTION OF PROFIT SHARE DISTRIBUTION DECISIONS WITH THE PROVISIONAL ARTICLE 13 OF TURKISH COMMERCIAL CODE

### Abstract

*The COVID-19 virus having affected the whole world has directly impacted financial and real sector markets and has become a threat to the economic sustainability of companies. One of the economic measures regulated in order to reduce the negative effects of the pandemic on capital companies is the restriction of capital companies' profit share (dividend) distribution with temporary article 13 added to the Turkish Commercial Code (TCC). Our purpose in this article is to present our views on the this restrictions and prohibitions on profit share that is one of the most important rights of the shareholders in respect of the joint stock companies. We aim to determine whether this restriction is feasible to fulfill its purpose and to highlight the necessity of this intervention and also to review this provision with an academic perspective. For this purpose, in this study first general information on profit share and profit share advance is discussed, the temporary article 13 of TCC and the provisions of the communiqué regulating the principles and procedures of the temporary article 13 of TCC is thoroughly reviewed. Finally, we indicate potential problems these provisions might cause.*

### Keywords

*Joint Stock Companies, Profit Share, Profit Share Advance, Temporary article 13 of TCC, the Restriction of Profit Share Distribution*

## GİRİŞ

2020 yılı başlarından itibaren tüm dünyaya yayılan yeni korona virüsü (COVID-19)<sup>1</sup> modern ekonomiler üzerinde önemli etkiler yarattı. Virüsün insan sağlığı üzerindeki etkileri yanında alınan tedbirler ve kamuoyunun ihtiyatlı davranışları nedeniyle hastalık, ekonomik açıdan finans ve reel sektör piyasalarına doğrudan etki etti ve şirketlerin ekonomik devamlılığı açısından bir tehlike oluşturmaya başladı. Bu olağanüstü süreçte diğer ekonomik tedbirler yanında Türkiye'deki sermaye şirketlerinin mevcut öz kaynak yapılarının korunmasını sağlamak adına, tedbir amaçlı kâr payının dağıtımına ilişkin birtakım düzenlemeler gündeme geldi. İlk olarak Ticaret Bakanlığı tarafından yapılan bir duyuru ile sermaye şirketlerinin kâr dağıtım kararlarına bir sınırlama getirildi<sup>2</sup>. Böyle bir sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği gerçeği göz önünde bulundurularak bu duyurudan kısa bir süre sonra, 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınunun Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>3</sup> un 12. maddesiyle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na (TTK) geçici 13. madde eklenmiş ve temel olarak 17.04.2020 ila 30.09.2020 tarihleri arasında sermaye şirketlerinin alacakları kâr dağıtım kararlarına kanuni bir sınırlama getirilmiştir. Bu düzenlemenin akabinde, Ticaret Bakanlığı tarafından “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13’üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”i (GMT) yayımlanmıştır<sup>4</sup>.

TTK geçici m. 13 ile anonim şirketlerin öz kaynaklarının korunması amacıyla, kâr payı dağıtımını kısıtlanarak şirketten nakit çıkışının önüne geçilmek istenmiş ve böylelikle şirketlerin mali yapılarının güçlü tutulması hedeflenmiştir. Bu çalışmadaki amacımız, pay sahiplerinin en önemli haklarından birisi olan kâr payı açısından öngörülen sınırlama ve yasaklara dair görüşlerimizi sunmak ve ortaya çıkması muhtemel sorunlara işaret ederek, düzenlemeyi objektif bir bakış açısıyla incelemektir. TTK geçici m. 13 hükmü geçici süreli bir uygulama alanına tabi olsa da şirketler hukukunda

<sup>1</sup> Yeni korona virüsü (COVID-19), 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından küresel salgın (pandemi) olarak ilan edildi. Bkz. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>2</sup> <https://itb.org.tr/img/userfiles/files/Sermaye%20Şirketlerinin%20Kâr%20Dağıtım%20hk.pdf?v=1586261692152> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>3</sup> RG. 17.04.2020, S.31102.

<sup>4</sup> RG. 17.05.2020, S.31130.



uzun zaman içerisinde ve özel hukuk uygulaması temelinde oluşan, her biri diğerini etkileyen temel ilkelere bu şekildeki müdahaleler, beklenmeyen birçok uyuşmazlığa sebebiyet verebileceği için bu makaledeki incelemelerimizin, pandemi sonrasındaki dönem bakımından da öğretiye katkı sunacağını düşünmekteyiz. Çalışmamızda öncelikle kâr payı ve kâr payı avansı hakkında genel bilgilere yer verilmiş ve sonrasında Bakanlığın duyuru metni ile TTK geçici m. 13 hükmü incelemeye tabi tutulmuştur. Düzenlemenin hukuki niteliğini, kapsamını ve yerindeliliğini tebliğ hükümleriyle birlikte inceleyerek ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulmuş ve düzenlemeye aykırılığın, genel kurul kararlarının geçerliliğine etkisi incelenmiştir. Makalemiz konuyu anonim şirketler boyutuyla ele almaktadır, ancak tartışılan ve üzerinde durulan noktalar, mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde limited ve paylı komandit şirketler bakımından da geçerlidir.

## I. ANONİM ŞİRKETLERİN KÂR PAYI VE KÂR PAYI AVANSI DAĞITIM KARARLARI

### A. Anonim Şirketlerde Kâr Payı Hakkı ve Dağıtım Kararı

Anonim şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç için kurulabilmekte ve bu ekonomik amacın temelinde, şirketin gerçekleştireceği faaliyet neticesinde kâr elde etmesi ve bunu ortakları arasında paylaşırma düşüncesi yatmaktadır<sup>5</sup>. Kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre belli bir dönemde ekonomik faaliyetleri sebebiyle şirketin malvarlığında meydana gelen artı değerden, diğer bir ifadeyle şirketin elde ettiği kârdan pay sahiplerine payları oranında dağıtılan kısma, kâr payı denilmektedir<sup>6</sup>. Bu açıdan anonim şirketlerde pay sahiplerinin en önemli mali haklarından birisini

<sup>5</sup> **Bilgin**, Yüksel: Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımını ve Kâra Katılan Kişiler, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:189, Ankara 1982, s. 12, 17; **İmregün**, Oğuz: “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, (*Kâr Payı*), Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 413; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul 2019, N. 436, s. 307 vd. ve N. 898a-899, s. 696; **Seçer**, Öz: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkının Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 3; **Gürbüz Usluel**, Aslı: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, s. 9.

<sup>6</sup> Benzer tanımlamalar için bkz. **Birsel**, Mahmut T: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, İzmir 1973, s. 1 vd.; **Bilgin**, s. 13; **Seçer**, s. 4; **Karşlıoğlu**, Hasan: “Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2019, s. 189; **Canözü**, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Seçkin Yayıncılık Ankara 2015, s. 23-24.

oluşturan kâr payı hakkı, ortakların şirkete getirdikleri sermaye paylarının hukuki semeresidir<sup>7</sup>.

Anonim şirketlerde her pay sahibi, kanun veya esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında (sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı) katılma hakkına sahiptir (TTK m. 507-508). Görüleceği üzere kâr payının dağıtım anahtarını, pay sahiplerinin payları oluşturmakta ve dağıtımda oransallık ilkesi esastır<sup>8</sup>. Pay sahiplerinin kâr payı hakkı, 6762 sayılı eTK'da kâr dağıtımını zorunlu kılan bir hüküm bulunmaması sebebiyle bu konuda takdir yetkisinin tamamen genel kurula ait olduğu kabul edilerek bu hak *nispi/güçsüz müktesep haklardan* sayılmıştır (eTK m. 385/2). 6102 sayılı TTK'da ise mutlak/nispi müktesep hak ayırımı ortadan kaldırılarak, tüm müktesep haklar mutlak nitelikte kabul edilmiş<sup>9</sup> ve kâr payı hakkı, kanuni müktesep haklardan biri olarak sayılmamıştır<sup>10</sup>. Bu bakımdan öğretide kâr payı hakkının iki cephesinin bulunduğu ileri sürülmektedir. Kâr payı hakkı bir yönüyle *vazgeçilmez hak* niteliği göstermektedir, çünkü anonim şirketlerin nihai amacı faaliyetleri sonucunda kâr elde etmek ve bu kârı ortaklarına dağıtmaktır. Şirket, bu amacını ne terk edebilir ne erteleyebilir ne de saptırabilir. Bu nihai amaçtan doğan kâr payı hakkı, bu nedenle vazgeçilmez bir hak<sup>11</sup>. Diğer yönü itibarıyla ise bu hak kanun, esas sözleşme ve genel kurul

<sup>7</sup> **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul 1959, s. 212; **Domanıç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulamaları, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988, s. 1520; **İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, (*Ortaklıklar*), İstanbul 1989, s. 290; **Bilgin**, s. 17; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 298; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2018, s.1833; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 432; **Geçgel**, Ercan: Anonim Şirketlerde Kâr Payı Avansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 14.

<sup>8</sup> Kârda imtiyazlı paylar, oransallık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır ve TTK m. 478/1-c uyarınca bu paylar, kârdan adi paylara nazaran daha fazla yararlanacaktır. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 905, s. 698; **Pulaşlı**, s. 1834, 1847.

<sup>9</sup> 6102 sayılı TTK'da müktesep haklar tanımlanmamış, ancak m. 452'de ismen zikredilmişlerdir. Bu doğrultuda *kanuni müktesep haklar* mutlak niteliği haizdir ve bu hakların kaldırılması veya sınırlandırılması için pay sahiplerinin oybirliğiyle karar almaları gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 866-868, s. 682-683; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 428; **Gürbüz Usluel**, s. 103.

<sup>10</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 868, s. 683 ve N. 898a, s. 696; **Gürbüz Usluel**, s. 103.

<sup>11</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 898a-901, s. 696-697; **Pulaşlı**, s. 1834; aksi görüş için bkz. **Gürbüz Usluel**, s. 103.

kararına uygun şekilde dağıtılabilecek, ortakların malvarlıksal haklarından birini ifade etmektedir<sup>12</sup>.

Kâr payı dağıtım kararının alınması, genel kurulun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerinden birisidir (TTK m. 408/2-d). Bu bakımdan genel kurul, şirketin yıllık kârı üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil kullanılmasına, dağıtılacak kâr payının oranına dair kararların alınmasına yetkilidir<sup>13</sup>. Bu noktada yönetim kurulu ise, genel kurulun kâr payına ilişkin sağlıklı bir karar alabilmesi için şirketin bilançosunu ve yıllık faaliyet raporunu özenli bir şekilde hazırlanmakla yükümlüdür<sup>14</sup>. Ayrıca

<sup>12</sup> Bu noktada ilgili hakkın, TTK'ya göre müktesep olma niteliğinin bulunmadığı, yalnızca pay sahibinin malvarlıksal haklarından biri olduğu yönünde görüş için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 898a, s. 696; **Geçgel**, s. 21; aksi görüş olarak bu hakkın güçsüz nisbi müktesep hak niteliği taşıdığını yönünde bkz. **Pulaşlı**, s. 1834-1836, 1844; bir diğer görüş ise kâr payı hakkının ne müktesep hak ne de vazgeçilmez hak niteliğine haiz olmadığını ifade etmektedir. Bu hak TTK m. 418 uyarınca basit çoğunluğun kararıyla sınırlandırılabilen, kârda imtiyazlı paylar oluşturulabilen, zorunlu ayrımlar yapıldıktan sonra yıllık kâr kolayca yedek akçeye aktarılabilen ve pay sahibi dışındaki kişilerin de gerektiğinde kâr payına ortak olabilmektedir. Böyle bir sistemde, bu hakkın ne vazgeçilemez ne de bir müktesep hak olduğunu ileri sürülemez. Fakat esas sözleşmede kâr payının, esas sözleşmesel müktesep hak haline getirilmesi (oybirliğine bağlı kılınması) her zaman mümkündür. Bkz. **Gürbüz Usluel**, s. 103-105; **Canözü**, s. 43.

<sup>13</sup> **Bahtiyar**, s. 299; **Gürbüz Usluel**, s. 9 vd.; **Eroğlu**, Muzaffer/Demir, Aybuke: "Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Aralık 2014, s. 83; kâr payı dağıtım konusunda karar veremeye genel kurulun mutlak yetkili olduğu, mahkemenin genel kurulun yerine geçerek karar alamayacağına dair bkz. 11. HD. 21.03.2016, E. 2015/8238, K. 2016/3141; 11. HD. 14.03.2016, E. 2015/6939, K. 2016/2769 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 03.07.2020); aksi görüş olarak **Aydoğan**, genel kurulun kârın dağıtılmasına karar verme yetkisi mutlak bir yetki değildir. Kanuni şartların oluşması halinde, genel kurulca kâr dağıtım kararı alınmaz ise, pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemenin, genel kurulun yerine geçerek, kâr dağıtım kararı alabilecektir. Bkz. **Aydoğan**, Fatih: "Anonim Şirketlerde Kar Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi", Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 123 vd.; aynı yönde kararlar için bkz. 11. HD. 01.12.2016, E. 2015/14100, K. 2016/8853; 11. HD. 16.05.2003, E. 2002/13209, K. 2003/5053 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 03.07.2020); mahkemenin, genel kurulun yerine geçecek şekilde kârın dağıtılmasına karar veremeyeceği, ancak bunun tek istisnasının hakkın kötüye kullanılması olduğu yönünde görüş için bkz. **Pulaşlı**, s. 1840-1842.

<sup>14</sup> 6762 sayılı eTK m. 327 uyarınca dağıtılacak kâr payı oranına ilişkin teklifin yönetim kurulunca yapılması zorunluydu, ama bu hükmün karşılığı olarak ifade edilen TTK m. 517-518 hükümlerinde böyle bir hususa yer verilmemiştir. Bununla birlikte yönetim kurulu tarafından hazırlanacak yıllık faaliyet raporunun finansal durum bölümünde,

yönetim kurulu, şirketin geleceğe yönelik yatırım planlarını ve şirketin risk analizlerini, ekonomik koşulları dikkate alarak belirlemeli ve buna ilişkin pay sahiplerini bilgilendirmelidir. Bu anlamda denetçilerin de şirketin finansal tablolarının muhasebe standartlarına uygunluğunu özenli bir şekilde denetlemesi gerekmektedir. Tüm bunlara dayanarak yönetim kurulu, genel kurulda kâr payının akıbetine ilişkin gündem maddesini şekillendirmeli ve genel kurulu toplantıya çağırmalıdır. Genel kurul ise kanuna ve esas sözleşmeye uygun şekilde şirketin genel durumunu değerlendirerek kâr dağıtım hakkında karar vermelidir. Genel kurulun kararıyla birlikte, pay sahiplerinin kâr payı hakkı anonim şirkete karşı talep edilebilir bir “*alacak hakkına*” dönüşmektedir<sup>15</sup>. Bu yönüyle kâr payı hakkı, *geciktirici şarta bağlı bir talep hakkı* niteliğindedir<sup>16</sup>. Kârın dağıtılmasına ilişkin olarak genel kurul bir karar almadıkça, kâr payının bir alacak davası açılmak suretiyle talep edilmesi ve hüküm altına alınması mümkün değildir<sup>17</sup>. Bu anlamda genel kurulun kararı, yenilik doğurucu nitelikte bir karardır ve bu nedenle ilgili karar daha sonra alınan başka kararlarla kaldırılamaz veya dağıtım oranı düşürülemez<sup>18</sup>.

---

*“kâr payı dağıtım politikasına ilişkin bilgiler ve kâr dağıtım yapılmayacaksa gerekçesi ile dağıtılmayan kârın nasıl kullanılacağına ilişkin öneri”* nin yer alması gerekmektedir (Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 12/1-d). Bu durumda dağıtılacak kâr payı oranına ilişkin öneri yönetim kurulu tarafından hazırlanacak yıllık faaliyet raporunda yer alacaktır, ancak önerilen oranı müzakere ederek değiştirmeye (artırmaya, azaltmaya) genel kurul yetkilidir (TTK m. 409/1). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s. 1842-1843.

<sup>15</sup> **Arslanlı**, s. 212; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 914, s. 702; **Pulaşlı**, s. 1848; **Bahtiyar**, s. 296; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 433; genel kurulun kâr dağıtım kararıyla kâr payı hakkı, alacak hakkına dönüşür ancak bu durum ödenecek meblağın kendiliğinden şirketin malvarlığından çıkarak pay sahiplerinin bireysel malvarlıklarına intikal etmesini sağlamaz. Bu noktada yönetim kurulu tarafından dağıtımın yapılması gerekir ve dağıtım yapılana kadar söz konusu miktar, ortaklığın malvarlığının bir parçasıdır ve borç niteliğinde olması sebebiyle de şirkete ait bilançonun pasif tarafında yer alır. Bkz. **Kendigelen**, Abuzer/Çonkar, Halil: “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 209.

<sup>16</sup> **Bilgin**, s. 37; **Pulaşlı**, s. 1848; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 432.

<sup>17</sup> 11. HD. 23.06.1994, E. 1263, K. 5420: “...Kârın dağıtılmamasına karar verilmiş ise, bir pay sahibinin kendisine isabet eden kârın tespiti davası açması kabul edilemez.” [**Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 914, s. 702]; haklı nedenle fesih davasında davacı ortakların kâr payı talebinin değerlendirilebilmesi için öncelikle kar dağıtım konusunda bir genel kurul kararı alınmış olması gerektiği yönünde bkz. 11. HD. 12.02.2001, E. 2000/10112, K. 2001/1024 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>18</sup> Genel kurul sonradan alacağı bir kararlar, kâr dağıtım kararını ortadan kaldıran veya kısıtlayan bir karar alırsa bu kararı geçersizdir. Zira genel kurulun bir üçüncü kişiye ait alacak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 914, s. 702; **Pulaşlı**, s. 1848.

Genel kurul, şirket kârını dağıtırken bazı kanuni sınırlamalara uymakla yükümlüdür. Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler net dönem kârından ayrılmadıkça, genel kurul dağıtılacak kâr payını belirleyemez ve dağıtamaz (TTK m. 523/1). Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçe olarak (*birinci kanuni yedek akçe ayrımı*) ayrılmak zorundadır (TTK m. 519/1). Bu ayrımın akabinde pay sahiplerine ödenmiş sermayelerinin yüzde beşi oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu genel kanuni yedek akçeye (*ikinci kanuni yedek akçe*) ayrılmak zorundadır (TTK m. 519/2-c). Bu düzenlemeden hareketle anonim şirketlere, asgari miktarı belirlenmiş olan bir kâr payı dağıtım zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle anonim şirketlerde sıkça karşılaşılan kâr dağıtmama uygulamasının önüne geçilmesi amacıyla, sınırlı da olsa, bir adım atılmıştır<sup>19</sup>.

Pay sahiplerine ödenecek kâr payı ancak şirketin yıllık net dönem kârından<sup>20</sup> ve bu amaç için ayrılan veya herhangi belirli bir amaç taşımayan serbest yedek akçelerden dağıtılabılır (TTK m. 509/2). Şirket kârının dağıtılabilmesi için, mutlaka bir önceki faaliyet dönemine ait kâr elde edilmiş olması şart değildir. Bu bakımdan genel kurul serbest yedek akçelerin yanı sıra, geçmiş yıllara ait kârların dağıtılmamış kısımlarından da kâr dağıtımına karar verebilir<sup>21</sup>. Bununla birlikte genel kurul, aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse ve bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli değişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa, kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir (TTK m. 523/2). Böylelikle genel kurul, pay sahiplerinin kâr payı hakkını, kârın yedek akçeye ayrılması kararıyla sınırlandırabilmekte hatta bu sınırlamanın gerekli olduğu yönün-

<sup>19</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 898, s. 695 vd.; **Bahtiyar**, s. 301-302; **Canözü**, s. 111; **Karshoğlu**, s. 205 vd.

<sup>20</sup> Net dönem kârı, TTK m. 508/2'de belirlenen yıllık bilançoya göre tespit edilen yıllık kârdan, geçmiş yıllara ait zararların ve anonim şirketin ödemekle yükümlü olduğu matrahı yıllık kâr olan vergiler ile mali yükümlülüklerin düşülmesinden sonra kalan tutarı ifade etmektedir. Yıllık kârdan vergi ve mali yükümlülüklerin çıkarılması kuralı, uygulamanın benimseyip fiilen gerçekleştirdiği ticari bir örf ve âdet kuralıdır. Net dönem kâr kavramı, bilançoda yer alan geçmiş yıl zararlarının yıllık kârdan düşülmedikçe, kâr dağıtılamayacağı kuralının da dayanağını oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 902, s. 697; **Pulaşlı**, s. 1837, 1847; **Gürbüz Usluel**, s. 13.

<sup>21</sup> **Pulaşlı**, s. 1837-1838; **Geçgel**, s. 12.

deki haklı gerekçeleri sunarak kârın dağıtılmamasına dahi karar verebilmektedir. Bu karar alınırken, her bir şirketin kendi mali durumu, geleceğe yönelik riskleri, yatırım planları, pay sahipliği yapısı gibi iç değerlendirmeler dikkate alınmaktadır. Esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, genel kurul basit çoğunluğu sağlayarak toplanır ve toplantıda hazır bulunanların salt çoğunluğu ile kâr dağıtım hakkında karar alabilir (TTK m. 418). Böylelikle genel kurul, basit çoğunluğu sağlayarak ve belirtilen gerekçeleri ileri sürerek kolayca kâr dağıtmama kararı alabilmektedir<sup>22</sup>.

Halka açık anonim ortaklıklar (HAAO) açısından ise kâr payının dağıtımı, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK.) m. 19 ve Kâr Payı Tebliği (II-19.1) ile özel olarak düzenlenmiştir. SerPK m. 19 uyarınca kâr payı, yönetim kurulunun hazırladığı ve genel kurulca onaylanan kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtılacaktır. Görüleceği üzere HAAO'lar bakımından da kâr payı dağıtımı, yönetim kurulunun gündemi belirleyerek çağırdığı genel kurul toplantısında, genel kurulun kanuni ve sözleşmesel sınırlar ile Kâr Payı Tebliği'nde belirtilen hususlar çerçevesinde karar alması ile sağlanmaktadır. SerPK m. 19/2 uyarınca kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için dağıtılması öngörülen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay da dağıtılamayacaktır.

## **B. Anonim Şirketlerde Kâr Payı Avansı ve Dağıtım Kararı**

6102 sayılı TTK ile halka kapalı anonim şirketler için kâr payı avansı dağıtılabilme imkânı ilk kez düzenlenmiştir. TTK m. 509/3 uyarınca kâr payı avansının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan “*Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ*”<sup>23</sup> (KPAT) ile düzenlenmektedir. KPAT uyarınca, kâr payından mahsup edilmek üzere ara dönem finansal tablolara göre oluşan kârlar üzerinden Tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutara, *kâr payı avansı* denilmektedir (KPAT m. 4/1-c). Kâr payı avansı dağıtılabilmesi için, genel kurulca dağıtım ile ilgili karar alınması ve kâr payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre şirketin kâr etmesi gerekmektedir

<sup>22</sup> Gürbüz Usluel, s. 103.

<sup>23</sup> RG. 09.08.2012, S. 28379.

(KPAT m. 5)<sup>24</sup>. Bu şartların sağlanması üzerine yönetim kurulu, KPAT m. 9'da sayılan görevleri yerine getirmek ve kâr payı avansını dağıtmakla görevlendirilmiş olur. Yönetim kurulu, kâr payı avansı tutarını KPAT m. 7'ye göre hesaplamalı, dağıtımına dair rapor hazırlamalı ve avansın pay sahiplerine ödenmesine dair karar almalıdır. Kâr payında olduğu gibi, kâr payı avansı da pay sahiplerine payları oranında ödenecektir<sup>25</sup>.

HAAO açısından kâr payı avansı, SerPK m. 20'de özel olarak düzenlenmiş ve bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslara SPK tarafından düzenlenen Kâr Payı Tebliği (II-19.1)'nde yer verilmiştir. SerPK m. 20/1 uyarınca hesap döneminde verilecek toplam kâr payı avansı bir önceki yıla ait dönem kârının yarısını aşamaz. Önceki dönemde ödenen kâr payı avansları mahsup edilmeden, ilave kâr payı avansı verilmesine ve kâr payı dağıtılmasına karar verilemez. Kâr payı avansı dağıtmak isteyen HAAO'ların, esas sözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili hesap dönemi ile sınırlı olacak şekilde yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtımına karar vermek üzere yetki vermeleri zorunludur [Kâr Payı Tebliği (II-19.1) m. 9/2]. Bu bakımdan SerPK m. 20/2 uyarınca ara dönem finansal tabloların muhasebe ilke ve kurallarına uygun olmamasından dolayı yönetim kurulu üyeleri ve denetçi sorumlu tutulabilmekte ve SerPK m. 18/6 uyarınca yönetim kurulunun kâr payı avansı kararının iptali mahkemeden istenebilmektedir.

## II. TTK GEÇİCİ MADDE 13 İLE ANONİM ŞİRKETLERİN KÂR PAYI DAĞITIM KARARLARININ SINIRLANDIRILMASI

### A. Ticaret Bakanlığı'nın Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Duyurusu ve Uygulanabilirlik Sorunu

Ticaret Bakanlığı tarafından Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'ne (TOBB) iletilen 31.03.2020 tarih ve 50035491-431.04 sayılı yazısında, COVID-19 virüsü nedeniyle ihtiyatlılık politikası gereği olarak, sermaye şirketlerinin mevcut öz kaynaklarını korumasının önemine vurgu yapılmakta ve “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu

<sup>24</sup> 05.01.2019 tarihinde yapılan değişiklik üzerine KPAT m. 5 hükmüne ikinci bir fıkra eklenmiş ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan şirketler bakımından kâr payı avansı dağıtımı farklı esaslara tabi tutulmuştur.

<sup>25</sup> Kâr payı avansı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yanlı, Veliye:** “Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Düzenleme”, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ocak 2014, s. 19, 26 vd.; **Geçgel**, s. 57, 60-61 vd.

*Toplantılarda Bulunacak Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliği*” (BTY)<sup>26</sup> m. 13/5 hükmüne dayanılarak; “kamunun iştiraki olan şirketler hariç olmak üzere, sermaye şirketlerinin 2019 yılı hesap dönemine ilişkin olarak bu yıl gerçekleştirilecek genel kurul toplantılarında gündeme alınacak nakit kâr payı dağıtım kararlarında, geçmiş yıl kârlarının dağıtımına konu edilmemesi ve dağıtım tutarının 2019 yılı net dönem kârının %25’ini aşmaması ile yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmesi...” yönündeki Bakanlık duyurusunun TOBB tarafından tüm şirketlere iletilmesi istenmiştir. Ticaret Bakanlığı’nın duyurusu üzerine, TOBB Genel Sekreterliği 01.04.2020 tarih ve 34221550-045.02-3392 sayılı yazısıyla, Ticaret Bakanlığı’nın gereği için göndermiş olduğu bu duyuruyu tüm Oda ve Borsalara iletmiştir<sup>27</sup>.

Bakanlığın duyurusundaki düzenlemenin hukuki niteliğinin belirsizliği oldukça eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin odak noktasını, kanunen düzenlenen kâr payı hakkına tam olarak niteliği belirlenemeyen bir yazıyla Bakanlığın doğrudan müdahale etmesi oluşturmaktadır<sup>28</sup>. İlgili duyuru, TTK m. 507 vd. düzenlenen kanuni hükümlerin uygulamasına dair ikincil mevzuat niteliğinde bir tebliğ veya benzeri bir düzenleyici bir işlem niteliğinde değildir. Bu nedenle söz konusu yazıyı, Bakanlığın görüşünü yansıtan tavsiye niteliğinde bir duyuru olarak kabul etmek, duruma en uygun düşen çözümdür. Zira kanuni düzenlemelere getirilecek sınırlamaların yine kanuni bir düzenlemeyle veya kanun tarafından verilmiş açık bir yetkiye dayanarak yetkili kurumlar tarafından yapılması, normlar hiyerarşisi ilkesinin en temel sonucudur ve hukuk güvenliğinin de teminatıdır. Ayrıca Bakanlık, ilgili yazısında

<sup>26</sup> RG. 28.11.2012, S. 28481.

<sup>27</sup> (<https://itb.org.tr/img/userfiles/files/Sermaye%20Şirketlerinin%20Kar%20Dağıtımı%20hk.pdf?v=1586261692152>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>28</sup> **Akın**, Murat Yusuf: “Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler”, (*Kâr Payı Dağıtım*), (<http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020); **Pekdiñçer**, R. Tamer/**Yılmaz**, Abdüssamet: “Anonim Ortaklıkların 2019 Yılı Olağan Genel Kurul Toplantılarında Dağıtabilecekleri Kar Payı Oranına İlişkin Ticaret Bakanlığı Duyurusunun Değerlendirilmesi”, (*Ticaret Bakanlığı Duyurusu*), (<https://blog.lexpera.com.tr/anonim-ortakliklarin-dagitabilecekleri-kar-payi-oranina-iliskin-ticaret-bakanligi-duyurusunun-degerlendirilmesi/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020); **Sarıkaya**, Sinan: “Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler”, (*Kâr ve Kâr Payı Avansı*), (<https://blog.lexpera.com.tr/covid-salgini-nedeniyle-ticaret-bakanliginin-duyurusu-uzerine-dusunceler/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).



BTY m. 13/5 hükmünü dayanak göstererek gündeme zorunlu madde ekleme yetkisini kullandığını belirtmiştir<sup>29</sup>. Ancak bu yetki, genel kurul gündemini düzenleyen TTK m. 413 ve Ticaret Bakanlığı'nın düzenleme ve denetleme yetkisini düzenleyen m. 210'da yer almaması sebebiyle kanuna aykırılık taşıdığı belirtilen, tartışmalı bir konudur<sup>30</sup>. Diğer taraftan böyle bir yetkinin kullanıldığı düşünülse dahi BTY m. 13/5'teki yetki, yalnızca gündeme madde ekletmekle sınırlıdır, yoksa genel kurulun alacağı karara müdahale edilebilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle BTY m. 13/5 hükmünün dayanak gösterilmesi yerinde değildir. Ayrıca Bakanlığın genel kurul gündemine madde ekletme yetkisinin, toplu halde bir duyuru ile kullanılması da mümkün değildir. BYT m. 13/5 uyarınca Bakanlığın her bir şirket özelinde alacağı bir karar ile bu yetkisini, gerekçelerini de göstererek kullanması gerekmektedir. Bütün sermaye şirketleri için bu şekildeki bir uygulamanın kabulü, ilgili düzenlemenin amacını aşacak niteliktedir. Bu gerekçelerden yola çıkarak, tavsiye niteliğindeki Bakanlığın görüşüne aykırı şekilde alınmış olan anonim şirket genel kurul kararlarının hukuka aykırılığını tartışmak ve bu kararların butlanla sakat olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>31</sup>. Gerekçeleriyle eleştirdiğimiz bu duyurudan kısa bir süre sonra ilgili düzenleme, kanuni bir hükme dönüştürülmüştür.

## B. 7244 Sayılı Kanun İle TTK'ya Eklenen Geçici Madde 13 Hükmü

### 1. Kanuni Düzenleme ve Gerekçesi

17.04.2020 tarih ve 31102 sayılı Resmî Gazete'de 7244 sayılı “*Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınunun Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte TTK'ya geçici 13. madde eklenerek sermaye şirketlerinin kâr payı ve kâr payı avansı dağıtım kararlarına bazı sınırlama ve yasaklamalar getirilmiştir. TTK geçici m. 13: “(1) *Sermaye şirketlerinde, 30.09.2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemez,*

<sup>29</sup> (<https://itb.org.tr/img/userfiles/files/Sermaye%20Şirketlerinin%20Kar%20Dağıtımı%20hk.pdf?v=1586261692152>) (Erişim Tarihi 03.07.2020); **TÜRMOB**: Mevzuat Sirküleri, 03.04.2020/87, (<https://www.turmobil.org.tr/ekutuphane/Read/69e64753-9b1d-495a-a3f9-06a504eb35e0>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>30</sup> **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 694, s. 560.

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz. **Akın**, Kâr Payı Dağıtımı; **Sarıkaya**, Kâr ve Kâr Payı Avansı; Aksi yönde bkz. **Pekdiñçer/Yılmaz**, Ticaret Bakanlığı Duyurusu; **TÜRMOB**: Mevzuat Sirküleri.

*genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez. Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu fıkroda belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir.*

*(2) Genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemeler birinci fıkroda belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir.*

*(3) Bu maddenin kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirlemeye, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkilidir.”*

TTK geçici m. 13'te öngörülen sınırlama ve yasaklamaların amacı, hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, yeni koronavirüs (Covid-19), toplum sağlığına olduğu kadar ekonomik hayatta da ciddi bir tehdit oluşturmakta ve ekonomik faaliyetler üzerindeki bu olumsuz etkilerinin bertaraf edilebilmesi amacıyla çeşitli tedbir programları uygulamaya konulmaktadır. Ekonomik faaliyetlerin yavaşlaması, sınırların kapatılması, ekonominin hem arz hem de talep tarafında ortaya çıkan belirsizlikler sebebiyle salgının ekonomi üzerindeki etkileri henüz netleşmemiştir, ancak ihtiyatlılık politikasının bir gereği olarak, şirket kaynaklarının nakit kâr dağıtım yapılmak suretiyle azaltılması, şirketlerimizin mevcut öz kaynak yapılarının korunması ve ilave finansman ihtiyacının doğmaması amacıyla 30.09.2020 tarihine kadar sermaye şirketlerinin yapacağı kâr dağıtım kararları sınırlandırılmıştır<sup>32</sup>.

TTK geçici m. 13 hükmü, içinde bulunduğumuz salgın hastalık dönemiyle sınırlı şekilde uygulanacak geçici bir düzenlemedir ve bu nedenle hükmün yürürlükte kalacağı süre açıkça kanunda düzenlenmiştir. Buna göre hükmün yer aldığı 7244 sayılı kanunun Resmî Gazete’de yayınlandığı tarihte yürürlüğe girdiği için 17.04.2020 tarihinden 30.09.2020 tarihine kadarki süreçte hüküm yürürlükte olacaktır. Hükümde, belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanının yetkili olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda sadece bir kere uzatılabilecek ve hüküm uzatılma ihtimalinde dahi 30.12.2020 tarihinde yürürlükten kalkacaktır.

<sup>32</sup> Gerekçe TTK geçici m. 13. Gerekçe metni için bkz. (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2812.pdf>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

## 2. Kanuni Düzenlemenin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Tebliği

TTK geçici m. 13 hükmünün uygulanmasına dair usul ve esaslar Ticaret Bakanlığı tarafından, 17.05.2020 tarih ve 31130 sayılı Resmî Gazete’de “6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13’üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (GMT) yayımlanarak bu tarih itibariyle yürürlüğe girmiştir<sup>33</sup>. GMT m. 2 uyarınca tebliğ, TTK geçici m. 13 ve m. 210 hükümleri ile Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>34</sup> m. 446 hükmüne dayanılarak, geçici m. 13 hükmünün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır.

TTK m. 210/1 uyarınca Ticaret Bakanlığı, TTK’nın ticaret şirketlerine dair hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir. Hükümde belirtildiği üzere ticaret sicili müdürlükleri ve ticaret şirketleri, Bakanlığın yayınlacağı bu tebliğlere uymakla yükümlüdürler. Bu bakımdan TTK geçici m. 13 kapsamında sayılan sermaye şirketleri, kâr payı dağıtımı hakkında geçici m. 13 ile GMT hükümlerinde öngörülen sınırlamalara uymakla yükümlüdürler.

## 3. Kanuni Düzenleme ile Tebliğ Hükümlerinin Kapsamına Giren Sermaye Şirketleri

HAAO’lar da dahil olmak tüm anonim şirketler, limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler TTK geçici m. 13 ve GMT hükümlerinin kapsamına girmektedir. Ancak kanuni düzenleme ve onun verdiği yetkiye dayanarak GMT hükümleri uyarınca bazı şirketler bu düzenlemelerden istisna tutulmuştur. Bu çerçevede istisna tutulan şirketler iki gruba ayrılmaktadır. İlk istisna grubuna göre devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler, *bir şart veya koşula bağlı olmaksızın doğrudan* kanuni düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır (TTK geçici m. 13/1; GMT m. 1/2)<sup>35</sup>. Hükümden de anlaşılacağı üzere bu kapsamda

<sup>33</sup> Çalışmamızda ilgili tebliğ Geçici Madde Tebliği (GMT) şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

<sup>34</sup> RG. 10.07.2018, S. 30474.

<sup>35</sup> Ticaret Bakanlığı’nın 31.03.2020 tarihli duyurusunda kamu iştiraki olan bazı şirketlerin kapsam dışında bırakıldığı ifade edilmekteydi. Ancak duyuruda yer alan *kamu iştiraki*

sayılan şirketler, başka hiçbir şarta tabi tutulmaksızın TTK geçici m. 13 hükmün uygulama kapsamı dışında sayılmaktadır.

İkinci istisna grubu ise GMT m. 5'te üç bent halinde sayılmakta ve bu düzenleme uyarınca kamu iştiraki olmayan bazı sermaye şirketlerinin de *belli koşullar altında* kâr payı dağıtımına ilişkin sınırlama ve yasaklamalardan istisna tutulmalarına imkân tanınmaktadır. Ancak bu şartları sağlayan şirketlerin, hükmün uygulamasından muaf tutularak hukuken geçerli bir şekilde kâr payı dağıtım kararı alabilmeleri için yapacakları genel kurul toplantısından önce, GMT m. 6 uyarınca Ticaret Bakanlığı'ndan uygun görüşü (*izin*) almaları gerekmektedir. Bakanlık izni, bu şirketlerin genel kurullarında hukuken geçerli bir şekilde kâr dağıtım kararı alabilmelerinin *ön koşulu* olarak düzenlenmiştir<sup>36</sup>. İzin için bu şirketlerin, genel kurul yapılmasına ilişkin yönetim kurulu kararının noter onaylı örneğini, hesap dönemine dair finansal tablolar ile zarar veya kâr tablosunu ve m. 6'da bentler halinde belirtilen, şirketlerin istisna tutulmalarını sağlayacak durumlarını ispat eder nitelikteki belgelerin İç Ticaret Genel Müdürlüğü'ne sunulması gerekmektedir.

GMT m. 5/1-a bendi uyarınca iki tür şirketin istisna kapsamında sayılacağı düzenlenmiştir<sup>37</sup>: (1) *Salgın hastalık döneminde kısa çalışma ödeneği*

---

*olan şirketler* şeklindeki belirsiz ifadesi yerine kanuni düzenlemede hangi şirketlerin kapsam dışında tutulduğu daha açık bir şekilde yer almıştır.

<sup>36</sup> Bakanlık uygun görüşü diğer bir ifadeyle Bakanlık izni, TTK m. 333'te düzenlenen kuruluşu izne bağlı tutulan anonim şirketler için öngörülen Bakanlık izni ile mahiyeti itibarıyla oldukça benzerlik göstermektedir. GMT m. 5/1-a, b ve c bentlerinde kullanılan "...*kâr payı dağıtım kararı alınan şirketler*" ifadesi ilk bakışta yanıltıcı niteliktedir ve bu nedenle istisnadan yararlanacak şirketlerin belirlenmesinde ilgili düzenlemenin GMT m. 6 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira GMT m. 5'teki şartları sağlayan şirketlerin, TTK geçici m. 13'ten istisna tutularak genel kurullarında hukuken geçerli bir şekilde kâr dağıtım kararı alabilmeleri için genel kurul toplantısından önce m. 6'da öngörülen Bakanlık iznini almaları gerekmektedir. Bu anlamda da Bakanlık izni bir ön koşul niteliğindedir. Ancak GMT m. 5/1-a, b ve c bentlerinde yer alan ifadeye ilk bakıldığında söz konusu şartları taşıyan şirketlerin, tebliğ tarihinden önce almış oldukları kâr dağıtım kararı bakımından da Bakanlık iznine başvurarak istisnadan yararlanabilecekleri şeklinde bir ihtimal ortaya çıkmaktadır. Ancak GMT m. 6 ile birlikte değerlendirildiğinde, Bakanlığın izninin hukuken geçerli bir kâr dağıtım kararı alınabilmesi için ön koşul olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

<sup>37</sup> GMT m. 5/1-a: "25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı *İşsizlik Sigortası Kanununun ek-2 nci ve geçici 23 üncü maddesi uyarınca yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle kısa çalışma ödeneğinden ve/veya ücretsiz izne ayrılanlardan 4447 sayılı Kanunun geçici 24 üncü maddesi uyarınca nakdi ücret desteğinden yararlandırılanları istihdam edenler ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun geçici 20 nci maddesi ve ilgili*

ve/veya ücretsiz izin uygulamalarıyla çalışanları nakdi ücret desteğinden yararlanmayan şirketler ile (2) hazine destekli kredi kefaleti kullanmayan veya bu kapsamda kredi borç bakiyesi bulunmayan şirketler. Bu iki tür şirket, GMT m. 6 uyarınca Bakanlıktan izin alarak kâr payı dağıtımını hakkında hukuken geçerli bir şekilde karar alabilirler. GMT m. 6/1'de belirtilen belgelerin yanı sıra bu şirketler, söz konusu desteklerden yararlanmadıklarına ilişkin ilgili kurumlardan aldıkları tevsik edici belgeleri İç Ticaret Genel müdürlüğüne sunmaları gerekmektedir (GMT m.6/1-a). Bu istisna kapsamından yararlanarak gerekli izni alan şirketlerin, 120 bin TL'ye kadar kâr payı dağıtımını kararını hukuken geçerli bir şekilde alabilmeleri mümkündür (GMT m. 5/1-a). Söz konusu koşulları sağlayan şirketler, TTK geçici m. 13 hükmünde öngörülen net dönem kârının %25'ini aşacak şekilde kâr dağıtım kararı alabilirler, ancak dağıtılabilecek miktar sınırsız değildir. İlgili düzenleme uyarınca dağıtılabilecek kâr payı miktarının üst sınırı 120 bin TL olarak öngörülmüştür. Bu düzenleme oldukça komplike koşullar taşımaktadır ve uygulama zorluklarını da beraberinde getirecek niteliktedir.

GMT m. 5/1-b bendi uyarınca diğer bir istisna hali, pay sahipleri tarafından şirketin dağıtacağı kâr payının yarısından fazlasının TTK çerçevesinde başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ve defaten ifasında kullanılacak olması şartıyla bu şirketler bakımından öngörülmüştür<sup>38</sup>. Bu şartları sağlayan şirketlerin, Bakanlık izni için GMT m. 6/1'de belirtilen belgelerin yanı sıra, dağıtılacak kâr payının yarısından fazlasını alma hakkı olan pay sahiplerinin, başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt yükümlülüğünü tevsik edici belgeleri de iç ticaret genel müdürlüğüne sunmaları gerekmektedir (GMT m. 6/1-b). Söz konusu tebliğ hükümleri birlikte ele alındığında bu kapsamdaki şirketlerin istisna tutulabilmeleri için: (1) şirketin dağıtılacağı kâr payının yarısından fazlasını alma hakkı olan pay sahiplerinin olması ve (2) bu pay sahiplerinin kendilerine dağıtılacak kâr payını, TTK çerçevesinde başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ve defaten ifasında kullanacak olmaları gerekmektedir. Söz konusu istisna uyarınca bu kez pay sahipleri arasında bir ayırım yapılmış ve bazı pay sahiplerinin başka bir şirketteki sermaye koyma

---

*Kararlar uyarınca Hazine destekli kredi kefaleti kullanan ve halen kapanmamış kredi borç bakiyesi bulunanlar hariç,, 120.000 Türk Lirası ve altında kâr payı dağıtımını kararı alınan şirketler”.*

<sup>38</sup> GMT m. 5/1-b: “Pay sahiplerince, dağıtımına karar verilen kâr payının yarısından fazlasının, Kanun hükümleri çerçevesinde başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ve defaten ifasında kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtımını kararı alınan şirketler”.

borcunu yerine getirmek amacıyla dağıtılacak kâr payının yarısından fazlasını kullanacak olmaları koşuluyla, bu şirketin TTK geçici m. 13 hükmündeki sınırlamadan muaf tutulması sağlanmıştır. Bu şartları sağlayan bir sermaye şirketi, GMT m. 6 uyarınca Bakanlıktan izin alarak dağıtılacak kâr payı miktarı bakımından bir üst sınıra tabi olmaksızın pay sahiplerine kâr dağıtımını yapabilecektir.

GMT m. 5/1-c bendi uyarınca, pay sahiplerince şirketin dağıtacağı kâr payının, imzaladıkları kredi sözleşmeleri veya proje finansman sözleşmeleri kapsamında 30.09.2020 tarihine kadar muaccel hale gelecek yükümlülüklerinin ifasında nakden kullanılacak olması şartıyla bu şirketler bakımından bir diğer önemli istisna hali öngörülmüştür<sup>39</sup>. Bu şartları sağlayan şirketlerin, Bakanlık izni için GMT m. 6/1'de belirtilen belgelerin yanı sıra, pay sahiplerinin kredi sözleşmeleri ve proje finansman sözleşmeleri kapsamında ifa yükümlülüklerini tevsik edici belgeleri de iç ticaret genel müdürlüğüne sunmaları gerekmektedir (GMT m. 6/1-c). Söz konusu tebliğ hükümleri birlikte ele alındığında bu kapsamdaki şirketlerin istisna tutulabilmeleri için: (1) *şirketteki bazı pay sahiplerinin kredi veya proje finansman sözleşmeleri kapsamında borçlu olmaları*, (2) *borçlarının 30.09.2020 tarihine kadar muaccel hale gelecek olması* ve (3) *şirketin dağıtacağı kâr payının bu muaccel hale gelecek borçların ifasında nakden kullanılacak olması* gerekmektedir. Bu şartların sağlanması halinde şirket Bakanlıktan izin alarak, bu istisna haline özel olarak bir düzenleme getiren GMT m. 5/2 uyarınca ifa yükümlülüğü altındaki pay sahiplerine, yalnızca ifa yükümlülükleri tutarında kâr payı ödemesi yapacak, bu miktarı aşan kısmın ödemesini ise 30.09.2020 tarihine kadar erteleyecektir. Böylelikle pay sahipleri arasında ayırım yapılarak, bazı pay sahiplerinin özel yükümlülükleri nedeniyle, şirket kanuni düzenlemenin kapsamı dışında tutulmaktadır. Ayrıca öngörülen ayrı bir hüküm ile yalnızca yükümlülük altındaki pay sahiplerine nasıl ödeme yapılacağından bahsedilirken, yükümlülük altında bulunmayan diğer pay sahiplerine kâr dağıtımını yapıp yapılmayacağından bahsedilmemektedir. Bu nedenlerden ötürü söz konusu şirketin yalnızca yükümlülük altındaki pay sahiplerine öngörülen istisna kapsamında kâr dağıtabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ki bu durum haklı bir gerekçesi olmaksızın hem pay sahipleri hem de pay sahiplerinin alacaklıları arasında ayırmacılık yapılmasına neden olacak niteliktedir.

<sup>39</sup> GMT m. 5/1-c: “*Pay sahiplerince, dağıtımına karar verilen kâr payının, imzalanan kredi sözleşmeleri veya proje finansman sözleşmeleri kapsamında 4 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar muaccel hale gelen yükümlülüklerin ifasında nakden kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtımını kararı alınan şirketler*”.

GMT m. 5/1-b ve c bentlerinde öngörülen istisnalar, pay sahiplerinin borçlu olduğu tarafı koruma amacı ile getirilmiş istisnalardır. İlk istisnada sermaye koyma borcunun alacaklısı korunurken, ikincisinde banka ve finans şirketleri korunmaktadır. Aslında ekonomik açıdan bakıldığında bu alacaklıların korunmasının diğer alacaklıların aleyhine sonuç doğurması mümkün görünmektedir. Ayrıca alacaklı olan şirketlerin bu alacağının sermaye alacağı olması ile kredi sözleşmesinden kaynaklanması ile başka bir sebepten kaynaklanması arasındaki ayrımın gerekçesi de açıklanmamıştır. Bu hususlar, pay sahiplerinin alacaklılarının ve çok öncesinden planlanan ekonomik döngünün zarar görmesi ihtimalini azaltmak için, esasen en temel eleştirimiz olan pay sahiplerinin kâr payı hakkına yapılan müdahaleye getirilmiş istisnalardır. Fakat söz konusu düzenlemelerle bu kez de alacaklılar arasında ayrım yapılması, kanaatimizce adaletsiz sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

#### 4. Kanuni Düzenleme İle Tebliğ Hükümlerinde Öngörülen Sınırlama ve Yasaklar

TTK geçici m. 13/1 ve GMT m. 4/1 uyarınca 17.04.2020 tarihi ile 30.09.2020 tarihine kadarki süreçte yapılacak genel kurul toplantılarında 2019 yılı hesap dönemine ilişkin olarak kâr dağıtım kararı almak isteyen ve istisna kapsamında sayılmayan sermaye şirketleri, 2019 yılı net dönem kârının<sup>40</sup> yalnızca %25'ine kadarının nakden dağıtımına karar verilebilmektedir. Görüleceği üzere bu düzenleme ile kanunen pay sahiplerinin kâr payı haklarına azami bir sınırlama getirilmiş olmaktadır<sup>41</sup>. Ayrıca bu sınırlamanın yanı sıra bu süreçte genel kurulun alacağı kâr payı dağıtım kararına, geçmiş yıl kârları (2018 veya daha eski dönemlere ait kârların)<sup>42</sup> ve serbest yedek akçeler<sup>43</sup> konu edilemeyecektir. Bu düzenlemeyle geçmiş yıl kârlarının ve

<sup>40</sup> Net dönem kârı hakkında bilgi için yukarıda bkz. I. A.

<sup>41</sup> Esasen ilgili kısıtlama yalnızca pay sahipleri için değil, TTK m. 339/2-f uyarınca şirket kârından menfaat sağlanması esas sözleşmede öngörülen kurucular (TTK m. 348) ile yönetim kurulu üyeleri (TTK m. 394) ve diğer kişiler TTK geçici m. 13 hükümde öngörülen kâr payı dağıtım kısıtlamasına tabidirler. Benzer yönde bkz. **Başaran Yavaşlar**, Funda: "Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtım Sınırlaması/Yasağı ve Buna Uyulmamasının Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları", Vergi Sorunları Dergisi, S. 380, Mayıs 2020, s. 11.

<sup>42</sup> GMT m.3/1-b uyarınca geçmiş yıl kârları, *geçmiş faaliyet dönemlerinde ortaya çıkan ve henüz diğer özkaynak hesaplarına aktarılmasına karar verilmemiş olan tutarları ifade etmektedir*. Ayrıca geçmiş yıl kârının kâr payı olarak dağıtım hakkında yukarıda bkz. I. A.

<sup>43</sup> GMT m.3/1-f uyarınca serbest yedek akçe, *kanuni yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar*

serbest yedek akçelerin kâr dağıtımına konu edilmesi açıkça yasaklanmaktadır.

Söz konusu düzenleme 17.04.2020 ila 30.09.2020 tarih aralığındaki genel kurul toplantılarını kapsamına almaktadır. Bu nedenle 17.04.2020 tarihinden önce yapılmış ve 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı almış genel kurul toplantılarındaki kararlar hukuken geçerlidir, zira tarihi itibarıyla bu genel kurul kararı kanuni düzenlemenin kapsamı dışındadır. Ancak TTK geçici m. 13/2’de öngörülen özel düzenleme uyarınca, söz konusu kâr dağıtım kararı gereğince henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının %25’ini aşan kısma ilişkin ödemeler 30.09.2020 tarihinin sonuna kadar ertelenecektir<sup>44</sup>. İlgili kanuni düzenleme “geçmişe etkili” bir hükmüdür. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, şirketin kasasından nakit çıkışını engelleyerek şirket öz kaynaklarının korunmasını amaçlamaktadır<sup>45</sup>. Söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere, pay sahiplerine yapılacak kâr payı ödemeleri tamamlanmış ise bu durumda kazanılmış hak söz konusu olacaktır ve aşkın kısmın iadesi gündeme gelmeyecektir<sup>46</sup>.

GMT m. 4/3 hükmünde ise “...ile hesap döneminde zarar edilmiş olmasına karşın serbest yedek akçelerden dağıtım kararı alınmışsa henüz ödenmemiş kısma ilişkin tüm ödemeler birinci fıkrada belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir. Ertelenen ödemelere ilişkin olarak faiz tahakkuk ettirilmez.” denilmek suretiyle kanunda yer almayan bir hususa yer verildiği görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre, 17.04.2020 tarihinden önce yapılan

---

*dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçelerden oluşmaktadır. Ayrıca serbest yedek akçeler ile kâr payı ilişkisi hakkında yukarıda bkz. I. A.*

<sup>44</sup> Kâr payı alacağı, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 147/b.4 gereği beş yıllık zamanaşımına tabidir. Bu alacağın muaccel olacağı tarih belirlenmişse bu tarihten, belirlenmemişse genel kurulun kâr dağıtımına karar verdiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 220 vd.; TTK geçici m. 13/2 bakımından öngörülen erteleme nedeniyle, karar tarihi itibarıyla işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin 30.09.2020 tarihine kadar duracağı ve bu tarihten itibaren tekrar işlemeye başlayacağı kanaatindeyiz. Benzer durum kâr payı avansı dağıtımını erteleyen GMT m. 4/4 hükmü içinde cari olacağı kanaatindeyiz. TTK geçici m. 13/2 hükmü açısından benzer görüş için bkz. **Dural**, H. Ali: “COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu’na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar”, (*Geçici m. 13*), <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-ticaret-kanununa-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamalar/> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>45</sup> Gerekçe TTK geçici m. 13.

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 11.



genel kurul toplantısında 2019 hesap döneminde zarar edilmiş olmasına rağmen, serbest yedek akçelerden kâr payı dağıtım kararı alınmış, ancak ödeme henüz tamamlanmış ise tamamlanmayan kısmın ödemesinin 30.09.2020 tarihine kadar erteleneceği öngörülmektedir<sup>47</sup>. Tebliğdeki düzenlemenin amacı, şirketin zarar ettiği bir dönemde serbest yedek akçelerden yararlanarak kâr payı dağıtımıyla şirketten nakit çıkışı olmasını engellemek ve şirket özvarlıklarını korumaktır. Bu bakımdan tebliğ, kanuni düzenlemenin amacına uygun bir düzenleme öngörmesine rağmen, ilgili hükmün “geçmişe etkili” olması böyle bir düzenlemenin kanunda düzenlenmesini gerekli kılmaktadır<sup>48</sup>. Bu nedenle ilgili tebliğ hükmü, normlar hiyerarşisine aykırılık taşımaktadır. Bu hususların yanı sıra yine kanuni düzenlemede yer almayan bir husus, yine tebliğ ile düzenlenmiştir. Buna göre GMT m. 4/3’ün son cümlesinde, TTK geçici m. 13/2 ile tebliğin bu hükmü uyarınca ertelenen kâr payı ödemelerine faiz işletilmeyeceği öngörülmüştür.

GMT m. 4/1 uyarınca TTK m. 462 uyarınca iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımını bakımından TTK geçici m. 13 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. İç kaynaklardan sermaye artırımını, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülerek sermayenin artırılmasıdır. Bu artırım yönteminde, şirketin malvarlığında gerçek bir artış olmamakta, yalnızca bilançoda malvarlığını oluşturan kalemler arasında yapılan bir muhasebe işlemiyle şirketin esas sermaye miktarı artmaktadır<sup>49</sup>. Bu sebeple şirketin elde ettiği kârın sermayeye eklenmesine dair kararlar bakımından, TTK geçici m. 13 hükmündeki sınırlamalar söz konusu olmayacaktır. Kanuni hükümde de bu durumun aksine bir düzenleme öngörülmemiştir, ancak tebliğ ile ileride doğabilecek tereddütleri gidermek amacıyla ek bir açıklama yapılmıştır.

<sup>47</sup> Bu noktada bir hususu gerekir ki, 17.04.2020 tarihinden önce alınan kâr payı dağıtımının geçmiş yıl kârlarından ödenmesine karar verilmiş ise, söz konusu durum geçici m. 13 ve GMT m. 4 hükümlerinde açıkça yasaklanmadığı için, bu karar ve bu karara dayanılarak yapılan kâr dağıtımını ödemesi hukuken geçerli olacaktır. Henüz ödeme yapılmamışsa veya kısmen ödeme yapılmışsa, ödenmeyen kısımların ertelenmesi söz konusu olmayacaktır. Yönetim kurulu, genel kurulun bu kararını uygularken, kanuni düzenlemenin sınırlamalarını da gözetmelidir.

<sup>48</sup> Geçmişe etkili düzenlemelerin kanunla düzenlenmesi gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II. B. 5. b.

<sup>49</sup> **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, (*Sermaye Artırımı*), Güncelleştirilmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 195 vd.; **Bahtiyar**, s. 362.

TTK geçici m. 13/1 ve GMT m. 4/2 uyarınca 17.04.2020 ila 30.09.2020 tarihine kadarki süreçte yapılacak genel kurullarda, yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmesi açıkça yasaklanmıştır. Bu tarih aralığında hukuken geçerli şekilde yönetim kurulu, kâr payı avansı bakımından yetkilendirilemez. Ancak 17.04.2020'den önce yapılmış olan anonim şirket genel kurullarında yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi vermiş ise, verilen yetki hukuken geçerlidir ve bu yetkiye dayanarak yönetim kurulunun kâr payı avansı dağıtım yapmasının önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Bununla birlikte GMT m. 4/4 hükmünde “*genel kurulca yönetim organına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse, avans ödemeleri birinci fıkrada belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir.*” denilmek suretiyle kâr payı avansı hakkında geçici m. 13'te yer almayan bir düzenleme öngörülmüştür. Yukarıda belirttiğimiz ihtimal, tebliğ hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Her ne kadar hükümde genel kurul kararının zamanı hakkında net bir ifade yer almasa da bu kararın 17.04.2020 tarihinden önce yapılmış genel kurul toplantıları bakımından yönetim kuruluna verilen kâr payı avansı dağıtım yetkisi hakkında olduğunu düşünmekteyiz<sup>51</sup>. İlgili düzenlemeye göre 17.04.2020 tarihinden önce yapılan genel kurul toplantısıyla yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse genel kurul kararı geçerlidir. Ancak bu durumda yönetim kurulunca pay sahiplerine yapılacak avans ödemeleri, 30.09.2020 tarihine kadar ertelenecektir. TTK geçici m. 13/2 ile GMT m. 4/3'te yer verilen *henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa* gibi bir koşul bu hükümde öngörülmemiştir. Ancak kanaatimizce söz konusu erteleme henüz tamamlanmamış avans ödemeleri bakımından cari olmalıdır. Bu hüküm de “*geçmişe etkili*” bir nitelik taşımaktadır ve bu nedenle kanunda düzenlenmesi gerekirken ilgili hükmün tebliğ ile öngörülmesi, normlar hiyerarşisine aykırılık taşımaktadır<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Aynı yönde bkz. **Tiryaki**, Cüneyd M./**Çakır**, Rasim Can: “Geçici Madde 13 İle Getirilen Kâr Payı Dağıtım Sınırlaması Üzerine Ek Değerlendirme”, (*Geçici m. 13*), <http://www.ticaretkanunu.net/gecici-madde-13-ile-getirilen-kar-payi-dagitim-sinirlamasi-uzerine-ek-degerlendirme/> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>51</sup> GMT m. 4/3 hükmünde açıkça geçici m. 13 hükmünün yürürlük tarihinden önce kâr dağıtım kararı alınmış olması durumu özel olarak ele alınmaktadır. Bu hükmü takip eden GMT m. 4/4 hükmünde ise zaman bakımından bir belirleme yapılmamıştır, ancak kanaatimizce Bakanlık bir önceki bendi takiben m. 4/4 hükmünü düzenlemiş olması sebebiyle, bu hükmün 17.04.2020 tarihinden öncesindeki genel kurul kararı bakımından cari olmasını istemektedir.

<sup>52</sup> Geçmişe etkili düzenlemelerin kanunla düzenlenmesi gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. II. B. 5. b.

TTK geçici m. 13 ve GMT hükümleri uyarınca, kâr payının hesaplanmasında esas alınacak finansal tablolara GMT m. 7 hükmüyle açıklık getirilmiştir. Buna göre kâr payının hesaplanmasında; finansal tablolarını Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından belirlenen standartlara uygun hazırlamak zorunda olanlar tarafından TTK m. 88'e göre hazırlanan, bunlar dışında kalanlar tarafından ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununa (VUK) göre hazırlanan finansal tablolar esas alınacaktır. GMT m. 7/2 hükmünde ise dağıtılması öngörülen kâr payı tutarının, VUK'a göre tutulan kayıtlarda bulunan kâr dağıtımına konu kaynakların toplam tutarını aşamayacağı öngörülmüştür.

### 5. Anonim Şirketlerin Özvarlıklarının Korunması Açısından TTK Geçici Madde 13 Hükmü ile Kâr Payı Dağıtım Kararlarına Getirilen Sınırlandırmanın Yerindeliği

#### a. Kanuni Düzenlemenin Hukuki Nitelik Açısından Değerlendirilmesi

Bir hukuki ilişkinin tarafları bakımından aksi kararlaştırılmayan ve herkesin uyması zorunlu olan hükümlere “*emredici hükümler*” denilir<sup>53</sup>. Bir hükmün emredici hüküm olup olmadığını tespit etmek için genellikle hükmün açık lafzına (sözüne) bakılır<sup>54</sup>. Ancak bu her zaman yeterli olmaz ve lafzın, hükmün özü (ruhu) ile kontrol edilmesi, özellikle hükmün amacı ve korumaya çalıştığı menfaatlerin araştırılması gerekir. Toplumun menfaatini korumak amacıyla öngörülen *kamu düzenine* ilişkin hükümler, toplumun ahlaki değerlerini korumak amacıyla güden *genel ahlaka ilişkin* hükümler veya kişiliği korumaya yönelik yahut ekonomik, sosyal ya da fiziki durumları yüzünden *zayıfları koruma amacı güden* hükümler emredici hükümler-

<sup>53</sup> Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 86 vd.; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk, 4. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 16; Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, (*Hükümsüzlük*), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 148 vd.; emredici hükümler ilkesinin TTK'daki düzenleniş şekli, istisnaları ve sözleşme özgürlüğü ilkesiyle arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 45 vd.; Şehirli Çelik, F. H. (Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar): Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 160.

<sup>54</sup> Y. TD. 13.04.1962, E. 1961/3541, K. 1962/1671: “...bazı hallerde kanun koyucu bir hükmün amir hükümden olduğunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde, hilafına bir kayıt ve şartın konmayacağını belirtmek suretiyle ifade etmiştir.” (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 156, dn. 262).

dir<sup>55</sup>. TTK geçici m. 13 hükmü, öncelikle TTK m. 1 uyarınca *ticari bir hükmüdür*. Bu ticari hükmün emredici mi yoksa tamamlayıcı bir hukuk kuralı mı olduğunun tespiti hükmün uygulanması açısından önem arz etmektedir.

TTK geçici m. 13 hükmünün lafzı itibariyle emredici nitelik taşıdığı aşıkardır. Söz konusu düzenlemede, 2019 yılı net dönem kârının dağıtımı bakımından bir sınırlama (kısıtlama) öngörülmüşken; geçmiş yıl kârları ile serbest yedek akçelerden dağıtım yapılmasına ve genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmesine yasaklama getirilmektedir. Bu noktada hükmün lafzı, özü ile kontrol edilmek istenir ve korumaya çalıştığı menfaatler ele alınırsa, bu düzenlemenin sözüyle ve özüyle emredici bir hüküm olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira hükmün gerekçesine bakıldığında ilgili düzenleme, yeni koronavirüs (Covid-19) salgınının ekonomik faaliyetler üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf edilebilmek amacıyla, ihtiyatlılık politikasının bir gereği olarak, şirket kaynaklarının nakit kâr dağıtımını yapılmak suretiyle azaltılmaması, şirketlerimizin mevcut öz kaynaklarının korunması<sup>56</sup> ve ilave finansman ihtiyacının doğmaması amacıyla öngörülmüştür<sup>57</sup>. Bu hüküm, kanaatimizce toplumun menfaatini korumak amacıyla, kamu düzenini ilgilendiren salgın hastalığın ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf etmek için tedbir amacıyla, şirketlerin malvarlığını koruyarak mali yapılarını güçlü tutmak ve dolayısıyla da şirketin pay sahiplerini, şirket alacaklılarını ve diğer menfaat sahiplerini korumak maksadıyla öngörülmüştür.

<sup>55</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 87 vd.; **Helvacı/Erlüle**, s. 16; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 148 vd.

<sup>56</sup> Öz kaynak (*özsermaye*) ifadesi iktisadi bir terimdir ve pay sahiplerinin şirkete sermaye olarak getirdikleri sermaye payları ile şirketin dağıtılmayan kârlarının toplamından oluşan sermaye, başka bir ifadeyle şirketin toplam malvarlığı değerinden borçların düşürülmesiyle hesaplanan net varlıkları ifade etmektedir. Hükmün gerekçesinde bahsedilen şirketlerin özvarlık yapılarının korunması amacıyla, esasen şirketin sermayesinin ve hatta daha geniş bir ifadeyle şirketin malvarlığının korunmasının amaçlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı yönde bkz. **Tiryaki**, Cüneyd/**Çakır**, Rasim Can: “*Ser-maye Şirketlerinin 2020 Yılı İçerisinde Alacakları Kar Dağıtım Kararlarının Akıbeti - Türkiye Ve Dünyadaki Genel Durum*”, (*Sermaye Şirketleri*), <http://www.ticaretkanunu.net/sermaye-sirketlerinin-2020-yili-icerisinde-alacaklari-kar-dagitim-kararlarinin-akibeti/> (Erişim Tarihi 03.07.2020); **Dural**, Geçici m. 13; **Başaran Yavaşlar**, s. 12 vd.; anonim şirketler hukukunda sermayenin korunması ilkesi yerine sermayeyi de içerisinde barındıran “*malvarlığının korunması ilkesinin*” esas alınması gerektiği yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 467, s. 316-317; **Sevi**, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 74; **Çonkar**, M. Halil: *Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2016, s. 14 vd.

<sup>57</sup> Gerekeç TTK geçici m. 13.

Böylelikle söz konusu gerekçelerden yola çıkarak TTK geçici m. 13 hükmünün emredici niteliğe haiz olduğu kanaatindeyiz. İlgili hüküm, emredici hüküm olması dolayısıyla, TTK'nın kâr payına dair m. 507 vd. düzenlenen diğer hükümlere göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Ayrıca hükmün emredici niteliğe haiz olması, ilgili düzenlemeye aykırı genel kurul kararlarının geçerliliği açısından da önem taşımaktadır<sup>58</sup>.

### *b. Zaman Bakımından Uygulanma Sorunları*

Hukuk kurallarının zaman bakımından uygulama alanının belirlenmesi hangi hukuki ilişkilere uygulanacağına tespiti açısından son derece önemlidir. Genel olarak hukuk kurallarının bir süresi olmaz, ancak istisnai olarak ilgili hükmün yürürlük süresine yer verilebilir. Böyle bir durumda öngörülen sürenin dolmasıyla birlikte hukuk kuralı başka bir işleme gerek kalmaksızın yürürlükten kalkar<sup>59</sup>. TTK geçici m. 13 hükmü süreli bir hükümdür ve ilgili düzenlemenin yer aldığı 7244 sayılı torba kanunun Resmî Gazete'de yayımlandığı tarih olan 17.04.2020'den itibaren 30.09.2020 tarihine kadarki sürede uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu kanun salgın hastalık nedeniyle olağanüstü koşullar altında düzenlendiği ve salgının bitiş süresi öngörülemediği için ilgili hükmün 30.09.2020 tarihinde sona erecek yürürlük tarihinin, Cumhurbaşkanı tarafından üç ay uzatılabileceği veya kısaltılabileceği öngörülmüştür. Hükümden anlaşılacağı üzere bu süre sadece bir kere uzatılabilecek ve uzatılma ihtimalinde dahi 30.12.2020 tarihinde düzenleme yürürlükten kalkacaktır. Ancak kanuni düzenlemeler yürürlükten kalkmış olsalar dahi, kendi yürürlük döneminde gerçekleşen hukuki ilişkilere, olaylara veya kazanılmış haklara uygulanmaya, etki etmeye devam edecektir<sup>60</sup>. Bu nedenle ilgili düzenleme, kısa bir yürürlük süresine sahip olsa da bu süreçte alınan genel kurul kararları ve yönetim kurulu uygulamaları açısından açılacak davalara (genel kurul kararının butlanı, yönetim kuruluna karşı sorumluluk davaları vb.) uygulanmaya devam edecektir.

Kanuni düzenlemeler kural olarak, yürürlüğe girdikleri tarih ile yürürlükten kalktıkları tarih arasındaki sürede, meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanırlar. Ancak yeni kanuni düzenlemenin eski kanun zamanında

<sup>58</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için aşağıda bkz. III. A. 1.

<sup>59</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer**, Haluk Hadi: Hukuka Giriş, Kavramlar ve Kurumlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 30-31.

<sup>60</sup> Bu duruma “*eski kanunun yeni kanun zamanında etkisini sürdürmesi*” veya “*kanunların yürürlük ötesi etkisi*” denilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 81 vd.; **Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 12. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s. 84-85.

meydana gelmiş olaylara ve ilişkilere uygulanması da mümkündür ve bu duruma “kanunun geçmişe etkisi” (*makable şümülü*) denilmektedir<sup>61</sup>. Kanuni düzenlemelerin geçmişe etkili şekilde uygulanabilmeleri istisnai olup kanunda açıkça düzenlenmeleri gerekir<sup>62</sup>. TTK geçici m. 13/2 uyarınca 17.04.2020 tarihinden önce yapılmış olan genel kurullarda 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemelerin erteleneceği ifade edilmiştir. Söz konusu kanun hükmü, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olay ve ilişkilere uygulanacak olması sebebiyle, yalnızca belirtilen durumla sınırlı olmak üzere “geçmişe etkili” bir düzenleme niteliğine sahiptir.

Geçmişe etkililik istisnai olması sebebiyle, kanunda açıkça belirtilen hususların dışında kalan genel kurul kararları hakkında, bu hükmün geçmişe etkili şekilde uygulanmaması gerekir. Bu nedenle kanuni düzenlemenin yürürlük tarihinden önce, kâr dağıtım kararı alınmış ve pay sahiplerine dağıtım tamamlanmışsa bu hüküm uygulanmayacaktır. Yine aynı tarihlerde yapılmış bir genel kurul toplantısında geçmiş yıllara ait kârlardan ya da serbest yedek akçelerden kâr dağıtım kararı alınmış ise ilgili hüküm uygulanamaz. Benzer bir durum kâr payı avansı dağıtım bakımından da geçerlidir. Zira TTK geçici m. 13, kâr payı avansı için yönetim kuruluna yetki verilmesini 17.04.2020 ila 30.09.2020 tarihleri arasında yapılacak genel kurullar bakımından açıkça yasaklamış, 17.04.2020 tarihinden önceki döneme dair ayrıca bir düzenleme öngörmemiştir. Bu bakımdan 17.04.2020 tarihinden önce yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi veren genel kurul kararları hukuken geçerlidir<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 79; **Helvacı/Erlüle**, s. 13; **Sümer**, s. 33; Ayrıca geçmişe etkili kanunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Başak: “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, s. 476 vd.

<sup>62</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 79 vd.; **Helvacı/Erlüle**, s.13; **Baysal**, s. 476 vd.

<sup>63</sup> GMT m. 4/4 hükmü de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu düzenlemeye göre genel kurul tarafından yönetim kuruluna verilen kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse, avans ödemelerinin 30.09.2020 tarihine erteleneceği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere ilgili hükme göre söz konusu genel kurulun kararı hukuken geçerlidir, ancak bu karar üzerine yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilecek avans ödemeleri ertelenecektir. Tebliğ hükmünün eleştirisi hakkında yukarıda bkz. II. B. 4.; ayrıca bu noktada genel kurul kararının, Ticaret Bakanlığının duyuru tarihi (31.03.2020) ile TTK geçici m. 13 hükmünün yürürlük tarihi (17.04.2020) arasında kalan dönemde alınmış olması halinde, ilgili duyurunun bu kararın geçerliliğine etkisi sorunu gündeme gelebilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Ticaret Bakanlığı'nın duyurusunun genel kurul kararlarının geçerliliğine herhangi bir etkisi olmadığı, bu duyurunun yalnızca tavsiye niteliği taşıdığı

### c. Anayasal Haklar Özelinde Değerlendirilmesi

Anonim şirketlerde kâr payı, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerden birisi olan mülkiyet hakkı kapsamındadır<sup>64</sup> ve TTK geçici m. 13'ün öngördüğü üzere genel kurulun 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşine kadar kâr dağıtım kararı alabileceği sınırlandırma, esasen şirketin mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Çünkü burada sınırlandırılan mülkiyet hakkı pay sahiplerinin değil, esasen şirketin mülkiyet hakkıdır. Genel kurulun kâr dağıtım kararı, şirket için *borçlandırıcı* bir işlemdir ve tasarruf işlemiyle alacaklı konumundaki pay sahiplerinin malvarlıklarına geçirilene kadar dağıtımı yapılacak kâr payı miktarı, şirketin malvarlığına aittir<sup>65</sup>. TTK geçici m. 13 ile anonim şirketin genel kurul aracılığıyla malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkını kullanmasına, dolayısıyla üzerinde tasarruf edebilme yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Bununla birlikte TTK geçici m. 13/2 uyarınca kanuni düzenlemenin yürürlük tarihinden (17.04.2020) önce yapılmış bir genel kurul toplantısında alınan kâr dağıtım kararı üzerine, pay sahiplerine 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin yapılacak *ödemelerin ertelenmesi* ise pay sahiplerinin alacak haklarına bir sınırlama getirmektedir. Genel kurulun kâr dağıtımına karar vermesiyle birlikte pay sahiplerinin kâr payı hakları "*alacak hakkına*" dönüşmekte ve alacak haklarının, anayasal mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmesi için gelecekteki kazancın çoktan kazanılmış ya da icra edilebilir bir talep niteliğinde olması gerekmektedir<sup>66</sup>. Bu bakımdan söz konusu düzenleme Anayasa m. 35 hükmü kapsamında hem anonim şirketin hem de pay sahiplerinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirilebilecektir.

Anayasa m. 35 uyarınca mülkiyet hakkı yalnızca kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabilir. Sınırlandırılmasının sınırının tespiti için Anayasa m. 13'te belirtilen "*hakkın özüne dokunmama*" ve "*ölçülülük*" ilkelerinin dikkate alınması gereklidir. TTK geçici m. 13 hükmünü Anayasa m. 13 ve m. 35 hükümleri çerçevesinde değerlendirecek olursak, hükümde getirilen sınırlamaların öncelikle kanuni bir düzenleme ile getirildiği görülecektir.

---

görüşümüzü burada yinelemekte fayda görmekteyiz. Bu konuda farklı bir görüş için bkz. **Tiryaki/Çakır**, Geçici m. 13; **Tiryaki/Çakır**, Sermaye Şirketleri.

<sup>64</sup> **Kendigelen/Çonkar**, s. 209; **Tiryaki/Çakır**, Sermaye Şirketleri.

<sup>65</sup> **Kendigelen/Çonkar**, s. 209.

<sup>66</sup> Alacak hakkının güncel ve icra edilebilir nitelikte olması; diğer bir ifade ile koşula bağlı olmaması gereklidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz**, Burak: Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa İnsan Hakları Konseyi, Ankara 2018, s. 78.

Bunun yanı sıra hükmün gerekçesine bakıldığında da anlaşılacağı üzere tüm dünyayı etkisi altına almış olan salgın hastalık (COVID-19) döneminde sermaye şirketlerinin özvarlıklarını korumak ve tedbirli davranmak amacıyla kâr payı dağıtımına kısıtlama getirildiği için ilgili düzenlemenin kamu yararı<sup>67</sup> gözetilerek öngörüldüğü anlaşılmaktadır. TTK geçici m. 13'te öngörülen sınırlamalar, Anayasa m. 13 bakımından hakkın özüne dokunmamaktadır. Ancak ölçülülük ilkesi<sup>68</sup> açısından hükmün yerindeliği incelendiğinde, bazı sorularla karşılaşmaktadır<sup>69</sup>.

Ölçülülük ilkesi kapsamında TTK geçici m.13 incelendiğinde, kanuni düzenlemede öngörülen sınırlamalar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin, diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesi çerçevesinde orantılılığın sağlamış olması gereklidir. TTK geçici m. 13'te kâr payı dağıtım miktarı (2019 yılı net dönem kârının %25'ine kadar) için azami bir sınır öngörülmüştür<sup>70</sup>. Bu kısıtlamanın 30.09.2020'ye kadar sınırlı bir süreyle uygulanacağı ve bu sürenin Cumhurbaşkanı tarafından 3 ay süreyle uzatılıp kısaltılabileceği öngörülmüştür. Kanuni düzenlemenin yürürlük tarihinden önce alınmış genel kurul kararları bakımından ise alacak hakkında dönüşmüş kâr paylarının ödenmesi 30.09.2020 tarihine ertelenmiştir. Bu itibarla söz konusu sınırlamaların uygulama süresinin belli bir süreyle sınırlandırılmış olması ve tamamen bir kısıtlama öngörmek yerine azami bir orana kadar dağı-

<sup>67</sup> Kamu yararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz**, s. 132 vd.; **Kendigelen/Çonkar**, s. 213-215.

<sup>68</sup> Ölçülülük ilkesi araç ile amaç arasındaki ilişkinin makul, ölçülü bir seviyede tutulması olarak tanımlanabilir ve içeriğinde şu üç alt ilkeyi barındırmaktadır: sınırlamada başvuru olan araç ile sınırlama amacının ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması (*orantılılık*), sınırlandırmayı sağlayan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması (*elverişlilik*) ve bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmaması (*gereklilik*) şeklinde ifade edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2020, s. 549 vd.

<sup>69</sup> Anayasal temel hak ve hürriyetlere bir müdahale söz konusuysa ve bu müdahale hukukilik testinden sonra meşru amaç testini de geçtiyse, müdahalenin kamunun çıkarları ve hakkı sınırlanan bireyin çıkarları arasında adil bir denge kurup kurmadığı yahut başvurucuya ölçüsüz ve aşırı bir külfet yüklenip yüklenmediği incelenecektir. Mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarının esastan çözümünde de genellikle bu aşamaya odaklanılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz**, s. 6-7, 141 vd.; Ayrıca bkz. **Kendigelen/Çonkar**, s. 210-213.

<sup>70</sup> Kanuni düzenlemeden istisna tutulan şirketleri düzenleyen GMT m. 5 hükmünde, bazı şirketlerin dağıtabilecekleri kâr payına azami bir sınır (en çok 120 bin TL veya borç miktarına kadar gibi) getirildiği görülmektedir (GMT m. 5/1-a ve m. 5/2). Bu sebeple yukarıda belirtilen hususlar, GMT hükümleri için de geçerlidir. GMT hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. II. B. 3.



tımın yapılabilecek olması amaç ve araç arasındaki dengenin sağlanması açısından uygundur. Ancak ilgili düzenleme ölçülülük ilkesiyle çelişen bazı önemli sorunları da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim anonim şirketlerin kâr dağıtımında aslında yalnızca bir önceki yıla ait kâr değil, geçmiş yıllara ait kârlar da dahil olmak üzere elde edilen tüm kâr dikkate alınır<sup>71</sup>. Böyle bir durumda 2019 yılında kâr elde etmeyen ve TTK m. 13 uyarınca geçmiş yıllardan elde ettiği kârı da dağıtamayan fakat ekonomik açıdan oldukça iyi durumda olan şirketlerin tüm kâr dağıtımları yasaklanmış olmaktadır. Bu durumda hüküm orantılı değildir. Ayrıca bu hüküm şirketler arasındaki dengeyi de bozmaktadır. Nitekim dağıtımına izin verilen oranın sadece 2019 yılı net dönem kârını esas alması yerine şirketin geçmiş yıllardan oluşan kârlarını da dikkate alarak genel durumuna göre belirlenmesi orantılılık açısından çok daha yerinde olurdu.

TTK geçici m. 13 ile kâr payına getirilen sınırlama, esasında her bir şirket açısından söz konusu amacı gerçekleştirmeye uygun, diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesi açısından elverişli bir araç değildir. Türkiye’de var olan sermaye şirketlerinin her biri farklı pay sahipliği yapısı ve farklı bir finansal yapıya sahiptir. Bu nedenle tek bir düzenleme ile sermaye şirketlerinin kâr payı dağıtımını kararlarına kısıtlama getirilmesi, aslında sermayenin şirkette kalmasını sağlarken dağıtılacak sermayeye ihtiyacı olan pay sahibi konumundaki birçok şirketin ve gerçek ve tüzel kişinin krizin etkilerine daha fazla maruz kalmasına neden olabilecektir. Türkiye’de pay sahipliği yapısı incelendiğinde görülecektir ki şirketler genelde aile şirketlerinden oluşmaktadır<sup>72</sup>. Küçük ölçekli aile şirketlerinde şirketin dağıttığı kâr payı, pay sahiplerinin temel gelir kaynağı olabilmektedir. Bu kârın dağıtılmasının yasaklanması durumundaysa, bu gelire ihtiyacı olan pay sahipleri zor durumda kalabilecektir. Piyasadaki küçük ve orta ölçekli şirketlerin birçoğu, grup şirketleri şeklinde organize olmaktadır ve tüm grubun işleyişi grup içerisinde gelir aktarımı yapılması şeklinde gerçekleşebilmektedir. TTK geçici m. 13 hükmüyle grup içerisinde kâr elde eden şirketlerin kâr dağıtımını sınırlandırılırken, ekonomik krizden etkilenen diğer şirketlerin ise finansal sıkıntı içerisine girmeleri gündeme gelebilecektir. Yine benzer şekilde holding çatısı altında organize olan büyük ölçekli şirketler açısından da kâr eden şirketin kârının, ekonomik krizden etkilenen ana şirkete aktarılması ve bunun zor

<sup>71</sup> Kâr payı dağıtımını hakkında bilgi için yukarıda bkz. I. A.

<sup>72</sup> **Eroğlu**, Muzaffer/**Ararat**, Melsa: “Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı ve Türkiye’deki Geleneksel Yapılanmaların Şirket Performansına Etkisi”, 30 Haziran 2017, s. 9 vd.; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3009739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009739) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

durumda olan diğer şirketlerin sermayesini güçlendirmek için kullanılması ihtiyacı gündeme gelebilir. Böylesi durumlar da kanuni düzenleme ile kâr dağıtımının sınırlandırılması beklenen pozitif etki yerine negatif etki yaratabilir ve bu nedenle de ulaşılmak istenen amaca yönelik elverişli bir araçtan söz edilemez. Bununla birlikte pandemi sürecinde bazı sektörlerdeki şirketler (elektronik alışveriş vb.) ise kârlılık oranlarını artırmıştır. Bu durumda elde edilen bu kârların şirketlerde âtil kalması yerine, dağıtılması yoluyla ekonomiye girdi olarak kullanılması ihtimali, ele alındığında bu müdahalenin ölçüsüz olduğu değerlendirilebilir.

Ayrıca kanunda öngörülen kâr payı dağıtım sınırlamasının, sermaye şirketleri tarafından arkasının dolanılması da mümkün görünmektedir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanması yoluyla<sup>73</sup> veya şirketle başka sözleşme ilişkileri kurarak buradan bir kazanç elde etmeleri ya da pay sahiplerine aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları sebebiyle ücret ödenmesi gibi formlerle şirketin özvarlıklarının dağıtılabilmesi mümkün olduğu için geçici m. 13 ile beklenen hedefe ulaşılamaması muhtemeldir.

Sermaye şirketlerinde ekonomik kararların alınması ve sürdürülebilirlik açısından her bir şirketin kriz karşısındaki durumunun değerlendirilmesi, iyi kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde şirketin yönetim kurulu ve yöneticilerinin görevidir<sup>74</sup>. Bu durumda her bir şirketin yöneticisi özen yükümü kapsamında krizin etkilerini azaltmak için çaba harcamakla, gerekli tedbirleri almaya yükümlüdür. Nitekim her bir şirketin kendi özel durumuna göre başta şirketin menfaati olmak üzere pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahip-

<sup>73</sup> Anonim şirketlerde pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı TTK m. 358'de düzenlenmektedir. Hükme göre, pay sahipleri *sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe* ve *şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça* şirkete borçlanamazlar. İlgili hükümde öngörülen şirket kârına dair şart, şirketin kâr dağıtılabilme koşullarıyla benzerlik taşımaktadır. Kâr dağıtılabilmek için de şirket kâr elde etmiş olsa dahi, geçmiş yıl zararları karşılanmadan kâr dağıtımı yapılamaz. Bu şekilde hesap edilen kâra net dönem kârı denilir ve pay sahiplerine kâr payı net dönem kârından dağıtılır. Bu sebepten ötürü şirket elde ettiği yıllık net dönem kârını, TTK geçici m. 13 çerçevesinde kısıtlamalara tabi şekilde dağıtmak yerine, TTK m. 358'teki koşulları sağlayan pay sahiplerinin borçlanmasına imkân tanıyabilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bora**, Sevda: Şirkete Borçlanma Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 82 vd.

<sup>74</sup> Kurumsal yönetim ilkeleri hakkında ayrıntı için bkz. **Paslı**, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2005, s. 13 vd.; **Eminoğlu**, Cafer: Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 14 vd.; **Eroğlu**, Muzaffer: "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem", Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, 2014, s. 31-71.

lerinin çıkarlarını düşünerek kararlar alınması, yöneticiler açısından önemli bir yükümlülüktür. Şirket özvarlıklarının korunması yalnızca kâr payının dağıtılıp dağıtılmamasıyla ilişkili bir durum olmayıp, şirketin işleyişindeki tüm süreçleri ilgilendiren bir durumdur ve bu nedenle pandemi sürecinde de şirketin yönetimini en iyi yönetim kurulu ve yöneticiler bilebilecek konumdadır. Ekonomik açıdan şirketin sürdürülebilirliği açısından en iyi kararın alınabilmesi için de yöneticilerin iş adamı kuralı (business judgment rule)<sup>75</sup> çerçevesinde takdir hakkını kullanabilecek esnekliğe sahip olmaları gerekir. Ayrıca şirketlerin sermayesinin ve özvarlıklarının korunmasını hedefleyen pek çok hüküm zaten TTK'da mevcuttur. Tüm bu hususlar birlikte ele alındığında genel kurulun kâr payı dağıtımının sınırlandırılması, şirket sermayesini ve özvarlıklarını korumak yerine bu dengeyi bozacak potansiyele sahiptir ve ölçülülük ilkesi açısından gereklilik koşulunu sağlamamaktadır.

TTK geçici m.13 hükmü ile anonim şirketin iradesini oluşturan genel kurul kararlarına doğrudan bir müdahale söz konusudur. Kâr payı hakkı, her ne kadar bir yönüyle vazgeçilmez nitelikte bir hak olsa da esasen genel kurulun iradesine bağlı (şarta bağlı) bir haktır<sup>76</sup>. Anonim şirketin temel amacını ve pay sahiplerinin en önemli haklarından birisini oluşturan kâr payının dağıtımı için ortakların genel kurulda takdir yetkilerini kullanmaları gerekmektedir. Bu nedenle genel kurulun kâr dağıtımına karar vermediği hallerde, pay sahiplerinin kâr dağıtımını yapılmasını talep ettikleri davalarda Yargıtay, mahkeme tarafından genel kurulun yerine geçerek dağıtım kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>77</sup>. Bu duruma rağmen ortakların genel kurulda oluşturacağı iradeye, diğer bir ifadeyle genel kurulun takdir yetkisine TTK geçici m.13 hükmüyle bir müdahale söz konusudur. Bu açıdan ilgili düzenleme ölçülülük ilkesi çerçevesinde gereklilik koşulunu sağlamamakla birlikte, genel kurulun iradesine bu şekilde müdahale edilmesi sebebiyle

<sup>75</sup> İş adamı kuralı (business judgment rule) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, İsmail: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", BATİDER, C. XXII, S. 3, 2004, s. 85-96; **Yaşar Bozkurt**, Sevgi: Anonim Şirketlerde İş adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulaması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 129 vd.; **Özdemir**, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 117 vd.

<sup>76</sup> Bu konu hakkında yukarıda bkz. I. A.

<sup>77</sup> 11. HD. 21.03.2016, E. 2015/8238, K. 2016/3141: "...kâr payı dağıtılması konusunda karar vermeye genel kurulun yetkili olduğu, pay sahibinin kâr payına haksız müdahale edilmesi halinde kârın ödenmesinin mahkemeden talep edilmesine imkan sağlayacak yasal bir dayanak bulunmadığı.... gerekçesiyle, davanın reddine..."; 11. HD. 14.03.2016, E. 2015/6939, K. 2016/2769 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi 03.07.2020); aksi görüş için bkz. **Aydoğan**, s. 123 vd.

Anayasa m. 48’de düzenlenen sözleşme ve girişim özgürlüğüyle de çelişki içerisindedir. Sonuç olarak özellikle beklenmedik bir ekonomik krizden çıkabilmek için şirketlerin kaynak kullanımlarında esnek olabilmeleri oldukça önem taşırken, bu konuda esnek olamayan bir yapı öngörmek faydasından çok zarara sebep olabilecek niteliktedir. Bu nedenlerden ötürü anonim şirketler özelinde tüm sermaye şirketleri bakımından, TTK geçici m. 13 hükmünün amaca ulaşmak için kullanılabilir orantılı, elverişli ve gerekli bir araç olmadığı noktalarında Anayasa m. 13 ve m. 35 uyarınca mülkiyet hakkına ve m. 48 bakımından girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık taşınması yönünden tartışmaya açılacağı kanaatindeyiz<sup>78</sup>.

TTK geçici m.13 ile sermaye şirketlerinin kâr payı dağıtım kararlarına sınırlama getirilmiştir. Bununla birlikte ilgili düzenleme tüm sermaye şirketleri için cari değildir, kamu iştiraki olan bazı şirketler kapsam dışında bırakılmıştır. Kanuni düzenlemeye göre *devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler* hakkında bu kanun hükmü uygulanmayacaktır. Sermaye şirketleri arasında neden bu şekilde bir ayırım yapıldığına dair bir açıklama kanunun gerekçesinde yer almamaktadır. Salgın hastalığın ekonomi üzerindeki etkilerinin ciddileşmesi halinde meydana gelebilecek bir darboğaz döneminde, kanunda belirtildiği şekilde kamu iştiraki olan şirketler tarafından kamuya kaynak aktarımı imkanının engellenmek istenmemesi, bu ayırımın nedeni olarak belki ileri sürülebilir<sup>79</sup>. Ancak söz konusu düşünce dahi yapılan ayırımın haklılığını göstermemektedir, zira salgın hastalık da söz konusu ayırımın haklılığını kanıtlanma noktasında etkili değildir. Bu şekilde istisna tutulan bu şirketler ile onların pay sahipleri lehine haklı gerekçeleri olmayan bir menfaat sağlandığı görülmektedir. Böylece kamu iştiraki olan şirketler ilgili sınırlamadan istisna tutulurken, özel teşebbüs niteliğindeki diğer şirketlerin bu sınırlamalara tabi olmaları Anayasa m. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesine<sup>80</sup> aykırılık taşımaktadır.

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. **Akın**, Kâr Payı Dağıtımı; **Başaran Yavaşlar**, s. 12-13.

<sup>79</sup> *Tiryaki ve Çakır*, yukarıda belirtilen gerekçeyi ileri sürmelerine rağmen TTK geçici m. 13’te yapılan ayırımın, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin çok cüzi miktarlarda pay sahibi oldukları ve kalan payların özel sektöre ait olduğu sermaye şirketleri açısından bu düzenlemenin açık bir adaletsizlik oluşturacağını belirtmektedirler. Söz konusu görüş için bkz. **Tiryaki/Çakır**, Sermaye Şirketleri.

<sup>80</sup> Anayasa m. 10 kapsamında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmektedir. Eşitlik ilkesi gereğince herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulmaması gereklidir. Bu

Ayrıca kanuni düzenlemenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen GMT'nin 5. hükmünde, özel teşebbüs niteliğindeki bazı şirketlerin de hükmün uygulamasından istisna tutulmalarına imkân tanınmaktadır. Bu durumda kamu iştiraki olan şirketler kanuni düzenlemenin kapsamından doğrudan istisna tutulurken, özel teşebbüs niteliğindeki şirketler bakımından ise yalnızca belli koşulları taşıyanlara bu istisnadan yararlanma imkânı getirilmiştir<sup>81</sup>. Ancak bu hükümde de bazı pay sahiplerinin bazı alacaklılarını korumak amacıyla Anayasa m. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesini zedeleyici nitelikte birtakım düzenlemelere yer verilmektedir. Bu hüküm uyarınca sermaye koyma borcundan kaynaklı olan alacaklılar, kredi sözleşmesinden kaynaklı alacaklılar gibi bazı alacaklıların özel olarak korunduğu görülmektedir<sup>82</sup>. Kanaatimizce sermaye alacaklısı veya kredi borcu alacaklısı ile diğer alacaklılar arasında ayırım yaratılmasının açıklanabilir bir gerekçesi yoktur. Yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda hem kanuni düzenlemenin hem de tebliğ hükümlerinin, Anayasa'ya aykırılık açısından bazı noktalarda tartışmalar yarattığı kanaatindeyiz. Bu nedenlerden ötürü kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı sebebiyle, “*dava yolu*” (*soyut norm denetimi*) veya “*itiraz yolu*” (*somut norm denetimi*) kullanılarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkündür<sup>83</sup>. Ticaret Bakanlığı tarafından ülke çapında uygulanmak üzere çıkarılan GMT hükümleri hakkında, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılması gerekir (2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/1-c).

konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Karan**, Ulaş: “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.32, 2015, s. 237, 248 vd.

<sup>81</sup> Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. II. B. 3

<sup>82</sup> Örneğin şirketin pay sahiplerinden mal veya hizmet sağlamış bir kişi veyahut pay sahibinden kira alacaklısı olan bir kişi, TTK geçici m. 13 uyarınca kar dağıtımına alacağı sınırlandırıldığı için ekonomik açıdan zor duruma düşen pay sahibinden borçlarını tahsil edemeyecektir. Fakat aynı koşullar altında GMT m. 5/1-b ve c hükmüne göre pay sahibinin sermaye koyma borcundan kaynaklı alacaklıları ve yine pay sahibinin kredi borcundan kaynaklı alacaklı konumundaki bankalar, bu hüküm uyarınca diğer alacaklılara nazaran korunmuş olmaktadır. Zira ilgili tebliğ hükmü ile borçlu konumdaki pay sahiplerinin şirketleri kâr payı kısıtlamasından muaf tutulacağı için pay sahipleri kâr paylarını alabilecek ve yalnızca hükümde geçen borçlular borçlarını ödeyebileceklerdir.

<sup>83</sup> **Gözler**, s. 749; *Başaran Yavaşlar*, makalesinde TTK m. 13 hükmünün anayasaya aykırılık taşıyacak mahiyetteki noktalarına değindikten sonra, böyle bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinde, mahkemenin bu düzenlemeyi Anayasa m. 48/2 anlamında “*milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını*” sağlayacak bir tedbir olarak değerlendirmesinin ihtimal dahilinde olduğunu belirtmiştir. İlgili görüş için bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 13 ve dn. 18.

#### ***d. Vergisel Boyutu Açısından Değerlendirilmesi***

Vergi hukuku bakımından anonim şirketler belirli bir faaliyet dönemi sonunda elde ettikleri kâr üzerinden 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) uyarınca kurumlar vergisi ödemekle mükelleftirler. Bu vergi miktarı düşüldükten sonra kalan tutar üzerinden pay sahiplerine kâr payı dağıtımı söz konusu olmakta ve pay sahipleri de kendilerine dağıtılan kâr payı üzerinden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK) gelir vergisi ödemekle yükümlü tutulmaktadır<sup>84</sup>. Bununla birlikte şirket kâr dağıtmama kararı olarak, dağıtılmayan kârları sermayeye ekleyebilir veya şirket bilançosunda öz sermayenin bir unsuru olarak “geçmiş yıl kârları” hesabında biriktirebilmektedir. Bu durumlarda şirketin ve pay sahiplerinin herhangi bir vergisel yükümlülüğü gündeme gelmemektedir<sup>85</sup>. Bu nedenlerden ötürü genellikle şirketler (özellikle de kurumsallaşmamış şirketler) elde ettikleri net dönem kârını ve/veya geçmiş dönemlere ait kârı dağıtmak yerine, şirket bünyesinde tutulmasına karar vererek kârı dağıtmamayı bir çeşit vergiden kaçınma yolu olarak görmektedirler<sup>86</sup>.

TTK geçici m. 13 hükmünde sermaye şirketlerinin kâr dağıtımı için azami bir sınır öngörülmüş ve geçmiş yıllara ait kârlar ile serbest yedek akçelerden dağıtım yapılamayacağı emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle uygulamada çoğu şirketin vergiden kaçınmak amacıyla aldıkları kâr dağıtmama kararlarına, ilgili düzenlemeyle ne yazık ki meşru bir zemin kazandırılmakta ve kötü niyetli uygulamalara açık bir alan yaratılmaktadır<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> **Ateşagaoglu**, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 261 vd.; TTK geçici m. 13’ün öngördüğü kâr payı sınırlamasına uyulmamasının vergi bakımından sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 9 vd.

<sup>85</sup> GVK m. 94/6. b-i’nin parantez içi hükmünde “kârın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımı sayılmaz” denilmek suretiyle, dağıtılmayarak sermayeye ilave edilen kârlar vergilendirmeye konu edilemezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateşagaoglu**, s. 214 vd.; **Korhan, Gökhan/Ak**, Emrah: “Vergi Kanunları Açısından Geçmiş Yıl Karları ve Vergilendirilmesi Hususunda Mevcut Sorunlar”, (*Geçmiş Yıl Kârları*), <http://www.alomaliye.com/2014/03/04/vergi-kanunlari-acisindan-gecmis-yil-karlari-ve-vergilendirilmesi-hususunda-mevcut-sorunlar/> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<sup>86</sup> Şirketlerin kâr dağıtımını yapmayıp bunu ilgili hesapta bekletmeleri veya sermayeye eklemeleri, ilk bakışta sermayenin güçlenmesi açısından olumlu gibi gözükse de belli bir seviyeden sonra öz kaynakların aşırı şişmesine sebep olmaktadır. Bkz. **Korhan/Ak**, Geçmiş Yıl Kârları.

<sup>87</sup> Kötü niyetli uygulamalara örnek olarak uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, dağıtılmayan kâr geçmiş yıl kârları hesabına aktarılmakta ve pay sahiplerine gizli kâr dağıtımı yapılarak stopajdan kaçılmaktadır. Bu durum vergi ziyana yol açmakta, şirketin öz kaynaklarının fiili durumuyla paralellik göstermemesine ve bilançonun yanıltıcı olmasına neden olmaktadır. Bkz. **Korhan/Ak**, Geçmiş Yıl Kârları.

Ekonomik açıdan sıkıntılı günlerin yaşandığı pandemi sürecinde, şirketlerin özvarlıklarını korumayı amaçlayan bu düzenleme, amacını gerçekleştirmekten oldukça uzak görünmektedir. Ayrıca kâr dağıtım kararıyla birlikte devlete ödenmesi gereken vergilerin de bu düzenleme nedeniyle ödenememesi devletin vergi kaybını gündeme getirmektedir.

### *e. TTK'ya Müdahale Açısından İncelenmesi*

TTK hükümleri özel hukuk hükümleri üzerine kurulmuş ve sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kural olarak kişilerin özgür iradelerine göre hareket etmelerine dayanan bir sistem öngörmektedir. Nitekim bütün şirketler özünde sözleşme ilişkileri üzerine kurulmuştur. Bu ilişkide daha en başta şirket sözleşmesi oluşturulurken ortakların sözleşme serbestisine göre hareket etmeleri ve esas çerçevesinde ilişkilerini düzenlemeleri esastır. Ancak ticaret şirketleri ve özellikle de ekonominin temelinde yer alan sermaye şirketleri bakımından sözleşme serbestisi ilkesinin sınırsız bir şekilde uygulanması söz konusu değildir. Bu ilkeyi sınırlandıran pek çok emredici ve tamamlayıcı hükme TTK'da yer verildiği görülmektedir. TTK sitemindeki düzenlemelerin temel amacı, anonim şirketin işleyişi için etkin bir düzenleme sistemi kurmak ve bununla birlikte bu işleyişte zayıfları korumaktır. Diğer bir deyişle TTK düzenlemelerinin asıl hedefi, tüm katılanlar arasında dengeli bir işleyişi sağlamak ve güçlü olanlar karşısından zayıfların korunmasını sağlamaktır. Bu yapılırken oluşturulan sistemin bir bütün halinde değerlendirilmesi oldukça önem taşımaktadır. Bu nedenle de TTK'nın emredici ve tamamlayıcı hükümlerinin bir bütün halinde, birbirleriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu dengenin bozulması gerek kanun tarafından kurulan sisteme gerekse de sözleşme serbestisi ilkesi gereği esas sözleşme, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarıyla her bir şirketin özelinde oluşturulan şirketin işleyişine önemli zararlar verebilir.

TTK geçici m. 13 hükmü her ne kadar yalnızca sermaye şirketlerinin kar dağıtımına ilişkin ve kısa bir süre için öngörülmüş olsa da anonim şirketlere dair tüm hükümlerin uygulanmasına ilişkin etkiler doğurabilecek niteliktedir. TTK'nın anonim şirketlere dair hükümleri incelendiğinde esas sözleşmenin düzenlenmesi sırasında kuruculara, daha sonra sözleşmede değişiklik yapılması durumunda ise genel kurula emredici hükümlere uymak koşuluyla esasen oldukça önemli serbestlikler tanınmıştır. Bu hususlardan en önemlisi esas sözleşmeyle imtiyaz oluşturulmasıdır (TTK m. 478). İmtiyaza konu edilebilecek hususlardan birisi de kâr payı imtiyazıdır ve bu imtiyazla bazı pay sahiplerine kâr payından imtiyazlı yararlanma hakkı verilmektedir. TTK geçici m. 13 hükmüyle ise birlikte kâr payı dağıtımına sınır getirilmiştir

ve bu durum imtiyazlı pay sahipleri bakımından oldukça önem taşımaktadır. Ancak kanuni düzenleme ve GMT hükümlerinde imtiyazlı pay sahiplerinin durumu hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Görüldüğü gibi ilgili düzenleme öngördüğü kısıtlama ile aslında önemli bir sorun yaratmaktadır.

TTK'da öngörülen birçok hükmün genel amaçlarından birisi de pay sahiplerini ve azınlık pay sahiplerinin haklarının korunmasıdır. Türkiye'de ortaya çıkan en önemli uyuşmazlıklardan birisi şirketin kâr ediyor olmasına rağmen, çoğunluğun genel kurulda aldığı kâr dağıtmama kararlarıyla azınlığı zor durumda düşürmesidir. İşte kar dağıtımını sınırlayan TTK geçici m. 13 çoğunluk karşısında azınlıkta kalan pay sahiplerini, özellikle de kriz ortamında maddi kaynağa ihtiyacı olan pay sahiplerini daha da zor durumda bırakabilecek niteliktedir.

TTK'nın anonim şirketler hükümlerinde sermayenin korunması ilkesine çok geniş bir şekilde yer verilmektedir. Birçok hükümde sermayenin korunmasına yönelik anonim şirkete ve yönetim kuruluna yükümlülükler yüklenmiştir. TTK'daki sermayenin korunmasına yönelik ve emredici nitelikte olan hükümlerin yanında yönetimin, şirket sermayesinin ve öz kaynaklarının korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Sermayenin şirkete getirilmesi aşamasından şirketin faaliyetlerini yürütmeye başlaması ve son bulması aşamasına kadar ki tüm süreçte pek çok sermayeyi koruyucu hüküm bulunmaktadır. Bütün bu hükümler iç içe geçmiş olup birbirini destekleyici niteliktedir. TTK'da genel kurulun kâr dağıtım kararının sınırlarına ilişkin mevcut hükümleri de sermayenin korunması ilkesi amacına yönelik olarak öngörülmüştür<sup>88</sup>. Hal böyle iken mevcut hükümlerle öngörülen sınırlamaların, şirketin özvarlıklarının korunması amacıyla tekrar sınırlandırılması faydadan çok, oluşabilecek muhtemel sorunlar nedeniyle zarara neden olabilir.

Ekonomik kriz zamanlarında TTK, SerPK ve kurumsal yönetim ilkelere göre hareket edilmesi önem arz etmektedir. Aslında son yıllarda kurulmaya çalışılan modern şirketler hukuku sistemi bu kriz zamanlarında şirketlerin iyi yönetilmesi hedefiyle kurgulanmaktadır. Unutulmamalıdır ki iyi yönetilen şirketler tüm topluma fayda sağlayacağı için kamusal menfaat de sağlayacaktır. Bu nedenle de TTK geçici m. 13 ile kâr dağıtımının sınırlandırılması yaratacağı uyuşmazlıklar ve sorunlar ile elde edilmesi düşünülen menfaatlerden daha fazla soruna neden olabilecek niteliktedir.

<sup>88</sup> Ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. I. A.



Kanaatimizce kar dağıtım kararının bu şekilde sınırlandırılması özel hukuk ilkeleri üzerine kurulmuş şirketler hukuku sisteminin dengesini bozacağı için getiriş amacına ulaşmaktan uzak olduğu gibi, TTK ile kurulmuş dengeyi de zedeleyeceği için yaratacağı sorunlarla şirketlere ve pay sahiplerine zarar verecek niteliktedir.

### III. TTK GEÇİCİ MADDE 13 VE TEBLİĞ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

#### A. Aykırılığın Genel Kurul Kararının Geçerliliğine Etkisi

##### 1. Genel Kurul Kararının Butlanması

Anonim şirket genel kurul kararlarının, şirketin bütün ilişkilerini kapsayan doğrudan veya dolaylı etkilerini gösterebilmeleri için hukuken mevcut ve geçerli olmaları gereklidir. Bu kararların mevcudiyeti için gerekli olan şekli şartlar ile içerik bakımından geçerlilik şartları, kanun koyucu tarafından şirketin, azınlığın, şirket alacaklılarının ve müstakbel pay sahiplerinin hak ve çıkarları ile kamu düzeninin diğer gerekleri göz önünde bulundurularak kanun hükümleriyle belirlenmiştir<sup>89</sup>. Kararların meydana gelişi veya içeriği açısından kanununa, kanunun emredici hükümlerine, esas sözleşmeye veya kamu düzenine ya da dürüstlük kuralına aykırılık taşımaması gerekir, aksi halde bu kararlar hukuken sakatlanırlar ve bu sakatlık, ihlal edilen hukuk kuralının niteliğine göre iptal edilebilirlik (TTK m. 445-446), butlan (*kesin hükümsüzlük*) (TTK m. 447 ve TBK m. 27), yokluk veya askıda hükümsüzlük şeklinde meydana gelebilir<sup>90</sup>.

TTK geçici m. 13 hükmünün yürürlük süresi içinde bu hükme aykırı şekilde alınan genel kurul kararı hukuken sakattır. Belirttiğimiz üzere ilgili düzenleme emredici niteliğe haiz bir ticari hükümdür<sup>91</sup> ve kanunun emredici hükümlerine aykırı genel kurul kararlarının, TBK m. 27/1 ve TTK m. 447 uyarınca butlan veya TTK m. 445'te düzenlenen "*kanuna aykırılık*" sebebiyle iptal edilebilirlik açısından değerlendirilmesi gerekir. Zira kanun her emredici hükmüne aykırılık, her zaman butlana neden olmaz<sup>92</sup>. Butlan

<sup>89</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 23 vd.

<sup>90</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 23 vd.; Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016, s. 1 vd.

<sup>91</sup> Hükmün emredici niteliği hakkında yukarıda bkz. II. B. 5. a.

<sup>92</sup> Emredici hükümlere aykırı genel kurul kararlarının hükümsüzlük türünün tespiti için hükmün niteliğine bakılmalıdır. Moroğlu, emredici hükümleri, kesin emredici ve nispi emredici hükümler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. *Kesin emredici hükümler*, doğrudan

sebepleri, genel bir hüküm niteliğinde TBK m. 27’de düzenlenmiş ve bu itibarla kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan genel kurul kararlarının batıl olduğu kabul edilmiştir. Ticari emredici hükümler özelinde düzenlenen ve TBK m. 27/1’i teyit eden TTK m. 1530/1 hükmünde, ticari hükümlerle yasaklamış bulunan işlemlerin ve şartların, aksine özel bir hüküm olmadıkça batıl olacağı yinelenmektedir<sup>93</sup>. Bu genel butlan sebepleri anonim şirketlerin genel kurul kararlarına ilişkin olarak özel ve somut bir düzenleme şeklinde TTK m. 447’de düzenlenmiş ve genel kurulun, pay sahiplerinin kanunen vazgeçilmez nitelikteki temel haklarını (*genel kurula katılma, asgari oy ve dava hakkı vb.*) sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarının kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran veya anonim şirketin temel yapısını bozan ya da sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlarının batıl olduğu ifade edilmiştir<sup>94</sup>.

doğruya kamu düzenine ve çıkarlarına ilişkin bulunan, uyulması ve uygulanması hiçbir suretle pay sahiplerinin arzu ve takdirlerine bağlı olmayan hükümlerdir. Anonim şirketin temel niteliklerine ya da şirket alacaklılarının çıkarlarının ve sermayenin korunmasına ilişkin bulunan hükümler kesin emredici nitelikte kabul edilmektedir ve bu hükümlere aykırı kararlar butlanla sakattır. Bununla birlikte pay sahiplerinin özel çıkarlarını koruyan (*nisbi emredici*) hükümlere aykırı kararlar ise iptale tabidir. Bu bakımdan TTK m. 447/1-a ve b bentlerinde sayılan pay sahiplerinin haklarını kaldırmayan, sınırlamayan ve somut, münferit bir olayda bir defalık ihlal eden genel kurul kararlarının iptal edilebilir kararlar olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 63 vd., 150-155; **Karasu**, s. 73 vd.; **Korkut**, Ömer: 6102 Sayılı TTK’na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 102-103, 109; aksi yönde görüş olarak **Kırca**, TTK m. 447’de sayılan hususlardan herhangi birinin ihlalinin münferit veya sürekli nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın aykırılığın butlan yaptırımına tabi olduğunu, özellikle de anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunmasına ilişkin emredici hükümlere aykırı olan her genel kurul kararının butlanla sakat olacağını belirtmektedir. Bu hususların dışında kalan, münhasıran mevcut pay sahiplerinin çıkarlarını koruyan emredici hükümlerin ihlalinin ise iptal sonucunu doğuracağını ifade etmektedir. Bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 74-78 vd.; TTK m. 447 ve TBK m. 27 anlamında emredici hükümler haricinde kalan TTK hükümlerine aykırılığın TTK m. 445 uyarınca iptale tabi olacağı yönünde bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 722e, s. 597 ve N. 733, s. 601.

<sup>93</sup> **Kaya**, Arslan (**Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Nomer Ertan, Füsün**): Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 112-113; **Sayın**, Hediye Bahar: Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 65.

<sup>94</sup> Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümleri kesin emredici hükümlerdendir ve bu nedenle de TTK m. 447/1-c bendinde bu hususlara aykırı genel kurul kararlarının kesin olarak batıl olacağı öngörülmüştür. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 63 vd., 155-157; 11. HD. 26.06.1978, E. 2647, K. 3428: “...*kamu*

İptal edilebilirliği düzenleyen TTK m. 445 hükmünde ise kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir<sup>95</sup>. Bu anlamda TTK geçici m. 13 hükmü incelendiğinde, bu düzenleme sermaye şirketlerinin özvarlıklarının korunması amacıyla şirketin kâr payı dağıtımını sınırlandırarak, esasen salgının ülke ekonomisi üzerindeki etkilerini azaltmaya çalışan ve böylelikle kamunun yararını gözeten, kamu düzenine ilişkin emredici niteliğe haiz ticari bir hükümdür. Bu sebeplerden ötürü kamu düzenine ilişkin olarak, emredici nitelikte sermayenin korunması amacıyla düzenlenen bu hükmüne aykırı şekilde alınan genel kurul kararlarının, TTK m. 447/1-c bendine aykırılık sebebiyle butlanla sakat (kesin hükümsüz) olacağı kanaatindeyiz<sup>96</sup>. TTK geçici m. 13 bakımından butlana yol açacak aykırılık halleri; geçmiş yıl kârları ve/veya serbest yedek akçelerden kâr dağıtımı yapılması ya da genel kurulun yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi vermesidir. Bu hususlar kanuni düzenlemede kesin olarak yasaklanmıştır ve bu hükümlere aykırı kararlar kesin hükümsüzdür. 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde 25'ine kadar dağıtım yapılabileceği kısıtlamasına aykırılık taşıyan genel kurul kararları bakımından ise *kısmi butlan* gündeme gelebilecektir<sup>97</sup>.

Butlan, bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte, genel geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması sebebiyle ilgili hukuki işlemin batıl olmasıdır<sup>98</sup>. TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık nedeniyle batıl olan genel kurul kararı, alındığı tarihten itibaren geçersizdir ve kararı, geçersiz kılmak için bir dava açılması veya beyanda bulunulmasına ihtiyaç yoktur; zira kendiliğinden hükümsüzdür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 106 uyarınca hukuken korunmaya değer güncel bir yararı olan herkesin bu geçersizliği bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürebilmesi ve kararının hükümsüz-

*düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olan bu hükümlere aykırı olarak alınan...kararları mutlak olarak geçersizdir. Bu geçersizliğin saptanması için açılacak davada TTK'nun 381 inci (6102 sayılı TTK m. 445) maddesindeki üç aylık süreyi ve koşulları aramaya gerek yoktur.” (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 156 ve dn. 261). Bu hüküm sınırlı sayı (numerus clausus) niteliği taşımamakta, belirtilen nedenlere benzer durumlar da butlan nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz. Kırcı (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 50 vd.; Karasu, s. 80-86; Bahtiyar, s. 200 vd.*

<sup>95</sup> İptale tabi genel kurul kararları hakkında ayrıntı bilgi için bkz. Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 189 vd.; Kırcı (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 54 vd.; Bahtiyar, s. 203 vd.

<sup>96</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. Dural, Geçici m. 13; Başaran Yavaşlar, s. 14-15.

<sup>97</sup> Kısmi butlan hakkında aşağıda bkz. III. A. 2.

<sup>98</sup> Oğuzman/Barlas, s. 223.

lüğünün tespiti için dava açılabilmesi mümkündür<sup>99</sup>. TTK geçici m. 13 hükmüne aykırı kâr dağıtım kararının genel kurulda oybirliği ile alınması ihtimalinde, pay sahipleri karara muhalefet etmemiş olsalar dahi, iptal davasından farklı olarak, butlanın tespitini isteyebilirler ve bu durum davanın kabulüne engel olmayacaktır<sup>100</sup>. Pay sahipleri dışında batıl kararı uygulamak durumunda kalacak olan yönetim kurulu veya münferiden kurul üyeleri, bunların dışında şirket alacaklıları ve hatta Ticaret Bakanlığı, hukuken korunmaya değer güncel bir yararın bulunması şartıyla butlanın tespiti davası açılabilmesi mümkündür<sup>101</sup>. Salgın hastalık dönemine özgü olarak öngörülmiş geçici m. 13 hükmüne aykırılığı öğrenen Ticaret Bakanlığı, genel kurul kararının butlanının tespitini mahkemeden isteyebilecektir.

## 2. Genel Kurul Kararlarının Kısmi Butlanı

Emredici ticari hüküm niteliğindeki TTK geçici m. 13 hükmü, 17.04.2020 ila 30.09.2020 tarihleri arasında yapılacak genel kurul toplantılarında 2019 yılına ait net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebileceğini öngörerek, kâr dağıtımını bakımından üst bir sınır getirmiştir. Bu bakımdan genel kurulda kanunen öngörülen en

<sup>99</sup> Halka kapalı şirketlerde ilgili kararın butlanının ileri sürülmesi için azami bir süre söz konusu değilken, HAAO'lar için SerPK m. 92/1-b hükmü uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu'nun açacağı butlanın tespiti davası beş yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 289-290; Ayrıca butlanın tespiti davası yerine genel kurul kararının iptali davası açılmış olsa bile, hâkim davada butlanı re'sen gözetecek ve onun gereklerine göre karar verecektir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 175, 180-181; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 272 vd.

<sup>100</sup> Bu noktada tek sınır, TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılmasıdır. Yargıtay kararlarında, genel kurulda karara olumlu oy veren pay sahibinin, aslında butlanın varlığını bilmesine rağmen menfaati icabı uzun süre ses çıkarmayıp, hesaplayamadığı bir sonuç gerçekleştiğinde kararın butlanını talep etmesi halini hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmektedir. Bkz. 11. HD. 17.02.2003, E. 8620, K. 1197 (**Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 185); **Bahtiyar**, s. 203.

<sup>101</sup> Butlanın tespiti davasını pay sahipleri, yönetim kurulu veya münferiden kurul üyeleri, yöneticiler, iflas idaresi, alacaklılar, intifa hakkı sahipleri, tahvil sahipleri, bağımsız denetçi, bankalar açısından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Sermaye Piyasası Kurumu, Ticaret Bakanlığı ve hatta rakipler dahi hukuken korunmaya değer güncel bir yararı olmak kaydıyla açabilirler. Hukuki yarar şartı, özellikle üçüncü kişilerin açacakları butlanının tespiti davasında önem taşır, zira pay sahipleri, yönetim kurulu ve münferiden yönetim kurulu üyelerinin açtıkları tespit davalarında, peşinen bu kişilerin hukuki yararının bulunduğu kabul edilir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 176-177; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 272-273; **Korkut**, s. 182 vd.

yüksek sınırı aşacak şekilde kâr payı dağıtım kararının alınması ihtimalinde, kanaatimizce TTK m. 1530/1 hükmü uyarınca kısmi butlan gündeme gelmeli ve kâr dağıtım kararı azami sınıra kadar hukuken geçerli, bu sınırı aşan aşkın kâr dağıtımına ilişkin kısmı ise batıl olarak kabul edilmelidir<sup>102</sup>.

Bir hukuki işlemin yalnızca bir kısmını geçersiz sayarak, geriye kalan hükümleriyle ayakta tutmaya “*kısmi butlan*” denilir. Bu durum, hukuki işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve diğer kısmı geçerli saymanın tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü durumlarda söz konusu olmaktadır<sup>103</sup>. Esasen sözleşmeler bakımından TBK m. 27/2’de öngörülen kısmi butlanın, diğer hukuki işlemler bakımından da uygulanabileceği ve bu nedenle çok taraflı bir hukuki işlem niteliğindeki anonim şirket genel kurul kararları açısından da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>104</sup>. Ancak benzer bir düzenlemeyi ticari hükümler özelinde öngörmesi sebebiyle TTK m. 1530/1 hükmünün, anonim şirket genel kurul kararları bakımından uygulanması gerekir. Bu hükme göre kanunun veya yetkili makamların kabul ettiği en yüksek sınırı aşan sözleşmeler belirtilen en yüksek sınırdan yapılmış sayılacak, edimlerin aşkın ve geçersiz olan kısmından hareketle sözleşmenin tamamıyla batıl olduğu iddiası ileri sürülemeyecek (*bu halde TBK m. 27/2’nin ikinci cümlesi uygulanmayacaktır*) ve aşkın kısmın ifa edilmiş olması halinde hata ile yapılmış olup olmamasına bakılmaksızın iade istenebilecektir<sup>105</sup>. Görüleceği üzere ilgili düzenleme özellikle olağanüstü durum-

<sup>102</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **Dural**, Geçici m. 13.

<sup>103</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 229; **Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 49, 145; **Sayın**, s. 65.

<sup>104</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 173; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, C. 2/2, s. 276; **Kırkbeşoğlu**, s. 86-89 vd.; benzer şekilde yönetim kurulu kararları bakımından da uygulanabileceği yönünde bkz. **Sayın**, s. 65.

<sup>105</sup> TTK m. 1530/1 hükmünün gerekçesinde hükmün amacı açıklanmamış, yalnızca eTK m. 1466’nın tekrarı olduğu belirtmiştir. Mülga hükmün gerekçesine göre, savaş veya olağanüstü hallerde ekonomik birtakım nedenlerle belirli bazı mallar veya ödenecek paralar hakkında en yüksek sınır öngörülebileceği, bu durumda en yüksek sınırı aşan işlemlerin yalnızca sınırı aşan kısmının hükümsüz sayılarak işlemin, bu hükmün koruma amacına uygun olarak en yüksek sınırdan yapılmış olduğu kabul edilecektir. Bkz. TBMM Adliye Encümeni Mazbatası, 6762 Sayılı TTK Gerekçesi, s.426-427 (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>) (Erişim Tarihi 03.07.2020); 11.HD. 23.5.1978, E. 1978/2652, K. 1978/2717: “...buradaki amaç, ekonomik sıkıntı içinde bulunan tarafın bunun etkisi ile en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul etmesini önlemek ve böylece ekonomik hayatın ölçülü ve düzenli bir şekilde cereyanını temin etmektir. Bundan dolayıdır ki; yasa koyucu, butlan hükmünün mutlak şekilde uygulanmasını, korunmak istenen tarafın menfaatine uygun bulmamış ve en yüksek haddin aşılması halinde mukavelenin ancak en yüksek had üzerinden yapılmış

larda zayıf olan tarafı korumak adına, yalnızca bazı malların fiyatlarına sınırlama getirilmesinden değil, ödenecek para borçları bakımından da sınırlama öngörülebileceğini ve bu şartlar altında işlemlerin en yüksek sınırdan yapıldığını kabul ederek ayakta kalmalarını sağlamayı hedeflemektedir. Bu nedenle ilgili düzenleme, pandemi sürecinde ekonomik sıkıntıların önlenmesi amacıyla öngörülen TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık taşıyan genel kurul kararları bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Burada doğrudan zayıf tarafın korunması söz değilse de şirketlerin sermayesinin korunması vasıtasıyla dolaylı olarak şirket alacaklılarının korunması söz konusudur.

Genel kurul kararları bakımından kısmi butlanın söz konusu olabilmesi için en temel şart genel kurulun kararının meydana getirdiği sonuçların bölünebilmesidir<sup>106</sup>. Bu duruma örnek olarak, yönetim kurulu üyelerinin en çok üç yıl için seçilebileceklerini düzenleyen TTK m. 362 hükmü verilmekte ve azami süreyi aşacak şekilde alınan genel kurul kararının bölünerek, kanunen kabul edilen azami süre bakımından kararın geçerli sayılacağı, aşkın süreye dair kısmının ise butlanla sakat olacağı ifade edilmektedir<sup>107</sup>. TTK geçici m. 13 bakımından öngörülen, 2019 yılına ait net dönem kârının yalnızca % 25'ine kadarının dağıtımına karar verilebileceği sınırlandırmasına aykırı şekilde aşkın kâr dağıtım kararı alınması halinde ise bu genel kurul kararı bölünecek ve azami sınıra kadar olan kısmı bakımından kâr dağıtım kararı geçerli olurken, kararın aşkın miktara ilişkin kısmı ise batıl olacaktır<sup>108</sup>. Bu sonucun kabulü hükmün öngörülme amacıyla uyum sağlamaktadır. Böylelikle kararın tamamının batıl olmasına nazaran, yalnızca aşkın kısmı batıl kılarak, şirket ve pay sahipleri arasındaki menfaatler dengesini sağlamak ve her iki taraf açısından da daha az zarar verici bir çözüm ortaya koymaktadır.

Kısmi butlanı, ilgili genel kurul kararının butlanının tespiti amacıyla açılan davada hâkim takdir edecektir<sup>109</sup>. Aslında tespit davalarında mah-

---

*sayılacağı esasını kabul etmiştir...*" (Kırkbeşoğlu, s. 176, dn. 65, s. 196 vd.); Kaya(Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Nomer Ertan), s. 112-113; Sayın, s. 65.

<sup>106</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 173; Kırkbeşoğlu, s. 83 vd.

<sup>107</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 174; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 276; Kırkbeşoğlu, s. 177; bu konuya dair örnekler için bkz. Kaya (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Nomer Ertan), s. 113; Kırkbeşoğlu, s. 296 vd.

<sup>108</sup> TTK geçici m. 13'e aykırı şekilde geçmiş yıl kârları veya serbest yedek akçelerden kâr dağıtımını yapılmasına yönelik kararlar ya da yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi veren kararlar, nitelik itibarıyla bölünemezler ve bu nedenle haklarında TTK m. 1530/1 uygulanamayacak ve tamamen batıl olacaklardır. Bkz. yukarıda III. A. 1.

<sup>109</sup> Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 276.

keme, davayı ya kabul eder ya da reddeder, ancak emredici hükümle öngörülen azami sınırlar bakımından TTK m. 1530/1 hükmünü göz önünde bulundurarak genel kurul kararının kısmi butlanına karar verilebilecektir.

### 3. Geçersiz Kâr Dağıtım Kararı Üzerine Haksız Dağıtılan Kârın İadesi Davası

TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık sebebiyle butlanla sakat olan genel kurul kararı, belli bir sürenin geçmesi veya geçersizliğe yol açan olgunun sonradan ortadan kalkmasıyla, başka bir ifadeyle ilgili hükmün yürürlükten kalkmasıyla birlikte geçerli hale gelmeyecektir. Bu batıl karara dayanarak yönetim kurulu tarafından pay sahiplerine yapılan kâr dağıtım işlemi de hukuken geçersiz olacak ve dağıtılan *haksız kârın* iadesi gerekecektir<sup>110</sup>. Haksız şekilde dağıtılan kârın iadesi bakımından TTK m. 512’de özel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri verme yükümlülüğü altındadır. Bu hüküm uyarınca iade borcunu doğuran şartlar: (1) pay sahiplerinin kötü niyetle haksız kâr dağıtım kararı almaları<sup>111</sup>, (2) kâr payı yönetim kurulunca dağıtılmış olmalı ve (3) kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararı mahkemece iptal edilmiş yahut yok hükmünde ya da kesin hükümsüz olmalıdır<sup>112</sup>.

TTK geçici m. 13 hükmüne aykırı genel kurul kararı bakımından haksız kârın iadesinin mümkün olup olmadığına bakıldığında, pay sahiplerinin kötü niyetle, diğer bir ifadeyle kâr dağıtım kararının kanunun emredici hükmüne aykırı olduğunu bilerek veya bilebilecek durumda olarak hareket etmeleri gerekmektedir<sup>113</sup>. Salgın hastalık sürecine özgü olarak öngörülmüş, TTK’ya

<sup>110</sup> Oğuzman/Barlas, s. 227.

<sup>111</sup> Kötü niyetin tespitinde TMK m. 3 uyarınca iyiniyet karinesi ele alınmalıdır. İyiniyet, “durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir engelin varlığının farkında olmamak” şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 251-261.

<sup>112</sup> TTK m. 512’nin uygulanabilmesi için öğretilde *Tekinalp*, pay sahiplerinin haksız ve kötü niyetle, genel kabul gören muhasebe ilkelerine uymaksızın düzenlenen bilançooya göre kâr dağıtımına karar vermelerini ve genel kurul kararının bu sebeple iptal edilmiş olmasını şart olarak aramaktadır. Ancak genel kurul kararının başka bir sebeple batıl olması halinde ise, burada pay sahipleri kötü niyetli olmasa dahi iade yükümlülüğünün doğacağını belirtmektedir. Çünkü TTK m. 512’de öngörülen kötü niyet, kârın haksız olmasıyla bağlantılıdır. Bkz. *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, N. 915a, N. 915b, N. 918, s. 704; haksız kârın iadesi hakkında ayrıca bkz. *Bilgin*, s. 95-96; *Canözü*, s. 148; *Geçgel*, s. 91.

<sup>113</sup> Bu konuda *Tekinalp*, kötü niyetle alınan kâr dağıtım kararının batıl olduğunu, bu yolda oy kullanan pay sahiplerinin de iyi niyetli olmadıklarını belirtmektedir. Örneğin, genel kurul çoğunluğunu oluşturan pay sahiplerinin bilançonun kanuna uygun olmadığını bil-

emredici ticari bir hüküm olarak eklenmiş bu düzenlemenin pay sahiplerinin bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamaları hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle genel kurulda kâr dağıtım kararını geçici m.13'e aykırı şekilde alan pay sahiplerinin, kanunu bilmediklerini ileri sürerek, iyi niyet iddialarının dikkate alınmayacaktır. TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılığı sebebiyle kesin hükümsüz olan genel kurul kararına dayanılarak yapılan kâr dağıtımı da haklı bir sebebe dayanmadığı için haksız kâr olarak nitelendirilecek ve böyle bir karara dayanarak yönetim kurulu tarafından dağıtımı yapılan haksız kârın TTK m. 512 uyarınca iadesini gündeme gelecektir<sup>114</sup>.

TTK geçici m. 13'e aykırılık sebebiyle açılacak TTK m. 512'deki iade davası, anonim şirket adına yönetim kurulu tarafından, kâr payını alan pay sahipleri ve intifa hakkı sahiplerine karşı açılacaktır<sup>115</sup>. Davada haksız şekilde dağıtımı yapılan kâr miktarı ve iade zamanına kadar işlemiş faizin ödenmesi talep edilecektir. Açılacak bu iade davası, haksız kâr dağıtımı sonucu paranın alındığı tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir (TTK m. 512/2).

## **B. Aykırılığın Tespiti ve Yaptırımı**

TTK geçici m. 13'e aykırı şekilde kâr dağıtım kararı alan ve/veya dağıtım yapan anonim şirketlerin tespitinin nasıl, kimler tarafından yapılacağı ve kanuna aykırılığın butlan dışında bir yaptırımı olup olmadığı önemli bir sorundur. Bu bakımdan Ticaret Bakanlığı ile ticaret sicili açısından konunun incelenmesi önem taşımaktadır.

### **1. Ticaret Bakanlığı'nın Denetim Yetkisi ve Yaptırım**

Ticaret Bakanlığı'nın ticaret şirketleri üzerindeki TTK m. 210 hükümünden kaynaklı denetim yetkisinin bu aşamada değerlendirilmesi gerek-

---

melerine rağmen karar almaları halinde, genel kurul kararının iyi niyetle alınmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 915a ve N. 918, s. 704; **Canözü**, s. 146.

<sup>114</sup> TTK geçici m. 13 hükmü açısından haksız kârın iadesinin vergisel sonuçları hakkında bkz. **Başaran Yavaşlar**, s. 15-16.

<sup>115</sup> Tasfiye aşamasında tasfiye memurları, iflas durumunda ise iflas yönetimi de ilgili davayı açabilecektir. Alacaklıların ise kural olarak bu davayı açma hakları yoktur, ama iflas yönetiminin talep hakkını alacaklılara devredebilme imkânı bulunmaktadır (İİK m. 245). Ancak öğretide bu davada iadesi talep edilecek kârın şirkete verilmesi koşuluyla, alacaklıların da iade davası açabilecekleri ileri sürülmektedir. Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, N. 918, s. 704 ve N. 921, s. 705; **Canözü**, s. 150-151.



mektedir. İlgili düzenlemeye göre ticaret şirketlerinin, TTK kapsamındaki işlemleri, Ticaret Bakanlığı'nca denetime tabidir. Yapılacak denetimin ilkelere ve usulü ile denetime tabi işlemlere dair Bakanlık tarafından "*Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik*" çıkarılmıştır<sup>116</sup>. İlgili yönetmelik m. 4 uyarınca Bakanlıkça yapılacak denetimin amacı; ticaret şirketlerinin TTK'ya ve TTK'ya dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygun işlem yapmalarını sağlamak olarak belirtilmiştir. Bu amaç doğrultusunda ise Bakanlıkça ticaret şirketlerinin kuruluşundan sona ermesine kadar gerçekleşen tüm işlemlerinin TTK'ya ve TTK'ya dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygunluğunun denetleneceği, uygunsuzlukların giderilmesi için rehberlik edileceği, cezai sorumluluğu tespit edilenlerin ise yetkili makamlara, hukuki sorumluluğu tespit edilenlerin de genel kurul gündemine alınıp görüşülmek üzere şirketin yönetim organına bildirileceği öngörülmüştür. Görüleceği üzere Bakanlık, TTK ve ona dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygunluğu denetler, uygunsuzlukları tespit eder ve düzeltilmesi için şirketlere rehberlik eder. Bu denetimin yaptırım yönü olarak ise Bakanlık, doğrudan hukuki veya cezai bir yaptırım uygulamaz, onun yerine denetim sonunca cezai sorumluluğu olanları ilgili makamlara, hukuki sorumluluğu olanları ise genel kurulda değerlendirilmek üzere şirketin yönetim kuruluna bildirir. Bu nedenle TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık halinde de Bakanlığın, bu şirketlere uygulanabileceği adli veya idari bir yaptırım söz konusu değildir<sup>117</sup>. Fakat Bakanlık, TTK gerekli şartlar oluşması halinde m. 210/3 uyarınca bazı koşullar altında bu şirketler hakkında fesih davası açma yetkisini kullanabilecektir.

TTK geçici m. 13'te kâr payı dağıtımı hakkında öngörülen sınırlamalara uyulup uyulmadığını Ticaret Bakanlığı, TTK m. 210 ve Yönetmelik m. 5/1-f, k ve l bentleri uyarınca denetleyebilecektir. Denetim sonucunda Yönetmelik m. 9/1-a bendine göre hazırlanacak teftiş raporu ile kanuni sınırlamaya veya yasaklamalara aykırı şekilde kâr dağıtım kararı alan anonim şirketler tespit edilebilecek ve bu şirketlere önerilerde bulunulabilecektir. Ticaret Bakanlığı, Yönetmelik m. 5/1-g uyarınca yönetim kurulunun da sorumluluğuna, görev ve yetkilerine yönelik işlemler hakkına denetim yapma

<sup>116</sup> RG. 28.08.2012, S. 28395.

<sup>117</sup> **Tiryaki/Çakır**, Geçici m. 13; bu konuyu cezai sorumluluğu düzenleyen TTK m. 562 hükmündeki adli ve idari para cezaları yönünden değerlendirecek olursak, söz konusu düzenleme yalnızca denetime engel olunması haline özgü olarak bir yaptırım öngörmektedir. Denetime engel olunmadığı, gerekli belgelerin denetim yetkililerine verildiği durumlarda, kanuna aykırı şekilde karar alan şirketlere herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün değildir.

yetkisine sahiptir. Bu hükümden yola çıkarak TTK geçici m. 13/2'e göre kanunun yürürlük tarihinden önce, kanuni sınırlamayı aşacak şekilde kâr dağıtım kararı almış ancak henüz dağıtıma başlamamış veya yalnızca kısmi ödeme yapmış anonim şirketlerin, kanuni sınırı aşan kısma ilişkin ödemeleri kanunen ertelenmesine rağmen, yönetim kurulu tarafından bu yasaklamaya aykırı şekilde kâr dağıtım yapıldığını, Bakanlık tespit edebilecektir. Belirtmemiz gerekir ki burada genel kurulun hukuken geçerli bir şekilde aldığı kâr dağıtım kararı söz konusudur, ancak kanunen öngörülen sınırı aşan ödemelerin ertelenmesi gerekirken, yönetim kurulunun kusurlu davranışı neticesinde kanuna aykırı bir dağıtım yapılmaktadır. Bu durum yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553 uyarınca hukuki sorumluluğunu gündeme getirecektir. Yönetmelik m. 4 uyarınca Bakanlık, hukuki sorumluluğu doğan yönetim kurulu üyelerinin genel kurul gündemine alınıp görüşülmesini isteyebilecektir.

TTK m. 210/3 hükmünde ise Ticaret Bakanlığı'na bazı koşullar altında ticaret şirketleri hakkında fesih davası açma yetkisi tanınmıştır. TTK m. 210/3 hükmü "*kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen ticaret şirketleri hakkında, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir*" şeklinde bir düzenleme içermektedir. Konumuz itibariyle salgın hastalık süreci ve süreçte ekonomi için ihtiyatlılık politikası çerçevesinde, tedbir amacıyla öngörülen kanun hükmünün kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir. Bu durumda kamu düzenine ilişkin olan TTK geçici m. 13 hükmüne aykırı şekilde kâr dağıtım kararı alan ve/veya bunu uygulayan yahut TTK m. 358 hükmü uyarınca ortakların şirkete borçlanması yoluyla söz konusu yasağı dolanan işlemler yapan anonim şirketler hakkında, Bakanlığın m. 210/3 uyarınca fesih davası açması mümkündür<sup>118</sup>. Bununla birlikte sermaye şirketlerinin özvarlıklarının korunması ve bu süreçte finansal yapılarının zarar görmemesi, bu kanun hükmü ile ulaşılmak istenen esas amaç iken, bu amaca ulaşmak için araç olarak TTK m. 210/3 hükmünün kullanılması uygun olmayacağı, amaç ile araç arasında önemli bir çelişki yaratacağı kanaatindeyiz<sup>119</sup>.

Bu noktada Ticaret Bakanlığı'nın Bakanlık Temsilcisi vasıtasıyla genel kurulun kanuna aykırı kâr dağıtım kararını denetlemesi gündeme gelebilir.

<sup>118</sup> Aynı yönde bkz. **Dural**, Geçici m. 13; **Başaran Yavaşlar**, s. 14.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. **Tiryaki/Çakır**, Sermaye Şirketleri; **Tiryaki/Çakır**, Geçici m. 13.

Ancak Bakanlık Temsilcisi, tüm genel kurul toplantılarına değil, BTY m. 32 uyarınca sayılan hususlara ilişkin genel kurul toplantılarına katılmak zorundadır. Kâr payı dağıtımını ilgili hüküm içerisinde yer almadığı için, ancak Bakanlık Temsilcisinin katılımı zorunlu olan hususların da görüşüleceği bir genel kurul toplantısında kâr dağıtım kararı alınırsa temsilcinin bu durumdan haberi olabilir. Bunun dışında TTK geçici m. 13 hükmünün arkasını dolanmak için sermaye azaltımı gibi bazı kararların alınması halini tespit edebilir. Ancak söz konusu durumlarda Bakanlık Temsilcisi yalnızca tespit ettiği hukuka aykırılıkları ve usulsüzlükleri, genel kurul toplantı tutanağına geçirtilir ve ilgililerle birlikte bu tutanağı imzalar (BTY m. 34). Bunun dışında ilgili kararın alınmasına engel olma veya şirkete yaptırım uygulama gibi bir yetkisi bulunmamaktadır.

## 2. Ticaret Sicili Açısından Kanuna Aykırılığın Denetimi

Bir hususun ticaret siciline tescil edilebilmesi için öncelikle bu hususun tescil edilebilir nitelikte olması gerekir. Tescile tabi hususlar hakkında ise TTK ve TSY'de tek ve genel bir hüküm öngörülmemiştir. Tescili gereken hususlar, TTK başta olmak üzere, diğer kanuni düzenlemeler ile TSY'de ayrıca ve özel olarak gösterilmektedir. TTK m. 32 ve TSY m. 34 uyarınca ticaret sicil müdürünün önemli görev ve yetkilerinden biri olan inceleme görevi, yalnızca tescile tabi hususları kapsamaktadır. Bununla birlikte ticaret sicil müdürü inceleme görevi kapsamında öncelikle şekli bir inceleme gerçekleştirerek tescili talep edilen hususların tescile tabi olup olmadıklarını tespit etmekte, tescile tabi olan hususlar hakkında ise maddi inceleme aşamasına geçerek kanuna uygun şekilde tescil işlemlerini gerçekleştirmektedir<sup>120</sup>.

Anonim şirketlerde genel kurul kararlarının tamamı tescile tabi değildir. Tescile tabi olan genel kurul kararları genel itibarıyla esas sözleşmeyi değiştiren, yönetim kurulu atanmasına ilişkin, genel kurul iç yönergesinin onaylanması, sermayenin artırılması veya azaltılması gibi kanunda ve mevzuatta açıkça sayılan hallerdedir<sup>121</sup>. Genel kurulun kâr dağıtım kararı (*ve benzer şekilde yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmesi kararı*) ise söz konusu niteliklere sahip bir karar değildir, bu nedenle tescil ve ilana tabi değildir<sup>122</sup>. Bu nedenle anonim şirket tarafından TTK geçici m.

<sup>120</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 358; Demirel, Duygu: Ticaret Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 111, 156 vd.

<sup>121</sup> Moroğlu, Hükümsüzlük, s.359; tescili zorunlu olan anonim şirket genel kurul kararları hakkında örnek bir sayım için bkz. Demirel, s. 139 ve dn. 467.

<sup>122</sup> Akın, Kâr Payı Dağıtım; Başaran Yavaşlar, s. 14.

13'e aykırı bir kâr dağıtım kararı alınmış olması ihtimalinde, ilgili kararı içeren genel kurul tutanağının noterce onaylanmış bir suretini yönetim kurulu, derhal ticaret sicil müdürlüğüne teslim edecek ve yalnızca tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususların tescil ve ilanını talep edecektir (TTK m. 422/2). Kanuna aykırı kâr dağıtım kararı, tescil ve ilana tabi bir husus olmadığından dolayı, yönetim kurulu bu hususun tescilini talep edemez ve TTK m. 32 uyarınca ticaret sicil müdürü veya memuru, bu kararın kanunun emredici hükümlerine uygun olup olmadığı noktasında maddi bir inceleme gerçekleştiremez. Bu nedenle sicil müdürünün, aşkın kâr dağıtım kararının kanunun emredici hükümlere aykırılığını tespit ederek, tescil ve ilandan imtina etmesi söz konusu değildir, zira bu karar belirttiği üzere tescile tabi değildir<sup>123</sup>.

TTK m. 422/2 uyarınca noterce onaylanmış genel kurul toplantı tutanağının kendisine teslimiyle birlikte ticaret sicil müdürü, genel kurul toplantı tutanağını şirket hakkında tutulan dosyaya kaldırarak muhafaza edecek ve TTK m. 35 hükmü uyarınca toplantı tutanağını ilgililerin incelemesine açık tutacaktır. Bu anlamda tescile tabi olmayan genel kurul kararlarının, şirket sözleşmesine ve kanunun emredici hükümlerine uygun alınıp alınmadığını sicil müdürünün incelemesi söz konusu değildir (TTK m. 32/3; TSY m. 34)<sup>124</sup>. Bu nedenle ticaret sicil müdüründen, kanuni görev ve yetkilerini aşacak şekilde tescile tabi olmayan bu kararı maddi incelemeye tabi tutması beklenemez<sup>125</sup>. Bu nedenle TTK geçici m. 13 hükmüne uygunluk denetiminin ticaret sicil müdürlüğü aracılığıyla sağlanması olanaklı değildir.

Ticaret sicil müdürü veya memuru, yetkilerini aşacak şekilde ilgili hükme aykırılığı tespit ederek kanuna aykırı kâr dağıtım kararını içeren genel kurul toplantı tutanağını teslim almak istemez yahut aynı genel kurulda tescile tabi bir karar söz konusu ise o hususun tescilini gerçekleştirmez ise sicil müdürlüğünün bu kararına karşı TTK m. 34 uyarınca, kararın tebliğinden itibaren sekiz gün içinde, sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edilebilir. Ayrıca sicil müdürlüğünün bu kararı, açıkça TTK m. 35 uyarınca açıklık ilkesine aykırılık

<sup>123</sup> Genel kurulun kâr payı dağıtım kararı tescil ve ilana tabi değildir, ancak ilgili kararın butlanının tespitine dair mahkeme kararının, TTK m. 450 uyarınca yönetim kurulu tarafından ticaret siciline tescil ettirilmesi ve şirketin internet sitesine koyulması gereklidir. Bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 358; **Demirel**, s. 138, dn. 466.

<sup>124</sup> Maddi inceleme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirel**, s. 160, 163 vd.

<sup>125</sup> Kâr payı dağıtım kararının tescile tabi olduğu, bu bakımdan ticaret sicil müdürü tarafından incelenerek, hukuka aykırılık sebebiyle tescil talebinin reddedileceği görüşü için bkz. **TÜRMOB**, Mevzuat Sirküleri; **Pekdiñer/Yılmaz**, Ticaret Bakanlığı Duyurusu.

teşkil edecektir ve ticaret sicilinin tutulmasından kaynaklanan bir zararın doğması halinde bu zarardan TTK m. 25/2 uyarınca Devlet ve ilgili odanın müteselsilen sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>126</sup>.

### C. Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

Yönetim kurulu TTK m. 375/1-f uyarınca, genel kurul kararlarını yürütmekle görevlidir. Bu nedenle yönetim kurulunun söz konusu görevini gereği gibi yerine getirmemesi, TTK m. 553 uyarınca kanundan kaynaklı yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle hukuki sorumluluğuna neden olacaktır. Fakat genel kurulun aldığı kararın yok hükmünde veya batıl olması ihtimalinde, yönetim kurulunun bu kararı uygulamakla yükümlü olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. Öğretide bu konu oldukça tartışmalı olmakla birlikte özellikle kararın yokluk ve butlanla sakat olduğu haller bakımından yönetim kurulunun ilgili kararı uygulamaması gerektiği, aksi durumun sorumluluğuna yol açabileceği ifade edilmektedir<sup>127</sup>. Bu durum konumuz itibariyle önem taşımaktadır, zira TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık taşıması nedeniyle butlanla sakat genel kurul kararları bakımından yönetim kurulunun sorumluluğunun üzerinde durulması gerekmektedir. Yönetim kurulu, kanunen genel kurulunun kararlarını uygulamakla yükümlü olsa da alındığı tarihten itibaren yok veya kesin hükümsüz olan bir kararı, kurulun uygulamakla yükümlü tutulmasını kabule imkân yoktur<sup>128</sup>. Çünkü böyle bir kabul, yönetim kurulunun hukuka aykırı genel kurul kararlarının uygulanmasından doğabilecek sorumluluklarını ortadan kaldıracaktır. Böylelikle yönetim kurulu her hareketini genel kurulun bir kararına dayandırarak, azınlığın, münferit pay sahiplerinin ve hatta şirket alacaklılarının sorumluluk iddialarından kurtulabilecektir. Bu nedenlerden ötürü yönetim kurulu tarafından butlanla sakat olan hukuka aykırı genel kurul kararlarının uygulanmaması, uygulanmadığı için de kurul üyelerinin sorumlu tutulmaması gerekmektedir<sup>129</sup>.

Salgın hastalık döneminde ekonomik alanda çok sayıda mevzuat değişiklikleri gündeme gelmiş ve kâr payına ilişkin sınırlandırmalar 7244 sayılı kanunla TTK'ya geçici m. 13 hükmü ile eklenmiştir. Bu bakımdan yönetim

<sup>126</sup> İtiraz prosedürü ve ticaret sicilinin tutulmasından kaynaklanan zararlardan devletin ve ilgili odanın sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirel**, s. 192-210, 279 vd.

<sup>127</sup> Öğretideki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 186-188.

<sup>128</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 187; **Çamoğlu**, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 59 vd.

<sup>129</sup> **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 188.

kurulunun tedbirli bir yöneticinin özeniyle ilgili düzenlemeyi bilmesi ve buna aykırı şekilde alınacak kararların geçersizliğinin gündeme geleceğini öngörmesi kendisinden beklenmelidir<sup>130</sup>. Bu nedenle genel kurul kâr dağıtımına dair karar alacağı zaman, pay sahiplerini durum hakkında yeterince bildirmesi gereklidir ve genel kurul toplantısını düzenlerken buna göre hareket etmelidir. Mesela kâr dağıtımında esas alınacak şirket bilançosunu hazırlarken ne kadara kadar dağıtım yapılabileceğini ne kadarını dağıtırlarsa emredici hükmün kapsamını aşacaklarını vb. gibi tüm hususlar üzerinde dikkatle durması kendisinden beklenmektedir. Yönetim kurulunun bu hesapları yapmaması, pay sahiplerini uyarmaması veyahut tüm çabalarına rağmen genel kurul kanuna aykırı şekilde kâr dağıtım kararını aldıysa, yönetim kurulu tarafından bu kararın icra edilmesi kurul üyelerinin TTK m. 553 uyarınca sorumluluğuna neden olacaktır. Zira yönetim kurulu üyeleri, genel kurulun kararlarını yürütürken TTK m. 369 uyarınca görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır. Yönetim kurulu kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyerek, TTK geçici m. 13 hükmüne aykırılık taşıyan batıl genel kurul kararına dayanarak kâr dağıtımını gerçekleştirse, TTK m. 512 uyarınca haksız kâr payı dağıtımını nedeniyle, TTK m. 553 uyarınca kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş oldukları için şirketin uğrayacağı zararları tazminle yükümlü tutulacaktır<sup>131</sup>. Bu noktada genel kurulun kararına dayanarak hareket etmiş olmaları, kurul üyelerini sorumluluktan kurtarmayacaktır.

TTK geçici m. 13 ve GMT m. 4 hükümlerinde yalnızca genel kurul kararlarına bir sınırlama getirilmemiş, kanunun yürürlük tarihinden (17.04.2020) önce yapılan genel kurullarda alınan kâr dağıtım kararlarının uygulanması bakımından ödemelerin erteleneceği öngörülmüştür. Ödemelerin ertelenmesi demek doğrudan doğruya yönetim kuruluna getirilmiş bir yasaklamadır ve genel kurulun kararını belli bir süreye kadar (30.09.2020) uygulamaması kendisinden istenmektedir. Görüleceği üzere burada hukuka uygun şekilde alınmış bir genel kurul kararı vardır ve TTK m. 375/1-f uyarınca yönetim kurulu bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Bu noktada TTK geçici m. 13/2'de ve GMT m. 4 uyarınca öngörülen erteleme/ödeme yasa-

<sup>130</sup> Kanuna aykırılığını fark eden veya aykırılık noktasında tereddütte düşen yönetim kurulu veya kurul üyelerinden her biri, kararın butlanının tespiti istemiyle dava açmalıdır. İlgili davalarda yönetim kurulunun görüşü alınarak TTK m. 449 uyarınca mahkemeden dava konusu kararın yürütülmesinin geri bırakılması da istenebilmektedir.

<sup>131</sup> **Çamoğlu**, s. 59 vd.; **Kırca**, s. 129 vd.; **Bahtiyar**, s. 299; **Canözü**, s.154; **Başaran Yavaşlar**, s. 14; **Dural**, Geçici m. 13; **Tiryaki/Çakır**, Sermaye Şirketleri.

ğına aykırılık, yasal yükümlülüklerini ihlal nedeniyle TTK m. 553 anlamında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olabilecektir.

#### IV. SONUÇ

Modern ekonomik yapılarda, şirketlerin varlıklarını korumak ve mali yapılarını sağlamlaştırmak adına kurumsal yönetim ve sürdürülebilirlik tartışmalarıyla şekillenen bir sistem üzerinde durulurken, Türkiye’de ise bu amaca ulaşmak için şirketlerin sermayesinin korunması amacıyla geçici bazı çözümler ele alınmaktadır. Ne yazık ki söz konusu çözümler, ilgili amaca ulaşmayı sağlayacak etkiyi sağlamakta yetersiz görünmektedir. Kanaatimizce özel hukuk temelli ilişkilere bu denli müdahaleler ile salt sermayenin korunması bakımından getirilen düzenlemelerle şirket yapılarının güçlendirilmesi yerine, halka açık olsun veya olmasın tüm anonim şirketler bakımından cari kurumsal yönetim ilkeleri benimsenmeli ve bu ilkelere uyum gözetilmelidir. Nitekim ekonomik açıdan tamamen farklı konumlarda olan her bir şirket kendi risklerini analiz etmeli ve ona göre hareket etmelidir. Bu durumda iyi yönetim ilkeleri üzerine kurulan gerek TTK gerekse de SerPK’daki kurallar aslında tam da kriz zamanlarında şirketlerin sürdürülebilirliklerini sağlamak için önem arz etmektedir. Kurumsal yönetim aslında şirket yöneticilerine ve şirketlere kararlarında özenli davranmalarını gerektirmenin yanında birçok diğer davranış yükümü ile birlikte şirketin, pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahiplerinin hakları gözetmesi yükümü getirmektedir. İşte bu durumda tek tip emredici ve esnek olmayan kurallar, kurumsal yönetimin sağlanması ve uzun dönem planlama yapılması için gereken takdir hakkındaki esnekliği ortadan kaldıracaktır. Bu durum şirket yöneticilerini takdir hakkı kullanan yöneticilerden ziyade mevzuat uygulayıcılarına dönüştürecektir ki, bu da aslında iyi yönetimin tam tersi sonuçların doğmasına neden olacaktır. Bunun yanı sıra anonim şirketler özel hukuk hükümlerine göre düzenlendikleri için şirketlerin özgürlük alanlarına bırakılmış hususlara müdahale, her bir şirket özelinde çok sayıda özel hukuk uyumsuzluğuna neden olabilecek düzeydedir.

Makale boyunca değindiğimiz üzere TTK geçici m. 13 ile uygulama esaslarını düzenleyen GMT hükümlerini, öngörülen amacı gerçekleştirmek konusunda yetersiz, anayasal haklara müdahale açısından oldukça sorunlu, öngörülen sınırlama ve yasaklamaları yumuşatmak açısından öngörülen istisnalar ile oldukça karmaşık bir sistem öngören, sorunlu bir dizi şekli kurallar zinciri olarak ifade edebiliriz. TTK’da öngörülmüş olan sermayenin korunması başta olmak üzere çok sayıda birbirini destekleyen ilkeye ve bu ilkelerin uygulama esaslarına, TTK geçici m. 13 hükmü ile müdahale edil-

mesi önemli sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra şirketlerin kâr payı dağıtımını kararlarına bu şekilde sınırlama getirilmesi, TTK'nın sistematiği açısından da sıkıntılıdır. Zira TTK'nın her bir hükmü birbirinin tamamlayıcısı konumunda olduğu için böyle bir müdahale, duvardaki köşe taşlarından birisini çıkarmak gibi bir etki yaratabilecektir. Bu nedenlerden ötürü bu tür müdahalelerin devam etmemesi, bu hususlardan kaçınılması gerektiği kanaatindeyiz.



### KAYNAKÇA

- Akın**, Murat Yusuf: “Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler”, (<http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Kâr Payı Dağıtımı*)
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul 1959.
- Ateşagaoglu**, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ayan**, Mehmet/**Ayan**, Nurşen: Medeni Hukuka Giriş, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Aydoğan**, Fatih: “Anonim Şirketlerde Kar Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 115-127.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Başaran Yavaşlar**, Funda: “Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı Sınırlaması/Yasağı ve Buna Uyulmamasının Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 380, Mayıs 2020, s. 9-18.
- Baysal**, Başak: “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, s. 475-503.
- Bilgin**, Yüksel: Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No:189, Ankara 1982.
- Birsel**, Mahmut T: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, İzmir 1973.
- Bora**, Sevda: Şirkete Borçlanma Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Çamoğlu**, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Canözü**, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Çonkar**, M. Halil: Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

- Demirel**, Duygu: Ticaret Sicili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Domaniç**, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulamaları, TTK Şerhi, C. II, İstanbul 1988.
- Dural**, H. Ali: “COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu’na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde ile Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar”, <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-ticaret-kanununa-eklenen-gecici-13-madde-ile-sermaye-sirketlerinde-kar-dagitimina-getirilen-sinirlamalar/> (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Geçici m. 13*)
- Eminoğlu**, Cafer: Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Eroğlu**, Muzaffer: “Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, Legal Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, 2014, s. 31-71.
- Eroğlu**, Muzaffer/**Ararat**, Melsa: “Yönetişim (Kurumsal Yönetim) Kalitesi Açısından İcra ve Kontrol İşlevlerinin Ayrılığı ve Türkiye’deki Geleneksel Yapılanmaların Şirket Performansına Etkisi”, 30 Haziran 2017, s. 1-12; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3009739](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009739) (Erişim Tarihi 03.07.2020).
- Eroğlu**, Muzaffer/**Demir**, Aybüke: “Anonim Şirkette Organlar Arası İşbölümü ve Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Aralık 2014, s. 79-99.
- Geçgel**, Ercan: Anonim Şirketlerde Kâr Payı Avansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Gemalmaz**, Burak: Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa İnsan Hakları Konseyi, Ankara 2018.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2020.
- Gürbüz Usluel**, Aslı: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.
- Helvacı**, Serap/**Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk, 4. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- İmregün**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989. (*Ortaklıklar*)

- İmregün**, Oğuz: “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 413-434. (*Kâr Payı*)
- Karan**, Ulaş: “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 32, 2015, s. 235-306.
- Karasu**, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncellenmiş 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Karslıoğlu**, Hasan: “Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2019, s. 181-227.
- Kendigelen**, Abuzer/Çonkar, Halil: “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 205-224.
- Kırca**, İsmail: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu”, BATİDER, C. XXII, S. 3, 2004, s. 85-96.
- Kırca**, İsmail/Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- Kırca**, İsmail/Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016.
- Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Korhan**, Gökhan/Ak, Emrah: “Vergi Kanunları Açısından Geçmiş Yıl Karları ve Vergilendirilmesi Hususunda Mevcut Sorunlar”, <http://www.alomaliye.com/2014/03/04/vergi-kanunlari-acisindan-gecmis-yil-karları-ve-vergilendirilmesi-hususunda-mevcut-sorunlar/> (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Geçmiş Yıl Kârları*)
- Korkut**, Ömer: 6102 Sayılı TTK’na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Karahan Kitapevi, Adana 2012.
- Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014. (*Hükümsüzlük*)
- Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018. (*Sermaye Artırımı*)

- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Özdemir**, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Pash**, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2005.
- Pekdiñer**, R. Tamer/**Yılmaz**, Abdüssamet: “Anonim Ortaklıkların 2019 Yılı Olağan Genel Kurul Toplantılarında Dağıtabilecekleri Kar Payı Oranına İlişkin Ticaret Bakanlığı Duyurusunun Değerlendirilmesi”, (<https://blog.lexpera.com.tr/anonim-ortakliklarin-dagitabilecekleri-kar-payi-oranina-iliskin-ticaret-bakanligi-duyurusunun-degerlendirilmesi/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Ticaret Bakanlığı Duyurusu*)
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2018.
- Sarıkaya**, Sinan: “Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler”, (<https://blog.lexpera.com.tr/covid-salgini-nedeniyle-ticaret-bakanliginin-duyurusu-uzerine-dusunceler/>) (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Kâr ve Kâr Payı Avansı*)
- Sayın**, Hediye Bahar: Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Seçer**, Öz: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkının Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- Sevi**, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Sümer**, Haluk Hadi: Hukuka Giriş, Kavramlar ve Kurumlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Tiryaki**, Cüneyd/**Çakır**, Rasim Can: “Sermaye Şirketlerinin 2020 Yılı İçerisinde Alacakları Kar Dağıtım Kararlarının Akıbeti - Türkiye ve Dünyadaki Genel Durum”, <http://www.ticaretkanunu.net/sermaye->

sirketlerinin-2020-yili-icerisinde-alacaklari-kar-dagitim-kararlarinin-akibeti/ (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Sermaye Şirketleri*)

**Tiryaki**, Cüneyd M./**Çakır**, Rasim Can: “Geçici Madde 13 İle Getirilen Kâr Payı Dağıtım Sınırlaması Üzerine Ek Değerlendirme”, <http://www.ticaretkanunu.net/gecici-madde-13-ile-getirilen-kar-payi-dagitim-sinirlaması-uzerine-ek-degerlendirme/> (Erişim Tarihi 03.07.2020). (*Geçici m. 13*)

**TÜRMOB**: Mevzuat Sirküleri, 03.04.2020/87, (<https://www.turmob.org.tr/ekutuphane/Read/69e64753-9b1d-495a-a3f9-06a504eb35e0>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

**Yanlı**, Veliye: “Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Düzenleme”, Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ocak 2014, s. 15-32.

**Yaşar Bozkurt**, Sevgi: Anonim Şirketlerde İş adamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulaması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

### **Elektronik Kaynaklar**

<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

<https://itb.org.tr/img/userfiles/files/Sermaye%20Şirketlerinin%20Kar%20Dağıtım%20hk.pdf?v=1586261692152> (Erişim Tarihi 03.07.2020).

(<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2812.pdf>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

(<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>) (Erişim Tarihi 03.07.2020)

(<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Te mel+Faaliyetler/Para+Politikası/Reeskont+ve+Avans+Faiz+Oranları>) (Erişim Tarihi 03.07.2020).

## KISALTMALAR

<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz. / bkz.</b>	: Bakınız
<b>BTY</b>	: Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliği
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas No
<b>eTK</b>	: 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>GMT</b>	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Geçici 13'üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği
<b>GVK</b>	: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
<b>HAAO</b>	: Halka Açık Anonim Şirket
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>İİK</b>	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
<b>İÜHFİM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar No
<b>KPAT</b>	: Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ
<b>KVK</b>	: 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
<b>KYİ</b>	: Kurumsal Yönetim İlkeleri
<b>m.</b>	: Madde
<b>N.</b>	: Numara
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SerPK</b>	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
<b>SPK</b>	: Sermaye Piyasası Kurulu

<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TD</b>	: Ticaret Dairesi
<b>TMK</b>	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
<b>TTK</b>	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>TÜRMOB</b>	: Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>VUK</b>	: 213 sayılı Vergi Usul Kanunu
<b>WHO</b>	: Dünya Sağlık Örgütü
<b>Y.</b>	: Yargıtay

## RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇA TEŞEBBÜS\*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787670>

**Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU\*\***

### Öz

*Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça teşebbüsün sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği kabul edilmektedir.*

*Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suça teşebbüs de cezalandırılmaktadır. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek fiilleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte; beddua, lanetleme, ölüm büyüsü yapma gibi sosyal açıdan tehlikeli olmayan hareketler Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır.*

*Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, “suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketlerin durdurulması” şeklinde düzenlenmiştir.*

*Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suç öncesi ve suç sonrası etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Suç öncesi etkin pişmanlık, genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Suç sonrası etkin pişmanlık ise bazı durumlarda cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Rusya Federasyonu, Ceza Hukuku, Suça Teşebbüs, İşlenemez Suç, Gönüllü Vazgeçme*

\* Bu çalışma, “Hüseynov, Emin: Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi (e-posta: [eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr](mailto:eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4196-2295>. (Makalenin Geliş Tarihi: 15.05.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 22.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 30.06.2020)



## CRIMINAL ATTEMPT IN THE CRIMINAL LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION

### **Abstract**

*It is accepted in the criminal code of Russian Federation that the criminal attempt is possible only with the direct intention.*

*The criminal attempt for the crime which cannot be committed is also penalized in accordance with the criminal code of Russian Federation. For instance, to give chalk powder to somebody to kill by assuming that the chalk powder is the posion or to shoot a dead body to kill by assuming that person is alive are penalized in accordance with the provisions for the criminal attempt. However, the actions which are not dangereous for social life such as curse, malediction or black magic are considered and penalized in the scope of the Article 14/2 of the Criminal Code of Russian Federation.*

*The voluntary waiver is regulated as the ‘stop the actions for preparation for crime or stop the actions aimed to commit the crime direct’ in the Criminal Code of Russian Federation.*

*The effective repentance conditions before and after the crime are stated in the Criminal Code of Russian Federation. The effective repentance before committing the crime is considered as the matter in mitigation for the general punishment. The effective repentance after committing the crime is considered as the reason to revoke the punishment in some cases.*

### **Keywords**

*Russian Federation, Criminal Law, Criminal Attempt, factual impossibility, Voluntary Waiver*

## GİRİŞ

Suç teşebbüs, ceza hukukunda suç teorisinin en önemli ve üzerinde en çok tartışılan kurumlarından biridir. Suça teşebbüsün hukuki niteliği, cezalandırılma nedeni, icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı, hazırlık hareketlerinin ve işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) hallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, suça teşebbüsün cezasının ne olacağı konularında değişik teoriler ileri sürülmüş, farklı ülkeler farklı sistemleri kabul etmişlerdir.

Suç teşebbüs konusunda Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (RFCK) ve Türk Ceza Kanunu (TCK) birbirinden farklı sistemleri kabul etmiş ve farklı hükümlere yer vermişlerdir. Örneğin işlenemez suç halleri ve kural olarak hazırlık hareketleri Türk ceza hukukunda cezalandırılmazken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suç halleri ve hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı görülmektedir.

Bu çalışmanın konusunu “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs” oluşturmaktadır. Çalışmanın Türk okuruna yönelik olması sebebiyle, çalışmada ayrıca RFCK’da yer alan teşebbüs hükümleri ile TCK’da yer alan teşebbüs hükümleri arasında karşılaştırmalar yapılmaktadır.

## I. SUÇA TEŞEBBÜSÜN TEORİK TEMELİ

### A. Suç Yolu

Somut oluşumu yönünden dikkate alındığında suçun, kural olarak, çeşitli aşamalardan geçerek gerçekleştiği görülür. Suçun oluşuncaya kadar geçilen bu aşamaların bütününe “suç yolu” denilir<sup>1</sup>. Bu yol düşünce, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanması aşamalarına ayrılabilir<sup>2</sup>.

Düşünce aşaması failin psişğinde oluşur ve suç işleme kararında son şeklini alır<sup>3</sup>. Bu aşamada, suç failin zihninde gerçekleşmektedir, henüz dış dünyaya yansımamıştır<sup>4</sup>. Türk ceza hukukunda olduğu gibi Rusya Federasyonu ceza hukukunda düşünce aşaması cezalandırılmamaktadır.

Suç işlemeye karar veren kişi, suç işlemek için araç veya alet elde etme, ortak arama, başkalarıyla anlaşma gibi suçun işlenmesine ortam yaratan bazı hareketleri gerçekleştirir. Bu tür hareketler, hazırlık hareketleri olarak

<sup>1</sup> **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku, Genel Kısım, 13. Baskı, Ankara 2009, s. 248.

<sup>2</sup> **Piontkovskiy**, Andrey: Kurs Sovetskogo Ugolovnoogo Prava (Sovyet Ceza Hukuku Dersleri), Tom 2 (Cilt 2), Prestupleniye (Suç), Moskva 1970, s. 403.

<sup>3</sup> **Toroslu**, s. 248.

<sup>4</sup> **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 305.

değerlendirilir. Türk ceza hukukunda hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır. Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmamakla birlikte, ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır<sup>5</sup>.

Hazırlık hareketlerinin sonra erip icra hareketlerinin başlanmasıyla birlikte teşebbüs sürecine girilmiş olur. TCK ve RFCK'da failin “doğrudan doğruya” suçun icrasına başlama anı, icra hareketi olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde icra hareketlerine başlayan fail, elinde olmayan nedenlerden dolayı suçu tamamlayamazsa, suça teşebbüs söz konusu olur.

Suçun varlığı için gerekli olan unsurların gerçekleşmesiyle birlikte ise suçun tamamlanma anı gerçekleşmiş olur<sup>6</sup>. RFCK'nın 29. maddesinde tamamlanmış ve tamamlanmamış suçun tanımı yapılmıştır. Buna göre; “1. Kişinin işlediği fiilde bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurları mevcutsa, suç tamamlanmış sayılır. 2. Suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suç sayılır”.

### B. Suça Teşebbüsün Hukuki Niteliği

Kanunilik ilkesine göre, faile ancak suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurları gerçekleştirilmesi halinde ceza verilebilir. Oysa suça teşebbüste, suç tamamlanmış değildir. Örneğin kasten öldürme suçunun kanuni tanımında “bir kimseyi kasten öldüren kişi, cezalandırılır” denilmektedir. Bir kimseye doğru ateşlenen mermilerin boşa gitmesi durumunda kasten öldürme suçunun tamamlandığı söylenemez<sup>7</sup>.

Ancak, suçla korunmak istenen hukuki değerlerin, tamamlanmamış olmasına karşın belirli niteliğe sahip eylemlere karşı da korunması gerekmektedir. Bu gereksinimden hareketle kanun koyucular suça yönelik olan tamamlanmamış eylemlerin de cezalandırılacağına ilişkin özel düzenleme-

<sup>5</sup> 17.06.2019 tarih ve N146-FZ sayılı Kanunla değiştirilen RFCK'nın 15. maddesine göre; üst sınırı 3 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı ve taksirli suçlar, *hafif suç* sayılır. Üst sınırı 5 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ile üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *orta dereceli suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ile üst sınırı 15 seneye kadar hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *ağır suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneden fazla hapis cezasını veya daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçlar ise *nitelikli ağır suç* sayılır. Dolayısıyla Rusya federasyonu ceza hukukunda üst sınırı 5 seneden fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara hazırlık cezalandırılmakta iken, üst sınırı 5 sene ve daha az hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

<sup>6</sup> İpekçioğlu, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 22.

<sup>7</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, İstanbul 1987, s. 405; Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 46.

lere gitmiştir<sup>8</sup>. Ceza kanunlarında suça teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik hükümler bulunmasaydı, suça teşebbüs cezalandırılmazdı<sup>9</sup>.

Manevi unsur açısından suça teşebbüs, tamamlanmış suçtan farklı değildir. Teşebbüs halinde kalan suç sadece maddi yönden eksik kalmıştır, çünkü suçun kanuni tanımındaki eylem ancak kısmen gerçekleşmiştir<sup>10</sup>.

Bir görüşe göre teşebbüs, tamamlanmış suçun bir parçası olmayıp, kendine özgü bir özerkliğe sahiptir. Teşebbüs hükümlerinin genel kısımda düzenlenmesinin nedeni, farklı suç tiplerine ilişkin olmasıdır. Teşebbüsün diğer suçlarla bağlantısını oluşturan esas nokta niyet ve sonuçtur. Ancak, teşebbüs tamamlanmış suç gibi, kendine özgü niteliğe sahip bağımsız bir suç oluşturmaktadır. Teşebbüse ilişkin hükümler, tamamlayıcı veya hafifletici niteliğe sahip değildirler. Teşebbüs halinde kalan suçun cezalandırılabilmesi için suçun tamamlanmış şeklinin tanımlandığı hükme başvurmak gerekli değildir<sup>11</sup>.

Bir başka görüşe göre teşebbüs, tamamlanmış suçun hafifletici nedenini oluşturmaktadır. Tamamlanmış suçta isnat edilen fiil ile teşebbüste isnat edilen fiil aynı olmakla birlikte, teşebbüs fiilinde bir azlık vardır. Bu nedenle teşebbüsün daha az ceza ile cezalandırılması gerekir<sup>12</sup>.

Bizim de katıldığımız ve doktrinde hakim olan görüşe göre ise teşebbüs bağımsız bir suç olmadığı gibi hafifletici neden de değildir. Teşebbüse ilişkin hükümler kendi başlarına bir anlam ifade etmemektedirler<sup>13</sup>. Bu hükümler ancak tamamlanmış suçun düzenlendiği norma bağlı olarak uygulanabilir bir nitelik gösterirler. Ceza kanunlarında başlı başına bir teşebbüs suçu bulunmamaktadır. Teşebbüs hükümleri suç tipinde gösterilen fiilin tamamlanmadığı olaylarda, failin hangi koşullar altında cezalandırılacağını açıklamaktadır<sup>14</sup>. Teşebbüs derecesinde kalan bir suç tipi, tamamlanmış suça ilişkin hüküm ile teşebbüse ilişkin hüküm olmak üzere iki normun bir araya

<sup>8</sup> **İçel**, Kayıhan/**Evik**, A. Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007, s. 236.

<sup>9</sup> **Kuznesova**, Ninel/**Tyajkova**, İrina (Ed.): Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (Cilt 1), Moskva 2002, s. 366.

<sup>10</sup> **Toroslu**, s. 252; **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 293-294; **Hafizoğulları/Özen**, s. 307.

<sup>11</sup> Bkz. **İpekçioğlu**, s. 32.

<sup>12</sup> Bkz. **Soyaslan**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 55.

<sup>13</sup> **Soyaslan**, s. 52.

<sup>14</sup> **Sözüer**, s. 46.

gelmesinden ortaya çıkmaktadır. Teşebbüse ilişkin hüküm, tamamlanmış suça ilişkin normları tamamlayıcı özelliğe sahip olup, bu normların cezalandırılabilme alanını genişletmektedir<sup>15</sup>. Teşebbüs, tamamlanmış suçun hafifletici nedeni değildir. Çünkü suça etki eden nedenlerin, suçun tipik şekline oranla daima bir fazlalığı ifade etmelerine karşın, teşebbüs bir azlığı ifade etmektedir<sup>16</sup>.

Cezayı hafifletici nedenleri düzenleyen RFCK'nın 61. maddesine bakıldığında da bunlar arasında suça teşebbüsün yer almadığı görülmektedir. Suça teşebbüs ve suça hazırlık halinde hükmedilecek ceza, RFCK'nın 66. maddesinde “*Tamamlanmamış suçtan dolayı belirlenecek ceza*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yüzden suça teşebbüs ve suça hazırlık durumunda tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmesine rağmen, suça teşebbüs ve suça hazırlık birer cezayı hafifletici neden değildir.

### C. Suça Teşebbüsün Cezalandırılma Nedenini Açıklayan Teoriler

#### 1. Objektif Teori

Objektif teoriye göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni suç tipiyle korunan konunun tehlikeye sokulmasıdır<sup>17</sup>. Tamamlanmış suçta, suçla korunmak istenen hukuki değerler ihlal edilirken, teşebbüste bu ihlal hukuki değerlerin tehlikeye sokulması şeklinde gerçekleşmektedir<sup>18</sup>. İcra hareketlerine başlanmadığı sürece suç tipiyle korunan hukuki değer için bir tehlike meydana gelmeyeceğinden, bu teoriye göre hazırlık hareketlerine ceza verilmez<sup>19</sup>.

Bu teoride suçlu irade dikkate alınmadığı için suçun objektif olarak gerçekleşmesi tehlikesinin doğmadığı hallerde faile ceza verilmez<sup>20</sup>. Dolayısıyla bu teoriye göre, mutlak elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) olarak adlandırılan eylemlere ceza verilmez<sup>21</sup>.

Objektif teori, suça teşebbüs halinde mutlak ceza indirim sistemini öngörmektedir<sup>22</sup>. Yine bu teoriye göre, icra hareketlerinin tamamlanmaması

<sup>15</sup> İpekçioğlu, s. 34.

<sup>16</sup> Toroslu, s. 256.

<sup>17</sup> Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 408.

<sup>18</sup> İçel/Evik, s. 237.

<sup>19</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s. 454.

<sup>20</sup> Soyaslan, s. 28.

<sup>21</sup> İçel/Evik, s. 237.

<sup>22</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 454.

(eksik teşebbüs) ile icra hareketlerinin tamamlanmasını (tam teşebbüs)<sup>23</sup> farklı cezalandırmak gerekir. Çünkü suçla korunmak istenen hukuki değer maruz kaldığı tehlike yakın veya uzak olabilir<sup>24</sup>.

Objektif teoriye göre, gönüllü vazgeçme ile suç öncesi etkin pişmanlığı da birbirinden ayırmak gerekir. Her ikisinde de vazgeçilmiş olsa bile, gönüllü vazgeçmede faile ceza verilmemeli, suç öncesi etkin pişmanlıkta ise faile ceza verilmelidir<sup>25</sup>. Yani icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçen kişi, teşebbüsten cezalandırılmayacak; buna karşılık, icra hareketlerini tamamladıktan sonra çaba göstererek neticenin gerçekleşmesini önleyen kişi, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

## 2. Sübjektif Teori

Sübjektif teori, suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini etkin ve hukukla çatışan iradeye dayandırmaktadır<sup>26</sup>. Bu teoriye göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin suç işlemeye yönelik dış dünyaya yansıttığı iradedir. Objektif teorinin aksine, bu teori sübjektif tehlikeliliği cezalandırma nedeni saymaktadır<sup>27</sup>. Bu nedenle, elverişsiz teşebbüs hallerinde de failin cezalandırılması gerekir ve ayrıca eksik-tam teşebbüs ayırımına gerek yoktur<sup>28</sup>.

Suçla korunan hukuki değer tehlikeye sokulmasını değil, failinin dışarıya yansıyan iradesini esas alması nedeniyle, bu teori hazırlık hareketlerine de ceza verilmesi sonucunu doğurarak, cezalandırma alanını genişletir<sup>29</sup>.

Sübjektif teori, suça teşebbüs halinde mutlak ceza indirim sistemi yerine, takdire bağlı indirim sistemini öngörmektedir<sup>30</sup>.

Sübjektif teoriye göre gönüllü vazgeçme ile suç öncesi etkin pişmanlık arasında bir fark gözetilmemelidir. Çünkü her iki durumda da fail suçun icrasına başladıktan sonra kendiliğinden suçtan vazgeçmektedir<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> 765 sayılı eski TCK'da bulunan eksik-tam teşebbüs ayırımı, yürürlükteki TCK'da bulunmamaktadır. Doktrinde bulunmakla birlikte, eksik – tam teşebbüs ayırımı RFCK'da da bulunmamaktadır.

<sup>24</sup> Soyaslan, s. 28-29.

<sup>25</sup> Soyaslan, s. 29.

<sup>26</sup> Koca/Üzülmez, s. 409.

<sup>27</sup> Bkz. İçel/Evik, s. 237.

<sup>28</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 454.

<sup>29</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 454.

<sup>30</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 454.

<sup>31</sup> Soyaslan, s. 31.

### 3. Karma Teoriler

Sübjektif teorinin cezalandırma sınırını aşırı bir şekilde genişletmesi, failin suç işleme iradesini esas alan, ancak bunu objektif ölçülerle tamamlayan karma teorilerin oluşmasına yol açmıştır<sup>32</sup>.

Bunlardan etki teorisine göre; suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, hem failin suç işleme iradesini açığa vurması, hem de hareketin hukuk düzeni açısından olumsuz bir etki yaratmış, toplumun huzur ve güvenini bozmuş olmasıdır<sup>33</sup>. Teşebbüsün cezai temeli, bir davranış normuna karşı çıkan, başka bir deyişle hukuka düşman iradedir; ancak bir teşebbüs sadece iradenin bir fiille açığa vurulmasının kamu düzenine olan güvenini sarstığı zaman ve hukuki güvenlik ve hukuki barış hissinin olumsuz etkilendiği zaman cezalandırmaya değerdir<sup>34</sup>.

Bu teoriye göre, hazırlık hareketleri hukuku sarsıcı etkiye sahip olmadıkları veya bu etkiyi çok yüzeysel, geçici olarak doğurdıkları için genellikle cezayı gerektirmemektedir<sup>35</sup>.

Etki teorisi taraftarları, elverişsiz teşebbüs hallerinin kural olarak cezalandırılması gerektiğini savunurlar. Buna göre, hukuki yararın somut olarak tehlikeye sokulmadığı durumlarda, söz konusu yararın koruma alanının rahatsız edilmesiyle ortaya çıkan etki, elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılan olayların da cezalandırılmasını gerektirir. Örneğin, failin kendinden habersiz olarak önceden boşaltılmış bir silahla, öldürmek amacıyla ateş etmesi durumunda somut bir tehlike yoktur. Ancak fail bu hareketiyle, insan hayatını koruyan hukuki yararın barış ve güvenlik içindeki konumunu rahatsız etmesinden dolayı cezalandırılmalıdır<sup>36</sup>.

Etki teorisi taraftarları, teşebbüste verilecek ceza bakımından, takdiri bir ceza indirimini önermektedirler<sup>37</sup>.

### 4. Türk Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

*“Suça teşebbüs”* başlıklı TCK'nın 35. maddesine göre, *“(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya*

<sup>32</sup> Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2015, s. 312.

<sup>33</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 455.

<sup>34</sup> Tozman, Önder: Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 29.

<sup>35</sup> Tozman, s. 30.

<sup>36</sup> Bkz. Sözüer, s. 113, 136.

<sup>37</sup> Bkz. Sözüer, s. 115.

*başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir”.*

Hazırlık hareketlerine ceza verilmiyor olması, teşebbüs için failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlamasının şart olması ve teşebbüste meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre indirimli ceza öngörülmesi TCK'nın objektif teoriyi benimsediğini göstermektedir<sup>38</sup>.

### 5. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

“Suçu hazırlık ve suça teşebbüs” başlıklı RFCK'nın 30. maddesine göre, “1. Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma, suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça hazırlık sayılır. 2. Sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olur. 3. Kişinin doğrudan suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketleri (hareketsizlik)<sup>39</sup>, suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça teşebbüs sayılır”.

Bu düzenleme nedeniyle, RFCK'nın teşebbüsün cezalandırılma nedeni bakımından sübjektif teoriyi benimsediği söylenebilir. Çünkü RFCK'da suça teşebbüsün yanında, hazırlık hareketleri ve işlenemez suç halleri de cezalandırılmaktadır.

Ancak Kanunda bu teorinin objektif ölçütlerle tamamlandığı da söylenebilir. Çünkü RFCK'da suça teşebbüsün tamamlanmış suçtan daha hafif bir ceza ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine Kanunda suça hazırlık, suça teşebbüsten ayrı düzenlenmiş ve suça teşebbüsten daha hafif bir ceza ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca Kanunda ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakla birlikte, hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmamaktadır. Bunun yanında RFCK'nın 14/2. maddesi nedeniyle, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hazırlık hareketleri de cezalandırılmamaktadır<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Koca/Üzülmez, s. 410; Centel/Zafer/Çakmut, s. 455.

<sup>39</sup> RFCK'nın 30/3. maddesinde geçen “hareketsizlik” terimi yerine Türk ceza hukukunda daha çok “ihmalî davranış” veya “ihmal” gibi terimler kullanılmaktadır.

<sup>40</sup> Suçun sosyal tehlikelilik özelliği ve RFCK'nın 14/2. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyinoğlu, Emin: “Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya



## II. SUÇA TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

### A. Sübjektif (Manevi) Unsur

Teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında manevi unsur bakımından bir fark bulunmamaktadır<sup>41</sup>. Teşebbüste aranan kast<sup>42</sup>, icrasına başlanmış olan suçu teşebbüs derecesinde bırakmak kastı olmayıp, söz konusu suçu tamamlamaya yönelik bir kasttır<sup>43</sup>.

Suçta teşebbüs, doğrudan kastla işlenen suçlar bakımından mümkündür. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 tarih ve 1 No.lu Genel Kurul kararında<sup>44</sup>, kasten öldürme suçuna teşebbüsün sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği belirtilmiştir<sup>45</sup>. Bu yüzden uygulamada olası

---

Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 76, Sayı 1, 2018, s. 132-139.

<sup>41</sup> **Semenderov**, Firudin: Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007, s. 332.

<sup>42</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne göre; “*Failin kastının hangi suça yöneldiğinin tespiti sırasında işlenmiş fiilin bütün özelliklerinden yola çıkılarak, özellikle suçun işleniş şekli ve suç aletini, vücuttaki hasarların sayısını, yerini ve özelliğini (örneğin hayati organların zarar görmesi), failin ve mağdurun suçtan önceki ve sonraki davranışlarını ve onlar arasındaki ilişkiyi göz önüne almak gerekir*”. (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 Tarih ve 1 No.lu Genel Kurul Kararı, <http://www.supcourt.ru/documents/own/7794/>, E. T.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 02.08.2005 Tarih ve 66-o05-62 No.lu Kararı: “*N'in mağdurun hayati organlarına doğru iki el ateş etmesi öldürme kastının bulunduğunu gösterir*”. ([http://pravosudie.biz/base1/data\\_sy/sudqsgbxv.htm](http://pravosudie.biz/base1/data_sy/sudqsgbxv.htm), E. T.: 22.03.2011); Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti (RSFSC) Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda; mağdur Ç'nin boğazına bıçakla vuran M, mağdurun direnmesi üzerine ikinci darbeye başarısız olmuş ve M, Ç'nin yardımı gelen etraftaki insanlar tarafından yakalanmıştır. Yüksek Mahkeme M'nin olası değil, doğrudan öldürme kastıyla hareket ettiğine ve dolayısıyla insan öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. (1991 Yılı 1 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, (Bkz. **Rarog**, Aleksey (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008, s. 135)). (Rus kaynaklarından alınmış mahkeme kararlarının bir kısmında tarih, karar numarası veya mahkeme adı belirtilmemiştir).

<sup>43</sup> **Dönmezer/Erman**, s. 407.

<sup>44</sup> Rusya Federasyonu Anayasası'nın 126. maddesine göre; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, mahkeme uygulamalarına ilişkin açıklama yapma yetkisine sahiptir. Rusya Federasyonu Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunun 56. maddesine göre, bu yetki Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu tarafından kullanılır.

<sup>45</sup> Karar için bkz. <http://www.supcourt.ru/documents/own/7794/>, E. T.: 03.05.2020; Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki **RSFSC** Yüksek Mahkemesi'nin 22.12.1992 tarih ve 15 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir.

kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Çünkü uygulamada Rusya Federasyonu Rusya Federasyonu Yüksek Mah-

(Karar için bkz. <http://www.supcourt.ru/documents/own/7723/>, E. T.: 03.05.2020). Yine Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) Yüksek Mahkemesi'nin 27.06.1975 tarih ve 4 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir. (Karar için bkz. **Kriger**, German/**Kuznesova**, Ninel/**Tkaçevkiy**, Yuriy (Ed.): *Sovetskoye Ugolovnoye Pravo* (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1988, s. 168).

46

Bir olayda; kocası T'nin S ile ilişkisi olduğunu öğrenen K, onların bulunduğu eve geleerek pencere camını, televizyon antenini kırmış ve elindeki benzinli şişeyi yakarak odaya atmıştır. Çıkan yangın sonucunda S ve T orta ağır derecede yaralanmışlardır. İlk derece mahkemesi K hakkında yangın suretiyle mala zarar verme suçundan ve iki kişiyi öldürmeye teşebbüsten cezaya hükmetmiştir. Ancak RSFSC Yüksek Mahkemesi K'nın olası öldürme kastıyla hareket ettiğine ve olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle K hakkında verilen hüküm, yangın suretiyle mala zarar verme ve iki kişiyi kasten orta ağır derecede yaralama olarak değiştirilmiştir. (1983 Yılı 6 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni (Bkz. **Kriger/Kuznesova/Tkaçevkiy** (Ed.), s. 168)); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Mahkeme Zub'un Sirovskiy'i yaralanmasıyla ilgili somut olayı doğru tespit etmekle birlikte, onun davranışını hatalı olarak insan öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Kararda belirtildiği gibi, sanık mağdurun göğsüne ve kafasına ayaklarıyla çok kez vurmuş, kendi hareketleriyle onun ölebileceğini öngörmüş ve bilinçli olarak bu neticenin gerçekleşmesine izin vermiştir. Mahkeme Zub'un olası kastla Sirovskiy'i öldürmeye teşebbüs ettiği sonucuna varmıştır. Hâlbuki ceza kanununa göre, suça teşebbüs sadece doğrudan kastla mümkün olabilir. Bu nedenle Zub'un hareketleri kasten ağır yaralama suçu olarak değerlendirilmelidir.* (2004 Yılı 9 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/10158/>, E. T.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Çasıgov ile mağdurlar Podkortov, Çetvertakov ve Karçegamin arasında yaşanan tartışma kavgaya dönmüş ve Çasıgov elindeki bıçakla mağdurlardan Podkortov ve Çetvertakov'a bir kez, Karçegamin'e ise iki kez vurarak yaralanmıştır. Bunun sonucunda Çetvertakov hafif, Karçegamin ve Podkortov ise ağır bir şekilde yaralanmıştır. Olay sırasında yaralanan mağdurların hepsi aldıkları bıçak darbesine rağmen ayakta kalmışlardır. Eğer Çasıgov mağdurları öldürmek isteseydi, olay esnasında bu amacını gerçekleştirmesine herhangi bir engel bulunmamakta idi. Oysa O, başkaca bir girişimde bulunmadığı gibi, tam tersine olay yerinden kaçmıştır. Çasıgov ilk soruşturmada ve mahkemede de kimseyi öldürmek gibi bir niyetinin bulunmadığını ifade etmiştir. Çasıgov'un doğrudan değil, olası öldürme kastıyla hareket ettiği tespit edilmesine göre, onun gerçekleştirebilecek neticelerden değil, gerçekleşen neticelerden, yani Karçegamin ve Podkortov'u kasten ağır yaralamadan ve Çetvertakov'u kasten hafif yaralamadan sorumlu tutulması gerekir*”. (2004 Yılı 3 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/10053/>, E. T.: 03.05.2020); Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin 25.02.2009 Tarih ve 22-1752/2009 No.lu Kararı: “*10.05.2008 tarihinde nehir kenarında alkollü içki içen sanık B ile A arasında tartışma çıkmış ve B, karavanından aldığı av tüfeğiyle A'yı korkutmak amacıyla havaya doğru ateş etmiştir. B, silahını tekrar doldurduğu sırada M, B'nin elinden silahı almak istemiş ve bu mücadele sırasında silahın patlaması sonucu M yaralanmıştır. Bunu gören K, kaçmakta olan B'yi kova-*

kemesi Genel Kurul kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

Rusya Federasyonu doktrininde de olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır<sup>48</sup>.

Türk doktrininde ise olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki birinci görüş, olası kastın da kast kavramının kapsamında olduğunu ileri sürerek olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>49</sup>. Bizim de katıldığımız

*larken, B, K'nın bulunduğu yöne doğru ateş etmiş ve mermi V'ye isabet ederek onu karnından yaralamıştır. M, aldığı yara sonucu ölüirken, V ise yaralı olarak kurtulmuştur. Sısertskiy İlçe Mahkemesi B hakkında ruhsatsız silah bulundurma (m.222/1), insan öldürmeye teşebbüs (m.105, m.30/3) ve taksirle öldürme (m.105/1) suçlarından hüküm kurmuştur. Ancak B, savunmasında kendi hayatından endişe ettiğini, yani M'nin arkadaşlarının kendisini kovalamasını engellemek için hedef gözetmeksizin ateş ettiğini ifade etmiştir. Olayda sanığın insan öldürmeye teşebbüsten sorumlu olabilmesi için doğrudan kastla hareket ettiğinin tespit edilmiş olması gerekir. Fakat B'nin V'yi doğrudan kastla öldürmek istediği ispat edilememiştir. Olayda B'nin çok uzak mesafeden ateş ettiği de dikkate alındığında, belirsiz kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Yani sanık insanların bulunduğu yöne doğru ateş ederken herhangi bir neticenin gerçekleşmesini kabullenmiştir. Dolayısıyla B'nin V'ye karşı işlediği fiilin hayati tehlikeye neden olan kasten ağır yaralama olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle B hakkında RFCK'nın 105/1. ve 30/3. maddesinden (öldürmeye teşebbüs) verilen hükmün, değiştirilmesine (kasten ağır yaralama (m.111/1)) ...” (Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin Ceza Davaları Üzerine 2009 Yılı Bülteni, [http://www.ekbobsud.ru/sudpr\\_det.php?srazd=6&id=50&page=2](http://www.ekbobsud.ru/sudpr_det.php?srazd=6&id=50&page=2), E. T.: 03.05.2020); RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin 1987 Tarihli Kararı: “Sanık ve mağdur arasındaki arkadaşlık ilişkisi olup, aralarındaki tartışma tesadüf sonucu ve mağdurun tahriki ile meydana gelmiştir. Mağdur, H'nin burnuna yumrukla ve kastiğine tekmeyle vurmıştır. Bunun üzerine H, bıçağını çekerek mağduru bir kez göğsünden ve bir kez de sırtından bıçaklamıştır. Daha sonra aralarındaki kavga sona ermiş ve H, mağduru öldürmek için herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Mahkemenin, olayda sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği yönündeki kanaati doğru değildir. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında sanığın mağduru öldürmek istediği söylenemez. Tam tersine, deliller, sanık H'nin haksız fiilinin neden olduğu güçlü heyecanın etkisi altında belirsiz kastla mağduru bıçakladığını göstermektedir. Bu nedenle, H'nin, somut olarak gerçekleşen neticelerden, yani kasten ağır yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir”. (Bkz. **Rarog** (Ed.), s. 138).*

<sup>47</sup> **Smirnov**, Andrey: “O Yuridiceskoy Sile Postanavleniy Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında)”, Oteçestvennaya Yurisprudensiya, 2016, No:12 (14), <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridiceskoj-sile-postanavlenij.pdf>, E. T.: 02.05.2020.

<sup>48</sup> **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 371.

<sup>49</sup> **Öztürk/Erdem**, s. 315; **Sözüer**, s. 163.

ğımız ikinci görüş ise, olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>50</sup>.

Taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Örneğin trafik kurallarını ihlal ederek tehlikeli araç kullanan kişi, trafik kazasına neden olmuş, ancak kimseye zarar vermemişse suça teşebbüsten değil, Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen trafik kurallarını ihlal etme kabahatinden sorumlu olur<sup>51</sup>.

## B. Objektif Unsur (İcra Hareketlerine Başlama)

### 1. Genel Olarak

Suçta teşebbüs için failin işlemeyi kastettiği suçun doğrudan doğruya icrasına başlamış olması, fakat bu suçun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamış olması gerekir.

Sırf hareket suçlarına teşebbüs, kanunda belirtilen hareketin sadece bir kısmının yerine getirilmesi durumunda meydana gelir. Neticeli suçlara teşebbüs ise failin hareketin bir kısmını veya tamamını yapmasına rağmen, tipik neticenin gerçekleşmemesi durumunda meydana gelir. Ancak bu durum suça teşebbüste hiçbir neticenin bulunmadığı anlamına gelmez. Örneğin fail mağduru öldürmek için ateş etmiş, ancak mermi mağduru yaralamış ise, fail kasten yaralama suçundan değil, insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olur<sup>52</sup>. Suça teşebbüste önemli olan failin kastettiği suçtaki tipik neticenin meydana gelmemiş olmasıdır.

İcra hareketlerine başlanmamış olması durumunda suça teşebbüsten değil, hazırlık hareketlerinden söz edilir.

## 2. İcra Başlangıcının Tespitine İlişkin Teoriler

### a. Sübjektif Teoriler

Sübjektif teoriler icra başlangıcının tespitinde ölçü olarak failin iradesini esas almaktadır<sup>53</sup>. Bu teorilere göre; tipik sonucun meydana gelmemesi nedeniyle, teşebbüse ruh ve anlam kazandıran, failin suç işlemeye yönelik

<sup>50</sup> **Hafizoğulları/Özen**, s. 309; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 446; **Toroslu**, s. 262-263; **İçel/Evik**, 239; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 470.

<sup>51</sup> **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 364.

<sup>52</sup> **Naumov**, Anatoliy: (Tercüme: Qurbanov H.), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998, s. 304.

<sup>53</sup> **Öztürk/Erdem**, s. 320.

kastıdır. Bu görüşlere göre teşebbüste cezalandırılan hareket, suçlu iradenin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmasıdır<sup>54</sup>.

Sübjektif teoriyi benimseyen bazı yazarlar, teşebbüs konusunda, sübjektif ölçütleri en aşırı biçimde uygulama isteği ile hareket ederler. Bu yazarlara göre, failce yapılan herhangi bir hareketin, bir suçu gerçekleştirmek üzere dış dünyaya yansıdığına tespiti halinde, icra hareketine başlanmış olur. Failin tehlikelilik halini esas alan bu görüşler, dış bir hareketle failin tehlike halini ortaya koymasını teşebbüsün cezalandırılması bakımından yeterli görmektedirler<sup>55</sup>. Dolayısıyla bu yazarlar, failin sonuca çok uzak bir hareketinin bile, suç işleme amacıyla yapılmışsa icra başlangıcı sayılacağını kabul ederler. Öyle ki, bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, düşmanını öldürmek amacıyla onun bulunduğu şehre tren bileti alan kişi bile cezalandırılmalıdır<sup>56</sup>.

Sübjektif teoriyi benimseyen diğer bazı yazarlar ise, faildeki suç işleme kastının açık ve kesin biçimde tipik sonucu gerçekleştirmeye yönelik olduğunun tespiti halinde, icranın başlamış olduğunu ileri sürerler<sup>57</sup>. Buna göre, failin suç işleme kastını daha açık bir şekilde ortaya koyan, failin suç işleme iradesini kesin ve geri dönülmez biçimde belirten hareketler varsa, başka bir ifadeyle, fail, suç işleme kastından şüphe duyulmayacak biçimde sonuca yaklaştığını ifade eden hareketleri yapmışsa icra hareketlerine başlanmıştır<sup>58</sup>.

Sübjektif teoriler, ceza sorumluluğunu aşırı genişletmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Çünkü bu teorilere göre; yapılan hareketlerin, failin belirli bir suçu işleme iradesini ortaya koyması icranın başladığının kabulü için yeterlidir. Sübjektif kriterler esas alındığında, aslında hazırlık hareketi niteliğinde olan birçok hareket, icra hareketi sayılmaktadır. Bu durum, kişi hak ve özgürlükleri açısından sakıncalı durumlar ortaya çıkarabilir<sup>59</sup>.

### ***b. Objektif Teoriler***

Objektif teoriler, hazırlık-icra hareketi ayrımının, failin suç işleme kastına yönelik olarak gerçekleştirdiği maddi nitelikli hareketlere göre yapılmasını savunmaktadırlar<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> İpekçioğlu, s. 64.

<sup>55</sup> Bkz. Sözüer, s. 203.

<sup>56</sup> Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 459.

<sup>57</sup> Bkz. Sözüer, s. 204.

<sup>58</sup> Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 459-460.

<sup>59</sup> Bkz. İpekçioğlu, s. 66.

<sup>60</sup> Koca/Üzülmez, s. 414.

### aa. Şüpheye Yer Vermeme Teorisi (Tek Anlamlı Hareket Teorisi)

Bu görüşe göre; hareket failin bir suça yöneldiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyabiliyorsa icra hareketi, buna karşılık failin gerçekleştirdiği hareketin, hangi suça yönelik olduğu kesin olarak belirlenmiyorsa, hazırlık hareketi olarak değerlendirilir<sup>61</sup>. Eğer bir hareketin yöneldiği amaç konusunda farklı yorumlar yapılabiliyorsa, o hareket hazırlık hareketidir<sup>62</sup>.

Bu görüş, şüpheye yer vermeme konusunda ayırım yapmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çünkü bir suça yöneldiğinde şüphe olmayan bir hareketin hazırlık hareketi, şüpheli bir hareketin icra hareketi olması mümkündür. Bu teori kabul edildiğinde çok kolay bir şekilde hazırlık hareketleri cezalandırılacaktır. Örneğin bir kişinin başkasından tehditle para almak yazıp cebine koyduğu, fakat henüz postalamadığı bir mektubun suça yönelmiş olduğu konusunda şüphe yoktur. Fakat mektup henüz cepte bulunduğundan yapılan hareket hazırlık hareketidir. Oysa şüpheye yer vermeme kriteri kabul edildiğinde, bu hareketin cezalandırılması gerekir. Yine pence-reye merdiven dayayan kişinin hareketi hiç şüphesiz konut dokunulmazlığını ihlal konusunda icra hareketidir. Fakat insan öldürme veya hırsızlık konusunda şüpheli bir harekettir<sup>63</sup>.

### bb. Mağdurun Faaliyet Alanına Taşıma Teorisi

Bu görüşe göre, failin faaliyet alanında kalan hareketler hazırlık hareketleri, buna karşılık mağdurun faaliyet alanına giren hareketler ise icra hareketleridir<sup>64</sup>. Bu görüş de failin faaliyet alanı kavramının belirsiz olduğu iddiasıyla eleştirilmiştir<sup>65</sup>.

### cc. Biçimsel Objektif Teori

Bu teoriye göre, hareket, suç tipinin unsur veya nitelikli hallerinden birisini oluşturuyor ise icra hareketi; buna karşılık suç tipinde öngörülme-

<sup>61</sup> Bkz. **İpekçioğlu**, s. 55; Türk doktrininde Hafizoğulları/Özen bu görüşü benimsemektedir. (**Hafizoğulları/Özen**, s. 312-313).

<sup>62</sup> Bkz. **Soyaslan**, s. 66.

<sup>63</sup> **Soyaslan**, s. 67; Carrara tarafından ileri sürülen şüpheye yer vermeme teorisi, daha sonraları bu ölçütün hareketin mahiyetine ilişkin bir sorunu, failin kastını kanıtlamaya ilişkin bir sorunla karıştırma sonucunu doğurduğu gerekçesiyle yazarın kendisi tarafından da eleştirilmiştir (Bkz. **Tozman**, s. 84).

<sup>64</sup> Bkz. **Toroslu**, s. 258.

<sup>65</sup> **Hafizoğulları/Özen**, s. 311.

bir hareket söz konusu ise hazırlık hareketinden söz edilir<sup>66</sup>. Örneğin, bir insana ateş etmek, kasten öldürme suç tipindeki öldürmek sözcüğüne girdiğinden icra hareketi sayılır. Fakat, ateş etme hareketinden önceki silahın omuza dayatılması, emniyet mandalının düşürülmesi ve nişan alma gibi hareketler hazırlık hareketidir<sup>67</sup>.

Bu teori, aslında icra hareketi olarak kabul edilmesi gereken durumların cezasız kalmasını sonuçlaması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>68</sup>. Örneğin hırsızlık yapmak için bahçe duvarını aşan veya evin kapısını kıran kimse, hırsızlık suçunun tipik hareketi olan başkasına ait taşınır malı bulunduğu yerden almış olmamaktadır<sup>69</sup>.

#### **dd. Maddi Objektif Teori**

Maddi objektif teori, hareketin suç tipiyle şekli değil, maddi bağlantısını esas alarak icra başlangıcını belirlemektedir<sup>70</sup>.

Maddi objektif teorilerden biri olan Frank teorisine göre, suçun tanımında öngörülen fiille olan zorunlu bağlantısı dolayısıyla tipik hareketin ayrılmaz bir parçası olarak görülen hareketler icra hareketi, bu tür zorunlu bir bağlantısı belirlenemeyen hareketler ise hazırlık hareketidir<sup>71</sup>. Örneğin tüfeğin omuza konulması, nişan alma, emniyet mandalını indirme faaliyetleri doğal anlamda ateş ederek öldürme hareketiyle bir bütünlük içinde olduklarından, bu davranışlar icra başlangıcı niteliğindedir<sup>72</sup>.

Frank teorisi, icra hareketlerine zorunlu olarak bağlı ve bu hareketlerle doğal bir bütünlük oluşturan hareketleri belirlemede belli ve sağlam bir kriter sunmaması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>73</sup>.

Yine maddi objektif teori kapsamında olan ve bizim de taraftarı olduğumuz tehlike teorisine göre, normla korunan hukuki yararı ihlal eden hareketleri icra, bundan önceki hareketleri ise hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, suçun icrasına başlanıldığının kabulü için, hukuken korunan menfaatin “doğrudan veya somut” olarak bir tehlikeye maruz bira-

<sup>66</sup> Öztürk/Erdem, s. 319.

<sup>67</sup> Bkz. Demirbaş, s. 453; Sözüer, s. 194.

<sup>68</sup> Demirbaş, s. 453.

<sup>69</sup> Toroslu, s. 260.

<sup>70</sup> Demirbaş, s. 453.

<sup>71</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, s. 415.

<sup>72</sup> Bkz. Demirbaş, s. 453-454.

<sup>73</sup> İpekçioğlu, s. 61-62.

kılması gerekir. Tehlikenin varlığı ise, ortalama bir insanın sahip bulunduğu genel hayat tecrübelerine göre, *ex ante* bir şekilde değerlendirilecektir<sup>74</sup>.

Tehlike teori ise suç konusunun doğrudan veya somut biçimde tehlikeye düşürülmesinin kesin olarak belirlenemeyeceği, olayların farklılığı nedeniyle her olay için geçerli ve belirli bir tehlike derecesinden bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla bu kriterin keyfi uygulamalara çok müsait olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir<sup>75</sup>.

### **c. Karma Teoriler**

Karma teoriler icra başlangıcı konusunda sübjektif bir temele dayanmakla birlikte, bunu objektif ölçülerle tamamlamaktadırlar<sup>76</sup>.

Welzel'e göre, "*teşebbüs failin kendi suç planına göre, kanuni suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetle başlar*"; dolayısıyla failin planı, yapılan hareketin icra olup olmadığını belirler<sup>77</sup>. Schröder ise "*suç iradesini ortaya koyan hareket, eğer failin planına göre suç konusunu doğrudan tehlikeye koyuyorsa icra hareketlerine başlandığını*" ileri sürmektedir. Örneğin, failin bir evi gözetlerken yakalanması durumunda; eğer fail gözetleme esnasında en uygun fırsat ve yeri bulur bulmaz eve girmeyi düşünüyorsa, icra hareketleri başlamıştır. Buna karşılık eğer fail gözetleme ve bilgi toplamayı bitirip daha sonra hırsızlığa elverişli araçlarla tekrar dönüp eve girmeyi planlamışsa, bu durum hazırlık hareketi olarak görülecektir<sup>78</sup>.

### **d. Türk Ceza Hukukunda Benimsenen Teori**

TCK'nın 35. maddesinde, "*doğrudan doğruya icraya başlayıp*" ifadesinin kullanılmış olması ve gerekçesinde "*Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır*" denilmiş olması nedeniyle icra başlangıcı konusunda maddi objektif teori benimsenmiş olmaktadır<sup>79</sup>.

### **e. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Benimsenen Teori**

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda "*doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler*" suça teşebbüs sayıldığı için, icra başlangıcı

<sup>74</sup> İpekçioğlu, s. 62.

<sup>75</sup> Sözüer, s. 199.

<sup>76</sup> Sözüer, s. 206.

<sup>77</sup> Bkz. Demirbaş, s. 454.

<sup>78</sup> Bkz. Sözüer, s. 206.

<sup>79</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 463; Demirbaş, s. 455.



konusunda maddi objektif teorinin benimsendiği söylenebilir<sup>80</sup>. Doktrinde de genellikle maddi objektif teorinin savunulduğu görülmektedir. Ancak bununla birlikte biçimsel objektif teoriyi savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>81</sup>. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında biçimsel objektif teoriyi uygulamıştır<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 24.03.2010 Tarihli Kararı: "A ve V, S'yi öldürmek amacıyla mağdurun yazlık evinin bağımsız mutfağına girmiş, A, orada bulunduğu demir çubuğu suçta kullanmak için hazırlık yaptığı sırada, onun hareketleri polisler tarafından durdurulmuştur. Yani suçun faili olan A'nın hareketleri S'yi öldürmeye teşebbüs ettiği aşamada değil, bu suça hazırlık yaptığı aşamada durdurulmuştur. A, polisler tarafından yakalandığı için, doğrudan doğruya mağduru öldürmeye yönelik hareketleri gerçekleştirememiştir. Bu nedenle sanıkların hareketlerini insan öldürmeye hazırlık olarak değerlendirmek gerekir". (2010 Yılı 6 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/13321/>, E. T.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: "Olayda, markette yapılan kontrol sırasında, satıcı P'nin son kullanma tarihi geçmiş olan salamu satılması için vitrinde bulundurduğu tespit edilmiştir. Olay sırasında müşterilerden herhangi biri bu salamu satın almadığından veya satın almak için bir harekette bulunmadığından P'nin hareketinin tüketicileri aldatma suçuna hazırlık niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. RFCK'nın 30/2. maddesine göre, sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olduğundan ve RFCK'nın 200. maddesinde düzenlenen tüketicileri aldatma suçu hafif suç olduğundan, P'nin fiili herhangi bir suç niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin P hakkında tüketicileri aldatma suçuna teşebbüsten kurduğu hüküm hatalıdır". (2002 Yılı 10 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni), <http://www.supcourt.ru/files/10588/>, E. T.: 03.05.2020); Smolenskiy Bölge Mahkemesi'nin 2009 Tarihli Kararı: "A'nın davranışı uyuşturucu satma suçuna teşebbüs değil, bu suça hazırlık olarak değerlendirilmelidir. O, uyuşturucu maddeyi teslim ettiği sırada değil, onu satmaya hazırlık yaptığı (ıslaevine sokmaya çalıştığı) sırada yakalanmıştır". ([http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=181](http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=181), E. T.: 03.05.2020).

<sup>81</sup> **Rarog** (Ed.), s. 185.

<sup>82</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 16.06.2010 ve 89-o10-13 No.lu Kararı: "22-23 Aralık 2008 tarihinde Tyumen şehrindeki bir fabrika bölgesinde çıkan kavga sırasında D, Y ve Z, R'nin elindeki bıçağı onun elinden almış, onu ve onun yardımına gelen B'yi dövmüşlerdir. Daha sonra mağdurların polise başvuracaklarından endişe eden Z, onları öldürmeyi teklif etmiş ve bunun üzerine D, Y ve Z, R ve B'yi zorla nehir kenarına götürmüş ve orada R'yi bıçaklayıp ağır bir şekilde yaraladıktan sonra, onu buzda açılan delikte boğmuşlardır. Bu sırada mağdur B, kaçıp saklanmayı başarmış ve dolayısıyla sanıklar ona karşı işlemek istedikleri suçu tamamlayamamışlardır. Olayda B, nehir kenarına ilerde öldürülmek amacıyla getirilmiştir. Yani onun öldürülmesi için ortam yaratılmış, fakat sanıklardan hiçbirisi doğrudan doğruya öldürmeye yönelik hareketleri gerçekleştirmemiştir. Bu koşullarda sanıkların B'ye karşı olan hareketlerini insan öldürmeye teşebbüs olarak değil, insan öldürmeye hazırlık olarak kabul etmek gerekir". (2011 Yılı 2 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/13520/>, E. T.: 03.05.2020); Bir olayda sarhoş durumda olan O, satıcı olarak çalışan E'nin evinin bulunduğu yere gelmiş, evin kapısına vurarak ondan kendisine bir şişe

Sereteli'ye göre; doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler, sonucun gerçekleşmesine neden olmasa bile, yasayla korunan konunun “doğrudan ve somut” tehlikeye maruz kalmasına neden olan hareketlerdir. Bu tür hareketler engel nedenler bulunmadığında sonucun gerçekleşmesine neden olur<sup>83</sup>. Örneğin, mağduru öldürmek amacıyla failin mağdurun evinin kapısını kırması, mağdurun vücut bütünlüğüne etki etmediğinden ve insan hayatı için doğrudan tehlike yaratmadığından hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir. Aynı hareketin hırsızlık amacıyla yapılması ise hırsızlık suçuna teşebbüs sayılmalıdır<sup>84</sup>.

Naumov'a göre; suça hazırlıktan farklı olarak, suça teşebbüste fail suçun hukuki konusuna doğrudan etki etmektedir. Örneğin fail mağdura ateş eder, ancak mermi boşa gider. Burada fail ateş ettiği anda mağdurun hayatı “doğrudan ve somut” tehlikeye maruz kalmaktadır. Yazara göre; eğer yapılan hareket suçun maddi unsurunun bir kısmını oluşturuyor ise icra hareketi, oluşturmuyor ise hazırlık hareketi sayılır. Durum böyle olunca, aynı hareket bir suçta icra hareketi iken, bir başka suçta hazırlık hareketi sayılabilir. Örneğin hırsızlık amacıyla konuta girilmesi icra hareketidir. İnsan öldürmek

---

votka satmasını talep etmiştir. O'nun bu talebi geri çevrilmiş, ancak O, kapıya vurmaya devam etmiştir. Bunun üzerine E'nin kocası dışarı çıkarak O'ya yaptığı çirkinliğe son vermesini söylemiştir. Tüm bunlara alınan O, E'yi öldüreceğini söylemiş, evine giderek dolu tüfeğini almış, tekrar E'nin evinin bulunduğu yere gelmiş ve E'yi öldüreceği konusunda bağırarak tehditler savurmuştur. O esnada 25-30 metre uzaklıkta duran E'nin kocasını fark eden O, “seni öldüreceğim” diye bağırarak ve tüfeğini hazır konuma getirerek E'nin kocasına doğru koşmuştur. Ancak O, olay yerine yetişen kolluk görevlisi Ç tarafından yakalanarak etkisiz hale getirilmiştir. Bu olayda O'nun davranışları suçun işlenmesi için kasten farklı ortam yaratma, yani insan öldürme suçuna hazırlık olarak değerlendirilmiştir. (1961-1963 Yılı RSFSC Yüksek Mahkemesi Genel Kurul, Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi, Moskva 1964, s. 81-82, (Bkz. **İgnatov**, Aleksey/**Krasikov**, Yuriy (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (Cilt 1), Moskva 2000, [http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii\\_v-2t\\_T-1-Obshhaya-chast\\_Pod-red-Ignatova-Krasikova\\_2000-639s.pdf](http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii_v-2t_T-1-Obshhaya-chast_Pod-red-Ignatova-Krasikova_2000-639s.pdf), E. T.: 02.05.2020, s. 127).

<sup>83</sup> **Sereteli**, Tinatin: “Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, No:12, 1954, s. 11.

<sup>84</sup> **Sereteli**, s. 14; Aynı görüşte: **Traynin**, Aron: “Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, No:12, 1953, s. 31; Aksi görüşte **Veliyev**: “Mağduru öldürmek amacıyla failin mağdurun evinin kapısını kırması, mağdurun hayatı için doğrudan tehlike yaratmaktadır ve insan öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmelidir”. (**Veliyev**, Samir: *Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri*, Bakı 2001, s. 130).

amacıyla konuta girilmesi ise hazırlık hareketidir. Çünkü ikinci örnekte yapılan hareket insan öldürme suçunun maddi unsuru kapsamında değildir<sup>85</sup>.

Grişaev/Zdravomislov'a göre; suça teşebbüste suçun hukuki konusu doğrudan tehlikeye maruz kalmışken, suça hazırlıkta böyle bir tehlike bulunmamaktadır. Örneğin fail öldürmek kastıyla mağdura silahla ateş ettiğinde mağdurun hayatı; mağdurun evine hırsızlık için girdiğinde ise mağdurun mülkiyet hakkı doğrudan tehlikeye maruz kalmaktadır. Dolayısıyla suçun hukuki konusunun doğrudan tehlikeye maruz kalma anı, icra hareketlerine başlama anı olarak kabul edilmelidir<sup>86</sup>.

Piontkovskiy'e göre; hazırlık hareketleri, ilerde işlenecek suç için ortam yaratmak olup, hukuki konu için doğrudan bir tehlike oluşturmamaktadır. Buna karşılık, icra hareketleri hukuki konu için somut ve doğrudan bir tehlike oluşturmaktadır. Örneğin fail mağdura ateş etmiş, ancak mermi boşa gitmişse, fail ateş ettiği sırada mağdurun hayatı somut tehlikeye maruz kalmıştır<sup>87</sup>.

Tagansev'e göre; konutta hırsızlık durumunda, eve girilmesi ve eşyaların alınması icra hareketi sayılmalıdır. Buna karşılık merdiven getirilmesi, merdivenin pencereye dayatılması gibi konuta girmeyi mümkün hale getiren hareketler ise hazırlık hareketi sayılmalıdır. Yine yazara göre; mağduru gizlice zehirlemek isteyen failin zehir elde etmesi, bu zehri içeceğe katması, bu içeceği mağdura doğru götürmesi hareketleri suça hazırlık sayılmalıdır. Buna karşılık failin bu içeceği mağdura sunma hareketi icra başlangıcı sayılmalıdır. Ancak eğer fail bu içeceği mağdurun içmesini beklemek üzere mağdurun önündeki masaya koyarsa, yine icra hareketlerine başlanmış sayılmaz. Bu durumda ise mağdur zehirli içeceği eline alarak ağzına doğru götürürse, ancak o zaman icra hareketlerine başlanmış olur<sup>88</sup>.

Tişkeviç'e göre; doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler, tamamlanmış suçu meydana getirmeleri mümkün olan hareketlerdir. Yazara göre; failin mağdura nişan alması, hırsızlık amacıyla kilidi kırması gibi hareketler de icra hareketi sayılır. Çünkü engel nedenler bulunmadığı durumlarda bu tür hareketler suçun tamamlanmasına neden olabilir. Aynı şekilde elverişsiz teşebbüs hallerinde de failin hareketleri tamamlanmış suçu

<sup>85</sup> Naumov, s. 302-303.

<sup>86</sup> Grişaev, Pavel/Zdravomislov, Boris: Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım), Moskva 1982, s. 200-201.

<sup>87</sup> Piontkovskiy, s. 409.

<sup>88</sup> Tagansev, Nikolay: Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre), 2003, <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105>, E. T.: 02.01.2010, s. 165.

meydana getirebilecek hareketlerdir. Çünkü elverişsiz teşebbüs hallerinde, fail yanılmasaydı, hareketleri suçun tamamlanmasına neden olabilirdi<sup>89</sup>.

Kuznesova'ya göre; hazırlık hareketleri başlı başına suç tipindeki sonucu meydana getirebilecek hareketler değildir. Buna karşılık icra hareketleri kendiliğinden doğrudan suç tipindeki sonucu meydana getiren hareketlerdir<sup>90</sup>.

Durmanov'a göre; failin elverişsiz araçlarla suçun icrasına başladığı durumlarda, kanuni tipteki hareketi gerçekleştirdiğinden söz edilemez. Yine elverişsiz teşebbüs hallerinde, hukuki konunun somut bir tehlikeye maruz kaldığı da söylenemez. Bu yüzden teşebbüsü hazırlık hareketlerinden ayıran nokta, teşebbüste failin iradi hareketlerinin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik olması, yani hukuki konunun doğrudan ihlal edilmesidir<sup>91</sup>. Yani yazara göre, biçimsel ve maddi objektif teorinin kabulü halinde işlenemez suç hallerinin neden cezalandırıldığı açıklanamaz. Ancak yazarın hazırlık-icra hareketi ayırımı için önerdiği "hukuki konunun doğrudan ihlal edilmesi" kriterinin, "hukuki konunun somut tehlikeye maruz kalması" kriteri ile aynı şey olduğu ileri sürülmüştür<sup>92</sup>. Kanaatimizce Durmanov'un işlenemez suç konusunda yapmış olduğu tespit doğru olmakla birlikte, hazırlık-icra hareketi ayırımı konusunda önerdiği kriter doğru değildir. Çünkü işlenemez suç durumlarında hukuki konunun doğrudan ihlal edildiğinden de söz edilemez.

### 3. Eksik - Tam Teşebbüs Ayırımı

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda eksik-tam teşebbüs ayırımı bulunmamakla birlikte<sup>93</sup>, uygulama bakımından önemli olması nedeniyle,

<sup>89</sup> **Tişkeviç, İvan:** Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs), Moskva 1958, s. 87-88.

<sup>90</sup> **Kuznesova,** Ninel: İzbranniye Trudı (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003, s. 300.

<sup>91</sup> **Durmanov,** Nikolay: Stadii Soverseniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955, s. 106, 111-112.

<sup>92</sup> **Piontkovskiy,** s. 410.

<sup>93</sup> Eksik - tam teşebbüs ayırımı 1926 ve 1960 tarihli RSFSC ceza kanunlarında da bulunmamaktadır. 1922 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun (RSFSCCK) 13. maddesinde ise dolaylı olarak eksik ve tam teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; "Fail amacını gerçekleştirmek için gerekli olan her şeyi yapamadığında veya gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi yapmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suç işlemeye yönelik hareketler suça teşebbüs sayılır". Ancak doktrinde haklı olarak bu tanımın yanlış olduğu ifade edilmiştir. Çünkü maddede eksik teşebbüs bakımından

doktrinde eksik-tam teşebbüs ayırımı yapılmaktadır. Çünkü RFCK'nın 60/3. maddesinde cezanın belirlenmesi sırasında mahkemenin suçun sosyal tehlikelilik derecesini dikkate alması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz failin tamamlanmış suça daha çok yaklaşması sebebiyle, tam teşebbüs, eksik teşebbüse oranla sosyal açıdan daha tehlikeli sayılır ve bunun cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerekir. Ayrıca eksik-tam teşebbüs ayırımı gönüllü vazgeçme bakımından da önemlidir<sup>94</sup>. Çünkü Rusya Federasyonu ceza hukukunda gönüllü vazgeçme eksik teşebbüs hallerinde mümkündür. Tam teşebbüs hallerinde ise gönüllü vazgeçmeden değil, etkin pişmanlıktan söz edilebilir.

Ancak Rusya Federasyonu doktrininde eksik-tam teşebbüs ayırımının hangi kritere göre yapılması gerektiği tartışmalıdır.

Objektif kriteri esas alan birinci görüşe göre<sup>95</sup>, eksik-tam teşebbüs ayırımı, suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediğine göre yapılmalıdır. Buna göre, fail suçun tamamlanması için gerekli olan tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş, suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi halinde, zaten genellikle suçun tamamlanmış olacağı ve böylece tam teşebbüs örneklerinin azalacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>96</sup>. Örneğin bu görüşün kabul edilmesi halinde, mağdura nişan almanın çok zor olduğu bir mesafeden ateş eden failin fiili, eksik teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Çünkü bu örnekte, fail mağdura yaklaşmayarak, gereken tüm hareketleri gerçekleştirmemiştir. Rusya Federasyonu ceza hukukunda cezalandırılan elverişsiz teşebbüs hallerinin tümünün eksik teşebbüs sayılmasına neden olacağı, bu görüşe getirilen bir diğer eleştiridir<sup>97</sup>.

---

objektif kriter esas alınmışken, tam teşebbüs bakımından subjektif kriter esas alınmıştır. (Durmanov, s. 147; Tişkeviç, s. 158).

<sup>94</sup> Naumov, s. 307; Kriger, German/Kurinov, Boris/Tkaçevskiy, Yuriy (Ed.): Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981, s. 239-240.

<sup>95</sup> Şargorodskiy, Mihail: Vina i Nakazaniye v Sovetskom Ugolovnom Prave (Sovyet Ceza Hukukunda Kusur ve Ceza), Moskva 1945, s. 26-27; Tişkeviç, s. 159; Zagorodnikov, Nikolay: Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975, s. 120.

<sup>96</sup> Kriger/Kurinov/Tkaçevskiy (Ed.), s. 240; Piontkovskiy, s. 427.

<sup>97</sup> Tagansev, s. 167.

Sübjektif kriteri esas alan ikinci görüşe göre<sup>98</sup>, eksik-tam teşebbüs ayırımı failin iradesine göre yapılmalıdır. Buna göre, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş ise aslında gerçekte icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen, failin bu hareketlerin yetersiz olduğunu düşündüğü durumlarda gereksiz yere fiilin eksik teşebbüs olarak değerlendirilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>99</sup>.

Üçüncü görüşe göre<sup>100</sup> ise, eksik-tam teşebbüs ayırımı hem objektif, hem de sübjektif kriter esas alınarak yapılmalıdır. Bu görüşe göre, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü ve suçun tamamlanması için gerçekten de gerekli olan tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü ve suçun tamamlanması için gerçekten de gerekli olan hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş de failin düşüncesindeki icra hareketleri ile somut olarak suçun tamamlanması için gerekli olan icra hareketlerinin çakışacağı varsayımından hareket ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin fail depodaki eşyaların tamamını yok etmek için yangın çıkarmış, ancak yakılan ateş kendiliğinden sönmüş olabilir. Bu örnekte, failin düşüncesine göre icra hareketleri tamamlanmış ise de somut olarak icra hareketleri tamamlanmamıştır<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> **Naumov**, s. 306-307; **Rarog** (Ed.), s. 187; **Korolkov**, A. (Ed.): *Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii* (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004, s. 86-87; **Zdravomislov**, Boris (Ed.): *Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii* (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1999, s. 228-229; **Solopanov**, Yulian (Ed.): *Sovetskoye Ugolovnoye Pravo* (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1981, s. 91-92; **Magomedov**, Asbeg: *Ugolovnoye Pravo Rosii* (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s. 58; **Revin**, **Valeriy** (Ed.): *Ugolovnoye Pravo Rosii* (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000, s. 213; **Ter-Akopov**, Arkadiy: *Dobrovolnyy Otkaz ot Soverşeniya Prestupleniya* (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982, s. 43-44; **Durmanov**, s. 146; **Piontkovskiy**, s. 425-426.

<sup>99</sup> **Tagansev**, s. 167.

<sup>100</sup> **Kozaçenko**, İvan/**Neznamova**, Zinaida (Ed.): *Ugolovnoye Pravo* (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s. 222; **Vetrov**, Nikolay: *Ugolovnoye Pravo* (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2002, s. 195-196; **Veliyev**, s. 159.

<sup>101</sup> **Zdravomislov**, s. 228.

Rusya Federasyonu doktrininde sübjektif kriteri esas alan ikinci görüş baskındır<sup>102</sup>. Kuznesova'ya göre; doktrinde icra başlangıcının tespiti bakımından objektif kriteri esas alan yazarların, icra bitimi bakımından sübjektif kriteri esas alması anlaşılabilir bir durum değildir<sup>103</sup>. Kanaatimizce bu eleştiri yerinde bir eleştiri olup, eksik-tam teşebbüs ayırımının icra başlangıcının tespitinde olduğu gibi objektif kritere göre yapılması gerekir.

### III. SUÇA TEŞEBBÜSÜN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ

#### A. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir fiilin suç sayılması için ceza kanununda yazılı suç tipine uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca “sosyal tehlikeli” olması da gerekmektedir. Çünkü RFCK'nın 14/2. maddesinde, “*Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz*” hükmü yer almaktadır.

RFCK'nın 14/2. maddesi, kuşkusuz sadece tamamlanmış suçlara özgü bir hüküm olmayıp, tamamlanmamış suçlarda da uygulanabilmektedir<sup>104</sup>. Dolayısıyla suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi, onun sosyal tehlikeli olması şartına bağlıdır.

Suçta teşebbüste fiilin sosyal tehlikeli olup olmadığı tespit edilirken, hukuki konunun önem derecesi, meydana gelebilecek zararın değeri ve zararın gerçekleşme ihtimalinin derecesi dikkate alınmalıdır. Eğer teşebbüs edilen suçun hukuki konusu az önemli veya hukuki konuya verilebilecek zararın değeri az ise, bu fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla suç oluşturmaması mümkündür<sup>105</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar hakaret suçu gibi hafif suçlara teşebbüsün RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve dola-

<sup>102</sup> **Kruger/Kurinov/Tkaçevskiy** (Ed.), s. 240; **Minkovskiy**, Genrih/**Magomedov**, Asbeg/**Revin**, Valeriy: Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Moskva 1998, s. 51.

<sup>103</sup> Kuznesova bu tespitinin ardından eksik-tam teşebbüs ayırımının gereksiz olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, eksik-tam teşebbüs ayırımının teorik ve pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır. İcra hareketleri bölünemez ve bu hareketlerin her bir kısmı sonucun gerçekleşmesi için aynı derecede öneme sahiptirler. Ayrıca olayların büyük bir kısmında icra hareketlerini birbirinden ayırmak mümkün değildir. Kişi ya hazırlık hareketlerini ya da suçun icrasını gerçekleştirir. Ayrıca teşebbüste suç faaliyetinin başta veya sonda kesintiye uğramasının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da suç faaliyeti failin iradesi dışında durdurulmaktadır. (**Kuznesova**, s. 303-305).

<sup>104</sup> **Sereteli**, s. 12.

<sup>105</sup> **Sereteli**, s. 12.

yısıyla cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>106</sup>. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu iktibas eden Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda bu görüşe yer verilerek, hafif suçlara teşebbüsün cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir (m.24/4).

RSFSC Yüksek Mahkemesi bir kararında; demiryolu istasyonunda bulunan yük vagonundan karpuz çalmaya çalışırken yakalanan G'nin fiilinin az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli olmadığına ve dolayısıyla hırsızlık suçuna teşebbüsü oluşturmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararına gerekçe olarak G'nin yanında karpuzları taşımak için özel araç ve gereçler bulunmadığından fiilin önemli bir zarara neden olamayacağını göstermiştir<sup>107</sup>. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi bir başka kararında ise 54 ruble değerindeki eşyayı çalmaya teşebbüs eden failin fiilinin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli olmadığına ve hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşmadığına karar vermiştir<sup>108</sup>.

## B. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) ve Onun Sosyal Tehlikeliliği

### 1. Genel Olarak

Bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, “kullanılan aracın elverişsiz olması” veya “suçun maddi konusunun bulunmaması” nedeniyle başarısız kalmaya mahkum bir eyleme işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) denmektedir<sup>109</sup>. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye, zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek böyledir<sup>110</sup>.

İşlenemez suç, sözde suçtan farklıdır. Sözde suçta failin gerçekleştirmeyi düşündüğü eylem, yasada suç olarak tanımlanmamıştır. İşlenemez suçta ise failin düşündüğü eylem yasada suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, aracın elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu nedeniyle amaca ulaşılamamaktadır<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Traynin, s. 33; Tişkeviç, s. 213.

<sup>107</sup> Bkz. Yakimenko, Natalya: Osenka Maloznaçitelnosti Deaniya (Eylemin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, E. T.: 03.05.2020.

<sup>108</sup> Karar için bkz. 2000 Yılı 9 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/11233/>, E. T.: 03.05.2020.

<sup>109</sup> Alacakaptan, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara 1968, s. 1-2.

<sup>110</sup> Toroslu, s. 265.

<sup>111</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 480.



TCK'da işlenemez suçla ilgili açık bir düzenleme yer almamakla beraber 35/1. maddede, “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye göre, teşebbüs için sadece icra hareketlerine başlanması yeterli olmayıp, “*elverişli hareketlerle*” icra hareketlerine başlanılmış olması gerekmektedir. Bu yüzden işlenemez suç, Türk ceza hukukunda cezalandırılmamaktadır.

Doktrinde isabetli olarak hareketin elverişli olup olmadığının soyut (*ex post*) değil, somut olayın koşullarına göre (*ex ante*) belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>112</sup>. Örneğin tüm mekanizması bozuk olan bir tabanca ile ateş edip insan öldürme suçunu işlemek isteyen failin kullandığı araç mutlak surette elverişsiz olduğundan işlenemez suç söz konusudur ve fail teşebbüsten sorumlu olmaz. Buna karşılık, fail aynı bozuk tabancanın kabzası ile öldürmek kastıyla hasmının kafasına defalarca vurmuş, fakat mağdur darbelere rağmen hayatta kalmışsa, araç elverişli olduğu için işlenemez suç yoktur ve fail insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olur<sup>113</sup>.

TCK'nın 35/1. maddesinde suça teşebbüs için hareketin sadece elverişli olması yeterli görüldüğünden, aracın elverişli olup, fakat yetersiz kalması durumunda işlenemez suç yoktur. Örneğin mağdura zehirli bir pasta gönderen kimse, dozunun az olmasından dolayı zehir etkisiz kalsa bile, elverişli araç kullanmıştır. Yine içindeki barutun kötü cinsten olması nedeniyle merminin ateş almaması durumunda da araç yetersiz, fakat elverişli olduğu için teşebbüsten ceza verilebilecektir<sup>114</sup>.

## 2. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliği

Rusya Federasyonu doktrininde işlenemez suç, “elverişsiz teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır. Ancak bazı yazarlar, teşebbüsün zaten başarısız suç faaliyeti olduğunu ileri sürerek, elverişsizliğin her teşebbüs olayında bulunduğunu ve bu nedenle teşebbüsün elverişli - elverişsiz şeklinde ayrılmasının doğru olmadığını iddia etmektedirler<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Demirbaş, s. 469; Özgenç, s. 482; Koca/Üzülmez, s. 421; Soyaslan, s. 100; Hafizoğulları/Özen, s. 315; İcel/Evik, s. 240; Centel/Zafer/Çakmut, s. 485; Toroslu, s. 263-264; İpekçioğlu, s. 90; Aydın, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s. 102.

<sup>113</sup> Aydın, s. 102.

<sup>114</sup> Hafizoğulları/Özen, s. 315-316.

<sup>115</sup> Durmanov, s. 152; Kuznesova, s. 306-307.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda, teşebbüs halinde, failin “*elverişli hareketlerle*” suçun icrasına başlamış olması gerektiğinden söz edilmektedir. Bu nedenle, Türk ceza hukukunun aksine, Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suç halleri kural olarak sosyal tehlikeli sayılmakta ve cezalandırılmaktadır<sup>116</sup>. Doktrinde nisbi-mutlak elverişsiz teşebbüs ayırımı yapılmakta ise de bunun pratik bir öneminin bulunmadığı, gerek mutlak elverişsiz teşebbüs ve gerek nisbi elverişsiz teşebbüs hallerinin cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Uygulamada da işlenemez suç hallerinin cezalandırıldığına ilişkin örneklere rastlanmaktadır<sup>117</sup>. Örneğin bir olayda, 16 yaşlarındaki S ve M

<sup>116</sup> Naumov, s. 308-309.

<sup>117</sup> RSFSSC Yüksek Mahkemesi Kararı: “S, iş sırasında alkol alarak sarhoş olmuş ve şube müdürü Ş, onu işten atmıştır. S, Ş'den kararını geri almasını rica etmiş, ancak Ş, bu isteği geri çevirmiştir. Bunun üzerine S, Ş'yi öldürmeye karar vermiş, evinden dolu tüfeğini alarak Ş'nin bulunduğu işyerine gelmiş ve tüfeğini Ş'ye doğrularak tetiği çekmiştir. Ancak tüfeğin tetik mekanizmasının arızalı olması sebebiyle tüfek ateş almamış ve S, oradaki işçiler tarafından yakalanmıştır. Dosya kapsamından anlaşıldığı gibi, S, tüfeğin arızalı olduğunu bilmemiş ve onunla ateş etmenin mümkün olduğunu sanmıştır. Bu nedenle S, insan öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Çünkü elverişsiz araçlarla suça teşebbüs, failin sosyal tehlikeliğine işaret eder ve kural olarak ceza sorumluluğuna sebep olur”. (1961-1963 Yılı RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurul, Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi, s. 243-245, (Bkz. **İgnatov/Krasikov** (Ed.), s. 132)); **Belyaev**, Nikolay/**Şargorodskiy**, Mihail: Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Soyyet Ceza Hukuku Kursu), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (Cilt 1), Leningrad 1968, [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z1030.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1030.html), E. T.: 18.12.2009, s. 568); RSFSC Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Elverişsiz konuya (ceset) yönelik insan öldürmeye teşebbüs sosyal tehlikeli sayılır. Olayda Vasilenko yatakhanedeki işçi D'yi öldürdükten sonra, sarhoş olan Orovaynen odaya girmiş ve yerde ölmüş halde yatan D'nin, ölmüş olduğu anlamadan onun alınına baltayla vurmuştur. Adli tıp bilirkişisi D'nin ölümünün kalbine ve akciğerine yapılan bıçak darbelerinden meydana geldiğini tespit etmiştir. D'nin alınıdaki balta yarası ise ölümünden sonra meydana gelmiştir. Mahkemenin Orovaynen'in D'yi öldürme kastıyla hareket edip, kastettiğini gerçekleştiremediği yönündeki tespiti doğrudur. Orovaynen'in fiili sosyal tehlikelidir ve cezai sorumluluk gerektirmektedir*”. (1964-1972 Yılı RSFSC Yüksek Mahkemesi Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi, Moskva 1974, s. 214, (Bkz. **Kurçenko**, Vyaçeslav: “Problemü Kvalifikasii Prestupleniy v Usloviyah Faktičeskoy Oşibki (Fiili Hata Şartlarında İşlenen Suçların Değerlendirilmesi Sorunu)”, <http://www.lawmix.ru/comm/3646>, E. T.: 03.05.2020); Moskova Bölge Mahkemesi'nin 1944 tarih ve 55/44 No.lu kararına konu olan olayda; hasta olan P'nin evini elde etmek isteyen R, onu öldürmek amacıyla kendine doktor süsü vererek P'nin evine gelmiş ve mide ilacı adı altında P'ye kemirgenleri zehirlemek için kullanılan toz bırakmıştır. Ancak bu tozun insan öldürmeye elverişli olmaması nedeniyle ölüm gerçekleşmemiştir. Bu olayda mahkeme R hakkında insan öldürme suçuna teşebbüsten cezaya hükmetmiştir. (Bkz. **Kuznesova**, s. 314).

odasını kiraladıkları yaşlı N'nin evine sahip olabilmek için "Krisidom" markalı fare zehriyle onu öldürme konusunda anlaşmış ve fare zehrini N'nin yemeğine katmışlardır. Fare zehrinin kalitesinin bozuk olması nedeniyle yemeği yemesine rağmen N'de herhangi bir rahatsızlık meydana gelmemiş, ancak panik yapan S ve M polise başvurarak yaptıklarını itiraf etmişlerdir. Bu olayda, S ve M hakkında insan öldürme suçuna teşebbüsten dolayı hüküm verilmiştir<sup>118</sup>. Bir başka olayda, hazırladığı karışımın çocuk düşürtmeye elverişli olduğunu sanan E, aslında çocuk düşürmeye elverişli olmayan bu karışımı iğneyle mağdurlara enjekte etmiş ve E hakkında çocuk düşürtme suçuna teşebbüsten ceza verilmiştir<sup>119</sup>.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Uyuşturucu Maddelerle İlgili Suçlara İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.05.1998 tarih ve 9 No.lu Genel Kurul kararında da "*Uyuşturucu madde satın almak isteyen kişileri kandırmak suretiyle, onlara uyuşturucu madde adı altında aslında uyuşturucu özelliği bulunmayan maddeleri satan kişinin fiilini dolandırıcılık olarak değerlendirmek gerekir. Bu tür durumlarda bu maddeleri satın alan kişilerin fiili ise kanuni şartların varlığı halinde, yasadışı uyuşturucu madde satın alma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilebilir*"<sup>120</sup> denilmek suretiyle elverişsiz teşebbüs hallerinin cezalandırılması gerektiğine işaret edilmiştir.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda sözde suç cezalandırılmamaktadır. Ancak doktrinde ve uygulamada sözde suçun sadece hukuki hatadan kaynaklanabileceği kabul edilmiş olduğundan, fiili hataya dayanan sözde suç halleri, elverişsiz teşebbüs kapsamında değerlendirilmekte ve teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Buna göre, örneğin gerçekte sahte olmayan parayı, sahte olduğunu sanarak tedavüle koyan kişi, sahte parayı tedavüle koyma suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır<sup>121</sup>. Yine failin kamu görevlisi olduğunu sandığı, fakat gerçekte kamu görevlisi olmayan bir kimseye rüşvet teklif etmesi durumunda da yapılan hareketin rüşvet suçuna teşebbüs sayılması gerekir<sup>122</sup>.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Rüşvet Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 10.02.2000 tarih ve 6 No.lu Genel

<sup>118</sup> Bkz. **Kruger/Kuznesova/Tkaçevkiy** (Ed.), s. 171; Bir başka olayda, patlayıcının patlamaması üzerine bankayı soyamayan failin hareketi, yağma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilmiştir. (Bkz. **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 375).

<sup>119</sup> Moskova Bölge Mahkemesi'nin 24.01.1952 tarih ve 22/59 No.lu kararı için bkz. **Kuznesova**, s. 313-314.

<sup>120</sup> <http://www.supcourt.ru/documents/own/7787/>, E. T.: 03.05.2020.

<sup>121</sup> **Rarog** (Ed.), s. 157.

<sup>122</sup> **Kruger/Kuznesova/Tkaçevkiy** (Ed.), s. 170-171; **Zagorodnikov**, s. 121.

Kurul kararında da “Eğer kişi, rüşvet için görevli memura iletecekmiş gibi bir kimseden para veya değerli eşya almış; ancak gerçekte böyle bir niyeti bulunmayan bu kişi, bunları kendisi için almışsa, onun yaptığını dolandırıcılık olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumlarda rüşvet verdiğini sanarak dolandırıcıya para veya değerli eşyaları veren kişinin hareketleri ise rüşvet verme suçuna teşebbüs olarak değerlendirilmelidir. Bu olaylarda rüşvet konusu para veya değerli eşyanın teslim edileceği görevli kişinin isminin taraflar arasında zikredilmiş olması da önemli değildir.”<sup>123</sup> denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

İşlenemez suç halleri kural olarak cezalandırılmakla birlikte, bazı istisnai fiiller RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır<sup>124</sup>. Bunları beddua, lanetleme, ölüm büyüsu yapma gibi az önemli olması sebebiyle sosyal açıdan tehlikeli sayılmayan hareketler oluşturmaktadır<sup>125</sup>. Bu husus Yüksek Mahkemenin bir kararında da “Elverişsiz araçlarla suça teşebbüs, failin sosyal tehlikeliliğine işaret eder ve kural olarak ceza sorumluluğuna sebep olur. Ancak batıl inançları veya cahilliği nedeniyle doğüstü güçlerle bir kimseye zarar vermeye çalışan failin hareketi, az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığı için ve bu durum sadece failin suç işleme kastının belirlenmesi (düşünce aşaması) olduğundan ceza sorumluluğuna sebep olamaz.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>126</sup>.

Sosyal tehlikeli olan işlenemez suç halleri, cezalandırılmakla birlikte, mahkeme tarafından seçimlik cezaların seçimi ve cezanın alt ve üst sınırı arasındaki süre veya miktarın belirlenmesi sırasında ceza sorumluluğunu azaltan neden olarak dikkate alınmalıdır<sup>127</sup>. Bu husus, RFCK'nın 66/1. maddesinde “Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır” şeklinde hükme bağlanmıştır. Yine RFCK'nın 60/3. maddesine göre, mahkeme cezanın belirlenmesi sırasında suçun sosyal tehlikelilik derecesini dikkate almak durumundadır. Kuşkusuz işlenemez suçta fiilin sosyal tehlikeliliği daha azdır.

Kanaatimizce; Türk ceza hukukunda olduğu gibi, Rusya Federasyonu ceza hukukunda da mutlak elverişsiz teşebbüs (aracın veya konunun mutlak

<sup>123</sup> <http://www.supcourt.ru/documents/own/8360/>, E. T.: 03.05.2020; SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 30.03.1990 tarih ve 3 No.lu Genel Kurul kararı ile 23.09.1977 tarih ve 16 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir. (Bkz. **Veliyev**, s. 162; **Krigrer/Kuznesova/Tkaçevkiy** (Ed.), s. 241).

<sup>124</sup> **Kozaçenko/Neznamova** (Ed.), s. 224.

<sup>125</sup> **Naumov**, s. 309.

<sup>126</sup> 1963 Yılı 4 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, (Bkz. **Belyaev/Şargorodskiy**, s. 568).

<sup>127</sup> **Vetrov**, s. 197.

elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç) hallerinde failin cezalandırılmaması gerekir. Çünkü RFCK'nın 30/3. maddesinde, “*doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketler*” suça teşebbüs sayılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu düzenlemeye uygun olarak Rusya Federasyonu doktrininde icra hareketlerine başlama bakımından hukuki konunun “*doğrudan ve somut*” bir tehlikeye maruz kalması aranmaktadır. Mutlak elverişsiz teşebbüs hallerinde hukuki konunun “*doğrudan ve somut*” bir tehlikeye maruz kaldığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, her ne kadar, RFCK'nın 30/3. maddesinde teşebbüs (icra) hareketinin “*elverişli olması*” aranmamış ise de mutlak elverişsiz teşebbüs hallerinde doğrudan doğruya icraya başlandığından söz edilemez ve bu hareketlerin teşebbüs olarak cezalandırılmaması gerekir. Yine bu tür hareketler elverişsiz olması nedeniyle suçun işlenmesine ortam yaratmadığına göre, bu hareketlerin suça hazırlık olarak da cezalandırılmaması gerekir.

#### IV. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZASI

Tamamlanmamış suç için ceza sorumluluğunu düzenleyen RFCK'nın 66. maddesine göre; “*1. Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır.*

*3. Suça teşebbüsten dolayı cezanın süresi veya miktarı, bu Kanunun özel kısmının ilgili maddesinde tamamlanmış suç için öngörülen en ağır ceza türünün üst sınırındaki süre veya miktarın dörtte üçünden fazla olamaz.*”

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, “*... suça teşebbüsten dolayı ölüm cezasına<sup>128</sup> veya müebbet hapis cezasına hükmedilemez.*”

Görüldüğü gibi, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suça teşebbüs halinde ceza indirimi öngörülmüştür. Ancak, bu indirim tam anlamıyla bir “*zorunlu ceza indirimi*” değil, bir tür “*cezayı üst sınırdan belirleme yasağı*” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin kasten öldürme suçunun basit şeklinin cezası, 6 seneden 15 seneye kadar hapis cezasıdır (RFCK m.105/1). Bu durumda, kasten öldürme suçuna teşebbüsün cezası, 6 seneden 11,25 seneye kadar hapis cezası olmaktadır. Dolayısıyla suça teşebbüs için öngörülen

<sup>128</sup> Rusya Federasyonu Anayasası'na göre, kanunda açıkça belirtilmek şartıyla ölüm cezası sadece hayata karşı işlenen suçlar karşılığında uygulanabilir (m.20/2). Ancak Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19.11.2009 tarih ve 1344-O-R No.lu kararında ölüm cezasının Rusya Federasyonu'nun hiçbir bölgesinde uygulanamayacağına karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hüseyinoğlu**, Emin: “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 2, 2020, s. 427-444).

indirim, suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında belirlenecek sonuç ceza üzerinden yapılmamaktadır. Yani 66. madde, suça hazırlıkta, tamamlanmış suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha az ceza verilmesini öngörmüş değildir<sup>129</sup>.

Kuşkusuz mahkeme diğer suçlardan cezaya hükmederken dikkate alması gereken hususları teşebbüsten dolayı cezaya hükmederken de dikkate alacaktır. RFCK'nın 60/3. maddesine göre; “*Cezanın belirlenmesi sırasında suçun niteliği ve sosyal tehlikelilik derecesi ile failin kişiliği; cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler, cezanın failin ıslah olmasına, failin ve onun ailesinin hayatına etkisi dikkate alınmalıdır*”.

## V. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

### A. Genel Olarak

Failin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik olan veya suçun işlenmesine ortam yaratan kasıtlı hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmadığında, fail suça teşebbüs veya suça hazırlıktan sorumlu olur. Fakat bazı durumlarda fail kendi isteğiyle hazırlık hareketlerine veya icra hareketlerine son vererek suçun tamamlanmamasını sağlayabilir. Bu duruma “*gönüllü vazgeçme*” denir.

Rusya Federasyonu doktrininde baskın görüş, gönüllü vazgeçmenin suçun sosyal tehlikelilik özelliğini ortadan kaldırdığını ve bu nedenle gönüllü vazgeçme halinde, işlenen failin suç sayılmayacağını savunmaktadır<sup>130</sup>. Ancak gönüllü vazgeçmenin meşru savunma ve zorunluluk hali gibi

<sup>129</sup> Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na göre, herhangi bir suçtan dolayı cezanın belirlenmesi sırasında faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha ağır ceza verilmesi mümkün değildir. Yine kural olarak faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha hafif ceza verilmesi de mümkün değildir (RFCK m.60). Yani hakim cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri, sadece kanunun özel kısmında o suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasındaki sonuç cezayı belirleme bakımından dikkate alabilmektedir. Sözü edilen bu kuralın istisnasını RFCK'nın 64. maddesi oluşturmaktadır. Bütün suçlarda uygulanabilen ve “*takdiri hafifletici nedenler*” olarak adlandırabileceğimiz bu düzenlemeye göre; failin amaç ve saiki, suçtaki rolü, suçtan önceki ve sonraki davranışları, suçun sosyal tehlikeliliğini önemli derecede azaltan diğer nedenler, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkmasına etkin yardımda bulunma ve benzeri nedenlerin varlığı halinde, mahkeme suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif cezaya hükmedebilir veya zorunlu olan ek cezalara hükmetmeyebilir.

<sup>130</sup> **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 376, 378; **Piontkovskiy**, s. 433-434; **Ter-Akopov**, s. 40; **Kudryavsev**, Vladimir/**Naumov**, Anatoliy (Ed.): *Uçebnik Ugolovnogo Prava* (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996, s. 179; **Belyaev**/

hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre; meşru savunma ve zorunluluk halinde fiil başından beri sosyal faydalı iken, gönüllü vazgeçme halinde failin ve fiilin sosyal tehlikeliliği sona ermektedir. Gönüllü vazgeçme sosyal hayata olumlu bir şey katmamaktadır. Gönüllü vazgeçme halinde sadece hareketin sosyal tehlikeliliği ortadan kalkmaktadır<sup>131</sup>.

Kanaatimizce gönüllü vazgeçmenin suçu ortadan kaldırdığını ileri süren bu görüşler isabetli değildir. Çünkü eğer gönüllü vazgeçmenin suçu ortadan kaldırdığı kabul edilirse, iştirak halinde işlenen suçlarda, failin suçun işlenmesinden vazgeçmesi durumunda, diğer suç ortaklarının suça hazırlık veya suça teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün olamaz. Oysa Rusya Federasyonu ceza hukukunda iştirak halinde işlenen suçlarda<sup>132</sup>, sadece gönüllü vazgeçen kişinin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmektedir<sup>133</sup>. Bizce gönüllü vazgeçme bir kişisel cezasızlık nedeni olup, suçu ortadan kaldıran neden değildir<sup>134</sup>. Türk doktrininde de gönüllü vazgeçmenin bir kişisel cezasızlık nedeni olduğu ve cezalandırılmama nedeninin suç politikası görüşleriyle açıklanabileceği kabul edilmektedir<sup>135</sup>.

Eski 1960 tarihli RSFSCCK’da gönüllü vazgeçme halinde, faile suça hazırlık veya suça teşebbüsten dolayı ceza verilmeyeceği hükme bağlanmakla birlikte, gönüllü vazgeçmeden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmamıştı. Buna karşılık yürürlükteki 1996 tarihli RFCK’da gönüllü vazgeçme açık bir şekilde tanımlanmıştır.

“*Suçtu işlemekten gönüllü vazgeçme*” başlıklı RFCK’nın 31. maddesine göre; Yürürlükteki 1996 tarihli RFCK’da gönüllü vazgeçme açık bir şekilde tanımlanmıştır. “*Suçtu işlemekten gönüllü vazgeçme*” başlıklı RFCK’nın 31. maddesine göre; “1. Suçu tamamlama imkanına sahip olduğunun bilincinde

---

Şargorodskiy, s. 577; Durmanov, s. 189, 191; Tagansev, s. 168; Tişkeviç, s. 217, 220-221.

<sup>131</sup> Durmanov, s. 192; Kuznesova, s. 396.

<sup>132</sup> Suça iştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyinoğlu, Emin: “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 67, Sayı 4, 2019, s. 735-782.

<sup>133</sup> Naumov, s. 345-346; Rarog (Ed.), s. 242.

<sup>134</sup> Rusya Federasyonu doktrininde gönüllü vazgeçmenin suçun varlığını değil, failin sosyal tehlikeliliğini kaldıran kişisel cezasızlık nedeni olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. (Bkz. Durmanov, s. 191).

<sup>135</sup> Dönmezer/Erman, s. 439; Öztürk/Erdem, s. 326; Soyaslan, s. 120; Sözüer, s. 240; Özgeç, s. 490; İçel/Evik, s. 257; Demirbaş, s. 461; Centel/Zafer/Çakmut, s. 475; Koca/Üzülmez, s. 430.

olan kişi tarafından suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin (hareketsizlik) durdurulması gönüllü vazgeçme sayılır.

2. Suçu tamamlamaktan gönüllü ve kesin olarak vazgeçen kişi, ceza sorumluluğu taşımaz.

3. Suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçen kişi, sadece işlediği fiil esasen başka bir suç oluşturduğunda ceza sorumluluğu taşır”.

## B. Gönüllü Vazgeçmenin Unsurları

Gönüllü vazgeçmenin gönüllülük, kesinlik, suçun tamamlanabileceği bilinci ve suçun tamamlanmamış olması şeklinde dört şartı bulunmaktadır. Yani kastettiği suçu işleyebileceğine somut engel bulunmadığının bilincinde olmasına rağmen, failin kendiliğinden ve kesin olarak hazırlık veya icra hareketlerine son vermesi gönüllü vazgeçme sayılır<sup>136</sup>.

### 1. Gönüllülük

Vazgeçmenin gönüllü sayılabilmesi için, bunun dış nedenlerden değil, iç nedenlerden ötürü meydana gelmesi gerekmektedir<sup>137</sup>. Vazgeçme gönüllü olduktan sonra bunun mağdura acıma, pişmanlık, cezalandırılma korkusu, rezil olma duygusu gibi hangi sebeplerden ötürü meydana geldiği önemli değildir<sup>138</sup>. Gönüllü vazgeçmenin başkalarının teşviki (akraba, dost, eş nasihati gibi) sonucu meydana gelmesi de mümkündür<sup>139</sup>. Ancak üçüncü kişilerin failin suçu işlemesine izin vermeyeceklerini veya onu ihbar edeceklerini söylemeleri üzerine failin suçu işlemekten vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>140</sup>.

Failin bazı engellerle karşılaşması sebebiyle suçu tamamlamaktan vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>141</sup>. Örneğin mağdurun direnmesi, polis

<sup>136</sup> Semenderov, s. 341.

<sup>137</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 04.06.2003 Tarihli Kararı: “Elinde olmayan nedenlerle (bekçinin kendisini fark etmesi nedeniyle) suçu tamamlamaması, İsayev'in hareketlerinde suç unsurunun bulunmadığını göstermez. Çünkü mağazada değerli mallar bulunmaktaydı ve sanık bunları çalmaya teşebbüs etmiştir”. (2003 Yılı 12 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, (Bkz. Kudryavsev, Vladimir/Luneev, Viktor/Naumov, Anatolii (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006, s. 244)).

<sup>138</sup> Magomedov, s. 60.

<sup>139</sup> Vetrov, s. 198.

<sup>140</sup> Durmanov, s. 195.

<sup>141</sup> Kudryavsev/Luneev/Naumov (Ed.), s. 247.



müdahalesi veya bir tanıkla karşılaşması sebebiyle suçu işlemekten vazgeçen kişi, gönüllü vazgeçmeden yararlanmaz<sup>142</sup>. Ortaya çıkan engellerin suçun işlenmesini imkansız hale getirmeyip, suçun işlenmesini zorlaştırması halinde de suçu işlemekten vazgeçen kişi gönüllü vazgeçmeden yararlanmaz<sup>143</sup>. Örneğin, evin kapısını açmayı başaran hırsız, ikinci bir kapıyla karşılaşır ve bunun üzerine suçu işlemekten vazgeçerse, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmaz<sup>144</sup>.

Adli makamların işlenecek suçtan haberdar olması nedeniyle failin suçu işlemekten vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>145</sup>. Suçun maddi konusunun failin aradığı özellikte olmaması nedeniyle, failin hareketlerine son

<sup>142</sup> **İvanov**, Nikita: Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003, s. 252; SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 19.09.1974 Tarihli Genel Kurul Kararı: “Şampurov ve Andreyev şu şartlarda reşit olmayan V'ye cinsel saldırıda bulunmaya teşebbüsten mahkûm olmuşlardır: ‘22.11.1973 tarihinde Krasnoyarsk şehrinde, işten dönen V ile sokakta karşılaşan Şampurov ve Andreyev ona cinsel saldırıda bulunmaya karar vermişlerdir. Bu amaçla onlar V'yi yakınlardaki boş daireye sürüklemiş, üstünü çıkarmaya çalışmış, ancak mağdure onlara direnmiştir. V, ceketinden çıkardığı makasla Şampurov'a vurmuş ve bağırarak ayaklarıyla saldırganları itmiştir. Bu sırada birileri dairenin kapısına vurmuş, Şampurov pencereye doğru fırlanmış ve camı kırarak Andreyev'e oradan ayrılmalarını teklif etmiştir. Kapıya yaklaşan Andreyev merdiven sahanlığında kimsenin olmadığından emin olduktan sonra, tekrar V'ye saldırmış, onu darp etmiş ve ölümlü tehdit etmiştir. Ancak yine de mağdurun bağırma sesini komşuların duyacağından endişe eden Şampurov ve Andreyev pencereden atlayarak kaçmışlardır’. Kapıya vurulması dairede olup bitenlerin komşuların dikkatini çektiğini ve dolayısıyla sanıkların tespit edilmeleri ve yakalanmaları için bir tehlikenin ortaya çıktığını göstermektedir. Kaldı ki, mağdur da yardım çağırarak bağırma devam etmiştir. Belirtilen nedenler, sanıkların cinsel saldırı girişimini tamamlamaktan gönüllü vazgeçtiklerini göstermez”. ([http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow\\_DocumID\\_33329.html](http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33329.html), E. T.: 07.05.2011).

<sup>143</sup> Sank-Petersburg Şehir Mahkemesi'nin 17.03.1998 Tarihli Kararı: “Sanık Abramov hırsızlık amacıyla mağdur Bogun'un oturduğu evin kapı kilidini kırmış, ancak bu sırada kapıda ‘güvenlik alarmı devrededir’ tabelasını görünce olay yerini terk etmiştir. Olayda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz ve Abramov hakkında mala zarar verme suçundan ve hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerekir”. (<http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1124774>, E. T.: 22.01.2010); SSCB Yüksek Mahkemesi 28.05.1941 tarihli kararında; mağdure R'nin bağırması üzerine, yakındaki tarlada bir kişinin çalıştığını bilen O'nun cinsel saldırıdan vazgeçerek kaçmasında gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. **Durmanov**, s. 194-195).

<sup>144</sup> **İvanov**, s. 253.

<sup>145</sup> **Zdravomslav**, s. 235; Moskova Şehir Mahkemesi 1951 tarih ve 2-03 No.lu kararında; maskeli ve silahlı sanıkların soygun amacıyla mağazaya girdikten sonra, mağaza müdürünün sanıklardan birini tanıdığını ve polis çağıracağını söylemesi üzerine sanıkların suçtan vazgeçmesinde gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. **Kuznesova**, s. 378).

vermesi de gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmez. SSCB Yüksek Mahkemesi 1943 tarihli kararında, yiyecek çalmak amacıyla vagonun kapısını açan sanıkların vagona sadece manifatura bulunması nedeniyle, hiçbir şey almadıkları olayda, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağına belirtmiştir<sup>146</sup>.

Failin isnat yeteneğinin azalması veya ortadan kalkması nedeniyle suçun tamamlanamaması durumları gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez. Örneğin aşırı sarhoş olduğu için hırsızlık veya cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başlayıp da suçun tamamlanamayan kişi, suça teşebbüsten dolayı sorumlu olur<sup>147</sup>.

## 2. Suçun Tamamlanabileceği Bilinci

Aslında suçun işlenmesine engel bulunmadığı halde, fail hata sonucu bazı engellerin bulunduğunu sanarak suçun işlemekten vazgeçerse, bu durum gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez<sup>148</sup>. Çünkü gönüllü vazgeçmede failin suçun tamamlanabileceğinin bilincinde olması da gerekmektedir<sup>149</sup>. Örneğin hırsızlık için eve giren fail, koridordaki vazonun yere düşmesinin çıkardığı gürültü nedeniyle ev sahibinin evde olduğunu sanarak olay yerini terk ederse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmaz<sup>150</sup>.

Aslında suçun işlenmesine engel bulunduğu halde, fail hata sonucu herhangi bir engelin bulunmadığını sanmış ve suçun işlemekten vazgeçmişse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Örneğin fail dolu olduğunu sandığı, fakat gerçekte boş olan tabancasını mağdura doğrulttuktan sonra, mağdura acıyarak tetiği çekmekten vazgeçerse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır<sup>151</sup>. Başka bir ifadeyle, elverişsiz teşebbüs hallerinde de gönüllü vazgeçmeden söz edilebilir.

<sup>146</sup> Bkz. **Kuznesova**, s. 377.

<sup>147</sup> Bir olayda, uyuşturucu bağımlısı olan M, kendisiyle görüşmeyi reddeden sevgilisini öldürmek için yüksek miktarda uyuşturucu alarak onun evine gelmiş, evde mağdurla tartışmaya başlamış, elindeki bıçağı sallayarak mağduru öldürmekle tehdit etmiş, ancak bu sırada almış olduğu uyuşturucunun etkisiyle şoka girerek bayılmıştır. Bunun üzerine mağdur polis çağırması ve M yakalanmıştır. Bu olayda M, uyuşturucu kullanma ve insan öldürme suçuna teşebbüsten mahkûm olmuştur. (Bkz. **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 371).

<sup>148</sup> **Kudryavsev/Luneev/Naumov** (Ed.), s. 247.

<sup>149</sup> **Zagorodnikov**, s. 122.

<sup>150</sup> **Ter-Akopov**, s. 52.

<sup>151</sup> **Ter-Akopov**, s. 52-53.

### 3. Kesinlik

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için failin suçun işlenmesinden geçici olarak değil kesin ve şartsız olarak vazgeçmesi gerekir<sup>152</sup>. Failin daha iyi hazırlık yapıp, suçu daha sonra işlemek amacıyla hareketlerini durdurması gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>153</sup>. Örneğin depodan hırsızlık yapmak için depo bekçisiyle anlaşan failin, olay sırasında deponun bulunduğu yerde başka bekçiyi görmesi üzerine hırsızlık suçunu işlemekten vazgeçmesi, gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>154</sup>. Yine bir tanıkla karşılaştığı için, failin daha uygun bir zamanda işlemek üzere hırsızlık suçundan vazgeçmesi, gönüllü vazgeçme değildir<sup>155</sup>.

Ancak kuşkusuz, failin somut suçu kesin olarak işlemekten vazgeçmesi yeterli olup, bu vazgeçmenin bir daha hiç suç işlemek şeklinde olması gerekmez<sup>156</sup>. Hatta failin kastettiği suçu işlemekten vazgeçerek başka bir suçu işlemesi durumu da failin kastettiği suç bakımından gönüllü vazgeçme sayılabilir. Örneğin mağduru öldürmek isteyen fail, mağdura tabancasını doğrulttuktan sonra öldürme niyetinden vazgeçip tehdit ederek mağdurun cüzdanını alırsa, sadece yağma suçundan sorumlu olur; fakat gönüllü vazgeçme nedeniyle insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olmaz<sup>157</sup>.

### 4. Suçun Tamamlanmamış Olması

Gönüllü vazgeçme sadece suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı failin sorumluluğunu kaldırdığından, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler, sadece suçun tamamlanmamış olduğu hallerde uygulanabilir.

<sup>152</sup> **Ter-Akopov**, s. 54.

<sup>153</sup> **Semenderov**, s. 342; **İvanov**, s. 253.

<sup>154</sup> **Kuznesova/Tyajkova** (Ed.), s. 378.

<sup>155</sup> **İvanov**, s. 253.

<sup>156</sup> **Kruger/Kuznesova/Tkaçevkiy** (Ed.), s. 172.

<sup>157</sup> **Ter-Akopov**, s. 41; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Olayda sanıklar Beyman, Belobabka, Butakov ve Putilin, evine girdikleri mağdur Kostyuk’u döverek ve tehdit ederek ondan para ve otomobilinin anahtarını talep etmişlerdir. Ancak mağdurun otomobilin anahtarının o esnada evde bulunmayan karısında olmasını söylemesi üzerine, mağdurun bu söylemine inanan sanıklar, evdeki değerli eşyaları alarak olay yerini terk etmişlerdir. Olayda sanıkların mağdurun ceplerini kontrol etmemeleri, aslında evin bahçesinde olan otomobili başka yöntemlerle de çalıştırabilecekleri halde bunu yapmamaları dikkate alındığında, yasadışı otomobil kaçırma suçu (RFCK m.166) bakımından sanıklar hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerekir*”. (2004 Yılı 3 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/10052/>, E. T.: 03.05.2020).

Rusya Federasyonu doktrininde ve uygulamasında failin suça teşebbüse yönelik ilk hareketi başarısız olduktan sonra, failin aynı hareketi tekrarlamaktan vazgeçmesi durumu, gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, teşebbüs hareketinin tekrarlanmasından vazgeçme, gerçekleşmiş olan teşebbüsü ortadan kaldırmaz<sup>158</sup>. Örneğin failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağdura isabet etmez ve fail tekrar ateş etmekten vazgeçerse, bu durum gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez<sup>159</sup>. Yine failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağduru yaraladıktan sonra, failin pişman olarak tekrar ateş etmemesi durumu da gönüllü vazgeçme sayılmaz<sup>160</sup>. Aynı şekilde failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağduru yaraladıktan sonra, pişman olan failin mağduru hastaneye kaldırıp yaralı olarak kurtarması durumu da gönüllü vazgeçme değildir. Ancak bu durum cezayı hafifletici etkin pişmanlık olarak değerlendirilir<sup>161</sup>. Çünkü RFCK'nın 61. maddesinde, “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde ve uygulamada yukarıda verilen örneklerde gönüllü vazgeçmenin uygulanmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, yine de tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Bu konudaki birinci görüşe göre, istisnai durumlarda tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği hareket ile netice arasında belli bir zaman aralığının bulunduğu hallerde, fail illiyet bağının gidişatını denetleyebiliyor ve ona etki edebiliyorsa tam teşebbüs aşamasında da gönüllü vazgeçme mümkündür. Ancak bu durumda gönüllü vazgeçmenin aktif davranışlarla yapılması gerekir<sup>162</sup>. Örneğin evde yangın çıkaran failin, birkaç dakika sonra dönüp ateşi söndürmesi

<sup>158</sup> Piontkovskiy, s. 438.

<sup>159</sup> Kozaçenko/Neznamova, s. 226. RSFSR Yüksek Mahkemesi'nin 1970 tarihli Genel Kurul kararında da suça teşebbüs halinde, ilk hareket başarısız olduktan sonra, failin aynı hareketi tekrarlamaktan vazgeçmesinin gönüllü vazgeçme sayılamayacağı belirtilmiştir. (1970 Yılı 2 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, (Bkz. Grişayev/Zdravomislov, s. 212)).

<sup>160</sup> Naumov, s. 313.

<sup>161</sup> Kuznesova/Tyajkova (Ed.), s. 379; Kudryavsev/Naumov (Ed.), s. 179.

<sup>162</sup> Naumov, s. 314; Vetrov, Nikolay/Lyapunov, Yuriy: Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Çast Obşaya-Çast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), Moskva 2007, s. 145; Kozaçenko/Neznamova (Ed.), s. 226-227; İvanov, s. 254; Revın, 218; Grişayev/Zdravomislov, s. 213-214; Piontkovskiy, s. 435-436; Ter-Akopov, s. 44; Solopanov, s. 95-96; Kriger/Kuznesova/Tkaçevkiy (Ed.), s. 172.

gönüllü vazgeçme sayılır<sup>163</sup>. Yine mağdurun otomobiline patlayıcı düzenek yerleştiren fail, mağdur olay yerine gelmeden pişman olarak patlayıcıyı etkisiz hale getirirse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır<sup>164</sup>. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, failin mağdura zehir içirdikten sonra, panzehir vererek veya doktor çağırarak mağdurun ölmesini engellemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı düşünmektedirler. Bazı yazarlar bu durumda da gönüllü vazgeçmenin uygulanması gerektiğini savunmaktayken<sup>165</sup>; diğer bazı yazarlar ise bu durumda gönüllü vazgeçme değil, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>166</sup>. Naumov'a göre; burada failin illiyet bağı tamamen denetleyebildiği söylenemez. Çünkü burada ölüm neticesinin meydana gelip gelmemesi sadece failin iradesine bağlı değildir; mağdur da bu panzehiri kabul etmeme imkanına sahiptir. Örneğin amansız bir hastalığa yakalanmış olduğu için mağdur zaten yaşamak istemiyor olabilir<sup>167</sup>. Durmanov'a göre de bu örnekte neticenin gerçekleşmesi failin iradesine değil, mağdurun vücut direnci, doktorun zamanında müdahale edip etmeyeceği gibi nedenlere bağlıdır<sup>168</sup>. Kanaatimizce, öldürmek amacıyla ateş edip, fakat yaraladığı mağduru hastaneye kaldırarak kurtaran fail ile mağdura zehir içirdikten sonra panzehir vererek veya doktor çağırarak mağduru kurtaran failin durumu aynıdır. Çünkü her iki durumda da icra hareketleri tamamlandıktan sonra fail neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemiş olmaktadır. Dolayısıyla bu iki örnekte de gönüllü vazgeçmeden değil etkin pişmanlıktan söz etmek gerekir.

İkinci görüşe göre ise, icra hareketleri tamamlandıktan sonra, yani tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme hiçbir şekilde mümkün değildir<sup>169</sup>. Rarog, birinci görüşün 1960 tarihli RSFSCCK'nın yürürlükte olduğu dönemde geçerli olabileceğini; buna karşılık 1996 tarihli RFCK'nın açık hükmü nedeniyle bu görüşün artık savunulamayacağını ifade etmektedir. Çünkü 1996 tarihli RFCK'nın 61. maddesinde "*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*" cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Yani kanuna göre, failin neticenin ger-

<sup>163</sup> Naumov, s. 314; Solopanov, s. 95.

<sup>164</sup> Revin, s. 218.

<sup>165</sup> İvanov, s. 254; Kriger/Kuznesova/Tkaçevkiy (Ed.), s. 172; Grişayev/Zdravomislov, s. 214.

<sup>166</sup> Naumov, s. 314; Durmanov, s. 202.

<sup>167</sup> Naumov, s. 314.

<sup>168</sup> Durmanov, s. 202.

<sup>169</sup> Belyayev/Şargorodskiy, s. 575; Zagorodnikov, s. 122-123; Rarog (Ed.), s. 196.

çekleşmesini önlemesi durumu gönüllü vazgeçme değil, etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme sadece hazırlık hareketleri ve eksik teşebbüs aşamasında mümkündür<sup>170</sup>.

Kanaatimizce 1960 tarihli RSFSCCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kanunun gönüllü vazgeçmeyi tanımlamaması nedeniyle birinci görüşün savunulması düşünülebilirdi. Fakat 1996 tarihli RFCK'nın gönüllü vazgeçmeyi açıkça tanımlaması nedeniyle ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü RFCK'nın 31/1. maddesine göre, “suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması”, gönüllü vazgeçme sayılmaktadır. İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra, bitmiş olan hareket durdurulamayacağına göre, tam teşebbüs aşamasında, yani icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi bazı kararlarında tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağına karar verirken<sup>171</sup>, bazı kararlarında ise uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> Rarog (Ed.), s. 196.

<sup>171</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.12.1998 Tarih ve 78-098-38 No.lu Kararı: “Sanık M'nin ‘çabuk öldür’ talimatını yerine getirmekte olan diğer sanık L'nin mağdur B'yi çok sayıda yaraladığı olayda; L'nin ‘yeter, artık yapamıyorum’ diyerek hareketlerine son vermesi, B'nin ölmesi için gerekli olan tüm hareketler yapılmış olduğundan gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemez. Çünkü olayda, L, mağdurun başına beton parçasıyla vurmuş, onu metal telle boğmuştur. Daha sonra M, L'ye bıçak vererek mağdurun bileklerini kesmesini söylemiş ve L denileni yapmıştır. Olayda mağdurun ölümünün gerçekleşmemesi, M ve L'nin aşamadıkları engellerden ötürü, yani iradeleri dışındaki nedenlerle meydana gelmiştir. Bu nedenle, mahkemenin sanıklar hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamaması ve M'nin ambulans çağırması durumunu cezayı hafifletici neden olarak dikkate alması doğrudur”. (1999 Yılı 3 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/11339/>, E. T.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 09.06.2010 ve 35-010-010 No.lu Kararı: “Sanıklar Smirnov ve Abramov mağdur M'yi dövmüş, kafasına taş, şişe ve sopayla vurmuşlardır. Daha sonra M'yi çıplak, başından ağır yaralı ve baygın olarak ıssız yerde bir hendeğe atmış, bir süre daha M'nin başına doğru taş attıktan sonra olay yerini terk etmişlerdir. Yapılan tıbbi müdahale sonucu mağdurun kurtulduğu bu olayda, sanıkların fiili doğrudan kastla insan öldürmeye tam teşebbüsün unsurlarını içermektedir. Bu koşullarda ve teşebbüsün bu aşamasında gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Bu nedenle mahkemenin sanıklar hakkında nitelikli insan öldürme (RFCK m.105/2-z (birden fazla kişi tarafından)) suçuna teşebbüsten hüküm kurması doğrudur”. (<http://bazakonov.ru/doc/?ID=2383551>, E. T.: 10.04.2011).

<sup>172</sup> Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 530P98 No.lu Kararı: “Karardan da görüldüğü gibi Y, öldürmek kastıyla bayan G'nin ve onun 11 yaşındaki oğlunun kafasına ve vücudunun diğer bölgelerine metal tavayla darbeler vurmuştur. Daha sonra Y, mağdurların baygın şekilde bulunduğu karavanın kapısını arkadan kilitlemiş ve karavanı

Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında ise gönüllü vazgeçmenin RFCK'dan farklı şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. TCK'nın 36/1. maddesine göre; “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”. Örneğin öldürmek kastıyla yaraladığı kişinin ölmemesi için her türlü çabayı gösteren kimse, ölüm sonucunu önlemiş ise, insan öldürmeye teşebbüsten dolayı değil, sadece kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olur<sup>173</sup>.

Görüldüğü gibi, yürürlükteki TCK'da sadece icra hareketlerinden vazgeçme durumunda değil, sonucun gerçekleşmesini önleme (etkin pişmanlık) durumunda da failin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir<sup>174</sup>. Başka bir ifadeyle, TCK, “gönüllü vazgeçme” ile “etkin pişmanlığı” aynı şey saymış ve aynı hükümlere tabi tutmuştur<sup>175</sup>. Kanaatimizce icra hareketleri bittikten sonra failin neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin değil, cezayı hafifletici neden olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul eden RFCK'nın tutumu TCK'ya göre daha isabetlidir.

### C. Gönüllü Vazgeçmenin Sonucu

Gönüllü vazgeçme, failin suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı cezalandırılmasını önler. Ancak gönüllü vazgeçme durumunda failin vazgeçme anına kadar yaptığı hareketler bağımsız bir suçu oluşturuyorsa, fail o

*ateşe vermiştir. Mağdure ateş ve duman nedeniyle hayatını kaybetmiş, onun oğlu ise yaralı olarak kurtulmuştur. İlk derece mahkemesinin Y'nin suçun işlendiği yere dönerek çocuğu ateşten kurtardığını tespit etmesine rağmen, mağdurun (çocuğun) ölümünün sanığın elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmediği sonucuna varması doğru değildir. Y'nin çocuğa karşı işlediği suç insan öldürme suçuna teşebbüs değil, kasten ağır yaralama suçunu oluşturur”. (1999 Yılı 3 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/11339/>, E. T.: 03.05.2020).*

<sup>173</sup> **Toroslu**, s. 268-269.

<sup>174</sup> Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: “Gerek icra hareketleri aşamasında, gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir”.

<sup>175</sup> **Hafizoğulları/Özen**, s. 321.

suça ait ceza ile cezalandırılır (RFCK m.31/3). Örneğin insan öldürmek için ruhsatsız silah elde eden kişi, mağduru öldürmekten gönüllü vazgeçerse, insan öldürme suçuna teşebbüs veya hazırlıktan dolayı cezalandırılmaz, ancak ruhsatsız silah bulundurma suçundan (RFCK m.222) dolayı cezalandırılır<sup>176</sup>. Yine cinsel saldırıda bulunmak için mağdura hafif cebir uygulayan kişi, aniden gönüllü vazgeçerse, cinsel saldırı suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak kasten hafif yaralama suçundan (RFCK m.115) dolayı cezalandırılır<sup>177</sup>.

#### D. Etkin Pişmanlık

Rusya Federasyonu doktrininde etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından önceki ve sonraki etkin pişmanlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>178</sup>. RFCK'nın 61/1-k. maddesinde “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla RFCK'ya göre, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra, neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumu, yani suç öncesi etkin pişmanlık genel cezayı hafifletici nedendir. Doktrinde ve uygulamada failin neticeyi önlemeye yönelik çabalarının başarısız olması durumu da RFCK'nın 61/1-k. kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin bir olayda K, tartıştığı M'nin kafasına şişeye vurup bayılttıktan sonra, pişmanlık duyarak mağdurun yarasına pansuman yapmış, ambulans çağırmış, ancak yine de M'nin ölmesini engelleyememiştir. Davaya bakan mahkeme etkin pişmanlık nedeniyle K'nın davranışlarını cezayı hafifletici neden olarak dikkate almıştır<sup>179</sup>. Ayrıca “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” sadece teşebbüse özgü bir hafifletici neden olmayıp, suç sonrası etkin pişmanlık hallerinde de uygulanabilmektedir. Örneğin failin kasten veya taksirle yaraladığı mağduru hastaneye kaldırması halinde sözü geçen hafifletici neden uygulanacaktır.

RFCK'da suç sonrası etkin pişmanlık da genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Kanunun 61/1-i. maddesine göre, “*kendiliğinden teslim olma, suçun ve diğer suç ortaklarının ortaya çıkmasına, suçun işlenmesiyle elde edilen malın aranmasına aktif yardımda bulunma*” cezayı hafifletici neden olarak dikkate alınmalıdır. Yine 61/1-k. maddeye göre, “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda*

<sup>176</sup> Vetrov, s. 200.

<sup>177</sup> Rarog (Ed.), s. 193.

<sup>178</sup> Durmanov, s. 207.

<sup>179</sup> Bkz. Revin, s. 219.



*bulunma, suçtan doğan maddi ve manevi zararın gönüllü olarak tazmin edilmesi ve mağdurun uğradığı zararı gidermeye yönelik diğer hareketler” cezayı hafifletici nedendir. TCK’nın genel hükümlerinde ise buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu durumlar TCK 62. maddesinde düzenlenen “takdiri indirim nedenleri” kapsamında değerlendirilebilir<sup>180</sup>.*

RFCK’da suç sonrası etkin pişmanlığın cezayı tamamen ortadan kaldırdığı haller de vardır. “*Etkin pişmanlık nedeniyle ceza vermektен vazgeçme*” başlıklı RFCK’nın 75/1. maddesine göre; “*İlk defa hafif veya orta dereceli suç işleyen kişi, suçun işlenmesinden sonra kendiliğinden teslim olmuş, suçun soruşturulmasına ve ortaya çıkmasına yardım etmiş, tazmin etme veya başka şekilde suçtan doğan zararı gidermiş ve etkin pişmanlık nedeniyle sosyal tehlikeli olmaktan çıkmışsa ceza vermektен vazgeçilebilir*”. TCK’nın genel hükümlerinde ise buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun yanında RFCK’nın özel kısmında, suç sonrası etkin pişmanlık, bazı suçlarda (m.126<sup>181</sup>, m.205<sup>182</sup>, m.206<sup>183</sup> gibi) cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir. Buna benzer bir şekilde suç sonrası etkin pişmanlık, TCK’nın özel kısmında da bazı suçlar bakımından kabul edilmiştir. Ancak RFCK’dan farklı olarak, TCK’daki suç sonrası etkin pişmanlık halleri, her zaman cezayı ortadan kaldırmamaktadır. TCK’nın özel kısmında belli suçlar bakımından kabul edilen suç sonrası etkin pişmanlık, bazı suçlarda cezayı ortadan kaldıran (m.93/1, m.254 gibi) nedenken, bazı suçlarda ise sadece cezayı hafifletici (m.168, m.110, m.248 gibi) nedendir.

<sup>180</sup> “*Takdiri indirim nedenleri*” başlıklı TCK’nın 62. maddesine göre; “(1) *Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir. 2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir*”.

<sup>181</sup> RFCK’nın insan kaçırma suçunu düzenleyen 126. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Kaçırılan kişiyi gönüllü olarak serbest bırakan kişi, hareketleri başka bir suç oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

<sup>182</sup> RFCK’nın terör eylemi suçunu düzenleyen 205. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Terör eylemine hazırlık fiiline katılan kişi, adli makamlara zamanında haber vermek suretiyle veya başka bir yöntemle terör eyleminin gerçekleşmesini önlerse, hareketleri başka bir suç oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

<sup>183</sup> RFCK’nın insan rehlin alma suçunu düzenleyen 206. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Gönüllü veya devlet organlarının talebi üzerine rehineyi serbest bırakan kişi, hareketleri başka bir suç oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

## SONUÇ

Suç teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda objektif teoriyi esas alan Türk Ceza Kanunu'nun aksine, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda subjektif teori esas alınmıştır. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda sadece suça teşebbüs değil, ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından hazırlık hareketleri de cezalandırılmaktadır. Kanaatimizce modern ceza kanunlarında kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketlerine Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunun öngörülmüş olması isabetli olmamıştır.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça teşebbüsün sadece doğrudan kastla işlenen suçlar yönünden mümkün olabileceği, olası kastla işlenen suçlara ise teşebbüsün mümkün olmadığı konusunda uygulamada ve doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Türk ceza hukukunda ise bu konu tartışmalı olup, bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda ve doktrinde, icra hareketlerinin başlangıcının tespiti konusunda “objektif teori” kabul edilmiştir. Çünkü Kanunda teşebbüs için “doğrudan doğruya icraya başlama”nın gerekeceği ifade edilmiştir. İcra hareketlerinin ne zaman bitmiş sayılacağı konusunda ise doktrindeki baskın görüş subjektif niteliktedir.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) halleri de cezalandırılmaktadır. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek fiilleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Kanaatimizce, Türk ceza hukukunda olduğu gibi, Rusya Federasyonu ceza hukukunda da işlenemez suç hallerinde failin cezalandırılmaması gerekmektedir. Çünkü işlenemez suç hallerinde, hukuki konu doğrudan ve somut bir tehlikeye uğramış değildir ve dolayısıyla bu durumlarda doğrudan doğruya suçun icrasına başlandığından söz edilemez.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suç halleri cezalandırılmakla birlikte; beddua, lanetleme, ölüm büyüsu yapma gibi sosyal açıdan tehlikeli olmayan hareketler, RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, “suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması” şeklinde düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada icra hareketlerinin tamamlanması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüş, icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin hiçbir şekilde uygulanamayacağını; diğer görüş ise istisnai durumlarda icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bununla birlikte, mağduru öldürmek amacıyla ateş eden, fakat mermileri boşa giden failin vazgeçerek tekrar ateş etmemesi veya öldürmek amacıyla ateş edip yaraladığı mağduru failin pişmanlık duyarak hastaneye kaldırıp yaralı olarak kurtarılması gibi durumlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanmayacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bu tür durumlar cezayı hafifletici etkin pişmanlık olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce gönüllü vazgeçmenin bu tür durumlarda uygulanmaması isabetlidir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suç öncesi ve suç sonrası etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Suç öncesi etkin pişmanlık, genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Suç sonrası etkin pişmanlık ise bazı durumlarda cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir.

### KAYNAKÇA

- Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara 1968.
- Aydın**, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s. 85-113.
- Belyaev**, Nikolay/**Şargorodskiy**, Mihail: Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Soyyet Ceza Hukuku Kursu), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (Cilt 1), Leningrad 1968, [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z1030.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1030.html), E. T.: 18.12.2009.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Durmanov**, Nikolay: Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, İstanbul 1987.
- Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.
- Grişayev**, Pavel/**Zdravomislov**, Boris: Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Soyyet Ceza Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım), Moskva 1982.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Hüseyinoğlu**, Emin: “Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 76, Sayı 1, 2018, s. 120-146.
- Hüseyinoğlu**, Emin: “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 67, Sayı 4, 2019, s. 735-782.
- Hüseyinoğlu**, Emin: “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 2, 2020, s. 427-444.
- Hüseynov**, Emin: Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2011.
- İgnatov**, Aleksey/**Krasikov**, Yuriy (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (Cilt 1), Moskva

- 2000, [http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii\\_v-2t\\_T-1-Obshhaya-chast\\_Pod-red-Ignatova-Krasikova\\_2000-639s.pdf](http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii_v-2t_T-1-Obshhaya-chast_Pod-red-Ignatova-Krasikova_2000-639s.pdf), E. T.: 02.05.2020.
- İçel**, Kayıhan/**Evik**, A. Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007.
- İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009.
- İvanov**, Nikita: Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003.
- Korolkov**, A. (Ed.): Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017.
- Kozaçenko**, İvan/**Neznamova**, Zinaida (Ed.): Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997.
- Kriger**, German/**Kurinov**, Boris/**Tkaçevskiy**, Yuriy (Ed.): Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981.
- Kriger**, German/**Kuznesova**, Ninel/**Tkaçevkiy**, Yuriy (Ed.): Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1988.
- Kudryavsev**, Vladimir/**Luneev**, Viktor/**Naumov**, Anatoliy (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006.
- Kudryavsev**, Vladimir/**Naumov**, Anatoliy (Ed.): Uçebnik Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996.
- Kurçenko**, Vyacheslav: “Problemı Kvalifikasii Prestupleniy v Usloviyah Faktičeskoy Oşibki (Fiili Hata Şartlarında İşlenen Suçların Değerlendirilmesi Sorunu)”, <http://www.lawmix.ru/comm/3646>, E. T.: 03.05.2020.
- Kuznesova**, Ninel: İzbrannıye Trudı (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003.
- Kuznesova**, Ninel/**Tyajkova**, İrina (Ed.): Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (Cilt 1), Moskva 2002.

- Magomedov**, Asbeg: Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997.
- Minkovskiy**, Genrih/**Magomedov**, Asbeg/**Revin**, Valeriy: Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Moskva 1998.
- Moskova Bölge Mahkemesi'nin 05.10.2010 tarihli kararı, [http://www.mosoblsud.ru/ss\\_detale.php?id=139185](http://www.mosoblsud.ru/ss_detale.php?id=139185), E. T.: 01.03.2011.
- Naumov**, Anatoliy: (Tercüme: Qurbanov H.), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2015.
- Piontkovskiy**, Andrey: Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Sovyet Ceza Hukuku Dersleri), Tom 2 (Cilt 2), Prestupleniye (Suç), Moskva 1970.
- Rarog**, Aleksey (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008.
- Revin**, Valeriy (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000.
- Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.supcourt.ru>, 03.05.2020.
- Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 02.08.2005 Tarih ve 66-o05-62 No.lu Kararı, [http://pravosudie.biz/base1/data\\_sy/sudqsgbxv.htm](http://pravosudie.biz/base1/data_sy/sudqsgbxv.htm), E. T.: 22.03.2011.
- Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.12.1998 Tarih ve 78-098-38 No.lu Kararı, <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=2383551>, E. T.: 10.04.2011.
- Sank-Petersburg Şehir Mahkemesi'nin 17.03.1998 Tarihli Kararı, <http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1124774>, E. T.: 22.01.2010.
- Semenderov**, Firudin: Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007.
- Sereteli**, Tinatin: “Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği)”, Sosialiştıçeskaya Zakonnost, No:12, 1954, s. 10-15.
- Smirnov**, Andrey: “O Yuridiçeskoy Sile Postanavleniy Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek

- Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında)", Oteçestvennaya Yurisprudensiya, No:12 (14), 2016, <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridicheskoj-sile-postanovlenij.pdf>, E. T.: 02.05.2020.
- Smolenskiy Bölge Mahkemesi'nin 2009 Tarihli Kararı, [http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=181](http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=181), E. T.: 03.05.2020.
- Solopanov**, Yulian (Ed.): Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1981.
- Soyaslan**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994.
- Sözüer**, Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 19.09.1974 Tarihli Genel Kurul Kararı, [http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow\\_DocumID\\_33329.html](http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33329.html), E. T.: 07.05.2011).
- Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin 25.02.2009 Tarih ve 22-1752/2009 No.lu Kararı, [http://www.ekbobsud.ru/sudpr\\_det.php?srazd=6&id=50&page=2](http://www.ekbobsud.ru/sudpr_det.php?srazd=6&id=50&page=2), E. T.: 03.05.2020.
- Şargorodskiy**, Mihail: Vina i Nakazaniye v Sovetskom Ugolovnom Prave (Sovyet Ceza Hukukunda Kusur ve Ceza), Moskva 1945.
- Tagansev**, Nikolay: Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre), 2003, <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105>, E. T.: 02.01.2010.
- Ter-Akopov**, Arkadiy: Dobrovolniy Otkaz ot Soversheniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982.
- Tişkeviç**, İvan: Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs), Moskva 1958.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku, Genel Kısım, 13. Baskı, Ankara 2009.
- Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Traynin**, Aron: "Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu)", Sosialistiçeskaya Zakonnost, No:12, 1953, s. 28-34.

- Veliyev**, Samir: Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri, Bakı 2001.
- Vetrov**, Nikolay: Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya ast (Genel Kısım), Moskva 2002.
- Vetrov**, Nikolay/**Lyapunov**, Yuriy: Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), ast Obşaya-ast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), Moskva 2007.
- Yakimenko**, Natalya: Osenka Maloznaitelnosti Deaniya (Eylemin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, E. T.: 03.05.2020.
- Zagorodnikov**, Nikolay: Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya ast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975.
- Zdravomislov**, Boris (Ed.): Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya ast (Genel Kısım), Moskva 1999.





## KAMU ALACAĞININ KORUNMASINA YÖNELİK BİR ÖNLEM: 6183 SAYILI KANUNA GÖRE TEMİNAT

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787686>

**Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAĞLU\***

### Öz

6183 sayılı Kanunda kamu alacağı tahsilini garanti altına almayı amaçlayan güvence önlemleri bulunmaktadır. Henüz tarh ve tahakkuk etmemiş olmasına rağmen alacağı güvenceye bağlayabilen koruma önlemlerinden birisi teminat kurumudur. Mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan idari işlem yoluyla başvurulabilen bir önlem olan teminat istemi kamu borçlusunun teminat gösterme veya göstermeme tutumuna göre farklı hukuki sonuçlara vesile olmaktadır. Çalışmamızda kendine özgü cebri takip ve tahsil süreci işletebilme olanağı sağlayabilen 6183 sayılı Kanun m.9-12 arasında düzenlenmiş teminat kurumunun hukuki analiz ve tahlili yapılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Kamu icra hukuku, Kamu alacakları, Koruma önlemleri, Teminat, Teminat istemi

### A MEASURE FOR THE PROTECTION OF PUBLIC RECEIVABLE: GUARANTEE ACCORDING TO THE LAW NO. 6183

### Abstract

There are preventive regulations aimed at protecting the collection of public receivables in Law No. 6183. On of the safeguards that can tie it to the assurance that it will receive, even though it has not yet been accrued or finalized, is the guarantee institution. Collateral request, which is a measure that can be applied through administrative proceedings without the need for a

---

\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [esaricaoglu@trabzon.edu.tr](mailto:esaricaoglu@trabzon.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7065-3977> (Makalenin Geliş Tarihi: 27.04.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 15.05.2020)

*court decision has different legal consequences according to the attitude of the public debtor to show collateral or not. In our study, the legal analysis and analysis of the collateral institution arranged between m.9-12 of Law Noç 6183, which can also provide the opportunity to operate its own forced follow-up and collection process, is carried out.*

**Keywords**

*Public enforcement law, Public receivables, Measures of conservation, Guarantee, Guarantee request*

## GİRİŞ

Cebri takip ve tahsil sürecini yürütme yetkisine sahip kamu alacaklısı sıfatını haiz devlet soyut bir kavram olmanın ötesinde somut olarak kamu idarelerini ifade eder<sup>1</sup>. Devlet alacağıın korunması fikri kapsamında farklı kanunlarda kamu alacaklısına bazı imtiyazlar tanınması kamu idarelerinin alacaklı olduğu ilişkilerde özel alacaklılar kadar dinamik yapıya sahip olmaması gibi sorunlardan kaynaklanmaktadır<sup>2</sup>.

Bu kapsamda kamu alacağıın cebri takip ve tahsil sürecine konu edilmesi öncesinde koruyucu nitelikte özel önlemlerin varlığı ilave güvencelerdir. Alacağıın tahsil edilebilmesinde risklerin kaldırılmasını amaçlayan özel alacak-borç ilişkilerinde bile var olabilen koruyucu hükümlerin, yapı-sından dolayı kamu alacaklarında ayrıcalıklı ve özel türler biçimde görünür olması mümkündür<sup>3</sup>. Bu nedenle özel hukuk kaynaklı alacaklarda bazı geçici koruma niteliğindeki uygulamalar için yargı organları tarafından verilecek kararlara ihtiyaç duyulabiliyorken kamu alacaklarına yönelik koruma önlemleri, takip ve tahsil niteliği taşımayan idari işlemler yoluyla olmaktadır<sup>4</sup>.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun bir taraftan iyi niyetli borçlulara kolaylık sağlamayı amaçlayan hükümleri ihtiva ederken, diğer taraftan kamu alacağıın tahsilini olanaksızlaştıracak tehlikelere karşı kamu idarelerinin haklarını koruyan ve onlara ayrıcalık tanıyan önlemleri barındırmaktadır<sup>5</sup>. Kamu alacağıın vadesinde tahsil edilememesinden kaynaklanan mahrumiyet ve maliyetlerin karşılanabilmesi için gecikme zammı gibi araçların bulunmasının yanında 6183 sayılı Kanunda bu halden farklı nitelikte gelecekte tahsilin imkansızlaşması ihtimaline karşı

<sup>1</sup> **Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türk Vergi İcra Hukukunda “Devlet” Kavramının Niteliği ve İşlevi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2018, s. 251.

<sup>2</sup> **Şenyüz**, Doğan: “İflasta Vergi Alacakları ve Sırası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 67, Sayı: 4, 2018, s. 891.

<sup>3</sup> **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2019, s. 167.

<sup>4</sup> **Bahçeci**, Barış: Kamu Alacağıın Takip Hukuku, (Seçkin), Ankara 2019, s. 156.

<sup>5</sup> **Şimşek**, Edip: Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi Uygulama ve İçtihatlar, Yeniden Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 2. Baskı, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1996, s. 81; **Öner**, Erdoğan: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, (Seçkin), Ankara 2019, s. 193; **Gerçek**, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5.Baskı, (Ekin), Bursa 2017, s. 159; **Karadağ**, Neslihan Coşkun: “Vergi Alacağıın Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, Sayı: 162, 2012, s. 239.

kamu alacaklısına güvence veren hükümler vardır<sup>6</sup>. Burada tahsilin tehlikeye girme ihtimalinde olmasına istinaden özel güvence önlemleri uygulayabilecek hukuki araçlara sahip olunmaktadır.

Kamu alacaklarının korunmasına yönelik hükümler 6183 sayılı Kanunun “Amme alacaklarının korunması” bölümü içerisinde yer almaktadır. Ayrıca kamu alacağının doğumundan tahsiline kadar ki süreç için bu bölümde yer alanlarla sınırlı olmayan farklı hukuki düzenlemelerle de karşılaşılabilir<sup>7</sup>. Bu düzenlemelerden bazıları henüz kamu alacağının kesinleşmesini beklemeden alınabilecek önlemleri bazıları ise kamu alacağı kesinleştikten sonra borcun ödenmesine yönelik uygulanacak hükümleri ifade etmektedir<sup>8</sup>.

6183 sayılı Kanunda yer alan teminat kurumu, vergilendirme işlemleri dahil henüz kesinleşmemiş kamu alacakları için kesinleşme öncesi bir zamanda alacağın tahsilini garanti altına almayı amaçlayan bir önlemdir<sup>9</sup>. Kendine özgü cebri takip ve tahsil süreci işletebilmeyi olanaklı kılan teminat kurumu, diğer koruma önlemlerine göre daha kısa sürede ve daha kolay tahsil sağlayabilmektedir. Bu kapsamda kamu alacağı için teminat gösterilmişse teminatın paraya çevrilerek alacağın tahsili yoluna gidilebilmektedir<sup>10</sup>. Ayrıca teminat diğer koruma önlemlerine unsur olma gibi bir özelliğe sahiptir.

Diğer taraftan mali mevzuatımızda teminat adı ile anılan farklı düzenlemeleri 6183 sayılı Kanunda yer alan teminat kurumundan ayırt etmek gerekir<sup>11</sup>. Belli imkânlardan yararlanabilmenin karşılığında bir şart olarak ileri sürülebilen teminat halleri (VUK, m.376, 6183 sayılı Kanun m.48 vd.)

<sup>6</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 179; **Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, (Yetkin), Ankara 2016, s. 111.

<sup>7</sup> **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 182; **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, (Yetkin), Ankara 2019, s. 511; **Çelik**, Binnur: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3.Baskı, (Onikilevha), İstanbul 2018, s. 36; **Taşkan**, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, (Adalet), Ankara 2019, s. 306; **Üstün**, Ümit Süleyman: Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı, (Legal), İstanbul 2013, s. 54.

<sup>8</sup> **Arslaner**, Hakan: 6183 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Tahsili, (Yetkin), Ankara 2010, s. 147.

<sup>9</sup> **Üstün**, Kamu Alacakları, s. 55; **Öner**, s. 194.

<sup>10</sup> **Barlass**, İrfan: Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi, (Onikilevha), İstanbul 2017, s. 16.

<sup>11</sup> Mali hukuk içinde değerlendirilebilen tüm teminat kurumlarına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. **Gerçek**, Adnan: Türk Mali Hukukunda Teminat, (Seçkin), Ankara 2013.

ile VUK, m.153/A’de yer alan teminat kurumlarının, farklı nitelikte olduğunun altı çizilmelidir<sup>12</sup>.

Çalışmamızda kamu alacaklısının karşılaşılabileceği tehlikelerle alacağını tahsil edememe riskine yönelik olarak kendisine güvence verilmesini amaçlayan koruma önlemlerinden 6183 sayılı Kanun m.9-12 arasında düzenlenmiş teminat kurumu ele alınmaktadır.

## I. HUKUKİ NİTELİĞİ

Teminat kelimesi, güvence anlamını ihtiva eder<sup>13</sup>. Bu kavram, özünde bu karşılığı bulacak şekilde farklı alanlarda kullanılabilir. Hukuki olarak teminat, zamanında veya uygun surette elde edilme riski taşıyan bir alacağın ödenmesini veya hukuki bir durumun gerçekleşmesini güvenceye bağlamak için alınan karşılık/iktisadi değer olarak ifade edilebilir<sup>14</sup>. Diğer taraftan teminat kavramı farklı hukuk alanlarında farklı ıstılah anlamı ihtiva eden surette de yer alabilmektedir.

6183 sayılı Kanunda tanımı yapılmamış olan teminat, kamu alacağının tahsilinin tehlikeye girdiği veya tehlikeye girdiğinin kabul edildiği nedenlere dayalı olarak kamu alacaklısının isteği üzerine borçlunun malvarlığındaki kıymetlerden Kanunda belirtilenler arasından kendi seçtiklerini borcuna karşılık göstererek, kamu alacağının güvence altına alınması olarak tarif edilebilir<sup>15</sup>. Bu haliyle mükellefin bazı olanaklardan yararlanabilmek için idareye sunduğu değerlerden tamamen bambaşka bir anlama sahip 6183 sayılı Kanun m.9-12 arasında yer alan teminat kurumu, kamu alacaklarının tahsilini koruma altına alan bir güvence önlemi olarak kavramsallaşmaktadır.

6183 sayılı Kanunda yer alan teminat kurumunun amacı Kanunda yer alan ifadelerle karşılığını bulabilmektedir. Zira “Amme alacaklarının korunması” bölümü içerisinde kavram olarak güvence anlamını ihtiva eden “teminat hükümleri” başlığı altında yapılabilecek düzenlemelerin hedefi bellidir.

<sup>12</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s. 112; **Bayraklı**, Hasan Hüseyin: Vergi İcra Hukuku, Afyonkarahisar 2012, s. 32; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 161.

<sup>13</sup> TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (15.02.2020).

<sup>14</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s. 111; **Bayraklı**, s. 31; **Gerçek**, Teminat, s. 21; **Coşkun**, Mahmut: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2013, s. 125; **Üstün**, Ümit Süleyman: “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:182, 2003, s. 147; **Yapar**, Burcu Kuzucu: Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler, (Onikilevha), İstanbul 2020, s. 87.

<sup>15</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s. 111; **Bayraklı**, s. 31; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 40; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 160; **Arslaner**, s. 148; **Üstün**: Teminat, s,147; **Yapar**, s. 88.

Kamu alacaklarını güvence altına alma amacı taşıyan teminat, borçluya olan güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donattığı kamu alacaklısının hazineye intikal edecek gelir beklentisinin, kamu borçlusunun olası hukuka aykırı tutumundan etkilenmemesini amaçlayarak kamu alacaklısına teminat isteme hak ve yetkisi tanımıştır. Diğer taraftan bazı durumlarda bu hak ve yetki aynı zamanda kamu alacaklısının sorumluluğuna neden olabilecek bir zarureti de ifade etmektedir.

Teminat istemi ile kamu alacaklısı tasarrufuna alabileceği bir değer beklentisi içinde somutlaşan bir istek ile bireye külfet yüklenmektedir. Doğması muhtemel kamu borcu için teminat istemi süreci sonunda elde edilecek teminat sayesinde, kamu alacağı kesinleştiğinde borçlunun borcunu ödememe riskiyle karşı karşıya kalabilecek kamu alacaklısı, özel cebri takip ve tahsil uygulayabilme yetkisini elinde tutarak kamu alacağının tahsilini garanti edebilmektedir.

6183 sayılı Kanunda yer alan teminat, aynı bölümde düzenlenmiş olan ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk kurumlarından daha hafif nitelikte ve hukuki sonuçları bunlara nazaran daha sınırlı olan bir güvence önlemidir. Kamu borçlusu teminat ile sadece kamu alacaklısı tarafından belirlenmiş borçla sınırlı olarak, kendi iradesiyle seçtiği unsurları teminat olarak sunma imkânına sahip olmaktadır<sup>16</sup>. Ayrıca kamu alacağını teminata bağlamak diğer önlemlere başvurmayı veya diğer takip ve tahsil usullerini işletmeyi gereksiz kılabilir. Kamu alacağı kesinleştiğinde kamu borçlusunun borcunu ödememesi üzerine teminatın paraya çevrilmesi usulüyle alacak tahsil edilebilmektedir. Böylece hem kamu borçlusu farklı hukuki süreçlere muhatap olmayacak hem de kamu alacaklısı alacağına daha çabuk, daha az masrafla ve daha kolay bir yolla ulaşabilecektir<sup>17</sup>.

Teminat, kamu alacağının tahsilini zorlaştırmak için borçlunun malvarlığını azaltması, kaçırması veya başka tutumlarıyla tahsilin zamanında ve uygun surette yapılmasına engel olacağı endişelerine istinaden başvurabilen bir güvenlik önlemidir<sup>18</sup>. Kamu borçlusuna geleceğe yönelik soyut bir tehlike ihtimaline karşılık yükletilen bu külfet için güvensizliğin görünüş itibarıyla somut ve kabul edilebilir gerekçelerinin olmasını beklemek gerekir. Kanun koyucu 6183 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerle belli nedenleri kamu alacağının tahsili için kendiliğinden tehdit olarak kabul etmişken, belli

<sup>16</sup> Coşkun, s. 125.

<sup>17</sup> Karakoç, Kamu İcra, s. 112; Bayraklı, s. 31; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 160.

<sup>18</sup> Koçak, Muhsin: Vergi-İcra Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2018, s. 105.

haller ise kamu alacaklısının ayrıca araştırmakla yükümlü olduğu durumlar olarak belirginleşmektedir.

Kamu alacaklısı teminat isteme yetkisini kullanarak kamu borçlusundan talepte bulunur. Bu haliyle kamu idaresi teminat istemiyle malvarlığı üzerinde doğrudan doğruya alınmış bir önlem, malvarlığının aktif ve tümüyle ilgili bir işlem, icrai bir fiil gerçekleştirmiş olmamakta, subjektif bir iradeyle teminat istenerek sadece belirli kişi ve olaylar hakkında hukuki sonuç doğuracak talep iletilmektedir<sup>19</sup>. Kamu alacaklısı, kanunun kendisine tanıdığı imkân dahilinde idari işlem yoluyla teminat istemekte, kamu borçlusu ise kendi tercih ettiği iktisadi değeri teminat olarak göstererek mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini sınırlandırmakta veya teminat göstermeyerek farklı hukuki sonuçların doğmasına sebebiyet vermektedir.

Kamu alacaklısına imtiyaz tanıyan ve kamu borçlusuna külfet yükleyen böyle bir kurumun hukuki dayanağı şüphesiz kanun olmalıdır. 6183 sayılı Kanun m.9’da teminat isteme, m.10’da teminat ve değerlemesi, m.11’de şahsi kefalet, m.12’de teminat hükmünde olan eşya konuları yer almaktadır. Diğer taraftan vergi idaresinin 6183 sayılı Kanuna dair uygulamasını şekillendiren Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No:1 tebliğinde, Kanunun teminat kurumu ile ilgili hükümlerinin uygulamasına yönelik vergi idaresi görüşü ve açıklamaları bulunmaktadır.

## II. TEMİNAT İSTEME

### A. Genel Olarak

6183 sayılı Kanun m. 9 “Teminat isteme” kenar başlığı altında yer alan düzenlemelerden teminatın hangi koşullar altında kim tarafından ve nasıl istenebileceğine yönelik tespitler yapılabilmektedir. Bu doğrultuda bu başlık altında teminat isteme koşulları, teminat isteme yetkisi ve teminat isteme usulü ele alınacaktır. Ancak Kanun hükmünün tüm soruların cevabına ulaşma imkânı vermediğini ve bazı konularda tartışmalar bulunduğunu ifade etmek gerekir.

6183 sayılı Kanun m.9’da iki fıkra düzenlemesi bulunmaktadır. İlk fıkra düzenlemesi 213 sayılı VUK kapsamına giren kamu alacaklarıyla ilgilidir. Diğer fıkra ise tüm kamu alacaklarını kapsamaktadır<sup>20</sup>. Birinci fik-

<sup>19</sup> **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 41; **Üstün**, Teminat, s. 147; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 161; **Arslaner**, s. 148; **Karadağ**, s. 240.

<sup>20</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s. 112; **Candan**, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2007, s. 82; **Çelik**, Kamu Alacağı, s. 42; **Yapar**, s. 88-89.



rada yer alan koşulların varlığında teminat istenmesi zorunlu olmakla beraber ikinci fıkraya göre idarenin takdirine bağlı olarak teminat istenebilmektedir<sup>21</sup>. Ayrıca birinci fıkrada Kanunda yazılı nedenlerin varlığı halinde alacağın tahsil tehlikesi içinde bulunduğu Kanun koyucu tarafından doğrudan kabul edilmiştir. İkinci fıkraya göre ise kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğu tespit edilirse teminat isteme yetkisi doğacaktır.

### B. Teminat İsteme Koşulları

Kamu alacağı kesinleşmeden başvurulabilen bir güvence önlemi olan teminat istemi için Kanunda yer alan belirli koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Bu haliyle kamu alacaklısına teminat isteme yetkisi verecek olan hukuki sebep teminat isteme koşullarının vuku bulmuş olmasıdır. 6183 sayılı Kanun m.9/1 ve m.9/2’de farklı koşullara bağlı olarak teminat istenebilmektedir.

6183 sayılı Kanun m.9/1’de yer alan koşullar; teminat isteme nedeninin var olması, teminat isteme nedeninin ve teminata esas alınacak tutarın vergi incelemeye yetkili memurlarca tespit edilmesi, bu tespitin tahsil dairesine bildirilmesi ve talepte bulunulması, kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanılmış olunmasıdır. 6183 sayılı Kanun m.9/2 de yer alan koşullar ise kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgâhının bulunmaması ve bu halin kamu alacağı tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesidir.

6183 sayılı Kanun m.9/1 hükmüne göre teminat isteminin ilk koşulu, kanunda yer alan teminat isteme nedeninin ortaya çıkmış olmasıdır. Buna göre böyle bir nedenin var olmadığı bir olayda teminat istenemeyecektir. Teminat istemine yönelik neden ihtiva eden 6183 sayılı Kanun m.9/1’de şu ifadeler yer almaktadır:

“213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344. maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359. maddesinde sayılan hallere temas eden bir kamu alacağının salınması için gerekli olan muameleler başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairesince teminat istenir.”

Bu hükmün içeriğinde teminat istemi için iki farklı nedenin olduğu ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Diğer taraftan “ile” bağlacının “ve” olarak değerlendirilmesi ile VUK, m.344 uyarınca vergi ziyai cezası gerektiren hallerin ve

<sup>21</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s.113; **Candan**, s. 87; **Koçak**, s. 112, **Öner**, s. 195.

<sup>22</sup> **Kaneti**, Selim/**Ekmekçi**, Esar/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: Vergi Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2019, s. 571; **Candan**, s. 83; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 41; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 162; **Coşkun**, s. 126; **Ünsal**, Hilmi: Amme Alacaklarının Takip ve Tahsili, Damga Vergisi ve Harçlar, (Seçkin), Ankara 2019, s. 19.

VUK, m.359 maddesi gereğince kaçakçılık suçu oluşturan durumların birlikte gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğu da ileri sürülmüştür<sup>23</sup>. Bu doğrultuda öncelikle Kanunda ifade edilen durumların ayrı ayrı mı değerlendirileceği yoksa burada Kanun koyucunun sadece VUK, m.359'daki fiillerle işlenen vergi ziyayı cezası halini mi bir neden olarak kabul ettiği tespit edilmelidir.

Tahsilat Genel Tebliğinde, 6183 sayılı Kanunda yer alan “ile” ifadesi yerine “ve” kelimesi kullanılarak Kanunda yer alandan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir<sup>24</sup>. Ancak vergi idaresinin bu farklı yazımın sonuçlarının farkında olacak şekilde bir yaklaşım geliştirdiği, bu konuda bilinçli bir tercihte bulunduğu ve daha önemlisi vergi idaresinin açıklama niteliğini haiz bir tebliğ yoluyla böyle bir uygulamayı kabul etme yetkisi tartışılacak meselelerdir.

Ancak şurası gerçektir ki ağır sonuçlar yükümlendiren, farklı yorumlara sebebiyet verebilen bu durumu açıklığa kavuşturacak belirgin bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>25</sup>.

Diğer taraftan mevcut düzenlemenin değerlendirilmesi ise Kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkarılması halinde mümkün olabilmektedir. Bu

<sup>23</sup> Bu yöndeki tartışmalar için bkz. **Bahçeci**, s. 165-166; **Taylar**, Yıldırım: “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunları”, Mali Pusula, S:48, 2008, s. 79-80; **Yapar**, s. 91-92; **Şeker**, Sakıp: “Vergi İncelemelerine Dayanan İhtiyati Haciz Uygulamalarının Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:37, 2008, s. 160-161; **Arslan**, Cem Barlas: “Kamu Alacağını Güvence Altına Alınmasında Teminat Uygulaması”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:60, 2009, s. 2475; **Baysal**, Eda: “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağına Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan “Teminat İsteme” Uygulamasında “Yetki” ve “Neden” Unsurlarının Tahlili”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı: 54, 2009, s. 1168-1169; **Şentürk**, Akın Gencer: “Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden “Teminat İsteme” Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdelenmesi”, s. 15, <http://agencerhukuk.com/014.pdf> (20.02.2020).

<sup>24</sup> “... Buna göre, 213 sayılı Kanunun 135 inci maddesiyle kendilerine inceleme yetkisi verilmiş bulunanlar tarafından mükelleflerin veya sorumluların kayıt ve işlemlerinin incelenmesi sırasında 213 sayılı Kanunun 344 ve 359 uncu maddelerinde sayılan hallerin tespit edilmesi nedeniyle bir amme alacağı salınması için gereken işlemlere başlanılmışsa, inceleme elemanlarınca yapılacak ilk hesaplara göre tespit edilecek tutar üzerinden derhal teminat istenecektir.”

<sup>25</sup> **Çelik**, Binnur: “Kamu Alacaklarını Güvence Atına Alan Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Uygulamaları ve Kanun Değişikliği Önerileri”, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bağlantılı Problemler ve Çözüm Paneli, (İstanbul Vergi Merkezi), İstanbul 2018, s. 1.

doğrultuda vergi idaresinin konuya yeknesak bir yaklaşım sergileyebileceği açıklıkta olmayan 6183 sayılı Kanunun ilgili düzenlemesi karşısında hangi neden veya nedenlerin teminat istemine dayanak olabileceği ortaya konulmalıdır. Zira bu düzenlemede farklı iki nedenin olduğu kabul edilirse herhangi bir vergi ziyayı halinin teminat istemi için yeterli olduğu söylenebilecektir, diğer durumda ise sadece vergi kaçakçılığı teşkil eden fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilen haller teminat isteme nedeni olabilecektir.

VUK, m.344 “vergi ziyayı cezası” kenar başlıklı düzenlemede<sup>26</sup>, vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren üç farklı husus düzenlenmiştir. Buna göre ziyaya uğratan verginin birinci fıkrada yer alan hallerde tek kat, ikinci fıkrada yer alan hallerde üç kat, üçüncü fıkrada yer alan hallerde ise yüzde elli oranında ceza uygulanması gerekir. Bu düzenlemelerde vergi ziyayı/kayıbı neticesi hedef tutularak, farklı sebeplerle neden olunan bu neticeye karşı farklı tutarlarda ceza miktarı öngörülmüştür.

6183 sayılı Kanun m.9/1’de yer alan “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344. maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ...” ifadesi esasında VUK, m.359’da sayılan hallerle temas eden kamu alacaklarını da kapsamaktadır. Zira VUK, m.344/2’e göre; 3 kat tutarında vergi ziyayı cezası kesilmesine neden olan VUK, m.359’da yazılı olan fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halidir. Diğer bir ifadeyle 6183 sayılı Kanun m.9/1’de yer alan “... 359. maddede sayılan hallerle temas eden bir kamu alacağı” ifadesi zaten öncesinde sayılmış bulunan VUK, m.344 içinde yer alan ikinci fıkra düzenlemesinde vardır. Ayrıca bu fiillerin kasıtlı işlenmediği tespitiyle tek kat vergi ziyayı cezası kesilmesine neden olan haller de VUK, m.344’ün birinci fıkrası içinde değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan VUK, m.359’da yazılı fiillerle her durumda bir kamu alacağına sebebiyet verilemeyeceğinin 6183 sayılı Kanunda vergi kaçakçılığı teşkil eden bir fiilin değil kamu alacağı doğuran bir olayın arandığının altını çizmek gerekir. Bu doğrultuda örneğin, kamu alacağı doğumuna neden

<sup>26</sup> 213 sayılı VUK, m.344’de yer alan hüküm şu şekildedir;

“341 inci maddede yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaya uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir.

Vergi ziyasına 359 uncu maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu ceza üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanır.

Vergi incelemesine başlanılmasından veya takdir komisyonuna sevk edilmesinden sonra verilenler hariç olmak üzere, kanuni süresi geçtikten sonra verilen vergi beyannameleri için bu madde uyarınca kesilecek ceza yüzde elli oranında uygulanır.”

olmayan bir hesap ve muhasebe hilesi için teminat isteme nedeni oluşmayacaktır.

Bu haliyle teminat istemi nedeni konusunda tereddüt oluşması pek mümkündür. Kanun lafzının açık bir saptama yapma imkânı vermediği böyle bir durumda hükmün gerçek anlamı tespit edilmelidir. Bunun için öncelikle Kanun metninin günümüze gelene kadarki süreçte geçirdiği evrime bir göz atılmalıdır.

6183 sayılı Kanun m.9/1 değişikliklere uğramış bir hükümdür. Teminat kurumunun ilk halini ihtiva eden 28.07.1953 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanun, m.9'da şu ifadeler yer almaktaydı:

“Vergi Usul Kanununun 324 üncü maddesinde sayılan hallere temas eden bir âmme alacağıının salınması için gereken muamelelere başlanmış olduğu takdirde, vergi incelemesine salâhiyetli memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir.”

Bu Kanun hükmünde atıf yapılan 15.06.1949 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış 07.06.1949 tarih ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu m.324'de kaçakçılık teşkil eden eylemler bulunmaktaydı. Burada yer alan VUK düzenleme sisteminde vergi cezalarına yönelik; kaçakçılık-kusur-usulsüzlük tipleri yer alıyordu. Kanunda kaçakçılık; vergi kaçırma kastı ile kanunda sayılan şekillerde vergi ziyana sebebiyet verilmesi olarak tarif edilmekteydi.

Değişiklik ihtiva eden 2347 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun m.9/1 hükmünde yapılan düzenleme sonrası Kanun metni şu hale gelmiştir:

“Vergi Usul Kanununun 344 ncü maddesinde sayılan kaçakçılık halleriyle mükerrer 347 nci maddesinin 1 numaralı bendinde belirtilen hallere temas eden bir amme alacağıının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir.”

Bu düzenlemede atıf yapılan Vergi Usul Kanunumuzun yürürlükten kaldırılmış vergi ceza sisteminde ise VUK, m.344'de 6 bent halinde sayılan fiillerden herhangi birisi ile vergi ziyana sebebiyet verildiğinde kaçakçılık oluşmaktaydı. Mükellefin tedbirsizliği ve işlerine gerekli özeni göstermemesi sonucu kaçakçılığa nazaran daha hafif bir şekilde meydana çıkan bir vergi kaybına sebebiyet verme fiili ise ağır kusur olarak kavramsallaşmıştır. Bu halde kaçakçılık ve ağır kusur (sadece VUK, mülga mükerrer 347 1 inci bentte sayılan) teminat istemi nedeni olabilmekteydi.

6183 sayılı Kanunun ilk halinde “kusur”<sup>27</sup> teminat istemine neden olabilecek hallerin dışında tutulmuş sadece kaçakçılık yer almıştır. Sonraki düzenlemede ise kaçakçılık ve ağır kusur teminat istemi nedeni olarak öngörülmüştür. Burada Kanun koyucu önceki Vergi Usul Kanunu düzenlemesinde yer almayan yeni bir tür ağır kusuru, teminat istemi nedeni olarak ilave etmiştir. Diğer bir deyişle ilk düzenlemede sadece kaçakçılık teşkil eden fiillerle vergi kaybına yol açan durumlar teminat istemi içine dahil edilirken, sonraki düzenlemede o anki kanun sistematüğinde sadece kaçakçılık teşkil eden fiillerle vergi ziyana yol açılması değil, sınırlanmış ve belirlenmiş eylemden kaynaklanan ağır kusurla vergi ziyana neden olma hali de teminat isteme kapsamına dahil edilmiştir.

Ancak dikkat çekici olan bu düzenlemelerin ortak özelliği o anki Vergi Usul Kanunu düzenlemelerine göre vergi ziyayı cezası kesilmesi gerektiren tüm hallerin teminat istenebilecek nedenler olarak kabul edilmemiş olmasıdır.

Halihazırda Vergi Usul Kanunumuzun cezalandırma sistemi bu Kanunların yürürlükte olduğu dönemlerden tamamen farklıdır<sup>28</sup>. Teminat isteme nedenlerini belirleme konusunda bu değişim dikkate alınmalıdır. Şu an ki düzenlemeler çerçevesinde vergi suçu-vergi kabahati ayrımının olduğu, vergi kaçakçılığının (VUK, m.359) bir vergi suçu tipi olarak öngörüldüğü, bu suçun oluşumunda vergi ziyasının suçun bir unsuru olmaktan çıkarılmış olduğu hususlarının altını çizmek gerekir.

Bu durumla birlikte yukarıda ifade edilen mülga kanunlar üzerinden değerlendirme yapıldığında Kanun koyucunun tüm vergi ziyana yol açan halleri değil özelde sadece vergilendirme alanında ağır ihlal olarak nitelediği vergi kaçakçılığı teşkil eden fiillerle vergi ziyana yol açan halleri teminat isteyebilecek neden olarak öngörmek istediği çıkarımı yapılabilmektedir. Ancak diğer taraftan Kanun koyucunun 2346 sayılı Kanunla değişiklik yaptığı düzenlemeyle ağır kusuru da teminat isteyebilecek bir hal olarak kapsama dâhil etmesi tedrici olarak teminat isteme nedenlerini genişletme iradesi taşıdığını ve bu son düzenlemeyle tüm vergi kaybına yol açan

<sup>27</sup> VUK, mülga m.329: “Kusur, kaçakçılık sayılan haller dışında herhangi bir suretle vergi ziyama sebebiyet verilmesidir.”

<sup>28</sup> 6183 sayılı Kanun m.9/1’de yer alan “Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesinde sayılan kaçakçılık halleriyle mükerrer 347 nci maddesinin 1 numaralı bendinde belirtilen...” ibaresi, 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanun m.81 hükmüyle “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan...” olarak değiştirilmiş ve Kanun metnine işlenmiştir.

nedenleri teminat isteme nedeni olarak oluşturmak istediği sonucuna da ulaşılabilir. Fakat bu sonucu doğrulayacak farklı somut dayanaklara ihtiyaç duyulduğu da bir gerçektir.

Burada teminat istemi nedeninin VUK, m.359'da yer alan fiillerle işlenen vergi ziyayı cezası halleri olduğu düşünülmektedir. Zira 6183 sayılı Kanun m.9/1'de VUK, m.344 bulunmasına rağmen, VUK, m.344 kapsamına giren VUK, m.359'da sayılan hallerle kamu alacağına sebebiyet verilmesi durumunun ayrıca yazılmış olması Kanun koyucunun vergi ziyayı cezası gerektiren tüm halleri teminat istemi nedeni olarak öngörmeme iradesinden kaynaklanmaktadır.

Kanun koyucu abesle işteğal etmeyecektir. Vergi ziyayı cezası kesilmesi gerektiren tüm haller teminat isteme nedeni olarak düzenlenmek istenseydi Kanunda sadece VUK, m.344'ün bulunmasıyla yetinilebilecektir. Bu hükme ilave olarak VUK, m.359'un ayrıca yazılmış olması buradan kaynaklanan vergi ziyayı hallerine odaklanıldığını göstermektedir. VUK, m.359'da yer alan vergi kaçakçılığı suçu teşkil eden ve oluşumu için vergi ziyasının şart olmadığı fiillerin her durumda bir kamu alacağına sebebiyet veremeyecek yapıda olması da bu durumu doğrulamaktadır. Son olarak mülga kanun düzenlemelerinin tüm vergi kaybına yol açan nedenleri teminat isteme nedeni olarak düzenlenmemiş olması bu sonuca ulaşılmasına vesile olmaktadır. Buna göre VUK, m.359'de yazılı fiillerle neden olunan vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren bir kamu borcunun yükletilmesi durumlarında teminat isteme nedeninin var olacağı düşünülmektedir.

Teminat istemi için bir nedenin var olması tek başına yeterli değildir. Bu nedenin oluştuğu konusunda Kanunda öngörülen biçimde tespit yapılmalıdır. 6183 sayılı Kanun m.9/1 çerçevesinde teminat istemenin bir koşulu olarak, teminat isteme nedeninin öncelikle vergi incelemesine yetkili memurlarca ortaya konulması gerekmektedir.

Teminat istenilmesinin bir koşulu olan nedenin var olduğu, ilk olarak vergi incelemesine yetkili memurlarca belirlenmeli ve onlarca yapılacak ilk hesaplamalara göre teminata esas alınacak tahmini bir tutar somutlaştırılmalıdır<sup>29</sup>. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olan; vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru, vergi dairesi müdürleri, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar ile VUK, m.72 uyarınca kurulan takdir komisyonları

<sup>29</sup> **Kızılot**, Şükrü/**Kızılot**, Zuhâl: Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş 15. Baskı, (Yaklaşım), Ankara 2009, s. 480; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 162; **Öner**, s. 195.

tarafından Kanunda yer alan nedenin olduğu saptanarak, ilk hesaplama gerçekleştirilmelidir<sup>30</sup>.

Teminat istemenin gerekli olduğu durumları ilk öğrenebilecek olan kişilerin vergi incelemesi sırasında vergi incelemeye yetkili olan memurlar olduğu düşünüldüğünde burada tutarlı bir düzenleme bulunmaktadır. Vergi incelemesine yetkili olmayanların yapacağı tespit ve hesaplamalar teminat istemine dayanak teşkil edemeyecektir. Diğer taraftan 6183 sayılı Kanunda odaklanılan vergi inceleme süreci değil, vergi incelemeye yetkili olan kişilerdir. Bu doğrultuda vergi incelemesi dışındaki herhangi bir süreçte vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerce yapılacak tespit ve hesaplamaların bu koşulu sağlayabileceği gibi bir düşünce oluşabilmektedir. Ancak vergi hukuku sistemimiz açısından VUK, m.344 ile VUK, m.359 hükümlerindeki hallere yönelik bir tespit yapılabilmesi, kamu alacağı için gerekli işlemlere başlanabilmesi ve vergi incelemesine yetkili memurlar tarafından bir hesaplama yapılabilmesi için mükellef ve sorumluların kayıt ve işlemlerine yönelik bir vergi incelemesi yapılmalıdır. Bu halde doğrudan Kanunda yer alan ifadelerden anlaşılacakla birlikte teminat isteminin temelinde sebep ve sonuçları itibarıyla bir vergi incelemesi bulunması zorunludur.

Buna göre teminat istemi için öncelikle bir vergi incelemesi olmalıdır. Yoklama veya diğer denetim yollarında teminat istemek mümkün değildir<sup>31</sup>. Ayrıca bir vergi incelemesinin bulunması tek başına teminat isteme nedeni olmayıp Kanunda yer alan tüm koşullar sağlanırsa teminat istenebilecektir<sup>32</sup>.

Bu halde vergi incelemesi yapmaya yetkili memurlar tarafından vergi incelemesi sırasında kayıt ve işlemler üzerinden teminat isteme nedeninin var olduğu tespit edilmeli ve bu kişilerce ilk hesaplamalara göre teminata esas alınacak tutar belirlenmesi yapılmalıdır.

6183 sayılı Kanun m.9/1'e göre diğer bir koşul vergi incelemeye yetkili kişilerce teminat isteme nedeni ve tutar belirlenmesi yapıldıktan sonra bu hususun tahsil dairesine bildirilerek, talepte bulunulmasıdır. Tahsil dairesine

<sup>30</sup> **Candan**, s. 84; **Yapar**, s. 89.

<sup>31</sup> **Doğrusöz**, Bumin: "Vergi Dairesinin Teminat Talebi", Dünya Gazetesi, 13 Mayıs 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>. (20.02.2020); Danıştay 4.D. T.13.9.1976, E.1975/2990, K.1976/1881 için bkz. **Ünlü**, M. Cengiz: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin), Ankara 1995, s. 157.

<sup>32</sup> **Üstün**, Teminat, s. 150; **Bahçeci**, s. 163; **Gerçek**, Teminat, s. 49; **Gülseven**, Mustafa: Açıklamalı- İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin), Ankara 1999, s. 79; **Şentürk**, s. 22. Danıştay 13. D. E.1978/3931, K. 1979/1873 için bkz. **Ünlü**, s. 158.

teminat isteme nedeninin varlığı ve teminata esas alınacak tutar belirlemesi ihtiva eden bilgilendirme yapılarak, vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerin teminat istemine yönelik talepte bulunması gereklidir.

Teminat isteminin diğer bir koşulu 6183 sayılı Kanun m.9/1’de ifade edilen kamu alacağıın salınmasına yönelik gerekli işlemlere başlanılmış olunmasıdır. Gerekli işlemlerin ne olduğunu incelemek gerekir. Burada gerekli işlem vergi kaçakçılığına bağlı olarak doğacak kamu alacağı için vergi tarhına yönelmiş ön işlemlere başlanılmış olmasıdır<sup>33</sup>. Buna göre kamu alacağıın tarhına yönelik vergi kaçakçılığı teşkil eden fillerle vergi ziyayı varlığını gösteren bir kamu alacağıın salınması için kimi işlemlere başlanılmış olması teminat istemi için yeterli olup, alacağıın tahakkuk etmesine gerek yoktur<sup>34</sup>. Diğer bir ifadeyle teminat isteme nedenine yönelik tespit yapılabilecek bir aşamaya gelinmeli, ikmalen, resen veya idarece tarh işlem süreçlerine başlanılmış olunmalıdır. Kanunda açıkça gerekli işlemlerin yapılması değil, işlemlere başlanılmış olması koşul olarak yer almaktadır.

Diğer taraftan başlanılmış işlemler nihayete erdirildiğinde tespit edilen matrah farkı üzerinden vergi tarh edilmiş ve/veya ceza kesme işlemi tesis edilmişse artık teminat istenemeyecektir<sup>35</sup>. Vergi/ceza ihbarnamelerinin tebliğ edildiği, tarh işleminin tesis edildiği, tahakkuk ve tahsil aşamalarına geçilmiş olan veya kesinleşmiş bir kamu alacağı için teminat isteme koşulu bulunmamakta olup, teminat ile henüz tarh aşaması tamamlanmamış kamu alacaklarının korunması amaçlanmaktadır<sup>36</sup>. Buna göre teminat, henüz tahakkuk etmemiş veya vadesi gelmemiş ya da cebri takip ve tahsil süreci başlanmamış, hakkında ödeme emri düzenlenmemiş kamu alacaklarına yönelik bir önlemdir<sup>37</sup>. Diğer taraftan teminattan beklenen hukuki korumaya

<sup>33</sup> Bknz **Karakoç**, Kamu İcra, s. 113; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 42; **Üstün**, Teminat, s. 148; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 163; **Arslaner**, s. 148.

<sup>34</sup> Bknz. **Candan**, s. 85. Danıştay 3.D. T.13.2.2019, E.2015/12433, K.2019/982; Danıştay 4.D. T.12.1.2017, E.2016/15686, K.2017/287. (www.kazancı.com).

<sup>35</sup> **Candan**, s. 86.

<sup>36</sup> **Kızılot/Kızılot**, s. 480; **Coşkun**, s. 126.

<sup>37</sup> Danıştay 9.D. T.16.06.2014, E.2011/3737, K.2014/4258: “... 6183 sayılı Kanunun kamu alacağıın korunması ile ilgili hükümlerini kapsayan Birinci Kısımın İkinci Bölümünde yer alan teminat istenilmesi, ihtiyati haciz e ihtiyati tahakkuk müesseseleri, henüz kamu alacağı niteliği kazanmamış vergi ve cezaların, tahakkuk ettikleri tarihte karşılaşılabilecek tahsil imkansızlığına bir önlem olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla özel kanunlara göre henüz tahakkuk etmemiş vergi ve cezalar hakkında, kamu alacağıın güvenceye bağlanması amacıyla öngörülen teminat isteme, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk kararları alınarak uygulanması mümkündür. Tarh ve tebliğ üzerine dava konusu edilmekle tahsili duran vergi ve cezalar hakkında bu yola başvurulması Kanun hükümlerine uygun



ihtiyaç duyulmayan bu aşamalarda diğer hukuki yolları işletmek kamu alacaklısı için daha çok hukuki menfaat taşımaktadır.

Teminat istemine yönelik diğer bir düzenleme olan 6183 sayılı Kanun m.9/2 kendi içinde farklı koşulları barındırmaktadır. Buna göre; kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgâhı bulunmuyorsa ve bu hal kamu alacağının tahsilini tehlikede olduğunu gösteriyorsa teminat istenebilmektedir. Kanunda yer alan gerçek kişileri ilgilendiren ikametgâh kavramı yerine tüzel kişileri de kapsayacak nitelikte mali ikametgâh kavramının kullanılmasının daha isabetli olabileceğine yönelik eleştiriler bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Bu düzenleme çerçevesinde kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgâhın bulunmaması tek başına teminat isteme nedeni olamamaktadır. Kamu alacaklısı Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan bir kamu borçlusunun, alacağın tahsilini tehlikeye attığını düşünüyorsa teminat isteyebilecektir. 6183 sayılı Kanun m.9/1’den farklı olan bu hüküm doğrudan kamu borçlusunu muhatap almıştır. Bu haliyle bu maddeye dayalı olarak teminat isteyebilmek için kişinin kamu borçlusu sıfatı taşıyor olması gereklidir. Ayrıca kamu borçlusunun Türkiye’de ikametgâhının bulunmayışı ile kamu alacağının tahsil tehlikesi birlikte var olmalı ve her iki koşul arasında bağ kurulmalıdır.

Her olayın kendi koşulları içinde somutlaştırılacağı bu konuda kamu alacaklısının geniş bir değerlendirme yelpazesi ve takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak 6183 sayılı Kanun m.9/1’den farklı olarak, kamu alacağının tahsil tehlikesinde olduğu hususunun burada ayrıca araştırılması ve tespiti zaruri bir koşul olarak belirlendiği unutulmamalıdır. Bu halde keyfi olmayan usule ve somut gerekçelere dayalı olarak bu koşul ortaya konulmalıdır. Kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteren emarelere örnek olarak borçlunun işlerini tasfiye etmesi, yurt dışına yerleşmesi, banka hareketlilikleri vb. gibi dayanaklar gösterilebilmektedir<sup>39</sup>. Ayrıca borçlunun aktifinde kayıtlı menkul ve gayrimenkulleri başkaları adına tescil ettirmesi, mal kaçırmaya yönelik muvazaalı hareketlerde bulunması, finansman sağlayarak bazı varlıkları üçüncü kişilere aldırması, değeri altında satış yapması, yurt dışına nakit transferi, işlerinin bozulmaya başlaması gibi örnekleri çoğaltmak

bulunmamaktadır.” (www.legalbank.net); Danıştay 7.D. T.3.10.2007, E.2006/1290, K.2007/3914: “Ödeme emri aşaması da geçirilen kamu alacağının tahsili için 6183 sayılı Kanunda öngörülen diğer cebren tahsil yöntemlerine başvurulması gerekirken, teminat istenmesi yolunda tesis edilen işlem de yasaya uyarlık bulunmamaktadır.” (www.kazancı.com).

<sup>38</sup> **Bayraklı**, s. 34.

<sup>39</sup> **Candan**, s. 87; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 44; **Üstün**, Teminat, s. 149; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 164; **Taylar**, s. 74.

mümkündür<sup>40</sup>. Diğer taraftan koşulları bulunmasına rağmen bu hükme dayalı olarak teminat isteyip, istememenin idarenin takdirinde olduğunu yinelemek gerekir.

### **C. Teminat İsteme Yetkisi**

Koşulları oluştuktan sonra teminat isteme yetkisi alacaklı kamu idaresinin tahsil dairesine aittir. 6183 sayılı Kanunda yer alan hükümleri yerine getirmekle görevli tahsil dairesi devlete ait kamu alacakları için yetkilendirilmiş vergi idaresi, il özel idaresi ve belediyelere ait kamu alacakları için kendi tahsil dairesidir. Alacaklı tahsil dairesini ilgili mevzuat gereği görevlendirilmiş birim, servis, memur veya memurlar olarak ele almak gerekir<sup>41</sup>.

6183 sayılı Kanun m.9/1'e göre teminat istemine dair Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi bir vergi incelemesine ihtiyaç duyulmakta, teminat isteme yetkisinin doğması için öncelikle bir vergi incelemesinin bulunması gerekmektedir. Kamu borçlusundan teminat isteyen ve bu doğrultuda tebliğ gerçekleştiren alacaklı tahsil dairesi olmasına rağmen tahsil dairesi teminat isteme koşullarının varlığını, vergi incelemeye yetkili memurlar vasıtasıyla öğrenmektedir.

Vergi incelemesi sırasında vergi incelemeye yetkili kişilerce teminat isteme nedenlerinin olduğu tespiti ve yapılan ilk hesaplamalara göre belirlenen tutarı ihtiva eden talep içerikli gerekçeli ön rapor veya yazı hazırlanarak tahsil dairesine iletilmektedir<sup>42</sup>. Teminat isteme vergi incelemesi ile başlayıp vergi incelemesi ile son bulan bir görünüm arz etse de burada asıl olan tarhiyat öncesi bu yetkinin kullanılmış olmasıdır. Bu nedenle bilgilendirme ve talep vergi inceleme sırasında gerekçeli olarak düzenlenecek bir yazı ile tahsil dairesine sunulabileceği gibi vergi inceleme raporuyla da iletilebilecektir. Diğer bir deyişle vergi incelemeye yetkili memurlar, vergi inceleme sırasında tahsil dairesine gerekçeli bir ön rapor sunarak teminat

<sup>40</sup> **Koçak**, s. 112.

<sup>41</sup> **Candan**, s. 87; **Yapar**, s. 98. Vergi alacakları için yetkili tahsil dairesinin vergi dairesi başkanlıkları ile vergilendirme grup müdürlükleri olduğu yönündeki görüşleri için bkz. **Baysal**, s. 1165-1167; **Şentürk**, s. 5.

<sup>42</sup> **Bayraklı**, s. 35; **Kızılot/Kızılot**, s. 480; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 163; **Bahçeci**, s. 163; **Arslaner**, s. 148; **Koçak**, s. 110; **Yapar**, s. 99; **Şentürk**, s. 17. Uygulamada gerekçeli bir ön rapor yerine birkaç satırlık gerekçesiz bir yazı ile yetinilebildiği ve bunun keyfiliğe ve kamu yararına uygun olmayan başka amaçlarla hareket edilmesine neden olabileceği için son derece sakıncalı olduğu yönündeki görüşleri için bkz. **Doğrusöz**, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>. (20.02.2020).

isteme nedenini ve tutar belirlemesini ihtiva eden bilgi ve talebi iletebileceği gibi vergi inceleme raporuna ilave edeceği bir bölümle de bunu yapabilecektir.

Vergi incelemesi sonuçlanıp vergi ve/veya ceza ihbarnameleri kamu borçlusuna tebliğ edilerek, tarhiyat yapıldıktan sonra teminat istenemeyecektir<sup>43</sup>. Vergi incelemesi bittikten sonra uygulamada teminat istemine başvurulduğu, Danıştay'ın inceleme tamamlanıp tarhiyat yapıldıktan sonra teminat istemenin hukuka aykırı olacağı yönünde kararlar verdiği bilinmektedir<sup>44</sup>. Ancak burada dikkat edilecek husus vergi inceleme raporunun vergi idaresine ulaşması ile tesis edilen tarh işlemi ve tahakkuk aşaması arasında bir zaman diliminin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle vergi incelemesi tamamlandığında ve vergi inceleme raporu vergi idaresine gönderildiğinde doğrudan tarh işlemi gerçekleşmiş olmamakta ve tahakkuk aşamasına gelinmemektedir.

Bu halde vurgulanması gereken tarh işlemi tesis edildiğinde artık teminat istenemeyecek oluşudur. Ancak vergi incelemesinin bitirilmiş olması tek başına teminat isteme koşulunu ortadan kaldırmamaktadır. Vergi incelemesi tamamlandığında öncesinde hazırlanmış olan vergi inceleme raporunda

<sup>43</sup> **Gerçek**, Teminat, s. 48. Danıştay 9.D. T.17.12.2013, E.2010/7036, K.2013/12263: "... Ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre teminat istenebilecek ve ihtiyati haciz kararı alınabilecektir. İnceleme sonuçlanıp, tarhiyat yapıldıktan sonra bu düzenleme uyarınca teminat istenmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyimle, 9. Madde uyarınca ilgililerden teminat istenebilmesi için incelemenin henüz tamamlanmamış olması gerekir." (www.legalbank.net); Danıştay 3.D. T.09.02.2015, E.2011/3698, K.2015/547: "... inceleme sonuçlanıp tarhiyatlar yapıldıktan sonra teminat istenilmesine olanak bulunmadığı, öte yandan, Türkiye'de ikametgahı bulunan mükelleflerden vergi inceleme elemanının talebi bulunmadan kendiliğinden teminat istenemeyeceği, olayda vergi inceleme elemanın önerisi olmaksızın incelemenin sonuçlanması ve tarhiyatların tebliğinden sonra tesis edilen teminat istenmesine ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmediği ..." (www.legalbank.net); Danıştay 9.D. T.23.06.2009, E.2008/669, K.2009/2781: "... Buna göre, ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre teminat istenebilecek ve ihtiyati haciz kararı alınabilecektir. İnceleme sonuçlanıp, tarhiyat yapıldıktan sonra bu düzenleme uyarınca ihtiyati haciz kararı alınması söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyimle, 9. madde uyarınca ilgililer hakkında ihtiyati haciz kararı alınabilmesi ve teminat istenebilmesi için incelemenin henüz tamamlanmamış olması gerekmektedir." Bu doğrultudaki başka bir karar Danıştay 9. D. T.23.06.2009, E.2008/12, K.2009/2782. (www.kazancı.com).

<sup>44</sup> Bknz. **Alpaslan**, Mustafa/**Şentürk**, Akın Gencer: "Vergi İncelemelerinde İhtiyati Haciz İhtiyati Tahakkuk Sonucunda Teminat Talep Edilebilmesi İçin VUK 344 ve 359 Maddelerinin Mevcudiyeti Topluca Gereklidir", Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:53, 2009, s. 924; **Arslan**, s. 2475.

yer almış tutar belirlemesi ve talep tarh işlemi gerçekleştirilene kadar alacaklı tahsil dairesi için geçerli teminat isteme halini oluşturabilmektedir. Diğer taraftan vergi inceleme raporunda böyle bir halin yer almaması durumunda inceleme tamamlandıktan sonra farklı bir hukuki yol ile teminat isteminin tahsil dairesine ulaştırılması mümkün olmayacaktır.

Vergi incelemesi sırasında vergi incelemeye yetkili memurun teminat isteme nedenine ilişkin olayın gerçekte vuku bulmuş olduğu kanaatine mutlak surette ulaştığını beklemek olanaksızdır. Teminat, özü ve amacıyla tahsil tehlikesi ihtimali üzerine inşa edilen hukuki bir kurumdur. Henüz tarh aşaması bile tamamlanmamış bir sürecin başında kamu alacağıının esasına dair VUK, m.359'da yazılı fiillerle vergi ziyayı cezası gerektiren bir kamu alacağıının oluştuğunu tespit etmek mümkün değildir. Bu nedenle vergi inceleme elemanından bu aşamada fiil ve/veya manevi unsur tespiti yaparak VUK, m.359'a dayalı bir vergi ziyayı oluştuğuna karar vermesi beklenemez. Kanun koyucunun bu gerçeğin farkında olarak 6183 sayılı Kanunda teminat kurumunu düzenlemiş olduğu düşünülmektedir. Zira 6183 sayılı Kanunda teminat isteme nedeni VUK, m.359'da yazılı fiillerin işlenmiş olması değil VUK, m.359'de sayılan hüllere temas eden bir kamu alacağı için gerekli işlemlere başlanılmış olmasıdır. Temas eden ifadesi ispat ölçütüne yönelik belirsiz bir alan açmakla beraber<sup>45</sup>, bu düzenleme teminat isteme nedeninin kesinleşmiş olgulara dayandırılmasının zorunlu olmadığını göstermektedir.

Diğer taraftan teminat istemi nedeni olduğunu iddia edebilmek ve hesaplama yapabilmek için gerekçeli ön rapor hazırlayabilecek düzeyde bilgi ve kanaat sahibi olunması gerektiği bir hakikattir. Diğer bir deyişle vergi incelemeye yetkili olan memur kayıt ve belgeler üzerinden gerçek anlamda bir inceleme yapmalı, teminat isteme talebini ve hesaplamasını somut bilgi ve emarelere dayandırmalıdır.

Danıştay verdiği bir kararda defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmesi için verilen süre dolmadan teminat istenmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir<sup>46</sup>. Açıktır ki henüz defter ve belgeler incelenmeden teminat isteme nedeninin var olduğuna tespit edilemeyeceği gibi, teminata esas

<sup>45</sup> Bknz. **Yapar**, s. 93-94; **Şentürk**, s. 19.

<sup>46</sup> Danıştay 9.D. T.4.11.2004, E.2002/358, K.2004/5373: "... bu durumda, 6183 sayılı Kanunun 9. maddesinde belirtilen amme alacağıının tahsili ve teminat istenilebilmesi için gerekli işlemlere başlanması ve incelemeye yetkili memurlarca ilk hesaplara göre bir miktarın belirtilmesi şartı oluşmadan teminat istenilmesi ve anılan Kanunun 13. maddesinde sayılan ihtiyaten haczi gerektiren sebeplerden birinin varlığı hususunda somut tespitler ortaya konulmadan, soyut ve varsayım dayalı iddialarla uygulanan haciz işleminde ve teminat istenilmesinde isabet görülmediği..." (www.kazancı.com).

alınacak tutar belirlemesi de yapılamayacaktır. Dolayısıyla vergi incelemeye yetkili memurlarca keyfiliğe yol açmayan bir surette kullanılacak yetki çerçevesinde teminat isteme nedenine yönelik varsayımsal ve soyut olmayan bir şüphe bulunmalıdır.

Vergi incelemeye yetkili memurlarca teminat isteme nedeninin oluştuğu ve ilk hesaplara göre belirlenen miktar tespitiyle tahsil dairesine ulaşan bilgi ve talep sonrası, tahsil dairesi tarafından teminat istemi gerçekleştirilecektir. Vergi incelemeye yetkili kişilerin tahsil dairesine bu yönde bir talep iletilmesi durumunda tahsil dairesinin teminat isteminde bulunmak zorunda olduğu doğrultusunda bir görüş bulunmaktadır<sup>47</sup>. Ancak kamu alacaklarının korunmasına yönelik olağan dışı bir önlem ve aynı zamanda idari bir işlem olan teminat isteme yetkisinin denetim elemanlarının yer aldığı vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara bırakılması anlamı ihtiva edebilecek böyle bir yaklaşım, vergi idaresinin yapısına ve 6183 sayılı Kanun sistematığına uygun değildir.

Vergi incelemeye yetkili kişilerin teminat isteme nedeninin varlığı ve teminata esas alınacak tutarı iletmek ile teminat talep etmekle sınırlı yetkisi bulunmaktadır. Teminat isteme koşullarının varlığı konusunda nihai karar verme yetkisi alacaklı tahsil dairesine aittir. Teminat nedeninin ve yapılan ilk hesaplamaların tahsil dairesine ulaştırılması ve böylece talepte bulunulması teminat isteme işleminin hazırlık sürecidir. Bu halde vergi incelemeye yetkili memurun tutar belirleyerek teminat isteme talebi, icrai nitelikte olmayan hazırlık işlemidir<sup>48</sup>. Teminat isteme işlemi öncesi aşılması gereken bir aşamayı oluşturan bu işlem karar alan makamı bağlamamaktadır. Bu niteliğinden dolayı teminat isteme öncesi gerçekleşen bu işlemlere karşı doğrudan dava açılmayacaktır. Hazırlayıcı işlemdeki hukuka aykırılık halleri, bu işleme dayanılarak yapılmış olan asıl teminat isteme yazısına karşı ileri sürülebilecektir.

Diğer taraftan bu aşama ve talep olmaksızın tahsil dairesinin kendiliğinden teminat isteme kararı veremeyeceği, inceleme elemanının hesaplaması ve talebinin şart olduğunu ifade etmek gerekir<sup>49</sup>. Diğer bir deyişle

<sup>47</sup> **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 53; **Arslaner**, s. 148; **Gerçek**, Teminat, s. 53-54; **Baysal**, s. 1168; **Şeker**, s. 162; **Doğrusöz**, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>. (20.02.2020).

<sup>48</sup> Hazırlık işlemleri için bkz. **Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 21. Baskı, (Ekin), Bursa 2019, s. 269-273.

<sup>49</sup> **Kızılot/Kızılot**, s. 480; **Gerçek**, Teminat, s. 48. Danıştay 3.D. T.9.2.2015, E.2011/3698, K.2015/547: “Teminat, ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre istenebilecek tarhiyatlara hazırlayıcı mahiyette ve alacağın korun-

alacaklı tahsil dairesi bu hazırlık süreci olmadan haricen elde edeceği bilgiler üzerinden veya vergi inceleme raporunda yer alan açıklamalardan kendi varacağı çıkarımlar yoluyla kendiliğinden teminat isteme işlemi uygulayamayacaktır.

Ancak bu noktada vergi incelemeye yetkili memurların taleplerinin bağlayıcı olmadığını vurgulamak gerekir<sup>50</sup>. Teminat isteme nedeni olan VUK, m.359'da sayılı hallerin ortaya konulabileceği vergi incelemesinde sürecin henüz başında hesaplama yaparak, teminat isteme nedenlerine ilk ulaşabilecek olan vergi incelemeye yetkili olan kişilerdir. Kanun koyucu böyle bir ihtiyaca istinaden bu kişileri alacaklı tahsil dairesine asıl işleme dayanak olan hazırlayıcı işlemi yapma yetkisi vererek alınacak kararın etkinliğini artırmayı amaçlamaktadır.

Buna göre vergi incelemeye yetkili memurun ilk hesaplamalara göre belirlediği tutarı esas alarak teminat isteme koşullarının var olup olmadığına dair nihai kararı verecek olan yetki sahibi Kanunda açıkça ifade edildiği üzere alacaklı tahsil daireleridir. 6183 sayılı Kanun m.9/1'de yer alan koşulların oluşumu halinde ise kamu alacaklısının teminat isteme yoluna başvurusu zorunludur<sup>51</sup>. Kanun burada idareye bağlı yetki vererek alternatif bir seçim şansı tanımamaktadır. Bu haliyle bu yetki idare için aynı zamanda bir sorumluluk teşkil etmektedir.

Diğer taraftan 6183 sayılı Kanun m.9/2'de yer alan teminat isteme koşulları doğrudan tahsil dairesi tarafından ele alınmaktadır. Burada öncesi bir vergi incelemesine ihtiyaç duyulmadığı gibi, vergi incelemeye yetkili kişilerin hesaplama yapmasına veya talepte bulunmasına da gerek yoktur. Tahsil dairesi koşulların varlığını tespit ettiği halde takdirine bağlı olarak kamu borçlusundan teminat isteyebilecektir.

---

masına yönelik tedbir olup, inceleme sonuçlanıp tarhizatlar yapıldıktan sonra teminat istenilmesine olanak bulunmamaktadır. Türkiye'de ikametgâhı bulunan mükelleflerden vergi inceleme elemanının talebi bulunmadan kendiliğinden teminat istenemez". (www.kazancı.com) Danıştay 9.D. T. 28.01.2009, E.2008/761, K.2009/236: "Kaçakçılık suçu sayılan fiiller nedeniyle hesaplanan vergi ve ceza üzerinden teminat, ancak vergi inceleme elemanınca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden istenebileceği; vergi inceleme elemanı tarafından teminat istenmesi yolunda herhangi bir talep olmadığı halde idare tarafından kendiliğinden tesis edilen teminat isteme işleminin hukuka aykırı olduğu" (www.legalbank.net).

<sup>50</sup> Barlass'a göre vergi inceleme elemanını görevlendiren idare görevlendirdiği kişinin yaptığı çalışmanın ilk sonuçlarını kendisiyle paylaşmasını talep edebilir. Vergi inceleme elemanı vergi idaresini temsilen görev ifa ettiği için vergi idaresinin teminat isteme yetkisini ortadan kaldıran bir düzenleme yoktur. Bknz. **Barlass**, s. 16-17.

<sup>51</sup> **Taşkan**, s. 307; **Coşkun**, s. 128.

#### D. Teminat İsteme Usulü

Teminat isteme usulü içerisinde teminatın kimden, hangi tutarda ve nasıl istenilebileceği ele alınmalıdır. 6183 sayılı Kanun m.9 çerçevesinde teminat isteminin muhatabı kamu borçlusu olmalıdır. Kamu borçlusu olarak kabul edilebilen; mirası ret etmemiş mirasçılar, işi devralanlar, kanuni temsilciler, kefiller veya limited şirket ortaklarından da teminat istenebilmektedir<sup>52</sup>. Diğer taraftan m.9/1 kapsamında yapılacak teminat isteminin tahakkuk etmemiş ve/veya kesinleşmemiş alacaklar olduğu düşünüldüğünde henüz kamu borçlusu sıfatı taşımayan ve belki de hiç taşımayacak olan kişilerden de teminat istenebileceği bir gerçektir. 6183 sayılı Kanun m.9/2’de ise doğrudan kamu borçlusu sıfatına haiz gerçek veya tüzel kişiler hedef tutulmuştur.

Teminat tutarının nasıl hesaplanacağı hususu Kanunda ayrıntılı olarak ifade edilmemiştir. 6183 sayılı Kanun m.9/1’de vergi incelemeye yetkili olan kişilerce ilk hesaplamalara göre belirlenen miktarın teminat tutarı olacağı hükmedilmiştir. Bu fıkra düzenlemesine dayalı teminat isteminde teminat gösterilecek olan değer, vergi incelemesi yapan memurun hesapladığı miktar kadar olmalıdır. Burada dikkat edilecek konu teminata esas alınacak miktarın yükümlendirilecek kamu alacağıyla ölçülü olması gerekliliğidir.

Diğer taraftan Tahsilat Genel Tebliğinde vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplamalara göre belirtilen tutar üzerinden istenecek teminatın, vergi aslı, gecikme faizi ile diğer ceza tutarlarını karşılayacak değerde olması gerekliliğine işaret edilmektedir. Vergi alacağı tahakkuk edemediğinden gecikme faizinin hesabında teminat isteme yazısının düzenlendiği tarih esas alınacaktır. Ayrıca gerek teminat isteme yazılarında gerekse teminat gösterme yazıları veya belgelerinde, vergi alacağının tahakkuk etmesi üzerine hesaplanacak gecikme faizi ve zammın dikkate alınacağını belirtileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda Tahsilat Genel Tebliğinde yer alan teminat isteme yazısı örneği olan EK-1 içeriğinde, bu yazıda ihtiva olunacak unsurlarla birlikte tutarın yer aldığı bölümde vergi aslı, vergi ziyai cezası ve gecikme faizi için ayrılmış boşluklar bulunmaktadır. Diğer taraftan bu yazıda, gösterilen teminatın kamu alacağının tahakkuk ve tahsil tarihine göre hesaplanacak gecikme faizi ve gecikme zammı için de paraya çevrilebileceği uyarısı yer almaktadır.

6183 sayılı Kanun m.9/2 kapsamında bulunan teminat istemi konusunda ise ayrıca bir açıklama yoktur. Bu noktada kamu borçlusunun

<sup>52</sup> Bayraklı, s. 35; Çelik, Kamu Alacakları, s. 40; Şimşek, s. 82; Coşkun, s. 126; Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı, s. 572.

Türkiye’de ikametgâhı olmaması ve bu durumun kamu alacağıın tahsilini tehlikeye düşürmesi sebebiyle teminat istenmesi hallerinde teminat tutarının kamu alacağıın karşılayabilecek yeterlilikte olmasına dikkat edilmelidir.

Teminat istenmesindeki şekil konusu Kanunda ifade edilmemiştir. Ancak uygulamada teminat isteminin yazılı yapılması gereği kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Tahsilat Genel Tebliği EK,1’de yer alan evrak doldurulup, gönderilmek suretiyle teminat istenmektedir.

Teminat istemi yazısı kamu borçlusuna gönderildiğinde teminatın gösterilmesi için kendisine bir süre tanınıp, tanınmayacağı Kanunda ifade edilmemiştir. Ancak Tahsilat Genel Tebliğinde 6183 sayılı Kanun m.8 ile tebliğlerin yapılması ve sürelerin hesaplanması bakımından 213 sayılı Kanuna atıf yapıldığı ve bu atfın VUK m.14-18 maddelerinden ibaret üçüncü bölümün tamamına şamil olduğu gerekçesiyle, 213 sayılı Kanun m.14 hükmü çerçevesinde teminat isteme yazılarında teminat gösterilebilmesi için 15 günden az olmamak üzere süre verilmesi gerektiği açıklaması yer almaktadır. Bu açıklamaya uygun surette doktrinde yaygın görüş en az 15 günlük sürenin tanınmasına yöneliktir<sup>54</sup>. Diğer taraftan teminat gösterilmesi gereken bir halde tahsil dairesi ihtiyati hacze girişerek hiçbir süreyle kayıtlı olmasızın ihtiyati haczi uygulayabileceğinden bu işlemi durdurabilmek için kamu borçlusunun derhal teminat göstermesi gerekeceği de bir gerçektir<sup>55</sup>. Ancak teminat müessesinin kabul amacı, ticari ve iktisadi hayat gerçekleri ve idari teamüllere istinaden, teminat istenilmesi durumunda kamu borçlusuna teminatı temin edebilmesi bakımından mutlaka bir süre verilmeli ve bu süre 15 günden az olmamalıdır<sup>56</sup>.

Kamu alacaklısının teminat isteme yazısı ile kamu borçlusunun teminat gösterme tutumu birbirinden ayrı durumlardır. Teminat isteme yazısı tahsil dairesine doğrudan teminat alma hak ve yetkisi vermemektedir. Ancak kişinin hukuki menfaatini etkileyen ve belli hukuki sonuçlara katlanmasına

<sup>53</sup> Candan’a göre ihtiyati haciz koşullarını düzenleyen 13’üncü maddenin 4 numaralı bendi anlatımından isteğin yazıyla yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bknz. **Candan**, a.g.e., s. 88.

<sup>54</sup> **Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı**, s. 572; **Bayraklı**, s. 35; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 41; **Üstün**, Teminat, s. 150; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 161; **Koçak**, s. 108; **Yapar**, s. 101-102. Candan’a göre burada yer alan husus VUK, m.14 kapsamına dahil değildir. Bknz. **Candan**, s. 88. Aynı doğrultudaki görüşleri için bknz. **Bahçeci**, s. 164.

<sup>55</sup> **Karakoç**, Kamu İcra, s. 117; **Arslaner**, s. 151. Danıştay 7.D. T.25.3.1969, E.1968/1204, K. 1969/685: “... teminat istenmesi halinde ihtiyati haczin tatbiki için, teminat gösterilip gösterilemeyeceğini beklemenin zorunlu olmadığı, aksine teminat istenmesini mucip hallerin varlığı halinde ihtiyati haczin derhal tatbik olunacağı ...” bknz. **Gülseven**, s. 83.

<sup>56</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 513-514.



neden olabilen teminat isteme yazısı kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olup, tek başına dava konusu edilebilmektedir<sup>57</sup>. Hakkında idari işlem tesis olunan kamu borçlusunun, işleme yönelik hareketini belirleyebilmesi için kendisine rasyonel bir süre tanınmalıdır. Burada kamu borçlusu teminat gösterme, tesis edilen işleme dava açma veya hareketsiz kalma tercihlerini kullanarak seçiminin hukuki sonuçlarını takip edecektir. Bu haliyle ihtiyati haczin uygulanıp, uygulanmamasından tamamen bağımsız bir şekilde, teminat isteme yazısına karşı kamu borçlusuna uygun bir süre verilmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır.

### III. TEMİNAT OLARAK KABUL EDİLEN DEĞERLER

#### A. Genel Olarak

Teminat isteme sürecinde kamu alacaklısı teminat isteme ve gösterilen teminatı kabul etme şeklinde iki ayrı idari yetki kullanabilmektedir<sup>58</sup>. Bu haliyle teminat olarak gösterilen her türlü kıymetin kamu alacaklısı tarafından kabul edilmesi zorunlu değildir<sup>59</sup>. 6183 sayılı Kanunda teminat olarak kabul edilecek değerler belirlenmiştir. Buna göre teminat gösterme tutumunun konusu olabilecek nakdi ve ayni unsurlar Kanun tarafından sınırlandırılarak bir taraftan kamu alacaklısına her türlü kıymeti kabul etmeme yetkisi tanınırken diğer taraftan teminat gösterene Kanunda yer alan değerlerin teminat olarak kabul edileceği güvencesi verilmektedir.

6183 sayılı Kanun m.10 hükmü tahsil dairesinin teminat olarak kabul edeceği değerleri, m.11 bu değerlerin teminat sağlamaya yetmemesi durumunda şahsi teminat gösterilebileceğine yönelik hükmü, m.12 ise Kanunen teminat hükmünde kabul edilen eşyaları düzenlemektedir. Teminat olarak kabul edilebilecek değerleri maddi ve şahsi teminat olmak üzere iki grupta incelemek mümkündür.

#### B. Maddi Teminat

6183 sayılı Kanunda maddi teminat teşkil edebilecek değerlere yönelik m.10 düzenlemesini ele almak gerekir. Bu hükümde sayılı olan değerler devlet güvencesinde olan ve değer aşınmasına karşı korumalı olduğu düşünülen unsurlardır<sup>60</sup>. Kanun koyucu burada sınırlandırıcı bir yaklaşım sergi-

<sup>57</sup> Candan, s. 89; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 161; Arslaner, s. 151; Yapar, s. 101.

<sup>58</sup> Bahçeci, s. 158.

<sup>59</sup> Candan, s. 90.

<sup>60</sup> Gerçek, Kamu Alacakları, s. 165.

lemiş ve her şeyin teminat olarak gösterilebilmesine izin vermemiştir. Özellikle haciz veya ihtiyati hacze konu olabilecek değerlerin daha geniş olabildiği değerlendirildiğinde buradaki kısıtlamaya yönelik eleştiriler bulunmaktadır<sup>61</sup>. Ancak diğer taraftan kamu alacaklısının Kanunda yer alan değerleri teminat olarak kabul etmek zorunda olduğu düşünüldüğünde bu düzenlemenin borçluyu koruyan bir yönü de vardır.

6183 sayılı Kanun m.10'da belirlenmiş olan maddi değerler şunlardır:

**Para:** Tedavülde olan madeni ve kâğıt paralar, teminat olarak gösterilebilecek en önemli değerlerdir. Kanunda Türk parasının kastedildiğine yönelik bir görüş bulunmaktadır<sup>62</sup>. Ancak yabancı paraların (döviz) teminat olarak gösterilebilmesine herhangi bir kanuni engel bulunmadığından yabancı paraları da teminat olarak kabul etmek gerekir<sup>63</sup>.

**Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları:** Teminat mektupları belirsizliğin ve güvensizliğin ürünü olup, ekonominin gelişmesi, mal ve hizmet hareketlerinin artmasıyla mali durumu ve güvenilirliği konusunda fazla bilgi sahibi olunmayan kişilerle kurulmak durumunda olan ticari ilişkilerde, karşı edimde ifadesini bulan ekonomik çıkarın mutlaka elde edileceği güvencesini sağlamak için verilen bir değerdir<sup>64</sup>. İş sahiplerinin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getireceği taahhüdüyle bankalar veya özel kurumlar tarafından iş sahipleri lehine bu kişiler veya kurumlara hitaben verilmektedir<sup>65</sup>. Türk hukukunda teminat mektuplarının hukuki niteliğinin, özel olarak bu biçimde düzenlenmiş bulunanlar hariç kefalet değil, garanti olduğu kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.3'e göre banka; mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade eder. 5411 sayılı Kanun m.169 hükmünde; "... Diğer kanunlarda ve mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununda özel finans kurumlarına yapılan atıflar, katılım bankalarına

<sup>61</sup> Bknz. Arslaner, s. 150; Yapar, s. 101.

<sup>62</sup> Candan, s. 90. Tartışma için bknz. Yapar, s. 103-104.

<sup>63</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 47; Üstün, Teminat, s. 151. Yabancı paranın teminat gösterilmesi durumunda bunların o gün için TC. Merkez Bankası tarafından belirlenen döviz kuruna göre değerlendirilerek kabul edilmesi gerekeceği yönündeki görüşleri için bknz. Gerçek, Teminat, s. 27-28.

<sup>64</sup> Arkan, Sabih: "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:16, Sayı:4, 1992, s. 59.

<sup>65</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 48; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 166.

<sup>66</sup> Arkan, s. 60.

yapılmış sayılır” ifadeleri yer almaktadır. Bu haliyle 01.01.2005 tarihli 5234 sayılı Kanunla ilave edilen özel finans kurumları olarak faaliyet sürdüren kurumlar halihazırdaki mevzuata göre katılım bankası olarak isimlendirilip bu niteliği haiz olduklarından, 6183 sayılı Kanunda ifade edilen özel finans kurumlarını katılım bankaları olarak anlamak gerekir.

Teminat mektupları, süreli veya süresiz verilebiliyor olmakla beraber burada sadece süresiz ve koşulsuz teminatlar kabul edilmektedir. Ayrıca bu mektuplar nominal değeri üzerinden teminat olmaktadır<sup>67</sup>.

6183 sayılı Kanunun bu hükmü gereğince bankalar tarafından verilen süresiz nitelikteki teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesidir. Burada garanti veren banka, kamu alacaklısı karşısında bağımsız bir yükümlülük altına girmekte, kamu borçlusuna yönelik riskleri üzerine alarak, tahsil güvencesi sunmaktadır.

**Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler (nominal bedele faiz dahil edilerek ihraç edilmiş ise bu işlemlerde anaparaya tekabül eden satış değerleri esas alınır.):** 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m.3’e göre devlet iç borçlanma senetleri; Hazine Müsteşarlığı tarafından yurt içinde ihraç edilen borçlanma senetleridir. Aynı Kanunda devlet tahvili, ihraç edildiği tarih itibarıyla bir yıl (364 gün) ve daha uzun vadeli olan iç borç senedi, hazine bonosu ise ihraç edildiği tarih itibarıyla vadeleri bir yıldan kısa olan (364 güne kadar) devlet iç borçlanma senedi olarak tarif edilmektedir. Devletin iç borcunun bir bileşenini oluşturan nakit ve özel tertip iç borçlanma senetlerini de bu kapsamda teminat olarak kabul etmek gerekir.

Ayrıca Kanun bu senetler yerine düzenlenen belgelerin de teminat olabileceğini belirlemektedir. Devlet iç borçlanma senetleri günlük değeriyle, günlük değeri yoksa borsa değeriyle, borsa değeri yoksa kayıtlı değerine gün esasına göre işleyen faiz ilave edilerek değerlendirilecektir<sup>68</sup>. Diğer taraftan nominal bedele faiz dahil edilerek ihraç edilmişse, teminat işlemine anaparaya karşılık gelen satış değeri esas alınmalıdır. Bir başka ifadeyle faiz karşılığı gelen değer teminat miktarına dahil edilmeyecektir<sup>69</sup>.

**Hükümetçe belli edilecek Milli esham ve tahvilat “Bu esham ve tahvilat, teminatın kabul edilmesine en yakın borsa cetvelleri üzerinden**

<sup>67</sup> Gerçek, Teminat, s. 30; Coşkun, s. 144; Koçak, s. 115.

<sup>68</sup> Gerçek, Kamu Alacakları, s. 166.

<sup>69</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 49; Gerçek, Kamu Alacakları s. 167; Coşkun, s. 144.

**%15 noksanıyla değerlendirilir.":** Esham ve tahvilat kavramları, hisse senedi ve tahvilin şu an itibariyle yaygın kullanılmayan karşılıklarıdır. 6183 sayılı Kanunda yer alan hükümet ifadesini ise 6771 sayılı Kanun çerçevesinde Cumhurbaşkanı olarak anlamak gerekir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek hisse senetleri ve tahviller teminat olabilecektir. Bu hisse senedi ve tahvillerin özel şirkete ait ve borsada işlem görmesinin gerekli olduğu ve belirlenen bu hisse senetleri ve tahvillerin hangi şirketlere ait olduğu ve ne şekilde kabul edileceklerinin Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından genelgelerle teşkilata duyurulduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>.

Diğer taraftan uygulanma kabiliyeti açısından işlevsel olmayan bu düzenleme yerine ülkemizdeki sermaye piyasasının gelişimine uygun surette belirli ölçütler saptanarak, bu piyasalarda işlem gören ve ölçütlere uyan hisse senetlerinin teminat olarak kabul edilmesi daha faydalı olabilecektir<sup>71</sup>.

6183 sayılı Kanunda söz konusu hisse senetleri ve tahvillerin en yakın borsa cetvelinde yazılı değerinin yüzde 15 noksanı ile değerlendirileceği hüküm altına alınarak, olası piyasa dalgalanmalarına karşı koruyucu bir önlem alınmıştır.

**İlgililer veya ilgililer lehine üçüncü şahıslar tarafından gösterilen ve alacaklı amme idarelerince haciz varakalarına müsteniden haczedilen menkul ve gayrimenkul mallar:** Menkul ve gayrimenkul malların teminat olarak gösterilmesi kabul edilebilmektedir. Ancak bu eşyaların teminat olarak kabulü için teminat gösterilen bu mallar üzerinde haciz varakalarına dayanılarak haciz konulmalıdır<sup>72</sup>. Bu kapsamda borçlu tarafından kendi iradesine bağlı olarak gösterilen borçlu veya üçüncü kişilere ait teminat olarak kabul edilebilecek aynı bir değer olan menkul ve gayrimenkuller, alacaklı tahsil dairesi tarafından haczedilmektedir. Söz konusu mallar haciz altına aldığı anda teminat gösterilmiş olmaktadır. Gayrimenkuller haciz varakasına dayanılarak tapu sicil müdürlüklerine haciz tebliğ edilerek, menkuller ise mevcut haciz varakasına istinaden normal usulde haczedilmektedir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> **Bayraklı**, s. 37; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 49; **Üstün**, Teminat, s. 151; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 167.

<sup>71</sup> **Gerçek**, Teminat, s. 32.

<sup>72</sup> Danıştay 7.D. T.30.11.1999, E.1997/3790, K.1999/3956: "Gayrimenkullerin teminat fonksiyonunu ifa edebilmeleri, haciz varakasına müsteniden haczedilmeleri ile mümkün olup gayrimenkulün teminat olarak kabulü istemini içeren dilekçe "teminat senedi" olarak kabul edilemez." (www.kazancı.com).

<sup>73</sup> **Koçak**, s. 106.

6183 sayılı Kanunda söz konusu eşyaların hangi değer üzerinden teminat altına alınacağına dair bir ifade yoktur. Ancak menkul ve gayrimenkullerin haczine yönelik genel değerlendirme hükümleri burada uygulanabilir<sup>74</sup>. Buna göre 6183 sayılı Kanun m.81 çerçevesinde menkul bir mal teminat olarak gösterildiğinde haciz yapan memurun takdir ettiği kıymet üzerinden teminat alınmış olmakta, borçlunun müracaatı veya tahsil dairesinin lüzum görmesi halinde bilirkişi marifetiyle değer biçilmektedir.

Gayrimenkul malın teminat gösterilmesi durumunda ise uygulamada emlak vergisi tarhına esas olan değer ile tapu değeri arasından düşük olanın teminat tutarı olarak tercih edildiği ifade edilmektedir<sup>75</sup>. Ancak 6183 sayılı Kanun m.91 doğrultusunda uyuşmazlık konusu edildiğinde, gayrimenkul malın satışı halinde geçerli olan bilirkişi takdiri üzerine satış komisyonu tarafından biçilen rayiç değerın esas alınması gerekecektir<sup>76</sup>.

Menkul veya gayrimenkul bir mal teminat olarak gösterildiğinde eşya üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Eşya üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmayı kabul ederek teminat gösterme tercihinde bulunmuş kişi için mümkün olan en süratli ve en az masraflı yolun kullanılarak teminat olarak gösterilen eşyanın gerçek değeri tespit edilmelidir. Bu noktada kamu alacaklısının, kamu borçlusunun menfaatini koruma yükümü altında olduğu hatırlanmalıdır.

6183 sayılı Kanunda teminat olarak gösterilen menkul veya gayrimenkul malın borçluya ait olması şartı koşulmamıştır. Kanunda ifade edildiği üzere üçüncü kişiler de borçlu lehine mallarını teminat olarak gösterebilmektedir. Ancak önceki düzenlemede üçüncü kişiler tarafından menkul ve gayrimenkul mallar teminat olarak gösterilememekteydi. Bu imkân 19.6.1963 tarih ve 251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası getirilmiştir<sup>77</sup>.

Diğer taraftan üçüncü kişilerin kendilerine ait malı borçlu lehine teminat göstermesi durumunda kamu alacaklısının bu iradeyi ortaya koyan özel belgeler istemesi olağan bir durumdur. Bu doğrultuda Tahsilat Genel Tebliğinde bu iradeyi açık bir şekilde gösteren imzalı muvafakat yazınının bizzat tahsil dairesine getirilmesi istenmektedir. Ancak üçüncü kişinin yazıyı bizzat getiremediği durumlarda, üçüncü kişi tarafından imzalanmış ve noter tarafından onaylanmış bir örneğin tahsil dairesine ulaştırılması da yeterli

<sup>74</sup> Koçak, s. 117.

<sup>75</sup> Üstün, Teminat, s. 152; Coşkun, s. 144.

<sup>76</sup> Gerçek, Kamu Alacakları, s. 168; Koçak, s. 118.

<sup>77</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 50; Şimşek, s. 90; Koçak, s. 106.

görülmüştür. Ayrıca Tebliğde bu muvafakat yazısının içeriğinde bulunması gerekli unsurlara da yer verilmiştir. Bu muvafakat yazısının alınması sonrasında kamu alacaklısı, haciz varakasına istinaden gayrimenkul mallar için tapu müdürlüğüne haciz tebliğ edecek, menkul mallar için ise haciz tutanağı ile haciz gerçekleştirecektir.

Borçluya veya üçüncü kişiye ait elbirliği mülkiyetindeki pay diğer ortakların tamamının muvafakatının alındıktan sonra teminat olarak gösterilebilmektedir. Teminat olarak gösterilecek gayrimenkulün ipotekli olması durumunda, teminatı kabul edip etmemek alacağın tehlikeye düşme ihtimalini değerlendirecek olan kamu alacaklısına bağlıdır. Ayrıca teminat olarak gösterilen malların getirileri malın sahibi olan borçluya aittir<sup>78</sup>. Diğer taraftan şirket ortağı tarafından teminat gösterilen bir malın, ortağa isabet eden kısmı için değil borcun tamamı için teminat kabul edileceğini ifade etmek gerekir<sup>79</sup>.

### **C. Şahsi Teminat**

6183 sayılı Kanun m.10 hükmü maddi malvarlığı değerleri üzerine odaklanırken m.11’de şahsi teminat olan, şahsi kefalet konusu yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre maddi bir varlık değil bir kişi kefil sıfatıyla teminat gösterilebilmektedir. Kanuna göre asıl olan kamu borçlusunun m.10’da yer alan değerleri teminat olarak sunmasıdır. Ancak gösterilmiş olan teminat unsurları ile kamu idaresinin isteğinin karşılanmadığı hallerde, bir kişinin şahsi kefalet hukuki biçimiyle teminat olarak kabul edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanunda açıkça bir öncelik sırası belirlendiğinden teminat istemine karşılık olarak borçlunun doğrudan şahsi kefalet sunabilmesi mümkün değildir. Örneğin kamu alacağını karşılamaya yetecek değerde taşınmazın bulunduğu sabitse bu taşınmazın teminat olarak gösterilmesi zorunlu olup, tahsil dairesi şahsi kefaleti kabul edemeyecektir<sup>80</sup>. Kanunda yer alan türde bir değer bulunmadığı, miktar olarak yeterli olmadığı veya idarenin kabul etmediği hallerde şahsi kefalet gösterilebilmektedir.

Şahsi kefalet hem borçluya hem de kamu alacaklısına kolaylaştırıcı nitelikte bir imkân sunmaktadır<sup>81</sup>. Diğer taraftan 6183 sayılı Kanun m.11/3

<sup>78</sup> Coşkun, s. 145; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 168; Yapar, s. 121.

<sup>79</sup> Coşkun, s. 131.

<sup>80</sup> Candan, s. 93.

<sup>81</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 53; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 169.

hükmüyle alacaklı tahsil dairesine şahsi kefaleti ve gösterilen kişiyi kabul edip etmeme konusunda takdir yetkisi verilmektedir<sup>82</sup>.

6183 sayılı Kanuna göre teminat olarak şahsi kefalet gösterebilmenin bazı koşulları vardır. Öncelikle Kanun şahsi kefalet sıfatı taşıyacak olan kişinin muteber olmasını istemektedir. Kanunda yer alan bu kavram şahsi kefaleti kabul edip etmeme konusunda idareye verilen geniş yetkinin tezahürüdür. Bu doğrultuda Tahsilat Genel Tebliğinde "... kabulü tahsil dairesinin ihtiyarına bırakılmak suretiyle..." ifadesine yer verilerek, muteber kişi konusunda tahsil dairesinin ikna beklentisine işaret edilmiştir.

Kamu alacaklısına şahsi kefalet ile güvence tesis edecek olan kişinin muteber kişi sıfatına sahip olması onun mali durumuna yönelik bir betimlemedir. Muteber kişi, güvenilir, taahhütlerine sadık kalan kişi anlamı taşımaktadır<sup>83</sup>. Kamu alacaklısı için beklenilmesi gereken kamu alacağının tahsilinde güvenilir olunması ve borç ödeme kapasitesinin bulunmasıdır<sup>84</sup>. Diğer bir ifadeyle kefil olunacak gerçek veya tüzel kişinin ekonomik olarak yeterli olması onu muteber kılmaktadır. Bunun dışında kişiyi muteber kabul ettiren veya ettirmeyen diğer sebepler alacaklı tahsil dairesinin inceleme alanında değildir. Ayrıca şahsi kefalet olunacak kişi hukuken kefil olabilme ehliyetine sahip olmalıdır. Diğer taraftan alacaklı tahsil dairesi gösterilen tek kefile yetinmeyip, birden fazla kefilin gösterilmesini de isteyebilmektedir. Bu halde alacağın tamamı herhangi birisinden tahsil edebilecektir<sup>85</sup>.

Şahsi kefaletin teminat olabilmesinin diğer bir koşulu kefaletin türüne ilişkindir. 6183 sayılı Kanun m.11'e göre, sadece "müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu" şahsi kefalet olabilmektedir. Burada kefalet anlamında bir sorumluluk söz konusu olup, yükümlü düzeyinde bir borçluluğun bulunmadığının altını çizmek gerekir<sup>86</sup>. Kanunda yer alan bu kavram, 6193 sayılı Kanun m.11 düzenlemesinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu m.487'de yer alan müteselsil kefaletin<sup>87</sup> karşılığıdır. Zira 818 sayılı Kanun, müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olunması halini açıkça müteselsil kefalet başlığı altında

<sup>82</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 513; **Bayraklı**, s. 43; **Coşkun**, s. 153; **Ünsal**, s. 21.

<sup>83</sup> **Bayraklı**, s. 43.

<sup>84</sup> **Çelik**, Teminat, s. 3.

<sup>85</sup> **Gerçek**, Teminat, s. 38.

<sup>86</sup> **Şimşek**, s. 91.

<sup>87</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu m.487: "Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir. Bu babın hükümleri, bu nevi kefalete de tatbik olunur."

düzenlemiştir. Şu an itibariyle yürürlükte olan 6098 sayılı Borçlar Kanun m.586'da yer alan müteselsil kefalet<sup>88</sup> içerik olarak değişikliğe uğramıştır. Ancak şurası bir gerçek ki 6183 sayılı Kanun m.11'e göre teminat olarak şahsi kefaletin gösterilebilmesi için kefaletin, adi veya birlikte kefalet türünde değil müteselsil kefalet türünde olması gereklidir.

Adi kefalette kural olarak alacaklılar öncelikle borçluya başvurmalı, borçludan alacağın tahsil edilememesi durumunda kefile gidilmelidir. 6183 sayılı Kanun m.11 kapsamında şahsi kefalet gösterilmesi halinde ise asıl borçlu hakkındaki takibin sonuçsuz kalmasını beklemeye gerek duymadan kamu alacaklısı kefil aleyhine takip yapabilecektir<sup>89</sup>. Ayrıca şahsi kefaletin bu türde oluşu 6183 sayılı Kanun m.57 hükmünde yer alan; "kefiller bu kanun hükümlerine göre ve aynen asıl borçluların tabi oldukları usullerle takip olunur" ifadeleriyle uyum içindedir<sup>90</sup>. Bu uyum alacaklı tahsil daire-sinin kefilî doğrudan, asıl borçlu gibi takip etme hak ve yetkisini perçinle-mektedir.

Şahsi kefaletin teminat olarak gösterilebilmesinin üçüncü koşulu şekil şartlarına uygun surette yapılmasıdır. Türk Borçlar Kanunu anlamında özel hukuk ilişkilerinde yapılan kefalet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için bazı şekil kurallarına uyulması gerekir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.583'e göre: "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz."

<sup>88</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.586: "Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilî takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir."

<sup>89</sup> **Karakoç**, Kamu Alacakları, s. 174; **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 55; **Üstün**, Teminat, s. 154; **Barlass**, s. 20; **Gülseven**, s. 91; **Arslaner**, s. 154; **Koçak**, s. 107.

<sup>90</sup> **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 55; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 240; **Yapar**, s. 115.



6183 sayılı Kanunun teminat olarak kabul ettiği şahsi kefaletin geçerliliği için ise Borçlar Kanunu m.583’de yer alanlardan ayrı, özel şekil kurları bulunmaktadır. Buna göre şahsi kefaletin yazılı yapılması yeterli olmayıp, şahsi kefalet noterden onaylı bir sözleşmeyle tesis olunmalıdır.

Tahsilat Genel Tebliğinde şahsi kefaletin tespit edilecek şartlara uygun olarak noterden tasdikli sözleşmeyle tesis edileceği ve Tebliğ EK, 2’de yer alan şahsi kefalet senedi örneğinin kullanılacağı açıklanmıştır. Şahsi kefalet senedinde; kefil olanın kişisel bilgilerinin yanında kanuni dayanak, kefil olunan kişi, borç tutarı, alacaklı tahsil dairesi, tarih ve imza gibi bilgilere yer verilmektedir. Ayrıca, istenildiğinde tahsilat tarihine kadar hesaplanacak ferileri ile birlikte ödemeyi müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla kabul ve taahhüt edildiği ifadeleri açıkça yer almaktadır. Böylece şahsi kefalet senedi içeriğinde kefilin takibi sürecinde karşılaşılabilecek olası hukuki uyuşmazlıklara önlem olacağı düşünülen içerik ve biçim oluşturulmuştur.

Teminat kurumunun niteliğine uygun olarak şahsi kefalet sözleşmesine dair Kanunun ve ayrıca idarenin özel şekil kuralları belirginleştirmesi kamu alacaklısının kendini güvenceye alma amacına yönelmektedir. Ancak diğer taraftan şahsi kefalet senedi içerik ve biçimi, kefilin kefalet senedinde ödemeyi taahhüt ettiği borç miktarı ile sınırlı ve sadece kefil olunan bu borç için sorumlu olacağının da hukuki gerekçesidir.

6183 sayılı Kanun m.11/4’e göre kamu alacaklısına borç ödemesi yapılması durumunda ödeme yapıldığına dair kefile bir belge verilecektir. Şüphesiz bu belge asıl borçluya rücu için kullanılacak ispat aracıdır.

#### **D. Teminat Hükmünde Olan Eşya**

6183 sayılı Kanun m.12’de bazı eşyaların kanunen teminat hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Buna göre Kanunda yazılı olan işletmelerin faaliyet alanından kaynaklanan kamu borçları için bu işyerlerindeki faaliyet kollarında kullanılan eşya ve malzeme, bunların kamu alacaklısı tarafından teminat istemine konu edilmesine veya borçlu tarafından teminat olarak gösterilmesine gerek duyulmadan doğrudan teminat hükmündedir. Ayrıca burada yer alan unsurların 6183 sayılı Kanun m.10 kapsamındaki bir değer olması da gerekli değildir. Ancak 1950’li yıllardaki ekonomik koşullar üzerine inşa edilmiş bu hükmün günümüzdeki kullanılma kabiliyeti ve işlevselliği tartışmalıdır<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Bknz. Bahçeci, s. 159.

Bu maddeye göre sınırlı sayıda belirlenmiş olan; bar, otel, han, pansiyon, çalgılı yerler, sinemalar, oyun ve dans yerleri, birahane, meyhane, genelevler içerisinde bulunan eşya ve malzemeler kendiliğinden ve herhangi bir sözleşmeye dayanmadan Kanun gereği teminat hükmündedir. Ancak Kanunda bu eşya ve malzemelerin, sadece bu yerlerin işletilmesinden doğan kamu borçlarına karşılık teminat oldukları ifade edilmektedir.

Bu denli özel yetki içeren Kanun hükmündeki işyerleri ve bu işyerlerinin işletilmesinden doğan kamu borçları kavramlarını genişletmeden, dar yorumlamak gerekir. Bu nedenle örneğin, Kanunda yer almayan lokanta veya spor salonunu bu yerlerden saymak mümkün değildir<sup>92</sup>. Ayrıca işletmenin faaliyetinden kaynaklanan gelir vergisi, kurumlar vergisi ve bunlara bağlı olarak kesilen vergi cezaları kapsama dahil olabiliyorken, işletmecinin bir başka gelir unsurundan doğan vergileri, ecrimisil alacağı, işletme sahibinin trafik para cezası veya emlak vergisi gibi borçları dahil edilemeyecektir<sup>93</sup>.

6183 sayılı Kanun m.12’de sayılmış yerlerin işletilmesinden doğan kamu borçlarının tahsiline yönelik olarak kanunen teminat hükmünde kabul edilen unsurlara dair teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takip ve tahsil sürecine girilebilecektir. Diğer bir ifadeyle teminat haczi uygulanan bu eşya ve malzemenin kamu alacağının tahsilinde kullanılabilmesi için ayrıca haciz uygulanmasına gerek olmadan doğrudan paraya çevirme yapılabilir. Ancak diğer taraftan Kanun koyucu bu düzenlemeyi söz konusu işletmelerin bu malları için teminatın lehe fonksiyonlarını kullanırmak değil aksine mükellefler için bir tercih olan teminat göstermeyi tercih olmaktan çıkartarak bir tür engel oluşturmak için ihdas etmiş olduğundan, bu durum kamu alacaklısının diğer cebri takip ve tahsil yöntemlerini uygulama hak ve yetkisini ortadan kaldırmamaktadır<sup>94</sup>.

6183 sayılı Kanun m.12’de teminat hükmünde olan eşyalar belirlenmiş olmakla birlikte bazı haller istisna olarak sayılmıştır. İstisna olarak düzenlenmiş olan eşya ve malzemeler kanunen teminat hükmünde kabul edilen eşyaların dışında kabul edilecektir.

6183 sayılı Kanun m.12/1 hükmü 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.270 ve m.271 hükümlerini bu kapsamdaki kanuni teminattan istisna

<sup>92</sup> **Gerçek**, Teminat, s. 36; **Coşkun**, s. 160.

<sup>93</sup> **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 51; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 169; **Gülseven**, s. 93; **Arslaner**, s. 152.

<sup>94</sup> **Barlass**, s. 23. Ayrıca bu yönde bkz. **Bahçeci**, s. 283.

tuttuğu için buradan doğan alacak karşısında söz konusu eşya ve malzeme teminat dışı olacaktır. İİK, m.270 ve m.271 hükümlerinde kiralayanın, kira hakkı nedeniyle kiralanan yerdeki eşya ve malzeme üzerindeki hapis hakkının haczi hususu yer almaktadır. Dolayısıyla bu yerlerdeki eşya ve malzeme üzerindeki hapis hakkına dayanılarak hacizli malın satışı gerçekleştirildiğinde kira alacağı kamu alacağına karşı öncelikli olacak, diğer bir ifadeyle satıştan elde edilen bedelle öncelikle kira alacağı ödenecektir<sup>95</sup>.

6183 sayılı Kanun m.12/2 hükmünde ise noterden onaylı kira sözleşmesinde gayrimenkul sahibinin demirbaşı olarak kaydedilen eşya ve malzemelerin teminat hükmünde sayılmayacağı ifade edilmektedir. Ayrıca otel, han ve pansiyonlardaki misafir ve kiracıların kendilerine ait eşyalar da istisna kapsamındadır.

6183 sayılı Kanun m.12/3'de teminat hükmünde olan eşya üzerinde üçüncü kişilerin istihkak iddialarının kamu alacaklısının teminat hakkını ihlal etmeyeceğine hükmedilmektedir. Böylece kamu alacaklısı, istihkak iddialarının sebebiyet verebileceği olası olumsuz sonuçlara karşı korunmuştur. Ancak 6183 sayılı Kanun burada Medeni Kanun m.688 ile Borçlar Kanunu m.222 hallerini ayrıca istisna olarak belirlemiştir. Kanun metninde yer alan 743 sayılı Medeni Kanun m.688 mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satış sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu ise taksitle yapılan satışlarla ilgilidir. Ancak her iki kanun yürürlükten kaldırılmış olduğundan içerdiği hükümlerden yola çıkılarak yapılacak değerlendirme sonucu 743 sayılı Medeni Kanun m.688 olarak 4721 sayılı Medeni Kanun m.764, 818 sayılı Borçlar Kanunu m.222 olarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.271 ele alınmalıdır. Diğer taraftan istisnaların sıralı bir şekilde yer almasının ve Kanunun bu hükmünün yeni kanunlara uygun surette düzeltilmesinin gerekli olduğunun altı çizilmelidir<sup>96</sup>.

Bu düzenlemeler çerçevesindeki istihkak iddiaları kamu alacaklısına karşı ileri sürülebilecektir<sup>97</sup>. Bu halde tahsil dairesinin bulunduğu yerdeki adli yargı organlarının yetkili ve görevli olduğu istihkak iddiasına yönelik davada, davasını kazanan üçüncü kişi malın aynını veya değerini borçludan talep edebilecektir<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Bknz. **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 51; **Bayraklı**, s. 39; **Üstün**, Teminat, s. 152; **Koçak**, s. 112; **Gülseven**, s. 94.

<sup>96</sup> **Çelik**, Teminat, s. 3.

<sup>97</sup> Bknz. **Candan**, s. 94; **Bayraklı**, s. 40-41; **Arslaner**, s. 153.

<sup>98</sup> **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 53; **Coşkun**, s. 160.

## IV. TEMİNATA DAİR ÖZELLİKLİ HALLER

### A. Genel Olarak

Teminat isteme koşulları oluştuğunda teminat isteme yetkisine sahip alacaklı tahsil dairesi kamu borçlusuna teminat gösterilmesini isteyen bir yazı tebliğ etmekte sonrasında kişinin tutumuna göre farklı hukuki sonuçlar doğmaktadır. Kamu alacaklısının teminat istemi tek başına doğrudan doğruya borçlunun malvarlığı değerleri üzerindeki mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri sınırlandırmamaktadır. Bu yazı üzerine kamu borçlusu teminat gösterdiğinde kamu alacağı güvence altına alınmış olmakta diğer koruma önlemlerine başvuru ihtiyacı olmadan borcun ödenmemesi ihtimalinde kamu alacaklısı, teminatın paraya çevrilmesi yoluyla takip ve tahsil gerçekleştirebilmektedir. 6183 sayılı Kanun m.54'e göre bu halde cebri takip ve tahsil teminatın paraya çevrilmesi veya kefilin takibi (6183 sayılı Kanun, m.56-57) yoluyla olabilmektedir<sup>99</sup>. Bu yol haciz ve iflas yolundan daha kolay ve az masraflıdır<sup>100</sup>.

Ayrıca borçlunun teminat göstermiş olması kamu alacaklısına alacağı tahsil edebilmesi için zaman kazandırmaktadır. Zira 6183 sayılı Kanun m.103'e göre kamu alacağının teminata bağlanmış olması tahsil zamanaşımını kesecektir<sup>101</sup>.

Borçlu teminat gösterdiği malvarlığı üzerindeki mutlak tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Teminat, kamu alacaklarını güvence altına almaya yönelik zincirin ilk halkası ve tetikleyicisidir<sup>102</sup>. Teminat isteme yazısı sonrasında kamu borçlusu teminat göstermediğinde ihtiyati haciz veya ihtiyati tahakkuk uygulanacaktır<sup>103</sup>. Tahsil dairesinin teminat isteme yazısı her iki tarafı ilgilendiren bireysel bir idari işlem niteliğinde olduğundan dava konusu edilebilir.

<sup>99</sup> **Barlass**, s. 18.

<sup>100</sup> **Bayraklı**, s. 41.

<sup>101</sup> Danıştay 7.D. T.14.10.1997, E.1996/766, K.1997/3438: "... 6183 sayılı Kanununun 102. maddesinde tahsil zamanaşımına ilişkin düzenlemeye yer verildikten sonra, 103. maddesinde de, zamanaşımını kesen haller 10 bent olarak sayılmıştır. Anılan maddenin 8. bendinde, amme alacağının teminata bağlanmasının, zamanaşımını keseceği belirtilmiş, maddenin son paragrafında ise, amme alacağının teminata bağlanması halinde, zamanaşımının, teminatın kalktığı tarihin rastladığı takvim yılının ilk gününden itibaren başlayacağı hükmüne bağlanmıştır." (www.kazancı.com).

<sup>102</sup> **Çelik**, Teminat, s. 1.

<sup>103</sup> **Çelik**, Kamu Alacakları, s. 58; **Üstün**, Teminat, s. 155; **Gerçek**, Kamu Alacakları, s. 171.

Teminata yönelik özellikli hallerin ele alınacağı bu bölümde teminatın değiştirilmesi, tamamlattırılması, korunması, iadesi ve teminat istemine karşı dava yolu irdelenmektedir.

### **B. Teminatın Tamamlattırılması veya Başka Teminat Gösterilmesi ve Teminatın Değiştirilmesi**

6183 sayılı Kanun m.10 hükmünün son iki fıkrası teminat gösterilen unsurların değişimi konusunda kamu alacaklısı ile kamu borçlusunu arasında denge kurmaktadır. Bu düzenlemeler her iki tarafa teminat gösterildikten sonra teminat unsurlarını değiştirebilme imkânı tanıyan kolaylaştırıcı niteliktedir. Diğer taraftan Kanunun bu hükümleri kamu alacaklısına teminat gösterilen değer maddi karşılığının sürekli izlenilmesi yükümlülüğü vermektedir.

6183 sayılı Kanun m.10'da öncelikle kamu alacaklısına teminatı tamamlattırma veya başka teminat gösterilmesini isteme hak ve yetkisi ele alınmıştır. Buna göre teminat olarak gösterilen değer sonradan tamamen veya kısmen değerini kaybeder veya borç miktarı artarsa, kamu alacaklısı teminatın tamamlattırılmasını veya başka teminat gösterilmesini isteyecektir. Örneğin, bir aracın, makinanın veya eşyanın modelinin eskimesi, hisse senedinin değer değişimi, dövizdeki ani hareketlikler gibi malın özelliğinden kaynaklanan değer kayıplarında teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesi gerekecektir<sup>104</sup>. Yine bu doğrultuda gecikme faizi veya gecikme zammı gibi borç miktarını artıran hallerde bu yol işletilebilmektedir<sup>105</sup>. Burada dikkat çekici olan bu hak ve yetki, yeni bir teminat isteme talebi olmadığından daha önceki teminat istemiyle bağlantı kurulmasının zorunlu olmasıdır. Diğer bir ifadeyle borç miktarındaki artışın değerlendirilmesinde sadece teminat istemine konu olan borç esas alınacaktır. Süreç içinde farklı sebeplere dayalı olarak ortaya çıkmış olan yeni bir kamu borcu için tamamlattırma yapılmamalı, koşullarının varlığı halinde bu borca özel yeni teminat isteme süreci işletilmelidir.

Teminatın değerini kaybettiği veya borç miktarının arttığı doğrultusunda tahsil dairesince karar alınacak, asıl teminat istemindeki usul ve sürelerle uygun olarak kamu borçlusuna istek iletilecektir<sup>106</sup>. Kanunda yer alan ifadelerden değer kaybı veya borç miktarı artışı yaşanması halinde kamu alacaklısının ihtiyarı değil, zorunlu olarak bu süreci işletmesi gerektiği anla-

<sup>104</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 57; Candan, s. 91; Üstün, Teminat, s. 154; Coşkun, s. 146.

<sup>105</sup> Coşkun, s. 146; Yapar, s. 117.

<sup>106</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 57; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 170; Şimşek, s. 92.

şılmaktadır. Bu zaruret kamu alacaklısına, teminat gösterilen değerün güncel bedel karşılığını sürekli takip etme mükellefiyeti yüklemektedir.

Teminatın tamamlanması veya başka teminat gösterilmesi isteğinin kamu borçlusuna tarafından yerine getirilmemiş olması durumunda teminatsız kalan kısım için ihtiyati haciz uygulanacaktır<sup>107</sup>. Burada Kanunda açık bir hüküm bulunmamasıyla beraber ihtiyati haciz tutarının, teminatın son değeri ile kamu borcu arasındaki tutar kadar olmasını beklemek gerekir<sup>108</sup>.

Diğer taraftan 6183 sayılı Kanun m.10 kamu borçlusuna teminatı kısmen veya tamamen, aynı değere sahip, Kanunda kabul edilen başka değerlerle değiştirebilme hak ve yetkisi vermektedir. Kamu alacaklısı herhangi bir seçim yaparak borçluya kendi istediği değeri gösterme dayatması yapamaz. Kanunda yer alan dilediği türden teminatı daha önceden göstermiş olan kamu borçlusuna aynı zamanda herhangi bir gerekçe ileri sürmeden bu teminatı kısmen veya tamamen değiştirebilmektedir. Teminatın Kanunda yer alan türden ve önden gösterilen teminatla aynı değerde olması halinde bu değiştirme isteği kabul edilmek zorundadır<sup>109</sup>. Teminatın aynı değerde olması daha önceden gösterildiği gibi kamu alacağını karşılamaya yetecek düzeyde olunmasıdır. Borç tutarının gecikme faizi vb. sebeplerle artması halinde değiştirilecek teminat için değiştirilme anındaki yeni tutar esas alınmalıdır<sup>110</sup>. Teminat değiştirildiğinde önceki teminat serbest bırakılmalı, örneğin şahsi kefalet değiştirilerek yerine makine veya gayrimenkul gösterildiyse kefil olan kişinin sorumluluğuna artık gidilmemelidir<sup>111</sup>.

Burada kamu alacağının güvenceye alınması konusunda zafiyet endişelerine neden olabilecek hallerde değişiklik isteğinin kabul edilmemesi gündeme gelebilmektedir<sup>112</sup>. Bu noktada bir taraftan teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesi diğer taraftan teminatın değiştirilmesi hak ve yetkilerinin iyi niyetli olarak kullanılması halinde hukuk düzeninin korunması altında olduğunun altını çizmek gerekir.

<sup>107</sup> Üstün, Teminat, s. 155; Koçak, s. 120; Yapar, s. 117.

<sup>108</sup> Çelik, Teminat, s. 4.

<sup>109</sup> Candan, s. 92; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 170.

<sup>110</sup> Coşkun, s. 146; Yapar, s. 118.

<sup>111</sup> Gerçek, Teminat, s. 258-259.

<sup>112</sup> Bknz. Çelik, Kamu Alacakları, s. 58. Danıştay 4.D. E.1973/6300, K.1974/3759: "... "Teminatın değiştirilmesi" yolundaki borçlu isteminin, yeni gösterilen teminatın amme alacağının garantiye alınmasında mahzurları bulunması nedeniyle reddedilmesinde kanuna aykırılık yoktur ..." Bknz. Yerlikaya, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, (XII Levha), İstanbul 2012, s. 72.

### C. Teminatın Korunması ve İadesi

6183 sayılı Kanunda haczedilen menkul malların korunmasına ilişkin hükümleri ihtiva eden m.82 ile koruyacak olanların sorumluluklarını düzenleyen m.83 ve gayrimenkul mallar ile gemilerin haczini düzenleyen m.88 hükümleri doğrultusunda, teminat gösterilen mallar korunmaktadır<sup>113</sup>. Haczedilen menkul ve gayrimenkul malların korunmasına yönelik tedbirler tahsil dairesi tarafından kendiliğinden alınmalıdır. 6183 sayılı Kanun m.82 çerçevesinde niteliğine bağlı olarak menkul mallar tahsil dairesi bünyesinde korunabileceği gibi, uygun yerde muhafazaya alınması, güvenilir bir kişiye veya güvenilir kişinin kefaleti altında borçluya veya zilyedinin kendisine de bırakılabilmektedir. Bu noktada alacaklı tahsil dairesinin takdir yetkisi bulunmaktadır. Tahsil dairesinin malları teslim ettiği kişiler, alacaklı kamu idareleri tarafından yapılacak ilk talep üzerine malları derhal teslim edilen zamandaki durumuna uygun şekilde geri vermelidir. Aksi halde geri verilmeyen malların değeri tutarında borçlu sayılarak, sorumluluklarına gidilebilecektir<sup>114</sup>.

Teminat olarak gösterilen mallar konusunda gerekli tedbirleri almak tahsil dairesinin yükümlülüğü olduğundan bunların çalınması, kaybolması veya zarar görmesi durumunda hizmet kusuru çerçevesinde sorumluluk doğabilecektir<sup>115</sup>. Ayrıca 6183 sayılı Kanun m.88'e göre haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi ile menfaat ve hasılatın toplanması için gereken tedbirler tahsil dairesince alınmalıdır. Teminat olarak kabul edilen malların getirileri mal sahibine aittir<sup>116</sup>.

6183 sayılı Kanunda teminatın iadesine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Teminat isteme koşullarının sonradan ortadan kalktığı halde teminat gösterilen değerlerin akıbetinin ne olacağı yasal bir çerçeveye kavuşturulmalıdır. Diğer taraftan teminatın alınış nedeni ortadan kalktığında teminatın iade edileceğini ifade etmek gerekir<sup>117</sup>. Bu halde teminat istemine gerek olmadığına süreç sonunda idarece anlaşılması, teminat isteme işleminin yargı kararıyla iptal edilmesi, kamu alacağının ödenmesi veya kamu alacağına yönelik mahkemenin terkin kararı vermesi gibi hallerde gösterilmiş bulunan teminat iade edilmelidir. Kamu alacağının kısmen ortadan kalktığı

<sup>113</sup> Gerçek, Kamu Alacakları, s. 170; Yapar, s. 119.

<sup>114</sup> Gerçek, Teminat, s. 256; Coşkun, s. 145.

<sup>115</sup> Gerçek, Kamu Alacakları, s. 170; Yapar, s. 119.

<sup>116</sup> Koçak, s. 119.

<sup>117</sup> Çelik, Kamu Alacakları, s. 58; Candan, s. 92; Gerçek, Kamu Alacakları, s. 170; Arslaner, s. 151; Yapar, s. 121.

hallerde iade mükellefiyeti olmamakla beraber kamu alacağı son bulunduğu ölçüde, elverişliyse teminatta iade yapılması daha adildir<sup>118</sup>.

Ayrıca AYM'ye göre, kamu alacağıın tahakkukunun makul sayılmayacak derecede uzun bir zaman alması durumunda teminatın idarece kaldırılması, kaldırılmadığı takdirde meydana gelecek zararın dava yoluyla tazmin edilmesi mümkündür<sup>119</sup>.

Diğer taraftan alacaklı tahsil dairesi teminatı hangi alacak için istemişse sadece onun tahsili amacıyla elinde tutabilecek, öncesinde var olan veya sonradan ortaya çıkmış başka borçlar için koşulları varsa ve idarenin böyle bir iradesinin bulunması durumunda ayrıca teminat isteme süreci işletilecektir<sup>120</sup>. Alacaklı kamu idaresi halihazırda almış olduğu teminatı başka bir alacak için kullanamayacaktır. Bu noktada gösterilen teminat ile kamu borcu arasında özgülleme ilişkisi bulunduğuna dikkat etmek gerekir.

#### **D. Teminat İstemine Karşı Dava Yolu**

6183 sayılı Kanuna göre teminat isteminin karşılanmaması kamu borçlusu aleyhine bazı hukuki sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Kamu alacağını güvenceye bağlayan teminat diğer koruma önlemleriyle kıyaslandığında kamu alacaklısı için kolay tahsili ifade ederken, borçlunun da katlanacağı daha hafif nitelikteki bir önlemdir. Kamu alacaklısı, teminat istemine karşı kayıtsız kalınması halinde diğer koruma önlemlerine başvurabilmektedir. Bu haliyle kamu borçlusu ihtiyati haciz veya ihtiyati tahakkukun uygulanması durumuyla karşı karşıya kalacaktır.

Kişinin menfaatini etkileyen ve ona belli hukuki sonuçlara katlanma yükümü yükleyen teminat isteme işlemine karşı idari yargıda dava açılabilir. Teminat isteme yazısı, kamu borçlusunun menfaatini etkileyen, hukukunda değişiklikler oluşturan, icrai, yükümlendirici ve kimi sonuçlarla karşılaşacağı bireysel bir idari işlemdir<sup>121</sup>. Buna göre kesin ve yürütülmesi

<sup>118</sup> **Gerçek**, Teminat, s. 260; **Yapar**, s. 121.

<sup>119</sup> Anayasa Mahkemesi T.15.5.2019, E.2018/142, K. 2019/38.

<sup>120</sup> **Candan**, s. 92; **Arslaner**, s. 154; **Yapar**, s. 122.

<sup>121</sup> **Candan**, s. 89; **Gerçek**, Teminat, s. 50; **Taylar**, s. 77-78; **Şentürk**, s. 18; **Üstün**, Gül: İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, (XII Levha), İstanbul 2013, s. 143-144. Danıştay 4.D. T.15.10.2008, E.2008/5821, K.2008/3601: "Vergi idarelerinin vergi hukuku alanında tesis ettikleri ve verginin tahsilinin güvence altına alınmasına ilişkin işlemlerden olan teminat istenmesini gerektiren haller aynı zamanda ihtiyati haczin nedenini oluşturmakta olup teminat gösterilmemesi halinde hedef aldığı kişi ya da kişilerin varlıklarının ihtiyaten haczi yoluna gidilebileceğinden, bu kişilerin menfaatini etkileyen



zorunlu idari işlem sıfatını haiz teminat isteme işlemine karşı Anayasa m.125 uyarınca dava açılabilir<sup>122</sup>. İdari yargıda açılacak olan dava, iptal davası niteliğindedir. Burada teminat isteme yazısının yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönlerinden hukuku uygunluğu denetlenecek, işlemin hukuka aykırılığına karar verildiği halde işlem, yapıldığı andan itibaren geçersiz olacaktır.

Bu davanın konusu teminat isteme işleminin iptali olduğundan teminat isteminin Kanuna uygun surette icra edilip edilmediği incelenmelidir. Diğer bir ifadeyle 6183 sayılı Kanun m.9/1 ve m.9/2’de yer alan teminat isteme koşulları, teminat isteme yetkisi ve usulü, idari işlemin unsurları boyutuyla ele alınarak işlemin hukuka aykırı olup olmadığına karar verilmelidir. Örneğin 6183 sayılı Kanun m.9/2 kapsamındaki bir teminat isteminde Türkiye’de ikametgâhın bulunduğu veya kamu alacağının tahsil tehlikesi içinde bulunmadığı iddia edildiğinde, yargı organı bu hususu inceleyecektir. Bu doğrultuda, teminat istenmesini gerektiren koşulların mevcut olmaması halinde sebep, alacaklı tahsil dairesinin yetkili olmayan idari organı tarafından imza edilmesinde yetki gibi idari işlem unsurlarındaki hukuka aykırılıklar denetlenecektir<sup>123</sup>. Ayrıca vergi incelemeye yetkili kişilerce tahmini bir büyüklük kıstas alınarak teminat tutarı hesaplandığı için istenilen teminat tutarının haksız ve hukuka aykırı olduğu da dava edilebilecektir<sup>124</sup>.

İşlemin hukuka uygunluğunun denetimi işlemin tesis edildiği tarihteki duruma bakılarak yapılmalıdır. Teminat istenmesini gerektiren durum nedeniyle yapılan tarhiyatın, açılan dava sonucunda iptal edilerek ortadan kaldırılmış olması, teminat isteme işlemi doğrudan hukuka aykırı kılmayacaktır<sup>125</sup>. Tarhiyat işlemine karşı açılan davanın sonucunun beklenilmesine gerek olmadığı gibi bu dava sonucuna göre doğrudan teminat istemi işleminin hukuka aykırı olup, olmadığı kararı verilmemelidir. Teminat isteme işleminin Kanuna uygun halde olup olmaması, yapılacak tarhiyat işlemlerinden

---

hukuki sonuçlar meydana getiren dava konusu teminat istenilmesine ilişkin işlem kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliği taşımaktadır.” (www.kazancı.com).

<sup>122</sup> Teminat isteminin kesin nitelik taşımakla beraber yürütülebilir bir sonuç doğurmadığı, teminat istemine değil ihtiyati haciz işlemine karşı dava açılabileceği yönündeki görüşleri için bkz. **Bahçeci**, s. 169.

<sup>123</sup> **Üstün**, s. 145.

<sup>124</sup> Bknz. **Taylar**, s. 77-78.

<sup>125</sup> **Candan**, s. 89. Danıştay VDDGK T.18.11.2005, E.2005/148, K.2005/255: “Teminat istemine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, tarhiyata karşı açılan davanın sonucuna göre karar verilmesinde yasaya uygunluk bulunmamaktadır.” (www.kazancı.com).

ayrı ve bağımsız bir dava konusudur<sup>126</sup>. Her iki işleme karşı dava açılması hallerine yönelik olarak işlemler arasında Kanun tarafından kurulmuş bir bağ yoktur.

Kanun koyucu teminat istemi ile bu istemin nedenine bağlı oluşabilecek tarhiyat işlemini birbirinden ayrı ele almıştır. Zira teminat isteyebilmek için tarh işlemine veya kesinlik kazanmış bir kamu alacağı varlığına ihtiyaç yoktur. Kanunda sayılmış olan nedene "... temas eden ..." bir kamu alacağı için gerekli işlemlere başlanılmış olması teminat istemi için yeterli görül-müştür. Bu halde kamu alacağı tahsilinin tehlikeye girme ihtimaline karşı önlem mahiyetini haiz teminat kurumu vergilendirme işlemleri üzerine kurulu değildir. Teminat istemi kendi bütünü içinde ayrı unsurlara sahip idari bir işlemdir.

Diğer taraftan kamu alacağıın yargı kararıyla ortadan kalktığı veya olmadığının tespit edildiği hallerde, idarenin teminatın kaldırılması ve iadesi işlemleri tesis etmesi gerekeceği bir hakikattir. Kesinleşmiş bir yargı kararıyla kamu alacağı varlığı ihtimali ortadan kalktığıında, gösterilmiş olan teminat artık iade edilmelidir. Teminatın iade edilmemesi halinde meydana gelmiş olan zararın dava yoluyla tazminine gidilebilecektir.

Teminat istemine karşı dava açılabilmesinin yanında 6183 sayılı Kanun m.9-12 arasında dava konusu edilebilecek farklı idari işlemler de bulunmaktadır. Örneğin 6183 sayılı Kanun kapsamında olduğu iddia edilerek gösterilmiş bir değer alacaklı tahsil dairesi tarafından kabul edilmemesi işlemi, teminatın değiştirilme talebinin reddi işlemi, tahsil dairesinin teminatın tamamlattırılması veya yerine başka teminat gösterilmesini isteme işlemi,

---

<sup>126</sup> Bu konuda Danıştay'ın farklı sonuçlara ulaştığı kararları bulunmaktadır. Danıştay VDDGK, T.29.11.2002, E.2002/360, K.2002/418: "Kaçakçılık eyleminin varlığını gösteren ve bu cezanın uygulanmasını gerektiren bir işleme başlanması, ilgiliden teminat istenmesi ve hakkında ihtiyati haciz uygulanmasına yeterli ise de bu işlemlerin dayanağı olan tarhiyatın yargı kararıyla kaldırılması karşısında işlemlerin de iptali gerekmektedir." (www.kazancı.com). Danıştay VDDGK T.9.10.1998, E.1997/11, K.1998/260: "İhtiyati haciz ve teminat istem yazısına karşı açılan davada işlemin dayanağını oluşturan vergi ve cezaların yargı kararıyla kaldırıldığı göz önüne alınmadan verilen karar hukuka uygun değildir." (www.kazancı.com). Danıştay 3.D. T.9.5.2013, E.2013/581, K.2013/1700: "Dava, re'sen salınan katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi alacağıın güvence altına alınması amacıyla tesis edilen teminat isteme işleminin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece özel tüketim vergisi, katma değer vergisi tarhiyatının kaldırıldığı anlaşıldığından, söz konusu vergi borçlan sebebiyle teminat istenmesi yönünde tesis edilen davaya konu işlemde yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle işlemin iptal edilmesinde isabetsizlik görülmemiştir." (www.kazancı.com).

şahsi kefaletin kabul edilmemesi işlemi, teminatın iade edilmesine ilişkin yapılan talebin reddi işlemleri için iptal davası açılacaktır.

Diğer taraftan alacaklı tahsil dairesinin sorumlu tutulduğu hallerde, sebebiyet verdiği zararın tazminine yönelik olarak tam yargı davası açılmak mümkündür. Bu çerçevede teminat isteme işleminin iptali ve hukuka aykırı şekilde tesis edilen teminat isteme işlemi nedeniyle uğranıldığı iddia olunan zararın tazmini talebiyle dava yoluna başvurulabilecektir.

#### V. 6183 SAYILI KANUNDAKİ TEMİNAT KURUMUNUN ANAYASAYA UYGUNLUK SORUNU

6183 sayılı Kanun m.9'da yer alan teminat kurumunun ihtiva ettiği anlamın kamu otoritesini baskın tutan eğilimi Kanun hükmünün Anayasaya uygunluk sorununu tartışmayı gerektirmektedir. 6183 sayılı Kanun m.9/1-2 fıkraları Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek, İstanbul 6. Vergi Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. 6183 sayılı Kanun m.13/1 (ihtiyati haciz) hükmünün de ele alındığı itirazda; 6183 sayılı Kanun çerçevesinde mükellefler hakkında haciz işlemi tesis edilebilmesi için tahakkuk, ödeme emri gibi süreçlerin tamamlanmasının gerektiği, teminat isteme ve ihtiyati haciz işlemlerinin uygulanabilmesinde vergi incelemesine başlanılmış olmasının yeterli görüldüğü, henüz ortada bir tarh işlemi olmadan ileride doğması muhtemel bir kamu alacağının tümünün teminat ve ihtiyati hacze konu edilebilmesinin hukuk devleti ilkeleriyle ve mülkiyet hakkıyla bağdaşmadığı iddia edilerek Kanun hükümlerinin Anayasa m.2 ve m.35'e aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa m.2, m.13 ve m.35 hükümleri çerçevesinde itirazı ele alan Anayasa Mahkemesi Kanun hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir<sup>127</sup>. Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararı bir taraftan teminat kurumunun anayasaya uygun olduğuna dair hukuki gerekçeleri ihtiva ederken diğer taraftan kurumun hukuki çerçevesine yönelik somut belirlemeler içermektedir. 6183 sayılı Kanun m.9/1 fıkrası üzerine yoğunlaşan gerekçeli karardaki bazı hususları çalışmamız kapsamında ele almak gerekir.

Mahkemenin gerekçeli kararında öncelikle teminat kurumunun hukuki niteliği belirlenmiştir. Buna göre teminat cebri takip ve tahsile yönelik bir işlem olmayıp, kamu alacağının tahsilinin tehlikeye girmesini önlemek amacıyla, alacak henüz tahsil aşamasına gelmeden önce uygulanabilen geçici

<sup>127</sup> Anayasa Mahkemesi T.15.5.2019, E.2018/142, K. 2019/38.

nitelikte bir tedbirdir. Kararda, teminat istemenin konusunun henüz tarh ve tebliğ edilmemiş, dolayısıyla tahakkuk etmemiş alacaklar oluşturabileceği, bu tür alacaklar yönünden kesinleşmiş bir kamu borcundan söz edilemeyeceği için anılan güvencelerin muhatabı olan mükellef ya da sorumluların henüz kamu borçlusu olamayabileceği tespiti yapılmıştır. Teminat kurumunun Kanundaki düzenlemelerine de yer verilen kararda, teminat gösterilen mal varlığı üzerinde idarenin icrai bir eyleminin olmadığına bu yönüyle teminatın, muhtemel kamu borcu karşısında kamu alacaklısını rahatlatan ve devlete, alacağın tahsili hususunda güvence veren bir önlem olduğuna işaret edilmiştir. Teminat istemenin mülkiyet hakkını hukuken ortadan kaldırdığı ancak mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtladığı, bunun bir hak kısıtlaması teşkil ettiğinden ölçülü olup olmadığının araştırılması gereğine değinilmiştir.

6183 sayılı Kanunun genel gerekçesinde yer alan, kamu alacaklarının takip ve tahsilinde genel takip sisteminden ayrı ve daha kolay, seri ve etkili usuller içeren özel bir takip sisteminin gerektiğine dair ifadelerle değinilen gerekçeli kararda, mükelleflerin vergilendirmeye ilişkin anayasal yükümlülüklerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmemelerinin devletin vergi kaybına uğramasına yol açabileceği, vergi alacağının tehlikeye girmesine neden olabilecek bu halde teminat kurumunun, henüz tahakkuk etmemekle birlikte tahsil edilebilirliği tehlikeye giren kamu alacağının güvence altına alınması amacıyla düzenlendiği ve dolayısıyla meşru bir amaca dayandığı görüşüne ulaşılmıştır. Ayrıca söz konusu amaca ulaşmada elverişli bir araç olduğu da ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararında ayrıca, toplumun kolektif ihtiyaçlarını gidermeyi esas alan kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için kamu alacaklarının süresinde tahsilinin büyük önem taşıdığı, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşürebilecek bazı durumlar için bu alacağın güvence altına alınmasına yönelik birtakım koruyucu tedbirlerin öngörülmesinin doğal ve Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu ifadelerine yer verilmiştir. Bu konuda mülk sahibine kaçınılmaz olandan aşırı bir külfet yüklenmemesi koşuluyla, muhtemel bir alacağın güvence altına alınarak etkisizleşmenin önüne geçilmesi için ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınması ve bu tedbirler kapsamında kamu makamlarının mülk üzerinde belli bir süreyle hukuki tasarruflarda bulunulması, devletlerin geniş takdir yetkisi içinde değerlendirilmiştir.

Bu bakımdan güvence olarak gösterilen mal varlığı üzerinde idarenin doğrudan doğruya uyguladığı icrai bir fiile neden olmayan teminat isteme

tedbirinin, tahsili riskli olarak değerlendirilen kamu alacakları bakımından gerekli olmadığının söylenemeyeceği, teminat isteme yolunun borçluya belirli bir süre verilmesi bakımından ihtiyati hacze nazaran zaman olan bir yol olduğu, ihtiyati haczin daha etkili ve daha ağır hukuki sonuçları olan bir araç olduğu ifadelerine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi teminat istenmesi için sadece vergi incelemesine başlanılmış olmasının yeterli olmadığına Kanunda belirtilen hâllere temas eden bir kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanılmış olmasının gerektiğine değinmiştir. Buna göre vergi incelemesine yetkili memurlar tarafından vergi ziyayı ya da kaçakçılık sayılan hâllerin varlığına işaret eden bazı işlemler yapılmalıdır. Bu bakımdan itiraz konusu birinci fıkrada belirtilen durumların varlığı hâlinde tahsil dairesinin teminat istemesinin ancak vergi incelemesi sırasında somut birtakım verilere dayanılması durumunda ve yapılan ilk hesaplamalara göre belirlenen miktarla sınırlı olarak mümkün olduğuna işaret edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, bu fıkra hükmüne göre vergi incelemesi yapılmadan tahsil dairesi tarafından takdire dayalı şekilde teminat istenmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca kararda, teminata konu olacak henüz tahakkuk etmemiş bir kamu alacağı niteliğinde olmakla birlikte teminat istendiği sırada devam eden bir vergi incelemesinin varlığı ve verginin tarhiyatına ilişkin ön işlemlere başlanılmış olduğu gözetildiğinde söz konusu incelemenin tamamlanmasının ve alacağın tahakkuk ettirilmesinin alacağın varlığını belirsiz kıla- cak uzun bir süreci gerektirmeyeceği ifade edilmektedir. Diğer taraftan vergi incelemesinin tamamlanıp alacağın tahakkuk ettirilmesinin makul karşılanabileceği bir zaman aralığını aşması hâlinde ise teminatın idarece kaldırılması, kaldırılmadığı takdirde meydana gelecek zararların dava yoluyla tazmin edilmesinin her zaman mümkün olacağı belirlenmiştir. Ayrıca şahsi kefaletin teminat olarak gösterilebilmesi, teminat gösterilecek mal varlığı değerlerinin seçilebilmesi, değiştirilebilmesi gibi mükellef lehine getirilen kolaylıklar ile teminat istenmesine ilişkin işlemin iptali veya uğranan zararların tazmini talebiyle yargı yoluna başvurulabileceği hususlarını göz önünde bulunduran Mahkeme, kural kapsamında düzenlenen teminat kurumunun uygulanması ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu görüşüne ulaşmıştır.

Sonuç olarak mahkemenin gerekçeli kararında teminat kurumunun kamu yararı sağlanması amacına yönelik olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda niteliği gereği kamu alacaklarının özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklara göre daha ayrıcalıklı olduğuna, tahsilin riske girmesi nedeniyle kurallar kapsamında uygulanan tedbirlerin somut verilere dayanması gerek-

tiğine ve geçici niteliği ile mükellefler lehine getirilen kolaylıklar da göz önüne alındığında kuralla getirilen sınırlamanın adalet ve hakkaniyete dolaşısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığına hükmedilmiştir.

## SONUÇ

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi adına kamu alacaklarının zamanında ve eksiksiz bir surette tahsil edilmesi ihtiyacı, kamu alacaklısına önemli bir sorumluluk yüklemektedir. 6183 sayılı Kanunda kamu alacağıın cebri takip ve tahsil sürecine ilişkin hukuki çerçeve belirlenirken söz konusu sorumluluğu taşıyan kamu alacaklısına özel hukuki araçlar kullanabilme yetkisi verilmiştir.

Kamu alacaklısı idari bir organ olarak idari işlemler yoluyla alacağını tahsil edebilmektedir. Diğer taraftan henüz mali ve hukuki açıdan kesinlik kazanmamış bir kamu alacağı için alacağın tahsiline engel olabilecek tehlikelerin varlığı belirlemesiyle, tahsili güvenceye bağlayan önlemler kullanılabilir. 6183 sayılı Kanunda yer alan teminat kurumu bu çerçevede cebri takip ve tahsile yönelik bir işlem olmayıp, alacak henüz tahsil aşamasına gelmeden uygulanabilen geçici bir önlemdir. Bu yolla henüz tarh ve tebliğ etmemiş, tahakkuk aşamasına gelinmemiş bir alacak beklentisi için kamu borçlusundan veya belki de bu sıfatı taşımayacak olan bir kişiden tahsilin tehlikede olduğu düşüncesiyle teminat istenmektedir.

Teminat bir taraftan kamu alacağıın tahsilini güvenceye bağlarken diğer taraftan kamu borçlusu lehine düzenlemeler içermektedir. Teminat kurumunun Kanun sistematğinde aynı bölümde düzenlenmiş olan ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuka temas eder yönü belli noktalarda çakışmalara vesile olmaktadır. Ancak 6183 sayılı Kanun m.9-12 arasında düzenlenmiş olan teminat diğer koruma önlemlerinden ayrı ve bağımsız bir surette varlığını devam ettirebilme ve uygulanabilme hukuki dayanağına sahiptir.

## KAYNAKÇA

- Alpaslan, Mustafa/Şentürk, Akın** Gencer: “Vergi İncelemelerinde İhtiyati Haciz İhtiyati Tahakkuk Sonucunda Teminat Talep Edilebilmesi İçin VUK 344 ve 359 Maddelerinin Mevcudiyeti Topluca Gereklidir”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:53, 2009. (923-927).
- Arkan, Sabih**: “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:16, Sayı:4, 1992. (59-84).
- Arslan, Cem Barlas**: “Kamu Alacağını Güvence Altına Alınmasında Teminat Uygulaması”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:60, 2009. (2468-2476).
- Arslaner, Hakan**: 6183 sayılı Kanun Kapsamında Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Tahsili, (Yetkin), Ankara 2010.
- Bahçeci, Barış**: Kamu Alacağının Takip Hukuku, (Seçkin), Ankara 2019.
- Barlass, İrfan**: Kamu Alacaklarının Haciz Yoluyla Takibi, (Onikilevha), İstanbul 2017.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin**: Vergi İcra Hukuku, Afyonkarahisar 2012.
- Baysal, Eda**: “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağının Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan “Teminat İsteme” Uygulamasında “Yetki” ve “Neden” Unsurlarının Tahlili”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı: 54, 2009. (1165-1175).
- Candan, Turgut**: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, (Mali Akademi Yayınları), Ankara 2007.
- Coşkun, Mahmut**: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2013.
- Çelik, Binnur**: “Kamu Alacaklarını Güvence Atına Alan Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuk Uygulamaları ve Kanun Değişikliği Önerileri”, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bağlantılı Problemler ve Çözüm Paneli, (İstanbul Vergi Merkezi), İstanbul 2018. (1-10). (Teminat).
- Çelik, Binnur**: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3.Baskı, (Onikilevha), İstanbul 2018. (Kamu Alacakları).
- Doğrusöz, Bumin**: “Vergi Dairesinin Teminat Talebi”, Dünya Gazetesi, 13 Mayıs 2015, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-dairesinin-teminat-talebi/23939>. (20.02.2020).

- Gerçek**, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 5.Baskı, (Ekin), Bursa 2017. (Kamu Alacakları).
- Gerçek**, Adnan: Türk Mali Hukukunda Teminat, (Seçkin), Ankara 2013. (Teminat).
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 21. Baskı, (Ekin), Bursa 2019.
- Gülseven**, Mustafa: Açıklamalı- İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin), Ankara 1999.
- Kaneti**, Selim/**Ekmekçi**, Esar/**Güneş**, Gülşen/**Kaşıkçı**, Mahmut: Vergi Hukuku, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2019.
- Karadağ**, Neslihan Coşkun: “Vergi Alacağına Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, Sayı: 162, 2012. (238-255).
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, (Yetkin), Ankara 2019. (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, (Yetkin), Ankara 2016. (Kamu İcra).
- Kızılot**, Şükrü/**Kızılot**, Zuhâl: Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş 15. Baskı, (Yaklaşım), Ankara 2009.
- Koçak**, Muhsin: Vergi-İcra Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2018.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2019.
- Öner**, Erdoğan: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, (Seçkin), Ankara 2019.
- Şeker**, Sakıp: “Vergi İncelemelerine Dayanan İhtiyati Haciz Uygulamalarının Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı:37, 2008. (159-162).
- Şentürk**, Akın Gencer: “Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden “Teminat İsteme” Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdelenmesi”, <http://agencerhukuk.com/014.pdf> (20.02.2020).
- Şenyüz**, Doğan: “İflasta Vergi Alacakları ve Sırası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 67, Sayı: 4, 2018. (891-952).



- Şimşek**, Edip: Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi Uygulama ve İctihatlar, Yeniden Gözden Geçirilmiş Güncellenmiş 2. Baskı, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), İstanbul 1996.
- Taşkan**, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, (Adalet), Ankara 2019.
- Taylar**, Yıldırım: “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunları”, Mali Pusula, S:48, 2008. (68-87).
- Ünlü**, M. Cengiz: Açıklamalı-İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Seçkin), Ankara 1995.
- Ünsal**, Hilmi: Amme Alacaklarının Takip ve Tahsili, Damga Vergisi ve Harçlar, (Seçkin), Ankara 2019.
- Üstün**, Gül: İdare Hukuku Boyutuyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, (XII Levha), İstanbul 2013.
- Üstün**, Ümit Süleyman: “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı:182, 2003. (146-156). (Teminat).
- Üstün**, Ümit Süleyman: Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı, (Legal), İstanbul 2013. (Kamu Alacakları).
- Yapar**, Burcu Kuzucu: Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler, (Onikilevha), İstanbul 2020.
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türk Vergi İcra Hukukunda “Devlet” Kavramının Niteliği ve İşlevi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2018. (243-252.) (Vergi İcra).
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İctihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, (XII Levha), İstanbul 2012. (Şerh).

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

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).

## İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN TAHKİM (ÖZEL HAKEM) ŞARTININ GEÇERLİLİK SORUNU

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.793086>

**Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR\***

### Öz

Günümüzde iş mahkemelerin artan iş yükü nedeniyle iş davalarının sonuçlanması gecikmekte, bu durum adil yargılanma hakkını zedelemektedir. Mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümlenmesini sağlamak amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması gün geçtikçe artmaktadır. Her ne kadar öğretilerde tahkimin, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığına ilişkin tartışmalar bulunsada, tarafların kendi istekleri ile anlaşarak mahkeme dışında başvurdukları bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğuna ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Tahkim, uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakması ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır. İş Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla işe iade talebinde bulunmak istiyorsa önce arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma gerçekleşmezse; iş mahkemesinde dava açılabilceği gibi taraflar anlaşarak uyuşmazlığı iş mahkemesi yerine özel hakeme (tahkime) de götürebilir. Bu çalışmada, öncelikle hangi iş uyuşmazlıklarında tahkime başvurulabileceği daha sonra iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçerliliği, iş hukuku ilkeleri dikkate alınarak öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

*Tahkim Şartı, İş Sözleşmesi, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Bireysel İş Uyuşmazlığı, İşçinin Korunması İlkesi*

\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr](mailto:asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9262-3608> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 03.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 24.08.2020)

## VALIDITY PROBLEM OF ARBITRATION (PRIVATE ARBITRATION) CLAUSE IN LABOR CONTRACT

### Abstract

*Today, due to the increasing workload of labor courts, the conclusion of business cases is delayed, which undermines the right to a fair trial. In order to alleviate the workload of courts and to resolve disputes in a shorter time, alternative dispute resolution methods are becoming more and more common. Although there are debates about whether arbitration is an alternative dispute resolution method in the doctrine, there is no hesitation about the dispute resolution that the parties have applied outside of the court upon their own will. Arbitration is the agreement between the two parties who have fallen into conflict and the solution of this dispute to private persons and the examination of the dispute by private persons. According to the regulation in article 20 of the Labor Law, the employee whose employment contract is terminated must apply to the mediator first if he / she wants to return to work on the grounds that the termination notification is not given or that the reason is not a valid reason. If an agreement is not concluded as a result of the mediation activity; the lawsuit can be filed in the labor court, or the parties can take the dispute to the private arbitrator (arbitration) instead of the labor court. In this study, firstly, which job disputes can be applied for arbitration, and then the validity of the arbitration clause in the employment contract has been examined in the light of the opinions of the judiciary and the decisions of the Supreme Court.*

### Keywords

*Arbitration Clause, Labor Contract, Alternative Dispute Resolution, Individual Labour Dispute, Worker Protection Principle*

## GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş K)<sup>1</sup> 20. maddesi ile işçi ve işveren arasındaki bireysel iş uyuşmazlıklarında taraflara devlet yargısının yanı sıra özel hakeme<sup>2</sup> (tahkim) başvurma imkânı tanınmıştır. Kanundaki düzenlemeye göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu<sup>3</sup> hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.

İşçi ile işveren, İş Kanunu'nun 20. maddesine uygun bir şekilde tahkime başvurmuşsa, artık tahkim kararı ile bağlı olup, aynı konu ile ilgili olarak iş mahkemesinde dava açamayacaktır. Bu düzenleme ile birlikte kanun koyucu, iş mahkemeleri dışında hakemlerin de işe iade taleplerini karara bağlayacağını kabul ederek mahkemelerin yükünü hafifletmek istemiştir. İş hukukunda tahkime başvurulması işverenin lehine olabileceği gibi işçinin de lehine olabilir. İşveren karşısında ekonomik olarak zayıf konumda olan işçi, tahkim sonucunda uyuşmazlığın daha kısa sürede çözülmesiyle birlikte alacaklarını daha hızlı bir şekilde elde edebilir. Ancak iş mahkemelerinin kuruluş tarzı ve görev kuralları hakkında yargının tarafsızlık ve bağımsızlığını gözeten ilkeler ile iş hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesi, iş sözleşmesinde yer alan tahkime ilişkin hükümlere ihtiyatlı yaklaşılmasına sebep olmuştur<sup>4</sup>.

Bu çalışma açısından ele alınacak olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan ihtiyari tahkimdir. Zira kanun koyucu, iş mahkemelerinin iş yükünü hafifletmek amacıyla mahkeme dışında, tarafların anlaşarak tahkime başvurabileceğini ve hakemin de işçilerin işe iade taleplerini karara bağlayabileceğini kabul etmiştir.

---

<sup>1</sup> RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

<sup>2</sup> Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nda, özel hakem ifadesi kullanılsa da biz çalışmamızda bunun yerine tahkim ifadesini kullanmayı tercih ettik. Zira özel hakem kurumu bir tahkim metodudur. Yalnız, çalışmada kullanmış olduğumuz tahkim kavramı ile ifade edilmek istenen 4857 sayılı Kanun'da kabul edilen ihtiyari tahkim müessesesidir.

<sup>3</sup> RG.: 12.10.2017, S.: 30221.

<sup>4</sup> **Sur**, Melda: "Türkiye'de İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yolları", MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Özel Sayı, (Alternatif Çözüm Yolları), s. 567.

## I. TAHKİM KAVRAMI

Anayasa'nın 9. maddesi gereğince, yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Bu hüküm göstermektedir ki, bir uyuşmazlığın çözümünde kural olarak mahkemeler yetkilidir. Mahkemelerin iş yükünün artması ve uzayan yargılamalar nedeniyle adalete ulaşmanın gecikmesi günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesine yol açmıştır<sup>5</sup>. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, uyuşmazlığın tarafsız üçüncü bir kişi tarafından çözülmesine yönelik bir faaliyet olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>. Bu uyuşmazlık çözüm yollarına barışçıl çözüm yolları da denilmektedir.

Hukuk sistemimizde alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak üç yöntem belirlenmiştir. Bunlardan ilki, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi olan arabuluculuk aracılığıyla anlaşmazlığın çözülmeye çalışılması, bir diğeri taraf avukatlarıyla çözüm yolu arayan uzlaştırma ve son olarak anlaşmazlığın çözümünün bir veya birkaç kişiye bırakıldığı tahkimdir<sup>7</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim aslında yargısal bir çözümdür<sup>8</sup>. Buna karşılık, öğretilerde bir başka görüş tarafından tahkime başvuruyu kural olarak taraflar tercih

<sup>5</sup> **Manav Özdemir**, Eda: "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 47, 2015/4, s. 202; **Oğuz**, Özgür: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları), s. 27-28.

<sup>6</sup> **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 27.

<sup>7</sup> Bkz., **Yılmaz**, Ejder: "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 845; **Çukur**, Mürsel/**Koç**, Muzaffer: "Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem" Çimento İşveren Dergisi, C. 24, S. 5, Eylül 2010, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf>, (ET.: 05.03.2020), s. 9; **Sur**, Alternatif Çözüm Yolları, s. 567; **Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 213-219; **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 27.

<sup>8</sup> Bkz., **Tanrıver**, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 171; **Pekcanitez**, Hakan/**Özekes**, Muhammet/**Akkan**, Mine/**Taş Korkmaz**, Hülya: Medeni Usûl Hukuku, Cilt 3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez/İlgili Bölüm Yazarı, Pekcanitez Usûl), **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2594; **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 596-597; **İldr**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (Uyuşmazlık Çözümü), s. 58; **Kekeç**, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 22.

etikleri için bu çözüm yolunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>9</sup>.

Kanun koyucu tarafından bazı hallerde özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkim yolu ile hakemler tarafından çözümüne izin verilmiştir<sup>10</sup>. Genel olarak tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın anlaşarak uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakması ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karar bağlanması olarak tanımlanabilir<sup>11</sup>. Tahkim, tarafların aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için kesin ve bağlayıcı bir kararın hakemler tarafından alınması yönünde anlaşması olarak da ifade edilebilir<sup>12</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, her türlü uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün değildir. Kanun koyucu tarafından yasaklanmamış ve niteliği itibari ile tahkime elverişli olan konulara dair ortaya çıkan uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabilir.

<sup>9</sup> **Oğuz**, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, (Dava Şartı Arabuluculuk), s. 1, 18, 27; Tahkimi alternatif çözüm yolu olarak kabul eden görüşler için bkz., **Şişli**, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2012, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf>, (ET.: 08.03.2020), (Bireysel İş Uyuşmazlıkları), s. 47, 64; **Aydın**, A. Buğra: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 840; **Erbaş**, C. Gökhan: “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 191.

<sup>10</sup> **Yeğengil**, Rasih: Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 96; **Özekes**, Muhammet/**Birben**, Erhan: “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s. 150.

<sup>11</sup> **Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 659; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 595; **Tanrıver**, s. 171; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2563; **Özbek**, s. 211; **Roma**, Elizabeth: “Mandatory Arbitration Clauses in Employment Contracts and the Need for Meaningful Judicial Review”, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law. V. 12, I. 3, 2004, s. 520; **Yavuz**, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 133; **İldir**, Uyuşmazlık Çözümü, s. 57; **Evren**, Öcal Kemal: “İş Güvencesinde Tahkim ve İçerik Denetimi”, Mali Çözüm Dergisi, S. 100, Temmuz-Ağustos 2010, s. 195; **Bedük**, Mehmet: “Toplu İş Sözleşmesinden Doğan İşçi Alacağına İlişkin Hak Uyuşmazlığının Çözümü”, Toprak İşveren Dergisi, S. 106, Haziran 2015, (Hak Uyuşmazlığının Çözümü), s. 15; **Manav Özdemir**, s. 208; **Polat**, Ayşegül: “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, ASÜB Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 7.

<sup>12</sup> **Born**, B. Gary: International Arbitration: Law and Practice, 2. Edition, KluwerLaw, London 2015, s. 45; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2597.

Tahkim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)<sup>13</sup> 407 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 412. maddesine göre tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır. Maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemede tahkim sözleşmesinin, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkarak, iş uyuşmazlıklarının tahkime götürülebilmesi için ya iş sözleşmesi kurulurken uyuşmazlıkların çözümü için öncelikle tahkime gidileceği hükmüne yer verilmesi (tahkim şartı)<sup>14</sup> ya da tarafların aralarında ayrı bir tahkim anlaşması yapması gerektiği söylenebilir<sup>15</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre de “*Tahkim bir sözleşme olup, tarafların aralarında çıkmış ya da çıkacak olan bir uyuşmazlığın çözümünü bir veya birkaç kişiye bırakmak hususunda anlaşmalarıdır. Bir başka tanıma göre tahkim sözleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişileri yetkili kılmalarıdır*”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

<sup>14</sup> Tahkim şartının genel görünümü taraflar arasındaki sözleşmenin içerisindeki bir hüküm şeklinde olur. Bkz., **Dayınlarlı**, Kemal: HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim (Açıklamalı ve İctihatlı), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1997, s. 24; **Kuru**, s. 662; **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2652; **İlhan**, Hüseyin Afşin: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 6; Tahkim şartı ve tahkim sözleşmesi arasındaki farklar için bkz., **Dayınlarlı**, s. 24. Uygulamada tahkim sözleşmesinden ziyade tahkim şartı daha çok kullanılır. Bkz., **Kuru**, s. 662.

<sup>15</sup> Tahkim şartı, taraflar arasında henüz uyuşmazlık doğmadan, doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğinin kararlaştırılması durumunda; tahkim sözleşmesinin ise tarafların aralarında uyuşmazlık ortaya çıktığı zaman, var olan bu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği yönünde anlaşmaları zaman söz konusu olur. Bkz., **Alangoya**, H. Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s. 6-7; **Dayınlarlı**, s. 21; **Kuru**, s. 661-662; **Born**, s. 45; **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 94; Yarg. 9. HD., 02.10.2017, 2016/21367 E., 2017/14609 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 09.03.2020); “*Genel kaide olarak, tahkim akti, taraflar arasında halen doğmuş olan bir veya birkaç ihtilafa taalluk ediyorsa o akte, tahkim anlaşması (Compromis) denir. Eğer akit, halen mevcut olmayan ve fakat ileride doğması muhtemel bulunan anlaşmazlıklara ilişkin ise, bu takdirde bir tahkim şartı (Clause Compromissoure) söz konusu oluyor demektir.*” Bkz., **Yeğengil**, s. 115.

<sup>16</sup> Yarg. 9. HD., 17.09.2014, 2014/22697 E., 2014/26896, K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 10.03.2020).

Tahkim esasen yargısal karaktere sahip olmakla beraber, “*kanuni hâkim*” ilkesi dışında, tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile kabul edilen hakem heyeti tarafından uyuşmazlığın çözümü niteliğinde olduğu için öğretilde “*ikame yargı*” olarak nitelendirilmektedir<sup>17</sup>.

Tahkim sözleşmesinde geçerlilik bakımından herhangi bir eksiklik bulunmadığı durumlarda taraflar artık tahkime başvurmayı kararlaştırdıkları uyuşmazlıklar için genel mahkemede dava açamazlar<sup>18</sup>. Zira geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davanın tahkim yerine mahkemede açılması halinde, davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecektir (HMK md. 16/1-b; HMK md. 413). Davalı tahkim itirazında bulunmazsa, mahkeme davaya bakmaya devam eder<sup>19</sup>.

## II. TAHKİM TÜRLERİ

Kanun koyucu bazı uyuşmazlıklar bakımından tahkimi şart koşarken, bazı uyuşmazlıklar için ise tahkime başvurma konusunda uyuşmazlığın taraflarına seçme hakkı tanımıştır<sup>20</sup>. Tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda tahkime başvurmalarının zorunlu olup olmadığı göre tahkim, zorunlu (mecburi) ve ihtiyari (özel) olmak üzere ikiye ayrılır.

<sup>17</sup> **Shulman**, Harry: “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1955, [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5629&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5629&context=fss_papers), (ET.: 15.03.2020), s. 1; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 597; **Köme Akpulat**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 225. Tahkimde, taraflar uyuşmazlık konusunun devlet organizasyonu ile yürütülen iş yargısı sisteminde görülmesi yerine, özel şahıs veya şahısların yargı gücü ile hareket ettiği ve aynen devlet yargısı gibi infaz gücüne sahip kararların verildiği bir sistemde çözüme kavuşması hususunda uzlaşmaktadırlar. Bkz., **Limoncuoğlu**, Alp: “Karşılaştırmalı Hukukta Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yolları”, İzmir Ekonomi Üniversitesi Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınları, İzmir 2013, s. 21.

<sup>18</sup> **Alangoya**, s. 4; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 597; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, (İş Hukuku), s. 593; **Türel**, Erol: Tahkim Yargılaması ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2004, s. 10; **Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, Cevdet İlhan/**Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 255; **İldır**, Özel Hakem Yolu, s. 11; **Bedük**, Hak Uyuşmazlığının Çözümü, s. 20; **Tulukçu**, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 289.

<sup>19</sup> **Kuru**, s. 662; **Bedük**, Hak Uyuşmazlığının Çözümü, s. 20.

<sup>20</sup> **Yeğenil**, s. 102; **Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 514.



Zorunlu tahkim, kanunda belirtilen hallerde, uyuşmazlığın taraflarının tahkime başvurularının zorunlu olduğunu ifade eder<sup>21</sup>. Bu tahkim türünde, tarafların isteklerine bakılmaksızın bir kanun hükmü gereğince tahkime başvurulur<sup>22</sup>. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda<sup>23</sup>, hem zorunlu hem de ihtiyari tahkime ilişkin hükümler yer almaktadır. 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen bir toplu çıkar uyuşmazlığının varlığı halinde, tarafların aralarında yapmış oldukları bir anlaşma olmasa da uyuşmazlığın çözümlü için Yüksek Hakem Kurulu'na başvurması zorunlu tahkime örnektir<sup>24</sup>.

Uyuşmazlığın taraflarının tahkime başvurup başvurmama konusunda serbest olduğu durumlarda ise ihtiyari tahkimden söz edilir<sup>25</sup>. Kural olarak tahkim ihtiyaridir<sup>26</sup>. Zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkimde verilen kararların bağlayıcılığı açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>27</sup>. İş Kanunu'nun 20. maddesinde tarafların anlaşarak özel hakeme başvurabilecekleri belirtildiği için ihtiyari tahkimin varlığı söz konusudur<sup>28</sup>.

### III. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Bir tahkim sözleşmesinin ya da şartının geçerli olabilmesi için sözleşme ya da şartın konusunun da tahkime elverişli bir konu olması gerekir. Tahkime elverişlilik, tarafların ve uyuşmazlık konusunun tahkime uygun olma-

<sup>21</sup> **Dayımlarlı**, s. 9; **Kuru**, s. 660; **Serim**, Ekrem: "Türk İş Hukukunda Zorunlu Tahkim", Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 1-2, Ocak-Nisan 2000, s. 193; **Özekes/Birben**, s. 151; **Pekantez/Yeşilirmak**, Pekantez Usûl, s. 2614; **Yavuz**, s. 133.

<sup>22</sup> **Tuncay**, Aziz Can/**Savaş Kutsal**, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 373, 388; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2020, (Toplu İlişkiler), s. 401; **Narmanhoğlu**, s. 514; **Özekes/Birben**, s. 151; **Sarıbay Öztürk**, Gizem: "6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Özel Sayısı C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 754.

<sup>23</sup> RG.: 07.11.2012, S.: 28460.

<sup>24</sup> **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 389; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 401; **Narmanhoğlu**, s. 514; **Tanrıver**, s. 175-176; **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 88.

<sup>25</sup> **Narmanhoğlu**, s. 520; **Kuru**, s. 660-661; **Özekes/Birben**, s. 150; **Mutlay**, F. Barış: Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, (Tahkim), s. 9; **Sarıbay Öztürk**, s. 754; **Pekantez/Yeşilirmak**, Pekantez Usûl, s. 2614; **Yavuz**, s. 135.

<sup>26</sup> **Özekes/Birben**, s. 151; **Mutlay**, Tahkim, s. 9.

<sup>27</sup> **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 388.

<sup>28</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 10; **Mutlay**, F. Barış: "İşe İade Davalarında Arabuluculuk", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 59, 2018/4, (Arabuluculuk), s. 2136.

sını ifade eder<sup>29</sup>. Kanun koyucu, bazı uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesini istememiştir. Bu sebeple, her türlü uyuşmazlık için tahkime başvurulamaz. Bu durum, tahkime objektif elverişlilik olarak nitelendirilir<sup>30</sup>. Maddi hukuken, taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşarak tasarrufta bulunma yetkisi verdiği hallerde, tahkim ile ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla uyuşmazlığın çözüleceğine dair yapılan anlaşmalar geçerlidir<sup>31</sup>. Tarafların tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkime başvurulacağına ilişkin yapmış oldukları anlaşmalar geçersizdir<sup>32</sup>.

Bazı kanunlarda açıkça hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı ya da hangi uyuşmazlıkların elverişli olduğu belirtilmiştir. Örneğin, HMK'nın 408. maddesine göre, "*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*" İş hukukunda ise, bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği bakımından İş Kanunu'nun 20. maddesindeki düzenleme önem taşımaktadır. İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iade talepli uyuşmazlıklara ilişkin olarak işçi ile işveren tahkime başvurulmasını kararlaştırabilir. Bu düzenleme, işçi ile işveren arasında ortaya çıkan her uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulmasının mümkün olmadığını göstermektedir.

### A. Bireysel İş Uyuşmazlığı

Bireysel iş hukukunda tahkime başvuruya ilişkin anlaşmanın yeri ve geçerliliği sorununa geçmeden önce iş hukukunda taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların kısaca incelenmesinde yarar görüyoruz. İş uyuşmazlıkları, bireysel veya toplu iş uyuşmazlığı olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> **Sarı**, Mehmet: "Tahkime Elverişlilik", Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 148.

<sup>30</sup> **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2637; **Sarı**, s. 148.

<sup>31</sup> **İldir**, Gülgün: "İş Kanunu'na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu ile Çözümü", THD, S. 2, Ekim 2006, (Özel Hakem Yolu), s. 13.

<sup>32</sup> **Sarı**, s. 148.

<sup>33</sup> **Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018, s. 419; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 366; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 1024; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 393; **Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, (Toplu İş Hukuku), s. 427; **Canbolat**, Talat: "6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 39, 2013/4, s. 252.

Bir ya da birden çok işçi ile işveren arasında kurulan bireysel iş ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklar, bireysel iş uyuşmazlığı olarak nitelendirilir<sup>34</sup>. Bireysel iş uyuşmazlıkları, iş ilişkisinin kurulması, uygulanması ve sona ermesi ile ilgili sözleşme ya da mevzuattan kaynaklanan hakların ihlali sonucu ortaya çıkar<sup>35</sup>. Ayrıca bu uyuşmazlıklar var olan bir hakkın tanınmaması veya uygulanmaması anlamıyla hak uyuşmazlığı niteliği taşırlar<sup>36</sup>. İş sözleşmeleri veya kanun hükümleri, işçi ve işverene haklar tanınmanın yanı sıra borçlar da yüklemektedir. Bu sebeple, bireysel iş uyuşmazlıkları çok çeşitli ihlaller sonucunda meydana gelebilir<sup>37</sup>.

Kanun koyucu, tüm bireysel iş uyuşmazlıklar için tahkime başvurulmasını istememiş ve hangi tür bireysel iş uyuşmazlıkları için tahkime başvurulabileceğini kanunda açıkça belirtmiştir.

### B. Tahkime Başvurulabilecek Bireysel İş Uyuşmazlıkları

1475 sayılı İş Kanunu'nda<sup>38</sup> değişiklik yapan 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>39</sup> ve daha sonra kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu, yürürlüğe girmeden önce Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, gerek iş hukukunun işçiyi koruma özelliğinden gerekse İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerinden hareket ederek bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunun yasak olduğunu belirtmiştir<sup>40</sup>. Bu yönde verilen Yargıtay kararlarının

<sup>34</sup> **Tunçomağ/Centel**, s. 418-419; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 366; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 1024; **Sur**, Toplu İlişkiler, s. 393; **Ekmekçi**, Toplu İş Hukuku, s. 427; **Çukur/Koç**, s. 9; **Şişli**, Bireysel İş Uyuşmazlıkları, s. 48; **Manav Özdemir**, s. 195; **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 11.

<sup>35</sup> **Demir**, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2018, s. 703; **Şişli**, Bireysel İş Uyuşmazlıkları, s. 48; **Bedük**, Hak Uyuşmazlığının Çözümü, s. 13.

<sup>36</sup> **Demir**, s. 704; **Ekmekçi**, Toplu İş Hukuku, s. 427; **Şişli**, Bireysel İş Uyuşmazlıkları, s. 48; **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 12.

<sup>37</sup> İşverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade ya da tazminat talebi, işçinin iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret, ikramiye, fazla çalışma alacaklarının ödenmediğine dair uyuşmazlıklar bireysel iş uyuşmazlığına örnek olarak gösterilebilir. Bkz., **Canbolat**, s. 252.

<sup>38</sup> RG.: 25.08.1971, S.: 13943.

<sup>39</sup> RG.: 15.08.2002, S.: 24847.

<sup>40</sup> Yarg. 9. HD., 14.09.1964, 4983 E., 5429 K., İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, S. 49, Ocak 1965, s. 3505-3506; Yarg. 9. HD., 21.05.1992, 1992/5081 E., 1992/5366 K.,

olduğu dönemde, mevzuatımızda bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime olanak tanıyan herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı.

Türkiye tarafından da onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşmesi'nin<sup>41</sup> 8. maddesine göre, “*Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanıtında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır.*”

*Son verme işlemine yetkili merci tarafından izin verilmesi halinde, bu maddenin 1 inci bendi, ulusal mevzuat veya uygulamaya göre değişik şekillerde uygulanabilir. Bir işçi hizmet ilişkisine son verme işlemine karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmıyorsa bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, iş ilişkisine haksız olarak son verildiği düşüncesinde olan işçiye tahkim gibi tarafsız bir mercie başvurma hakkı seçimlik olarak sunulmuştur. Ayrıca üye devletlere söz konusu hükme uygun olarak iç hukuklarında farklı düzenlemeler getirme imkânı da tanınmıştır. 158 sayılı Sözleşme'ye uyum sağlama amacıyla mevzuatımızda düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim, bu kapsamda İş Kanunu'nda iş güvencesi hükme bağlanmış ve tahkim kurumu da pozitif bir temele kavuşturulmuştur<sup>42</sup>. Bu bağlamda, İş Kanunu'nun 20. maddesinde, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ve işe iade talebi ile özel hakeme (tahkime) başvurulabileceği ifadesine yer verilmiştir. Bu çerçevede sadece iş güvencesi kapsamındaki işçilerin, iş sözleşmelerinin feshinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığına ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurulabileceklerini söylemek mümkündür<sup>43</sup>. Doktrinde söz konusu düzenleme, kural olarak sadece fesih bildiriminde sebep gösterilip gösterilmediği veya fesih sebebinin geçerli olup

---

Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları (1990-1995), Kamu İş Sendikası Yayını, Ankara 1996, s. 102-103.

<sup>41</sup> ILO Kabul Tarihi: 02.06.1982, Türkiye'de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 04.01.1995.

<sup>42</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 33. Tahkime ilişkin düzenleme yapılırken kaynak metin olarak dikkate alınan 158 sayılı Sözleşme'de feshe karşı itirazın tarafsız mercii önünde yapılabileceği belirtilmiştir. İş Kanunu'muzda ise, iş mahkemesi yanında tarafsız bir mercii olarak sadece tahkim yolu öngörülmüştür. Bkz., **Güzel**, Ali: “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 91.

<sup>43</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 36; **Yıldız**, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 175; **Evren**, s. 196-197; **Aydın**, s. 854, 856.

olmadığına<sup>44</sup> ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurmayı mümkün kıldığı için eleştirilmiştir<sup>45</sup>.

*Ekmekçi*'ye göre, iş mahkemelerinin yükünün azaltılması isteniyorsa<sup>46</sup> tahkimin iş sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmekte, sadece feshe karşı itiraza özgü kılınması, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde bir kısmının iş mahkemesinde görülmesi gibi, çok fazla karışıklığa yol açacak bir sonuca sebep olacaktır<sup>47</sup>.

*Mutlay*'a göre, tahkim kurumunun kabul edilmesinin temelinde iş mahkemelerinin sayısının az olması ve bu mahkemelerin iş yoğunluğu olduğu ifade edilmektedir. Ancak tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıkların sınırlı olması, tahkimin iş mahkemelerindeki iş yoğunluğunu azaltma olasılığını düşürmektedir. Her ne kadar iş uyuşmazlıklarının büyük bir bölümü iş güvencesine ilişkin olmaktaysa da iş mahkemelerindeki yoğunluk, sadece bildirimli fesihle sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli olmadığına ilişkin davalarda tahkim yolunun olanaklı kılınmasıyla azaltılamaz<sup>48</sup>.

*Yücel* ise, tahkimin iş mahkemeleri aleyhine genişletilmemesi görüşündedir. *Yücel'e* göre, iş mahkemeleri işçinin korunması ilkesi çerçevesinde kurulmuş özel mahkemelerdir. Bu mahkemelerdeki uyuşmazlıkların yalnızca iş ve sosyal güvenlik hukukunda uzman hakimler tarafından çözümlenmesi amaçlanmakta; iş hukukundaki tahkimin sınırlarının da bu amacı aşmayacak şekilde çizilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Bu sebeple, İş Kanunu'nda düzenlenen

<sup>44</sup> Ayrıca işverenin haklı nedene dayanarak sözleşmeyi derhal fesih yoluyla sona erdirdiği hallerde, işçi haklı nedenlerden birinin bulunmadığı iddiasındaysa, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir (İş K. md. 25/son).

<sup>45</sup> **Ekmekçi**, Ömer: "Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, (İş Güvencesi Yasa Tasarısı), s. 60; **Şahlanan**, Fevzi: İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek Dergisi, S. 30, Nisan 2003, (İş Güvencesi), s. 18.

<sup>46</sup> Kanunun gerekçesinde de iş mahkemelerinin çok fazla olan iş yükü göz önünde tutularak uyuşmazlığın özel hakeme götürülebileceği kabul edilmiştir. Bkz., **Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu**: 4857 Sayılı Kanun ve Gerekçesi, Yenilenmiş 4. Baskı, Matsa Basımevi, Ankara 2009.

<sup>47</sup> **Ekmekçi**, İş Güvencesi Yasa Tasarısı, s. 60.

<sup>48</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 33.

<sup>49</sup> Aydın'a göre, "Tarafların veya mahkemenin seçeceği hakemler de pekâlâ iş hukuku konusunda uzman kişiler olabilecektir. Hatta, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına kıyasla tercih edilmesinin sebeplerinden birisi de hakemlerin spesifik uyuşmazlıklar hakkında hakimlere oranla daha derinlikli bilgi sahibi olabilmeleridir. Uygula-

tahkim yargılamasının iş mahkemeleri aleyhine genişletilmesi Anayasa'da düzenlenen "yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olması" ilkesine aykırı olacaktır<sup>50</sup>.

Kanaatimizce, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan, "Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmü göz önüne alındığında söz konusu durumlarda tarafların tahkime başvurmasında da engel bulunmamalıdır. Tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ortak özelliği, kamu düzeni kuralları gereğince tarafların serbest iradelerine tabi uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmalarıdır<sup>51</sup>. Arabulucuya başvurma sadece işe iade talebiyle açılan davalarla sınırlanmazken, tahkime başvurmanın bu davalarla sınırlanmasını isabetli bulmak pek mümkün değildir. Arabulucuya başvurma İş Mahkemeleri Kanunu'nda dava şartı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, tahkim İş Kanunu'nda ihtiyari olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki, tahkimin, arabuluculuğa kıyasla kısmen de olsa yargısal bir yönü de mevcuttur. Bu nedenle kanaatimizce, İş Kanunu'nda sadece feshe karşı itiraz durumunda özel hakeme başvurulacağı yönündeki düzenlemede değişikliğe gidilmelidir. Tarafların iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabulucuya başvurmak zorunda olduğu durumlarda tahkime de başvurabilmeleri mümkün hale getirilmelidir. Arabuluculuğa elverişli olan iş uyuşmazlıklarının tahkime neden elverişli olmadığını anlamak pek mümkün değildir. Sonuçta, her ne kadar tahkim sonucunda arabuluculukta olduğu gibi tarafların anlaşıp anlaşmama özgür olma durumları söz konusu olmayıp tahkim sonucu verilen kararlar bağlılık söz konusu olsa da taraflar tahkime başvurmaya anlaşarak karar vermektedirler. Taraflar, tahkimin sağladığı birtakım avantajlar nedeniyle özgür iradeleri ile sadece fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iadeye ilişkin

---

*mada iş mahkemesi önüne giden hususların büyük bir bölümü de zaten bilirkişiler eliyle çözüme kavuşmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay tarafından iş mahkemelerine sürekli olarak yargı yetkisi sağlanmaya çalışması anlamsızdır. Tahkim yargılaması da birçok durumda sağlıklı iş ilişkilerinin kurularak işletilmesine hizmet etmektedir. Tahkim yargılamasının bireysel iş uyuşmazlıklarının her konusunda karar vermeye yetkili kılınması gerekmektedir. Burada amaçlanan iş mahkemelerinin yetkisini aşan imkânların ve hakların hakemlere verilmesi değildir."* Bkz., **Aydın**, s. 855-856.

<sup>50</sup> **Yücel**, Müjgan; "Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, (Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem), s. 282.

<sup>51</sup> **İlçin**, Özel Hakem Yolu, s. 15.

uyuşmazlıklar dışında da tahkime başvurmayı seçebilirler. Ancak İş Kanunu'nda buna imkân tanınmadığı için bu mümkün değildir. Bu sebeple, mevzuatta düzenleme yapılarak tarafların işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki iş uyuşmazlıkları bakımından da tahkime başvurma konusunda anlaşmaları mümkün kılınmalıdır. Böylece, tahkime ilişkin düzenleme ile ulaşılmak istenen iş mahkemelerinin yükünün azaltılması amacına ulaşmak daha kolay olacaktır.

Yargıtay da İş Kanunu'nda yer alan düzenleme nedeniyle, sadece fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile tahkime başvurulabileceğine karar vermektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, İş Kanunu'nda işçilik alacakları ile ilgili tahkim şartı öngörülmediğinden, antrenör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, açık yasa düzenlemesi dışında bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelge ile özel hukuk kurulu ve tahkim kurulu öngörmesi, iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır<sup>52</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, özel hakem kurulu, feshin geçersizliği ve sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Yargıtay kararında, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret

<sup>52</sup> Yarg. 9. HD., 02.12.2010, 2012/45651 E., 2012/35814 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 25.03.2020), “Doğrudan aktif spor yapmayan, sporcuyla aktif spor yapması için hazırlayan antrenör ile aktif görevi daha çok direktif vermek olan ve takımı başarıya ulaştırma görevi de bulunan teknik direktörün sporcu sayılmaması ve İş Kanunu kapsamında bir işçi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle antrenör veya teknik direktör ile kulüpleri işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının iş mahkemesinde görülmesi gerekir. İş güvencesi hükümleri dışında, İş Kanunu'nda işçilik alacakları ile ilgili tahkim şartı öngörülmediğinden, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, açık yasa düzenlemesi dışında bağlı bulunduğu federasyonun yönetmelik veya genelge ile özel hukuk kurulu ve tahkim kurulu öngörmesi, iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmayacaktır.”; Yarg. 9. HD., 03.02.2005, 2005/716 E., 2005/3068 K., www.legalbank.net, (ET.: 19.03.2020), “Davacı işçi, davalıya ait işyerinde işyeri hekimi olarak çalıştığını, ücretinin eksik ödenmesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı olarak feshettiğini belirterek kıdem tazminatı ile ücret alacağı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununa göre bu konuda çıkacak ihtilafların çözüm yerinin Tabipler Odası Hakem Heyetine ait olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir. Ancak, anılan yasada işçi ve işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hakem tarafından çözüleceği konusunda herhangi bir açık düzenleme bulunmadığı gibi, Tabipler Odası Hakem Heyeti gibi bir kuruma da yer verilmiş değildir. Somut olayda işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan ve İş Kanunundan doğan bir uyuşmazlık söz konusu olup, davaya bakma görevi İş Mahkemesine aittir.”

alacağına karar verme yetkisi bulunmadığına, anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğine yer vermiştir<sup>53</sup>. Aynı daire, başka bir kararında da açıkça, iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümler kamu düzenine ilişkin olduğu için işe iade davaları dışında tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığını belirtmiştir<sup>54</sup>.

#### IV. TARAFLARIN TAHKİME BAŞVURMA KONUSUNDA ANLAŞMASI VE ANLAŞMANIN ZAMANI

İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, tarafların anlaşması durumunda uyuşmazlığın özel hakemde çözülebileceği belirtilmiştir. Tahkime başvurma konusunda tarafların birbirine uygun irade beyanlarının örtüşmesi gerekir<sup>55</sup>. Burada “*taraflar*” ile ifade edilmek istenen iş sözleşmesinin tarafı olan İş Kanunu anlamındaki işçi ve işverendir<sup>56</sup>.

Kanunda, tarafların anlaşmasının ne zaman gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunda, sadece “*taraflar anlaşır*” denilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle de bu durumun yorumlanması, tarafların tahkime başvurma konusunda yaptıkları anlaşmanın geçerliliği bakımından önem arz etmektedir<sup>57</sup>. Zira iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlığın tahkime götürülmesi konusunda tarafların yapı-

<sup>53</sup> Yarg. 9. HD., 22.03.2004, 2004/5846 E., 2004/5621 K., Kararın değerlendirmesi için bkz., **Akyiğit**, Ercan: “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi”, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004 sayısı, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf>, (Özel Hakem), s. 106-123, (ET.:20.03.2010); **Yücel**, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 275-287.

<sup>54</sup> Yarg. 9. HD., 02.03.2005, 2004/14821 E., 2005/6684 K.; Ayrıca bkz., Yarg., 9. HD., 17.04.2014, 2014/22697 E., 2014/26896 K.; Yarg. 9. HD., 18.11.2014, 2014/27451 E., 2014/34468 K.; İstanbul BAM., 31 HD., 30.04.2019, 2018/2402 E., 2019/897 K., [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (ET.: 25.03.2020).

<sup>55</sup> İş Kanunu'nda tahkime ilişkin anlaşmanın ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, tahkim sözleşmesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtildiği şekilde yapılması gerekir. HMK md. 412/3'e göre, “*Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.*”

<sup>56</sup> **Yücel**, Müjgan; “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı (İş Kanunu Madde 20)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S. 4, 2004, (Özel Hakem Şartı), s. 1355; **Yücel**, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 285.

<sup>57</sup> **Yücel**, Özel Hakem Şartı, s. 1355.



cakları anlaşmayı hangi anda yapmaları gerektiği noktasında öğretide ve yargı kararlarında değişik görüşler ileri sürülmüştür. Daha önce de belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nda yer alan tahkime ilişkin düzenleme ILO'nun 158 sayılı Sözleşme'sine uyum sağlamak amacıyla kabul edilmiştir<sup>58</sup>. Bu sözleşmede de fesih bildirimine itirazı inceleyecek olan özel hakemin ne zaman ve nasıl kararlaştırılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır<sup>59</sup>.

## A. İş Sözleşmesinin Kurulması veya Devamı Sırasında Tahkime Başvurulmasının Kararlaştırılması

### 1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan tahkim anlaşmasının geçerliliği, işçi ve işverenin sözleşme sırasındaki sosyo-ekonomik durumlarından dolayı doktrinde tartışılmaktadır. Öğretide, iş sözleşmesinin yapılması sırasında gelir endişesiyle hareket eden işçinin tahkim şartına karar verirken sağlıklı düşünmesinin pek mümkün olmadığı, bu sebeple iş sözleşmelerine konulan tahkim şartlarının geçersiz olacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, tahkim anlaşmasının iş ilişkisi sona erdikten sonra yapılması gerekmektedir<sup>60</sup>. Bu anlayışın temel dayanağı iş hukukuna hâkim olan “işçiyi koruma” ilkesidir<sup>61</sup>.

Bir başka görüş tarafından da ülkemizdeki işsizlik sorunu ve iş bulmanın güçlükleri nedeniyle; tahkim sözleşmesinin, iş sözleşmesi yapılırken kabul edilecek standart bir koşul hâline dönüşmesinin, serbestçe ve özgür iradeyle kullanılması gereken hak arama hürriyetini zedeleyebileceği ifade edilmiştir<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 16; Yücel, Özel Hakem Şartı, s. 1348; Ayrıca bkz., III, B.

<sup>59</sup> Çankaya/Günay/Göktaş, s. 254.

<sup>60</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 593-594; Eyrenci, Öner:” 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler için Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, s. 36; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 223; Centel, Tankut: İş Güvencesi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 203-204; Çukur/Koç, s. 18; Yücel, Özel Hakem Şartı, s. 1357; Sarıbay, s. 178; Soyer, M. Polat : “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk İş Yayını, Ankara 2010, s. 15; Yıldız, s. 174-175; Aydın, s. 848; Narter, Sami: İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 376; Köme Akpulat, s. 230-231.

<sup>61</sup> Yücel, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 285.

<sup>62</sup> Çukur/Koç, s. 17.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017 yılında vermiş olduğu bir kararında, “Dairemizde, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 sayılı yasanın 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılmayacağı yerleşik uygulamadır. İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumdan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak fesihden sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır<sup>63</sup>.” demiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de aynı gerekçelerle iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında yapılan tahkim anlaşmalarının işçiyi bağlamayacağına karar vermiştir. Dairenin kararına göre, “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir<sup>64</sup>.”

<sup>63</sup> Yarg. 9. HD., 02/10/2017, 2016/21367 E., 2017/14609 K.. Aynı yönde kararlar için bkz., Yarg. 9. HD., 25.02.2013, 2013/1773 E., 2013/6664 K.; Yarg. 9. HD., 20.01.2009, 2008/44629 E., 2009/536 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 27.03.2020).

<sup>64</sup> Yarg. 22. HD., 18.04.2016, 2016/6529 E., 2016/11095 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 53, 2017/2, s. 1180-1182. Aynı yönde Yarg. 9. HD., 26.05.2008, 2008/10997 E., 2008/12660 K., Karar incelenmesi için bkz., Şahlanan, Fevzi: “İşe İade Davalarına İlişkin Özel Hakem Sözleşmesi”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki, S. 354, 2009, s. 2.

Bu kararların aksine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan tahkim şartına ilişkin anlaşmanın, iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı süre boyunca geçerli kabul edilmesi gerektiğine ve tahkim anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olmasının tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermeyeceğini, iradenin sakatlandığının ayrıca kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Bu karara rağmen Yargıtay'ın ağırlıklı görüşünün, fesihden sonra tahkime başvurma konusunda taraflarca yapılan anlaşmanın geçerli, iş ilişkisi kurulurken ve devam ederken yapılan tahkim anlaşmasının geçersizliği yönünde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ve öğretideki ağırlıklı görüşün aksine bir kısım yazar, sadece fesihden sonra değil, iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında da tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurma konusunda anlaşabileceğini savunmaktadır<sup>66</sup>. *Özcan*'a göre, işçilerin tahkime başvurma hakkının sözleşme ile önceden düzenlenmesinin önünün tamamen kapatılmaması gerekir. İş sözleşmesindeki özel hakeme gitme şartının, iş mahkemesine başvuru hakkının yanında alternatif bir imkân olarak kabul edilmesi gerekir. İş mahkemesine başvuru yolunu tıkamak, hakkın özüne ve iş güvencesi ilkelerine aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesinde yer alan tahkim şartından dolayı mahkemede hak arama özgürlüğü kısıtlanamaz. Aksi halde, bir hak tanınıp başka bir hak ile ortadan kaldırılmış olur. Bu durum da kanun koyucunun amacına aykırı olur<sup>67</sup>.

*Akyiğit*'e göre, iş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılan tahkim şartına geçerlilik tanımak tahkimin, mahkemenin yargı yetkisini kaldırıp kaldırmadığına bağlı olarak cevaplanacak bir sorundur. Eğer tahkim şartının mahkemenin yargı yetkisini kaldırmadığı benimsenirse, tahkim anlaşmasının her zaman için (işe girerken, iş ilişkisinin devamı sırasında veya son bulduktan

<sup>65</sup> Yarg. 9. HD., 26.11.2007, 2007/37878 E., 2007/35335 K., Kararın değerlendirmesi için bkz., **Çelik**, Nuri: “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanamadıkça Geçerli Sayılması”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 17-30.

<sup>66</sup> **Ekonomi**, Münir: Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 eki, s. 25; **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 257; **Akı**, Erol/**Altıntaş** H. Olcay/**Bahçivancılar**, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 136; **Akyiğit**, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, (İş Güvencesi), s. 278.

<sup>67</sup> **Özcan**, Durmuş: Gerekeçeli-Açıklamalı – İçtihatlı İş Kanunları Şerhi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014, s. 395-396.

sonra) kararlaştırılabileceği söylenebilir. Zira nasılsa işçi tahkim şartına rağmen mahkemeye başvurma hakkına sahiptir<sup>68</sup>.

Aydın'a göre, işçi lehine asimetri<sup>69</sup> taşıyan ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir "tahkim hakkı" düzenlediği müddetçe, bireysel iş sözleşmelerin kurulmasından önce, kurulmasından sonra ve hatta bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile dahi tahkime başvurmanın kararlaştırılabileceği kabul edilmelidir. Aksi taktirde tahkim anlaşmalarını, iş sözleşmelerinin sona ermesinden sonraki döneme hapsetmek, uygulama bakımında gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira iş sözleşmesi sona erdikten sonra, tarafların bir araya gelip hakeme gitmeyi kararlaştırmaları, fiilen gerçekleşmesi çok da mümkün olmayan bir durumdur<sup>70</sup>.

Güven/Çankaya/Göktaş'a göre, iş sözleşmesindeki tahkim şartı mahkemenin yargı yetkisini ortadan kaldırırsa da işçinin işe alındığı sırada sözleşme yapılırken kararlaştırılan tahkim şartı geçerli olmalıdır. Bunun yanı sıra, işçi işe alındıktan sonra, sözleşmenin devamı sırasında da kararlaştırılan tahkim şartının geçerli olması gerekir. Tahkim müessesesinin mahkemeye göre daha çabuk işlediği de dikkate alındığında, işçinin işe iade talebinin bir an önce sonuçlanması bakımından tahkime başvurma işçinin lehinedir. Ayrıca İş Kanunu'nun 20. maddesinde özel hakeme başvurma konusunda zaman bakımından bir sınırlama getirilmeksizin tahkim anlaşması yapılabileceği öngörüldüğü için bu düzenlemenin uygulanmasını ortadan kaldıracak biçimde yorum yapılması da kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır.

<sup>68</sup> Akyiğit, Özel Hakem, s. 119.

<sup>69</sup> Asimetrik tahkim sözleşmeleri hakkında geniş bilgi için bkz., Polat, s. 7-59; Aydın'a göre, "Hukukumuzda iş ilişkisi süresince adeta her iki tarafı da bağlayıcı bir "tahkim anlaşması yasağı" uygulanmaktadır. Bu yasağı iki tarafa birden uygulamak ne Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararlarıyla, ne de yerleşik Yargıtay içtihatlarıyla ruhen örtüşmektedir. Her iki tarafı da bağlayan bir anlaşma yerine, hakkaniyete ilişkin çekinceler dikkate alınarak, sadece işverene böyle bir anlaşma yapma yasağı getirilmesi makul olacaktır. Bu durumda iş ilişkisi başlamadan veya bu ilişki kurulduktan sonra imzalanacak bir tahkim anlaşması, sadece işçiye mahkemeye veya tahkime başvurmak konusunda seçimsel bir hak verecek, işverenin ise böyle bir hakkı olmayacaktır. Tahkim hakkının taraflardan sadece bir tanesine tanınırken diğer tarafa böyle bir hakkın verilmediği, dolayısıyla tahkim hakkına başvuru bakımından taraflar arası bir asimetrinin bulunduğu bir tahkim uygulamasında, işçi dilerse tahkime başvurma hakkına sahip olurken, işveren yaşanacak olası bir ihtilafta sadece mahkemelere başvurabilecektir." Bkz., Aydın, s. 851.

<sup>70</sup> Aydın, s. 852, 860. Centel'e göre de iş sözleşmesi sona erdikten sonra, tarafların bir araya gelip tahkime gitmeyi kararlaştırmaları, fiilen gerçekleşecek bir durum değildir. Nitekim, mevcut iş ilişkisi sürdürülemez hale geldiğinde, artık taraflar birbirini pek görmek istemeyecektir. Bkz., Centel, s. 203-204.

Diğer taraftan, işçinin iş sözleşmesi yapılırken ya da sözleşmenin devamı sırasında kararlaştırılan tahkim anlaşması bakımından iradesinin sakatlandığını ileri sürmesi elbette mümkündür<sup>71</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinde Genel İş Koşulu Niteliğinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği

İş sözleşmelerinin genel iş koşulu içermesi mümkündür. Bu sebeple, tahkim şartının genel iş koşulu şeklinde düzenlenmiş olması durumunun da incelenmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle genel iş koşuluna, daha sonra ise genel iş koşulu niteliğinde olan tahkim şartının geçerli olup olmadığına ilişkin açıklamalar yapacağız.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)<sup>72</sup> genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanununun 20. maddesinde genel işlem koşulu, “... bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlanmıştır. Genel işlem koşulunun iş hukukundaki yansıması genel iş koşulu olarak adlandırılır<sup>73</sup>. Bu bağlamda genel iş koşulu, işveren tarafından tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan kurallar bütünü ile işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamaları olarak tanımlanabilir<sup>74</sup>. Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin en dikkat çeken özelliklerinden biri, tarafların sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık yapma gücü ve şansının olmamasıdır<sup>75</sup>. Bu nedenle, genel işlem şartı niteliğindeki hükümlere ilişkin sözleşmenin karşı tarafını koruyabilmek amacıyla Türk Borçlar Kanunu'nda önemli denetim mekanizmaları getirilmiştir. Bunlardan

<sup>71</sup> Güven/Çankaya/Göktaş, s. 257.

<sup>72</sup> RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

<sup>73</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 58-59; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 15; Ertürk, Şükran: “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C.1, 2013, s. 89.

<sup>74</sup> Soyer, M. Polat: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İzmir 1987, (Genel İş Koşulları), s. 30-32; Süzek, İş Hukuku, s. 27; Süzek, Sarper: “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı C. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (Tip İş Akitleri), s. 460-461; Ertürk, s. 89-90.

<sup>75</sup> Soyer, Genel İş Koşulları, s. 33; Süzek, İş Hukuku, s. 58; Zengin, Burcu: “Tahkim Şartının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısında Durumu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, s. 137-138.

biri de Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükümde, genel işlem şartı niteliğindeki hükümlerin karşı tarafın menfaatine aykırı olması halinde karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanması gerektiği ve karşı tarafça öğrenilip kabul edilmedikçe yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir.

Genel iş koşulu niteliğinde hükümler içeren iş sözleşmeleri diğer bir ifade ile tip iş akitleri<sup>76</sup>, işveren tarafından önceden hazırlanıp iş sözleşmesinin çoğu kez zayıf tarafı ve pazarlık gücünden yoksun olan, yapacağı sözleşmenin hükümleri hakkında söz sahibi olmayan işçiye imzalaması amacıyla sunulmaktadır<sup>77</sup>.

Genel iş koşulu ile öngörülen tahkim şartının geçerli olup olmadığı belirlemek için tarafların tahkime başvurma konusunda iradelerinin uyuşup uyuşmadığının tespiti önemlidir. İş sözleşmesinde yer alan tahkim şartı genel iş koşulu niteliğinde ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği şekilde şart işçi tarafından kabul edilmedikçe yazılmamış sayılacağı için işçiyi bağlamayacaktır<sup>78</sup>. İş sözleşmesinde yer alan genel iş koşulu niteliğindeki tahkim şartı hakkında işçi, işveren tarafından açıkça bilgilendirilse ve bu şartı kabul etse bile bazı durumlarda işçinin bu şart ile bağlı olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işçinin daha önceden matbu olarak işveren tarafından tek taraflı hazırlanan iş sözleşmesindeki hükümleri işveren ile karşılıklı anlaşarak değiştirmesi pek mümkün değildir. İşçi, genel iş koşulu içeren sözleşmeyi tartışmadan kabul edecek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçecektir<sup>79</sup>. Bu sebeple, işçinin iş sözleşmesindeki genel iş koşulu niteliğindeki hükümleri kabul ettiğini belirtmesi her durumda işçinin gerçek iradesini yansıtmayabilir. Ancak işveren tarafından önceden ileride birden çok iş sözleşmesi yapma amacıyla hazırlanan iş sözleşmelerindeki genel iş koşulu niteliğindeki tahkim şartlarının, her durumda işçinin zayıf konumda olduğunu ileri sürerek geçersiz kabul etmenin de isabetli olmayacağı görüşündeyiz. Genel iş koşulu niteliğindeki tahkim şartının işçi tarafından kabul edilmediği durumda bu şartın işçiyi bağlamayacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası gereğince bu şart yazılmamış sayılmaktadır. Ancak böyle bir

<sup>76</sup> Genel iş koşulları içeren iş sözleşmeleri tip iş akitleri olarak adlandırılmaktadır. Bkz., **Süzek**, İş Hukuku, s. 58; **Ertürk**, s. 91; **Yıldız**, s. 22-23.

<sup>77</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 58; **Yıldız**, s. 24.

<sup>78</sup> **Zengin**, s. 143.

<sup>79</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 58; **Süzek**, Tip İş Akitleri, s. 465; **Yıldız**, s. 23-24; **Roma**, s. 529; **Civan**, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 61-62.

durumda da taraflar iş ilişkisi sona erdikten sonra karşılıklı anlaşarak elbette feshin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlık hakkında tahkime başvurabilirler.

Özetle, her somut olayda işçi ve işverenin konumu ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Genel iş koşulu niteliğindeki tahkim şartı, işçi tarafından kabul edilirse, mahkemeye başvuran işçinin tahkim ilk itirazı ile karşılaşması ve iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçerli olmadığını ileri sürmesi durumunda işveren tarafından işçinin konuya ilişkin olarak açıkça bilgilendirilip bilgilendirilmediği, işçinin eğitim düzeyi, işçinin iş sözleşmesi gereğince ifa etmekle yükümlü olduğu işin niteliğine yönelik inceleme tahkim şartının geçerliliğinin tespiti açısından önemlidir. Bu sayede, işçinin herhangi bir baskı olmaksızın doğrudan kendi özgür iradesi ile iş sözleşmesindeki genel iş koşulu niteliğindeki tahkim şartını kabul edip etmediği öğrenilebilir. Eğer işçinin özgür iradesi ile genel iş koşulu niteliğindeki bu şartı kabul etmediği sonucuna ulaşırsa işçinin tahkim şartı ile bağlı olmadığının kabulü gerekecektir.

Öğretide *Süzek'e* göre, iş ilişkisi kurulurken ya da devam ederken ekonomik bakımdan güçsüz ve bağımlı olan işçinin tahkim şartını kural olarak serbest kabul ettiği söylenemez. Bu sebeple, bireysel iş sözleşmesi kurulurken yer alan tahkim şartında olduğu gibi tip iş akitlerinde yer alan tahkim şartı da geçersizdir<sup>80</sup>.

### 3. İşyeri İç Yönetmeliğinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği

İş ilişkisi kurulmadan önce ya da devam ederken hazırlanmış olan işyeri iç yönetmeliğinde tahkim şartına yer verilmesi durumunda bu şartın geçerliliğinin incelenmesi gerekir. İç yönetmelik, işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan, işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak çalışma koşullarını içeren, iş ilişkisinin kurulması esnasında herhangi bir pazarlık yapılmaksızın işçinin kabulüne sunulan yazılı düzenlemedir<sup>81</sup>. Bu yönetmelikler, iş sözleşmesinin işçi tarafı dikkate alınmaksızın ve işçi ile herhangi bir müzakere olmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanırlar. İşçi, bu koşulları kabul ederek işe başlayabilir ya da iş sözleşmesi yapmaktan vazgeçebilir<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 593-594.

<sup>81</sup> **Tunçomağ/Centel**, s. 26; **Süzek**, Sarper: "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", AÜHFED, C. 44, S. 1-4, 1995, (İç Yönetmelikler), s. 183; **Süzek**, İş Hukuku, s. 59; **Süzek**, Tip İş Akitleri, s. 461; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 257; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 14-15; **Ertürk**, s. 91; **Yıldız**, s. 24; **Civan**, s. 65.

<sup>82</sup> **Süzek**, İç Yönetmelikler, s. 183; **Süzek**, İş Hukuku, s. 59, 61; **Ertürk**, s. 91.

Uygulamada genellikle disiplin kuralları ve cezaları, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, çalışma süreleri, fazla çalışmalar, genel tatil günlerinde çalışma, ücretin ödenme zamanı, avanslar, ek ödemeler, sosyal yardımlar gibi konuların iç yönetmeliklerde düzenlendiği görülmektedir<sup>83</sup>. İç yönetmelikte yer alan düzenlemelerin işçi bakımından bağlayıcı olabilmesi için hükümlerin işçiye açıkça bildirilmiş ve işçinin bunu kabul etmiş olması gerekir<sup>84</sup>. Zira bu yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler genel iş koşulu niteliğindedir<sup>85</sup>. İşçinin kabulü ile iç yönetmelik, iş sözleşmesinin eki halini alır<sup>86</sup>.

İç yönetmelikte işyerinde uygulanacak genel yeknesak kurallara yer verildiği için öğretide iş sözleşmesi sona erdiğinde başvurulacak yargı yolunun iç yönetmelikle düzenlenmesinin zor olduğu belirtilmiştir<sup>87</sup>. İç yönetmelikte iş uyuşmazlığının varlığı halinde tahkime başvurulmasına ilişkin düzenleme yapılmasının kabulü beraberinde birçok sorunu getirecektir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, iş sözleşmesi yapılırken ya da iş ilişkisi devam ederken işçinin serbest iradesinin olmaması ve ekonomik açıdan işveren karşısında zayıf konumda olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerliliği tartışılmaktadır<sup>88</sup>. Bu sebeple, iç yönetmeliğin tek yanlı işveren tarafından hazırlandığı ve yönetmelikte yer alan hükümlerin genel iş koşulu niteliğinde olduğu dikkate alındığında yönetmeliğe konan tahkim şartının geçerliliği de kuşkusuzdur ki tartışmaları beraberinde getirecektir<sup>89</sup>. Bir görüşe göre, iç yönetmelikte yer alan tahkim şartı, iş sözleşmesi imzalanmadan önce işçiye bildirildiği ve işçi tarafından kabul edildiği takdirde işçiyi bağlayacaktır<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> **Süzek**, İç Yönetmelikler, s. 185; **Süzek**, Tıp İş Akitleri, s. 463; **Ertürk**, s. 92.

<sup>84</sup> **Süzek**, İç Yönetmelikler, s. 185-186; **Süzek**, İş Hukuku, s. 63; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 258; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 15; **Mutlay**, Tahkim, s. 76; **Ertürk**, s. 92; **Yıldız**, s. 25.

<sup>85</sup> **Süzek**, İç Yönetmelikler, s. 186; **Süzek**, İş Hukuku, s. 61; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 258; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 15; **Ertürk**, s. 89-90; **Mutlay**, Tahkim, s. 43; **Yıldız**, s. 23.

<sup>86</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 60; **Süzek**, Tıp İş Akitleri, s. 462; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 15; **Ertürk**, s. 94; **Yıldız**, s. 24; **Civan**, s. 65.

<sup>87</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 76.

<sup>88</sup> Bkz., IV, A, 1.

<sup>89</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 76.

<sup>90</sup> **Mutlay**, Tahkim, s. 76, dn. 333. Mutlay'a göre, tahkim şartının, iç yönetmelikte yer alabileceği kabul edilse bile, 3008 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi iç yönetmeliğin yürürlüğe girmesinde idari makamın onayını zorunlu tutan sistem benimsenmelidir. Böylece, işçi çıkarının düşünülmesi daha fazla sağlanmış olunur. Bkz., **Mutlay**, Tahkim, s. 76.



Öğretideki başka bir görüşe göre, işveren tarafından hazırlanan iç yönetmelikle getirilen özel hakeme başvurma koşulu geçersiz kabul edilmelidir<sup>91</sup>.

### B. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonra Tahkime Başvurulmasının Kararlaştırılması

Öğreti ve Yargıtay tarafından iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamı sırasında işçinin ekonomik olarak işverene bağlı olduğu için serbest iradeyle kabul etmediği gerekçesiyle geçerliliği reddedilen tahkim şartı, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi ve işveren arasında kararlaştırılmışsa geçerli kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Zira artık işçi, iş sözleşmesinin feshedilmiş olması nedeniyle işverene bağlı olarak çalışmamaktadır. Bu durum, tahkime başvuruya ilişkin anlaşmanın işçi tarafından serbest iradeyle kabul edildiğini göstermektedir<sup>93</sup>. Doktrinde, arabulucu anlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde tarafların tahkime başvurma konusunda yaptıkları anlaşmanın geçerli olacağı belirtilmektedir<sup>94</sup>.

*Uçum* tarafından, işçinin fesihden önce kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı olmadığı, bu şarta rağmen işçinin mahkemeye başvurması durumunda işverenin tahkim itirazında bulunamayacağı, bununla beraber işçi, iş sözleşmesindeki tahkim şartına uyarak hakeme giderse işverenin buna da itiraz edemeyeceği, zira işçinin bu davranışı iş sözleşmesine başlangıçta konulmuş şarta fesihden sonra tahkime başvurarak hem kendisi hem işveren bakımından bağlayıcılık kazandırdığı ileri sürülmektedir<sup>95</sup>. *Yücel*'e göre, söz konusu görüşün kabulü halinde tahkim yolu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırı

<sup>91</sup> **Eyrenci**, s. 36; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 223; **Süzek**, İş Hukuku, s. 594; **Yıldız**, s. 175; **Köme Akpulat**, s. 227.

<sup>92</sup> **Taşkent**, Savaş: "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Yayını, İstanbul 2003, s. 124-125; **Süzek**, İş Hukuku, s. 593-594; **Çelik**, s. 27; **Uçum**, Mehmet: "İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 76; **Yücel**, Özel Hakem Şartı, s. 1357; **Sarıbay**, s. 178-179; **Yücel**, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 285; **Evren**, s. 201; **Şişli**, Zeynep: "Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözüm Yolları", Tartışma, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınları, İzmir 2013, s. 99; **Yıldız**, s. 175; **Bedük**, Hak Uyuşmazlığının Çözümü, s. 19-20; **Narter**, s. 376; **Köme Akpulat**, s. 230-231; Yarg. 9. HD., 26.05.2008, 2008/10997 E., 2008/12660 K.; Yarg. 9. HD., 03.11.2008, 2008/5830 E., 2008/29774 K., www.kazanci.com, (ET.: 18.04.2020).

<sup>93</sup> **Yücel**, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 286.

<sup>94</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 593-594; **Tunçomağ/Centel**, s. 216; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 223; **Tulukçu**, s. 289-290.

<sup>95</sup> **Uçum**, s. 168.

bir şekilde seçimlerlik bir hakka dönüştürölmekte ya da iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartı, işçinin fesihten sonra başvurmasıyla geçerlilik kazanacak bir askıda hükümsüzlük durumuna bağlanmış olmaktadır. Oysa, burada geçersiz bir tahkim şartı vardır ve bunun seçimlerlik bir hak teşkil etmesi ya da askıda hükümsüz olması düşünölemez<sup>96</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında, işçinin işverene kıyasla ekonomik anlamda daha güçsüz olması neticesinde akdedilen tahkim anlaşmasının mutlak butlan sebebi ile geçersiz olduğuna karar vermiştir. Karara konu uyuşmazlıkta, işçi ve işveren arasında imzalanan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshine ilişkin protoköde ve protoköle aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmiştir. Davacı tanıkları, davalı işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, davacı işçi tarafından imzalanmadığı takdirde işverenin referans vermeyeceğini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Yargıtay, bu sözleşmelerin aynı zamanda işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdicine, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığına, davacının sözleşmeyi imzalamak zorunda bırakıldığına, davalı şirketin davacı işçi üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak şekilde kabul ettirdiğine kanaat getirmiş ve tahkim sözleşmesinin mutlak butlan sebebi ile geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>97</sup>.

Öğretide *İlhan* tarafından belirtildiği üzere, tahkim sözleşmesinde bulunan edimler arasındaki orantısızlığa doğrudan mutlak butlan sonucunu bağlamak doğru değildir<sup>98</sup>. *İlhan*, karara söz konusu olayın aşırı yararlanma olarak nitelendirilmesi gerektiğini, Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanma açısından getirdiği yeniliğin göz önüne alınarak tahkim sözleşmesindeki edimlerin orantısızlığı ve aşırı yararlanmanın şartları mevcut olduğu takdirde sözleşmenin iptali veya geçersiz sayılması yerine sözleşmedeki orantısızlığın giderilmesinin de değerdendirilmesi gerektiğini, sözleşmedeki orantısızlığın giderilemeyecek olması halinde ise tahkim iradesinin aşırı yararlanma ile sakatlanmış olduğunu, bu sebeple de tahkim sözleşmesinin esas bakımından geçersiz olduğuna hükmedilebileceğini belirtmiştir<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> **Yücel**, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem, s. 286.

<sup>97</sup> Yarg. 9. HD., 17.9.2007, 2007/28539 E., 2007/26478 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 15.04.2020).

<sup>98</sup> **İlhan**, s. 242.

<sup>99</sup> **İlhan**, s. 200-202.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta, tahkim sözleşmesini ahlaka aykırı bularak geçersiz kabul etmiştir. Yargıtay'a göre, "...tahkim şartını içeren sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmasında karşımıza çıkar. Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığı yer vermeyecek şekilde açık olması ile doğru orantılıdır. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdın geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Özellikle belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir.

Dosya içeriğine göre davacı ile davalı işveren feshin bildirildiği tarih olan 15.09.2011 tarihinde düzenlenen "İbraname ve Feragatname" başlıklı belge de "Davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince tazminatlı olarak tek yanlı işverence feshedilmesi nedeniyle işyerinden ayrıldığı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarını aldığı, başka hiçbir hak ve alacağı kalmadığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince dava açmak istemesi halinde, üç kişiden oluşan Özel Hakemde dava açacağı, bu hususun tarafların rızaları ile yapmış oldukları bir tahkim anlaşması hükmünde olduğu, şirketi tüm konularda ve genel manada gayri kabili rücu olarak kayıtsız şartsız ibra ettiği" belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, öncelikle tahkim şartını içeren belge, fesih bildiri belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. İşçi, halen bu tarihte işverenin denetimi altındadır. Bu nedenle tahkim şartını içeren bu belgenin fesihden sonra düzenlendiğinden söz edilemez. Diğer taraftan ibraname ve feragatname başlıklı belgenin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki davacı işçi iradesini açık ve kesin olarak taşıdığı söylenemez. İbraname ve feragatname başlıklı belgedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir. Yazılı

*gerekeçe ile görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır*<sup>100</sup>.” Karara konu uyuşmazlıkta, Yargıtay’ın genel olarak kabul ettiği görüş çerçevesinde tahkim şartı içeren sözleşme, iş sözleşmesi feshedildikten sonra yapılmıştır. Ancak buna rağmen, Yargıtay yukarıdaki gerekçelerle bu şartın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bu durum, karara katılmayan görüş tarafından isabetli bir şekilde eleştirilmiştir. Kararda yer alan karşı oy yazısına göre, dairenin yerleşmiş uygulamasına göre taraflar arasında imzalanan “*özel hakem*” sözleşmesinin geçerli kabul edilebilmesi için iş sözleşmesinin feshinden sonra ve özgür iradeyle imzalanmış olması gerekmektedir. “*Özel hakem*” anlaşmasının geçerli olması için aranan fesihten sonraya ait olma şartı, fesihten sonraki başka bir tarih anlamında değildir. Tahkime başvurma konusunda gerçekleşen anlaşmanın zamanı, fesihten sonra olmak şartıyla fesihle aynı tarihli de olabilir. Nitekim, davacı tarafın temyiz dilekçesinde de açıkça yazılı olduğu üzere “*özel hakem*” anlaşmasının fesihten sonra yapıldığı hususu taraflar arasında anlaşmazlık konusu değildir. Davacı taraf, fesihten sonraya ait olduğunu kabul ettiği “*özel hakem*” anlaşmasının ispatlayamadığı irade fesadına istinaden geçersiz kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. “*Özel hakem*” sözleşmesinin imzalandığı belge içeriğinde, aynı zamanda davacı işçiye ödenecek kıdem tazminatı, kullanılmayan yıllık ücretli izin ücreti ve henüz ödenmemiş Haziran ayı ücreti ile “*ibra*” ve “*feragat*” e de yer verilmiş olması, davacı işçinin bu belgeyi “*imzalamasaydım alacaklarım ödenmeyecekti*” şeklindeki beyanı irade fesadı iddiasını kanıtlamaya tek başına yeterli değildir. Sonuç olarak, “*özel hakem*” anlaşmasının fesihten sonraya ait olduğunun her iki tarafın da kabulünde olması ile irade fesadı iddiasının usulünce kanıtlanamaması karşısında, sair yönleriyle de usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerekir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise vermiş olduğu bir kararında, iş sözleşmesi sona erdikten 4 gün sonra imzalanan “*ibraname ve feragatname*” başlıklı belgede yer alan sözleşmenin feshi ve işe iade istemi ile dava açılması

<sup>100</sup> Yarg. 9. HD., 25.02.2013, 2013/1373 E., 2013/6664 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 20.03.2020), “*Somut olayda, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin davalı şirketin özel güvenlik şirketi ile anlaştığı, hizmetine gerek kalmaması sebebi ile 31.08.2009 itibari ile feshedildiği dosya kapsamında anlaşılmaktadır. 04.09.2009 tarih ve “ibraname ve feragatname” başlıklı her iki tarafında imzasını içeren belgede, sözleşmenin feshi ve işe iade istemi ile dava açılması halinde söz konusu uyuşmazlığın halli bakımından özel hakeme gidilmesi konusunda tahkim sözleşmesi yaptıkları ve sözleşme tarihinin fesih ve davacıya tebliğ tarihinden sonra olduğu anlaşılmaktadır. Fesihten sonra düzenlenen ibraname ve özellikle ibranamede öngörülen tahkim ön şartı geçerlidir. Böyle olunca, özel hakem sözleşmesi uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*”

halinde söz konusu uyuşmazlığın çözümü için özel hakeme başvurulması yönündeki tahkim şartını geçerli kabul etmiştir<sup>101</sup>. Yukarıda yer alan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararından farklı olarak bu kararda, tahkim şartının yer aldığı ibraname fesih bildiriminden sonra taraflarca imzalandığı için Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından geçerli sayılmıştır.

Yargıtay'ın bu kararları göstermektedir ki, Yargıtay işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın tahkim ile çözülmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Zira Yargıtay tarafından genel kabul gören görüşe göre, iş sözleşmesinin feshinden önce yapılan tahkim anlaşmaları geçersizdir. İş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan tahkim anlaşmaları ise, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte imzalanan ibraname ya da protokolle aynı tarihte imzalandığı ve işverenin işçi üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim anlaşmasını kabul ettirdiği gerekçesiyle irade fesadı halleri aranmaksızın doğrudan geçersiz sayılmaktadır.

### C. Toplu İş Sözleşmesindeki Tahkim Şartının Geçerliliği

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 52. maddesi göre, *“Tarafları anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurusu üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir<sup>102</sup>.”* Ancak sendika ile işverenin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin bireysel nitelikteki iş uyuşmazlıklarının özel hakeme götürülmesi konusundaki anlaşmaları geçersizdir<sup>103</sup>. Diğer bir ifadeyle, toplu iş sözleşmesinin tarafları; işçileri, işverenleriyle aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi bakımından tahkime başvurmaya mecbur edemez<sup>104</sup>.

İş Kanunu'nun 20. maddesinin ilk halinde yer alan düzenlemeye göre, toplu iş sözleşmesinde yer verilecek bir hükümlerle iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin bireysel nitelikteki iş uyuşmazlıklarının tahkime götürülmesi mümkündür. Kanunda yer alan *“Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşırsa”* düzenlemesinin iptali istenmiş ve Anayasa

<sup>101</sup> Yarg. 22. HD., 23.03.2012, 2011/12705 E., 2012/5291 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 12.04.2020).

<sup>102</sup> Alman İş Mahkemesi Kanunu'nun (ArbGG) 101. maddesine göre, tahkim anlaşması işveren ile sendika arasında ya da işveren ile özel işçi grupları (örneğin sahne ve perde sanatçıları) arasında mümkündür. Bkz., Walker, Wolf Dietrich: “Alman İş Mahkemeleri ile İş Yargılama Usulüne Genel Bir Bakış”, Çev. Çiğdem Yazıcı Tıktık, İKÜHFD., Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.15, S.1, 2016, s. 278.

<sup>103</sup> Centel, s. 201.

<sup>104</sup> Köme Akpulat, s. 227.

Mahkemesi kararı ile düzenleme kısmen iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, toplu iş sözleşmesinde uyuşmazlığın hakeme götürüleceği yolunda bir hükmün yer almasını, iş sözleşmesi feshedilen işçi ve işveren arasındaki feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığına ilişkin anlaşmazlığın çözümü için özel hakeme gidilmesini zorunlu hale getirdiği ve bunun, hak arama özgürlüğü ve kanuni hakim güvencesiyle bağdaşmadığı, hak arama özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi bakımından uygun olmadığı gerekçesiyle Kanunda yer alan “*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa*” ifadesini Anayasa’nın 2, 5, 13, 36 ve 37. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. İşçinin kendi iradesi dışında oluşan bir hükümle hak arama özgürlüğünden yoksun bırakılması hukuka uygun değildir<sup>105</sup>. Bu kararla birlikte, toplu iş sözleşmesinin taraflarının; işçileri, işverenleriyle aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi bakımından özel hakeme başvurmaya mecbur edemeyeceklerinin kabulü gerekecektir<sup>106</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararında, “ *taraflar anlaşırsa*” ifadesini iptal etmeyerek, işçi ve işverenin anlaşarak feshin geçersizliği konusunda tahkime başvurmalarını, kişinin yargı yerini belirleme serbestisi çerçevesinde hak arama özgürlüğünün kapsamı dahilinde görmüş ve Anayasa’ya aykırı bulmamıştır<sup>107</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2014 yılında vermiş olduğu bir karar da Anayasa Mahkemesi kararı sonucu yapılan değişiklikte uyumludur. Kararda, “*Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları kapsamında, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davala-*

<sup>105</sup> AYM., 19.10.2005, 2003/66 E., 2005/72 K., RG.: 24.11.2007, S.: 29710; **Centel**, s. 201.

<sup>106</sup> Her ne kadar sendika işçiyi temsil ediyor olsa da nihayetinde işçilerin bireysel anlamda iradelerinden ayrı kolektif bir iradeyi yansıttığı için işveren ile müzakeresi neticesinde işçinin iradesini ve hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracak biçimde karar vermesi hak arama özgürlüğüne bir müdahale teşkil eder. Bkz., **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 389. Ayrıca HMK md. 408’e göre, iki tarafın iradesine tabi olmayan işler tahkime elverişli değildir. İşçinin bireysel iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, toplu iş sözleşmesine taraf olan işveren ve işçi sendikasının iradesine bağlı olmayan işlerdendir. Bu nedenle, bu uyuşmazlığın çözümü, toplu iş sözleşmesinin taraflarının iradesine bağlı değildir. Toplu iş sözleşmesine, bireysel iş uyuşmazlıkları bakımından işçi ve işverenin tahkime başvurmak zorunda olduğuna ilişkin hüküm konulması yerinde değildir. Böyle bir husus, ancak bireysel iş sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabilir. Bkz., **Sarıbay Öztürk**, s. 755.

<sup>107</sup> **Tunçomağ/Centel**, s. 436. Narter tarafından Anayasa Mahkemesi’nin bu iptal kararının, iş sözleşmesinin feshinden önce yapılan tahkim anlaşmalarının (iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartlarının) da geçersiz olduğu anlamı taşıdığı ileri sürülmektedir. Bkz., **Narter**, s. 376.

rında da 4857 sayılı yasanın 20 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılamayacağı, kaldı ki davacı işçinin üyesi bulunduğu sendika ile davalı işveren arasında imzalanan ve 01/04/2012-31/03/2014 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 18 inci maddesinde düzenlenen tahkim şartının (tarafların tahkim yoluna gitmesinin) zorunlu olmadığı, ihtiyari olduğu taraflardan birinin isteği ile ancak tahkim yoluna gidilebileceği tüm bu nedenlerle 01/04/2012-31/03/2014 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 18 inci maddesinde düzenlenen tahkim şartının sendika üyesi olan davacı işçiyi bağlamayacağı, davacı işçinin tahkim yoluna başvurmak zorunda olmadığı, davacı işçinin dava konusu alacağını mahkemeye dava açmak suretiyle isteyebileceği açıkça anlaşılmiş olup mahkemece işin esasına girilerek talep konusunda bir karar verilmesi gerekirken hatalı bir gerekçe ve değerlendirme ile davalının yaptığı “uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği” yönündeki ilk itirazın kabulü ile davanın usulden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir<sup>108</sup>.” denmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1965 tarihinde vermiş olduğu eski bir karar da Anayasa Mahkemesi kararını destekler niteliktedir. Hukuk Genel Kurulu’nun kararına göre, “Yukarıda anılan kanun hükümleriyle bilim alanındaki görüşlerin karşılaştırılmasında:

*İşçi sendikasının işverenle yaptığı toplu iş sözleşmesindeki (tahkim şartının) sendika ile işverenin karşılıklı hak ve borçları sebebiyle kendilerini ilgilendireceği, sendika üyesi olan işçinin, sözleşmede tarafların yükümlülüklerini düzenleyen hükümlere göre çalışma karşılığı olan hak ve alacaklardan yararlanacağı, sözleşmedeki tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı, bunun da işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden ileri geldiği, toplu sözleşmedeki özel hakeme başvurma hükmününün teşmil edilmeyeceği kuralının da bu yönü doğruladığı sonucuna varılmıştır. Özet olarak denilebilir ki, toplu iş sözleşmesindeki tahkim şartı, çalışması karşılığı bulunan kişisel hakkını işverenden isteyen işçiyi bağlamaz<sup>109</sup>.”*

Özetle, işçinin kendi iradesi olmaksızın sendika tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesi ile işçiyi tahkime başvurma zorunluluğu getirilmesi,

<sup>108</sup> Yarg. 9. HD., 18.11.2014, 2014/27451 E., 2014/34468 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 23.03.2020).

<sup>109</sup> YHGK 10.11.1965, 1964/9-634 E, 1965/405 K., www.kazanci.com.tr, (ET.: 23.03.2020).

işçinin bağımsız yargıya başvurma ve hak arama özgürlüğünün elinden alınması anlamına gelir ve bu durum Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. Toplu iş sözleşmesinden doğan hakkını talep eden işçi, dava açtığında davalı işverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanarak tahkim ilk itirazında bulunması durumunda bu itirazın dinlenmemesi gerekir<sup>110</sup>.

#### **D. Görüşümüz**

Yargı organları sahip oldukları karar verme yetkisini “*Türk Milleti Adına*” kullandığından, temelde yargı işlevi, mahkemelerce vekâleten yürütülen bir görevdir. Bu nedenle de kişilerin bu yetkiyi kendi istekleriyle başkaca organlara vermeleri egemenlik anlayışına ters düşmemelidir. Kaldı ki, iş hukuku açısından birincil seviyede işçi menfaatlerinin esas alındığı düşünüldüğünde devlet egemenliği öncelik sıralamasında geride kalacaktır. Madem ki, uyuşmazlık taraflar arasında o zaman uyuşmazlığın hakkaniyet çerçevesinde çözümü için kişilerin iradelerine üstünlük tanınması gerekir<sup>111</sup>. Dünyada genel olarak tahkim dostu yaklaşımın bir yansıması olarak işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar bakımından da tahkimin alanını genişletme eğiliminin arttığı göze alındığında, Türk yargısının tahkime bu kadar ihtiyatlı yaklaşmasını anlamak pek mümkün değildir.

Her iş sözleşmesinde zayıf bir tarafın bulunduğu varsayımından hareket ederek doğrudan iş sözleşmelerinde yer alan tahkim şartının geçersiz olduğunu kabul etmek bazen hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Bazı işçilerin, örneğin yönetim kadrolarının, işverene karşı zayıf durumda bulduklarını iddia etmek güçtür<sup>112</sup>. Dolayısıyla iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği bakımından somut olay çerçevesinde sübjektif bir değerlendirme yapılması gerekir. Örneğin, son derece tecrübeli, deneyimli ve haklarını çok iyi bilen bir işçinin, işveren karşısında zayıf konumda olduğunu söylemek her zaman mümkün değildir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation*, davasında işçi, işverenin New York Borsası'na kayıtlı sermaye piyasası araçlarının temsilcisi olduğundan mahkeme, taraflar arasında bir

<sup>110</sup> **Bedük**, Mehmet: “Toplu Hak Uyuşmazlığı Halinde İşçinin Yargısal Yollara Başvuru Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 146, Kasım 2018, s. 22-23.

<sup>111</sup> **Oğuz**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, s. 91; **Alkan**, Derya: *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 82.

<sup>112</sup> **Uluocak**, Nihal: “Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtayının ve Doktrininin Görüşleri”, *Milletlerarası Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan*, S. 17, (1-2), 1997-1998, s. 530.



eşitsizliğin varlığından bahsedilemeyeceğini, ayrıca işçinin son derece tecrübeli ve deneyimli bir çalışan olduğunu, dolayısıyla iş sözleşmesinin taraflarının eşitsizliği ön kabulü ile tahkime başvurma konusunda anlaşmanın elverişsiz kılınamayacağını hükme bağlamıştır<sup>113</sup>. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, davada, işçinin işveren karşısında zayıf konumda olmadığı kabul edilerek bireysel iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Ülkemizde yargının artan iş gücü nedeniyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulaması yaygınlaşmış, hatta bazı uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğa başvuru dava şartı haline getirilmiştir. Bu uyuşmazlıklardan biri de iş uyuşmazlıklarıdır. 15 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren İş Mahkemeleri Kanunu'nda, iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili maddi ve manevi tazminat davaları hariç, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. İş Kanunu'nun 20. maddesindeki tahkime ilişkin düzenlemede<sup>114</sup> olduğu gibi, arabuluculuğun da dava şartı olarak düzenlenmesinin amacı, iş uyuşmazlıklarının artan sayısı ve davaların uzun sürmesidir. Kural olarak, “*irade özgürlüğü*” ve “*seçme özgürlüğü*” arabuluculuk sürecinin temel prensibidir<sup>115</sup>. Buna rağmen, kanun koyucu iş uyuşmazlıklarında dava açma şartı olarak arabulucuya başvurmayı

<sup>113</sup> **Roma**, s. 525-527; <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/500/20>, (ET.: 27.03.2020).

<sup>114</sup> İş Kanunu'nun 20. maddesinde, “*İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir...*” hükmüne yer verilmiştir. Öğretide, bu hükümden tarafların tahkim sözleşmesi yapması halinde de arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğunun anlaşıldığı ve bunun isabetli olmadığı belirtilmiştir. Bkz., **Mutlay**, Arabuluculuk, s. 2136. Kanun koyucu tarafından da bu husus dikkate alınmış ve 06.12.2018 tarihinde 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 18/A maddesi eklenmiştir. Bu maddenin 18. fıkrasında, “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” denilmektedir. Bu düzenleme dikkate alındığında, işçi ve işverenin İş K. md. 20/1 çerçevesinde tahkim anlaşması yaptıklarında söz konusu uyuşmazlık bakımından arabulucuya başvurmak zorunda olmadıkları söylenebilecektir.

<sup>115</sup> **Oğuz**, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 145.

zorunlu hale getirmiştir. Arabuluculuğa nazaran öğretilerde de ifade edildiği üzere “*ikame yargı*” niteliği taşıyan özel hakem yargılamasının<sup>116</sup>, iş hukukunda uygulanmasının yaygınlaştırılması ve tarafların tahkime başvurma konusunda özgür iradelerine değer verilmesi gerekir. Her durumda iş sözleşmesi kurulurken feshin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından kararlaştırılan tahkim şartına ihtiyatlı yaklaşmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Tahkim, kısmen de olsa diğer alternatif çözüm yollarından ayrılır. Taraflarca seçilen hakem ya da hakem kurulu, tarafları dinleyip, delilleri değerlendirerek uyuşmazlık konusu hakkında karar vermektedir<sup>117</sup>. Tahkimde yapılan yargılama sonucunda hakemler, kimin haklı olduğuna karar verir. Hakemler ve mahkemelerdeki hâkimler bağımsız ve tarafsız davranırlar, yaptıkları yargılamaya ve verecekleri kararlara müdahale edilemez. Tahkime konu uyuşmazlıkta kimin haklı olduğu değerlendirilirken, diğer alternatif çözüm yollarında tarafların uyuşmazlık çözümündeki menfaatleri ön plana çıkar<sup>118</sup>. Buna rağmen, yargı organları tarafından tarafların iş sözleşmesi kurulurken kararlaştırdıkları tahkim şartı, sırf sözleşme sona ermeden önce yapıldığı gerekçesiyle geçersiz kabul edilmektedir. Elbette, iş sözleşmesi kurulurken ya da devamında tahkime ilişkin anlaşma yapılırken irade sakatlığı söz konusu ise ve bu durum işçi tarafından ileri sürülüp ispat ediliyorsa tahkim şartı geçersiz sayılmalıdır. Ama iş sözleşmesi sona ermeden önce kararlaştırılmış olan her tahkim şartının, işçinin işverene bağımlı ve işveren karşısında zayıf konumda olduğu, bu nedenle özgür iradesi ile tahkim şartını kabul etmiş olamayacağı gerekçesi ile doğrudan geçersiz sayılması kanaatimizce doğru değildir.

Tahkim anlaşmasının yapılmasında irade fesadı halleri söz konusu değilse, ister iş sözleşmesi yapılırken ve devamı sırasında isterse iş sözleşmesi sona erdikten sonra taraflarca kararlaştırılmış olsun bu durum tahkim şartının geçerliliğine etki etmemelidir. Özetle, taraflarca tahkime başvurmaya ilişkin anlaşmanın ne zaman yapıldığı bu anlaşmanın geçerliliği bakımından önemli olmamalıdır. Zira İş Kanunu’nda tarafların tahkim konusunda yapacakları anlaşmanın zamanına ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> **Shulman**, s. 1; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 597; **Köme Akpulat**, s. 225.

<sup>117</sup> **Oğuz**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s. 130.

<sup>118</sup> **Pekcanitez/Yeşilirmak**, *Pekcanitez Usûl*, s. 2600-2601.

<sup>119</sup> Özel hakeme ilişkin düzenleme İş Kanunu’nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra da iş akdi feshedilen işçinin başvurabileceği yollar düzenlendiği için Süzek’e göre, sözleşmenin feshedilmediği dönemde yani iş akdi yapılırken veya söz-

Kanunda bu konuda bir sınırlamaya yer verilmezken, yargının bu konuya ilişkin doğrudan bir sınırlama yapmasını anlamak pek mümkün değildir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin de isabetli olarak verdiği bir karara göre, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan tahkim şartına ilişkin anlaşma, iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmelidir. Tahkim anlaşmasının iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olması tek başına işçinin anlaşmayı serbest irade ile kabul etmediğini göstermez, iradenin sakatlandığı ayrıca kanıtlanmalıdır<sup>120</sup>. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından yakın tarihli bir kararda, işçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve bağımlı olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında yapılan tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Bu kararda yer alan muhalefet şerhinde ise, *“Uyuşmazlığın çözümünde tarafların serbest iradeleriyle hiçbir baskıya maruz kalmaksızın, kararlaştırdıkları ve formel yargılama (genel mahkeme yargılaması) sistematigine göre daha basit yöntemle, az zaman, az uğraş ve masrafla, uyuşmazlığın, bu şekilde daha kolay halledileceğine ilişkin anlaşmalarının “Kamu Düzenine Aykırı” olduğu ve daha masraflı, uzun süreli, hantal nitelikli ve bu özellikleri nedeniyle çoğu örneklerde olduğu gibi ihlal kararlarına konu olan formel yargılama yoluna gitmelerinin zorunlu ve bu hususun “kamu düzeni gereği” olduğu yolundaki Daire görüşüne katılmak imkanı bulunmamaktadır. Kaldı ki; Daire kararında “sözleşmenin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçinin işverene bağımlı durumda bulunması ve bu nedenle tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı” yolundaki genel gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Zira taraflar arasında sözleşme imzalanmadan, taraf iradeleri uyumlu bir şekilde örtüşmeden önce akdin kurulup tamamlandığından bahsetmek imkânı zaten bulunmamaktadır<sup>121</sup>.”* denilmiştir. Bu karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, tahkim, mahkeme yargılamasına kıyasla daha az masraflı, daha basit ve daha hızlıdır<sup>122</sup>. Bu nedenle de iş sözleşmesi kurulurken tarafların özgür iradeleri ile hiçbir baskıya maruz kalmaksızın tahkime başvurma konusunda yaptıkları anlaşma geçerli kabul edilerek tarafların iradelerine üstünlük tanınmalıdır.

leşme devamı süresince fesih halinde özel hakeme gidilmesinin kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır. Bkz., **Süzek**, İş Hukuku, s. 593.

<sup>120</sup> Yarg. 9. HD., 26.11.2007, 2007/37878 E., 2007/35335 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 17, 2008/2, s. 281-282.

<sup>121</sup> Yarg. 7. HD., 13.11.2014, 2014/9899 E., 2014/20785 K., www.kazanci.com, (ET.: 19.04.2020).

<sup>122</sup> **Roma**, s. 539; **Çukur/Koç**, s. 16-17; **Aydın**, s. 843-844.

## SONUÇ

Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların, bir sözleşme ya da kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan ya da tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözümlenmesidir. İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ve işe iade talepli uyuşmazlıklara ilişkin olarak işçi ile işveren arasında yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Kanaatimizce, mevzuatta düzenleme yapılarak tarafların, feshin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki iş uyuşmazlıkları bakımından da tahkime başvurma konusunda anlaşmaları mümkün kılınmalıdır.

Modern iş hukukunun en önemli amaçlarından biri, işçinin işinde sürekliliğinin sağlanması ve işini kaybetme endişesinden uzak tutulmasıdır. Bu sebeple, çağdaş iş kanunlarında ekonomik ve kişisel bakımdan işverene bağlı ve işveren karşısında zayıf ve güçsüz durumda olan işçinin korunması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, Yargıtay tarafından verilen kararların büyük bir çoğunluğu nedeniyle adeta iş hukukunda tahkim işlevsiz hale getirilmiştir. Yargıtay kararlarındaki ve öğretilerdeki baskın görüşe göre, iş sözleşmesi yapılırken işçi, işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. Bu nedenle, iş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi veya iş sözleşmesi devam ederken tahkim sözleşmesi yapılması halinde işçinin özgür iradesinin varlığından söz edilemeyeceği için tahkime şartı/tahkim sözleşmesi işçiyi bağlamaz. Ancak fesihten sonra tarafların tahkime başvurma konusunda anlaşmaları geçerli olacaktır. Zira artık işçi, iş sözleşmesinin feshedilmiş olması nedeniyle işverene bağlı olarak çalışmamaktadır. Bu durum da işçinin tahkime başvurmaya ilişkin anlaşmayı serbest iradeyle kabul ettiğini göstermektedir.

Her iş sözleşmesinde işçinin zayıf taraf olduğu anlayışından hareket ederek doğrudan iş sözleşmelerinin tahkime şartına kapalı olduğunu kabul etmek hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Bu sebeple, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığının tespitinde her somut olayın özellikleri dikkate alınarak subjektif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İş sözleşmesi kurulurken veya devam ederken tarafların özgür iradeleri ile iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime başvurma konusundaki anlaşmaları geçerli kabul edilerek tarafların iradelerine üstünlük tanınmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akı**, Erol/**Altuntaş**, H. Olcay/**Bahçivancılar**, İbrahim: Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Akyiğit**, Ercan: “İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi”, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi, Ağustos-Kasım 2004, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348752551.pdf>, s. 106-123, (ET.: 20.03.2010), (Özel Hakem).
- Akyiğit**, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, (İş Güvencesi).
- Alangoya**, H. Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009.
- Alkan**, Derya: Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Aydın**, A. Buğra: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 839-863.
- Bedük**, Mehmet: “Toplu İş Sözleşmesinden Doğan İşçi Alacağına İlişkin Hak Uyuşmazlığının Çözümü”, Toprak İşveren Dergisi, S. 106, Haziran 2015, s. 13-25.
- Bedük**, Mehmet: “Toplu Hak Uyuşmazlığı Halinde İşçinin Yargısal Yollara Başvuru Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S. 147, Kasım 2018, s. 14-23, (Toplu Hak Uyuşmazlığı).
- Born**, B. Gary: International Arbitration: Law and Practice, 2. Edition, KluwerLaw, London 2015.
- Canbolat**, Talat: “6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 39, 2013/4, s. 247-274.
- Centel**, Tankut: İş Güvencesi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Civan**, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, Beta Basım, İstanbul 2015.
- Çankaya**, Osman Güven/**Günay**, Cevdet İlhan/**Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

- Çelik**, Nuri: “Karar İncelemesi İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Özel Hakem Anlaşmasının İradeyi Sakatlayan Bir Durumun Varlığı İspatlanmadıkça Geçerli Sayılması”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 17-30.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nursen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Çukur**, Mürsel/**Koç**, Muzaffer: “Ülkemizde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Özel Hakem” Çimento İşveren Dergisi, C. 24, S. 5; Eylül 2010, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale145.pdf>, (ET.: 05.03.2020).
- Dayınlarlı**, Kemal: HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim (Açıklamalı ve İçtihatlı), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1997.
- Demir**, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2018.
- Ekmekçi**, Ömer: “Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 53-61, (İş Güvencesi Yasa Tasarısı).
- Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, (Toplu İş Hukuku).
- Ekonomi**, Münir: “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2003 eki, s. 1-40.
- Erbaş**, C. Gökhan: “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk”, Hukukta Alternatif Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 187-197.
- Ertürk**, Şükran: “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C. 1, 2013, s. 81-118.
- Evren**, Öcal Kemal: “İş Güvencesinde Tahkim ve İçerik Denetimi”, Mali Çözüm Dergisi, S. 100, Temmuz-Ağustos 2010, s. 195-201.
- Eyrenci**, Öner:” 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler için Genel Bir Değerlendirme”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, s. 15-56.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.

- Güzel, Ali:** “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 16-146.
- Ildır, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (Uyuşmazlık Çözümü).
- Ildır, Gülgün:** “İş Kanunu’na Göre Uyuşmazlıkların Özel Hakem Yolu ile Çözümü”, THD, S. 2, Ekim 2006, s. 11-16, (Özel Hakem Yolu).
- İlhan, Hüseyin Afşin:** Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Kekeç, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Köme Akpulat, Ayşe:** İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Limoncuoğlu, Alp:** “Karşılaştırmalı Hukukta Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yolları”, İzmir Ekonomi Üniversitesi Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınları No. 52, İzmir, 2013, s. 19-35.
- Manav Özdemir, Eda:** “İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 47, 2015/4, s. 185-222.
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:** İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.
- Mutlay, F. Barış:** Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, (Tahkim).
- Mutlay, F. Barış:** “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 59, 2018/4, s. 2129-2154, (Arabuluculuk).
- Narmanhoğlu, Ünal:** İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Narter, Sami:** İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

- Oğuz, Özgür:** Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları).
- Oğuz, Özgür:** Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, (Dava Şartı Arabuluculuk).
- Özbek, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Özcan, Durmuş:** Gerekçeli-Açıklamalı – İçtihatlı İş Kanunları Şerhi, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014.
- Özekes, Muhammet:** “İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” 75. Yaşında Baki KURU’ya Armağan, Ankara 2004, s. 479-514.
- Özekes, Muhammet/Birben, Erhan:** “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s. 149-176.
- Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya:** Medeni Usûl Hukuku, Cilt 3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Pekcanitez/İlgili Bölüm Yazarı, Pekcanitez Usûl).
- Polat, Ayşegül:** “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, ASÜB Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 3-65.
- Roma, Elizabeth:** “Mandatory Arbitration Clauses in Employment Contracts and the Need for Meaningful Judicial Review”, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law. V. 12, I. 3, 2004, s. 519-544.
- Sarı, Mehmet:** “Tahkime Elverişlilik”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 145-172.
- Sarıbay, Gizem:** Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Sarıbay Öztürk, Gizem:** “6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 749-780.
- Serim, Ekrem:** “Türk İş Hukukunda Zorunlu Tahkim”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 1-2, Ocak-Nisan 2000, s. 190-200.



- Shulman**, Harry: “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1955, [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5629&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5629&context=fss_papers), (ET.: 15.03.2020).
- Soyer**, M. Polat: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İzmir 1987, (Genel İş Koşulları).
- Soyer**, M. Polat: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Türk İş Yayını, Ankara 2010, s. 11-85.
- Sur**, Melda: “Türkiye’de İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yolları”, MÜHF-HAD, C. 20, S. 1, 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan Özel Sayı, s. 567-579, (Alternatif Çözüm Yolları).
- Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara 2020, (Toplu İlişkiler).
- Süzek**, Sarper: “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, AÜHFD, C. 44, S. 1-4, 1995, (İç Yönetmelikler).
- Süzek**, Sarper: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011, s. 5-12, (Genel İş Koşulları).
- Süzek**, Sarper: “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan Özel Sayısı C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 459-472, (Tip İş Akitleri).
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, (İş Hukuku).
- Şahlanan**, Fevzi: “İş Güvencesi Kanununun Kapsamı ve Yasal Süreç”, Mercek Dergisi, S. 30, Nisan 2003, s. 15-20, (İş Güvencesi).
- Şahlanan**, Fevzi: “İşe İade Davalarına İlişkin Özel Hakem Sözleşmesi”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki, S. 354, 2009, s. 2-5.
- Şişli**, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm”, Ankara Barosu Dergisi, 2012, S. 2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf>, (ET.: 08.03.2020), (Bireysel İş Uyuşmazlıkları).
- Şişli**, Zeynep: “Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Yargısal Çözüm Yolları”, Tartışma, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Sempozyumu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Yayınları, İzmir 2013.

- Tanriver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-177.
- Taşkent**, Savaş: “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Yayını, İstanbul 2003, s. 104-131.
- Tulukçu**, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Tuncay**, Aziz Can/**Savaş Kutsal**, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.
- Türel**, Erol: Tahkim Yargılaması ve İlgili Mevzuat, (Yazarın Kendi Yayını), İstanbul 2004.
- Uçum**, Mehmet: “İşe İade Taleplerinde Başlıca Sorunlar”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.
- Ulucan**, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 2. Bası, İstanbul 2003.
- Uluocak**, Nihal: “Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtayının ve Doktrininin Görüşleri”, Milletlerarası Hukuk Bülteni- Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, S. 17 (1-2), 1997- 1998, s. 517-531.
- Walker**, Wolf Dietrich: “Alman İş Mahkemeleri ile İş Yargılama Usulüne Genel Bir Bakış”, Çev. Çiğdem Yazıcı Tıktık, İKÜHFD., Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.15, S.1, 2016, s. 267-278.
- Yavuz**, Cevdet: “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 133-177.
- Yeğengil**, Rasih: Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.
- Yıldız**, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

- Yılmaz**, Ejder: “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 843-856.
- Yücel**, Müjgan; “İş Güvencesi Kapsamında Özel Hakem Şartı (İş Kanunu Madde 20)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S. 4, 2004, s. 1346-1365, (Özel Hakem Şartı).
- Yücel**, Müjgan: “Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, s. 275-287, (Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakem).
- Zengin**, Burcu: “Tahkim Şartının Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısında Durumu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, s. 129-153.

## İŞ HUKUKUNDA GENETİK AYRIMCILIK YASAĞI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.793080>

**Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR\***

### Öz

Genetik bilimindeki hızlı ilerleyiş, özellikle sağlık açısından insanlığa olumlu katkılar sunmaktadır. Özellikle genetik bilimi sayesinde kişinin muhtemel sağlığıyla ilgili bilgi edinebilme imkanı her geçen gün dikkat çekmekte ve fakat genetik testler yoluyla elde edilen söz konusu içerikteki genetik bilgilere ulaşımın kolaylaşması, genetik bilginin kötüye kullanımına ilişkin örnekleri de çoğalmaktadır. İş Hukuku alanında genetik bilginin kötüye kullanılmasının yolu, genetik bilgi vasıtasıyla işçi adaylarına ve işçilere farklı muamelede bulunulmasıdır. Bu durumun önüne geçilmesi bakımından İş Hukukunda genetik ayrımcılık yasağı, önemli bir kural olarak zikredilmektedir. Her ne kadar halihazırda yasal düzenlemeleri incelediğimiz zaman İş Hukukunda genetik ayrımcılığın yasak olduğu sonucuna ulaştık da konu ile ilgili ayrı bir yasal düzenlemenin gerekli olduğu kanaatine vardığımız çalışmamızda öncelikle genetik bilgi, genetik test kavramları açıklığa kavuşturulmuştur. Genetik ayrımcılık kavramı tanımlandıktan sonra genetik ayrımcılığın İş Hukukundaki örneklerine değinilerek konu ile ilgili uluslararası düzenlemeler sıralanmıştır. İş Hukukunda genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili doktrinde sıkça değinilen ABD'nin Genetik Bilgiye Dayalı Ayrımcılık Yasağı Kanunu incelendikten sonra konu, Türk Hukuku bakımından ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

*Genetik bilgi, genetik test, genetik ayrımcılık, kişisel veri, genetik ayrımcılık yasağı, iş hukukunda genetik ayrımcılık*

---

\* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [ybasmanav@sakarya.edu.tr](mailto:ybasmanav@sakarya.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9334-5232> (Makalenin Geliş Tarihi: 02.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 20.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 29.07.2020)

**PROHIBITION OF GENETIC DISCRIMINATION IN LABOUR LAW****Abstract**

*Major developments in genetic science provide positive contributions, especially to human health. While the possibility to learn more about human health increases, genetic science also eases to achieve genetic data obtained by genetic tests and leads to misuse of this genetic data. Misuse of genetic data in labour law comes up as discrimination based on genetic data. To avoid this outcome, the prohibition of genetic discrimination is regulated in labour law. Even though the existing regulations prohibit genetic discrimination, in this study the necessity of specific regulations in this regard is established and the terms of genetic data and genetic test are clarified. Upon defining the term “genetic discrimination”, examples from labour law and international regulations are introduced. Genetic Information Nondiscrimination Act of USA, which is referred quite often in this regard, is analyzed and the issue is addressed with regards to Turkish Law.*

**Keywords**

*Genetic data, genetic test, genetic discrimination, personal data, the prohibition of genetic discrimination, genetic discrimination in labour law*

## GİRİŞ

Bilimsel teknoloji şaşırtıcı bir hızla ilerlemekte ve insanlığa her geçen gün yeni bilgi zenginliği sağlamaktadır. Özellikle yeni genetik teknolojiler, insan sağlığı alanında büyük ilerlemeler kaydetmekte ve genetik temelli hastalıkların tanımlanması, önlenmesi ve tedavi edilmesinde araçlar temin etmektedir<sup>1</sup>.

Genetik, kalıtım bilimidir ve boy veya göz rengi gibi fiziksel özelliklerden kalp hastalığı ve belirli kanser türleri gibi karmaşık hastalık duyarlılıklarına kadar belirli özelliklerin ebeveynlerden çocuklara nasıl aktarıldığının araştırılmasıdır<sup>2</sup>. Genetik, genlere ve bunların hastalık ve kalıtım üzerindeki etkilerine odaklanır ve özellikle tıbbi genetik, insan vücudundaki hastalık ve genler arasındaki etkileşimi daha iyi anlamakla ilgilenir<sup>3</sup>.

Son yıllarda genetik biliminin ürünü olan genetik testler, daha erişilebilir ve yaygın hale gelmiş bulunmaktadır. Kalıtsal hastalıkların teşhis edilmesi ve gelecekteki hastalıkların tespit edilme imkanı sağlandığı için insanların, genetik testlere yönelik tutumu genellikle olumludur<sup>4</sup>. Genetik bilimi ve teknolojisinin hastalıkları önlemek ve tedavi etmek için büyük bir potansiyel sergilediği genel olarak kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Bununla birlikte yetkisiz erişim, ifşa ve bu tür bilgilerin kullanımı nedeniyle ilgili üçüncü tarafların genetik mahremiyetinin potansiyel ihlali ile ilgili endişeler ve ek olarak, genetik bilginin bir kişiye karşı ayrımcılık yapmak için kötüye kullanılması korkusu da hızla artmaktadır<sup>6</sup>.

Genetik bilginin kötüye kullanılması bir başka deyişle genetik ayrımcılığa ilişkin korku, özellikle Sigorta Hukuku ve İş Hukuku alanında ortaya

---

<sup>1</sup> **Gardner-Hopkins**, James Desmond K: “Unemployable Genes: Genetic Discrimination in the Workplace”, Auckland University Law Review, Cilt 9, Sayı 2, 2001, s. 435.

<sup>2</sup> **Paor**, Aisling de/**Lowndes**, Noel: “Tracing The History, Evolution and Future Orientation of Genetic Science and Technology”, Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, s. 11.

<sup>3</sup> **Paor/Lowndes**, s. 11.

<sup>4</sup> **Paor**, Aisling de/**Ferri**, Delia: “Regulating Genetic Discrimination in the European Union”, European Journal of Law Reform, Cilt 17, Sayı 1, 2015, s. 14.

<sup>5</sup> **Paor/Ferri**, s. 14.

<sup>6</sup> **Paor/Ferri**, s. 14-15; Aynı yönde **Kim**, J. Rosel/**Salman**, Shahad/**Joly**, Yann: “The Use of Genetic Information Outside of The Therapeutic Health Relationship: An International Perspective”, Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, s. 68.

çıkılmaktadır. Bu sebeple uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.

İş Hukukunda genetik ayrımcılığın incelenmesinin amaçlandığı çalışmamızda, öncelikle genetik bilgi ve genetik ayrımcılık kavramına değinilmiş ve daha sonra, genetik ayrımcılığın İş Hukukundaki etkilerine örnekler verilmiştir. Diğer bölümde ilk olarak genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili uluslararası düzenlemelerden bahsedilmiş, ardından konu ile ilgili Amerika Birleşik Devletlerindeki yasal düzenleme olan ve konu bakımından önem arz eden Genetik Bilgiye Dayalı Ayrımcılık Yasağı Kanunu<sup>7</sup> - Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA) ele alınmıştır. Çalışmamızın son bölümünde ise genetik ayrımcılık yasağının Türk Hukukundaki durumu hakkında açıklamalarda bulunulmuştur.

## I. GENETİK BİLGİ

### A. Kavramlar

Eski çağlardan beri insanlık, hem bitkilerin hem de hayvanların üremesinde genetikten yararlanmaktadır. Bununla birlikte, modern anlamda genetik biliminin 19. yüzyılın ortalarında Avusturyalı keşiş Gregor Mendel'in çalışmasıyla başladığı düşünülmektedir<sup>8</sup>. Mendel, kalıtım sürecini ortaya çıkarmaya çalışmış ve organizmaların, şimdi gen olarak adlandırılan kalıtım birimleri aracılığıyla karakteristiklerini miras aldıklarını gözlemlemiştir<sup>9</sup>.

İlk genetik keşiflerin ardından, 1953'te Crick ve Watson tarafından deoksiribonükleik asidin (DNA) çift sarmal yapısı keşfedilmiş ve bu sayede genlerin nasıl çoğaltılabileceği bilgisine ulaşılmıştır<sup>10</sup>. Belirtilen gelişmeler,

<sup>7</sup> Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, Şen tarafından "Genetik Bilgiye Dayalı Eşit Davranma Yasası" olarak, Gürsel tarafından "Genetik Bilgilere Dayalı Ayrımcılığa Karşı Kanun" olarak çevrilmiştir. Bkz. Şen, Murat: "Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt I, Sayı 1, 2012, s. 139; Gürsel, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 340.

<sup>8</sup> Paor/Lowndes, s. 12; Aynı yönde Küzeci, Elif: "Genetik Ayrımcılık Yasağı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 1, 2018, s. 93.

<sup>9</sup> Paor/Lowndes, s. 12; Müteakip önemli genetik keşifler yirminci yüzyıl boyunca yapılmıştır. 1910'da Thomas Morgan'ın meyve sinekleri üzerine yaptığı araştırmalar, gen ve kromozom arasındaki ilişkiyi keşfetti. Morgan'ın çalışmalarında ayrıca, sineklerde rastgele mutasyonların ortaya çıktığı sonucuna varılarak aynı durumun insan genlerinde de olması gerektiği düşüncesi ileri sürüldü. Morgan ile çalışan Alfred Sturtevant da 1913 yılında bir kromozomun ilk defa haritasını çıkardı, Paor/Lowndes, s. 13.

<sup>10</sup> Paor/Lowndes, s. 13.

genetik testlerin gelişimini hızlandırdığı gibi ayrıca İnsan Genom Projesinin de (Human Genom Project)<sup>11</sup> temelini atmıştır<sup>12</sup>.

Gen, kalıtsal bilgilerin bir hücrede depolanmasından ve aktarılmasından sorumlu kimyasal olan DNA'nın parçası olarak tanımlanabilir<sup>13</sup>. Tüm genetik bilgilerin temel taşıyıcısı DNA olmakla birlikte, kalıtımın temel fiziksel ve fonksiyonel birimleri genlerdir. Genler, amino asitlerin birleştiği sırayı ve dolayısıyla üretilen proteinlerin şeklini ve karakterini belirleyen bilgiyi içeren DNA bölümleridir. Bu bilgi de hücrelerin şeklini, karakterini ve dolayısıyla kişinin bedeninin şeklini, karakterini belirler<sup>14</sup>. Gen en küçük kalıtsal birimi, genom ise bir canlının vücudundaki genlerin toplamını bir başka deyişle bir organizmanın genetik bilgisinin tamamını ifade eder ve bu doğrultuda insan genomu terimi, insan genetik materyalinin tamamını adlandırmak üzere kullanılır<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> 1988'de başlatılan İnsan Genom Projesi (HGP), tüm insan genomunu haritalamayı amaçlayan uluslararası bir araştırma projesidir. Bu projenin başlatılmasında hastalıktan sorumlu genleri ve bu genlerin hastalıkları nasıl tetiklediğini belirlemek, ek olarak hastalıkla ilgili gecikme yaşamadan hastalığın başlangıcını önleme düşüncesi yatmaktadır, **Gardner-Hopkins**, s. 436; HGP'nin başlangıcı, insanlık tarihinde önemli bir gelişmedir ve bu başlangıç "genomik çağı" müjdelemiştir. Amerika Birleşik Devletleri Enerji Bakanlığı ve Ulusal Sağlık Enstitüleri, İngiltere, Japonya, Fransa, Almanya, Çin ve diğer ortakların katılımıyla HGP koordine edildi. HGP'nin birincil hedefi, insan DNA'sındaki yaklaşık 20.000-25.000 genin tümünü tanımlamak ve insan DNA'sını oluşturan 3 milyar kimyasal baz çiftinin dizilerini belirlemektir, **Ajunwa**, Ifeoma: "Genetic Data and Civil Rights", Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 5, Sayı 1, 2016, s. 85; **Nemeth**, Patricia/**Bonnette**, Terry W.: "Genetic Discrimination in Employment", Michigan Bar Journal, January 2009, s. 43; HGP ile insan genomunda 25.000 genin kodlandığı belirlenmiştir. İnsan Genom Projesinden elde edilen veriler DNA bilgisinin %99'undan fazlasının tüm insanlar için ortak olduğunu ortaya koymuştur, **Genetik Terimler Sözlüğü**, <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf>, (02.04.2020), s. 3; HGP hakkında bkz. **Smith**, George P. II/**Burns**, Thaddeus J.: "Genetic Determinism or Genetic Discrimination", Journal of Contemporary Health Law and Policy, Cilt 11, Sayı 1, 1994, s. 29 vd; **Rojas**, Hugo: "Labor Law And Genetic Discrimination in Chile", Florida Journal of International Law, Cilt 16, Sayı 3, 2004, s. 563 vd; **Kim**, Pauline T: "Genetic Discrimination, Genetic Privacy: Rethinking Employee Protections for a Brave New Workplace", Northwestern University Law Review, Cilt 96, Sayı 4, 2002, s. 1497 vd.

<sup>12</sup> **Paor/Lowndes**, s. 13; Bu keşif genetik bilimene ilgiyi hızlandırmıştır. Ayrıca birçok hastalığın temelini daha iyi anlamayı vaat ettiği için 1962'de Nobel Tıp veya Fizyoloji Ödülü'nün hem Watson hem de Crick'e verilmesini sağlamıştır, **Paor/Lowndes**, s. 13.

<sup>13</sup> **Paor/Lowndes**, s. 14.

<sup>14</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 436.

<sup>15</sup> **Küzeci**, s. 93-94; **Gardner-Hopkins**, s. 436; **Genetik Terimler Sözlüğü**, s. 20.



DNA kodunun analiz edilmesi ve İnsan Genom Projesinin tamamlanması ile birlikte insan doğasına ilişkin yeni ve önemli bilgiler ortaya çıkmış ve genetik testler soybağı ve adli amaçlar gibi çeşitli alanlarda kullanılmaya başlamıştır<sup>16</sup>.

Kavram karışıklığı yaşanmaması adına öncelikle genetik bilgi ve genetik test kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Her iki kavram da GINA’da tanımlanmıştır. Buna göre, herhangi bir bireyin genetik testleri, bir bireyin aile üyelerinin genetik testleri ve bir bireyin aile üyelerinde bir hastalık veya rahatsızlığın ortaya çıkması genetik bilgidir (m. 201/4-A). Düzenlemenin devamında “Aile üyesi” kavramı da tanımlanmıştır. Buna göre aile üyesi, bir bireyin birinci derece, ikinci derece, üçüncü derece veya dördüncü derece akrabası olan herhangi bir diğer bireydir. (m. 201/3-B). Genetik bilgi kavramı, herhangi bir bireyin cinsiyeti veya yaşı hakkında bilgi içermemelidir (m. 201/4-C).

Genetik bilgi ile tezahür eden hastalık kastedilmemektedir. Örneğin bir kişinin kolon kanserine olan yatkınlığını gösteren HNPCC (Hereditary Nonpolyposis Colorectal Cancer) testinin pozitif çıkması bir genetik bilgidir; fakat kolonoskopi sırasında keşfedilen bir polip, semptom olduğu için genetik bilgi değildir<sup>17</sup>. Bununla birlikte tezahür eden hastalık ile ilgili bilgiler de genel olarak ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere tabidir<sup>18</sup>. Genetik bilgi ile tezahür eden hastalık kavramlarının ayırt edilmesi çok kolay değildir. Bu ayırımın iyi yapılmaması durumunda, semptomları büyük bir yaşam aktivitesini önemli ölçüde sınırlamayan bir işçinin ayrımcılığa maruz kalması örneğinde olduğu gibi İş Hukuku alanında mağduriyet ortaya çıkabilir<sup>19</sup>.

Genetik test ise genotipleri, mutasyonları veya kromozomal değişiklikleri tespit eden insan DNA, RNA, kromozomlar, proteinler veya metabolitlerin analizi anlamına gelmektedir (m. 201/7-A).

Doktrinde genetik test, ‘genetik bir bozuklukla ilişkili olması muhtemel bir değişikliği tespit etmek veya hariç tutmak için belirli bir genin, ürünün veya fonksiyonunun veya diğer DNA ve kromozom analizinin çözümlen-

<sup>16</sup> **Küzeci**, s. 94.

<sup>17</sup> **Prince**, Anya/**Waterstone**, Michael: “The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) 2008”, Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, s. 118.

<sup>18</sup> **Ajunwa**, s. 94.

<sup>19</sup> **Prince/Waterstone**, s. 119.

mesi' olarak tanımlanmıştır<sup>20</sup>. Başka bir deyişle, genetik test (veya tarama), bir bireyin genetik bir kusur veya kanser, alzheimer gibi bazı hastalık türlerini geliştirme veya aktarmaya genetik yatkınlığı olup olmadığını belirlemek için bireyin genetik yapısını tarama işlemidir<sup>21</sup>.

Genetik teste, ilgili kişiden hücre alınır. Genellikle kullanılan hücreler kandan, tükürükten, yanağın içinden veya başka herhangi bir insan dokusundan elde edilir. Şüpheli genetik anormalliklerin ve hastalığa yatkınlığın, semptomların belirmesinden önce genetik testlerle doğrulanabilmesi veya reddedilebilmesi amaçlanmaktadır<sup>22</sup>. Bununla birlikte genetik test, bir bireyin belirli bir hastalığı geliştirmeye duyarlı olabileceğini gösterebilir; ancak, hastalığın ilgili kişide ortaya çıkıp çıkmayacağı veya ne zaman ortaya çıkabileceği veya hastalığın ne kadar şiddetli olabileceği konusunda bilgi veremez<sup>23</sup>.

Çeşitli senaryolarda kullanılan bir dizi farklı genetik test bulunmaktadır<sup>24</sup>. Tanı amaçlı testler, prediktif testler<sup>25</sup>, taşıyıcılık testleri, embriyo tarama testleri, yeni doğan tarama testleri genetik testlere örnek olarak verilebilir<sup>26</sup>. İşyerinde kullanılacak genetik testler de genetik bir hastalığın olup olmadığına yönelik testler, ciddi hastalıklar için risk taşınıp taşınmadığına yönelik testler, işyeri ortamına bağlı hastalık riski olup olmadığının

<sup>20</sup> Paor/Lowndes, s. 18; Ayrıca bkz. Gürsel, s. 336.

<sup>21</sup> Paor/Lowndes, s. 18.

<sup>22</sup> Paor/Lowndes, s. 18.

<sup>23</sup> ILO - Uluslararası Çalışma Ofisi Raporu - Equality at work: Tackling The Challenges, Global Report Under the Follow-Up To The ILO Declaration On Fundamental Principles And Rights At Work, International Labour Conference 96th Session 2007 Report I (B), [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/webdev/documents/publication/wcms\\_082607.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/webdev/documents/publication/wcms_082607.pdf), (09.05.2020), s. 48, p. 176; Aynı yönde Kim, s. 1504; Öte yandan belirli bir genetik özellik ile bir hastalık ilişkili olduğunda genetik testin öngörücü gücü testin analitik ve klinik geçerliliği gibi birçok faktöre bağlıdır, Kim, s. 1505-1506.

<sup>24</sup> Paor/Lowndes, s. 18.

<sup>25</sup> Prediktif test hakkında bkz. dn. 89; Yapılan çalışmalar sonucunda prediktif genetik teste tabi tutulanların, sonuçları öğrendikten sonra uzun süreli depresyon, benlik saygısı kaybı ve aile üyelerinden yabancılaşma gibi mağduriyetler yaşayabildikleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle genetik test yapılacak kişilere genetik testin riskleri ve yararları, bulguların sonuçları ve olumlu bir sonuç alındığında mevcut seçenekler konularında tam olarak bilgi verilmeden genetik test yapılmamalıdır, Kim, s. 1538.

<sup>26</sup> Şen, s. 130.

tespitine yönelik testler ve işyerinde kimyasal ve radyasyona zararlı seviyelerde maruz kalınıp kalınmadığına yönelik testler olarak sıralanabilir<sup>27</sup>.

Genetik bilgi kavramının açıklığa kavuşturulması açısından, bir bireyin genetik bilgilerinin genetik testler kullanılmadan da ortaya çıkarılabileceğini vurgulamak önemlidir. Genetik bilgiler, ilgilinin tıbbi geçmişlerinden elde edilen veriler ve aile tıbbi geçmişinin ayrıntıları aracılığıyla keşfedilebilir. Aile tıbbi geçmişi geleneksel olarak güvenilir bir genetik bilgi kaynağı olmuştur ve kişilerin kan hısımlarının tıbbi geçmişinin analizinden önemli miktarda bilgi toplanabilmektedir. Bu nedenle, genetik bilgi kavramı ve bu tür bilgilerin kullanımı tartışılırken, hem genetik testlerin sonuçlarına hem de aile tıbbi geçmişinden elde edilen bilgilere başvurmak gerekir<sup>28</sup>. Daha açık deyişle genetik bilgilere DNA tabanlı testten, aile öyküsünden, hastane kliniğindeki veya internetteki teşhis hizmetlerinden elde edilen genetik test sonuçlarından ulaşılabilir<sup>29</sup>.

Genetik bilgi ile bağlantılı olan diğer kavramlar, “genetik tarama” ve “genetik izleme” kavramlarıdır. Esasen genetik test ile genetik tarama aynı anlama gelmektedir. ILO’nun (International Labour Organization - Uluslararası Çalışma Örgütü) kişisel veri ile ilgili yayınında<sup>30</sup> genetik taramanın, bireyin kalıtsal özelliklerine veya bozukluklarına odaklanan tek seferlik bir test olduğu; genetik izlemenin ise kişilerin genetik materyallerinde çevresel kaynaklı değişiklikler için periyodik olarak incelenmesini ifade ettiği belirtilmektedir<sup>31</sup>. Genetik izleme GINA’da da tanımlanmaktadır. Buna göre genetik izleme, çalışanların genetik materyallerinde, işyerindeki toksik maddelere maruz kalma nedeniyle, işyerindeki olumsuz çevresel maruziyetlerin etkilerini belirlemek, değerlendirmek ve bunlara müdahale etmek için kromozomal hasar veya mutasyonların artmış oluşumunun kanıtı gibi edinilmiş değişiklikleri değerlendirmek için gerçekleştirilen periyodik muayene anlamına gelir (m. 201/5).

<sup>27</sup> Şen, s. 130-131.

<sup>28</sup> Paor/Lowndes, s. 21; Aynı yönde Hellman, Deborah: “What Makes Genetic Discrimination Exceptional”, American Journal of Law & Medicine, Cilt 29, Sayı 1, 2003, s. 80; Carr, Susannah: “Invisible Actors: Genetic Testing and Genetic Discrimination in the Workplace”, University of Arkansas at Little Rock Law Review, Cilt 30, Sayı 1, 2007, s. 10.

<sup>29</sup> Paor/Lowndes, s. 21.

<sup>30</sup> ILO Cenevre Ofisi, Protection of Workers’ Personal Data - ILO Code of Practice, [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09\\_118\\_engl.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_engl.pdf), (01.05.2020).

<sup>31</sup> Protection of Workers’ Personal Data, s. 34-35.

## B. Genetik Bilginin Özellikleri

95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifinin<sup>32</sup> 29. maddesi uyarınca kurulan ve veri koruma ve gizlilik konusunda bağımsız bir danışma organı olan Çalışma Grubu, 2004 yılında Genetik Veri Hakkında Çalışma Belgesi yayımlamıştır<sup>33</sup> ve bu Belgede genetik bilginin özellikleri sıralanmaktadır. Buna göre genetik bilgi benzersizdir<sup>34</sup> ve bir kişiyi diğer bireylerden ayırmakla birlikte aynı zamanda, sonraki ve önceki nesiller de dâhil olmak üzere, o bireyin kan hısımları hakkında bilgi ortaya çıkarabilir. Ayrıca genetik bilgi, etnik topluluklar gibi bir grup insanın ebeveyn ve aile bağları hakkında fikir verebilir<sup>35</sup>.

Genetik bilgi genellikle sahibi tarafından bilinmemektedir ve genetik bilgi değiştirilemez olduğu için sahibinin bireysel iradesine bağlı değildir.

Genetik bilgi kolayca elde edilebilir veya ham maddeden çıkarılabilir ve fakat bu bilgi, zaman zaman şüpheli kalitede olabilir.

Genetik bilginin özellikleri ile ilgili olarak doktrinde, genetik bilginin gelecekte daha fazla bilgi ortaya çıkarabileceği ve giderek artan sayıda kurum tarafından çeşitli amaçlar için kullanılabilmesi sonucuna varılmaktadır<sup>36</sup>. Genetik teknolojileri ilerledikçe genetik testler tıbbi bakımın rutin

<sup>32</sup> Direktif'in İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>, (17.06.2020); Direktif'in Türkçe metni için bkz. <https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>, (17.06.2020).

<sup>33</sup> Çalışma Belgesi için bkz. [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion\\_recommendation/files/2004/wp91\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion_recommendation/files/2004/wp91_en.pdf), (04.03.2020).

<sup>34</sup> Genetik bilgiyi ayırt edici ve özellikle hassas olarak tanımlayan ve fakat genetik bilginin özel olmadığı sonucuna varan görüş hakkında bkz. **Spaak**, Torben: "Genetic Discrimination", Minn. J.L. Sci. & Tech., Cilt 7, 2005-2006, s. 641-642; **Paor/Ferri**, s. 25.

<sup>35</sup> Genetik bilgilerin kişinin kan hısımları hakkında bilgi ortaya çıkarması ile ilgili olarak İzlanda Yüksek Mahkemesi kararından bahsedilebilir. İzlanda'da bir kişi, babasının tıbbi kayıtlarının Sağlık Sektörü Veritabanına (Health Sector Database) aktarılıp aktarılmadığına ilişkin bilgi sahibi olmak istemiştir. Genetik bilgilerin kayıtlardan toplanabilmesi ve bu genetik bilgilerin kişiyle ilişkilendirilmiş olabilmesi hususu, söz konusu talebin gerekçesi olarak belirtilmiştir. Konu ile ilgili olarak İzlanda Yüksek Mahkemesi, temyiz eden davacının kişisel mahremiyeti nedeniyle babası hakkındaki bu tür bilgilerin veri tabanına aktarılmasını önleme hakkı bulunduğu gerekçesiyle davayı kabul etmiştir, *Ragnhildur Guomundsdóttir v The State of Iceland* (No. 151/2003), **Taylor**, Mark J.: "Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination", *Medical Law International*, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 59.

<sup>36</sup> **Taylor**, s. 57; Genetik bilginin özellikleri hakkında bkz. **Küzeci**, s. 98 vd; **Paor/Ferri**, s. 25 vd; **Spaak**, s. 641 vd.

parçası haline gelecektir<sup>37</sup>. Aynı zamanda hastalık süreçlerinin daha iyi anlaşılması, bulaşıcı hastalıklarda genetik etkilerin rolünü ortaya çıkarabilir. Örneğin araştırmacılar genetik varyasyonların, hastalığın seyrini etkileyebilecek HIV enfeksiyonuna verilen bireysel tepkileri etkilediğine inanmaktadırlar<sup>38</sup>. Her türlü hastalığın giderek genetik ve çevresel faktörlerden etkilendiği anlaşıldığı ölçüde, genetik bilgiler bireysel tıbbi kayıtlarda yer alacak ve sağlık bilgilerinin bir parçası haline gelecektir<sup>39</sup>.

Genetik bilginin konumuz bakımından en önemli özelliği kişisel veri olmasıdır. Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki kişiye ilişkin her türlü bilgidir<sup>40</sup>. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde de<sup>41</sup> kişisel veri kavramı belirtilen şekilde tanımlanmaktadır. İsim, adres, kimlik numarası, konum bilgisi, çevrimiçi bir tanımlayıcı ve kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya daha fazla faktör, Tüzüğün kişisel veri tanımında örnek olarak ifade edilmektedir. Aynı şekilde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda<sup>42</sup> da kişisel veri aynı şekilde tanımlanmış olmakla birlikte Kanun kişisel verileri, “özel nitelikli kişisel veri” ve “özel nitelikli olmayan kişisel veri” olarak ikiye ayırmıştır. 6698 sayılı Kanuna göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir (m. 6/1).

Belirtilen yasal düzenlemeler incelendiğinde, genetik bilginin kişisel veri olduğu hususunun vurgulandığı görülmekte hatta 6698 sayılı Kanun sistematüğinde, genetik bilginin özel nitelikli kişisel veri olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır.

<sup>37</sup> **Kim**, s. 1545.

<sup>38</sup> **Kim**, s. 1545.

<sup>39</sup> **Kim**, s. 1545.

<sup>40</sup> **Küzeci**, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 9; **Manav**, A. Eda: “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIX, Sayı 2, 2015, s. 97.

<sup>41</sup> Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün İngilizce metni için bkz. <https://gdpr-info.eu/>, (29.04.2020); Tüzük hakkında bkz. **Akıncı**, Ayşe Nur: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi - Çalışma Raporu - 6, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayın No: 2968, Haziran 2017, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf), (10.06.2020), s. 10 vd.

<sup>42</sup> RG. 07.04.2016, 29677.

## II. GENETİK AYRIMCILIK

### A. Genel Olarak

Genetik ayrımcılık, kısaca genetik özellikleri nedeniyle kişiye haksız bir şekilde farklı davranılması olarak tanımlanabilir<sup>43</sup>. Elde edilen genetik bilginin kötüye kullanılarak kişilere genetik ayrımcılık yapılabilme ihtimali bulunmakta olup toplumlarda bu konu ile ilgili hassasiyetin arttığı gözlemlenmektedir<sup>44</sup>.

Çoğu zaman, tarihsel açıdan bakıldığında fazlasıyla ayrımcılığa maruz kalan bazı ırksal ve etnik azınlık grupların, genetik hastalıklar ile ilgili karakteristik özellikler göstermeleri durumu genetik ayrımcılık potansiyelini daha da artmaktadır<sup>45</sup>. GINA'nın giriş bölümünde ifade edildiği üzere birçok genetik durum ve bozukluk, belirli ırk ve etnik gruplar ile hatta cinsiyetle ilişkilidir. Bazı genetik özellikler belirli gruplarda çok fazla yaygın olduğu için bu grupların üyeleri, genetik bilginin bir sonucu olarak damgalanabilir veya ayrımcılığa uğrayabilir. Bu ayrımcılık biçimi 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır. O yıllarda, bir orak hücre popülasyonu tarama programı, Afrikalı-Amerikalıları gen taşıyıcısı olarak tanımlamış ve neticesinde Afrikalı-Amerikalıların birçoğu boşu boşuna işsiz kalmıştır<sup>46</sup>. Bir başka örnek Aşkenazi Yahudi topluluğunun, meme kanserine neden olan geni taşınmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmalarıdır<sup>47</sup>.

Bu noktada genetik ayrımcılığın, kökleri oldukça eskiye dayanan ırk-cinsiyet vb. kökenli ayrımcı uygulamaları kapsamadığını vurgulamak gerekmektedir<sup>48</sup>. Belirtilen ayrımcılık uygulamalarının nedenleri genetik biliminin sunduğu bir veriye dayanmamakta olup genetik ayrımcılık, "bireylerin

<sup>43</sup> **Paor/Ferri**, s. 27; **Smith ve Burns**'e göre genetik ayrımcılık, sadece bireyin genetik yapısındaki 'normal' genomdan gerçek veya algılanan farklılıklar nedeniyle bir bireye veya o bireyin ailesinin üyelerine karşı ayrımcılıktır, **Smith/Burns**, s. 26; Genetik ayrımcılık hem fiziksel hem psikolojik bileşenleri kapsamaktadır, **Krumm**, Jennifer: "Genetic Discrimination: Why Congress Must Ban Genetic Testing in the Workplace", *Journal of Legal Medicine*, Cilt 23, Sayı 4, 2002, s. 491.

<sup>44</sup> **Paor/Lowndes**, s. 21, 69; Aynı yönde **Krumm**, s. 496.

<sup>45</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 439; **Hellman**, s. 88-89.

<sup>46</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 441; **Kim**, s. 1523; **Krumm**, s. 496; 1970'lerde söz konusu gen taşıyıcılarının belirli kimyasallara maruz kaldıklarında kan oksijen seviyelerinin düşebileceği düşünülüyordu. Günümüzde heterozigot taşıyıcıların yüksek irtifalarda bilincini kaybetme riski olduğu için hem İngiliz hem de Amerikan ordusunda hava mürettebatı eğitimi için başvuranlar bu gen için taranmaktadır, **Gardner-Hopkins**, s. 441.

<sup>47</sup> **Kim/Salman/Joly**, s. 71; **Ajunwa**, s. 106.

<sup>48</sup> **Küzeci**, s. 97.

ya da yakınlarının mevcut ya da zannedilen genetik karakteristiğine dayalı olarak ayırık muameleye tabi tutulması” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>49</sup>.

Öte yandan herkes, beş ila on arasında ölümcül resesif gene ve gelecekteki bir zamanda belirli hastalıkları geliştirmeye yatkın belirsiz sayıda gene sahip bulunduğundan, herkesin genetik ayrımcılığa maruz kalma riski bulunmaktadır<sup>50</sup>.

Genetik testlerin hem kişinin hem de toplumun sağlığı hakkında önemli kararlar almak için gerekli bilgileri vermesi bakımından ne kadar önemli olduğunu göz ardı etmemekle birlikte çalışmamızda artan genetik test yaygınlığının zaman içerisinde genetik zorlamaya dönüşmesi ihtimali dikkate alınmaktadır<sup>51</sup>.

Genetik ayrımcılık bireyin mevcut yeteneklerine değil, genetik koşulların veya yatkınlıkların gelecekteki tezahürlerine dayanmaktadır<sup>52</sup>. Doktrinde Asemptomatik veya presemptomatik olmasına rağmen genetik duyarlılığa sahip, gizli bir genetik hastalığı olan veya gelecekteki hastalığa genetik yatkınlığı olan bireyler; çekinik zararlı bir genin taşıyıcıları<sup>53</sup>; genetik koşullara sahip olan veya olduğu varsayılan bireylerin akrabaları<sup>54</sup> özellikle genetik ayrımcılığa maruz kalma riski olan bireyler olarak sıralanmaktadır<sup>55</sup>.

Genetik ayrımcılık yasağının düzenlenmesinin, sadece adaletsizliğe karşı korunmak için değil aynı zamanda genetik bilgilerin aleyhimize kullanılması korkusu olmadan genetik test içeren biyomedikal gelişmelerden yararlanabilmek bakımından da önem arz ettiğini ifade etmekte fayda görmekteyiz<sup>56</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde bulunan Sağlık, Eğitim, Çalışma ve

<sup>49</sup> **Küzeci**, s. 97; Aynı yönde **Gardner-Hopkins**, s. 438; Genetik ayrımcılık ile ırk ve cinsiyet temelli ayrımcılığın farkları hakkında bkz. **Kim**, s. 1500 vd.

<sup>50</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 439.

<sup>51</sup> **Ajunwa**, s. 82; Genetik testlerin faydaları hakkında bkz. **Paor/Lowndes**, s. 21 vd.

<sup>52</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 438.

<sup>53</sup> Bu tür bir ayrımcılık, bir taşıyıcı heterozigotun bir bozukluğa sahip olduğu veya bozukluk geliştireceği konusunda yanlış varsayıma veya çocuklarının geliştirme olasılığına dayanmaktadır, **Gardner-Hopkins**, s. 439.

<sup>54</sup> Bu durum özellikle işveren, işçi ve ailesi için bir çeşit sağlık sigortası sağladığı durumlarda meydana gelir, **Gardner-Hopkins**, s. 439.

<sup>55</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 438-439; **Smith/Burns**, s. 26.

<sup>56</sup> **Olick**, Robert S.: “Genetic Discrimination in the Workplace After GINA”, Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, s. 128.

Emeklilik Senato Komitesi'nin<sup>57</sup> (Senate Committee on Health, Education, Labor, and Pensions - HELP olarak kısaltılmaktadır) 2007 yılında yayımlanan genetik ayrımcılık konusu ile ilgili raporunda, genetik bilgilerin kötüye kullanılma korkusunun birçok insanın tıbbi bakımlarını geliştirecek genetik testlerden vazgeçmesine neden olacağı sonucuna varılmaktadır<sup>58</sup>. Komite bu sonuca varırken, genetik testlere katılım isteksizliğini gösteren çeşitli çalışmalara dikkat çekmiştir. Komite özellikle, katılımcıların yüzde altmış üçünün sağlık sigortacılarının veya işverenlerinin sonuçlara erişebilmesi durumunda genetik test yapmayacaklarını söyledikleri bir telefon anketine atıfta bulunmuştur<sup>59</sup>. Başka bir araştırmada hastaların yüzde altmış sekizi, ayrımcılık korkusu nedeniyle klinik onkolojideki genetik testler için faturalandırma talep etmeyeceklerini bildirmişlerdir. Yine katılımcıların yüzde yirmi altısı, sadece takma ad kullanabildikleri takdirde testlere gireceklerini belirtmişlerdir<sup>60</sup>. Diğer bir çalışmada da kalıtsal kolon kanseri için risk altında olanların sadece yüzde kırk üçü genetik test programlarına katılmayı kabul etmiş ve katılmayı reddedenlerin yüzde otuz dokuzu sağlık sigortası kapsamı üzerindeki etkisinden dolayı yaşadıkları korkunun programa katılmamanın birincil nedeni olarak ifade edilmiştir<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Yirmi iki senatörden oluşan Sağlık, Eğitim, Çalışma ve Emeklilik Senato Komitesi ABD'nin sağlık, eğitim, istihdam ve emeklilik politikaları konusunda geniş yargı yetkisine sahip üç alt komiteden oluşmaktadır. Komite ayrıca sağlık, eğitim ve öğretim ve kamu refahıyla ilgili konuları kapsamlı bir şekilde inceler, gözden geçirir ve belirli aralıklarla rapor hazırlar. Komite hakkında bkz. <https://www.help.senate.gov/about>, (26.04.2020).

<sup>58</sup> **Nemeth/Bonnette**, s. 43.

<sup>59</sup> **Nemeth/Bonnette**, s. 44; Aynı şekilde 1997 yılında 1000 kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ankette, işverenlerin ve sağlık sigortacılarının sonuçları görebilmesi halinde katılımcıların yaklaşık üçte ikisi genetik test yaptırmayacaklarını beyan etmişlerdir. Yine katılımcıların yüzde 85'i, işverenlerin bir bireyin genetik koşulları ve yakınlıkları hakkında bilgi edinmesinin yasaklanması gerektiğini ifade etmişlerdir, **Miller**, Paul Steven: "Genetic Discrimination in the Workplace", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Cilt 26, Sayı 3, 1998, s. 189.

<sup>60</sup> **Nemeth/Bonnette**, s. 44.

<sup>61</sup> **Nemeth/Bonnette**, s. 44; Georgetown Üniversitesi'ndeki araştırmacılar tarafından genetik destek gruplarına bağlı genetik bozukluğu olan bir veya daha fazla aile üyesi olan 332 kişiye yapılan anket sonucunda, katılımcıların yüzde 87'lik kısmı, genetik teste katıldıkları ve ciddi komplikasyonları olan genetik bir hastalık için yüksek risk altında buldukları hakkında işverenlerinin bilgi sahibi olmasını istemeyeceklerini söylemişlerdir. Katılımcıların yüzde 17'si, işlerini ya da sigorta kapsamını kaybetme korkusuyla işverenlerine, genetik bilgileri açıklamadıklarını belirtmişlerdir, **Miller**, s. 189-190; Katılımcıların yüzde 13'ü genetik durum nedeniyle kendilerinin veya bir aile üyesinin işten çıkarıldığını bildirmiştir, **Miller**, s. 191.



## B. İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık

Genetik bilgi özellikle İş Hukuku ve Sigorta Hukuku alanında risk teşkil etmektedir. Bu iki alanda genetik bilginin kullanımı genetik ayrımcılığa sebep olabilmektedir<sup>62</sup>. Bu iki alanda genetik ayrımcılığa maruz kalma riski GINA'nın giriş bölümünde de ifade edilmektedir. Örneğin işe alımdan önce ya da iş ilişkisi süresince gerçekleştirilen tıbbi muayene çerçevesinde ya da sigorta sözleşmesi oluşturulurken genetik bilginin kullanımı ayrımcı uygulamalara temel oluşturabilmektedir<sup>63</sup>. İşverenler ve sigorta şirketleri kararlarını genetik bilgiye dayandırmayı ve bazı durumlarda işçilerin veya poliçe sahiplerinin genetik teste tabi tutulmasını isteyebilmektedirler<sup>64</sup>. Çalışmamızda genetik ayrımcılığın Sigorta Hukuku üzerindeki değil İş Hukuku üzerindeki etkisine yer verilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Genetik Adalet Koalisyonu<sup>65</sup> işverenlerin genetik testi, bir işçinin gelecekteki sağlığı ve dolayısıyla gelecekteki devamsızlık düzeyi veya düşük çalışma oranı ile ilgili bir öngörü

<sup>62</sup> **Küzeci**, s. 111; Aynı yönde **Paor/Ferri**, s. 27; **Smith/Burns**, s. 26; **Rojas**, s. 568; 1997 yılında, Stanford Üniversitesi'nde klinik tıp profesörü olan Paul R. Billings, genetik bilgilerin kötüye kullanılması potansiyeli hakkında erken bir uyarıda bulundu. Billings, "genetik ayrımcılık zaten sigorta ve istihdam alanlarında meydana gelmekte, ek olarak evlat edinme ve askerlik alanlarına da ulaştığını" ifade etti, 8M, s. 82; Genetik bilgiye erişimin genetik ayrımcılığa yol açıp açmadığını belirlemek amacıyla 1992 yılında yapılan bir araştırmada klinik genetik, genetik danışmanlık, engellilik, pediatri ve sosyal hizmetler alanında çalışan 1.119 uzmana genetik ayrımcılık vakaları sorulmuştur. Alınan 42 yanıtın 13'ü (%31), genetik ayrımcılık konusundaki kriterleri karşılamadığından veya doğru bir değerlendirme için yeterli bilgi sağlamadığından çalışmadan çıkarılmıştır. ABD ve Kanada'nın tüm bölgelerinden gelmiş olan diğer 29 yanıt değerlendirildiğinde, 41 ayrı ayrımcılık olayının bildirildiği anlaşılmış ve 41 olayın ikisi hariç diğer hepsinin istihdam ve sigortacılık alanına ilişkin olduğu sonucuna varılmıştır, **Billings**, Paul R. ve diğerleri: "Discrimination as a Consequence of Genetic Testing", Am. J. Hum. Genet., Cilt 50, 1992, s. 477 vd; Sigorta Hukukunda genetik bilgiyi esas alarak sınıflandırma yapmak suretiyle daha yüksek prim uygulamasına gidilip gidilemeyeceği sorusuna olumlu ve olumsuz cevap veren baskın iki görüş bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Küçük**, Damla: "Sigortacılıkta Haksız Ayrımcı Uygulamalar Bağlamında "Verimli Sınıflandırma" ve "Adil Sınıflandırma" Yaklaşımlara Kısa Bir Bakış", Uluslararası Akademik Araştırmalar Kongresi, 16-17-18 Eylül 2019 Bolu, Sempozyum Özet Kitapçığı, Makale ID: 92, [https://kongre.akademikiletisim.com/files/icar2019/icar\\_ozet\\_kitapcigi.pdf](https://kongre.akademikiletisim.com/files/icar2019/icar_ozet_kitapcigi.pdf), s. 331 vd.

<sup>63</sup> **Küzeci**, s. 111.

<sup>64</sup> **Spaak**, s. 640.

<sup>65</sup> Genetik Adalet Koalisyonu, GINA'nın düzenleme süreci hakkında bilgilendirmede bulunur, paydaşların ihtiyaçlarını karşılar. Ek olarak çeşitli eğitim materyalleri, kaynakları ile araçları oluşturur ve yayar. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.geneticfairness.org/index.html>, (10.04.2020).

aracı olarak kabul ettiklerini bildirmiştir<sup>66</sup>. Koalisyon, gelecekteki sağlık durumu temelinde iş başvurusunda bulunanların dışlandığı çeşitli vakalar bildirmiştir<sup>67</sup>. Aynı şekilde ILO'nun 2007 tarihli Raporunda da işverenlerin, genetik durumu gelecekte belirli bir hastalığın geliştirilmesine yatkınlık gösteren işçileri dışlama veya işten çıkarma ile ilgilenebileceğinden söz edilmektedir<sup>68</sup>.

Esasen çalışma hayatında işçiler, eğitim düzeyleri, önceki iş deneyimleri, kıyafet standartları gibi özelliklere göre sıklıkla ayrımcılığa maruz kalmaktadır<sup>69</sup>. Bazı işverenler genetik bilgilerin, karar verme süreçlerine dâhil edilebilmesi gerekliliğini ileri sürmektedirler. Bu görüşteki işverenler genetik bilgi kullanımının, maliyet etkin planlama stratejilerini destekleyebileceğini, çalışan verimliliğini en üst düzeye çıkarabileceğini, çalışanların tazminat talebi maliyetlerini ve sağlık sigortası primlerini azaltabileceğini ve haksız fiil hukuku uyarınca gelecekteki sorumluluk risklerini en aza indirebileceğini iddia etmektedirler<sup>70</sup>. Söz konusu talebin kabul edilmesi, bir başka deyişle genetik ayrımcılıkla ilgili yasal kısıtlama bulunmaması durumunda birçok işveren kaçınılmaz olarak, zayıf genetik kayıtlara sahip olduğunu düşündükleri işçileri işe almama veya işten çıkarma yönünde davranış sergileyeceklerdir<sup>71</sup>.

Doktrinde işverenlerin, genel olarak potansiyel veya mevcut bir çalışanın genetik bilgisiyle ilgilenme sebebi olarak dört adet gerekçe sıralanmaktadır. Buna göre işverenler, bir işçinin çalışma ortamından dolayı belirli hastalıkları geliştirmeye yatkınlığını bilmek, iş arkadaşlarının güvenliği için risk oluşturabilecek işçileri belirlemek, spesifik hastalık geliştirme riski daha yüksek olan işçileri tespit etmek ve işle ilgili tıbbi nitelikleri doğru olan kişileri işe almak istemektedirler<sup>72</sup>. Örneğin bir kişinin petrokimyasal ürünlerde bulunan benzenden etkilenme şiddeti ile NQO1 gen değişiklikleri arasında ilişki bulunmakta olup; bu tür bir gen testi ile etkilenme riski olan işçilerin, söz konusu maddelerden korunması sağlanacaktır<sup>73</sup>. Yine işyerinde kimyasal maddeye maruz kalabilen işçilerin DNA'larında bir yapısal hasar olup oluşmadığını belirlemeye yönelik genetik testler örnek olarak verile-

<sup>66</sup> Paor/Ferri, s. 15.

<sup>67</sup> Paor/Ferri, s. 15.

<sup>68</sup> ILO - Uluslararası Çalışma Ofisi Raporu, s. 48, p. 175.

<sup>69</sup> Gardner-Hopkins, s. 437.

<sup>70</sup> Gardner-Hopkins, s. 437.

<sup>71</sup> Gardner-Hopkins, s. 438.

<sup>72</sup> Kim/Salman/Joly, s. 77; Ayrıca bkz. Şen, s. 133 vd.

<sup>73</sup> Şen, s. 132-133.

bilir. Bu testler ile oluşabilecek bir hastalık riski için gösterge elde edilebilecektir<sup>74</sup>. Ancak bu gerekçeler, İş Hukukunda işçinin korunması ilkesinden uzaklaşarak zaman içerisinde genetik ayrımcılığın yaygınlaşması riskini barındırmaktadır. Çünkü genetik testler hangi işçilerin sağlıklı, üretken ve sağlık sigortası bakımından daha az maliyetli olacağını tahmin etmede kullanılabilirdiği için işverenlere karını artırma imkânını sunmaktadır<sup>75</sup>. Ancak işverenlerin bireysel olarak elde ettikleri ekonomik fayda genel ekonomi ve toplum üretkenliği açısından geçerli olmayacağı gibi genetik ayrımcılığın artmasına da neden olacaktır<sup>76</sup>.

Yakın zamanda yapılan bir Kanada araştırması, Huntington hastalığı riski taşıyan test edilmiş veya test edilmemiş asemptomatik birçok kişinin iş ararken genetik ayrımcılık yaşadığını bildirmiştir<sup>77</sup>. Genetik bilgi kullanımının İş Hukuku bakımından tehlikelerini ortaya koyan bir diğer örnek, Norman-Bloodsaw ve Lawrence Berkeley Laboratuvarı davasıdır<sup>78</sup>. Bu davada işçiler tarafından kolesterol testi için kan ve idrar örnekleri verildiği; ancak Laboratuvar'ın işçilerin bilgisi ve rızası olmadan sifiliz, hamilelik ve orak hücre özelliği için de test yaptığı iddia edildi. Dokuzuncu Bölge Adliye Mahkemesi, gebelik testi ile cinsiyet ayrımcılığının, orak hücre testi ile cinsiyet ve ırk ayrımcılığı yapıldığı yönünde karar vermiştir<sup>79</sup>.

Genetik ayrımcılığa karşı daha fazla yasal koruma sağlanması gerekliliğini ortaya koyan durumlara örnek olarak 2014 yılında AOL CEO'su Tim

<sup>74</sup> Şen, s. 133.

<sup>75</sup> Krumm, s. 497.

<sup>76</sup> Krumm, s. 498; Genetik testlerin topluma ekonomik olarak faydalı olacağını savunan görüş hakkında bkz. Krumm, s. 499.

<sup>77</sup> Kim/Salman/Joly, s. 77.

<sup>78</sup> 135 F 3d 1260 (9 Cir 1998), Gardner-Hopkins, s. 441, dn. 42.

<sup>79</sup> Gardner-Hopkins, s. 441; Ajunwa, s. 89-90; Nemeth/Bonnette, s. 44; Kim, s. 1513; Miller, s. 192; Carr, s. 6; Doktrinde Ajunwa'ya göre İş Hukukunda genetik ayrımcılığa bir diğer örnek, hasta değil iken yaptırdığı bir genetik test sonucunda meme kanseri ihtimalini artıran BRCA2 taşıyıcısı olduğu ortaya çıkması üzerine işten kovulan Pamela Fink'dir, Örnek hakkında bkz. Ajunwa, s. 77; Yine ABD'de Fabricut, Inc.'e iş başvurusu yapan kişiye, uyuşturucu testi yaptırmaması ve anket doldurması şartı sunuldu. Doldurulması gereken ankette, aile tıbbi öyküsünde kalp hastalığı, kanser, diyabet, artrit ve zihinsel bozukluklar gibi belirli hastalıkların olup olmadığına yönelik sorular bulunmaktaydı. Kişiye yaptırılan diğer tıbbi testlerde, karpal tünel sendromu ile ilgili bir şüphe ortaya çıkardı ve işe başvuran kişinin kişisel doktorunun, kişide karpal tünelinin olmadığını tespit etmesine rağmen şirket, kişiyi işe almaktan vazgeçti. Söz konusu kişinin Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonuna (Equal Employment Opportunity Commission-EEOC) başvurusu üzerine şirket, 50.000 dolar para cezası ödemek için adımlar atmaya kabul etti, Olick, s. 134; Ajunwa, s. 92-93 Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu hakkında çalışmamızın devamında bilgi verilecek olup, bkz. IV.A.

Armstrong'un, şirketinin emeklilik harcamalarını kısıtlamasının sebebini, sıkıntılı bebeğe (distressed babies) sahip iki çalışanına atfetmesi olayı verilebilir<sup>80</sup>. Şöyle ki Tim Armstrong'un bebeklerin tedavisi için milyon dolarlar harcadığını ve şirketin sağlık maliyetlerinin artmasına neden olmasından bahsettiği cümlelerinin haber olması üzerine Armstrong'un, "sıkıntılı bebelere sahip olma" riski daha yüksek olan işçilerini belirleyebilmesi ihtimali gündeme gelmiştir. Genel olarak işverenlerin, şirketlerinin sağlık bakım maliyetlerinin artma korkuları dikkate alındığında, "işverenlerin istihdam edecekleri bireyleri seçerken söz konusu bilgileri kullanmalarına izin verilmeli midir?" sorusu tartışma konusu olmuştur<sup>81</sup>. Yine 23andMe şirketi<sup>82</sup> ile Pfizer ve Genentech gibi şirketlerin, sağlık araştırmaları için büyük genetik veri tabanlarına erişimlerinin ticaretini içeren son anlaşma haberleri de genetik ayrımcılığa karşı daha fazla yasal koruma ihtiyacını çıkaran durumlar arasında ifade edilmektedir<sup>83</sup>.

### III. GENETİK AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Üçüncü şahıslar tarafından genetik bilgi kullanımını sınırlamak veya genetik ayrımcılığı doğrudan yasaklamak için uluslararası ve ulusal olarak çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir<sup>84</sup>. Aynı şekilde işverenlerin genetik bilgi kullanımının yasal olarak düzenlenmesi gereği de uluslararası alanda vurgulanmıştır<sup>85</sup>. Alanında bağlayıcılığı olan ilk uluslararası sözleşme 1997

<sup>80</sup> **Ajunwa**, s. 76.

<sup>81</sup> **Ajunwa**, s. 76; Haber metni için bkz. <http://www.msnbc.com/msnbc/aol-backtracks-after-distressed-babies-flap>, (10.03.2020); Tim Armstrong belirtilen beyanları nedeniyle özür dilemek zorunda kalmıştır, **Ajunwa**, s. 76.

<sup>82</sup> 23andMe şirketi, hizmet satın alan kişilerin tükürüğünden genetik verileri analiz edip, kişiye genetik analizinin raporunu sunmaktadır. Bkz. <https://www.23andme.com/en-eu/genetic-science/>, (23.04.2020); 23andMe şirketi ve yaklaşık 22 genetik test şirketi hakkında yapılan bir araştırmada, tüketiciler ile şirketler arasındaki hiçbir anlaşmada genetik bilgilerin yanlışlıkla ifşa edilmesi durumu ile ilgili bir düzenlemenin olmadığı sonucuna varılmıştır. Konu ile ilgili genetik ayrımcılık tehlikesi hakkında bkz. **Ajunwa**, s. 103 vd.

<sup>83</sup> **Ajunwa**, s. 76-77.

<sup>84</sup> **Kim/Salman/Joly**, s. 72; Kim, Salman, Joly tarafından bu yaklaşımlar insan hakları temelli-yasaklayıcı temelli - sınırlayıcı temelli - moratoryum temelli ve statüko temelli olarak sınıflandırılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Kim/Salman/Joly**, s. 72 vd.

<sup>85</sup> **Gardner-Hopkins**, s. 453; 2002 yılında, İngiltere İnsan Genetiği Komisyonu (HGC), insanları genetik ayrımcılığa karşı koruyan özel mevzuata dikkat edilmesi gerektiğini önerdi. Komisyon 2011 yılında da genetik ayrımcılıkla ilgili mevzuat değişikliği ihtiyacının devam ettiğini belirtti. 2003 yılında Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik Grubu

yılında Avrupa Konseyi tarafından onaylanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir (Oviedo Sözleşmesi olarak da anılır)<sup>86</sup>. Biyotıp Sözleşmesi ile ilgili ilk belirtilmesi gereken husus, bu Sözleşme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde sıralanan ayrımcılık temeli oluşturan konuların arasına genetik ayrımcılığın da eklenmesinin kabul edilmesidir<sup>87</sup>. Biyotıp Sözleşmesi'nin "Ayrım yapmama" başlıklı 11. maddesine göre "Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır". Yine Biyotıp Sözleşmesi'nin "Genetik teşhise yönelik testler"<sup>88</sup> başlıklı 12. maddesine göre "Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir".

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesinde sıralanan ayrımcılık yasağı kapsamına giren konular arasında genetik özellikler de yer almaktadır<sup>89</sup>.

UNESCO - Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü tarafından 1997 yılında, "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" yayımlanmış<sup>90</sup> ve Bildirge'de açıkça genetik ayrımcılık yasaklanmıştır<sup>91</sup>.

(EGE), Avrupa Birliği'ne genetik ayrımcılık konusunda acil eylem çağrısında bulundu, **Paor/Ferri**, s. 15-17.

<sup>86</sup> **Paor/Ferri**, s. 15; **Küzeci**, s. 90-91; Biyotıp Sözleşmesi, TBMM tarafından 5013 sayılı Kanun ile 03.12.2003 tarihinde kabul edilerek, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>, (12.04.2020); Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf98>, (12.04.2020).

<sup>87</sup> **Küzeci**, s. 103.

<sup>88</sup> Doktrinde Küzeci'ye göre Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesinin başlığının (Predictive genetic tests) "genetik öngörü testleri" olarak çevrilmesi durumunda hem sözcüksel hem amaçsal açıdan hükmün içeriği daha doğru şekilde karşılanmış olacaktır, **Küzeci**, s. 108, dn. 79.

<sup>89</sup> **Paor/Ferri**, s. 17; **Küzeci**, s. 16-17; Doktrinde Paor, Ferri'ye göre Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesi, Üye Devletlerin genetik ayrımcılıkla mücadele yasalarını yürürlüğe koymaları için herhangi bir etki yaratmamaktadır, **Paor/Ferri**, s. 19; Ek olarak genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili Avrupa Birliği nezdinde yasal düzenleme eksikliği ve gerekliliği hakkında bkz. **Paor/Ferri**, s. 18 vd.

<sup>90</sup> Bildirge'nin İngilizce metni için bkz. [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), (16.04.2020).

Bildirge'nin 6. maddesine göre hiç kimse insan haklarını, temel özgürlükleri ve insan onurunu zedeleyecek şekilde genetik özellikleri nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmamalıdır. Konu ile ilgili olarak UNESCO tarafından ayrıca 2003 yılında İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi ve 2005 yılında UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>92</sup> yayımlanmıştır<sup>93</sup>.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi de 2004 yılında "Genetik Gizlilik ve Ayrımcılık Yapmama" başlıklı bir karar çıkarmış ve Konsey bu kararı ile devletleri, ayrımcılığa yol açan genetik bilginin kötüye kullanılmasına karşı önlemler almaya çağırmıştır<sup>94</sup>.

Genetik ayrımcılık konusuna ILO'nun yaklaşımını inceleyecek olur isek öncelikle ILO tarafından yayımlanan Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması isimli yayında, genetik taramanın yasaklanması ya da ulusal mevzuatta açıkça izin verilen durumlarla sınırlanması gerekliliğine işaret edildiğini belirtmek gerekmektedir<sup>95</sup>. Söz konusu yayında ayrıca genetik taramanın, genetik kodlarından kaynaklanan tehlikeleri önlemenin işçilerin yararına olduğu gerekçesiyle giderek daha fazla savunulduğu ve fakat genetik taramanın aynı zamanda bir çalışanın geleceği için geniş kapsamlı etkileri olan bir dizi son derece kişisel veriyi ifşa edebilecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle çalışanları bu tür muayenelere tabi tutmanın işverenin takdirine bırakılamayacağı ve zorlayıcı nedenler veya genetik teste uygulan bir alternatifin olmadığı istisnai durumlarla sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>96</sup>.

#### IV. GENETİK AYRIMCILIK YASAĞINA İLİŞKİN AMERİKAN HUKUKUNDAKİ VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

##### A. Amerikan Hukuku

Amerika Birleşik Devletleri genetik ayrımcılık konusunda en çok incelenen ülkeler arasında yer almaktadır. ABD'de genetik ayrımcılıkla ilgili örnek sayısının ve dolayısıyla mağduriyetin fazla olması ve daha sonra koruyucu mevzuatın yürürlüğe girmesi ile ABD, genetik ayrımcılık bakımın-

<sup>91</sup> Kim/Salman/Joly, s. 72; Gardner-Hopkins, s. 453.

<sup>92</sup> Bildirge'nin İngilizce metni için bkz. [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), (16.04.2020).

<sup>93</sup> Küzeci, s. 107, dn. 74.

<sup>94</sup> Kim/Salman/Joly, s. 72.

<sup>95</sup> Protection of Workers' Personal Data, s. 6; Ayrıca bkz. Küzeci, s. 112.

<sup>96</sup> Protection of Workers' Personal Data, s. 34-35.

dan dikkat çekici nitelik kazanmaktadır<sup>97</sup>. Bu nedenle çalışmamızda, İş Hukukunda genetik ayrımcılık konusu ile ilgili Amerikan Hukukunda federal düzenleme olan 2008 tarihli GINA'yı incelemekte fayda görmekteyiz. ABD'nin kendine özgü sağlık sigortası sistemi nedeniyle işverenler birincil sigorta sağlayıcısıdır ve bazı durumlarda doğrudan bakım maliyetini karşılamaktadırlar<sup>98</sup>. Bu nedenle işverenlerin gelecekteki sağlık maliyetlerinden tasarruf etmek için genetik riskler hakkında bilgi edinme konusunda potansiyelleri bulunmaktadır. Daha açık deyişle bir işveren, bir kişinin kanser veya başka bir kalıtsal hastalık geliştirebileceği bilgisini edinirse, işverenin kişiyi işe almaktan kaçınması yüksek bir ihtimaldir<sup>99</sup>.

GINA'dan önce ABD'de İş Hukuku ve Sigorta Hukuku konularında federe yasalar bulunmaktaydı ve fakat söz konusu yasaların dağınık nitelikte olması nedeniyle Amerikalılar, çoğu konu ile ilgili haklarında belirsizlik yaşamıştır<sup>100</sup>. Öte yandan ABD'deki karmaşık sağlık sigortası sistemi, hem federal hem de eyalet düzeylerindeki genetik ayrımcılığa karşı korumadaki boşluklar ve genetik ayrımcılığı bir sivil haklar sorunu olarak görme hareketi konuyu ulusal düzeyde ele alacak kapsamlı bir yasa gereğini ortaya koymuştur<sup>101</sup>.

21 Mayıs 2008'de Başkan George W. Bush tarafından imzalanan GINA'nın yürürlük tarihi, 21 Kasım 2009 olarak belirlenmiştir<sup>102</sup>. GINA genetik bilgiye dayalı ayrımcılık yapılmasına karşı koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Esasen GINA önleyici bir mevzuattır, gelecekte yaygınlaşmadan önce yeni bir ayrımcılık biçimini engellemeyi hedeflemektedir<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> ABD'nin genetik ayrımcılık bakımından dikkat çekici olması ile ilgili 1996 yılında ülke çapında yapılan bir ankette, katılımcıların % 13'ünün kendilerinin veya ailelerinden birinin genetik bir durumun doğrudan bir sonucu olarak işini kaybettiklerini iddia etmeleri ve yine 2000 yılında Massachusetts'te yapılan bir araştırmada, genlerinde keşfedilen "kusurlar" nedeniyle iş için reddedilen 580'den fazla kişinin olması örnekleri verilebilir, **Ajunwa**, s. 87.

<sup>98</sup> **Prince/Waterstone**, s. 124; **Kim**, s. 1540.

<sup>99</sup> **Prince/Waterstone**, s. 124.

<sup>100</sup> **Prince/Waterstone**, s. 117.

<sup>101</sup> **Prince/Waterstone**, s. 117-118.

<sup>102</sup> **Nemeth/Bonnette**, s. 42.

<sup>103</sup> **Blanck, Peter/Paor**, Aisling De: "US Legislative and Policy Response: Some Historical Context to GINA", Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, s. 106-107.

GINA<sup>104</sup> İş Hukuku ve Sigorta Hukuku olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır<sup>105</sup>. Birinci bölüm sigortacılar ve sağlık planları için geçerlidir. Bu bölümde bir kayıt sahibinin, genetik bilgilerinin sonuçlarına dayanarak grup için primlerin artırılması veya kaydın reddedilmesi gibi genetik bilgiye dayalı grup sağlık sigortası primlerinin uygunluğunu veya maliyetini belirleme konusunda ayrımcılık yasaklanmaktadır. Benzer şekilde, sigorta şirketlerinin ne zaman genetik bilgi talep edebileceklerine veya toplayabileceklerine kısıtlamalar getirilmektedir<sup>106</sup>.

İkinci bölümde ise çalışma konumuzu oluşturan İş Hukukunda genetik ayrımcılık düzenlenmektedir. İkinci bölüm on beş veya daha fazla işçisi olan özel sektördeki işyerleri için geçerlidir<sup>107</sup>. İkinci bölümün ilk maddesi olan 201. maddede tanımlara yer verilmektedir. Çalışmamızda daha önce ilgili tanımlara değinmiş olmakla birlikte bazı tanımlara burada özellikle değineceğiz. Buna göre GINA m. 201/7-B'ye göre "Genetik test" terimi, genotipleri, mutasyonları veya kromozomal değişiklikleri tespit eden insan DNA, RNA, kromozomlar, proteinler veya metabolitlerin analizi anlamına gelmektedir. Doktrinde Ajunwa'ya göre söz konusu tanım nedeniyle, DNA, RNA veya tam kan sayımı, kolesterol testleri ve karaciğer fonksiyon testleri gibi kromozomal değişiklikleri ölçmeyen testlerin sonuçları GINA kapsamında korunmamakta ve orak hücre anemisi gibi bazı genetik hastalıkların basit bir kan testi ile belirlenebilmesi nedeniyle GINA, genetik ayrımcılık için gri bir alan sunmaktadır<sup>108</sup>.

GINA m. 201-6'ya göre "Genetik hizmetler" terimi genetik test, genetik danışma (genetik bilgi edinme, yorumlama veya değerlendirme dâhil) ve genetik eğitim kavramlarından oluşmaktadır.

"Aile üyesi" kavramının m. 201/3-B'de, bir bireyin birinci derece, ikinci derece, üçüncü derece veya dördüncü derece akrabası olan herhangi

<sup>104</sup> GINA hükümleri için ayrıca bkz. Şen, s. 139-140.

<sup>105</sup> GINA'nın yalnızca iki alanla ilgili düzenleme içermesi nedeniyle ilgili eleştiri için bkz. Prince/Waterstone, s. 114, 126.

<sup>106</sup> Prince/Waterstone, s. 107; GINA'nın belirtilen bölümü hakkında detaylı bilgi için bkz. Prince/Waterstone, s. 119 vd.

<sup>107</sup> Tanımlarının yer aldığı GINA'nın 201. maddesinde "işveren" kavramı için 1964 tarihli İnsan Hakları Kanununa (Civil Rights Act of 1964) atıfta bulunmaktadır. Belirtilen Kanunun ilgili kısmı incelendiğinde işveren ile on beş veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran özel sektör işverenlerinin ifade edildiği anlaşılmaktadır.

<sup>108</sup> Ajunwa, s. 94.



bir diğer birey olarak tanımlandığını daha önce ifade etmiştik<sup>109</sup>. Ek olarak GINA'da, genetik bilgi ile ilgili olarak sadece aile üyesi bilgisine değil bir fetüs ve embriyo bilgisine de atıfta bulunmaktadır<sup>110</sup>. GINA m. 208-b'de, bir bireyin veya bir bireyin aile bireyi ile ilgili genetik bilgilere yapılan atıfların, hamile kadın tarafından taşınan herhangi bir fetüsün genetik bilgilerini ve yardımcı üreme teknolojisi kullanan bir birey veya aile üyesi ile ilgili olarak, birey veya aile üyesi tarafından yasal olarak tutulan herhangi bir embriyonun genetik bilgilerini içerdiği düzenlenmektedir.

“Genetik Bilgiye Dayalı Ayrımcılık” başlıklı m. 202/a'ya göre,

(1) Genetik bilgi nedeniyle işçiyi işe almamak veya işten çıkarmak veya işçiye, ücret ve çalışma şartları bakımından ayrımcılık yapmak yasaktır.

(2) Genetik bilgi nedeniyle istihdam fırsatlarından mahrum edecek veya işçinin durumunu olumsuz etkileyecek şekilde ayrımcılık yapmak yasaktır.

“Genetik Bilgilerin Edinilmesi” başlıklı m. 202/b'ye göre, bir işverenin, bir işçi veya işçinin bir aile üyesi ile ilgili genetik bilgi istemesi, talep etmesi veya satın alması yasaktır. Ancak düzenlemenin devamında istisnalar düzenlenmektedir. Buna göre bir işverenin yanlışlıkla işçinin veya işçinin aile üyesinin aile tıbbi geçmişini istemesi veya talep etmesi<sup>111</sup>; bir sağlık programının parçası olarak sunulan hizmetler de dâhil olmak üzere işveren tarafından önerilen sağlık hizmetleri veya genetik hizmetler; işçinin önceden, bilerek, gönüllü olarak ve yazılı izin vermesi<sup>112</sup>; ilgili işçinin (veya aile üyesi genetik hizmet alıyorsa aile üyesinin) ve bu tür hizmetlerin sağlanmasında yer alan lisanslı sağlık uzmanının veya sertifikalı genetik danışmanın bu tür hizmetlerin sonuçları hakkında bilgi alması; işçilerin kimliğinin açıklanmadığı toplu halde genetik bilginin bulunması; bir işverenin mevzuattan kaynaklanan gerekliliklere uyması sebebiyle işçinin aile tıbbi geçmişini talep etmesi; bir işverenin aile tıbbi geçmişini içeren ticari ve kamuya açık belgeleri (gazeteler, dergiler, süreli yayınlar ve kitaplar dâhil ancak tıbbi veri

<sup>109</sup> İnsanlar ailelerinin genetik bilgileri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Kardeşinin Gaucher hastalığı olduğu öğrenilen kişinin yahut ailesinde Huntington hastalığı olduğu öğrenilen kişinin işten çıkarılması örnek olarak verilebilir, **Krumm**, s. 514.

<sup>110</sup> **Prince/Waterstone**, s. 118; GINA m. 209-b'ye göre hamile bir kadının veya aile üyesinden birinin fetüsünün ve destekli üreme teknolojisini kullanan bir kişi veya aile üyesi tarafından yasal olarak tutulan herhangi bir embriyonun genetik testleri de genetik bilgi kapsamındadır. Konu hakkında bkz. **Ajunwa**, s. 91

<sup>111</sup> Bu istisna, bütün genetik bilgiler için değil sadece aile tıbbi geçmişi için geçerlidir, **Nemeth/Bonnette**, s. 43.

<sup>112</sup> Genetik bilgi ile ilgili “aydınlatılmış onam” elde etmenin mümkün olmaması hakkında bkz. **Krumm**, s. 511 vd.

tabanları veya mahkeme kayıtları dâhil değil) satın alması<sup>113</sup> yasak kapsamında değildir<sup>114</sup>. Aynı şekilde genetik bilgilerin, işyerindeki toksik maddelerin biyolojik etkilerinin genetik olarak izlenmesi için kullanılması gerektiğinde işverenin, işçiye genetik izleme hakkında yazılı bildirim üzerine işçinin önceden, bilerek, gönüllü olarak ve yazılı şekilde izin vermesi veya genetik izlemenin bir kanun tarafından zorunlu tutulması şartlarının gerçekleşmesi durumu da yasağa istisna teşkil etmektedir<sup>115</sup>.

Belirtilen istisnalar genetik ayrımcılık yasağı kapsamındadır. Bir başka deyişle istisnalar doğrultusunda elde edilen genetik bilgiler, işverenin işçilerine karşı ayrımcılık yapması için kullanılamaz<sup>116</sup>.

“Genetik Bilgileri Gizliliği” başlıklı 206. maddeye göre bir işveren, özel istihdam bürosu, çalışma örgütü bir işçi hakkında genetik bilgiye sahip ise bu bilgiler ayrı formlarda ve ayrı tıbbi dosyalarda saklamalı ve işçinin gizli tıbbi kaydı olarak değerlendirilmelidir. Düzenlemenin devamında işçinin genetik bilgilerinin işçinin (veya aile üyesi genetik hizmetleri alıyorsa aile üyesinin) yazılı talebi üzerine işçiye; araştırmanın ilgili mevzuata uygun olması durumunda, bir meslek veya sağlık araştırmacısına; bir mahkeme kararı ile genetik bilginin talep edilmesi halinde işveren, mahkeme kararında açıkça talep edilen genetik bilgiler hakkında ve mahkeme kararının, genetik bilginin ilgili olduğu işçi bilgisi olmadan güvence altına alınması durumunda işverenin, ilgili işçiyi mahkeme kararı ve bu karar uyarınca açıklanan genetik

<sup>113</sup> Prince, Waterstone’a göre bu istisna işverenlere söz konusu kaynakları, aktif olarak arama hakkı vermemektedir, **Prince/Waterston**, s. 124.

<sup>114</sup> Genetik bilgi edinilmesi ile ilgili istisnalar arasında, işveren destekli bir sağlık programının parçası olarak genetik bilgi talep edilmesi yer almaktadır. İşveren sağlık programları, sağlıklı bir çalışanın üretken bir çalışan olduğu görüşündedir. Sağlık sigortası sağlayan ve sağlık bakım maliyetlerini düşürmek isteyen şirketler arasında giderek yaygınlaşan bu programlar, çeşitli biçimler almaktadır. Genel sağlık bilincini vurgulayan sağlık programları olduğu gibi yaşam tarzı değişikliklerini (sigarayı bırakma veya kilo kontrolü gibi) teşvik eden veya kalp hastalığı gibi spesifik hastalıkların yönetimini hedefleyen sağlık bulunmaktadır. Genetik bilgi, özellikle aile öyküsü, sunulan sağlık ve danışmanlık hizmetlerinin şekillendirilmesinde anahtar rol oynayabilir. Genetik mahremiyet ve ayrımcılık yapmama menfaatleri arasında bir dengeye sahip olan ve genetik tıbbın faydalarını teşvik eden GINA uyarınca işveren, bir işçinin genetik bilgisini gönüllü, yazılı bilgilendirilmiş rızası ile edinme yetkisine sahiptir ve bu bilginin profesyonel iş ilişkisinin sınırları dahilinde gizli kalması gerekmektedir. Katılımın gönüllü olması gerektiğinin altını çizen Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, katılım teşviklerine eleştirel bir bakış sergilemekte ve işçilere aile tarihi ile ilgili soruları cevaplamaları gerektiğinin söylenmesi hususunu vurgulamaktadır, **Olick**, s. 131-132.

<sup>115</sup> **Şen**, s. 140.

<sup>116</sup> **Prince/Waterston**, s. 125; **Nemeth/Bonnette**, s. 43.

bilgiler hakkında bilgilendirmesi şartıyla mahkemeye; genetik bilginin soruşturma ile ilgili olması durumunda ilgili kamu görevlilerine; bir işçide veya işçinin aile üyelerinde bir hastalık veya rahatsızlığın ortaya çıkması ve bu hastalık veya rahatsızlığın ölüm tehlikesi içermesi ya da hayati tehlike arz eden bulaşıcı bir hastalığı bilgilendirmesi durumunda, ilgili işçiye de bilgilendirme yapılmak suretiyle halk sağlığı kurumuna bilgi verilmesi genetik bilgi gizliliği yasağına aykırılık oluşturmamaktadır.

Tanımların bulunduğu 201. maddede ilk olarak “komisyon” kavramı tanımlanmakta ve Komisyonun, 1964 tarihli İnsan Hakları Kanunu’nun 705. maddesi ile oluşturulan Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (Equal Employment Opportunity Commission-EEOC) anlamına geldiği belirtilmektedir. Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu, GINA’nın uygulanmasından sorumludur. Genetik ayrımcılık iddiasında bulunan işçilerin önce Komisyona başvurmaları gerekmektedir<sup>117</sup>. GINA m. 208-d, 4’e göre Komisyon duruşma yapabilir, tanık dinleyebilir. GINA’nın atıf yaptığı 1964 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile kurulan Komisyon, ırk, renk, din, cinsiyet (hamilelik, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim dâhil), ulusal köken, yaş (40 veya daha büyük), engellilik veya genetik bilgi nedeniyle iş başvurusunda bulunan kişilere veya işçilere karşı ayrımcılığı yasadışı hale getiren federal yasaların uygulanmasından sorumludur. Komisyon, yasa kapsamındaki işverenlere yönelik ayrımcılık suçlamalarını soruşturma yetkisine sahiptir. Komisyon tarafından ayrımcılığın meydana geldiği tespit edilirse, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözülmeye çalışılır. Bu konuda başarılı olunamaz ise Komisyonun dava açma yetkisi bulunmaktadır<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> **Prince/Waterston**, s. 125; **Ajunwa**, s. 90; **Gürsel**, s. 340.

<sup>118</sup> <https://www.eeoc.gov/eeoc/>, (23.04.2020); Örneğin, Komisyon tarafından 2014 yılında New York’ta bir bakımevi olan Founders Pavilion, Inc.’e, işe başvuran kişilerin tıbbi muayeneleri esnasında aile tıbbi geçmişine ilişkin bilgi toplama iddiasıyla dava açılmıştır, **Prince/Waterstone**, s. 126; Komisyon 2019 yılında 284 adet karar almıştır. 160 şikayet için makul gerekçe olmadığı yönünde karar verilmiştir, 7 adet şikayette uzlaşma olumlu sonuçlandırılmıştır. Komisyonun faaliyetleriyle ilgili sayısal veriler için bkz. <https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/genetic.cfm>, (22.04.2020); New York’ta bir bakım ve rehabilitasyon merkezine iş için başvuran kişilerden, aile tıbbi geçmişi hakkında bilgi talebi ve GINA kapsamında korunan genetik bilgi içeren tıbbi muayeneler gerçekleştirildiği iddiasıyla Komisyona başvuru yapılmıştır. Ek olarak tıbbi muayene ve soruşturmanın o işyerinde çalışan işçiler için yıllık olarak da yapıldığı ve hamile oldukları için kadın işçilere karşı olumsuz önlemler alındığı iddia edilmiştir. Uyuşmazlık idari olarak çözülemedi ve Komisyon tarafından açılan dava sonucundaki anlaşma kapsamında işveren tarafı, 370.000 dolar ödemeyi ve genetik, engellilik ve hamilelik temelli ayrımcılık vakalarını önlemek için politikalarını ve uygulamalarını değiştirmeyi kabul etti, **Olick**, s. 134-135; **Ajunwa**, s. 93.

## B. TÜRK HUKUKU

### 1. Genel Olarak

Genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili bağlayıcılığı olan ilk uluslararası sözleşme olma niteliğini haiz 1997 tarihli İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Türkiye tarafından da kabul edilmiştir ve Sözleşme, 2004 yılında ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere genetik ayrımcılık, Biyotıp Sözleşmesi ile yasaklanmış olup, söz konusu yasak İş Hukuku için de şüphesiz geçerlidir. Söz konusu hüküm, genetik ayrımcılığı açıkça yasaklayan mevzuatımızdaki tek düzenlemedir.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında eşit davranma yükümlülüğü de yer almaktadır. İş Hukukunda eşitlik ilkesinin yasal dayanakları Anayasanın 10. maddesi, İş Kanununun<sup>119</sup> 5. maddesi ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu<sup>120</sup>,<sup>121</sup> dur<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> 10.06.2003, 25134.

<sup>120</sup> RG. 20.04.2016, 29690.

<sup>121</sup> **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 414; **Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 235; **Senyen Kaplan**, E. Tuncay: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 226; **Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 276; İşverenin eşit davranma borcu hakkında bkz. **Tuncay**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 5 vd; **Çelik**, Nuri: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14, 2007, s. 5 vd; **Süzek**, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, 2008, s. 24 vd; **Ertürk**, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 94 vd; **Keser**, Hakan: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 53, 2004, s. 23; **Ulucan**, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 372 vd; **Doğan Yenisey**, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 7, 2005, s. 974 vd; **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Cilt 4, Sayı 11, 2006, s. 64 vd; **Odaman**, Serkan: “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Üzerine Görüşler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 14, 2009, s. 78 vd; **Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 60 vd; **Yıldız**, Gaye Burcu: “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan Cilt I, İstanbul, 2010, s. 837 vd; **Demir**, Fevzi: “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasanın 10. maddesinin ilk iki fıkrası uyarınca herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Belirtilen hükümde hem ayırım yapma yasağı hem de genel anlamda eşit davranma borcu düzenlenmektedir<sup>122</sup>. İş Kanununun 5. maddesinde de “Eşit davranma ilkesi” başlığı altında ayrımcılık yasağı kural altına alınmıştır<sup>123</sup>. Buna göre “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” (f. 1). Belirtelim ki hem Anayasanın 10. maddesinde hem de İş Kanunu m. 5’de sayılan ayrımcılık sebepleri sınırlı sayım esasıyla tüketilmemiştir<sup>124</sup>. Söz konusu düzenlemelerde “ve benzeri sebeplere dayalı<sup>125</sup>” denilmek suretiyle

Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 11, Sayı 41, 2014, s. 16 vd; **Sur**, Melda: “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 37, 2017, s. 34 vd; **Senyen-Kaplan**, Eşitlik, s. 227 vd; **Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2004, s. 4 vd; **Baysal**, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 25, 2010, s. 61 vd; **Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 425 vd; **Nazlı**, Seçkin: “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), Cilt I, Özel Sayı, 2016, s. 571 vd; **Doğan**, Sevil: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 9, 2012, s. 178 vd; **Ünal**, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 53 vd.

<sup>122</sup> **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 440-441; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 415; **Süzek**, Eşit Davranma, s. 25; **Sur**, s. 35; **İnceoğlu**, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Cilt 4, Sayı 11, 2006, s. 48-49; **Kandemir/Yardımcıoğlu**, s. 7-8; **Yıldız**, Ayrımcılık, s. 840; **Doğan**, s. 180.

<sup>123</sup> **Süzek**, s. 441; **Süzek**, Eşit Davranma, s. 25; **Doğan Yenisey**, Metodoloji, s. 976; **Doğan Yenisey**, s. 63 vd; **Sur**, s. 39; **Ertürk/Gürsel**, s. 431; **Kandemir/Yardımcıoğlu**, s. 8; **Yıldız**, Ayrımcılık, s. 838; **Nazlı**, s. 572; **Doğan**, s. 182.

<sup>124</sup> **Süzek**, s. 441; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 415; **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s. 146; **Doğan Yenisey**, Metodoloji, s. 978; **Bakırcı**, Kadriye: “Eşitlik Kurulu Kanunu ile Anayasa ve İş Kanunu’nun İlgili Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Ed. Necdet Basa, Sema Uçakhan Güleç), Emegün Hukuku Kurultayı 2, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2017, s. 74; **Yıldız**, Ayrımcılık, s. 838; **Baysal**, s. 71.

<sup>125</sup> Düzenlemedeki “ve benzeri sebepler” ifadesi kişi temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde değerlendirilmelidir, **Doğan Yenisey**, Eşitlik, s. 65.

fıkarda sayılan sebeplerin sınırlı olmadığı ortaya konulmuş olduğu için örneğin cinsel eğilim ya da yaş<sup>126</sup> yahut genetik bilgi nedeniyle yapılan ayrımcılıklar da belirtilen maddelerin kapsamında değerlendirilecektir<sup>127</sup>. Daha açık deyişle genetik ayrımcılık yasağının yasal dayanağının Anayasanın 10. maddesinin ve İş Kanununun 5. maddesinin olduğunu ifade edebiliriz.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili bir diğer pozitif dayanak olan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında herkesin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu; 2. fıkrasında ise bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu ifade edilmiştir. Ancak belirtilen hükümden ayrımcılık yasağı, düzenlemede sıralanan ayrımcılık sebepleri ile sınırlı tutulduğu için<sup>128</sup> genetik ayrımcılık yasağı, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamında yer almamaktadır. Bu noktada ayrımcılık sebepleri arasında “sağlık durumu”nun bulunması dikkat çekmekte ve bir kişinin sağlık bilgisi ile genetik bilgisi örtüşür mü yahut sağlık bilgisi bakımından ayrımcılık yasağının getirilmesi genetik ayrımcılık yasağı bakımından ayrı bir düzenleme ihtiyacının önüne geçer mi sorularını sorma ihtiyacı doğmaktadır. Genetik bilginin kapsamında, kişinin sağlığıyla ilgili bilgileri de bulunmaktadır. Bununla birlikte kişinin saçının rengini belirleyen genetik bilgi örneğinde olduğu üzere genetik bilginin, doğrudan sağlıkla ilgili olmadığı durumlar da mevcut olduğu için genetik bilgi ile sağlık bilgisi tam olarak örtüşmemektedir<sup>129</sup>. Genetik bilgi ile sağlık bilgisi ilişkisi doktrinde “genetik müstesnalık” (genetic exceptionalism) başlığı altında incelenmektedir<sup>130</sup>. Genetik müstesnalık kavramına göre genetik bilgi, sağlık bilgisi ve diğer bilgilerden daha has-

<sup>126</sup> Bkz. Ünal, s. 55 vd; Ünal, Canan: “Yaş Ayrımcılığı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar (Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 313 vd.

<sup>127</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 415; Süzek, Eşit Davranma, s. 25-26; Senyen-Kaplan, Eşitlik, s. 236; Ertürk/Gürsel, s. 434-435.

<sup>128</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 417; Bakırcı, s. 74; Sur, s. 37.

<sup>129</sup> [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2004/wp91\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2004/wp91_en.pdf), s. 5.

<sup>130</sup> Küzeci, s. 97; Genetik müstesnalık kavramını geliştiren kişi olan Thomas H. Murray günümüzde, genetik müstesnalık kavramından uzaklaşılması gerektiği yönündeki görüşe katıldığını ifade etmektedir. Bkz. Murray, Thomas H.: “Is Genetic Exceptionalism Past Its Sell-By Date? On Genomic Diaries, Context, and Content”, The American Journal of Bioethics, Cilt 19, Sayı 1, 2019, s. 13 vd.

sastır ve onlardan ayrı olarak ele alınmalıdır<sup>131</sup>. Kanaatimizce, genetik bilginin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için “genetik bilgi” temelli ayırmacılığın ayrıca kural altına alınması gerekmektedir. Belirtilen gerekliliğe, daha önce değindiğimiz, 6698 sayılı Kanunda özel nitelikli kişisel verilerin sıralandığı m. 6/1 örnek olarak verilebilir. Şöyle ki söz konusu hükümde, sağlık verileri de genetik veriler de özel nitelikli kişisel veri olarak belirtilmektedir. Bir başka deyişle yasal olarak korunabilmeleri için sağlık bilgisi de genetik bilgi de ayrıca hükme bağlanmıştır.

## 2. Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Değerlendirme

Genetik bilginin kişisel veri olduğunu daha önce de ifade etmiştik. Mevzuatımızdaki kişisel verilerin korunması ile ilgili hükümler, kişisel veri niteliğindeki genetik bilgi için de geçerli olacaktır<sup>132</sup>. Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki dayanaklarının başında Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen m. 20/3 hükmü yer almaktadır. Buna göre, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

İş Kanununun “İşçi özlük dosyası” başlıklı 75. maddesi de kişisel verilerin saklanmasıyla ilişkin özel bir düzenlemedir. Anılan maddenin 1. fıkrası

<sup>131</sup> **Küzeci**, s. 97.

<sup>132</sup> İşçinin kişisel verilerinin korunması hakkında bkz. **Süzek**, s. 391 vd; **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat**, s. 362 vd; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 717 vd; **Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 195 vd; **Okur**, Zeki: “Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 368 vd; **Manav**, s. 99 vd; **Gürsel**, s. 157 vd; **Gürsel**, İlke: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 50, 2016, s. 764 vd; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, (Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 19 vd; **Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, (Ed. Tankut Centel), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 261 vd; **Küzeci**, Kişisel Veri, s. 17 vd.

sına göre işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. Hükmün 2. fıkrasında da işverene, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamama yükümlülüğü getirilmektedir. İşverenin işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceğine ilişkin Türk Borçlar Kanununun<sup>133</sup> 419. maddesi de konuya ilişkin bir başka yasal dayanaktır.

Genetik bilgi, sağlıkla ilgili verilerden daha geniş kapsamlı olmakla birlikte sağlıkla ilgili verilerin içeriğinde, genetik bilgilerin olma ihtimaline binaen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda<sup>134</sup> yer alan sağlık verilerin korunması ile ilgili düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. Buna göre “Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur” (m. 15/5).

Konuyla ilgili detaylı düzenleme niteliğini haiz olan 6698 sayılı Kanun incelendiğinde genetik bilginin özel nitelikli kişisel veri olarak nitelendirildiğini daha önce belirtmiştik. 6698 sayılı Kanuna göre özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır (m. 6/1). Kişisel verilerin işlenmesi, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemdir (m. 3/1-e). Bir başka deyişle kişisel verilerin işlenmesi, kişiye ait kişisel verilerin toplanması, saklanması, birleştirilmesi, iletilmesi veya diğer her türlü kullanımını kapsama alan işlem veya işlemler topluluğudur<sup>135</sup>. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrasına göre, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Belirtilen düzenlemeler ile genetik bilgilerin işveren tarafından, işçinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu ve fakat kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili işçinin açık

<sup>133</sup> RG. 04.02.2011, 27836.

<sup>134</sup> RG. 30.06.2012, 28339.

<sup>135</sup> **Gürsel**, s. 203; **Gürsel**, Etki, s. 782; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 367.



rızası aranmadan da genetik bilginin işlenebileceği sonucuna varılmaktadır. Açık rıza, ilgili işçinin konuya ilişkin bilgilendirilmesine dayanan ve özgür iradesiyle baskı altında kalmadan açıkladığı rıza şeklinde açıklanabilir<sup>136</sup>.

6698 sayılı Kanunda yer alan hakları incelemeye devam etmeden önce “veri sorumlusu”, “veri işleyen” ve “ilgili kişi” kavramlarını tanımlamak gerekmektedir. Kanunun 3. maddesine göre veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi; veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi; ilgili kişi ise kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade etmektedir. İş ilişkilerinde kişisel bilgileri işlenen işçi ilgili kişi, veri sorumlusu gerçek veya tüzel kişi işveren, veri işleyen ise sıklıkla işyerinde çalışan insan kaynakları yetkilisi, işyeri hekimi gibi bir diğer işçi olacaktır<sup>137</sup>. Bununla birlikte işyeri dışından başka bir kişi ya da tüzel kişi de veri işleyen olarak yetkilendirilebilir<sup>138</sup>.

“Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü” başlıklı Kanunun 10. maddesine göre kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, d) 11. maddede sayılan diğer hakları konusunda bilgi vermeye yükümlüdür. “İlgili kişinin hakları” başlıklı Kanunun 11. maddesine göre herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) Kanunun 7. maddesinde<sup>139</sup> öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin

<sup>136</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 56; Senyen-Kaplan, s. 199.

<sup>137</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 369-370; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 28; Gürsel, Etki, s. 778.

<sup>138</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 370.

<sup>139</sup> 6698 sayılı Kanunun 7. maddesine göre “(1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir”.

silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

Yine “Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler” başlıklı Kanunun 12. maddesine göre veri sorumlusu; a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır (f. 1). Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur (f. 2). Veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır (f. 3). Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalardan sonra da devam eder (f. 4). İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula<sup>140</sup> bildirir. Kurul,

<sup>140</sup> 6698 sayılı Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 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 veya telkinde bulunamaz. Kurulun görev ve yetkileri Kanunun 22. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre “a) Kişisel verilerin, temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde işlenmesini sağlamak. b) Kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak. c) Şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak. ç) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan yeterli önlemleri belirlemek. d) Veri Sorumluları Sicilinin tutulmasını sağlamak. e) Kurulun görev alanı ile Kurumun işleyişine ilişkin konularda gerekli düzenleyici işlemleri yapmak. f) Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlem yapmak. g) Veri sorumlusunun ve temsilcisinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenleyici işlem yapmak. ğ) Bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek. h) Diğer kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve kişisel verilere ilişkin hüküm içeren mevzuat tasarıları hakkında görüş bildirmek. ı) Kurumun; stratejik planını karara bağlamak, amaç ve hedeflerini, hizmet kalite standartlarını ve performans kriterlerini belirlemek. i) Kurumun stratejik planı ile amaç ve hedeflerine uygun olarak hazırlanan bütçe teklifini görüşmek ve karara bağlamak.

gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir (f. 5).

İşçinin genetik bilgisinin kişisel veri olması hasebiyle yukarıda belirtilen kişisel verileri işlenen kişiye ait haklar, genetik bilgisi işlenen işçiler için de geçerlidir.

6698 sayılı Kanunda kişisel verisi işlenen kişilere, Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veri sorumlusuna iletme hakkı da düzenlenmektedir. Veri sorumlusunun başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırması gerekmektedir. Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir (m 13). Başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyetle bulunabilecektir. Kurula şikâyetle bulunabilmek için veri sorumlusuna başvuru yolunun tüketilmesi gerekmektedir (m. 14). Ancak ilgili kişinin, konumuz bakımından genetik bilgisi işlenen işçinin, hak ihlallerine yönelik olarak doğrudan yargıya organlarına başvurusunun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, konunun yargıya intikal ettirilmesinden önce işçinin veri sorumlusuna başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>141</sup>.

İşverenin işçinin genetik bilgilerini hukuka aykırı olarak işlemesi durumunda 6698 sayılı Kanunda, işçinin bu davranış nedeniyle zarara uğraması halinde zararın giderilmesini talep etme (m. 11/ğ) ve kişilik hakları ihlal edilen işçinin genel hükümler uyarınca tazminat hakkının saklı olduğu (m. 14/3) hüküm altına alınmaktadır<sup>142</sup>. Kişilik hakkı zedelenen işçi bakımından, genel hükümlerde ve iş mevzuatında işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin müeyyidelerin kişisel verilerin korunmasında da uygulanacağına şüphe bulunmamaktadır<sup>143</sup>. Ayrıca, İş Kanunu m. 24/II doğrultusunda işverenin davranışı, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı nitelikte olduğu için işçinin iş

j) Kurumun performansı, mali durumu, yıllık faaliyetleri ve ihtiyaç duyulan konular hakkında hazırlanan rapor taslaklarını onaylamak ve yayımlamak. k) Taşınmaz alımı, satımı ve kiralanması konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak. l) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek”.

<sup>141</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 372.

<sup>142</sup> Süzek, s. 395; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 373.

<sup>143</sup> Süzek, s. 395; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 373.

sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı da bulunmaktadır<sup>144</sup>. Ek olarak 6698 sayılı Kanunun 17<sup>145</sup>. ve 18<sup>146</sup>. maddelerinde işverene uygulanacak cezai ve idari yaptırımlar kural altına alınmaktadır.

### 3. Genetik Ayrımcılık Yasağı ile İlgili Ayrı Düzenleme Gerekliği

Doktrinde Paor ve Ferri genetik bilginin, kişisel veri bağlamında korunmasını eksik bulmaktadır. Şöyle ki kişisel verinin korunması kapsamında işçinin genetik bilgisine erişimi ve genetik bilgisini açıklamamayı kapsamına alan bir gizlilik yaklaşımı, genetik bilginin ayrımcı kullanımını engellemek için yetersiz kalacaktır. Sadece gizlilik yaklaşımı ile genotipi veya spesifik bir genetik kusuru nedeniyle bir işçiye, daha dezavantajlı bir şekilde muamele edilme potansiyeli engellenemez. Nitekim yine bu yaklaşımda işveren, ilgili işçiden onay alarak da genetik bilgilere erişebilir. Hâlbuki genetik bilgi temelli ayrımcılığın yasaklanması ile bir işçinin genetik bilgisi nedeniyle olumsuz veya haksız muameleyle maruz kalması önlenilebilecektir. Öte yandan genetik ayrımcılık yasağı, toplumsal açıdan da genetik bir alt sınıfın oluşumunu, bir başka deyişle genetik olarak istenmeyen bireylerin toplumun dışına itilmesini engelleme amacına da hizmet edecektir. Paor, Ferri tarafından bu doğrultuda, Avrupa Birliği için genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili ayrı yönerge önerisinde bulunmaktadır<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 373; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 720.

<sup>145</sup> 6698 sayılı Kanunun 17. maddesine göre “(1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ncı madde hükümleri uygulanır. (2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır”.

<sup>146</sup> 6698 sayılı Kanunun 18. maddesine göre “(1) Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir. (2) Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır. (3) Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir”.

<sup>147</sup> Paor/Ferri, s. 27-28; Konu hakkında ayrıca bkz. Gürsel, s. 337 vd.

Genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili ayrı bir düzenleme gerekliliğini destekleyen bir diğer nokta, 6331 sayılı Kanun kapsamında işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğüdür. 6331 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamak zorundadır. Bu doğrultuda çalışanların işe girişlerinde, belirli aralıklarla ve Kanunda belirtilen diğer hallerde çalışanlara sağlık muayenesi yapılmaktadır<sup>148</sup>. İşverenin sağlık muayenesi yaptırma yükümlülüğü ile ilgili olarak kişilerin, sağlık muayenesi sonucunda elde edilen (genetik) bilgileri doğrultusunda ayrımcılığa maruz kalma korkusu yaşamaları dikkate alınması gereken bir ihtimaldir<sup>149</sup>. İşverenlerin sağlık gözetimi yükümlülüğü ile ilgili olan İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin<sup>150</sup> ekinde yer alan “İşe Giriş/Periyodik Muayene Formu” incelendiğinde, çalışanın laboratuvar bulguları arasında, kan ve idrar testi sonuçlarının da yer aldığı görülmektedir. Bu noktada çalışmamızda daha önce değindiğimiz, işçilerin kolesterol testi için kan ve idrar örnekleri verdiği ve fakat işçilerin bilgisi ve rızası olmadan sifiliz, hamilelik ve orak hücre

<sup>148</sup> 6331 sayılı Kanunun 15. maddesine göre “(1) İşveren; a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır: 1) İşe girişlerinde. 2) İş değişikliğinde. 3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde. 4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla. (2) Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz. (3) (Değişik birinci cümle: 10/9/2014-6552/17 md.) Bu Kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları işyeri hekiminden alınır. 50’den az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için ise kamu hizmet sunucuları veya aile hekimlerinden de alınabilir. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir. (4) Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyet işverence karşılanır, çalışana yansıtılamaz. (5) Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur”.

<sup>149</sup> Doktrinde Kim tarafından haklı olarak belirtildiği üzere bilgisayar teknolojisindeki ilerlemelerin, yüzlerce hatta binlerce genetik mutasyonu aynı anda tespit etmek için daha basit, daha ucuz tekniklerin geliştirilmesine izin vermesi beklenmektedir. Teknoloji geliştikçe ve test maliyeti düştükçe, genetik testler hasta bakımının rutin bir parçası haline gelecektir. Testlerin uygulanması basit ve yeterince ucuz olursa işverenler, bunları genel bir tıbbi tarama programının bir parçası olarak kullanmaya başlayabilir. İşverenler genetik testleri doğrudan kullanmasalar bile işçilerinin tıbbi kayıtlarına erişen işverenler, işçilerin genetik özellikleri hakkında bilgi öğrenebileceklerdir, **Kim**, s. 1512; Aynı yönde **Rojas**, s. 565; **Krumm**, s. 496.

<sup>150</sup> RG. 20.07.2013, 28713.

özelliği için test yapıldığı iddiasını içeren Norman-Bloodsaw ve Lawrence Berkeley Laboratuvarı davası akla gelmekte ve sağlık muayenesi sonucunda elde edilen (genetik) bilgiler doğrultusunda ayrımcılığa maruz kalma korkusu yaşayabilecek kişilerin çok da haksız olmayacağı kanaatine varılmaktadır. Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği<sup>151</sup> m. 7/1 de söz konusu kanaati destekler niteliktedir. Buna göre “ (1) İşveren ilgili mevzuatta belirlenen süreler saklı kalmak kaydıyla; a) İşyerinde yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine ilişkin her türlü kaydı, b) İşten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl süreyle çalışanların kişisel sağlık dosyalarını, saklar”. Her ne kadar 6331 sayılı Kanunda, sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgilerinin gizli tutulacağı (m. 15/5); İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin çalışanların yürüttüğü işler, işyerinde yapılan risk değerlendirmesi sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi sonuçları, iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının, işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanmasıyla sorumlu olduğu (m. 13/1-e); yine İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğinde işyeri hekimleri ve diğer sağlık personelleri için çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlülüğü (m. 11/1, m. 18/1) düzenlemiş olsa da genetik bilginin sağlık bilgilerinden daha farklı içerikte olması hususu dikkate alındığında, genetik ayrımcılıkla ilgili ayrı bir yasal düzenleme ihtiyacı devam etmektedir. Ek olarak belirtmek gerekir ki işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için işverenlerin sağlık gözetimi yükümlülüğünün çok önemli olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Çalışmamızın bu bölümünde, işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğü sonucunda ulaşabileceği genetik bilgilere odaklanılmakla birlikte genetik bilgi, daha önce örnek verdiğimiz Aşkenazi Yahudilerinde olduğu üzere, kişinin bir ırksal ve etnik azınlık gruba dâhil olması sebebiyle de ulaşılabilir bir bilgidir. Bu durum hem işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğünün genetik bilgiye ulaşmada tek vasıta olmadığı ve genetik ayrımcılık konusu ile işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğünün birebir örtüşmediği, dolayısıyla işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğünün geri plana itilmesi sonucuna ulaşamayacağı hem de genetik ayrımcılık konusunun daha geniş kapsamlı düşünülerek ayrıca düzenlenmesi düşüncesine ulaşmamızı sağlamaktadır. Ek olarak genetik ayrımcılık yasası düzenlenmesi oluşturulurken daha önce değindiğimiz genetik izleme kavramına ve sınırla-

<sup>151</sup> RG. 29.12.2012, 28512.

rına da yer verilmesi özellikle tehlikeli ve çok tehlikeli işyerlerinde işverenin sağlık gözetimi yükümlülüğü bakımından yararlı olacaktır<sup>152</sup>.

İşyerinde genetik tarama yapılmasına izin verilmesi gerekliliği, işverenler tarafından ileri sürülebilir<sup>153</sup>. Bu talebe olumlu cevap ancak, tüm işçiler için makul bir şekilde ortadan kaldırılamayacak veya azaltılamayacak tanımlanmış bir işyeri maruziyeti olduğunda veya tanımlanmış bir genetik mutasyonun, işyerinde kullanılan veya temas edilen maddeye önemli ölçüde duyarlılığı arttırdığının bilinmesi gibi istisnai durumlarda verilebilir<sup>154</sup>. Bu istisnai durumlara ilişkin düzenlemenin de genetik ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme ile birlikte kural altına alınması gerekmektedir.

Genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak doktrinde Kim tarafından da işçilerin genetik bilgilerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesindeki vasıtanın ayrımcılık yasağı düzenlemesinin olmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>155</sup>. Şöyle ki ayrımcılık karşıtı yasal modele güvenmek, işverenin saikine odaklanması nedeniyle pratikte önemli zorluklar doğurmaktadır. Ayrımcı düşüncüyü kanıtlamanın zorluğu, ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemelerin ayrımcılığı önlemedeki ve azaltmadaki etkinliğini engellemektedir. Genetik ayrımcılık yasağına ilişkin yasal düzenleme de muhtemelen aynı zorlukları doğuracaktır. Ayrıca motivasyona odaklanan bir ayrımcılık karşıtı model, genetik bilginin kullanılabilirliğini ve göze çarpmasını artırarak işçileri, ironik bir şekilde genetik ayrımcılığa karşı daha savunmasız hale getirebilir<sup>156</sup>. Bu nedenle Kim tarafından, genetik bilginin gizliliğine ilişkin bir yasal düzenlemenin daha uygun olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>157</sup>. Ancak kanaatimizce salt gizliliğe ilişkin yasal düzenleme, genetik bilginin kötüye kullanımının önüne geçmede yeterli olmayacaktır. Genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili ayrı bir yasal düzenleme gerekli olduğu gibi genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili yasal düzenlemenin, salt hâlihazırda çalışan işçileri değil iş başvurusunda bulunan kişileri de kapsayacak şekilde kural altına alınması

<sup>152</sup> Konu hakkında bkz. Carr, s. 11-14.

<sup>153</sup> Kim, s. 1541; Doktrinde Krumm'a göre tıbbi açıdan ilgilenilmesi gereken işçiler için genetik test yapılmasına gerek olmadan daha az müdahaleci yollar yeterli olacaktır. Bu sebeple işverenlere genetik testle ilgili yasak getirilmelidir, Krumm, s. 509 vd.

<sup>154</sup> Kim, s. 1541; Kim'e göre belirtilen koşullar mevcut olsa bile, belirlenmiş genetik güvenlik açıkları için teste tabi tutulup tutulmayacağına ve sonuçların olumlu olması durumunda risklere rağmen çalışmaya devam edip etmeyeceğine işverenin değil işçinin karar vermesi gerekmektedir, Kim, s. 1542.

<sup>155</sup> Bkz. Kim, s. 1549 vd.

<sup>156</sup> Kim, s. 1551.

<sup>157</sup> Kim, s. 1549 vd.

gerekmektedir<sup>158</sup>. Aksi halde genetik ayrımcılık nedeniyle işini kaybetmiş kişilerin ayrımcı muameleye maruz kalma tehlikesi artacağı gibi genetik yatkınlığı olan kişilerin çalışma hayatına dâhil olmaları engellenerek genetik alt sınıfın oluşumu hızlanacaktır<sup>159</sup>.

## SONUÇ

Genetik bilimindeki hızlı gelişmeler sayesinde insan sağlığı ile ilgili pek çok olumlu gelişme gerçekleşmektedir. Genetik biliminin ürünü olan genetik testlerin yaygınlaşması ile birlikte her geçen gün daha fazla hayatımıza dâhil olan genetik bilgi kavramının, çalışma hayatında olumsuz etkilerinin olabileceği ihtimali de göz ardı edilemeyecek bir gerçektir. İşçi adaylarının veya işçilerinin genetik bilgilerini öğrenen işverenlerin, söz konusu işçi adaylarını genetik bilgileri nedeniyle işe almamaları ve işçilerini de genetik bilgileri nedeniyle işten çıkarabilmeleri durumlarıyla son yıllarda karşılaşılmaktadır. Bu husus İş Hukukunda genetik bilgiye karşı işçilerin korunması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Genetik bilginin kötüye kullanımının önüne geçilmesinde uluslararası hukukta genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler kural altına alınmış hatta ülkemiz de konu ile ilgili en önemli uluslararası sözleşme olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni imzalayarak iç hukuka dâhil etmiştir. Ancak genetik bilgiye erişimin gittikçe kolaylaşacak ve hızlanacak olması gerçeği göz önüne alındığında özellikle İş Hukuku bakımından, genetik ayrımcılık yasağı ile ilgili ayrı bir yasal düzenleme ihtiyacı olduğu sonucuna varılmaktadır. Konu ile ilgili Amerikan Hukuku önemli bir örnek teşkil etmektedir. Amerika'da genetik bilgi nedeniyle işe alınmama ve işten çıkarılma olaylarının fazlaca yaşanması ile birlikte federe devletler düzeyinde genetik ayrımcılık yasağı düzenlenmiş ve fakat yeterli koruma olmadığı fark edildiğinde, federal düzeyde GINA yürürlüğe girmiştir. İş Hukukunda genetik ayrımcılığı yasaklayan ve işverenlerin işçilerin genetik bilgilerini edinmelerine kısıtlama getiren söz konusu Kanun, İş Hukukunda genetik ayrımcılık yasağı düzenlenmesi oluşturulurken kanaatimizce incelenmesi ve göz önünde bulundurulması gereken niteliktedir.

Türk Hukuku açısından inceleme yapıldığında, ayrımcılık yasağı düzenlenmesi sebebiyle İş Hukukunda da genetik ayrımcılığın yasak olduğu ve ek olarak genetik bilginin kişisel veri olduğu dikkate alındığında, kişisel

<sup>158</sup> Carr, s. 8.

<sup>159</sup> Carr, s. 8.



verilere ilişkin korumaya genetik bilginin de dahil olduğu bilgisine ulaşılmaktadır. Bununla birlikte genetik bilginin kötüye kullanımının potansiyel tehlikeleri düşünüldüğünde İş Hukukunda genetik ayrımcılık yasağının, GINA'da olduğu üzere, ayrı bir yasal düzenleme ile kural altına alınması gerekmektedir. Zira genetik ayrımcılığa karşı işçilerin ayrıca korunmayıp, genetik ayrımcılığın yaygınlaşması durumunda olumsuz sonuçları toplum için geçerli olacaktır. Olumsuz genetik bilgiye sahip olan işçileri korumak, o işçilerin olumsuz genetik durumlarına ek olarak azalan istihdam fırsatı riskini yaşamalarına ve bu durumun topluma yayılmasıyla birlikte toplumda genetik alt sınıfın oluşmasına neden olacaktır<sup>160</sup>. ILO'nun 2007 tarihli Raporunda da ifade edildiği üzere genetik bilgi nedeniyle diferansiyel muamelelerin nesnel, makul, uygun ve orantılı olması gerekmektedir<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Kim, s. 1541.

<sup>161</sup> ILO - Uluslararası Çalışma Ofisi Raporu, s. 49.

## KAYNAKÇA

- Ajunwa**, Ifeoma: “Genetic Data and Civil Rights”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Cilt 5, Sayı 1, 2016, ss. 75-114.
- Akıncı**, Ayşe Nur: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi - Çalışma Raporu - 6. T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayın No: 2968, Haziran 2017, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf), (10.06.2020).
- Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Bakırcı**, Kadriye: “Eşitlik Kurulu Kanunu ile Anayasa ve İş Kanunu’nun İlgili Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Ed. Necdet Basa, Sema Uçakhan Güleç), Emeğin Hukuku Kurultayı 2, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2017, ss. 65-92.
- Baysal**, Ulaş: “İşveren Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 25, 2010, ss. 59-99.
- Billings**, Paul R. ve diğerleri: “Discrimination as a Consequence of Genetic Testing”, Am. J. Hum. Genet., Cilt 50, 1992, ss. 476-482.
- Blanck**, Peter/**Paor**, Aisling De: “US Legislative and Policy Response: Some Historical Context to GINA”, Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, ss. 97-113.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar (Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 19-101.
- Carr**, Susannah: “Invisible Actors: Genetic Testing and Genetic Discrimination in the Workplace”, University of Arkansas at Little Rock Law Review, Cilt 30, Sayı 1, 2007, ss. 1-18.
- Çelik**, Nuri: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14, 2007, ss. 5-12.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Demir**, Fevzi: “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, *Legal Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 11, Sayı 41, 2014, ss. 15-25.
- Doğan**, Sevil: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 9, 2012, ss. 177-205.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 11, 2006, ss. 63-81.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık”. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 7, 2005, ss. 974-1003, (Metodoloji).
- Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Equality At Work: Tackling The Challenges, Global Report Under The Follow-Up To The ILO Declaration On Fundamental Principles And Rights At Work**, International Labour Conference 96th Session 2007 Report I (B). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/webdev/documents/publication/wcms\\_082607.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/webdev/documents/publication/wcms_082607.pdf), (09.05.2020).
- Ertürk**, Şükran: *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 425-458.
- Gardner-Hopkins**, James Desmond K: “Unemployable Genes: Genetic Discrimination in the Workplace”, *Auckland University Law Review*, Cilt 9, Sayı 2, 2001, ss. 435-469.
- Genetik Terimler Sözlüğü**, <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf>, (02.04.2020).
- Gürsel**, İlke: *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Gürsel**, İlke: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkilerine Etkileri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt 50, 2016, ss. 763-848, (Etki).
- Hellman**, Deborah: “What Makes Genetic Discrimination Exceptional”, *American Journal of Law & Medicine*, Cilt 29, Sayı 1, 2003, ss. 77-116.

- İnceoğlu**, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 4, Sayı 11, 2006, ss. 45-62.
- Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 30-31, 2004, ss. 1-44.
- Keser**, Hakan: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, *Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan*, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, ss. 1-38.
- Kim**, Pauline T: “Genetic Discrimination, Genetic Privacy: Rethinking Employee Protections for a Brave New Workplace”, *Northwestern University Law Review*, Cilt 96, Sayı 4, 2002, ss. 1497-1552.
- Kim**, J. Rosel/**Salman**, Shahad/**Joly**, Yann: “The Use of Genetic Information Outside of The Therapeutic Health Relationship: An International Perspective”, *Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response*, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, ss.68-94.
- Krumm**, Jennifer: “Genetic Discrimination: Why Congress Must Ban Genetic Testing in the Workplace”, *Journal of Legal Medicine*, Cilt 23, Sayı 4, 2002, ss. 491-522.
- Küçük**, Damla: “Sigortacılıkta Haksız Ayrımcı Uygulamalar Bağlamında ‘Verimli Sınıflandırma’ ve ‘Adil Sınıflandırma’ Yaklaşımlara Kısa Bir Bakış”, *Uluslararası Akademik Araştırmalar Kongresi*, 16-17-18 Eylül 2019 Bolu, Sempozyum Özet Kitapçığı, Makale ID: 92, [https://kongre.akademikiletisim.com/files/icar2019/icar\\_ozet\\_kitapciği.pdf](https://kongre.akademikiletisim.com/files/icar2019/icar_ozet_kitapciği.pdf), ss. 331-337.
- Küzeci**, Elif: “Genetik Ayrımcılık Yasağı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV, Sayı 1, 2018, ss. 89-132.
- Küzeci**, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, (Kişisel Veri).
- Manav**, A. Eda: “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIX, Sayı 2, 2015, ss. 95-136.
- Miller**, Paul Steven: “Genetic Discrimination in the Workplace”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Cilt 26, Sayı 3, 1998, ss. 189-197.

- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Murray**, Thomas H.: “Is Genetic Exceptionalism Past Its Sell-By Date? On Genomic Diaries, Context, and Content”, *The American Journal of Bioethics*, Cilt 19, Sayı 1, 2019, ss. 13-15.
- Nazlı**, Seçkin: “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), Cilt I, Özel Sayı, 2016, ss. 571-586.
- Nemeth**, Patricia/**Bonnette**, Terry W: “Genetic Discrimination in Employment”, *Michigan Bar Journal*, January 2009, ss. 42-45.
- Odaman**, Serkan: “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Üzerine Görüşler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 14, 2009, ss. 77-83.
- Okur**, Zeki: “Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, *İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 368-408.
- Olick**, Robert S.: “Genetic Discrimination in the Workplace After GINA”, *Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response*, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, ss. 128-140.
- Paor**, Aisling de/**Lowndes**, Noel: “Tracing The History, Evolution and Future Orientation of Genetic Science and Technology”, *Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response*, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, ss. 11-35.
- Paor**, Aisling de/**Ferri**, Delia: “Regulating Genetic Discrimination in the European Union”, *European Journal of Law Reform*, Cilt 17, Sayı 1, 2015, ss. 14-32.
- Prince**, Anya/**Waterstone**, Michael: “The Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA) 2008”, *Genetic Discrimination Transatlantic Perspectives On The Case For a European-Level Legal Response*, (Ed. Gerard Quinn, Aisling de Paor and Peter Blanck), Routledge, New York, 2015, ss. 114-127.

- Protection of Workers' Personal Data - ILO Code of Practice**, [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09\\_118\\_engl.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_engl.pdf), (01.05.2020)
- Rojas**, Hugo: "Labor Law And Genetic Discrimination in Chile", Florida Journal of International Law, Cilt 16, Sayı 3, 2004, ss. 561-578.
- Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- Senyen Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, ss. 225-268. (Eşitlik)
- Smith**, George P. II/**Burns**, Thaddeus J.: "Genetic Determinism or Genetic Discrimination", Journal of Contemporary Health Law and Policy, Cilt 11, Sayı 1, 1994, ss. 23-62.
- Sur**, Melda: "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 37, 2017, ss. 33-51.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Süzek**, Sarper: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, 2008, ss. 34-38, (Eşit Davranma).
- Spaak**, Torben: "Genetic Discrimination", Minn. J.L. Sci. & Tech., Cilt 7, 2005-2006, ss. 639-656.
- Şen**, Murat: "Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt I, Sayı 1, 2012, ss. 129-144.
- Taylor**, Mark J.: "Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination", Medical Law International, Cilt 8, Sayı 1, 2006, ss. 51-78.
- Tuncay**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Tunçomağ**, Kenan/**Tankut**, Centel: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Ulucan**, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık Yasağı. DEÜHFD. C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 369-383.
- Ünal**, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

**Ünal**, Canan: “Yaş Ayrımcılığı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 313-377, (Emeklilik).

**Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, (Ed. Tankut Centel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 261-318, (Sağlık)

**Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

**Yıldız**, Gaye Burcu: “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. I, İstanbul, 2010, ss. 837-871, (Ayrımcılık).

[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2004/wp91\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2004/wp91_en.pdf), (04.03.2020).

<http://www.msnbc.com/msnbc/aol-backtracks-after-distressed-babies-flap>, (10.03.2020).

<http://www.geneticfairness.org/index.html>, (10.04.2020).

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>, (12.04.2020).

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf98>, (12.04.2020).

[http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), (16.04.2020).

<https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/genetic.cfm>, (22.04.2020).

<https://www.eeoc.gov/eeoc/>, (23.04.2020).

<https://www.23andme.com/en-eu/genetic-science/>, (23.04.2020).

<https://www.help.senate.gov/about>, (26.04.2020).

<https://gdpr-info.eu/>, (29.04.2020).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>, (17.06.2020).

<https://kisiselveri.com/9546ec-turkce>, (17.06.2020).

## BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA İLİŞKİN LİSANS SÖZLEŞMELERİNDEKİ GİZLİLİK HÜKÜMLERİ HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.791398>

**Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN\***

### Öz

*Bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmeleri, gelişen teknoloji ile birlikte gün geçtikçe giderek artmakta ve yaygınlaşmaktadır. Bu sözleşmelerde hüküm altına alınan birçok husus bulunmaktadır. Bu çalışmada, bunlardan sadece gizlilik hükümleri üzerinde incelemeler yapılmıştır. Gizlilik hükümleri ise, söz konusu lisans sözleşmeleri açısından çok büyük öneme sahiptir. Zira niteliği gereği bilgisayar programları üzerinden gerek programa ve oluşturulmasına gerekse onu meydana getiren hakkında bazı bilgilere erişmek mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda, çalışmada öncelikle bilgisayar programlarının fikri ve sınai haklar kategorisindeki yeri ele alınmıştır. Akabinde bunların kullanım hakkının devrini konu edinen lisans sözleşmelerine kısaca yer verilmiştir. Daha sonra bu sözleşmelerdeki özellikle fikri ve sınai haklar bakımından büyük önem arz eden gizlilik hükümleri incelenmiştir. Burada, öncelikle gizli bilgi niteliğini haiz olan ve gizli bilgi niteliği taşımayan bilgiler açıklanmıştır. Daha sonra gizli bilgilerin korunması noktasında taraflara düşen yükümlülüklerden söz edilmiştir. Nihayet çalışma sırasında edinilen kanaatlere “Sonuç” kısmında yer verilmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Bilgisayar Programları, Yazılım, Lisans, Lisans Sözleşmesi, Gizlilik Sözleşmesi*

---

\* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: [ademyelmen@gmail.com](mailto:ademyelmen@gmail.com)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3310-8216> (Makalenin Geliş Tarihi: 28.04.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 13.08.2020)



## ANALYSIS OF CONFIDENTIALITY CLAUSES IN LICENSING AGREEMENTS FOR COMPUTER PROGRAMS

### Abstract

*Licensing agreements for computer programs are increasing and becoming common and increasing day by day with developing technology. Many issues may be subject to the provisions regarding licensing agreements. However, in this study, only the confidentiality clauses were examined. Confidentiality provisions are of great importance for these license agreements. Because, due to its nature, it is possible to access some information about the program and its creation as well as the information that creates it. In the study, firstly, the place of computer programs in the categories of intellectual and industrial rights is considered. Afterwards, the licensing agreements that deal with the transfer of their right to use are briefly mentioned. Later on, the provisions of confidentiality, which are of great importance in terms of intellectual and industrial rights, have been examined in these contracts. In this context, firstly the information which has the nature of confidential information and which does not carry the nature of confidential information is explained. Later, the obligations of the parties have been mentioned at the point of protecting the confidential information. Finally, our opinions obtained during the study were included in the "Conclusion" section.*

### Keywords

*Computer Programs, Software, License, Licensing Agreements, NDA, Non-Disclosure Agreements*

## I. GİRİŞ

Bilgisayar programlarının, diğer bir ifadeyle yazılımların hayatımızdaki yeri ve işlevselliği giderek artmaktadır. Bunlar, hemen hemen her alanda insanların işlerini kolaylaştırmak, onlara daha konforlu hayat standartları sunmak, onların başarı oranını artırmak, onları eğlendirmek gibi daha birçok katkıyı sağlar hale gelmiştir. Meselâ, bir yazılım aracılığıyla bankaya gidip sıra beklemeden bankacılık işlemleri telefonda veya bilgisayardan yapılabilmektedir. Bir endüstriyel tasarımın üç boyutlu çizimleri ve giydirmeleri bilgisayar başında oluşturulabilmektedir. Hatta bir yazılım sayesinde, araçlar otomatik olarak park edebilmektedir. Ayrıca korona virüs salgını ile bilgisayar programlarının ne kadar hayati bir öneme sahip olduğu bir kez daha anlaşılmıştır. Özellikle eğitim öğretim faaliyetlerinin, mesleki faaliyetlerin, hobilerin ve eğlence faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için bilgisayar programlarına ihtiyaç duyulmuştur. Bunların dışında, bu çalışma kapsamında sayılamayacak derecede ve alanda bilgisayar programlarına ilişkin örnekler vermek mümkündür. Bu noktada geleceğin yazılımın üzerine kurulmuş bir hayatı ortaya çıkaracağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bilgisayar programlarının hayatımızda giderek yaygınlaşması, onlara ilişkin yapılan sözleşmelerin sayısını da artırmıştır. Hâl böyle olunca, program sahibinin genel anlamda haklarının korunması ihtiyacı üst düzeyde ön plana çıkmıştır. Zira bilgisayar programları, yapıları gereği hak ihlallerine çok fazla açık bir nitelik arz etmektedir. İşte bu noktada, bilgisayar programlarına ilişkin hak sahiplerinin korunması için mevzuatta (özellikle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu) birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Lakin mevzuatta yer alan koruma imkânları bu çalışmanın konusu değildir. Bu çalışma, program sahibinin sözleşme ilişkisi içerisine girdiği taraf ile arasındaki sözleşmeye konulan gizlilik hükümleri aracılığıyla koruma/korunma imkânlarına hasredilmiştir.

Bilgisayar programlarının sözleşmeye konulan hükümler aracılığıyla korunmasında, gizlilik hükümleri büyük önem arz etmektedir. Bu noktada gizliliğe ilişkin hükümlerin kapsamının geniş tutulması başlangıçta göz önünde bulundurulmalıdır. Meselâ kodlar, algoritmalar, akış şeması ve arayüz gibi bilgisayar programını meydana getiren her unsurun gizlilik hükümlerine tâbi tutulması, program sahibine öncelikle program ile ilgili önemli bir koruma sağlar. Zira sözleşmeler, daha geniş bir planda ise hukuk tarafından korunmazsa, bilgisayar programlarının haksız veya yeniden düzenlenerek ya da değiştirilerek kullanılmasının önüne geçilemez. Daha da ötesi, bu süreçte bilgisayar programının sahibinin özellikle iş hayatına ilişkin elde edilen

birtakım bilgiler, ciddi hak ihlallerine de ayrıca sebebiyet verebilir. Bunları engellemek için öncelikle bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmesindeki (buradaki lisans sözleşmelerinin konusu aşağıda da izah edileceği üzere bilgisayar programının kullanılması, distribütörlüğü, yayınlanması, programa bir yenilik, çeviri veya kod eklenmesi gibi çeşitli konulara yönelik olabilir) gizlilik hükümlerine azami özen gösterilmelidir. Bu bağlamda, “lisans sözleşmesinin konusunu da göz önünde tutarak söz konusu gizlilik hükümlerine ilişkin düzenlemeler neleri içermelidir?” sorusuna, bu çalışmayla cevap aranmaya çalışılmıştır.

Bu noktada, yapılan açıklamalar itibarıyla, sözleşmedeki gizlilik hükümleri, sadece bilgisayar programı sahibinin korunmasına hizmet ediyor gözüktüğü de gerçek durum her zaman böyle değildir. Zira bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmelerindeki gizlilik hükümleri, her iki tarafa yükümlülük yükleyen şekilde de formüle edilebilir. Gerçekten de gizlilik hükümleri, tek tarafa yükümlülük yükleyen veya karşılıklı yükümlülük yükleyen şekilde kaleme alınabilmektedir. Bu tamamen taraflar arasındaki ilişkinin mahiyetine göre değişmektedir. Taraflar arasında tek taraflı bir bilgi paylaşımı söz konusu olduğunda tek tarafa yükümlülük yükleyen, karşılıklı bilgi paylaşımı söz konusu olduğunda ise karşılıklı yükümlülükler barındıran gizlilik hükümleri hazırlanmaktadır<sup>1</sup>.

## II. BİLGİSAYAR PROGRAMLARININ FİKRİ VE SINAİ HAKLAR KATEGORİSİNDEKİ YERİ

### A. Bilgisayar Programları

#### 1. Kavram ve Tanım

Bilgisayar, kelime olarak, “Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, çalışması sırasında bir işletmenin işe karışması beklenmeksizin önceden verilmiş bir programa göre otomatik olarak yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin, bir veri işleyicisi” anlamına gelmektedir<sup>2</sup>. Bir bilişim terimi olarak program ise, “Bilgisayara bir işlemi yaptırmak için yazılan komutlar dizisi”<sup>3</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>1</sup> Bu hususa ilişkin uluslararası literatürde tek tarafa yükümlülük yükleyen gizlilik anlaşmaları için “One Way NDA” (NDA=Non-Disclosure Agreement), karşılıklı yükümlülükler yükleyen gizlilik anlaşmaları için ise “Mutual NDA” ifadeleri kullanılmaktadır.

<sup>2</sup> Güncel Türkçe Sözlük, Bilişim Terimleri Sözlüğü, Fizik Terimleri Sözlüğü, bkz. <http://www.tdk.gov.tr/>

Bilgisayar programına yönelik çeşitli tanımlar da bulunmaktadır. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO-World Intellectual Property Organization) bilgisayar programını, “*bilgisayarın okuyabileceği şekilde düzenlenip yerleştirildiğinde, ona bir fonksiyonu yerine getirme, bir amacı gerçekleştirme veya bir sonucu vurgulama yeteneği veren komutlar bütünüdür*” şeklinde tanımlamıştır<sup>4</sup>. Diğer bir tanıma göre ise, “*bilgisayar programı, kullanıcılarının yararına bilgisayar üzerinde işlem yapan, takip eden, listeleme veya görüntüleyen bir dizi talimat veya veri*”dir<sup>5</sup>.

Bilgisayar programı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda da tanımlanmıştır. Gerçekten de, FSEK. m. 1/B, g)’ye göre, “*Bilgisayar programı: Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını*” ifade eder.

Bilgisayar programı ifadesi yerine, günlük hayatta “yazılım (software)” kavramı da kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Yazılımlar, bilgisayarın ruhu gibidir<sup>7</sup>. Zira

---

index.php?option=com\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59cf4cb1b30588.23521379, (ET. 30.09.2019).

<sup>3</sup> Güncel Türkçe Sözlük, Bilgisayar Terimleri Karşılıklar Kılavuzu, bkz. <http://www.tdk.gov.tr/>

index.php?option=com\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59cf4e8fc9c6c5.18608170, (ET. 30.09.2019).

<sup>4</sup> WIPO, Model Provisions on the Protection of Computer Software, Geneva 1978, Bkz. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo\\_pub\\_120\\_1978\\_01.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1978_01.pdf), (ET. 11.06.2020).

<sup>5</sup> **Reger**, Christina M.: “Let’s Swap Copyright for Code: the Computer Software Disclosure Dichotomy”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, V. 24, 2004, p. 218.

<sup>6</sup> **Szepesi**, Judith A.: Maximizing Protection for Computer Software, Computer & High Technology law Journal, V. 12, 1996, p. 175; **Arıkan**, Ayşe Saadet: Bilgisayar Programlarının Korunması AB. ve Türkiye, TBBD., 1996/3, s. 313; **Sevinç**, Elif: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 7; **Özden**, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 5; **Eker Erkekoğlu**, Ahu: Yazılım Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 2. Yazılımlar ile programların aslında aynı şey olmadıkları hakkında bkz. **Aksu**, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006, s. 43 vd.; **Dalyan**, Şener: Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009, s. 25; **Akdemir Kamalı**, Tuğba: Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları, Ankara 2019, s. 84-87; **Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 151. Ancak uygulamada yaygın algı bu iki kavramı aynı şekilde anlama doğrultusunda olduğundan bu çalışmada yaygın algı üzerinden hareket edilmiştir.

bilgisayar, yazılım olmaksızın, donanım (hardware) olarak ifade edilen elektronik aletlerden (işlemci, ana kart, bellek, ekran kartı gibi) oluşan bir makine yığımından başka bir şey değildir<sup>8</sup>. Bu noktada yazılım, bilgisayara bir anlamda can verir<sup>9</sup>. Diğer bir ifadeyle yazılımlar, bilgisayardan beklenen amacın yerine getirilebilmesi için gerekli olan rolü oynar<sup>10</sup>. Gerçekten de, bilgisayarın, kullanıcıların istekleri doğrultusundaki iş ve işlemleri yerine getirilebilmesi, yalnızca yapılacak iş ve işlemlere yönelik tanımların bir program biçiminde belleğinde bulunmasına bağlıdır<sup>11</sup>.

## 2. Çeşitleri

Bilgisayar programları, işletim sistemlerine yönelik olabilir. İşletim sistemi programları, bilgisayarın işletilmesini sağlayan sistem programlarıdır<sup>12</sup>. Bilgisayarın çalıştırılması, işletim sistemi programının varlığına bağlıdır<sup>13</sup>. Bunlar, bilgisayarın işlem yeteneklerini yönetir ve bilgisayarı işini yapmaya hazırlar<sup>14</sup>. Bunlara örnek olarak, IOS, Windows, Unix, Linux, OS2, DOS ve Android gösterilebilir. Uygulamada bunlar, bilgisayar üretici firmalar tarafından kural olarak donanımla birlikte satışa sunulur. Bununla birlikte, bağımsız olarak satışı mümkün olan bu işletim sistemlerini, donanımı uygun olan her türlü bilgisayara sonradan yüklemek veya yüklü işletim sistemini değiştirmek mümkündür.

Bilgisayar programları, uygulama yazılımlarına yönelik olabilir. Bunlar, bilgisayar kullanıcısının özel ihtiyaçlarına hizmet eder<sup>15</sup>. Meselâ uygu-

<sup>7</sup> Şahan, Gökhan: Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 51.

<sup>8</sup> Sevinç, s. 6; Şahan, s. 51.

<sup>9</sup> Sevinç, s. 8.

<sup>10</sup> Szepesi, s. 175; Topaloğlu, Mustafa: Bilişim Hukuku, Adana 2005, s. 4; Sevinç, s. 6; Dalyan, s. 25; Sancak, Emine Çavuşoğlu: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesi Kapsamında Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 1.

<sup>11</sup> Sevinç, s. 8; Sancak, s. 1.

<sup>12</sup> Aksu, Bilgisayar Programları, s. 49; Yarsuvat, Emre: Intellectual Property Rights in Computer Programs in Europe and Turkey, Master's Thesis, İstanbul 1996, p. 13; Erişkin, Nuri: Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı, AÜHF.D., C. 48, S. 1-4, 1999, s. 216; Arıkan, s. 320; Sevinç, s. 17; Şahan, s. 56; Dalyan, s. 34-35; Akdemir Kamalı, s. 95; Eker Erkekoğlu, s. 18; Yazıcı, Emine Sena: Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 19.

<sup>13</sup> Aksu, Bilgisayar Programları, s. 49; Erişkin, s. 216; Arıkan, s. 320; Sevinç, s. 17; Şahan, s. 56; Akdemir Kamalı, s. 95.

<sup>14</sup> Sevinç, s. 17; Dalyan, s. 35.

<sup>15</sup> Aksu, Bilgisayar Programları, s. 49-50; Yarsuvat, s. 14; Erişkin, s. 216; Arıkan, s. 322; Şahan, s. 57; Dalyan, s. 37; Akdemir Kamalı, s. 96.

lama programları, alışverişe, eğitime, iletişime, eğlenceye, finansa, fotoğraf ve videoya, haberlere, hava durumuna, iş hayatına, kitaplara, müziğe, ulaşım, sağlığa, seyahate, sosyal medyaya, spora, tıbbı, yiyecek ve içeceğe veya yardımcı programlara yönelik olabilir. Uygulama programlarının çalıştırılabilmesi, bir işletim sistemi programının varlığına bağlıdır. Gerçekten de uygulama programlarının genel özelliklerinde, bunların hangi işletim sisteminde/sistemlerinde çalışacağı belirtmektedir. Bu özelliği itibarıyla uygulama programları bir tür entegre yazılımlardır<sup>16</sup>.

Bilgisayar programları, programlama dillerini birbirine çevirici nitelikte de olabilir. Bunlar özellikle yüksek seviyeli programlama dilleri ile hazırlanan programların, bilgisayarın anlayacağı dile çevrilmesinde kullanılmaktadır<sup>17</sup>. Zira makine dili dışındaki diğer programlama dilleri bilgisayarlar tarafından okunamayabilir<sup>18</sup>.

## B. Bilgisayar Programlarının Fikri ve Sınai Haklar Bakımından Ele Alınması

Bilgisayar programları, daha önce de ifade edildiği üzere, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Burada, bilgisayar programları açısından öncelikle önem arz eden, "eser" ve "eser sahipliği" kavramlarıdır.

Eser, FSEK. m. 1/B, a)'da, "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak tanımlanmıştır. Bilgisayar programları da, bu eser çeşitlerinden ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer almaktadır. Gerçekten de, FSEK. m. 2/1'e göre, "*Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*" ilim ve edebiyat eseridir. Görüldüğü üzere, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları, ilim ve edebiyat eseri kapsamında sayılmıştır. Ayrıca, bir sonraki aşamada program sonucu doğurması şartıyla bunların hazırlık tasarımları da ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmektedir.

<sup>16</sup> Sevinç, s. 21.

<sup>17</sup> Dratler, Jay: "Trade Secret Law: An Impediment to Trade in Computer Software", Computer & High Technology Law Journal, V. 1, 1985, p. 30-31; Arıkan, s. 323; Sevinç, s. 19; Şahan, s. 58; Dalyan, s. 36; Yarsuvat, s. 13; Akdemir Kamalı, s. 96.

<sup>18</sup> Dratler, s. 30-31; Sevinç, s. 19; Şahan, s. 58; Dalyan, s. 36.

Burada ele alınması gereken konulardan biri de “işlenme”dir. İşlenme, FSEK. m. 6’da düzenlemiştir. İşlenme’den kasıt, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle bağımsız olmayan fikir ve sanat mahsulleridir. Bunların neler olabileceği, 6. maddede belirtilmiştir. Bunlar arasında ise, bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya üzerinde herhangi bir değişim yapılması da yer almaktadır. İşlenmeler de şartlarını sağladığında bir eserdir. Gerçekten de, FSEK. m. 6/11, son cümleye göre, “İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır.”. İşlenmeler, bir esere bağımlı olarak meydana getirilir<sup>19</sup>. Asıl eser olmadan işlenmeden söz edilemez<sup>20</sup>. Bununla birlikte, eser niteliğini haiz olan işlenme, işleyenin özgünlüğünü, onun izini, onun özelliklerini taşır. Bu itibarla, işlenme niteliğinde olan bilgisayar programları da eser sayılır. Yani, yeni bir özgünlük katacak şekilde bir veya birden çok bilgisayar programı üzerinde uyarlamalar, düzenlemeler veya değişimler yaparak meydana getirilen bilgisayar programları da birer eserdir.

FSEK. m. 1/B, b)’ye, eser sahibi ise, eseri meydana getiren kişiyi ifade eder. Bilgisayar programlarına yapılan eser nitelmesi ve eser sahipliği, bunlar üzerinde FSEK’de yer alan düzenlemeleri gündeme getirir. Bu kapsamda, eser sahipliğinden doğan malî ve manevî haklar, eser sahipliğinden doğan haklara ilişkin hukukî işlemler, eser sahipliğinden doğan haklara getirilen sınırlamalar, fikri hakların ihlâlinde korunma yolları gibi düzenlemeler söz konusudur.

Bilgisayar programları asıl değerini, programda şekillenen fikirlerden almaktadır<sup>21</sup>. Programa işlevini veren de bu fikirlerdir<sup>22</sup>. Bu noktada, prog-

<sup>19</sup> **Öztan**, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 159; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2017, s. 138; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 72-73.

<sup>20</sup> **Öztan**, s. 160; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 138; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 73. İşlenme ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 133 vd.

<sup>21</sup> **Sevinç**, s. 22-23. Bilgisayar programlarının bir eser olarak detaylı bir şekilde ele alınması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu**, Mustafa: “Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği İle Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 1255 vd. Ayrıca bkz. **Aksu**, Mustafa: Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 807-830; **Aksu**, Mustafa: “Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyinin Bilgisayar Programlarının

ramın üzerine kaydedildiği CD, bellek, taşınabilir bellek veya sanal ortam gibi veri taşıyıcıları, program için sadece birer araçtır. Hal böyle olunca, bilgisayar programı tamamlanıp bir veri taşıyıcısı üzerine kaydedildiğinde iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Maddi bir varlığı olmayan bilgisayar programı, bir fikri hak konusu olan ilim ve edebiyat eseri niteliği teşkil eder. Bunun yanında, söz konusu bilgisayar programının üzerine kaydedilerek cisimlendiği veri taşıyıcı ise, eşya hukukunun konusuna girer<sup>23</sup>. Bununla birlikte, bilgisayar programları internet üzerinden bellekler arası aktarıma da söz konusu olabilmektedir.

Bilgisayar programlarının patent olarak korunmasına yönelik ise görüşler ve tartışmalar bulunmaktadır<sup>24</sup>. Bilgisayar programları, mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6/c maddesinde açıkça patent verilemeyecek konular ve buluşlar arasında sayılmıştı. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 82/2 hükmüne göre de bilgisayar programları, buluş niteliğinde sayılmayan kalemler arasında sayılmış ve bunların patente konu olması uygun görülmemiştir. Ancak bu hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili doktrinde detaylı açıklamalar yapılmakta, tarihi süreci, uluslararası gelişmeler ve karşılaştırmalar çerçevesinde kategorize edilmiş izahat verilmekte ve bilgisayar programlarının hiçbir şekilde patentlenmeye konu olamayacağı düşüncesi sistematik bir şekilde gerekçeli olarak eleştirilmektedir<sup>25</sup>. Bu çalışma taraflar arasındaki sözleşmede yer alan gizlilik hükümlerine özgü olduğu için, konuyu dağıtmamak adına söz konusu görüş ve tartışmalara ayrıntılı olarak yer verilmemiştir.

---

Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 37, 2009, s. 139-143.

<sup>22</sup> **Sevinç**, s. 23.

<sup>23</sup> **Sevinç**, s. 26.

<sup>24</sup> Konu ile ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. **Aksu**, *Bilgisayar Programları*, s. 161 vd.; **Dalyan**, s. 46-51; **Eroğlu**, Sevilay: *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, İstanbul 2000, s. 21; **Topaloğlu**, Mustafa: *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*, İstanbul 1997, s. 98; **Akdemir Kamalı**, s. 100-102; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 150 vd.; **Eker Erkekoğlu**, s. 7 vd.

<sup>25</sup> Bilgisayar programlarının patent hukuku ile de korunabilecek bir alanının olduğu hakkında görüş ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Aksu**, *Bilgisayar Programları*, s. 161 vd.; **Aksu**, Mustafa: "Bilgisayar Programlarının Patent Hukuku Kapsamında Korunmadığı Yönündeki Görüşün Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, s. 141 vd. Ayrıca bkz. **Aksu**, *Avrupa Adalet Divanı*, s. 807-830; **Aksu**, *Yönerge*, s. 139-143.



### III. BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA İLİŞKİN LİSANS SÖZLEŞMELERİNDE GİZLİLİK

#### A. Genel Olarak Lisans Sözleşmeleri

Lisans sözleşmesi, lisans verenin fikri veya sınai bir haktan ya da diğer maddî olmayan bir maldan belirli veya belirli olmayan bir süre için yararlanmayı, bedelsiz veya ödeyeceği bir bedel karşılığında lisans alana devretmeyi üstlendiği sözleşmedir<sup>26</sup>. Lisans sözleşmesinin konusunu, fikri ve sınai haklar veya “maddî olmayan mallar”<sup>27</sup> oluşturur<sup>28</sup>.

FSEK. m. 48, “sözleşme ve tasarruflar” başlığın altında, sadece eser sahipliğine tanınan mali hakların değil, bunların kullanım hakkının da üçüncü kişilere devredilebileceğini düzenlemektedir. Gerçekten de, söz konusu hükme göre, “(1)*Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle mahdud veya gayrimahdud, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler. (2)Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir. (Ruhsat).*”. İkinci fıkrada ruhsat olarak ifade edilen bir malî hakkın kullanımının devri ise, lisans sözleşmelerine konu olmaktadır.

Ruhsata (lisansa) ilişkin FSEK. m. 58’de ayrıca bir düzenleme yer almaktadır. Buradaki düzenlemelerde basit ruhsat (lisans)- tam ruhsat (lisans)

<sup>26</sup> **Arbek**, Ömer: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 65-66; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 1013; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Basım, İstanbul 2008, s. 63; **Tunçer**, Ramazan Onur: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 21; **Aydıncık**, Şirin: Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 45; **Ölmez**, Hande: Marka Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 35; **Kıratlı**, Metin: Marka Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 3-4; **Güvenç Uluçlar**, Selvi Nazlı: Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 5; **Filiz**, Erdiç: Patent Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 28.

<sup>27</sup> Maddî olmayan mallara, know-how, üretim, iş ve işletme sırları, veri bankası, henüz tescil edilmemiş buluşlar örnek gösterilebilir. **Arbek**, s. 68-70; **Eren**, Özel, 1014; **Aydıncık**, s. 4-6.

<sup>28</sup> **Arbek**, 66-70; **Eren**, Özel, s. 1014; **Kılıçoğlu**, Fikri Haklar, s. 292-293; **Başpınar**, Veysel/**Kocabey**, Doğan: İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007, s. 47; **İzmirli**, Lale Ayhan: Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara 2012, s. 107; **Aydıncık**, s. 45; **Ölmez**, s. 35-36; **Kıratlı**, s. 4; **Güvenç Uluçlar**, s. 5-8; **Özsoy**, Saadet Hande: Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 24; **Filiz**, s. 29.

ayrımına yer verilmiştir<sup>29</sup>. Basit ruhsat (lisans), malî hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı verebilmesi olarak ifade edilmiştir. Tam (inhişarî-münhasır) ruhsatta (lisans) ise, ruhsat (lisans) sadece bir kişiye özgü olarak verilir. FSEK. m. 58/II'de de ortaya bir karine konulmuştur. Buna göre, kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat (lisans) basit ruhsat (lisans) sayılır. Ayrıca FSEK. m. 58/III'de, basit ruhsatlar (lisans) hakkında hasılat (ürün) kirasına, tam (inhişarî-münhasır) ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>30</sup>.

FSEK. m. 52'de malî haklara ilişkin sözleşme ve tasarruflar şekil şartına tâbi tutulmuştur. Gerçekten de, bahsedilen maddeye göre, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Bunun yanında, sözleşmede ilerleyen süreçte bir değişiklik yapılmak istenirse de yine aynı yazılı şekil şartı gündeme gelir. Bu husus bir Yargıtay kararına da yansımıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında, "5846 Sayılı FSEK 52.maddesi uyarınca telif hakkı ile ilgili sözleşmelerin yazılı yapılması zorunlu olduğundan, ... sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de yazılı olması geçerlilik koşuludur." ifadesine yer vermiştir<sup>31</sup>.

Lisans sözleşmesinin şekline ilişkin kural böyle olmakla birlikte, şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceği durumlar söz konusu olabilmektedir. O da tarafların, özellikle edimlerini yerine getirdikten sonra şekle aykırılığı ileri sürmeleri halinde, dürüstlük kuralına aykırılığın ve hakkın kötüye kullanılması yasağının gündeme gelmesidir. Bu husus Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, Yüksek Mahkemenin ilgili kararında, şekil kuralı ve şekle aykırılık tartışılmış ve hak sahibinin dürüstlük kuralına uygun olma-

<sup>29</sup> Basit ve tam ruhsat ile ilgili ayrıca bkz. **Öztañ**, s. 562 vd.; **Güneş**, İlhami: Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 243; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 122; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2019, s. 36-37.

<sup>30</sup> Basit ruhsat (lisans) ile ilgili olarak hasılat (ürün) kirasının uygulanacağına yönelik bu hüküm doktrinde eleştirilmektedir. Gerçekten de, FSEK bakımından gündeme gelen eser ve buna bağlanan sonuçlar ile TBK bakımından söz konusu olan ürün her zaman birbirini karşılamamaktadır. Bunlar arasındaki farklılıklar, lisans sözleşmesiyle hasılat (ürün) kirası sözleşmesinin bazı yönlerden birbirine benzemelerine rağmen, kesinlikle farklı sözleşmeler olduğunu göstermektedir. Bu itibarla, TBK'daki hasılat (ürün) kirası sözleşmesine ilişkin hükümler, lisans sözleşmelerine doğrudan doğruya değil yapısına uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Bkz. **Arbek**, s. 90-91; **Dalyan**, s. 206.

<sup>31</sup> Bkz. HGK. T. 13.06.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380, (KBİBB).

yan bir şekilde şekle aykırılığı ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilip hukuken geçerli bulunmamıştır<sup>32</sup>.

## B. Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmelerindeki Gizlilik Hükümleri

### 1. Bilgisayar Programlarına İlişkin Lisans Sözleşmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bir eser niteliği teşkil eden bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmesinin konusu çeşitlilik gösterebilmektedir. Gerçekten de lisans, bilgisayar programının kullanılması, distribütörlüğü<sup>33</sup>, yayınlanması, programa bir yenilik, çeviri veya kod eklenmesi, bir ortak girişim kurulması gibi çok çeşitli konulara yönelik olabilir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> “FSEK. 16/1 maddesinde (eserde eser sahibinin izni olmadan kısaltma ekleme ve değiştirme yapılamaz) kuralı ile aynı Yasanın 52 madde de yer alan yazılı sözleşme ve izin kuralının sıhhat şartı olması karşısında MK. 2. maddesinin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına da tartışılması gerekir. BK.nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanunun öngördüğü şekil, bir geçerlik (sıhhat şartı) olarak düzenlemiş ise buna uyulmadan yapılan sözleşmeler ve hukuki işlemler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte İsviçre Federal Federal Mahkemesi ve Yargıtay burada butlan'dan söz edebileceğini, bunun hakim tarafından re'sen gözönünde bulundurulacağını kabul etmektedir. Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının çatışması halinde hangisine öncelik verileceği de uygulamada tartışılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.9.1988 gün, E: 1987/2, K: 1988/2, YHGK.nun 12.5.1965 gün, E: 5/D-4 K: 203,13.2.1974 gün, 524/103 sayılı, 2.10.1974 gün 2/810 1043,7.12.1983 gün 4/224 1276 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi MK.nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanı sağlamaktır. Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Sonuç olarak somut olayın özelliği itibariyle davacının eserde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası yukarıda özetlenen duruma göre MK. 2/2 fıkrasında yazılı hakkın kötüye kullanılması olarak öngörüldüğünden kabul edilmemiştir. Dairemizin 16.6.1998 gün, 1998/2033 4576 sayılı onama kararının gerekçesi değiştirilerek yukarıda gerekçelerle onama kararı doğru bulunduğundan davacı vekilinin karar düzeltme talebinin reddine karar vermek gerekmiştir.” Bkz. 11. HD. T. 29.01.1999, E. 1998/10031 ve K. 1999/250, (KBİBB).

<sup>33</sup> Distribütör, bir üretici veya tedarikçiye ait olan ürünlerin belirli bölgelerde tanıtımı ve satışını (bilgisayar programı açısından yeni lisanslara konu edilmesini) sağlamakla yetkili dağıtıcı firmalara verilen isimdir. Bkz. <https://www.eticaret.com/e-ticaret-sozlugu/distributor-nedir/>, (ET. 11.10.2017).

<sup>34</sup> **Madatli**, Kanan: “Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects and Regulations”, Baku State University Law Review, V. 2, Iss. 1, December 2015, p. 120.

Dolayısıyla taraflar, lisans sözleşmesine konu olacak bilgisayar programına ilişkin yetkilendirmenin kapsamını, muhteva olarak sözleşme özgürlüğü içerisinde diledikleri gibi belirleyebilir. Ayrıca yetkilendirmenin kapsamı, yer ve zaman bakımından da sınırlamaya tâbi tutulabilir.

## 2. Gizli Bilgilerin Kapsamı

Ticari anlamda gizli bilgi, genel olarak “gerçek veya tüzel bir kişinin içinde kullanılan, söz konusu bilgiye sahip olmayan rakipleri karşısında avantaj imkânı veren herhangi bir formül, model, cihaz, metot, teknik, ilerleme, plan veya edinilmiş/derlenmiş bilgi” anlamında kullanılmaktadır<sup>35</sup>.

Ticari anlamda gizli bilgi yerine zaman zaman ticari sır kavramı da kullanılmaktadır. Ticari sır kavramının tanımı ise Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında yapılmıştır. Buna göre, “Ticari sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri” ifade etmektedir<sup>36</sup>.

Taraflar arasında bilgi daha özelde gizli bilgi paylaşımı, genellikle sözleşme görüşmelerine başlandığı andan itibaren gündeme gelmektedir. Bu noktada henüz sözleşme kurulmadan, taraflar arasında ilgili bilgisayar prog-

<sup>35</sup> **Tunick**, David C.: “Legal Rights in Computer Software”, Computer & High Technology Law Journal, V. 8, 1992, p. 407-408; **Classen**, H. Ward: “Fundamentals of Software Licensing”, The Journal of Law and Technology, V. 37, N. 1, 1996, p. 34-35; **Dratler**, s. 42-43; **Szepesi**, s. 189; **Argy**, Philip N.: “Legal Protection of Computer Spftware in Australia”, Journal of Law & Information Science, V. 1, N. 3, 1983, p. 263; **Rimas**, Vytas M.: “Trade Secret Protection of Computer Software”, Computer/Law Journal, V. 5, 1984, p. 78; **Keays**, Anne C.: “Software Trade Secret Protection”, Software Law Journal, V. 4, 1991, p. 578; **Şenbaş**, Pınar: Bilgi Teknolojileri Dış Kaynak Alımında (Outsourcing) Kişisel Verilerin Korunması ve Gizlilik Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 21.

<sup>36</sup> Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamalari/tbmmkms/tbmmkom/ticarisir.pdf>, (ET. 12.10.2017).

ramının teknik detaylarına ilişkin bilgiler, müşteri çevresine (listesine) ilişkin bilgiler, programın kullanılacağı amaç ve işlevlere ilişkin bilgiler, taraflara ilişkin ticarî veya özel bilgiler, malî bilgiler, know-how, pazarlama ve ürün planları, stratejik ortaklara ve iş stratejilerine ilişkin bilgiler gibi çok geniş bir yelpazede bilgi paylaşımı söz konusu olabilmektedir. Burada hemen ifade etmek gerekir ki, bilgisayar programına ilişkin lisans sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak anlaşamaması neticesinde kurulamayabilir. Hâl böyle olunca, söz konusu lisans sözleşmesi kapsamında yer alan gizlilik hükümleri taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir hâle gelemez. İşte bu riski önlemek ve genel hükümlerden ziyade daha etkili koruma hükümleri ve sonuçları düzenlemek için, görüşmelere başlanmadan, yapılması düşünülen lisans sözleşmesinden önce bağımsız bir gizlilik sözleşmesi imzalanması daha isabetli olur. Bu husus, özellikle bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmesi henüz kurulmadan önce taraflar arasında değerli(gizli) bilgi paylaşımı yapılacaksa büyük önem arz etmektedir.

Tarafların birbirlerinin gizli bilgilerine erişimi, sözleşmenin kurulması ve ilgili bilgisayar programının kullanıldığı süre boyunca da mevzu bahis olabilir. Bu bilgiler programın kendisine yönelik olup, eser sahibinin fikri hakları kapsamında olabileceği gibi<sup>37</sup>, program aracılığıyla veya görüşmeler sırasında eser sahibine ilişkin iş, fikir, metot, ilerleme, yenilik, formül, fotoğraf, çizim, tasarım, veri analizleri veya bütün ticarî, teknik ve malî bilgilere yönelik olabilir. Bunların yanında tarafların geçmiş, günümüzdeki veya gelecekteki ticari faaliyetleri ya da iştirakleri, bağlı kuruluşları ve bağlı şirketleri ile ilgili herhangi bir pazarlama stratejisi, planı, finansal bilgi veya satış tahminleri, iş planları ve performans sonuçları da gizli bilgi kapsamında değerlendirilebilir.

Gizli bilgilerin yazılı, sözlü, görsel, elektronik veya manyetik formatta ya da başka bir şekilde olması önemli değildir. Taraflar, yazılı ve sözlü iletişimlerinde geçen bilgileri gizli bilgi kapsamına sokabileceği gibi, görsel örnekler veya modelleri, elektronik veya başka bir formatta iletişime dâhil edilen her türlü bilgiyi gizli bilgi olarak sınıflandırabilir.

“Gizli” niteliği taşıyabilecek bilgiler, yukarıda açıklanan muhtevalarda söz konusu olabilir. Bununla birlikte, bunlar içerisinden nelerin gizli bilgi

<sup>37</sup> Bunlar özellikle ters mühendislik yöntemiyle bilgisayar programını oluşturan unsurlara yönelik bilgilerin tespiti şeklinde gündeme gelebilir. Yani söz konusu programın kaynak kodları, akış şeması, arayüzü, kullanılan algoritmaların program içindeki yeri ve konumlarına vs. ilişkin eser sahibine ait fikir ürünlerine erişilmesi, bunlara ilişkin (gizli) bilgilere de erişilmesi anlamına gelmektedir.

kapsamında tutulacağı, kural olarak tamamen tarafların iradelerine bağlıdır. Taraflar, bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmesinde gizli bilgilerin kapsamını sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe belirleyebilir.

### **3. Gizlilik Niteliği Taşımayan Bilgiler**

Gizlilik kapsamı dışında tutulacak bilgiler çeşitli şekillerde görünüm arz edebilir. Öncelikle, bir tarafça açıklanan bir bilgi, diğer tarafça zaten biliniyor olabilir<sup>38</sup>. Ancak, bu durumun yeterli bir şekilde ispatlanması gerekir. Yine bir tarafça açıklanan bilgi, kamu tarafından o sırada biliniyor veya bilgiyi alan tarafın kusuru olmaksızın kamuya daha sonra bildirilmiş olabilir. Bunun yanında, bilgiyi veren taraf, bilginin açıklanmasına ve gizli bilgi kapsamından çıkarılmasına daha sonradan onay verebilir<sup>39</sup>. Nihayet, mevzuat veya bir mahkeme kararı bilginin açıklanmasını gerekli kılıyor da olabilir<sup>40</sup>. Bütün bu ifade edilen bilgiler, gizli bilgi kapsamında değildir. Dolayısıyla sözleşmede yer alan gizlilik hükümleri, bu türden bilgiler bakımından gündeme gelmez. Diğer bir ifadeyle, bu bilgiler gizli olmadığı için gizlilik hükümlerinin konusu olmaz veya gizlilik hükümleri bu bilgiler bakımından hüküm ve sonuç doğurmaz.

### **4. Gizli Bilgilerin Korunmasına Yönelik Taraflar Arasında Hüküm Altına Alınan Düzenlemeler**

Gizli bilgiler ile ilgili olarak tarafların en temel yükümlülüğü, gizli bilgileri özellikle üçüncü kişilere (dışarıya) karşı gizli tutmaktır. Taraflar edindikleri gizli bilgileri, sadece sözleşmede kapsamı çizilen şekilde, yerde ve zamanda kullanılmalıdır. Gizli bilgilerin kullanımının kapsamını ifade eden bütün söz konusu hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinde fayda vardır. Zira sınırlar ayrıntılı ve net çizilmezse, gizli bilgilerin kullanım kapsamının aşılması durumları ile karşılaşılabilir. Dolayısıyla gizlilik hükümlerinde yoruma muhtaç bırakmayacak bir şekilde ayrıntılı olarak sınırlar çizilmeli ve tarafların gizli bilgileri bu kapsam içerisinde kullanmasını netleştirecek ifadeler kullanılmalıdır. Bu sınırlar ile, ayrıca tarafların edindikleri bilgiler üzerinden birbirleri ile rekabet etmemeleri de sağlanmış olur<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Taraflar isterse, bu kapsamdaki bilgileri de gizlilik hükümlerine tâbi tutabilir. Daha önce ifade edildiği üzere, bu noktada kapsamı belirlemek tamamen tarafların iradesine bağlıdır.

<sup>39</sup> Bu onay için yazılılık şartının aranması daha isabetli olur.

<sup>40</sup> Şenbaş, s. 29.

<sup>41</sup> Nitekim gizlilik hükümlerinin ihlâlinin haksız rekabete vücut verdiği bir durum, Yargıtay'ın bir kararına da yansımıştır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme bir kararında,

Her iki taraf da, gizli bilgilerin sözleşme kapsamında yetkili olmayan kişilere verilmemesini sağlamak için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu bağlamda bir taraf, edindiği gizli bilgilerin güvenliğini, bütünlüğünü ve gizliliğini, en az kendi gizli bilgilerine uyguladığı standartlarda sağlamalıdır. Burada bir tarafın kendi gizli bilgilerinin korunmasında ortalamanın üzerinde bir serbestlikte olması, edindiği gizli bilgilere de aynı yaklaşımı sergilemesine gerekçe olamaz. Dolayısıyla “en az kendi gizli bilgilerine uygulanan standartlarda koruma sağlanması” çizgisinin uygulamada makul görülen koruma standartlarının altında olması mümkün değildir. Bu sebeple, konuya ilişkin hükümde söz konusu ihtimaller göz önünde tutularak düzenleme yapılmalıdır.

Tarafların, gizli nitelikli bilgileri personeliyle paylaşması gerekebilir. Bu durumda, iş hayatında yaygın olan “bilmesi gereken kadarıyla” prensibi gündeme gelmektedir. Buna göre taraflar, konuyla ilgili olmaları hallerinde kendi personeline “bilmesi gereken kadarıyla” prensibine göre bilgi vermemelidir. Dolayısıyla personel ile paylaşılacak bilginin, onun yetkisi ve/veya iş bölümü göz önünde tutularak onu ilgilendirdiği oranda olmasına dikkat edilmelidir. Özellikle profesyonel iş bölümünün olduğu ve her birimin sadece kendi alan tanımlaması içerisinde iş yaptığı yapılarda bu durum daha ön plana çıkmaktadır. Ayrıca personelin yetki düzeyi de bu noktada önem arz etmektedir. Bunların yanında paylaşılan bilginin, personel tarafından da gizli tutulmasına yönelik personelden taahhütler alınmalıdır.

Bilgisayar programına ilişkin özellikle sadece kullanma lisansı alan taraf, program üzerinde tersine mühendislik işlemi yapmamayı taahhüt etmelidir. Tersine Mühendislik (Reverse Code Engineering), “*çalışmakta olan bir yazılımın kaynak kodlarına erişimi olunmamasına rağmen akılcı yöntemlerle sistemin çalışmasını çözmek ve ardından kaynak koda erişme süre-*

---

*“Davacı, davasında davalının protokol hükümlerine aykırı olarak kendisine imal ettiği makineyi başkaları için de ürettiği ve kataloğuna koymak suretiyle yayın yasağını ihlal ettiğini ileri sürdüğünden kanıtlanması halinde protokolde kararlaştırılan gizlilik, yayın yasağına ve aynı makineyi başkasına yapmama taahhüdüne aykırılık 6102 Sayılı TTK'nın 54. maddesindeki haksız rekabeti oluşturur.”* ifadelerine yer vermiştir. Hükümden de görüleceği üzere, ilgili olayda taraflar arasındaki imalata konu makinenin üretim, teknik ve teknolojilerine yönelik yapılan gizlilik sözleşmesinin ihlalinin, haksız rekabete vücut vereceği belirtilmiştir. 15. HD. T. 02.11.2016, E. 2016/821 ve K. 2016/4498. Karar metni için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr/>, (ET. 23.07.2019). Bilgisayar programlarının haksız rekabet kapsamında korunması için ayrıca bkz. **Aksu**, Bilgisayar Programları, s. 33 vd.

*cini kapsayan mühendislik alanıdır*”<sup>42</sup>. Başarılı bir tersine mühendislik işleminde yazılımın çalışma mantığı çözümlenerek, kaynak kodu tekrardan oluşturulabilir ve yazılım aynı işlevleri yerine getirir şekilde yeniden yapılandırılabilir<sup>43</sup>.

Her iki taraf da aralarındaki lisans sözleşmesinin kapsamına veya türüne göre (özellikle bilgisayar programlarının distribütörlüğü, yayınlanması, programa bir yenilik, çeviri veya kod eklenmesi hallerinde) birbirlerine ait gizli bilgilere vakıf olabilmektedir. Bu durumlarda, gizli bilgi paylaşan taraf, diğer taraftan paylaştığı gizli bilgilerin iadesini veya imha edilmesini talep edebilir. Bu noktada tarafların, birbirlerinden gelecek söz konusu talebi derhal yerine getirmesi ve hatta bu talebi yerine getirdiğini teyit eden bir bildirim de gerçekleştirilmesi gerekir.

Taraflar, gizlilik hükümlerine riayet yükümlülüklerinin ne kadar süreye tâbi olduğunu da ayrıca kararlaştırmalıdır. Özellikle taraflar arasındaki aktif ilişki sona ermiş olsa bile, gizlilik hükümlerinin ne kadar süre sonraya etkili olacağı hüküm altına alınmalıdır. Böylece, taraflar arasında hem asıl ilişkiye konu sözleşme süresi boyunca, hem de bu sözleşme sona erdikten sonraki kararlaştırılan süreçte gizlilik hükümleri ile koruma/korunma devam eder.

Özellikle bilgisayar programına bir yenilik, çeviri veya kod eklenmesi hallerine ilişkin görüşmeler ve yazışmalar sırasında yeni konseptler veya fikirler ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan hiçbirinin görüşmelerden önce sahip olmadığı ama görüşmeler sırasındaki etkileşim ve zihin fırtınasından ortaya yeni fikirler çıkabilir. Bunların kime ait olacağı taraflarca önceden belirlenmelidir. Bu noktada, tarafların bu fikirler üzerinde ortak bir şekilde hak sahibi olmaları kararlaştırılabilir. Özellikle fikrin ortaya çıkışında her iki tarafın da etkin rolü olduğu durumlarda bu sonuç daha uygundur. Ancak bu kabulün her zaman hakkaniyete uygun bir çözüm olduğu söylenemez. Zira karşı taraf o fikrin oluşmasında doğrudan hiçbir katkı sağlamamış ve/veya sadece varlığı ile, kullandığı bir kelime ve hatta suskunluğu ile fikri ileri sürerken sadece bir etkileşim meydana getirmiş olabilir. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın fikrin ortaya çıkmasında rolü çok düşük bir düzeyde olabilir. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde ise şöyle bir ilke getirilebilir: “Her ne kadar karşılıklı etkileşim neticesinde oluşsa da, kural olarak

<sup>42</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://wmaraci.com/nedir/tersine-muhendislik>, (ET. 18.08.2019).

<sup>43</sup> Bkz. <https://wmaraci.com/nedir/tersine-muhendislik>, (ET. 18.08.2019). Tersine mühendislik ile ilgili ayrıca bkz. **Aksu**, Bilgisayar Programları, s. 154 vd.; **Aksu**, Eser, s. 1284 vd.



bu fikirler onu ileri sürene aittir. Bununla birlikte, diğer taraf, bunları sadece görüşmeye konu olan sözleşme kapsamı içerisinde de kullanabilir.”. Söz konusu düzenleme bakımından ispat meselesi gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda, fikirler yazışmalarda ortaya çıkmışsa, onu ileri sürenin kim olduğunu tespit etmek kolaydır. Ancak yazılı olmayan (yüzyüze, telefonda, telekonferans ile vb.) görüşmeler sırasında bir fikir ileri sürülmüşse, bunu ileri sürenin ispat meselesi daha fazla olacaktır. Bu takdirde ise, taraflar sözleşmede bu düzenlemeyi yaparken ispat meselesi ile karşı karşıya kalabileceklerini düşünmelidir. Bunun bir sonucu olarak ise, bir taraf, görüşme etkileşimi içerisinde çıkmış olsa da bir fikri açıklamadan gerekli tedbirleri almalı ve aidiyet sistemini oluşturmalıdır.

Gizliliğin her mecrada geçerli olması adına uyuşmazlıkların çözümü için de özel düzenlemeler getirilebilir. Bu noktada, bir uyuşmazlık ile karşılaşıldığında, öncelikle uyuşmazlığın taraflar arasında iyiniyet kuralları çerçevesinde karşılıklı müzakereler ile çözüme kavuşturulması gerektiği hüküm altına alınabilir. Bu başarısızlığı takdirde özellikle gizliliğin ön planda olduğu arabuluculuk uygulamasına gidilmesi kararlaştırılabilir. Arabuluculuk ile de çözüm sağlanamadığı takdirde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılabilir.

## 5. Gizlilik Hükümlerine Aykırılık Hâlinde Başvurulabilecek Hukukî Yollar

Bu çalışma, sadece taraflar arasındaki sözleşmeye konulacak hükümler aracılığıyla koruma/korunma imkanlarına hasredildiği için bu başlık altında ilgili mevzuatın sağlamış olduğu hukuki yollar kapsam dışında bırakılmıştır. Burada sadece sözleşme içerisine konulması gündeme gelebilecek hükümlere yer verilmiştir. Bu itibarla, gizlilik hükümlerinin ihlâli halinde ne gibi sonuçlar doğacağı hususu ise, sözleşmede taraflarca kararlaştırılmalıdır<sup>44</sup>. Her ne kadar gündeme ilk olarak ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi gelse de, taraflar sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde farklı hukuki yaptırımlar da öngörebilir<sup>45</sup>. Meselâ götürü tazminat<sup>46</sup> veya cezai şart<sup>47</sup> öngörülebilir.

<sup>44</sup> Gizlilik hükümlerinin ihlali, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda öngörülen hukuki imkânların (davaların-taleplerin) veya Türk Ticaret Kanunundaki haksız rekabete ilişkin hükümlerin gündeme gelmesi sonucunu da doğurabilir. Ancak bunlar çalışma kapsamı dışında bırakıldığı için burada sadece sözleşme ile taraflar arasında kararlaştırılan hükümler üzerinde durulmuştur.

<sup>45</sup> Burada kast edilen hukuki yaptırımlar, özel hukuk kapsamı içerisindeki hukuki yaptırımlardır. Kanunilik ilkesi gereğince, taraflar ceza hukuku anlamında bir ceza yaptırımını kararlaştıramaz. Bunun yanında, unsurları olduğu takdirde, TCK. m. 239’da düzen-

lenen ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu gündeme gelebilir. İlgili düzenleme şu şekildedir:

“(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolünür.

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

<sup>46</sup> Götürü tazminat ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Yeşim M.: “Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları”, Atamer/Baş Süzel/Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 87-13; **Öcal Apaydın**, Bahar/**İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, MÜHF-HAD., C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 220-261; **Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 195-228; **Sarı**, Suat: Götürü Tazminat Kavramı Üzerine, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 299-304; **Kapanıcı**, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683; **Erdem**, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 97-124; **Birinci Uzun**, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015, s. 1 vd.; **Gündüz**, Ş. Deren: “Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği”, BÜHFD., C. 14, S. 179-180, Ağustos 2019, s. 1489-1510.

<sup>47</sup> Cezai şart ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilge**, Necip: Cezai Şart, Ankara 1957, s. 1 vd.; **Kocaağa**, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 1 vd.; **Ekinci**, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 23 vd.; **Uslu**, Ebubekir: Uygulama Örnekleri ve Yargı Kararları İle Türk Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019, s. 21 vd.; **Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019, s. 19 vd.; **Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Ticari Davalar & Cezai Şart, Ankara 2017, s. 9 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, s. 986 vd.; **Hatemi/Gökyayla**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 376 vd.; **Doğan**, Murat/**Şahan**, Gökhan/**Atamulu**, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 2019, s. 330; **Kayar**, İsmail: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2019, s. 224; **Aydos**, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 172; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

Bunların yanında, sözleşmelerde özellikle gizli bilgi alan tarafın hakimiyet alanında sözleşmeye aykırı olarak gerçekleşecek gizli bilgiye erişim, gizli bilgiyi açıklama veya gizli bilginin yayılması durumlarında, gizli bilgi sahibi tarafından talep edilen bütün düzeltici (engelleme, durdurma, ortadan kaldırma vb.) önlemlerin uygulamaya konulmasına yönelik düzenlemelere yer verilmesi de faydalı olacaktır.

## 6. Gizlilik Hükümlerinin Niteliği

Bilgisayar programlarına ilişkin lisans sözleşmelerindeki gizlilik hükümleri, söz konusu sözleşmenin önemli bir kısmını teşkil eder. Bu hükümler, tek yönlü veya karşılıklı olup olmadıklarına göre bir tarafa veya taraflara birtakım borçlar ve sorumluluklar yükler. Gizlilik hükümlerini söz konusu lisans sözleşmesinin esaslı noktası olarak belirleyip belirlememek tarafların iradesine bağlıdır<sup>48</sup>.

Gizlilik hükümlerine ana hatlarıyla bakıldığında, gizli bilgilerin neler olduğu ve kapsamı, gizli bilgi kapsamında olmayan bilgiler, gizli bilgilere

12. Baskı, Bursa 2018, s. 216; **Kayhan**, Şaban/**Ünlütepe**, Mustafa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 387.

<sup>48</sup> Sözleşmenin esaslı noktaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 266 vd.; **Kut**, Ahmet: "OR Art. 2", Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016, Rn. 2; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 174-175; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Cilt I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 72; **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 179; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 202; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 86; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 61; **Hatemi/Gökyayla**, s. 31; **Kocağa**, Köksal: "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", TBBD., S. 79, 2008, s. 80-81; **Nomer**, Haluk Nami/**Engin**, Baki İlkay: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 24; **Serozan**, Rona: "Sözleşmenin Kurulması, (TBK. m. 1-2)", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1, Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2019, s. 73; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985, s. 75; **Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 48; **Oser**, H./**Schönenberger**, W.: İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Birinci Kısım Madde: 1-40, İkinci Bası, Ankara 1947, Çev: Recai Seçkin, s. 53; **Cansel**, Erol/**Özel**, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 103 vd.; **Yıldırım**, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 61.

ilişkin uyulması gereken yükümlülükler ve yükümlülüklerin ihlali halinde gündeme gelecek yaptırımlar karşımıza çıkmaktadır. Gizli bilgilerin neler olduğu, kapsamı ve kapsam dışı bırakılan bilgiler, tanımlayıcı hükümlerdir.

Gizli bilgilere ilişkin uyulması gereken yükümlülükler ise bir tarafa veya taraflara gizlilik ile ilgili birtakım borçlar yükler. Yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen bu borçlara bakıldığında, bunlar arasında yapma borçları olduğu gibi yapmama (kaçınma) borçları da bulunmaktadır<sup>49</sup>. Gerçekten de özellikle gizli bilgilerin güvenliğini, bütünlüğünü ve gizliliğini korumak için alınması gereken tedbirler ile gizli bilgilerin iadesi ve imhası istenildiğinde yapılması gerekenler yapma borcu niteliğindedir. Aynı şekilde özellikle gizli bilgilerin açıklanmamasına ve tersine mühendislik yapılmamasına ilişkin yükümlülükler ise yapmama (kaçınma) borcu niteliğindedir. Bu borçlar, kural olarak sürekli edim niteliğindedir<sup>50</sup>. Taraflar, bu borçlara sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kesintisiz olarak riayet etmek durumundadır.

#### IV. SONUÇ

Bilgisayar programları, hayatımızda gün geçtikte daha önemli bir yere sahip olmaktadır. Bunlar, özellikle kullanıcılarının konforunu büyük oranda artırmaktadır. Bilgisayar programları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bir eser, bir ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilmiş bulunmaktadır. Bunun yanında Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde bilgisayar programlarının patentlenebilmesi gerektiği görüşleri de mevcuttur. Böylelikle bilgisayar programları ile ilgili olarak gündeme gelen ilk kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur. Ayrıca patentlenebilmesi halinde Sınai Mülkiyet Kanunu, haksız rekabet gündeme geldiğinde Türk Ticaret Kanunu, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme gibi durumlar söz konusu olduğunda Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulabilir. Söz konusu mevzuatta tanınan koruma yolları yanında, bilgisayar programı sahibi, eseri ile

<sup>49</sup> Yapma ve yapmama (kaçınma) edimleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Genel, s. 105 vd.; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 6 vd.; **Antalya**, s. 100 vd.; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 52; **Cansel/Özel**, s. 142; **Yıldırım**, s. 39; **Kayar**, s. 38; **Aydos**, s. 29; **Bilgili/Demirkapı**, s. 29; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 27.

<sup>50</sup> Sürekli edimler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Genel, s. 111 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 12; **İnan**, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), Üçüncü Baskı, Ankara 1984, s. 100; **Önen**, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara 1996, s. 9; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 37; **Tunçomağ**, s. 66; **Kılıçoğlu**, Genel, s. 8; **Antalya**, s. 103; **Doğan/Şahan/Atamulu**, s. 56; **Cansel/Özel**, s. 146; **Aydos**, s. 29; **Yıldırım**, s. 41; **Kayar**, s. 38; **Bilgili/Demirkapı**, s. 29; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 29.

ilgili yapacağı sözleşmelerde de koruma/korunma hükümleri öngörebilir. Bunların bir kısmı gizlilik hükümleri kapsamında ele alınmaktadır. Burada yer alan hükümler ise, kural olarak her iki tarafı da birtakım yükümlülükler altına sokar. Böylelikle, bilgisayar programlarına yönelik çeşitli kapsam veya türlerde yapılan lisans sözleşmelerinde sözleşmenin yapısına uygun gizlilik hükümlerine yer vermek, taraflara özel bir koruma sağlar.

Taraflar gizlilik hükümlerini sözleşme özgürlüğü içerisinde serbestçe düzenleyebilir. Diğer bir ifadeyle nelerin gizli bilgi kapsamında yer alacağı, nelerin almayacağı, gizli bilgilerin nasıl, ne zaman ve nerede kullanılacağı, ihlâl durumlarında ne gibi hüküm ve sonuçlar doğacağı ve konu ile alakalı daha birçok husus, taraflarca somut durumun özelliklerine göre sözleşme özgürlüğü içerisinde serbestçe tayin edilebilir. Mevzuatta yer alan hükümler yerine, tarafların uygulanacak hükümleri kendilerinin belirlemeleri daha etkilidir. Bu kapsamda önceden ayrıntılı hükümler öngörmek, taraflara, sonradan ortaya çıkabilecek olumsuz durumlardan büyük oranda koruma sağlar. Böylelikle sorunsuz hukuki ilişkiler kurulmasına da önemli bir katkı sağlanmış olur.

## BİBLİYOGRAFYA

- Akdemir Kamalı**, Tuğba: Fikri Hukuk Kapsamında Bilgisayar Programlarındaki Değişikliklerin Sonuçları, Ankara 2019.
- Aksu**, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006, (Kısaltılmışı: Aksu, Bilgisayar Programları).
- : “Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği İle Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 1255-1291, (Kısaltılmışı: Aksu, Eser).
- : “Bilgisayar Programlarının Patent Hukuku Kapsamında Korunmadığı Yönündeki Görüşün Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, s. 141-151, (Kısaltılmışı: Aksu, Patent).
- : Avrupa Adalet Divanının Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunmasına Dair 2 Mayıs 2012 Tarihli SAS Institute-World Programming Kararının Değerlendirilmesi, İÜHF, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 807-830, (Kısaltılmışı: Aksu, Avrupa Adalet Divanı).
- : “Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyinin Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Yönergesi (2009/24/EG)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 37, 2009, s. 139-143, (Kısaltılmışı: Aksu, Yönerge)..
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Arbek**, Ömer: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005.
- Argy**, Philip N.: “Legal Protection of Computer Spftware in Australia”, Journal of Law & Information Science, V. 1, N. 3, 1983, p. 256-267.
- Arıkan**, Ayşe Saadet: Bilgisayar Programlarının Korunması AB. ve Türkiye, TBBD., 1996/3, s. 309-381.
- Atamer**, Yeşim M.: “Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları”, Atamer/Baş Süzel/Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 87-131.

- Aydıncık**, Şirin: Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2019.
- Aydos**, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Başpınar**, Veysel/**Kocabey**, Doğan: İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara 2007.
- Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Ticari Davalar & Cezai Şart, Ankara 2017.
- Bilge**, Necip: Cezai Şart, Ankara 1957.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Bursa 2018.
- Birinci Uzun**, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara 2015.
- Classen**, H. Ward: “Fundamentals of Software Licensing”, The Journal of Law and Technology, V. 37, N. 1, 1996, p. 1-86.
- Dalyan**, Şener: Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Ankara 2009.
- Doğan**, Murat/**Şahan**, Gökhan/**Atamulu**, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 2019.
- Dratler**, Jay: “Trade Secret Law: An Impediment to Trade in Computer Software”, Computer & High Technology Law Journal, V. 1, 1985, p. 27-58.
- Eker Erkekoğlu**, Ahu: Yazılım Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Ekinci**, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Erdem**, Mehmet: Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 97-124.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, (Kısaltılmışı: Eren, Özel).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, (Kısaltılmışı: Eren, Genel).
- Erişkin**, Nuri: “Standart Yazılım Devrini Amaçlayan Sözleşmelerde Edimin Konusu Olarak Bilgisayar Programı”, AÜHFD., C. 48, S. 1-4, 1999, s. 213-253.

- Eroğlu**, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.
- Filiz**, Erdinç: Patent Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Gündüz**, Ş. Deren: “Türk Hukuku Bakımından Götürü Tazminat Kavramının Gerekliliği”, BÜHFD., C. 14, S. 179-180, Ağustos 2019, s. 1489-1510
- Güneş**, İlhami: Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Güvenç Uluçlar**, Selvi Nazlı: Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.
- İnan**, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı), Üçüncü Baskı, Ankara 1984.
- İzmirli**, Lale Ayhan: Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlâli ve Korunması, Ankara 2012.
- Kapancı**, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağın, İstanbul 2013, s. 655-683.
- Kayar**, İsmail: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2019.
- Keays**, Anne C.: “Software Trade Secret Protection”, Software Law Journal, V. 4, 1991, p. 577-596.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2017, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Fikri Haklar).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Genel).
- Kırathı**, Metin: Marka Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Kocaağa**, Köksal: “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBBD., S. 79, 2008, s. 73-102, (Kısaltılmışı: Kocaağa, İrade).



- : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, (Kısaltılmışı: Kocaağa, Cezai Şart).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Baskı, İstanbul 2017.
- Kut**, Ahmet: “OR Art. 2”, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016.
- Madatli**, Kanan: “Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects and Regulations”, Baku State University Law Review, V. 2, Iss. 1, December 2015, p. 118-134.
- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Nomer**, Haluk Nami/**Engin**, Baki İlkey: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Cilt I, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Oser**, H./**Schönenberger**, W.: İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Birinci Kısım Madde: 1-40, İkinci Bası, Ankara 1947, Çev: Recai Seçkin.
- Öcal Apaydın**, Bahar/**İnce Akman**, Nurten: “Götürü Tazminatın Hakim Tarafından İndirilmesi Meselesi”, MÜHF-HAD., C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 220-261.
- Ölmez**, Hande: Marka Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- Önen**, Turgut: Borçlar Hukuku, Ankara 1996.
- Özden**, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Özsoy**, Saadet Hande: Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Öztan**, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
- Parlak Börü**, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 195-228.
- Reger**, Christina M.: “Let’s Swap Copyright for Code: the Computer Software Disclosure Dichotomy”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, V. 24, 2004, p. 215-246.

- Rimas**, Vytas M.: “Trade Secret Protection of Computer Software”, Computer/Law Journal, V. 5, 1984, p. 77-100.
- Sancak**, Emine Çavuşoğlu: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesi Kapsamında Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Sarı**, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 299-304.
- Serozan**, Rona: “Sözleşmenin Kurulması, (TBK. m. 1-2)”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 1, Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2019.
- Sevinç**, Elif: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Szepesi**, Judith A.: “Maximizing Protection for Computer Software”, Computer & High Technology Law Journal, V. 12, 1996, s. 173-206.
- Şahan**, Gökhan: Bilgisayar Programı İmâl Sözleşmesi, Ankara 2016.
- Şenbaş**, Pınar: Bilgi Teknolojileri Dış Kaynak Alımında (Outsourcing) Kişisel Verilerin Korunması ve Gizlilik Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Basım, İstanbul 2008.
- Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1985.
- Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Topaloğlu**, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997, (Kısaltılmışı: Topaloğlu, Program).  
-----: Bilişim Hukuku, Adana 2005, (Kısaltılmışı: Topaloğlu, Bilişim).
- Tunçer**, Ramazan Onur: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Lisans Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

**Tunick**, David C.: “Legal Rights in Computer Software”, Computer & High Technology Law Journal, V. 8, 1992, p. 407-428.

**Yarsuvat**, Emre: Intellectual Property Rights in Computer Programs in Europe and Turkey, Master’s Thesis, İstanbul 1996.

**Uslu**, Ebubekir: Uygulama Örnekleri ve Yargı Kararları İle Türk Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019.

**Yağcıoğlu**, Burcu: Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019.

**Yazıcı**, Emine Sena: Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

**Yıldırım**, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2016.

### KISALTMALAR CETVELİ

<b>AB.</b>	: Avrupa Birliği
<b>AÜHFD.</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>BÜHFD</b>	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>C.</b>	: Cilt
<b>E.</b>	: Esas
<b>ET.</b>	: Erişim Tarihi
<b>FSEK.</b>	: 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>Iss.</b>	: Issue
<b>İÜHFM.</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>KBİBB.</b>	: Kazancı Bilişim İhtihat Bilgi Bankası
<b>MÜHF-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	: Number
<b>p.</b>	: page
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBBD.</b>	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>V.</b>	: Volume
<b>WIPO</b>	: World Intellectual Property Organization



## TÜRK-İSVİÇRE HUKUKUNDA YARDIM NAFAKASI YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HAKKANİYETE AYKIRILIK NEDENİYLE AZALTILMASI VEYA KALDIRILMASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787607>

**Öğr. Gör. Dr. Ayşen ÇİLENTİ KONURALP\***

### Öz

*Türk Medenî Kanunu md. 364'te öngörölmüş olan yardım nafakası yükümlülüğü, aile bireylerinin birbirlerine maddî destek sağlaması konusundaki ahlâki ödevin, kanundan doğan bir yükümlülük olarak düzenlenmiş halidir. Kanun koyucu, yardım nafakası yükümlülerini ve nafaka talep edebilecek kişileri sınırlı şekilde saymış, bu yükümlülüğün doğması için gerçekleşmesi gereken şartları düzenlemiştir. Yardım nafakasının hakkaniyete aykırılık nedeniyle azaltılması veya kaldırılması ise, Türk Medenî Kanunu md. 365/3 hükmünde düzenlenmiştir. Fakat yardım nafakasının hangi hallerde hakkaniyet gereği azaltılabileceği veya kaldırılabilceği, bu durumu makul gösteren vakıaların ne olacağı tartışmaya açıktır. Keza, Yargıtay uygulaması ile Türk öğretisinde ileri sürölen görüşler farklılık göstermektedir. Yargıtay uygulamasında bu vakıalar genellikle hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı ölçüt alınarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle, Türk Medenî Kanunu md. 365/3'ün içerdığı hakkaniyet ölçütünü, İsviçre öğretisindeki görüşleri de dikkate alarak incelemek gerekir.*

### Anahtar Kelimeler

*Dürüstlük Kuralı, Hakkaniyet İlkesi, Yardım Nafakası, Yardım Nafakasının Azaltılması, Yardım Nafakasının Kaldırılması*

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: aysencilenti@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5626-6970> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 12.02.2020/Makale Kabul Tarihi: 20.05.2020)

**REDUCTION OR ABROGATION OF DUTY OF ASSISTANCE  
DUE TO THE BREACH OF PRINCIPLE OF  
EQUITY IN TURKISH-SWISS LAW**

**Abstract**

*The concept of duty of assistance which is regulated by the art. 364 of the Turkish Civil Code, is the form of legal obligation that is originally the moral duty of family members to provide financial support to each other. The lawmaker regulated the indigents and the persons obliged to provide the assistance in a conclusive way, and also the preconditions of the duty of assistance. Reduction or abrogation of duty of assistance due to the principle of equity is regulated by the art. 365/3 of the Turkish Civil Code. However, the question of in which cases the duty of assistance can be reduced or abrogated, namely the matter of facts which justifies such a restriction is unclear. Likewise, the approach of Turkish Court of Cassation and the Turkish legal doctrine differs. Evaluation of Turkish Court of Cassation of such cases is generally based on the principle of equity and good faith. Therefore, the criteria of the principle of equity of the art. 365/3 of the Turkish Civil Code shall be examined by taking the Swiss legal doctrine into account.*

**Keywords**

*Good Faith, Principle of Equity, Duty of Assistance, Reduction of Duty of Assistance, Abrogation of Duty of Assistance*

## GİRİŞ

Aile bireyleri arasındaki sosyal ilişkinin meşru kıldığı ahlâki bir ödev olan aile bireyelerine destekte bulunma yükümlülüğü, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) md. 364 ilâ 366 hükümleri arasında kanunî bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun koyucu, nafaka yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, nafaka talep eden ve nafaka yükümlüsü olan aile bireyleri bakımından aranacak olan “yoksulluk”, “ödeme gücü” ve “refah içinde bulunma” gibi ekonomik ölçütleri kesin biçimde açıklamamış olsa da, Yargıtay kararlarında ve öğretide, aşağıda da inceleneceği üzere, bu kavramlar bakımından neredeyse ortak bir görüşe varılmış durumdadır. Keza, nafaka talep edebilecek ve nafaka yükümlüsü olabilecek aile bireyleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Nafaka yükümlülüğü, ancak kanunun aradığı bu şartlar gerçekleşikten sonra doğar. Bu şartlardan ayrı olarak, somut olayda bir aile bireyinin nafaka yükümlüsü olması hakkaniyete aykırı olabilir. TMK md. 365/3'e göre: “Nafakanın, yükümlülerin bir veya birkaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir.” Hükümde yer alan, nafaka istenmesinin hakkaniyete aykırı olması şartının ne zaman sağlanacağı, somut olayda ölçütün ne olacağı ise tartışmaya açıktır. Keza, aşağıda da inceleneceği üzere Yargıtay hakkaniyete aykırılığı oldukça dar yorumlamakta, üstelik hükmün uygulanabilmesi için birden çok nafaka yükümlüsünden nafaka talep edilmesi ve içlerinden birinin nafaka ödemesinin hakkaniyete aykırı sayılması gerektiğini kabul etmektedir. Türk öğretisinde de farklı çözüm önerileri ileri sürülmüş, örneğin kıyasen uygulama veya kanun boşluğu doldurma gibi yöntemler ile hakkaniyete aykırı yardım nafakası talebi önlenmeye çalışılmıştır. İsviçre öğretisi ise, TMK md. 365/3 hükmünün mehasını oluşturan İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) Art. 329/2 hükmünün yorumunda, hakkaniyete aykırılığın kapsamını çok daha geniş değerlendirmektedir. Üstelik İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında İsviçre öğretisi ile aynı doğrultuda bir tavır sergilemektedir. Bu nedenle TMK md. 365/3'ün kapsamının ve hakkaniyete aykırılığın ölçütünün İsviçre öğretisindeki yorumlar da dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Fakat İsviçre öğretisinin ve uygulamasının yorumu dikkate alınırken, aile hukukunun niteliğinden kaynaklanan, aile ilişkileri ile aile bireyelerinin yükümlülüklerinin ve sosyal devlet ilkesinin işleyişinin ülkeden ülkeye farklılık gösteren niteliği gözardı edilmemelidir. Bu nedenle, varılacak sonuçta İsviçre Hukukunun çözüm önerilerinin doğrudan benimsenmesi yoluna gidilmemeli, bu öneriler Türk Aile Hukukunun yapısına uygun düşüğü şekilde yorumlanmalıdır.



## 1. Genel Olarak Yardım Nafakası Kavramı

Yardım nafakası, TMK md. 364 ilâ 366 hükümlerinde düzenlenmiştir. TMK md. 364/1'e göre: "*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür*"<sup>1</sup>. Yardım nafakası, TMK'nın Aile Kitabının İkinci Bölümünün Birinci Ayrımında, Nafaka Yükümlülükleri başlığı altında düzenlenmiştir. TMK md. 364 vd. hükümlerinin mehzazı olan ZGB Art. 328 vd. hükümleri ise "*Koruma Yükümlülüğü (Die Unterstützungspflicht)*" başlığı altında düzenlenmiştir<sup>2</sup>.

Aile bireylerinin birbirlerine yardım etmesi gerektiği düşüncesi, bireyin geniş aileye dâhil olduğu kabulü ve bu aile yapısındaki dayanışma anlayışında yatmaktadır<sup>3</sup>. Roma Hukukunda da varlığı kabul edilen bu ödev, o dönemde hakkaniyet, adalet ve aile bireyleri arasındaki yakınlık olgusuna dayandırılmıştı<sup>4</sup>. Tarihi süreçte bu ödev, aile bireylerinin birbirlerine bir miktar para ödemesi şeklinde değil de, yardıma muhtaç kişinin ihtiyaç duyduğu bakımın veya diğer ihtiyaçların doğrudan karşılanması şeklinde gerçekleştiriliyordu<sup>5</sup>. Kanun koyucu yardım nafakası hükümleri ile bu ahlâki ödevi kanunî bir ödevde dönüştürmüştür<sup>6</sup>. Bu ödev, aile bireyleri arasındaki

<sup>1</sup> TMK md. 364-366 hükümlerinin mehzazı, ZGB Art. 328-330 hükümleridir.

<sup>2</sup> İsviçre öğretisinde, kanun koyucunun nafaka yükümlülüğü ile yardım yükümlülüğü arasında bir ayırım yaptığı kabul edilmiştir. Bu nedenle ZGB Art. 328 vd. düzenlenen yardım yükümlülüğü bir nafaka türü olarak değerlendirilmemiştir. Bkz. **Hegnauer**, Cyril: Grundriss des Kindesrechts, Fünfte überarbeitete Auflage, Bern 1999, N. 29.05; **Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016, ZGB Art. 328-329, N. 1; **Egger**, August: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252-359, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1943, (Egger, ZGB Art.), ZGB Art. 328, N. 13. Biz bu çalışma boyunca, terim birliğini sağlamak amacıyla, her iki hukuk düzeni bakımından da yardım nafakası ifadesini kullanacağız.

<sup>3</sup> **Koller**, Thomas: "Der Verwandtenunterstützungspflicht im schweizerischen Recht oder: Der "verlorene Sohn" im Spannungsfeld zwischen Fiskalinteresse und Privatinteresse", FamPra.ch, Y. 2007, (Koller, FamPra.ch), s. 769.

<sup>4</sup> **İpek**, Nurcan: "Roma Hukukunda Yardım Nafakası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 282.

<sup>5</sup> **Koller**, FamPra.ch, s. 770.

<sup>6</sup> **Tekinay**, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 586; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986, s. 293; **Öztaş**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Basım, Ankara 2015, s. 1201; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 1133; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku,

sosyal ilişkinin meşru kıldığı bir ödevdir<sup>7</sup>. Yargıtay'a göre: "Yardım nafakası, ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı sosyal ödevdir ve kanun koyucu, kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiş, bu ödevin ortadan kaldırılmasını ise, MK m. 365 ile sınırlamıştır"<sup>8</sup>. Başka bir kararında da Yargıtay yardım nafakasını şöyle tanımlamıştır: "Yardım nafakası, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya ilişkin bir nevi sosyal yardımlaşma olup, ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödevdir. Yardım nafakası isteyen kusuru ile yardıma muhtaç duruma düşmüş olması, yükümlüyü borcundan kurtarmamaktadır. Aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle kanun koyucu, yardım nafakasını kişinin ve toplumun vicdanına bırakmamış, kanuni bir ödev olarak düzenlemiştir"<sup>9</sup>. Aile topluluğundaki bireylerin yoksulluk halinde birbirlerine yardım etmesini öngören bu ödev, ailenin toplumdaki işlevinin adeta bir sosyal güvenlik sistemi gibi örgütlenmek olduğunu ileri süren klasik görüş ile de uyum gösterir<sup>10</sup>.

TMK md. 364/1'e göre, herkes yardım edilmemesi halinde yoksulluğa düşecek altsoy-üstsoy kan hısımları ile kardeşlerine nafaka ödemekle yükümlüdür. Yardım nafakası karşılıklı bir yükümlülüktür<sup>11</sup>. Kayın hısımları

---

20. Basım, İstanbul 2017, s. 444; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III: Aile Hukuku, 14. Basım, İstanbul 2019, N. 1746; **Ruhi**, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara 2003, s. 95; **Özdemir**, Hayrunnisa: "Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 66; **Koller**, FamPra.ch, s. 770; **Çakırca**, Seda İrem: "Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 1, Y. 2015, s. 69.

<sup>7</sup> **Gönensay**, A. Samim: Medenî Hukuk, Cilt 2, Aile Hukuku, Kısım 1, Karı Koca, İstanbul 1937, s. 125.

<sup>8</sup> Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>9</sup> Yarg. 3. HD., E. 2015/9875, K. 2015/17177, T. 4.11.2015; Yarg. 3. HD., E. 2012/5724, K. 2012/10012, T. 12.4.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>10</sup> **Geiser**, Thomas/**Fountoulakis**, Christiana (Hrsg): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018, (Koller, ZGB Art.), ZGB Art. 328-329, N. 3.

<sup>11</sup> **Tekinay**, s. 587; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1752; **Öztan**, s. 1201, 1205; **İnal**, Nihat: Boşanma-Nafaka-Eşya-Nişanlanma Davaları, Ankara 1998, s. 846; **Ruhi**, s. 95; **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Jungo**, Alexandra: Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015, §46, N. 2; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 4; **Egger**, ZGB Art. 328, N. 24; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 8; **Özdemir**, s. 66; **Topuksak**, Zümra: Yardım Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 4.

larının birbirlerine karşı yardım nafakası yükümlülüğü yoktur<sup>12</sup>. Ayrıca yardım nafakası yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için kişiler arasında soybağının kurulmuş olması gerekir<sup>13</sup>. Evlat edinme yoluyla kurulmuş soybağının mevcudiyeti halinde de karşılıklı yardım nafakası yükümlülüğü mevcut olur<sup>14</sup>. Fakat üvey anne baba ve üvey çocuklar arasında yardım nafakası yükümlülüğü söz konusu olmaz<sup>15</sup>. TMK md. 364 yardım nafakası yükümlülerini ve yardım nafakası talep edebilecek kişileri sınırlı olarak saydığı için, hükmün kapsamının yükümlüler ve yararlananlar bakımından genişletilmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. Belirtmek gerekir ki, İsviçre kanun koyucusu TMK md. 364/1'in mehzazı olan ZGB Art. 328/1 hükmünde yardım nafakasını yalnızca üstsoy ve altsoy arasındaki bir yükümlülük olarak düzenlemiş, kardeşler arasındaki nafaka yükümlülüğünü 1998 revizyonu ile kaldırmıştır. Kardeşlerin yardım nafakası yükümlülüğünün kaldırılması, 1988 yılında ZGB'de yapılan değişiklik ile kardeşlerin saklı paylarının kaldırılmasının ardından yapılan bir uyum düzenlemesi olarak görülmektedir<sup>17</sup>. Türk kanun koyucusu ise, 2007 yılında kardeşlerin saklı paylarını kaldırmakla birlikte kardeşler arasındaki yardım nafakası yükümlülüğünün mevcudiyetini korumuştur. Fakat bu bir çelişki olarak görülmemelidir. Zira Türk toplum yapısının aile anlayışı, kardeşlerin yardım nafakası yükümlüsü olması fikrine ters düşmemekte, ayrıca kardeşler arasındaki yardım nafakası yükümlülüğünün tamamen kaldırılması, ancak sosyal devlet ilkesinin tamamen uygulanabildiği ve kişilerin aile bireyleri dışında sosyal devlet araçları tarafından sağlanan yardım ile hayatların idame ettirebildikleri ihtimalde

<sup>12</sup> **Gönensay**, s. 126; **Öztaş**, s. 1204; **Ruhi**, s. 95; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Hausheer**, Heinz/**Geiser**, Thomas/**Aebi-Müller**, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Bern 2018, N. 18.11; **Hegnauer**, N. 29.07; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 4; **Egger**, ZGB Art. 328, N. 24.

<sup>13</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1749; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Aile Hukuku, 2. Basım, Ankara 2016, s. 666; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, N. 18.11; **Hegnauer**, N. 29.07. Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 04.02.2008, 575/913 (**Gençcan**, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 1655); **Özdemir**, s. 66.

<sup>14</sup> **Öztaş**, s. 1204; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1750; **İnal**, s. 847; **Köprülü/Kaneti**, s. 294; **Ruhi**, s. 96; **Hegnauer**, N. 29.07; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Özdemir**, s. 66.

<sup>15</sup> **Öztaş**, s. 1204; **İnal**, s. 847; **Hegnauer**, N. 29.07; **Hausheer**, Heinz/**Spycher**, Annette (Hrsg): Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, (Brunner, N.), N. 07.11.

<sup>16</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1752; **Gönensay**, s. 126; **Köprülü/Kaneti**, s. 294; **Öztaş**, s. 1201, 1204; **Akıntürk/Ateş**, s. 445; **Gençcan**, s. 1655; **Kılıçoğlu**, s. 666; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1134; **Ruhi**, s. 95; **Özğür**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 363.

<sup>17</sup> **Sutter-Somm**, Thomas/**Kobel** Felix: Familienrecht, Zürich-Basel-Genf 2009, N. 1087-1089.

makul görünmektedir<sup>18</sup>. Bunun yanında, Türk kanun koyucusu da kardeşlerin nafaka yükümlülüğünü üstsoy ve altsoyun nafaka yükümlülüğü kadar katı değerlendirmemiş; TMK md. 364/2 hükmünde, kardeşlerin yardım nafakası yükümlülüğünü refah içinde bulunmalarına bağlamıştır. Yargıtay'a göre: "*Malî durumu fevkalâde masrafları karşılamaya elverişli ve ihtiyarlık günleri için tasarrufa da imkân bulabilecek geliri bulunan kişi, refah içinde kabul edilir....Diğer bir anlatımla, geliri çevresine ve sosyal durumuna göre lüks sayılabilecek şeyleri sağlamaya elverişli bulunan ve normal ihtiyaçları dışında her şeyi elde edebilecek bir bolluk ve zenginlik içinde olan kimse refah halinde sayılır*"<sup>19</sup>. Dolayısıyla kardeşlerin refah içinde sayılabilmesi için, lüks masraflarda bulunabilecek kadar rahat bir maddî durumda olmaları ve birikimlerinin olması aranmıştır<sup>20</sup>. İsviçre öğretisinde de refah içinde olmak, ortalama maddî güçten daha yüksek bir alım gücüne sahip olmak ve nafaka ödemenin yükümlünün maddî gücünde ciddi bir değişim meydana getirmemesi anlamına gelmektedir<sup>21</sup>. Bu durumun kardeşlerin yardım nafakası yükümlüsü olma ihtimalini, üstsoy ve altsoy hısımlarına nazaran zorlaştırdığı açıktır.

TMK md. 364'e göre yardım nafakası talep etmenin şartı, kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olmaktır. Yoksulluk kanun koyucu tarafından açıkça tanımlanmış, sınırları belirlenmiş bir olgu değildir. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yoksulluk kavramını şöyle açıklamıştır: "*Yoksulluğun hukuksal kavramı anılan yasa maddesinde tanımlanmamıştır. Yeri gelmişken şunu belirtmek gerekir ki yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgilidir. O nedenle bunu ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları altında belirlemek gerekir. Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir. (Anayasa 17/1, 55) Şu halde, bu temel hakkın tabii sonucu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul*

<sup>18</sup> Çakırca, s. 79.

<sup>19</sup> Yarg. 2. HD., E. 1984/9089, K. 1985/8985, T. 5.11.1985 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>20</sup> Köprülü/Kaneti, s. 293; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1770.

<sup>21</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 18.12; Sutter-Somm/Kobel, N. 1099; Hegnauer, N. 29.10. Fakat ZGB'de kardeşlerin yardım nafakası yükümlülüğü yoktur. Refah içinde olma şartı altsoy ve üstsoy için getirilmiştir. ZGB'de kardeşlerin yardım nafakası yükümlülüğünün bulunduğu dönemde, aynı yöndeki refah içinde olma tanımı için bkz. BGE 82 II 197 (Köprülü/Kaneti, s. 297).

*kabul etmek yerinde olur”<sup>22</sup>. Yargıtay’ın yoksulluk kavramı bakımından vurguladığı bir diğer esas ise, kişinin kendi emek ve geliri ile yaşamını sürdüremeyecek durumda olmasıdır<sup>23</sup>. Bu durum kişinin hiç malvarlığının olmamasından, çalışmaya elverişli bir durumda bulunmamasından veya küçük çocuklarına karşı bakım yükümlülüğü dolayısıyla çalışamayacak durumda olmasından kaynaklanabilir<sup>24</sup>. Diğer bir deyişle, yardım nafakası isteyen kişinin çok sıkıntılı ekonomik şartlar altında bulunması gerekir. Yardım nafakası ise yalnızca bu çok sıkıntılı durumu ortadan kaldırma işlevini görür, fakat kişinin tüm ihtiyaçlarını karşılaması gerekmez<sup>25</sup>. İsviçre öğretisine göre de yardım nafakası yardıma muhtaç kişinin yiyecek, giyecek, barınma, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı gibi ortalama ve makul bir hayat tarzını sürdürebileceği miktarı karşılamalıdır<sup>26</sup>. Ayrıca geçen zamanla birlikte ekonomik koşulların değişmesi nedeniyle nafaka miktarının hakkaniyete uygun olarak artırılması gerekir<sup>27</sup>.*

Yardıma muhtaç kişinin kendi kusuru ile yoksulluğa düşmüş olması yardım nafakası yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>28</sup>. Fakat bir kimse aslında kendi geçimini sağlayabilecek imkânlarla sahipken, kötü niyetle hareket ederek hayatını hısımlarının maddî varlığı ile sürdürmek amacıyla bu

<sup>22</sup> Yarg. HGK., E. 1998/2-656, K. 1998/688, T. 7.10.1998 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>23</sup> Yarg. 3. HD., E. 2015/9875, K. 2015/17177, T. 4.11.2015; Yarg. 3. HD., E. 2013/15765, K. 2014/200, T. 14.1.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019). Buna karşın kişinin sigortası ihtiyaçlarını karşılıyor ise, örneğin zorunlu sağlık sigortası tedavi masraflarını karşılıyor ise, kişinin bu bakımdan yoksulluğa düştüğü söylenemez. Bkz. BGE 133 II 507, özellikle bölüm 5. 1 (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 18.08).

<sup>24</sup> Sutter-Somm/Kobel, N. 1093.

<sup>25</sup> Yarg. 3. HD., E. 2015/4273 K. 2015/12393, T. 2.7.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>26</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 18.06; Sutter-Somm/Kobel, N. 1093; Hegnauer, N. 29.09; Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 7.

<sup>27</sup> Yarg. 3. HD., E. 2004/10816, K. 2004/11187, T. 18.10.2004; Yarg. 3. HD., E. 2004/3939, K. 2004/3890, T. 20.4.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>28</sup> Tekinay, s. 591; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1758; Öztan, s. 1211; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 18.08; Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 12; Koller, ZGB Art. 328-329, N. 12. Ayrıca bkz. “Yardım nafakası isteyen kusuru ile yardıma muhtaç duruma düşmesi, yükümlüyü borcundan kurtarmaz.”: Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/ 860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

imkânları kullanmıyorsa, yoksulluğa düşme şartı kavramsal olarak gerçekleşmemiştir<sup>29</sup>.

Bir kimsenin yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoy veya altsoya nafaka ödemeye mahkûm edilebilmesi için, ödeme gücünün bulunması gerekir. Esas olan, yardım nafakası ile yükümlü tutulacak kişinin bu yükümlülük dolayısıyla yoksulluğa düşürülmemesidir<sup>30</sup>. Dolayısıyla mahkemenin yapacağı iş, nafaka talep edenin gideri ve nafaka yükümlüsünün geliriyle doğru orantılı bir miktara hükmetmektir<sup>31</sup>.

Yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan kişiye karşı yardım yükümlülüğü bulunan birden çok kişi arasında sıra, TMK md. 365/1 hükmü gereği mirasçılıktaki sıraya göre belirlenir. Buna göre, yardım nafakası yükümlüleri bakımından ilk sırada nafaka talep edenin altsoyu, ikinci sırada anne ve babası, üçüncü sırada -refah içinde olma şartının sağlanması kaydıyla- kardeşleri, dördüncü sırada ise büyük anneler ve büyük babalar yer alır<sup>32</sup>. Sıra gözetilmeden açılan nafaka davasında davalı, kendisinden önce gelen nafaka yükümlülerinin mevcut olduğu iddiası ile davanın reddedil-

<sup>29</sup> BGE 106 II 287 (**Köprülü/Kaneti**, s. 293; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 12; **Egger**, ZGB Art. 328, N. 30; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 12; **Brunner**, N. 07.39). Ayrıca bu yönde bkz. **Öztan**, s. 1211; **Tekinay**, s. 591. Ayrıca kanımızca bu ihtimalde yardım nafakası talep etme hakkının kötüye kullanılması söz konusu değildir. Zira bu durumda kişinin nafaka talebinin önündeki engel hakkın kötüye kullanılması değil, yoksulluk şartı gerçekleşmediği için bizatihi yardım nafakası talep etme hakkının doğmamış olmasıdır.

<sup>30</sup> “*Ne var ki; bunu vermekle yükümlü tutulacak kişilerin geçim sıkıntısına düşürülmemesi asıldır. Bunun için belirlenen nafakanın; davacının geçinmesi için gerekli, nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı olacak şekilde TMK. 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek takdir edilmesi gerekir.*” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2015/9875, K. 2015/17177, T. 4.11.2015. “*Mahkemece yapılacak iş, davacının geçimi için gerekli, davalının geliri ile orantılı olacak şekilde, TMK.’nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek uygun bir nafakaya hükmetmek olmalıdır.*” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2003/8873, K. 2003/8208, T. 30.6.2003 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019). İsviçre Kanun Koyucusu ise ZGB Art. 328/1 hükmünde, altsoy ve üstsoy hısımları arasındaki yardım nafakası yükümlülüğünü refah içinde olmaya bağlamıştır. ZGB Art. 328/1: “*Wer in günstigen Verhältnissen lebt, ist verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden.*”

<sup>31</sup> “*Bunu vermekle yükümlü tutulacak kişilerin geçim sıkıntısına düşürülmemesi asıldır. Bunun için belirlenen nafakanın; davacının geçinmesi için yeterli, nafaka yükümlüsünün geliriyle orantılı olacak şekilde takdir edilmesi gerekir.*” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2015/4273, K. 2015/12393, T. 2.7.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>32</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1134; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1772.

mesini sağlayabilir<sup>33</sup>. Fakat yoksulluğa düşmemek için gerekli olan nafaka miktarının tümünün ödeme gücünün bulunmaması nedeniyle ilk sırada gelen nafaka yükümlüsünden alınamaması durumunda, sonraki sırada gelen yükümlülere başvurularak aynı anda farklı sırada bulunan yükümlülerden nafaka alabilmek mümkündür<sup>34</sup>.

Muhtemel yardım nafakası yükümlüleri bakımından son olarak şöyle bir hususu vurgulama gerekir: Yardım nafakası, bakım nafakasına göre ikinci sırada yer alan bir yükümlülüktür. Kanun koyucu TMK md. 364/3 hükmünde, “eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır” lafzı ile bunu açıkça ifade etmiştir. Buna göre, yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan kişi anne-babasından veya eşinden bakım nafakası talep edebiliyorsa, TMK md. 364’e göre yardım nafakası yükümlülerinden bir talepte bulunamaz<sup>35</sup>. Bu durum, kanun koyucunun eşe ve çocuğa karşı olan bakım borcunu hısımlara karşı olan yardım borcundan daha üstün tuttuğunun göstergesidir.

## 2. Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması

### a. Hukukî Düzenlemenin Biçimi

Kanun koyucu, yardım nafakasının azaltılmasını ve kaldırılmasını tek bir fıkra, TMK md. 365/3 hükmü ile düzenlemiştir. Fakat nafaka yüküm-

<sup>33</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1774; **Gençcan**, s. 1651; **Şener**, Esat: Uygulamalı-İçtihatlı Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık, Ankara 1994, s. 163; **Ruhi**, s. 109. Ayrıca bu yönde **Köprülü/Kaneti**, s. 295; **Öztan**, s. 1205; **Birinci-Uzun**, Tuba: “Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, Y. 2018, s. 110; **Topuksak**, s. 35.

<sup>34</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1774; **Öztan**, s. 1209; **Köprülü/Kaneti**, s. 295; **Birinci-Uzun**, s. 110; **Topuksak**, s. 36. Ayrıca bkz. Yarg. 2. HD., T. 26.11.1993, 10446/11401 (**Şener**, s. 65).

<sup>35</sup> **Tekinay**, s. 595; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1760; **Gönensay**, s. 128; **Akıntürk/Ateş**, s. 447; **Köprülü/Kaneti**, s. 294; **Öztan**, s. 1202; **Kılıçoğlu**, s. 666; **Özüğür**, s. 364. ZGB Art. 328 bakımından bu yorum için bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, §46, N. 1; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 2; **Egger**, ZGB Art. 328, N. 21. Yargıtay da kararlarında aynı esası vurgulamaktadır. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 08.09.1972, 5620/5266; Yarg. 2. HD., T. 07.02.1974, 673/715; Yarg. 2. HD., T. 07.02.1972, 522/527; Yarg. 2. HD., T. 02.11.1973, 6443/6128; Yarg. 2. HD., T. 28.06.1973, 4432/4265, Yarg. 2. HD., T. 09.11.1970, 6225/5887 (**Başaklar**, Emin: Nafaka Davaları, Ankara 1974, s. 159, 161, 166, 169, 171); Yarg. 2. HD., T. 04.06.1992, 6236/6554; Yarg. 2. HD., T. 14.09.1992, 7471/7904 (**Şener**, s. 167, 169).

lülüğünün hakkaniyete aykırılık dolayısıyla azaltılmasının veya kaldırılmasının söz konusu olabilmesi için, öncelikle yardım nafakası yükümlülüğünün mevcut olması gerekir. Dolayısıyla hakkaniyete aykırılık nedeniyle sınırlama, kavramsal olarak, ancak yukarıda sayılan yardım nafakası talep edebilme şartlarının sağlanmış olması halinde söz konusu olabilir.

TMK md. 365/3 hükmüne göre: “*Nafakanın, yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir.*”. Yargıtay’ın da kararlarında açıkça belirttiği üzere, TMK md. 365/3, kanun koyucunun yardım nafakası yükümlülüğünün sınırlanması için getirmiş olduğu tek hükümdür. Dolayısıyla yardım nafakasının azaltılması veya kaldırılması, TMK md. 365/3 hükmü ile sınırlı olarak mümkündür<sup>36</sup>. Fakat tartışmalı olan asıl husus, bu hükmün kapsamı, diğer bir deyişle hangi vakıaların TMK md. 365/3 anlamında hakkaniyete aykırılık teşkil ettiğidir.

## ***b. Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılmasının veya Kaldırılmasının Kapsamı***

### ***aa. Yargıtay Uygulamasındaki Durum***

Yargıtay, TMK md. 365/3 hükmünün içeriğini oldukça dar yorumlama eğilimindedir. Yargıtay’ın bir kararında açıkça belirttiğine göre: “*Nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılması, MK m. 365/3’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "nafakanın, yükümlülerin bir ya da birkaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa, hakim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir."* O nedenle, kural olarak nafaka yükümlülüğünün kaldırılması için birden çok nafaka yükümlüsünden talep edilmesi ve yükümlülerden birinin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğerinden talep edilmesinin hakkaniyete aykırı bulunması gerekir. Bunun dışında nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasını düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamaktadır”<sup>37</sup>. Aynı kararında Yargıtay somut olayda nafakaya hükme-

<sup>36</sup> “*Nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılması, MK m. 365/3’te düzenlenmiştir.... Bunun dışında nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasını düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamaktadır. O nedenle, kural olarak nafaka yükümlülüğünün kaldırılması için birden çok nafaka yükümlüsünden talep edilmesi ve yükümlülerden birinin nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğerinden talep edilmesinin hakkaniyete aykırı bulunması gerekir. Bunun dışında nafaka yükümlülüğünün ortadan kaldırılmasını düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamaktadır.*” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>37</sup> Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).



dilip hükmedilmeyeceği konusunda yalnızca dürüstlük kuralına göre bir inceleme gerçekleştirmiş, oğlunu ölümle tehdit eden ve oğlunun gerçek babası olmadığını ileri sürerek DNA testi talep eden babanın nafaka talebinin, bu vakıalara rağmen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir<sup>38</sup>. Görülüyor ki, Yargıtay'ın bu kararına göre yardım nafakasının TMK md. 365/3 gereği hakkaniyete aykırılık dolayısıyla azaltılması veya kaldırılması için, nafakanın mutlaka birden çok nafaka yükümlüsünden talep edilmesi, içlerinden en az birinin yükümlülüğü yerine getirebiliyor olması ve nafaka bu yükümlü tarafından ödenirken diğer yükümlülerden nafaka talep etmenin hakkaniyete aykırı olması gerekir. Dolayısıyla nafaka yalnızca tek bir yükümlüden talep ediliyorsa, o yükümlüden nafaka talep edilmesi hakkaniyete aykırı olsa bile, bu durum TMK md. 365/3'ün sınırlayıcı kapsamına dâhil olmaz. Fakat somut olaydaki vakıalar nafaka talep edilmesini dürüstlük kuralına aykırı kılabilir. Bu durumda ise yapılacak inceleme TMK md. 365/3'ün kapsamına girmez.

Yargıtay başka bir kararında ise, ilk derece mahkemesinin nafaka talep eden davacının tek bir nafaka yükümlüsünden talepte bulunmasına rağmen TMK md. 365/3'e göre hakkaniyet incelemesi yaparak verdiği ret kararında direnmesi üzerine yaptığı incelemede, açık öğretim öğrencisi olan davacının nafaka talebini haklı bulmuştur. Fakat TMK md. 365/3'ün somut olaya uygulanabilirliği konusunda bir inceleme yapmamış, yalnız çocuğun iş bulamaması nedeniyle yardım ihtiyacına değinmiştir<sup>39</sup>. Bunun yanında, 743

<sup>38</sup> “Aile bağları babanın kusuru ile zayıflamıştır. Ne var ki, MK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı, bu koşullarda davalı oğlun nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemelidir. Oğlun yardıma muhtaç duruma gelmiş olan babasına karşı asgari yaşama giderlerini karşılama borcu, dürüstlük kuralı gereği ortadan kaldırılamaz. Aksini gerektirir.” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>39</sup> “...bu haliyle davacının açık öğretimde öğrenci olduğundan bahisle babasından yardım nafakası istemesinin TMK.nun 2 ve 4. maddesinde düzenlenen dürüstlük ve hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği, TMK.nun 365. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre nafakanın, yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hakim, onların nafaka yükümlülüğünü kaldırabileceği, davanın yasal koşullarının oluşmadığı...” gerekçeleriyle önceki kararda direnilmiştir... Şu halde, yerel mahkemece davacı yararına hakkaniyete uygun bir miktarda yardım nafakasına hükmolunması gerekirken, yanlış değerlendirilmeyle davacı çocuğun nafaka isteminin tümünden reddine karar verilmesi doğru değildir.” Bkz. Yarg. HGK., E. 2013/3-1627, K. 2015/1020, T. 13.3.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019). Yargıtay'ın bu kararında, esasında TMK md. 328/2'nin kapsamına giren eğitim nafakasının TMK md. 364/1 anlamında yardım nafakası olarak adlandırıldığı görülmektedir. Oysa bu adlandırma isabetli değildir. TMK md. 328/2 gibi bir hüküm barındırmayan Türk Kanunu Medenisi

sayılı Türk Kanunu Medenisi TMK md. 365/3'e karşılık gelen bir hüküm barındırmadığı için, Yargıtay bu dönemde, somut olayda nafakaya hükmedilmesinin hakkaniyete aykırı olup olmadığını incelerken yalnızca hakkaniyet, dürüstlük kuralı ve iyiniyet ilkelerine göre inceleme yapmıştır. Yargıtay bu dönemde verdiği bir kararında, babasını döven oğlun yardım nafakası talebinin TMK md. 2, md. 3 ve md. 4'te yer alan iyiniyet, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir<sup>40</sup>.

Kanun koyucu, yardım nafakası yükümlülüğünü düzenleyerek aile ilişkilerinden doğan ahlâki bir ödevi kanunî bir ödev haline getirmiştir. Fakat bu ödevin temelinde, aile olma bilincinin getirdiği karşılıklı koruma düşüncesi yatar. Dolayısıyla yardım nafakası yükümlülüğünün temelinde yatan düşünce, aile bağlarının bu ödevi meşru kılmasıdır<sup>41</sup>. Oysa somut olayda aile üyelerinin birbirlerine karşı olumsuz tutum ve davranışları ile bakım yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları, çoğu zaman aile birliğinin sarsılmasına neden olur. Bu nedenle, somut olayda bir kimsenin yardım nafakası ile yükümlü kılınmasının hakkaniyete aykırı sayılması, aslında çok sık karşılaşılabilecek bir hayat olayıdır. Yargıtay ise somut olayı dürüstlük kuralı çerçevesinde incelerken, salt aile bağlarının zayıflamasını yardım nafakası yükümlülüğünün ortadan kalkması için bir neden olarak görmemektedir. Buna göre yardım nafakası yükümlülüğünün ortadan kalkması için, nafaka talep edenin kendi kusuru ile aile bağlarını zayıflatmış olması yeterli

---

döneminde, Yargıtay ergin çocuğun eğitim nafakası için yardım nafakasına başvurarak bir çözüm üretmişse de, TMK md. 328/2'nin varlığına rağmen böyle bir adlandırma yapmak isabetli değildir. Bkz. **Engin**, Baki İlkay: "Yargıtay Kararlarında Ergin Çocuğun Nafakası", Medeni hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 2019, s. 10, 11. Bu yönde bkz. **Türkmen**, Ahmet: "Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 2755 vd.; **Birinci-Uzun**, s. 115 vd.; **Sonat**, K. Ali: "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 2013, s. 243.

<sup>40</sup> "Yakın aile bağları temelinden sarsılırsa kurumun sağladığı hak ve mükellefiyetler de ortadan kalkar. Bu Medeni Kanunun başlangıcında yer alan (MK. 2, 3, 4) dürüstlük ve hakkaniyet kurallarının gereğidir. Dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde nafaka borçlusunu döven, mirastan iskatını gerektiren bir davranış içinde bulunan kişiye, (MK. 315) nafaka verilmesi açıklanan kurullarla bağdaşmaz." Bkz. Yarg. 2. HD., E. 1994/12296, K. 1994/1222, T. 2.2.1995 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>41</sup> **Fuchs**, Maximilian: "Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?", JZ, C. 57, S. 17, Y. 2002, s. 787.

değildir. Aile bağlarının temelinden sarsılmış olması gerekir<sup>42</sup>. Örneğin Yargıtay bir kararında, oğlunu 7 yaşındayken terk eden ve ona karşı bakım yükümlülüğünü yerine getirmeyen babanın, aile bağlarını kendi kusuru ile zayıflattığını, fakat bu durumun oğlun babaya karşı olan yardım nafakası yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir<sup>43</sup>. Başka bir kararında, ahlâken kötü bir hayat yaşayan kız çocuğunun yardım nafakası talep etmesinin önünde bir engel olmadığını kabul etmiştir<sup>44</sup>. Diğer bir kararında ise, mirasçılıktan çıkarılan kişinin bile, diğer şartların sağlanması halinde yardım nafakası talep etme hakkının devam ettiğine hükmetmiştir<sup>45</sup>.

Yargıtay bir kararında, oğlunu evlatlık olarak teyzesine veren, dolayısıyla ona karşı bakım yükümlülüğü yerine getirmemiş olan, dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarından hüküm giymiş, oğlunu tehdit ettiği ve

<sup>42</sup> “Uygulamada da aile bağlarının temelinden sarsılması halinde nafaka yükümlülüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmektedir....Aile bağları babanın kusuru ile zayıflamıştır. Ne var ki, MK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralı, bu koşullarda davalı oğlun nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemelidir.” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008. “Yardım nafakası isteyen kusuruyla yardıma muhtaç duruma düşmüş olması, yükümlüyü borcundan kurtarmamaktadır. Aile bağlarının herhangi bir sebeple zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir.” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2012/5724, K. 2012/10012, T. 12.4.2012. “Yakın aile bağları temelinden sarsılırsa kurumun sağladığı hak ve mükellefiyetler de ortadan kalkar. Bu Medeni Kanunun başlangıcında yer alan (MK. 2, 3, 4) dürüstlük ve hakkaniyet kurallarının gereğidir. Dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde nafaka borçlusunu döven, mirastan iskatını gerektiren bir davranış içinde bulunan kişiye, (MK. 315) nafaka verilmesi açıklanan kurullarla bağdaşmaz.” Bkz. Yarg. 2. HD., E. 1994/12296, K. 1994/1222, T. 2.2.1995 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>43</sup> “... yardıma muhtaç A. N. Ö.'in davalı 7 yaşında iken ailesini terk ederek arayıp sormadığı, babalık görevlerini yerine getirmediği, bu durumda davalıyı nafaka ödemeye zorlamanın hakkaniyet kurallarına uygun düşmeyeceği, sosyal devlet ilkesi gözönüne alındığında; sürekli yardım ve bağış kabul eden Darülaceze Müdürlüğü'nün hizmetlerinden yararlananların ödeme gücü olmayan yakınlarından nafaka istemesinin sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle koşulları oluşmayan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir... Yardım nafakası, aile bireylerini yoksulluk ve düşkünlükten kurtarmaya ilişkin bir nevi sosyal yardımlaşma olup, ahlak kuralları ile geleneklerin zorunlu kıldığı bir ödevdir. Yardım nafakası isteyen kusuru ile yardıma muhtaç duruma düşmüş olması, yükümlüyü borcundan kurtarmamaktadır. Aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması da yükümlülüğü ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmemiştir.” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2015/9875, K. 2015/17177, T. 4.11.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>44</sup> Yarg., HGK., T. 23.11.1949, 121/54 (İnal, s. 856).

<sup>45</sup> Yarg., 2. HD., E. 1940/1479, K. 1940/2427, T. 20. 06. 1940 (Çakırca, s. 81).

ona hakaret ettiği gerekçesi ile ceza almış, ceza davası sırasında oğlunun öz oğlu olmadığı dolayısıyla DNA testi istemiş babanın oğlundan olan nafaka talebini, aile bağları babanın kusuruyla zayıflasa da refah içinde olan altsoyun nafaka yükümlülüğünün dürüstlük kuralı gereği devam edeceği gerekçesiyle kabul etmiştir. Yargıtay bu kararında altsoyun nafaka yükümlülüğü ile üstsoyun nafaka yükümlülüğünün farklı ağırlıkta değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, altsoyun üstsoya yardım yükümlülüğü ile üstsoyun altsoya yardım yükümlülüğünün ahlâki nedenleri farklıdır. Bu nedenle altsoyun üstsoya karşı olan yardım yükümlülüğü daha önemlidir. Örneğin “*annenin nafaka yükümlüsü karşısında çocukluğunda görevlerini yapmaması, oğlunu küçük yaşta ona buna terk etmesi, oğlunu başkalarına bırakması, büyüyüp iş sahibi olana kadar onunla ilgilenmemesinin*”, çocuğun anneye karşı olan yardım nafakası yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Yargıtay başka bir kararında, bu eğilimi ile uyumlu olarak, babasını döven oğulun dürüstlük kuralı ve hakkaniyet gereği yardım nafakası talep edemeyeceğine hükmetmiştir<sup>47</sup>. Dolayısıyla Yargıtay, üstsoy-altsoy arasındaki ilişkiyi toplumun geleneksel yapısı çerçevesinde değerlendirmiş ve altsoyun üstsoya karşı olan, ahlâki değerlere ve aile bireyleri arasındaki saygı ve sevgi ilişkisine zarar veren davranışlarını “daha kabul edilemez” bulmuştur. Buna karşın Yargıtay, üstsoyun altsoya karşı olan bakım yükümlülüğünü yerine getirmemesine ve üstsoyun altsoyun kişi varlığına zarar veren davranışlarına müsamaha göstermiş, bu durumun nafaka yükümlülüğünü dürüstlük kuralı gereği ortadan kaldıran bir neden olmadığına hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay TMK md. 365/3 hükmünü oldukça dar yorumlamakta, yalnızca birden fazla nafaka yükümlüsünden nafaka talep edilmesi halinde, yükümlülerden bir veya birkaçının nafaka ödemesinin

<sup>46</sup> “*Davacı 70 yaşlarında, nafaka yükümlüsü oğul refah içerisindedir. Aile bağları babanın kusuru ile zayıflamıştır. Ne var ki, MK'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralı, bu koşullarda davalı oğul nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemelidir. Oğul yardımı muhtaç duruma gelmiş olan babasına karşı asgari yaşama giderlerini karşılama borcu, dürüstlük kuralı gereği ortadan kaldırılamaz. Aksini gerektirir. Zira altsoyun (oğul) üstsoya (babaya) karşı yardım yükümlülüğü ile üstsoyun altsoya karşı olan yardım yükümlülüğünün ahlaki, geleneksel ve toplumsal nedenleri farklıdır. MK m. 364 bu şekilde yorumlanmalıdır.*” Bkz. Yarg. 3. HD., E. 2007/19271, K. 2008/860, T. 22.1.2008 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

<sup>47</sup> “*Dürüstlük ve hakkaniyet kuralları gereğince babasını döven oğul, babasından yoksulluk nafakası isteyemez.*” Bkz. Yarg. 2. HD., E. 1994/12296, K. 1994/1222, T. 2.2.1995 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi, 18.11.2019).

hakkaniyete aykırı sayılması halinde uygulanacağını kabul etmektedir. Diğer bir deyişle Yargıtay'a göre bu hüküm, *nafaka miktarının paylaştırılması* ile ilgili bir soruna çözüm bulmaktadır. Yargıtay bu durumda, somut olayda nafaka yükümlülüğünü sınırlayacak başka bir hüküm mevcut olmadığını için, ancak nafaka talebi dürüstlük kuralına aykırı ise nafaka yükümlülüğünü azaltmayı veya ortadan kaldırmayı kabul etmektedir. Yukarıda da incelendiği üzere, aile bağlarının temelinden sarsılması, Yargıtay kararlarında çok sınırlı olarak dürüstlük kuralı gereği nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak görülmektedir. Oysa dürüstlük kuralı, somut olayda uygulanacak bir hükmün mevcut olmadığı hallerde başvurulacak son çare olarak görülmelidir<sup>48</sup>. Bu nedenle TMK md. 365/3'ün yardım nafakasını azaltan veya ortadan kaldıran kapsamı doğru şekilde tespit edilmeli, bunun için mehaz ZGB ile birlikte bir değerlendirme yapılmalıdır.

### bb. Türk Öğretisindeki Görüşler

Türk öğretisinde TMK md. 365/3'ün kapsamı ve hakkaniyet kavramı oldukça farklı şekillerde yorumlanmış, bunun için pek çok ölçüt ileri sürülmüştür.

İlk olarak öğretide bir görüşe göre, aile bireyleri arasında yakın bir ilişki olmaması, bireylerin fiilen bir birlik içinde yaşamamaları<sup>49</sup> veya aile bağlarının herhangi bir nedenle zayıflamış olması, başlı başına yardım nafakası yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden değildir<sup>50</sup>. Bu görüşte olan Velidedeoğlu'na göre, yardım nafakası yükümlülüğünün şartları objektif olduğu için bu şartların gerçekleşmesi ile yardım nafakası yükümlülüğü kendiliğinden doğar<sup>51</sup>. Hatta öğretide, nafaka talep eden kişinin nafaka talep ettiği yakınına karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması da yardım nafakasının hakkaniyet gereği sınırlanması için bir neden olarak görülmemiştir<sup>52</sup>. Belgesay'a göre ise, aile bağları tamamen ortadan kalktıysa nafaka yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bu nedenle somut olayda kişi yakınlarına karşı aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmiş veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemiş ise, dolayısıyla mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden biri mevcut ise, yakınlarının

<sup>48</sup> Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, 25. Bası, İstanbul 2019, N. 962, 963.

<sup>49</sup> Çakırca, s. 80.

<sup>50</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963, s. 396.

<sup>51</sup> Velidedeoğlu, s. 396.

<sup>52</sup> Baygın, Cem: Soybağı Hukuku. İstanbul 2010, s. 447.

ona karşı olan nafaka yükümlülüğü ortadan kalkar<sup>53</sup>. Öztan'a göre ise, çocuğun yetişmesi sırasında aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen ve çocukla kişisel ilişki kurmayan baba, bunun yanında babasını döven oğul, yardım nafakası talebinde bulunamaz. Dolayısıyla hakkaniyete aykırılık geniş yorumlanması gereken bir kavramdır<sup>54</sup>.

Öğretide diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucu aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalini yardım nafakasının ortadan kalkması bakımından bir sebep olarak düzenlemediğine göre, kanunda bu sınırlama bakımından doğrudan uygulanabilecek bir hüküm mevcut değildir<sup>55</sup>. Bu durumda, kanun koyucu somut olay adaletine aykırı sonuçlara yol açacak bir istisnayı düzenlemediği için, örtülü boşluk söz konusudur. Hâkimin TMK md. 1/2 gereği kanun boşluğunu doldurması gerekir. Kanun boşluğunu doldururken ise, TMK md. 365/3'ün, hâkimin nafaka miktarını belirlerken hakkaniyeti dikkate alması gerektiği hükmü kıyasen uygulanmalı ve dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı nafaka talepleri reddedilmelidir<sup>56</sup>. Bu görüş TMK md. 365/3 hükmünü, Yargıtay'ın görüşüne uygun olarak, nafaka miktarının birden çok yükümlü arasında paylaşılması bakımından bir ölçüt olarak ele almıştır.

Görüldüğü gibi, öğretide yardım nafakasını hakkaniyet gereği sınırlamaya yönelik görüşlerin çözüm önerileri ve ölçütleri genellikle TMK md. 365/3 hükmü ile ilişkilendirilmemiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın hakkaniyet gereği sınırlamayı TMK md. 365/3'ün içeriğine dâhil etmeyen, bu sınırlamayı TMK md. 2, 3 ve 4 ile açıklamaya çalışan eğilimine yakın bir çizgi benimsenmiştir. TMK md. 365/3 hükmü ise, aynı sırada birden çok nafaka yükümlüsünün mevcut olduğu ihtimallerde, bunlardan bir veya birkaçından nafaka talep etmek hakkaniyete aykırı düşecek ise, miktarın azaltılması veya kaldırılması, dolayısıyla nafaka miktarının paylaşılması ile ilgili bir hüküm olarak ele alınmıştır<sup>57</sup>. Üstelik nafaka talebinin hakkaniyet gereği sınırlanmasını TMK md. 365/3'e değinmeksizin tartışan görüşler hakkaniyete aykırı-

<sup>53</sup> **Belgesay**, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi-II, Aile Hukuku, İstanbul 1957, s. 298. Belgesay'ın bu görüşü ileri sürdüğü dönemde, Türk Kanunu Medenisi'nde TMK md. 365/3'ü karşılayan bir hüküm bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>54</sup> **Öztan**, s. 1203, 1204.

<sup>55</sup> **Demiral**, Meltem: "Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliği Hakkında Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, s. 1132.

<sup>56</sup> **Demiral**, s. 1134, 1135.

<sup>57</sup> **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1775; **Kılıçoğlu**, s. 668. Benzer yönde **Özüğür**, s. 395; **Demiral**, s. 1135.

rılığı oldukça dar biçimde yorumlamaktadır. Dolayısıyla Türk öğretisinin yardım nafakası yükümlülüğünün hakkaniyete aykırılık nedeniyle sınırlandırılmasını, Yargıtay uygulaması gibi, oldukça dar yorumladığı söylenebilir.

### *cc. İsviçre Öğretisindeki Görüşler ve İsviçre Uygulamasındaki Durum*

Modern endüstri ve onun getirdiği çalışma koşulları içerisinde geniş aile yapısının sona ermesi, bunun yanında sosyal sigorta sisteminin inşa edilmesi; aile bireyleri arasındaki yardımlaşma düşüncesinden doğan yardım nafakası yükümlülüğünün önemini büyük ölçüde yitirmesine neden olmuştur. Üstelik modern çağda baskın olmaya başlayan bireyci toplum anlayışı nedeniyle aile bireyleri arasındaki dayanışma ve birlik düşüncesi anlamını yitirmeye başlamaktadır. Bunun yanında eşler arasındaki ve ebeveyn-çocuk arasındaki bakım nafakası yükümlülüğü, yardım nafakası yükümlülüğünden öncelikli olarak kişilerin ailelerinden yardım talep edebileceği bir yoldur<sup>58</sup>. İsviçre öğretisinde, kardeşlerin yardım nafakası yükümlülüğünün kaldırılarak yükümlülüğün üstsoy-altsoy hısımlarına hasredilmesi, aile kurumunun ve buna bağlı olarak aile bireylerinin birbirlerine karşı olan sorumluluk düşüncesinin değişerek “zayıflamasına” bağlanmış, bunun yanında üstsoy-altsoy arasındaki yardım nafakası yükümlülüğünün uygulamasının azaltılmasının da kaçınılmaz olduğu vurgulanmıştır. Bu yükümlülüğün uygulamadaki ağırlığını yitirmesi, İsviçre Hukuku bakımından sosyal sigorta sisteminde önlemler alınması sonucunu doğurmuş, dolayısıyla ortadan kalkan yardım nafakası güvencesi, yerini her Kantonda ayrıca düzenlenmiş sosyal sigorta güvencesine bırakmıştır<sup>59</sup>. Bu nedenle İsviçre Hukukunda yardım nafakası yükümlülüğü çağın gerisinde kalmaya başlamış bir yükümlülük olarak görülmüş ve ZGB Art. 329/2 hükmündeki hakkaniyete aykırılığın en geniş şekilde değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>60</sup>.

ZGB Art. 329/2 hükmü, yardım nafakası yükümlülüğünün somut olayda haksız görülmesi nedeniyle azaltılması veya kaldırılmasını düzenlemektedir. Hükme göre, nafaka yükümlülerinden birine başvurmak, durumun

<sup>58</sup> **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 3.

<sup>59</sup> **Jäggi**, Kurt: “Verwandtenunterstützung (Art. 329 Abs. 3 ZGB) und Rückforderung von öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen als Ausweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand?”, ZBJV, C. 134, Y. 1998, s. 394, 395; **Koller**, FamPra.ch, s. 772. Sosyal sigorta hukukunun, değişen aile ilişkileri dolayısıyla yardım nafakasının sağladığı güvencenin yerini aldığı yönünde, Alman Hukuku açısından benzer yönde bir tespit için bkz. **Lipp**, Volker: “Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht”, NJW, S. 31, Y. 2002, s. 2202; **Fuchs**, s. 791.

<sup>60</sup> **Koller**, FamPra.ch, s. 791.

özel koşulları nedeniyle haksız görülüyor ise, hâkim nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya tamamen kaldırabilir<sup>61</sup>. ZGB Art. 329/2 hükmünün sınırlayıcı içeriği, İsviçre öğretisinde oldukça geniş yorumlanmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün sınırlayıcı içeriği, Yargıtay uygulaması ve Türk öğretisinin bir kısmında olduğu gibi, yalnızca birden fazla yükümlüden nafaka talep edilmesi halinde bu yükümlülerden birinin nafakadan sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olması ihtimaline hasredilmemiştir. Buna göre ZGB Art. 329/2, hâkime, somut olayın şartları bir yükümlüden nafaka talep edilmesini hakkaniyete aykırı<sup>62</sup> kılıyorsa, nafaka miktarını azaltma veya tamamen ortadan kaldırma imkânı verir<sup>63</sup>. Burada hakkaniyete aykırılık, özellikle de nafaka yükümlüsü ile nafaka talep eden kişi arasındaki ilişkiden kaynaklanır. Nafaka talep eden kişi, yükümlüye karşı, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiş ve bu nedenle aile bağları temelinden sarsılmışsa<sup>64</sup> veya yükümlüye karşı ciddi derecede kusurlu davranışlarda bulunmuşsa<sup>65</sup> ZGB Art. 329/2'nin uygulanması söz konusu olur. Örneğin baba çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemiş<sup>66</sup> veya hâkim tarafından belirlenen ziyaret saatlerine uyararak çocukla kişisel ilişki kurmamışsa, çocuğun babaya karşı olan yardım nafakası yükümlülüğü bu ölçüde azalır veya tamamen ortadan kalkar<sup>67</sup>. Çocuğun babasının hayatına kastetmiş olması halinde, babasından talep edeceği nafaka miktarında indirimle gidilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması hakkaniyete uygundur<sup>68</sup>.

İsviçre öğretisine göre, yardım nafakasının azaltılması veya kaldırılması, yardıma muhtaç kişinin maddî imkânlarını kullanma şeklinden kay-

<sup>61</sup> ZGB Art. 329/2: “Erscheint die Heranziehung eines Pflichtigen wegen besonderer Umstände als unbillig, so kann das Gericht die Unterstützungspflicht ermässigen oder aufheben.”.

<sup>62</sup> “unbillig”.

<sup>63</sup> **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, N. 18.16; **Sutter-Somm/Kobel**, N. 1103; **Büchler**, Andreas/**Vetterli**, Rolf: Ehe Partnerschaft Kinder, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2011, s. 270, 272; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, §46, N. 4; **Hegnauer**, N. 29.13; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 13; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19; **Brunner**, N. 07.85.

<sup>64</sup> **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, N. 18.16; **Hegnauer**, N. 29.13; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 13.

<sup>65</sup> **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, §46 N. 4.

<sup>66</sup> **Anderegg**, Karl: “Einige Gedanken zur revidierten Verwandtenunterstützungspflicht”, SJZ, C. 78, S. 4, Y. 1978, s. 55.

<sup>67</sup> **Hegnauer**, N. 29.13; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 13; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>68</sup> **Hegnauer**, N. 29.13; **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 13; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.



naklanabilir. İlk olarak, yukarıda da belirtildiği üzere, hâkim görüşe göre kişinin yoksulluğa kendi kusuru ile düşmesi, başlı başına onun yardım nafakası talebini ortadan kaldıran bir sebep değildir. Fakat İsviçre öğretisinde, isabetli olarak, yoksulluğa düşenin bu duruma kendi kusuru ile sebep olmasının somut olayın koşulları gereği hakkaniyete göre nafakanın azaltılması veya ortadan kalkması için bir sebep olabileceği savunulmaktadır<sup>69</sup>. Bir kimse, onu yoksulluktan kurtaracak bir alacak hakkını kendi iradesi veya kusuru ile sona erdirmişse, yardım nafakasına hükmedilmesi somut olayın şartlarına göre hakkaniyete aykırı sayılabilir<sup>70</sup>. Ayrıca kendisine düşen çok yüksek miktarda miras payını israf ederek tüketmesinin ardından yakınlarının maddî gücü ile geçinmek üzere nafaka talep eden kişinin talebi de hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir<sup>71</sup>. Özellikle de, kişinin kendisine yardım nafakası ödemekle yükümlü olmayan hısımlarına veya üçüncü kişilere kendi malvarlığından yaptığı önemli ölçüdeki kazandırmalar, onun yoksulluğa düşmesine neden olmuş ise, bu kazandırmalardan yararlanmayan bir hısmın yardım nafakası ile yükümlü tutulması, hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir<sup>72</sup>. Bu durumda, kazandırmalardan yararlandırılan bir yardım nafakası yükümlüsü mevcutsa, kanunun öngördüğü sıra esas alınmaksızın, o kişi ilk sırada yardım nafakası yükümlüsü olarak kabul edilmelidir. Bu yükümlüler, nafaka yükümlülüğüne sıra nedeniyle itirazda bulunamayacak olsalar da, kanun koyucunun öngördüğü diğer nedenleri ileri sürerek yardım nafakası yükümlülüğüne itiraz edebilirler<sup>73</sup>.

Yardım nafakası talep edilen kişi, yardım nafakası talep eden kişiye, daha önceden onu yoksulluktan kurtarmak için maddî destek sağlamış ise, bu desteğin yoksulluğa düşen kişi tarafından nasıl kullanıldığı önem taşır. Buna göre, olası yardım nafakası yükümlüsü, yardım talep eden kişiye, hâlihazırda alışılmışın üzerindeki miktarlarda maddî olanak sağladıysa -örneğin kişinin mirastan feragat etmesi karşılığında ona yüksek miktarda ödeme yaptıysa-, kişinin bu parayı israf ederek tüketip yeniden yoksulluğa düşmesi durumunda, zaten maddî destekte bulunmuş olan kişinin yeniden yardım nafakası ile sorumlu tutulması hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir. Zira bu durumda, yoksulluğa düşen kişinin maddî imkânlarını doğru kullanmasının sorum-

<sup>69</sup> **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 12; **Brunner**, N. 07.41; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>70</sup> **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 12.

<sup>71</sup> **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>72</sup> **Brunner**, N. 07.41.

<sup>73</sup> **Brunner**, N. 07.90.

luluğu tamamen yardım nafakası talep edilen kişiye yüklenmiş olurdu. Oysa yardım nafakası yükümlüsünün, yoksulluk durumunda bulunan kişiye yaptığı yardımı, onun bu miktarı israf edip bitiremeyeceği ve yeniden yoksulluğa düşmeyeceği şekilde tasarlaması beklenemez. Bu nedenle kendisine yapılan maddî yardımı makul şekilde kullanma sorumluluğu yalnızca yardım nafakası talep edebilecek olan kişiye ait olmalıdır<sup>74</sup>.

İsviçre öğretisindeki bir diğer tartışma da, hısımlar arasındaki kopuk aile ilişkilerinin yardım nafakası yükümlülüğünü hakkaniyet sebebiyle ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Bir görüşe göre, nafakanın hakkaniyete uygunluğunun incelenmesinde ekonomik ölçütlerin yanında, taraflar arasındaki kişisel ilişkilerin de değerlendirilmesi gerekir. Nafaka talep eden ile edilen arasındaki hısımlık derecesinin yakınlığı ise, kişisel ilişkilerin yakınlığı bakımından bir göstergedir<sup>75</sup>. Öğretide bir görüşe göre, taraflar arasında hiçbir kişisel ilişki yoksa yardım nafakası talep etmek hakkaniyete aykırıdır<sup>76</sup>. Federal Mahkeme bir kararında, babasının çabalarına rağmen 25 yıldır babasıyla görüşmeyi reddeden ve onunla tüm kişisel ilişkisini kopararak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini de ihlal eden oğulun, daha sonra babasından yardım nafakası talep etmesinin hakkaniyete aykırı olduğu, zira yardım nafakasını meşru kılan aile birliği kavramının somut olayda söz konusu olmadığını ifade etmiştir<sup>77</sup>. Fakat öğretide, aile ilişkilerinde meydana gelen kopmalar altsoyun ergenlik döneminde meydana gelmiş ise, kusurun tek taraflı olarak altsoya yüklenemeyeceği isabetle savunulmuştur<sup>78</sup>. Federal Mahkeme de bir kararında, babasının alkol bağımlılığı ve aşırı otoriter kişiliği nedeniyle sorunlu bir çocukluk geçirerek ailesinden kopan, uyuşturucu satıcılığı yaptığı için hüküm giyen, kendisi de uyuşturucu bağımlısı olan, ciddi psikiyatrik bozukluklara sahip olan ve mahkeme tarafından bir süre hastanede tedavi görmesine karar verilen çocuğun, tedavi ve yaşam masrafları için anne ve babasından istediği yardım nafakasını hakkaniyete aykırı bulmamış; çocuğun küçük yaşlarda yaşadığı olumsuz hayat deneyimlerinin onu bu duruma düşüren suç işleme eğilimini arttırdığını vurgulayarak, ailenin bundan sorumlu olduğunu kabul etmiştir<sup>79</sup>. Fakat yetişkin çocuk

<sup>74</sup> Brunner, N. 07.89.

<sup>75</sup> Brunner, N. 07.86.

<sup>76</sup> Koller, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>77</sup> BGE 5C.298/2001 E 2c (Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 14; Brunner, N. 07.87).

<sup>78</sup> Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 13.

<sup>79</sup> BGE 106 II 287 (Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 14; Koller, ZGB Art. 328-329, N. 19; Brunner, N. 07.88; Koller, Thomas/Demir, Eylem: "Soll die verwandtenunterstützungsrechtliche Solidarität weiter gehen als die

ebeveynlerin kusuru olmaksızın uyuşturucu madde bağımlısı olmuş ve ebeveynleri ile arasındaki ilişki bu nedenle kopmuş ise, bu durumda çocuğun ebeveynlerden yardım nafakası talep etmesinin hakkaniyete aykırı olduğu kabul edilmiştir<sup>80</sup>.

Yardım nafakası talebinin hakkaniyete aykırı olması, yardım nafakası yükümlülüğünün doğmasını engelleyen (ödeme gücünün veya yoksulluğun bulunmaması gibi) diğer olgulara nazaran daha geniş yorumlanabilir. Zira hakkaniyet kavramı, somut olayda tartışmalara yol açabilecek derecede geniş yorumlanmaya müsait ve belirsiz bir kavramdır<sup>81</sup>. Fakat bu kavram çok geniş yorumlanırsa, kişinin kendi kusuru ile yoksulluğa düştüğü her durumda, yardım nafaka talep etmesi hakkaniyete aykırı sayılabilir<sup>82</sup>. Bu nedenle İsviçre öğretisinde, yoksulluk nafakasının hakkaniyete aykırılık nedeniyle azaltılması veya kaldırılmasına ilişkin ZGB Art. 125/3 hükmünün, yardım nafakasının (ve aile hukukundan kaynaklanan diğer tüm nafaka yükümlülüklerinin) hakkaniyete aykırılığının tespiti bakımından kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>83</sup>. Bu hükme göre, bir kimseye yoksulluk nafakası ödenmesi açıkça hakkaniyete aykırı ise nafaka miktarı azaltılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Hakkaniyete aykırılık, özellikle de nafaka talep eden kimse aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmişse, yoksulluğa kendi kötü niyetli davranışı ile neden olmuşsa veya yükümlüye veya onun yakınlarına karşı ağır bir suç işlemiş ise söz konusu olabilir<sup>84</sup>. TMK md. 176/4 hükmü de hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebileceğini hükme bağlamış, fakat ZGB Art. 125/3 hükmü gibi bir örnekleme yapmamıştır. Fakat aşağıda inceleneceği üzere, Türk Hukuku bakımından da isabetli olan, TMK md. 510'da yer alan mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin kıyasen uygulanması çözümüdür.

---

krankenversicherungsrechtliche? Und welche Tragweite haben die SKOS-Richtlinien 12/08 im Verwandtenunterstützungsrecht?", Recht, Y. 2010/2, s. 60).

<sup>80</sup> **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19

<sup>81</sup> **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 14; **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>82</sup> **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>83</sup> **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 14.

<sup>84</sup> ZGB Art. 125/3: "Ein Beitrag kann ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre, insbesondere weil die berechtigte Person:  
1. ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat;  
2. ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat;  
3. gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundenen Person eine schwere Straftat begangen hat."

İsviçre öğretisindeki bir diğer tartışma ise, nafaka talebi hakkaniyete aykırılık nedeniyle azaltılan veya ortadan kaldırılan kimsenin, elde edemediği nafaka miktarı için sonraki sırada gelen nafaka yükümlülerine başvurup başvuramayacağıdır. İsviçre öğretisinde bir görüşe göre, nafaka talebinin hakkaniyete aykırı olmasında nafaka talep eden kişinin kendi kusuru yok ise, bu kişi sonraki sırada gelen yükümlülere başvurabilir. Fakat bu kişi hakkaniyete aykırılığa kendi kusuru ile yol açmış ve ilk sırada bulunan nafaka yükümlülerine başvurma imkânını kaybetmiş ise, sonraki sırada gelen muhtemel nafaka yükümlülerine başvurmanın da her zaman hakkaniyete aykırı sayılacağı kabul edilmelidir<sup>85</sup>. Fakat kanımızca öğretilerde diğer bir görüşün daha isabetli olarak belirttiği üzere, sonraki sırada gelen hısımların yardım nafakası yükümlülüğünün kalkması için, bu kusurun, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmek gibi, sonraki sırada gelen yükümlülere de etkileyebilecek bir davranıştan kaynaklanması gerekir. Böyle bir durum söz konusu değilse, diğer bir deyişle sonraki sırada gelen yükümlüler bu kusurlu davranışın etki alanında değilse, onların nafaka yükümlülüğü devam eder. Fakat bu kusurlu davranış sonraki sırada gelen nafaka yükümlülerini de etkilemiş ise, somut olayın koşulları onların nafaka yükümlülüğünün hakkaniyet gereği azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına yol açabilir<sup>86</sup>.

İsviçre öğretisinde, Yargıtay'ın da kararlarında vurguladığı gibi, altsoyun ve üstsoyun nafaka borcu ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Buna göre günümüz aile ilişkilerinde nesiller arasındaki anlayış farkı gereği sürekli bir değişim yaşanmakta ve bireycilik ön plana çıkmaktadır. Fakat şunu unutmamak gerekir: Ebeveynler çocuklarına olan bakım borcunu çoğu zaman onların eğitimlerinin bitmesi ile yerine getirmiş olurlar. Oysa çocukların ebeveynlerine karşı olan yardım borcu, işte tam da bu aşamada başlar. Bu nedenle hakkaniyet esaslı değerlendirilirken işin niteliğinden kaynaklanan bu farklılık gözetilmelidir<sup>87</sup>. Fakat bu durum, doğal olarak, anne ve babanın çocuğa karşı olan bakım yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmiş olmaları halinde artık yardım nafakası ile yükümlü olmadıkları anlamına gelmez. Örneğin Appenzell Ausserrhoden Kanton Mahkemesi bir kararında, 32 yaşındaki felçli çocuğun emekli anne ve babasından olan aylık 500 Frank yardım nafakası talebini, anne ve baba bu yaşa kadar çocuğa bakmış ve desteklemiş olsalar da, hakkaniyete aykırı bulmamıştır<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> **Breitschmid**, ZGB Art. 328-329, N. 15. Aynı yönde bkz. **Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19.

<sup>86</sup> **Brunner**, N. 07.91.

<sup>87</sup> **Büchler/Vetterli**, s. 272.

<sup>88</sup> KGer AR, GVP-AR 2005, s. 98 vd. (**Koller**, ZGB Art. 328-329, N. 19).

İsviçre öğretisinde, somut olayın tüm koşullarının birlikte değerlendirilerek, olaydaki ilişkinin niteliğine uygun bir çözüm bulunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Ayrıca hakkaniyete göre yapılacak incelemede, somut olaydaki ihtiyacın aciliyeti de hesaba katılmalıdır<sup>90</sup>. Fakat görülüyor ki gerek İsviçre öğretisi gerekse İsviçre yargısı, yardım nafakası yükümlülüğünün hakkaniyete aykırılık nedeniyle azaltılmasını ve kaldırılmasını, Türk öğretisine ve Yargıtay uygulamasına göre çok daha geniş yorumlamaktadır. Yalnızca aile ilişkilerinin kopması bile, yardım nafakası yükümlülüğünün sona ermesi bakımından geçerli bir sebep olarak görülebilmektedir. Esasında bunun nedeni, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin toplumun aile anlayışı ve buna bağlı değer yargılarından ayrılamayacak olmasında yatar. Üstelik yardım nafakası yükümlülüğünün bu denli geniş şekilde sınırlandırılması, ancak sosyal devlet anlayışının tamamen sağlandığı ve yardıma muhtaç kişinin hısımlarının desteği olmadan da yardıma ulaşabileceği bir sistemde mümkün olabilir<sup>91</sup>.

#### **dd. TMK md. 365/3'ün Kapsamının Değerlendirilmesi**

Yukarıda, yardım nafakasının hakkaniyet gereği azaltılması ve kaldırılması ile ilgili, Türk ve İsviçre öğretilerindeki çeşitli görüşleri ve Türk ve İsviçre yargılarının konuya yaklaşımlarını inceledik<sup>92</sup>. TMK md. 365/3 hükmü, bu görüşler ışığında değerlendirilmelidir.

ZGB Art. 329/2 hükmü, yardım nafakası yükümlülüğünün hakkaniyet gereği sınırlandırmasını içerir. Bu fıkra ZGB Art. 329 hükmüne 1976 yılında eklenmiş ve 1978 yılında yürürlüğe girmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi de TMK md. 365/3'ü karşılayan bir hüküm içermemekteydi. Fakat 2002'de yürürlüğe giren TMK, ZGB Art. 329/2 hükmünü anlamsal bakımdan neredeyse tamamen karşılayan md. 365/3 hükmünü içermektedir. ZGB Art. 329/2 hükmü 'yükümlülerden birine başvurmak'<sup>93</sup> ifadesini kullanmakta iken, TMK md. 365/3 hükmünde 'nafakanın, yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesi' ifadesi kullanılmıştır. Lafızdaki bu farklılık, hükümlerin içeriklerinde anlamsal bir farklılığa yol açmaz. Bu nedenle ZGB Art. 329/2 hükmü, TMK md. 365/3 hükmüne mehzaz teşkil etmekte, dolayısıyla TMK md. 365/3'ün sınırlayıcı kapsamının İsviçre öğretisindeki görüşlerle birlikte

<sup>89</sup> Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, §46, N. 4; Breitschmid, ZGB Art. 328-329, N. 13.

<sup>90</sup> Hegnauer, N. 29.13.

<sup>91</sup> Çakırca, s. 79.

<sup>92</sup> Bkz. s. 10 vd.

<sup>93</sup> "...die Heranziehung eines Pflichtigen...".

değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi, İsviçre öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesi, ZGB Art. 329/2 hükmünün içeriğini Yargıtay ve Türk öğretisi gibi dar yorumlamamış, nafaka yükümlülerinden birine başvurmanın hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği halleri bu hükmün kapsamında ele almıştır. Dolayısıyla bu hükmün mehz teşkil ettiği TBK md. 365/3 hükmü de buna uygun olarak yorumlanmalı ve bir yükümlüden nafaka talep edilmesinin hakkaniyete aykırılık teşkil edip etmediği, bu hükmün kapsamında incelenmelidir. Keza, TMK md. 365'in madde gerekçesine göre: “*Hâkim nafaka yükümlüsünün bir veya birden çok olması halinde, bunlardan hangisinden nafaka istenebileceğini veya birkaç nafaka yükümlüsünün her birinin yükümlü olduğu nafaka miktarını hakkaniyete göre belirleyebileceği gibi, nafakanın miktarını durum ve koşullara göre hakkaniyet ölçüsünde kaldırabilecek veya azaltabilecektir*”<sup>94</sup>. Dolayısıyla, Türk kanun koyucusu madde gerekçesinde açıkça TMK md. 365/3 hükmünün sadece nafaka miktarının birden çok nafaka yükümlüsü arasında paylaştırılmasına ilişkin bir hüküm olmadığını, nafaka yükümlüsü bir kişi ise de bu kişiden nafaka istenip istenemeyeceğinin bu hükme göre belirleneceğini ifade etmektedir. Türk kanun koyucusunun mehz maddenin kapsamından sapmadığı düşünüldüğünde, TMK md. 365/3 hükmünü yalnızca nafakanın paylaştırılmasına ilişkin bir hüküm olarak ele almak, tek bir nafaka yükümlüsünün nafaka ödemeye mecbur bırakılmasının hakkaniyete aykırı olup olmadığının araştırılmasını bu maddenin kapsamı dışında bırakmak, kanımızca isabetli değildir. Dolayısıyla nafaka talebinin hakkaniyet gereği sınırlandırılması bakımından bir örtülü kanun boşluğu olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>95</sup>. Kanun koyucu, bir yükümlüden yardım nafakası talep edilmesinin hakkaniyete aykırılık teşkil etmesi halini, pekâlâ TMK md. 365/3 hükmü ile düzenlemiştir. Bu nedenle TMK md. 365/3 hükmünün kapsamı ile ilgili varılacak ilk sonuç, bu hükmün yalnızca nafaka miktarının hakkaniyete uygun paylaştırılması ile ilgili olmadığı, aynı zamanda tek bir yükümlüden nafaka talep edilmesi halinin hakkaniyete aykırılığı halinde de uygulanacak hüküm olduğudur.

<sup>94</sup> **Helvacı**, İlhan: Türk Medenî Kanunu Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 585.

<sup>95</sup> Örtülü kanun boşluğu, en genel ifadesiyle, somut olaya uygulanabilecek bir kanun hükmü mevcut iken, bu hükmün bir istisnayı düzenlememiş olması nedeniyle somut olay adaletine uygun olmayan bir sonucun doğmasını ifade etmektedir. Bkz. **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt:1 (Temel Kavramlar), 14. Baskı, İstanbul 2019, N. 866; **Oğuzman/Barlas**, N. 340. Oysa TMK md. 365/3 hükmü hakkaniyet gereği sınırlamayı açıkça düzenlediğine göre, kanımızca bir örtülü kanun boşluğu söz konusu değildir.

TMK md. 365/3 hükmü ile ilgili bir diğer tartışma ise, bu hükümdeki hakkaniyete aykırılık olgusunun kapsamıdır. Hüküm, hâkime hakkaniyete uygun bir karar vermesi gerektiğini işaret eder, fakat hakkaniyete aykırılık hallerinin ne olduğunu saymaz. Daha açık bir ifade ile: Somut olayda hangi vakıalar bu hükmün kapsamına giren ve nafaka yükümlülüğünü azaltan veya kaldıran sebeplerden sayılır? Yardım nafakası ahlâki bir ödevden doğan kanunî bir yükümlülük olduğu için, bu sorunun cevabının ülkenin sosyolojik yapısı ve aile kurumuna olan bakışından ayrılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle gerek Yargıtay uygulamasının gerekse Türk öğretisinin hakkaniyete aykırılığı dar yorumlaması, esasen bir hukuk politikasının ürünüdür. İsviçre öğretisinde ve yargısında hakkaniyete aykırılığın bu denli geniş değerlendirilmesi ise, elbette İsviçre toplumunun aile kurumuna bakışı ve bu ülkedeki sosyal devlet anlayışının ihtiyaç sahibi kişilere sağladığı yardım ile birlikte anlamlı bir bütün oluşturur. Toplum ve devlet yapısına bağlılığı dolayısıyla, İsviçre ve Türk Hukuklarında hakkaniyete aykırılığa bakışın farklı olması da oldukça doğaldır. Örneğin; Türk öğretisinde ve yargısında, yalnızca aile bağlarının zayıflaması veya kopmasının nafaka yükümlülüğünün azalması veya ortadan kalkması için bir neden olarak görülmemesi anlaşılır bir sonuçtur. Bu nedenle kanımızca TMK md. 365/3 hükmü hakkaniyet ölçütüne atıf yapması bakımından bir hüküm içi boşluk içermektedir. Belgesay'ın TMK md. 510'da sayılan mirasçılıktan çıkarma sebeplerini yardım nafakası bakımından kıyasen uygulayan görüşü ise Türk Hukuku bakımından isabetlidir<sup>96</sup>. Bu sayede TMK md. 365/3 hükmünün içerdiği hakkaniyet ölçütü belirlilik kazanır. Ailesine karşı mirastan yararlandırılmayacak kadar ağır bir ihlalde bulunan kişinin, aile bireylerinin yardımından yararlandırılmaması da oldukça isabetli bir çözüm olur. Zira Yargıtay'ın ve Türk öğretisinin bir kısmının da vurguladığı, yardım nafakası

<sup>96</sup> **Belgesay**, s. 298. Belgesay bu görüşü ileri sürerken, henüz TMK md. 365/3 hükmüne karşılık gelen başkaca bir hüküm mevcut değildi. Bu nedenle Belgesay, TMK md. 365/3'teki hakkaniyet ifadesinin yorumlanması amacından söz etmemektedir. Demiral'a göre ise, bu durumda mirasçılıktan çıkarma sebeplerini kıyasen uygulamak uygun olmaz. Zira henüz ölüm gerçekleşmemiştir ve nafaka talebinin ölüm hali ile sonuç doğuracak bir nedenle reddi yerinde olmaz. Bkz. **Demiral**, s. 1133. Kanımızca, somut olayda TMK md. 365/3'te yer alan hüküm içi boşluk TMK md. 510 hükmünün kıyasen uygulanması ile doldurulduğu için, mirasçılıktan çıkarma sebeplerindeki ölümle bağlı olma olgusu somut olay bakımından bir çelişkiye yol açmaz. Zira kıyasen uygulamanın doğası gereği, TMK md. 510'un içeriği, zaten TMK md. 365/3 hükmünün bünyesine uygun düştüğü şekilde uygulanır. Bu durumda kişi, pekâlâ, ölümü halinde mirasçılıktan çıkarılacak aile bireyinin yaşamı süresince de yardım nafakasından mahrum bırakılmasını isteme hakkına sahip olmalıdır.

yükümlülüğünün ancak aile bağlarının temelinden sarsılmış olması halinde ortadan kalkacağı kabulü, mirasçılıktan çıkarma halindeki ağır sebeplerin varlığında sağlamazsa, başka hangi halde sağlanabilir? Bu nedenle nafaka talep eden kişi, nafaka yükümlüsüne karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemiş veya ona karşı ağır bir suç işlemişse, bu durumda onun nafaka talebi hakkaniyete aykırılık nedeniyle azaltılmalı veya kaldırılmalıdır. Dolayısıyla, örneğin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünü önemli ölçüde yerine getirmemiş ebeveynin veya ebeveyne karşı ağır bir suç işlemiş çocuğun karşı taraftan yardım nafakası talep etmesi hakkaniyete aykırı sayılmalıdır. Zira bu durumda, yardım nafakası talebinin temelini oluşturan “ailenin bütünlüğü” olgusu artık mevcut değildir. Keza, Belgesay’ın da isabetle vurguladığı gibi, nafaka talebinin böyle bir ihtimalde bile kabul edilmesi, aile bireylerinin birbirlerine karşı olan yükümlülüklerini ihlal etmelerinin ve birbirlerine karşı ağır suçlar işlemelerinin aile hukuku bakımından adeta yaptırımsız kalmasına, hatta nafaka yükümlüsünün maruz kalmış olabileceği fiiller düşünüldüğünde, ileride aile ilişkileri bakımından daha olumsuz sonuçlar doğmasına yol açabilir<sup>97</sup>. Örneğin; kendisine karşı bakım yükümlülüğünü yerine getirmemiş veya kendisine fiziksel ve psikolojik şiddet uygulamış yakınına nafaka ödemekle yükümlü tutulan kimsenin yaşaması muhtemel olan manevi acı ve bu olumsuz fiillerin âdetâ yaptırımsız kaldığı düşüncesi, aile ilişkilerini daha da zayıflatabilir, hatta kişilerin duyduğu öfke birbirlerine karşı suç işlemeleri tehlikesini doğurabilir. Fakat burada bir ayrıma dikkat çekmek istiyoruz: İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve İsviçre öğretisinin de isabetle kabul ettiği üzere, eğer çocuğun aileye karşı olan yükümlülük ihlali, ebeveynlerin, özellikle de ergenlik çağlarında çocuğa karşı olan kusurlu davranışlarının bir yansıması ise, daha açık bir ifade ile çocuğun ebeveynlerine karşı olan yükümlülüklerini ihlal etmesi veya onlara karşı suç işlemesi ebeveynlerin çocuğun yetiştirilmesindeki hatalı davranışlarından kaynaklanıyor ise, bu durum ebeveynlerin sorumluluğundadır. Dolayısıyla çocuğun bu nedenlerle ihtiyaç haline düşmesi durumunda, ebeveynlerinden yardım nafakası talep etmesi hakkaniyete aykırı sayılmalıdır<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Belgesay, s. 298.

<sup>98</sup> Bkz. dn. 78, 79, 80.



## SONUÇ

TMK md. 365/3 hükmü, madde gerekçesine ve mehzaz ZGB Art. 329/2 hükmünün yorumuna uygun olarak, yardım nafakasının bir yükümlüden talep edilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu hallerde nafaka miktarının azaltılmasını veya tamamen kaldırılmasını düzenlemektedir. Bu hükmün kapsamı, Yargıtay'ın ve Türk öğretisinin bir kısmının da katıldığı gibi, yalnızca birden fazla yükümlüden nafaka talep edilmesi halinde nafaka miktarının hakkaniyete uygun olarak paylaşılmasından ibaret değildir. Dolayısıyla TMK md. 365/3 hükmü, bir aile bireyinin yardım nafakası ile yükümlü olmasının hakkaniyete aykırı olup olmadığının tespitinde doğrudan uygulanacak hükümdür. Fakat kanun koyucu bu meseleyi TMK md. 365/3 hükmü ile düzenlemişse de, hükmün içerdiği hakkaniyet ölçütünün nasıl yorumlanacağı konusunda bir hüküm içi boşluk söz konusudur. Bu hüküm içi boşluğun doldurulması ise, yardım nafakasının temelindeki ahlâki ödeve bakış açısında yatar. Zira aile hukukunun konusunu oluşturan kavramlar, özellikle de bireylerin bir ailenin parçası olma sıfatına bağlı olarak üstlendikleri yükümlülükler, toplumun aile olmaya verdiği anlamdan ve sosyal devletin kişilere sunduğu maddi olanaklardan tamamen ayrılamaz. Bu nedenle bir ailenin parçası olmaya bağlı ahlâki ödevden doğan yardım nafakası yükümlülüğünün hakkaniyete aykırılığı, büyük oranda bireyin içinde bulunduğu toplumun aile kavramına bakış açısına göre şekillenir. Bu nedenle, İsviçre Hukukunda yardım nafakasını hakkaniyet gereği sınırlamayı geniş yorumlayan eğilimin Türk Hukukunda karşılık bulmaması anlaşılır bir sonuçtur. Türk Hukukunda benimsenmesi gereken ölçüt, katıldığımız görüşe göre, ancak mirasçılıktan çıkarma nedenlerinin varlığı halinde, eğer aile hukukundan doğan yükümlülükler bakımından ağır ihlaller mevcutsa veya yakınlara karşı ağır bir suç işlenmiş ise, hakkaniyet gereği bir sınırlamanın yapılmasıdır. Zira gerek toplumun bireylerin aileye karşı sorumluluğuna bakışı, gerekse sosyal devlet anlayışı ile bireylere sunulan yardım ve bakım araçlarının ulaşılabilirlik seviyesi, günümüzde hala aile içindeki yardım yükümlülüğünün ne denli önemli olduğunu göstermektedir. Bu nedenle TMK md. 365/3'ün uygulama alanını doğru tespit etmekle birlikte, hakkaniyete aykırılık ölçütünün yorumunda bu toplumsal gerçekliği gözardı etmemek gerekir.

## KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, 20. Basım, İstanbul 2017.
- Anderegg**, Karl: “Einige Gedanken zur revidierten Verwandtenunterstützungspflicht”, SJZ, C. 78, S. 4, Y. 1978, s. 55-56.
- Başaklar**, Emin: Nafaka Davaları, Ankara 1974.
- Baygın**, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- Belgesay**, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi-II, Aile Hukuku, İstanbul 1957.
- Birinci-Uzun**, Tuba: “Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, Y. 2018, s. 89-125.
- Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016. (Breitschmid, ZGB Art.)
- Büchler**, Andreas/**Vetterli**, Rolf: Ehe Partnerschaft Kinder, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2011.
- Çakırca**, Seda İrem: “Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 1, Y. 2015, s. 65-101.
- Demiral**, Meltem: “Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hallerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeligi Hakkında Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, s. 1111-1138.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III: Aile Hukuku, 14. Basım, İstanbul 2019.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt:1 (Temel Kavramlar), 14. Baskı, İstanbul 2019.
- Egger**, August: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252-359, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1943. (Egger, ZGB Art.)
- Engin**, Baki İlkey: “Yargıtay Kararlarında Ergin Çocuğun Nafakası”, Medeni hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 2019, s. 3-34.

- Fuchs**, Maximilian: “Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?”, JZ, C. 57, S. 17, Y. 2002, s. 785-798.
- Geiser**, Thomas/**Fountoulakis**, Christiana (Hrsg): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018. (Koller, ZGB Art.).
- Gençcan**, Ömer Uğur: Aile Hukuku, Ankara 2011.
- Gönensay**, A. Samim: Medenî Hukuk, Cilt 2, Aile Hukuku, Kısım 1, Karı Koca, İstanbul 1937.
- Hausheer**, Heinz/**Geiser**, Thomas/**Aebi-Müller**, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 6. Auflage, Bern 2018.
- Hausheer**, Heinz/**Spycher**, Annette (Hrsg): Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010. (Brunner, N.)
- Hegnauer**, Cyril: Grundriss des Kindesrechts, Fünfte überarbeitete Auflage, Bern 1999.
- Helvacı**, İlhan: Türk Medenî Kanunu Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- İnal**, Nihat: Boşanma-Nafaka-Eşya-Nişanlanma Davaları, Ankara 1998.
- İpek**, Nurcan: “Roma Hukukunda Yardım Nafakası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 277-290.
- Jäggi**, Kurt: “Verwandtenunterstützung (Art. 329 Abs. 3 ZGB) und Rückforderung von öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen als Ausweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand?”, ZBJV, C. 134, Y. 1998, s. 393-405.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Aile Hukuku, 2. Basım, Ankara 2016.
- Koller**, Thomas/**Demir**, Eylem: “Soll die verwandtenunterstützungsrechtliche Solidarität weiter gehen als die krankenversicherungsrechtliche? Und welche Tragweite haben die SKOS-Richtlinien 12/08 im Verwandtenunterstützungsrecht?”, Recht, Y. 2010/2, s. 55-64.
- Koller**, Thomas: “Der Verwandtenunterstützungspflicht im schweizerischen Recht oder: Der “verlorene Sohn” im Spannungsfeld zwischen Fiskalinteresse und Privatinteresse“, FamPra.ch, Y. 2007, s. 769-796. (Koller, FamPra.ch)

- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986.
- Lipp**, Volker: “Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht“, NJW, S. 31, Y. 2002, s. 2201-2207.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, 25. Bası, İstanbul 2019.
- Özdemir**, Hayrunnisa: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Y. 2014, s. 65-78.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Basım, Ankara 2015.
- Özüğür**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Açıklamalı, Gerekeçli, İçtihatlı, 2. Baskı, Ankara 2002.
- Ruhi**, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara 2003.
- Şener**, Esat: Uygulamalı-İçtihatlı Nafaka-Velayet-Vesayet-Evlatlık-Babalık, Ankara 1994.
- Sonat**, K. Ali: “Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 2013, s. 235-291.
- Sutter-Somm**, Thomas/**Kobel** Felix: Familienrecht, Zürich-Basel-Genf 2009.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- Topuksak**, Zümra: Yardım Nafakası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Jungo**, Alexandra: Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2015.
- Türkmen**, Ahmet: “Eğitim Nafakası (TMK md. 328/II)”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 2707-2764.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1963.
- Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999.



## MİRAS SÖZLEŞMELERİNDE AŞIRI YARARLANMANIN UYGULANABİLİRLİĞİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787610>

**Dr. Barış DEMİRSATAN\***

### Öz

*Aşırı yararlanmanın bulunmaması borçlar hukukuna tabi, tam iki taraflı sözleşmelerin geçerlilik koşulları arasındadır. MK m. 5 hükmü uyarınca aşırı yararlanmanın miras sözleşmelerinde uygulanması mümkün gözükmemekte ise de konu, daha kapsamlı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Miras sözleşmesi kurulurken bir tarafın zor durumda olması, düşüncesizlikle hareket etmesi veya deneyimsiz olması mümkündür. Karşı tarafın da bu durumdan yararlanmak suretiyle sömürü kasdı bulunabilir. Miras sözleşmeleri bakımından aşırı yararlanmada özellik arz eden durum, karşılıklı kazandırmalar arasındaki açık oransızlığın belirlenmesidir. Karşılıklı kazandırma gerekliliği nedeniyle aşırı yararlanmanın uygulanması sadece ivazlı veya iki taraflı miras sözleşmelerinde söz konusu olabilir. Ancak mirasçı atanan tarafından kazanılacak miras hakkının tutarı terekenin mirasın açılma anındaki durumuna bağlı olacağından mirasçı atama tasarrufu; mirasbırakanın sağlararası işlem yapma ve tasarruf olanağını ortadan kaldırmadığından vasiyet bırakma tasarrufu oransızlık açısından değerlendirme yapılmaya elverişli sayılamaz. Başka bir deyişle muhataralı işlem sayıldıkları için aşırı yararlanmaya yol açamazlar. Aşırı yararlanma hükmünün uygulanabilmesi için değerlendirme yapmaya elverişli kazandırmalar, kural olarak miras sözleşmesindeki sağlararası kazandırma ile çeşit ve tedarik vasiyetleridir. Aşırı yararlanma sebebi ile miras sözleşmesinin iptal edilmesi bu itibarla sınırlı hallerde söz konusu olabilir. Buna karşılık miras sözleşmesinin kuruluş tarzı nedeniyle ahlaka aykırılıktan bahisle hükümsüz sayılması ihtimal dâhilindedir. Ayrıca miras bırakanın veya sağlararası kazandırmada bulunanın culpa in contrahendo sorumluluğu da doğabilir.*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: [baris.demirsatan@istanbul.edu.tr](mailto:baris.demirsatan@istanbul.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0228-5236> (Makalenin Geliş Tarihi: 03.05.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 02.06.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Miras sözleşmesi, Aşırı yararlanma, Mirasçı atama, Vasiyet, Kazandırmalar arasında denge*

**SUSCEPTIBILITY OF INHERITANCE CONTRACTS TO UNFAIR ADVANTAGE****Abstract**

*Lack of unfair advantage is among the validity conditions of bilateral contracts subject to the law of obligations. As per article 5 of the Turkish Civil Code, it seems possible to apply the provision against unfair advantage in inheritance contracts, but this subject requires a more comprehensive evaluation. When concluding an inheritance contract, it is possible for one party to be in a difficult situation, to act thoughtlessly or to be inexperienced. The other party may also have the intention to exploit such situation. The problematic concerning inheritance contracts is the determination of disproportionality between reciprocal considerations. Due to the necessity of reciprocal considerations, the unfair advantage can only applied to bilateral inheritance contracts or inheritance contracts with consideration. Naming of heir and legacy cannot be deemed eligible for evaluation as the amount of inheritance to be acquired depends on the status of the estate at the time of inheritance and as the legacy does not prevent the testator from disposing his/her property. In other words, the aforementioned dispositions cannot lead to unfair advantage since they are aleatory transactions. The only considerations suitable for such evaluation are the inter-vivos considerations in the inheritance contract and the genus and supply legacies. In very limited cases, cancellation of the inheritance contract by virtue of unfair advantage is possible. On the other hand, it is possible for the inheritance contract to be deemed null due to the immorality in its way of conclusion. In addition, culpa in contrahendo responsibility may arise for the contractors.*

**Keywords**

*Inheritance contract, Unfair advantage, Naming of heir, Legacy, Balance between performance and consideration*

## GİRİŞ

Türk Borçlar Kanununda benimsenen terimle aşırı yararlanma<sup>1</sup>, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için TBK m. 28 uyarınca öngörülmüş, içeriği ahlaka aykırılığa<sup>2</sup> sonuçları ise irade bozukluklarına yaklaşan<sup>3</sup> bir hukuki olgudur. Varlığı sözleşmenin geçerliliğini etkiler. Bu açıdan sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur<sup>4</sup>. Aşırı yararlanmaya karşı

<sup>1</sup> 818 sayılı Borçlar Kanununda aşırı yararlanma, m. 21 hükmünde “Gabin” kenar başlığı ile düzenlenmekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda hukuk dilinin arılaştırılması çerçevesinde “Aşırı Yararlanma” terimi benimsenmiştir. Bu terim, kanımızca, kurumu açıklamaya yeterlidir. Unutmamak gerekir ki gabinin de sözlük anlamı aldatmaktır (**Feyzioğlu**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 1976, s. 248; **Sungur**, Hasan Halis: Gabin, İstanbul, 1953, s. 15) ve düzenlenen kurumu doğrudan doğruya ifade etmekten uzaktır. Karş. **Barlas**, Nami: “Türk Borçlar Kanunu’nun Gabine İlişkin Yeni Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, C. I, Ankara, 2017, s. 372, yazar aşırı yararlanmayı anlamsız bir ifade olarak görmekte olup en azından “Sömürü” ifadesinin kullanılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca benzer yönde: **Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2016, s. 106.

<sup>2</sup> **BK-Kramer**, Ernst A.: Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2/1a, Bern, 1991, Art. 21 OR, N. 6; **Ataay**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi-Birinci Yarım, İstanbul, 1981, s. 277. Nitekim Alman hukukunda aşırı yararlanma, Al. MK §138 II hükmünde özel bir ahlaka aykırılık hali olarak düzenlenmiş ve kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır. Aşırı yararlanmanın, irade bozukluğu oluşturmadığı hususunda: **Barlas**, s. 369; **Aslan**, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2006, s. 59; **Acabey**, M. Beşir: “Aşırı Yararlanma (TBK m. 28)”, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), 2012, s. 107. Aksi yönde: **Birsan**, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967, s. 85; **Akıncı**, s. 106, yazar iradenin oluşumunda bozukluğun gerçekleştiğini kabul etmektedir. Benzer görüşte: **CR-Leuba**, Audrey: Commentaire Romand Code Civil II Art. 457-977 CC, Basel, 2016, Art. 469 CC, N. 43. İrade bozukluğu olarak kabul eden görüşün temelinde kilise hukukunun bulunduğu hakkında: **Morin**, Anne: Contribution à l’étude des contrats aléatoires, Paris-Dauphine (Paris-IX) Üni. Doktora Tezi, Paris, 1995, N. 551.

<sup>3</sup> **Barlas**, s. 370. Zira gerek aşırı yararlanmada gerekse irade bozukluklarında sözleşme iptal edilebilirlikle maluldür. Her iki iptal nedeni bakımından iptal hakkının etkisi hususunda (bozulabilir geçerlilik/düzelebilir hükümsüzlük) öğretide tartışma bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, İstanbul, 2014, §39 N. 27; **Nomer**, Haluk N.: “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015, s. 638-639. Ayrıca: **Aydın**, Ramazan: “Aşırı Yararlanma (TBK m. 28), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 1 (Haziran 2013), s. 98; **Tiftik**, Mustafa: “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararın Tazmini”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 3-4 (2006), s. 413-414.

<sup>4</sup> **Von Tuhr**, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), 3. Baskı, Zürih, 1984, §40 I, s. 343;



koruma, TBK m. 28 ile borçlar hukukuna tabi tam iki taraflı sözleşmelere ilişkin olarak öngörülmüş olsa da MK m. 5 hükmüne dayalı olarak miras sözleşmeleri<sup>5</sup> bakımından da söz konusu olup olmayacağı hususunda açıklık

**Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1958, s. 230; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 2; **Feyzioğlu**, s. 249; **Acabey**, s. 107; **Topuz**, Murat: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, MÜHF-HAD, Özel Sayı: Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, 2006, s. 749; Yarg. HGK., 22.11.2018, 13-636/1762 (Kazancı) “Tarafların karşılıklı edimleri tayin edebilme konusundaki özgürlüklerine getirilmiş olan sınırlamalardan biri 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “aşırı yararlanma” olarak adlandırılan, yürürlük tarihi itibari ile somut olayda uygulanması gereken BK’daki anlatımı ile “gabin” hâlidir.” Aşırı yararlanmanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için: **Okumuş**, Selmani: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, 2015, s. 62 vd.; **Çakırca**, Seda İrem: Aşırı Yararlanma Kavramı, İstanbul, 2015, s. 25 vd. Dengesizlik itibarıyla sözleşmenin içeriği, karşı tarafın sömürü kastı itibarıyla irade oluşumuyla ilgili bir sınırlama olduğu: **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürih, 2014, N. 452; Hem sözleşme özgürlüğü sınırlaması hem irade bozukluğu unsurları taşıdığı şeklinde: **CHK-Kut**, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Zürih, 2016, Art. 21 OR, N. 1; Dürüstlük kuralının somutlaşması görüşü: **BK-Hausheer**, Heinz/**Ebi-Müller**, Regina E.: Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Bern, 2012, Art. 2 ZGB, N. 75. Bu gerekçeyle daha sınırlayıcı olarak yorumlanması gerektiği yönünde: **CHK-Kut**, Art. 21 OR, N. 7; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürih, 1988, s. 228; İFM, 13.10.2005, 4C.238/2004 (Swisslex); Yarg. 17. HD., 19.2.2018, 14196/1061 (Kazancı) “Oysa; kural olarak irade özerkliği ve sözleşme serbestisi içinde imzaladığı kabul edilmesi gereken ibranamelerin, müzayaka halinde imzaladığı iddiası ile geçersiz kılınmak istendiği; bu biçimde geçersizliği sağlayarak bunun sonuçlarından yararlanacak olan ve istisnai bir yol olan gabinin hukuksal sonuçlarından yararlanmak isteyen davacı taraf iddiasının doğru olup olmadığının araştırılması gerektiği açıktır. ”Aksi yönde: **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 7; **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I, Zürih, 2008, N. 748. Karş. **Buz**, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 19 S. 4 (Aralık 1998), s. 60, yazar aşırı yararlanmaya karşı öngörülen koruma ile irade özgürlüğünün korunduğunu belirtmektedir. Benzer yönde: **Esener**, Turhan/**Gündoğdu**, Fatih: Borçlar Hukuku I, İstanbul, 2017, s. 173.

<sup>5</sup> Vasiyetnameler ve miras sözleşmesinin tek yanlı içeriğini oluşturan ölüme bağlı tasarruflarda “karşılıklılık” söz konusu olmadığından aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi kavramsal olarak mümkün değildir. **Serozan**, Rona/**Engin**, B. İlkay: Miras Hukuku, Ankara, 2014, §4 N. 61; **Dural**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul, 1980, s. 288; **Athı**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara, 2017, s. 177; **Başoğlu**, Başak: “Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018/1, s. 407. Miras hukukuna ilişkin hükümlerde aşırı yararlanmaya yer verilmesinin nedeninin, yasa koyucunun vasiyetnameyi esas alması olduğu hakkında:

yoktur<sup>6</sup>. Öğretide çoğunlukla, miras sözleşmelerinde aşırı yararlanma nedeniyle iptale başvurulabileceği ifade ediliyor<sup>7</sup> olsa da, bu konu miras sözleşmesinin içeriğine göre daha ayrıntılı olarak incelenmelidir.

## I. AŞIRI YARARLANMA KAVRAMI

Türk hukuk sistemi sözleşenler arasındaki edimlerin dengesine kural olarak sınırlama getirmemiştir. Serbest piyasa ve müzakere ortamı çerçevesinde taraflar edim dengesini belirlemede özgürdür. Bununla birlikte, edim-karşı edim dengesinin tamamen göz ardı edilmesi de mümkün değildir. Böylece, aşırı yararlanmaya ilişkin TBK m. 28 hükmü ile edimler arasındaki

---

**Serozan/Engin**, §4 N. 61. Aşırı yararlanmanın, tam iki taraflı olmayan sözleşmelere de uygulanabileceğini kabul eden görüş (**Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 735; **Esener/Gündoğdu**, s. 174 dn. 134; Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler istisnasıyla: **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 11) açısından bu yönden bir engel ölüme bağlı tasarruflarda da olmamalıdır.

<sup>6</sup> Şunu belirtmek gerekir ki MK m. 5'in varlığı, aşırı yararlanmanın bütün hukuki işlemlere uygulanabileceği anlamına gelmez. Aşırı yararlanma, kavramsal olarak ilgili hukuki işlemin bünyesine uygun olmalıdır. Örnek olarak, tasarruf işlemleri doğrudan doğruya aşırı yararlanma nedeniyle hükümsüz olamaz (**Ergüne**, M. Serkan: Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017, N. 365). Ancak tasarruf işlemine sebep oluşturan hukuki işlem, aşırı yararlanmadan etkilenebilir. Bu durumda söz konusu hukuki işlem iptal edildiği takdirde tasarruf işlemi, sebebe bağlı olup olmamasına göre hükümsüzleşebilir veya sebepsiz zenginleşme teşkil edebilir. Karş. **Wieling**, Hans Josef: Sachenrecht, Heidelberg, 2007, § 1 III 3 c aa, s. 14, yazar tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin de aşırı yararlanma hali de dâhil olmak üzere amaçtaki ahlaka aykırılık nedeniyle doğrudan etkileneceğini kabul etmektedir.

<sup>7</sup> **Serozan/Engin**, §4 N. 61; **Antalya**, O. Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999, s. 231; **Turan**, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009, s. 72, yazar salt ivazlı miras sözleşmelerinde olanak tanımaktadır; **İmre**, Zahit: Türk Miras Hukuku, İstanbul, 1978, s. 329, yazar ivazlı miras sözleşmelerinde buna olanak vermektedir; **Sağlam**, İpek: "Haksız Etki", MÜHF-HAD Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Cilt: 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 2006, s. 691, yazar haksız etkileme olarak tanımladığı hallerde hiffetin geniş yorumlanmasıyla aşırı yararlanmaya başvurma olanağının yaratılabileceğini ancak aşırı yararlanmanın haksız etkiyi tamamen kapsamadığını belirtmektedir; Benzer şekilde: **Başoğlu**, s. 407, yazar haksız etkilemede aşırı yararlanma hükümlerinin tam olarak uygulanabilmesinin güç olduğunu ifade etmektedir. Haksız etkileme halinde aşırı yararlanmaya örneksemeyle başvurulmayacağı yönünde karşı: **CR-Leuba**, Art. 469 CC, N. 44. Ayrıca: **CHK-Kut**, Art. 21 OR, N. 2; **SHK-Roussianos**, Leila/Auberson, Géraldine: Commentaire du droit des successions, Bern, 2012, Art. 469 CC, N. 6; İFM, 25.5.2000, 5C.91/2000 (Swisslex); **Piotet**, Paul: Traité de Droit Privé Suisse T. IV: Droit Successoral, Friburg, 1975, s. 201 ve 204; **CR-Abbet**, Stéphane: Intro. Art. 494-497 CC, N. 24. Olumsuz miras sözleşmesinde: **Antalya**, Feragat, s. 231; **Bıçakçı**, Levent: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999, s. 109; **İmre**, s. 311; **Athl**, s. 178.

aşırı bir oransızlığın sözleşmenin geçerliliğine etki edebileceği kabul edilmiştir<sup>8</sup>. Ayrıca, oransızlığın yüksek derecede gerçekleştiği birtakım hallerde, TBK m. 27 hükmüne ahlaka aykırılık gerekçesiyle başvurmak günümüzün toplumsal ve ekonomik gerçeklerine uygun ve haklı bir çözüm olarak benimsenmektedir<sup>9</sup>.

Aşırı yararlanma, edimler arası açık oransızlıktan kaynaklandığı için tanımı itibarıyla tam iki taraflı sözleşmelere özgüdür<sup>10</sup>. Edimler arasındaki

<sup>8</sup> **Cansel**, Erol/Özel, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Ankara, 2017, N. 470; **Erdoğan**, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 85.

<sup>9</sup> **Von Tuhr/Peter**, §40 II, s. 345; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 34-35; **Serozan**, Rona: “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1020; **Aslan**, s. 61; Ayrıca: **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, N. 856; **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 247; **CHK-Kut**, Art. 19-20 OR, N. 27; Aksi yönde: **Bucher**, s. 258-259; **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 756; **OFK-Dasser**, Felix: Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)-Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016, Art. 19 OR, N. 11; **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 8. Hukukta çift etki kuramı kabul edilmezse, ahlaka aykırılık nedeniyle doğan kesin hükümsüzlük, aşırı yararlanmaya başvurmaya engel olur: **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul, 2015, s. 346; **Kurşun**, Ali Suphi: Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15 S. 2-2 (Temmuz/Ağustos 2016), s. 207-208. Buna cevaz veren görüş: **Von Tuhr/Peter**, §40 II, s. 346 dn. 13e; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 34, §37 N. 29-30; **Sungur**, s. 39; **Engel**, s. 306; **CR-Schmidlin**, Bruno: Commentaire Romand Code des Obligations I, Basel, 2012, Art. 21 CO, N. 25; **OFK-Dasser**, Art. 21 OR, N. 6; **Saymen/Elbir**, s. 244; **Elbir**, Halid Kemal: Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İÜHF Doktora Tezi, 1957, s. 263; Ayrıca: Yarg. 14. HD., 8.5.2012, 2453/6534 (Kazancı) “Sözleşmede, davaya konu dört adet taşınmazdaki davalının miras hak ve hisselerinin tamamının 1000 TL (1 milyar) bedel karşılığında davacıya satışının vaat edildiği ve bedelin ödendiği yazılıdır. Sözleşmenin yapıldığı 21.04.2004 tarihinden sonra davalı Yahyalı Noterliğinin 10.05.2004 tarihli 1256 yevmiye numaralı fesih ihtarı ile sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Dolayısıyla, Borçlar Kanununun 21. maddesinde öngörülen bir senelik süre içinde akitten dönen davalı, koşulların bulunması halinde gabin iddiasına da dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilir.”; İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu olasılığa değinmekle birlikte konu hakkında net bir değerlendirme yapmamıştır: JdT 1970 I 92.

<sup>10</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 10; **Tekinay**, S. Sulhi/Akman, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 458; **Sarı**, Suat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 1029; **Engel**, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, Bern, 1997, s. 298; **Belen**, Herdem: 6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, 2014, s. 101. Ancak karş. **Gauch/Schluemp/Schmid**, N. 735; **CHK-Kut**, Art. 21 OR, N. 2; İFM, 4A\_479/2010 (Swisslex); **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 11.

aşırı dengesizlik<sup>11</sup>, aşırı yararlanmanın nesnel unsurunu oluşturmakla birlikte, aşırı yararlanmanın gerçekleşebilmesi için iki ayrı öznel unsurun da bulunması gereklidir<sup>12</sup>. Şöyle ki edimler arası dengesizlik, dengesizlik nedeniyle mağdur olan tarafın maddi veya manevi müzayakasından, düşüncesizliğinden<sup>13</sup> yahut deneyimsizliğinden ileri gelmelidir ve karşı tarafın bu durumdan yararlanmaya yönelik sömürü kastı bulunmalıdır<sup>14</sup>. Bu çerçevede aşırı yararlanma, serbest piyasanın denetlenmesi ve düzenlenmesi amacına yönelik değildir, genel olarak edim-karşı edim dengesinin bozukluğu aşırı yararlanma aracılığı ile giderilemez<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Hangi ölçüde oransızlığın açık sayılacağı hususunda: **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 7-8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 459; **Cansel/Özel**, N. 475 dn. 523; **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 347; **Sungur**, s. 27.

<sup>12</sup> Yargı kararlarında öncelikle nesnel unsurun inceleneceği, bu koşul sağlanırsa öznel unsurların değerlendirileceği yönünde bir eğilim bulunsa da bu unsurlar arasında herhangi bir öncelik sonralık yoktur. Örnek olarak, Yarg. 1. HD., 21.6.2018, 2254/11408 (Kazancı) “Hemen belirtmek gerekir ki gabin davasında öncelikle edimler arasındaki, aşırı oransızlık üzerinde durulmalı, objektif unsur ispatlandığı takdirde zarar gördüğünü iddia edenin kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü psikolojik yapısı gibi maddi, manevi yönler yani sübjektif unsur derinliğine araştırılıp incelenmelidir.”; Yarg. 1. HD., 14.3.2019, 6631/1911 (Kazancı); Yarg. 11. HD., 18.10.2001, 6087/8020 (Kazancı).

<sup>13</sup> Yarg. 1. HD., 28.3.2009, 1815/3343 (Kazancı) “Dosya içeriği ve toplanan delillerden, özellikle Adli Tıp Kurumu raporu ile bu raporda atıf yapılan doktor raporlarından, davacının akit tarihinde hukuki ehliyeti haiz bulunduğu belirlenmişse de aşırı alkol düşünlüğü nedeniyle beyin fonksiyonlarında ve muhakeme yeteneğinde önemli ölçüde azalma meydana geldiği, davalının da davacısının kiracısı olması nedeniyle bu durumu bilebilecek konumda bulunduğu anlaşılmaktadır. ... Somut olayda edimler arasındaki aşırı oransızlık keşfen saptanmıştır. Bunun yanında, davacının düşüncesizlik halinin tüm delillerle açıklığa kavuştuğu ve kiracısı olan davalının da davacının da bu durumundan faydalandığı gözetildiğinde “gabin”in tüm unsurlarının gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır.”

<sup>14</sup> **Von Tuhr/Peter**, §40 I, s. 344; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 4; **Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020, N. 70.1-70.3; **Huguenin**, N. 454. Açık oransızlığın bariz ve aleni olması gerektiği: **CR-Schmidlin**, Art. 21 CO, N. 5; **Von Tuhr/Peter**, §40 I, s. 343 dn. 3. Ağır ihmal halinde de örneksemeye aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulabileceği fikrinde: **OFK-Dasser**, Art. 21 OR, N. 5; **CHK-Kut**, Art. 21 OR, N. 19. Açık oransızlığın belirlenmesi bakımından hüküm içi boşluğun söz konusu olduğu görüşünde: **BK-Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 1, N. 368 dn. 926. Oransızlığın taraflarca bilinmesinin gerekli olmadığı görüşünde: **İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 240; **Topuz**, s. 755. Bununla birlikte sömürü kastı taşıyan taraf, muhatabın durumundan istifade etme maksadını taşımak zorundadır: **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 21.

<sup>15</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 12.

Aşırı yararlanmanın yukarıda belirtilen koşulları gerçekleştiği takdirde, sözleşme iptal edilebilirlik ile malul olur<sup>16</sup>. Başka bir deyişle aşırı yararlanmanın bulunmaması tam iki taraflı sözleşmeler açısından bir geçerlilik şartıdır<sup>17</sup>. Aşırı yararlanmanın sözleşmenin kuruluş şekli ile ilgili olması ve bir tarafın sömürülmesine karşı öngörülmüş olmasına rağmen, bu durum ahlaka aykırılık ile eşdeğer sayılmamış; daha uygun bir yaptırım olarak iptal edilebilirlik öngörülmüştür. Bu durumda sömürüye uğrayan taraf, durumun özelliğine göre<sup>18</sup> işlemi iptal edebilir veya iptal yerine edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini<sup>19</sup> isteyebilir<sup>20</sup>. Aşırı yararlanma, sözleşmenin

<sup>16</sup> Sadece oransızlığı ortadan kaldırma hakkının tanınmayıp iptal hakkının öngörülmüş olması, hukuken yaptırma bağlananın aşırı oransızlık değil ahlaka aykırı sömürü kasdının olduğunu gösterir: **Nomer**, Aşırı Yararlanma, s. 646.

<sup>17</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2018, N. 716; **Elbir**, s. 151.

<sup>18</sup> Aşırı yararlanmaya maruz kalanın birincisi bozucu diğeri değiştirici iki seçimlik yenilik doğuran hakkının bulunduğu, durumun özelliğinden seçim hakkının MK m. 2'ye uygun kullanılması gerektiğinin anlaşılması hususunda: **Barlas**, s. 377-378; **Nomer**, N. 70.9-70.10; **Sarı**, s. 1037; **Acabey**, s. 113. Bu çerçevede TBK m. 27/II c. 2'den de yararlanılabileceği görüşü: **Nomer**, Aşırı Yararlanma, s. 648. Karş. Hâkime değişiklik yapma yetkisi veren görüş: **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2018, N. 433; **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 352; **Aksoy Dursun**, Sanem: "Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul, 2014, s. 116.

<sup>19</sup> Bunun kısmi iptal anlamına geldiği: **Erdoğan**, s. 88; **Akıncı**, s. 109; **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 351; **Aydın**, s. 101. Kısmi iptalle oluşan sözleşme boşluğunun da doldurulduğu: **Nomer**, N. 70.9; Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük şeklinde: **Sarı**, s. 1034. Nitekim 818 sayılı Kanun döneminde ve İsviçre'de de açık hüküm olmasa dahi, bu sonuca kısmi hükümsüzlük kavramıyla ulaşılabileceği kabul görmekteydi: **Von Tuhr/Peter**, §40 II, s. 346; **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 49; **Engel**, s. 305; **OFK-Dasser**, Art 21 OR, N. 1; **JdT** 1998 I 568; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 754; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, 2016, N. 32.55; **Bucher**, s. 234 vd.; **Nomer**, Aşırı Yararlanma, s. 639; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 842; **CR-Schmidlin**, Art. 21 CO, N. 18 vd.; **İnan/Yücel**, s. 245; **Buz**, s. 64 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 304; **Okumuş**, s. 176 vd.; **Çakırca**, s. 208 vd.; **Aslan**, s. 128 vd.

<sup>20</sup> Yasa koyucu, aşırı yararlanmayı TBK m. 27'ye tabi tutmuş olsaydı bile, amaca uygun sınırlama ile yine yürürlükteki iptal yaptırımının uygulanması gerekirdi. Zira bu durumda amaç, aşırı yararlanmaya maruz kalanı korumaktır. Eğer, kesin hükümsüzlük yaptırımı doğrudan uygulansaydı, edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi söz konusu olamazdı ve özellikle zor durumda kalmaktan kaynaklanan aşırı yararlanmada, gereksinim duyulan edimi zor durumdaki taraf iade etmek zorunda kalırdı. Bu yönde değerlendirilebilir: **Schwarz**, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviri: Bülent Davran), İstanbul, 1948, s. 352; İptal edilebilirlik yaptırımının yerindeligi: **Feyzioğlu**, s.

geçerliliği ile ilgili bir unsur olduğu için sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla koşulları dikkate alınır<sup>21</sup>. Edimler dengesini etkileyen sonraki durum değişiklikleri işlem temelinin çökmesi kurumu çerçevesinde değerlendirilmek gerekir<sup>22</sup>.

## II. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI BAKIMINDAN AŞIRI YARARLANMANIN UYGULAMA ALANI

Aşırı yararlanma, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmüş olsa da MK m. 5 hükmü uyarınca bu kurumun miras sözleşmelerine uygulanabilirliği değerlendirilmelidir. Zira ölüme bağlı tasarruflar, kendilerine özgü bir geçersizlik rejimine tabidir<sup>23</sup>. Hükümsüzlük nedenleri ve hükümsüzlüğün sonuçları, genel hükümlere tabi işlemlerden büyük ölçüde ayrılmaktadır. Ehliyetsizlik, irade bozuklukları, hukuka veya ahlaka aykırılık<sup>24</sup> ile şekle aykırılık iptal edilebilirlik yaptırımına bağlanmıştır (MK m.

262; **Ataay**, s. 260; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 393-394; **Nomer**, Aşırı Yararlanma, s. 645; **Belen**, s. 103; **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 747.

<sup>21</sup> **Huguenin**, N. 451; **Kocayusufoğlu**, §39 N. 9; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 845; **İnan/Yücel**, s. 238; **Feyzioğlu**, s. 251; **Tunçomağ**, Genel Hükümler, s. 381; **Kılıçoğlu**, s. 301; **Oğuzman/Öz**, N. 427; **Sungur**, s. 20; **Okumuş**, s. 97; **Çakırca**, s. 135; **Aslan**, s. 68; **Schwenzer**, N. 32.50; **Engel**, s. 302; **Saymen**, Ferit Hakkı: “Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik”, İÜHF C. 11 S. 3-4 (1945), s. 149; Yarg. 4. HD., 18.1.1958, 6713/283 (Kazancı) “Borçlar Kanununun 21. maddesinde gabinin kanuni şartlarından olduğu bildirilen karşılıklar arasındaki aşırı nisbetsizlik durumunun bir hadisede bulunup bulunmadığını tesbit için akitten sonraki iktisadi veya kanuni şartlardaki değişikliklerle meydana gelecek fiyat dalgalanmaları esas tutulmayıp akdin yapıldığı tarih itibarıyla tarafların birbirlerine sağlayacakları menfaatlerin değerleri esas tutulmak zaruridir.”

<sup>22</sup> **Engel**, s. 302; **Bucher**, s. 231 dn. 13; **CR-Schmidlin**, Art. 21 CO, N. 3. Bu durumda, farklı bir tartışma olarak miras sözleşmelerinde işlem temeli çökmesinin uygulanabilirliği değerlendirilmek gerekecektir. Uygulanabileceği hususunda: **Baysal**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2019, N. 391; **CR-Leuba**, Art. 469 CC, N. 43; **BSK-Breitschmid**, Art. 469 ZGB, N. 12; Olumsuz miras sözleşmesinde: **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 6.

<sup>23</sup> **Serozan**, Rona: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979, s. 23; **İmre**, s. 313 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 185; **Serozan/Engin**, §4 N. 28; **CR-Piotet**, Denis: Art. 519/520 CC, N. 1. Karş. Tek yaptırımın iptal edilebilirlik olduğu şeklinde: **İşgüzar**, Hasan/**Demir**, Mehmet/**Yılmaz**, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 36.

<sup>24</sup> Hukuka veya ahlaka aykırılık halinde, MK m. 557/b. III hükmüne karşın, uygulanacak yaptırım tartışmalıdır. İptal edilebilirlik yönünde: **Oğuzman**, s. 186; **Serozan/Engin**, §4

557)<sup>25</sup>. Kanunda özellikle irade bozukluklarına iptal sebebi olarak yer verilirken aşırı yararlanmanın düzenlenmesinden kaçınılması yasa koyucunun bilinçli olarak sustuğu fikrini akla getirebilir. Buna karşılık aşırı yararlanmanın bir geçersizlik sebebi olarak kabul edilmesine dayanak oluşturan gerekçeler, kuramsal olarak miras sözleşmeleri bakımından da söz konusu olabilir. Bu nedenle, genel bir ifadeyle, ölüme bağlı tasarruflara kendine özgü ve kapalı bir geçersizlik rejimi öngörüldüğü gerekçesiyle, aşırı yararlanmanın MK m. 5 atfıyla uygulanmayacağı ileri sürülemez<sup>26</sup>. Bu durumda, aşırı yararlanma, irade bozukluklarıyla aynı sonuca yol açacak şekilde bir iptal sebebi teşkil edebilir. Öte yandan miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf için geçerlilik koşulları genel hükümlere tabidir. Bu itibarla iki taraflı olmayan miras sözleşmelerinde geçerlilik rejiminde bir asimetri bulunacağı ifade edilebilir<sup>27</sup>. Bir taraf açısından ölüme bağlı tasar-

N. 72; **Gönensay**, Samim/**Birsen**, Kemaleddin: Miras Hukuku, İstanbul, 1963, s. 70; **Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, s. 47. Karşı görüş ise bu durumda örtülü boşluğun varlığından bahisle kesin hükümsüzlüğün gerçekleşmesini kabul etmektedir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 337; **Dural**, s. 280; **Akkanat**, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004, s. 15 dn. 42; **Turan**, s. 82; **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, Ankara, 2019, N. 1147; Ayrıca: SHK-**Cotti**, Art. 494 CC, N. 22; BSK-**Forni**, Rolando/**Piatti**, Giorgio: Art. 519/520 ZGB, N. 4; Kamu düzeni ve kişilik hakları açısından: CR-**Piotet (D.)**, Art. 519/520 CC, N. 11, hukuka aykırılıkta: N. 18. Olması gereken hukuk açısından kesin hükümsüzlük yaptırımının daha uygun olduğu: **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku – Miras Hukuku, İzmir, 2012, s. 283. Amaçta hukuka ve ahlaka aykırılıkta iptal, konuda aykırılıkta kesin hükümsüzlük görüşü: **Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, 2018, §6 N. 29-30. Bu hususta kanımızca ölüme bağlı tasarrufun, başlangıçtaki objektif imkânsızlıkla birlikte hukuka ve ahlaka aykırılık hallerinde kesin hükümsüz sayılması görüşü üstün tutulmalıdır. Mirasbırakanın son arzuları, hukuk düzeninin ve fizik kurallarının önünde olmadığı gibi kanuna veya ahlaka aykırı edimlerin ifa ve icrasına da sırf ölüme bağlı tasarrufa konu oldukları gerekçesiyle olanak tanınmamalıdır.

<sup>25</sup> **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 276; **Oğuzman**, s. 187 vd.; **Dural/Öz**, s. 226 vd.; **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi Cilt 1 (TMK m. 495-574), İstanbul, 2018, N. 1297 vd. Ölüme bağlı tasarrufta bulunanın, irade bozukluğu nedeniyle ölüme bağlı tasarruftan dönebileceğine ilişkin MK m. 504 hükmü ile tasarrufta bulunanın irade bozukluğunun sağlığındaki etkisi düzenlenmiştir.

<sup>26</sup> **Serozan/Engin**, §4 N. 61; **Turan**, s. 72; **Atlı**, s. 178; **Çabri**, N. 1295; **Bıçakçı**, s. 109.

<sup>27</sup> SHK-**Cotti**, Art. 494 CC, N. 8; **Eren**, İptal, s. 91; **Turan**, s. 97; CR-**Leuba**, Art. 469 CC, N. 7; Ehliyet açısından: CR-**Leuba**, Art. 468 CC, N. 24; **Bıçakçı**, s. 97; **Eren**, İptal, s. 26; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 146; **Dural**, s. 75; **Atlı**, s. 92; **Çabri**, N. 290; CR-**Abbet**, Intro. Art. 494-497 CC, N. 28; **Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, Bern, 2002, s. 160; BK-**Weimar**, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen

ruflara ilişkin hükümler uygulanırken diğer taraf açısından genel hükümler geçerli olur.

Esas olarak incelenmesi gereken, aşırı yararlanmanın unsurları itibarıyla miras sözleşmelerine uygulanabilir olup olmadığıdır. Miras sözleşmelerinde öznel unsurların gerçekleşmesi bakımından herhangi bir engel olmayacaktır. Her iki taraf da sömürü kastı taşıyabileceği gibi işlemi yaparken zor durum<sup>28</sup>, düşüncesizlik veya deneyimsizlik içinde olabilir. Aşırı yararlanmanın miras sözleşmesine uygulanabilirliği açısından incelenmesini gerektiren husus, edimler arası açık oransızlıktır<sup>29</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, karma bağışlama kavramı çerçevesinde kurulan ölüme bağlı karma bağışlama sözleşmeleri veya kısmen ivazsız kısmen ivazlı miras sözleşmeleri aşırı yararlanma hükümlerine tabi tutulamaz<sup>30</sup>. Zira bu işlemlerde, karşılıklı kazandırmalar arasındaki dengesizlik, bir tarafın karşı tarafın zor durumda olmasından, deneyimsizliğinden veya düşüncesizliğini sömürü kasdından ileri gelmez. Başka bir deyişle karşılıklı kazandırmalar içeren bir sözleşmede, kazandırmalar arasında açık bir oransızlık bulunuyorsa, bu durum aşırı yararlanmanın öznel unsurlarından kaynaklanmıyor aksine tarafların serbest, sıhhatli, hukuka ve ahlaka uygun iradelerinden kaynaklanıyorsa işlemin geçerliliğini etkilenmez. Nitekim karma bağışlama kavramı, bu olanağın varlığından kaynaklanmaktadır.

---

Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern, 2009, Art. 468 ZGB, N. 23; **Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar Art. 457-536 ZGB, 1959, Art. 468 ZGB, N. 10. İrade bozukluğunda: **Dural**, s. 271; **Atlı**, s. 113; **Tuor**, Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III Das Erbrecht, Bern, 1952, Art. 469 ZGB, N. 3. Miras sözleşmesinde sağlararası işlem yapan tarafın da ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafla aynı rejime tabi olması gerektiği görüşünde: **Piotet**, s. 260-261; **CR-Piotet (D.)**, Art. 519/520 CC, N. 60.

<sup>28</sup> Darda kalmak olarak anlaşılması gerektiği: **Barlas**, s. 374; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, N. 1294; 818 sayılı Kanun döneminde: **Tunçomağ**, Genel Hükümler, s. 384.

<sup>29</sup> Karş. **Yakupoğlu**, S. Derya: Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu, Bilkent Üni. Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 228-229, yazar ölüme bağlı ve sağlararası kazandırmanın somut niteliklerine değinmeksizin edimler arası açık oransızlığın gerçekleşmeyeceğini kabul ettikten sonra örneğe ile uygulanabileceğini kabul etmektedir. Kanımızca oransızlığın söz konusu olmadığı bir aşırı yararlanma mümkün değildir. Bu olasılıkta ancak, aşağıda açıklanacağı üzere ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük gerçekleşebilir.

<sup>30</sup> Bu kavramlar için: **Akbıyık**, Cem: Karma Bağışlama ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul, 1997, s. 51-53.



### III. AŞIRI YARARLANMADA KARŞILIKLI KAZANDIRMALARIN VARLIĞI AÇISINDAN SINIRLAMA

Miras sözleşmesinde, mirasbırakanın yaptığı bağlayıcı<sup>31</sup> ölüme bağlı tasarruf karşılığında diğer taraf sağlararası bir borç altına giriyorsa, sözleşme ivazlıdır<sup>32</sup>. Buna karşılık sağlararası borç altına giren bir taraf yoksa miras sözleşmesi ivazsızdır<sup>33</sup>. Miras sözleşmesinde her iki taraf da miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan nitelikte ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorsa<sup>34</sup>, iki taraflı miras sözleşmesi söz konusu olur<sup>35</sup>. Bu sözleşme, Medeni Kanun anlamında ivazlı miras sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Tek taraflı miras sözleşmelerinde ise ölüme bağlı tasarrufta taraflardan sadece biri bulunur<sup>36</sup>. Bu itibarla, miras sözleşmesinin ivazlılığı ve iki veya tek taraflı olması birbirinden bağımsız hususlara bağlı durumdadır.

Tek taraflı ivazsız miras sözleşmelerinde aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulamayacağı açıktır<sup>37</sup>. Sadece bir taraf ölüme bağlı tasarrufta bulunurken karşı taraf sadece mirasbırakanın irade beyanını kabul etmektedir. Bu itibarla sözleşmenin iki tarafı arasında açık oransızlık oluşturabilecek karşılıklı bir kazandırma yoktur.

<sup>31</sup> CHK-**Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Erbrecht, Zürich, 2016, Art. 494 ZGB, N. 3.

<sup>32</sup> **Dural**, s. 50; **İmre**, s. 279; **Çabri**, N. 760; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 255; **Oğuzman**, s. 133-134.

<sup>33</sup> **Dural**, s. 49; **İmre**, s. 279; **Çabri**, N. 760.

<sup>34</sup> **Dural/Öz**, s. 101; **Çabri**, N. 759.

<sup>35</sup> BK-**Weimar**, vor. Art. 494 ZGB, N. 6; **Oğuzman**, s. 133; **Dural**, s. 45; **İmre**, s. 278; **Çabri**, N. 758; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 76; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara, 2012, s. 154-155; Karş. **Köprülü**, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 1985, s. 131; Yarg. HGK., 14.5.2014, 8-1077/664 (Kazancı): "Eldeki olayda "eşlerden birisinin diğerinden önce vefatı halinde, ortaklığa ait mallarla bircümle maddi ve manevi haklarının tamamının, sağ kalan eşe ait olacağına" yönelik sözleşmedeki kabulleri bir olumlu miras sözleşmesi olarak ayaktadır ve eşler açısından geçerli/bağlayıcıdır." Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 129. Öğretide bir görüş ise iki taraflı miras sözleşmelerine, gerek Türk hukukunda ortak vasiyetnameye cevaz verilmiyor olması gerekse mirasçı zararına bu şekilde muhataralı sözleşmeler yapılmaması gerekçeleriyle karşı çıkmaktadır: **Hatemi**, §7 N. 56-57.

<sup>36</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 129; **Dural**, s. 44; **İmre**, s. 277; **Çabri**, N. 757; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 255; Karş. **Guinand**, Jean/**Stettler**, Martin/**Leuba**, Audrey: Droit de successions, Zürich, 2005, N. 348-349, yazarlar ivazı bir ölüme bağlı tasarrufun oluşturabileceğini kabul etmektedir. Aynı yönde: SHK-**Cotti**, Art. 494 CC, N. 7; **Piotet**, s. 160; CR-**Abbet**, Intro. Art. 494-497 CC, N. 5.

<sup>37</sup> CR-**Leuba**, Art. 469 CC, N. 43.

İki taraflı ivazsız miras sözleşmelerinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu sözleşmelerde herhangi bir taraf sağlararası borç altına girmese de her iki taraf açısından da yapılan kazandırma bir diğerinin varlık sebebini oluşturur<sup>38</sup>. Bu nedenle miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini oluşturan karşılıklı ölüme bağlı tasarruflar arasında gerçek anlamda<sup>39</sup> bir karşılık ilişkisi bulunmasa<sup>40</sup> da TBK m. 28'in örnekseme yoluyla MK m. 5 gereği uygulanmasında bu açıdan engel yoktur<sup>41</sup>. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarruflarla yapılan kazandırmalar arasında oransızlık denetiminin elverişliliği, her bir kazandırmanın niteliğine göre yapılmak gerekir.

İvazlı miras sözleşmelerinde ise ivaz olarak kararlaştırılan sağlararası kazandırma ile ölüme bağlı tasarruf arasında teknik anlamda bir karşılık

<sup>38</sup> **Tuor**, Vorb, zum Erbvertrag, N. 11; **Piotet**, s. 160, yazar ivazlı miras sözleşmelerinin teknik olarak sinallagmatik olduğu fikrindedir. Aynı görüşte: **CR-Abbet**, Intro. Art. 494-497 CC, N. 5; İki taraflı miras sözleşmesinde birbirinden bağımsız iki ayrı sözleşme olduğu, geçerliliklerinin birbirinden bağımsız olduğu, ancak taraf iradeleri uyarınca pek çok halde bu iki sözleşmenin geçerliliğinin birbirine bileşik sözleşme gibi bağlanmış olacağı: **Dural**, s. 46-47; **Escher**, Vor. Art. 494 ZGB, N. 13; **BSK-Breitschmid**, Vor. 494-497 ZGB, N. 14; Benzer şekilde: **Antalya/Sağlam**, N. 983; **BK-Weimar**, vor. Art. 494 ZGB, N. 6; Karş. **SHK-Cotti**, Art. 494 CC, N. 6, yazar iki taraflı miras sözleşmesinde karşılıklı ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğinin birbirine bağlı olmayabileceğini de kabul etmektedir. Karş. **CR-Abbet**, Intro. Art. 494-497 CC, N. 6, yazar kural olarak bağlılığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, iki ayrı sözleşmenin bulunduğu hususunda: **İmre**, s. 278. Aksi yönde karşılık ilişkisi bulunmadığı için aşırı yararlanmanın gerçekleşemeyeceği görüşünde: **Hatemi**, Hüseyin: "Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 192. İki taraflı miras sözleşmelerinin tek ve bir sözleşme oluşturduğu fikrinde: **Piotet**, s. 171.

<sup>39</sup> Zira işleme birlikte tarafların malvarlıklarına yönelmiş bir kazandırma yoktur. Her iki taraf açısından da yaptığı tasarruf, ölüme sonuç doğuracaktır. **Escher**, Vor. Art. 494 ZGB, N. 13; Miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın borçlanmadığı: **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 1.

<sup>40</sup> **Dural**, s. 45; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 244-245; **Bıçakçı**, s. 17; **Antalya**, Feragat, s. 94; **BK-Weimar**, vor. Art. 494 ZGB, N. 7; Kendine özgü borçlandırıcı etkiden yoksun bağlılık şeklinde: **Serozan**, Kazandırma, s. 102; Miras sözleşmesinde ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafın borçlanmadığı gerekçesiyle: **Serozan/Engin**, §4 N. 9e-10. İvazlı olumsuz miras sözleşmeleri bakımından ivaz ve müstakbel miras payı arasında karşılık (*sinallagma*) ilişkisi olduğu görüşünde: **Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 183.

<sup>41</sup> Aksi yönde: **Başoğlu**, s. 407, yazar salt ivazlı miras sözleşmeleri açısından aşırı yararlanma hükmünün uygulanmasına olanak vermektedir. İvazlı miras sözleşmelerinde uygulanabileceği şekilde: **Arbek**, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara, 2007, s. 74; **Dural**, s. 288-289; **Serozan/Engin**, §4 N. 61; **Ath**, s. 178.

ilişkisi bulunmasa<sup>42</sup> dahi, karşılık benzeri bir ilişkinin<sup>43</sup> bulunduğu için örneksene yoluyla aşırı yararlanma hükmünün uygulanmasına bir engel olduğu ileri sürülemez<sup>44</sup>. Sağlararası ve ölüme bağlı kazandırma birbirlerinin varlık sebebinin oluşturur. Nitekim yasa koyucu da bu hususu doğrudan doğruya benimseyerek MK m. 574 hükmünü sevk etmiştir. Bu hüküm ile ivazın ifa edilmemesi halinde miras sözleşmesine sona verilebilmesine, borçlu temerrüdü hükümlerine hüküm içi atıf yapılarak olanak tanınmıştır<sup>45</sup>.

#### IV. İVAZLI VEYA İKİ TARAFLI MİRAS SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

##### A. Olumlu Miras Sözleşmelerinde

###### 1. Genel Olarak

İvazlı olumlu miras sözleşmelerinde, bir taraf sağlararası borç altına<sup>46</sup> girerken karşı taraf, mirastan feragat beyanını kabul etmek dışında bağlayıcı bir ölüme bağlı<sup>47</sup> tasarrufta bulunur. Böylece bir taraf sağlararası, diğer taraf ölüme bağlı kazandırma yapar. Ancak bu noktada, bir tarafın ölüme bağlı bir kazandırma da mı bulunduğu, yoksa vadenin ölüm olarak belirlendiği sağlararası bir işlem mi yapıldığı hususuna dikkat edilmelidir. Tarafların, tereke üzerinde bir işlem yapmayıp bir tarafın ölümüyle bu tarafa ait bir malvarlığı unsurunun karşı tarafa intikal etmesini öngördükleri bir işlem yapmaları,

<sup>42</sup> Ölüme bağlı tasarruf her zaman *mortis causa* yapıldığından, sağlararası kazandırmanın sebebinin oluşturmaz ve bu itibarla iki tür kazandırma arasında gerçek anlamda karşılık ilişkisi bulunmaz: **Dural**, s. 50-51.

<sup>43</sup> **Dural**, s. 51.

<sup>44</sup> **Velidedeoglu**, H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, İstanbul, 1963, s. 528; **Dural**, s. 289; **Turan**, s. 72-73; **Bıçakçı**, s. 109; **Ath**, s. 178.

<sup>45</sup> **Dural**, s. 288.

<sup>46</sup> Öğretide bir görüş, olumlu miras sözleşmelerinde sadece ölüncüye kadar bakma ediminin ivaz teşkil edebileceğini kabul etmektedir: **Hatemi**, §7 N. 50.

<sup>47</sup> Miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğini, mirasçı atama, vasiyet bırakma, bu tasarruflara ilişkin ikameli tasarruflar, yüklemeler ve mirastan feragat beyanını kabul oluşturabilir. Bunun dışındaki ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname hükümlerine tabi olur. **Piotet**, s. 160 ve 163; CR-**Abbet**, Intro. Art. 494-497 CC, N. 4. Mirasçılıktan çıkarma açısından açıklamalar ve farklı değerlendirmeler için: **Yağcı**, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, İstanbul, 2013, s. 408. Karş. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ve görevliye ölüme bağlı kazandırma yapılan bir içerikle miras sözleşmesi kurulabileceği fikrinde: **Akbıyık**, Cem: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul, 2012, s. 41 dn. 123. Ayrıca, vakıf kurma ölüme bağlı tasarrufunun miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dâhil olabileceği görüşünde karş. **Uyan**, Göktürk: "Miras Sözleşmesinde İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması", İÜHF M C. 65 S. 2 (2007), s. 332 vd.

miras sözleşmesiyle vasiyet bırakılmasını kararlaştırmalarına göre pek çok durumda daha muhtemeldir. Zira bir tarafa sağlararası işlem yoluyla kazandırma yapan kişinin bunun karşılığını sağlararası bir kazandırma ile elde etmek istemesi çok daha yakın bir olasılıktır. Bu nedenle, öncelikle işlemin sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf niteliğinin tespit edilmesi gereklidir<sup>48</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki miras sözleşmeleri için öngörülen şekil koşulları, işlemin miras sözleşmesi sayılmama olasılığını zayıflatacaktır. Zira bu durumda miras sözleşmesi için öngörülen şekle uyan tarafların iradelerinin ölüme bağlı tasarrufta bulunma yönünde olduğu çıkarımı daha güçlü bir şekilde yapılabilir.

Taraflar arasında miras sözleşmesi kurulduğu sonucuna varıldığında, karşılaştırma yapılması gereken kazandırmalar, bir yanda ivaz; diğer yanda ölüme bağlı tasarruf ile yapılan kazandırmadır. Şu kadar ki, sağlararası işlemle borç altına giren, aynı zamanda ölüme bağlı tasarrufta da bulunuyorsa sağlararası kazandırmayla birlikte bu tasarrufun da nazara alınması gerekir. İki taraflı olumlu miras sözleşmesinde ise her iki tarafın yaptığı ölüme bağlı tasarruf dikkate alınacaktır.

Miras sözleşmesi yapıldığı anda karşılık teşkil eden kazandırmalar arasındaki dengeyi değerlendirmek, edim muhatara içermiyorsa sağlararası kazandırma (ivaz) açısından herhangi bir güçlük oluşturmaz<sup>49</sup>. Bu konunun

<sup>48</sup> Ölüme bağlı tasarruf niteliğinin tespiti hususunda: **Serozan**, Kazandırma, s. 15 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 125-126; **Oğuzman**, s. 96-97; **Çabri**, N. 512 vd.; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 160; **Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, Ankara, 2018, s. 165; **Gönensay/Birsen**, s. 39; **Antalya/Sağlam**, N. 371 ve 375; **Guinand/Stettler/Leuba**, N. 244-245; **SHK-Cotti**, Art. 494 CC, N.15 vd.; **Piotet**, s. 177; **Arpacı**, Özge: “Mahkeme Kararları Işığında Ölüme Bağlı Tasarruf ile Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 24 S. 1 (2020), s. 148 vd.; **Druey**, §8 N. 34 vd.

<sup>49</sup> Bu açıdan öğretilde sağlararası edim borçlusunun aşırı yararlanmaya başvurabileceği ifade edilmiştir (**Hatemi**, Gabin, s. 192). Aşırı yararlanmaya başvurulabilmesi karşılık ilişkisi gerektirdiği için bu olanağın diğer tarafın da sahip olması gerekir. Bununla birlikte yazar bu olanağı sağlararası edim taahhüt edilmediği gerekçesiyle kabul etmemektedir. Ayrıca, aşırı yararlanma açısından edimler arası dengesizliğin nasıl takdir edilebileceğine de açıklama getirilmemiştir. Diğer yandan ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım ediminin kapsamı karşı tarafın yaşam süresine bağlı olduğundan yine muhataralı bir edim söz konusu olacaktır. **Tunçomağ**, Kenan: Ölüncüye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1959, s. 27 ancak karşı s. 80. Yazar burada, sözleşmenin muhataralı niteliği nedeniyle sözleşme kurulduğu an itibarıyla kimin aleyhine olacağıının belirlenemeyeceğini ifade etmekle birlikte, pek çok halde hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle sözleşmenin iptal edilemeyeceğini savunmaktadır. Fakat kanımızca bu gerekçenin, işlemin geçerliliğinin kurulduğu an itibarıyla değerlendirilmesi ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilebilir.

ayrıca incelenmesini zorunlu kılan, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğine dâhil olan ölüme bağlı tasarrufla yapılan kazandırma açısından yapılacak değerlendirmedir.

Aşırı yararlanma nedeniyle iptale nesnel unsur açısından başvurulamadığı olasılıklarda, olumsuz miras sözleşmesine ilişkin kısımda değinileceği üzere, bir tarafın karşı tarafın zor durumda olmasından, düşüncesizlik veya deneyimsizliğinden yararlanma kastıyla aşırı menfaat elde etmek amacıyla miras sözleşmesini kurması, sözleşmenin kuruluş tarzı açısından ahlaka aykırılık sonucu ile işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurabilir. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu dahi söz konusu olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu pek çok durumda irade bozukluğu da bulunabilir<sup>50</sup>. Bu nedenle sözleşmenin kuruluş tarzı sebebiyle bir irade bozukluğunun koşulları da gerçekleşmişse, bu irade bozukluğuna özgü sonuçlara başvurulması olanağı saklıdır.

## 2. Mirasçı Atama Tasarrufları

Sağlararası kazandırma karşılığında, ölüme bağlı kazandırma olarak mirasçı atandığı takdirde, aşırı yararlanma hükümlerinin uygulama alanı bulunması olanaksızdır. Çünkü mirasçı atanmasıyla, lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunulan şahsa belirli bir değer, tereke üzerinden de olsa, aktarılması taahhüdünde bulunulmamaktadır. Mirasın açılmasıyla birlikte, mirasçı atanan şahıs, tereke üzerinde öngörülen ölçüde külli halef olarak hak kazanmaktadır<sup>51</sup>. Başka bir deyişle, mirasçı atanmasının kazanımı tamamen tereke mevcuduna bağlı durumdadır<sup>52</sup>. Bu bağlamda mirasçının, miras

<sup>50</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 2 ve 26.

<sup>51</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 258; **İmre**, s. 186; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2016, s. 142; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 221; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 140; **Köprülü**, s. 169-170; **Çabri**, N. 576; **Piotet**, s. 82-83; **Taşatan**, Caner: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Mirasçı Atama”, İNÜHFD 10(1)-2019, s. 41.

<sup>52</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 251; **Oğuzman**, s. 132; **İmre**, s. 282; **Taşatan**, s. 42; **BK-Weimar**, Art. 494 ZGB, N. 17. Şu kadar ki mirasbırakanın, mirasçı atadığı kişinin menfaatine kasten aykırı olarak sağlararası ivazsız kazandırmalar yaptığında, MK m. 656 b.4’ün örneksemeyle uygulanması mümkündür: **Dural/Öz**, s. 130; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 248; **Piotet**, s. 165; **Ayan**, Serkan: “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/II Hükmünün Anlamı”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 58 Y. 6 (Haziran 2011), s. 24; Bu hüküm kapsamına mirasçı atama halinde miras sözleşmesinde devredilmeyeceği kararlaştırılan malvarlığı unsurlarının da gireceği görüşünde: **Gauthier**, Jean: Le pacte successoral, Lozan, 1955, s. 44. Öğretide ayrıca, mirasçı atadığı kişiye karşı mirasbırakanın sağlararası bir işleme ivazsız kazandırmada bulunmayacağını taahhüt

açılmadan önce, teknik anlamda ne mirasçılık sıfatına ne de tereke mevcuduna dair bir beklenen hakkı dahi yoktur<sup>53</sup>. Miras açıldıktan sonra tereke

edebileceği, bu durumda MK m. 527/II hükmüne başvurulabileceği ileri sürülmektedir (**Dural/Öz**, s. 130; **İmre**, s. 284; **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 248; **İnan/ERTAŞ/Albaş**, s. 257; **Çabri**, N. 776). Buna karşılık kanımızca, sağlararası bir taahhülle MK m. 527/II hükmünü uygulanabilir kılmak mümkün olmadığı gibi bu işlemin sağlararası işlem yapma özgürlüğüne getirdiği sınırlama itibarıyla geçerliliği MK m. 23/II karşısında tartışmalı olacaktır. MK m. 23/II'ye uygun olduğu ölçüde geçerlilik tanınması yönünde: **BSK-Breitschmid**, Art. 494 ZGB, N. 6; **BK-Weimar**, Art. 494 ZGB, N. 16; **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 8; **Ayan**, s. 16, yazar bu taahhüde aykırılığın sonuçlarının borçlar hukukuna tabi olacağını haklı olarak kabul etmektedir: s. 17. Benzer yönde borçlar hukukuna tabi anlaşma da yapılabileceği şeklinde: **Piotet**, s. 165, yazar; ölüme bağlı tasarrufun içeriğine dâhil olarak da yapılmasını mümkün görmektedir. **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 20; **Druey**, §10 N. 39); **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 8. Ayrıca karş. **İnan/ERTAŞ/Albaş**, s. 257, yazarlar ayrı bir taahhüt olmadığı durumda dahi mirasbırakanın kasten malvarlığını azaltması olasılığında atanmış mirasçıya karşı sorumlu olacağını kabul etmektedir. Hâlbuki atanmış mirasçıları, yasal mirasçılardan üstün tutmaya gerek yoktur: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 251. Ayrıca, MK m. 565/b. 4'ün ivazlı tasarruflarda uygulanabileceği görüşü: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 251; Bu durumda kazandırma yapılanın mirasbırakanın amacına katılması kaydıyla MK m. 527/II'nin uygulanacağı fikrinde: **Çabri**, N. 784. Ayrıca karş. **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 494 ZGB, N. 12a, Yazar hem vasiyet hem mirasçı atama açısından ivazlı miras sözleşmelerinin örtülü olarak bağışlama yapmamaya yönelik taahhüt içerdiğini, bu nedenle İMK m. 494/III (MK m. 527/II) hükmünün uygulama alanı bulması gerektiğini kabul etmektedir. Vasiyete ilişkin olarak miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğe sahip olduğundan hareketle aynı yönde: **Piotet**, s. 166.

<sup>53</sup> **Serozan**, Kazandırma, s. 16; **Dural/Öz**, s. 51; **Guinand/Stettler/Leuba**, N. 347; **Engin**, B. İlkay: Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003, s. 129; **Serozan/Engin**, §1 50, §4 N. 37-38 ve 131; **Nomer**, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 130-131; **Akkanat**, s. 6; **Küçükaydın**, E. Aslı: "Mirasçı Atama", İÜHF C. 75 S. 1 (2017), s. 440; **İnce**, Nurten: "Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)", İNÜHF C. 9 S. 1 (2018), s. 154; **Ayan**, s. 17; **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 10-11; **Escher**, Art. 494 ZGB, N. 2; **Piotet**, s. 75 ve 158; **CR-Baddeley**, Margareta: Art. 483 CC, N. 25; **BK-Weimar**, Art. 494 ZGB, N. 9. Ayrıntılı değerlendirme ve beklenen hakkın bağımsızlaşma gerçekleşmediği için söz konusu olmadığı görüşü için: **Antalya/Sağlam**, N. 136; Benzer yönde: **Albaş**, Hakan: "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9 (Özel Sayı-2007), s. 537-538 ancak karş. 353; **Lange**, Knut Werner: Erbrecht, Münih, 2017, §44 N. 67. Ayrıca karş. **Dural**, s. 25; **Yakupoglu**, s. 44, yazar beklenen hakkın söz konusu olmadığını ancak sınırlı olarak korunan bir beklen-tinin bulunduğunu, salt miras hakkına dair bir umuttan söz edilemeyeceğini kabul etmektedir. **BSK-Breitschmid**, Peter: Vor. Art. 494-497 ZGB, N. 4. Aksi yönde karş. **Druey**, §8 N. 12 vd.; **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 2; **Yıldırım**, Mustafa Fadıl: "Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), Yargıtay Dergisi C. 21 S. 1-2 (Ocak-Nisan 1995), s. 117; **Özakman**, H. Cumhuriyet: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul, 1984, s. 108; **SHK-Cotti**, Art. 494 CC, N. 65;

mevcudu üzerindeki mirasçılık payı oranında tam hak (*Vollrecht*) iktisap eder. Başka bir deyişle, miras sözleşmesi mirasbırakanın işlem ehliyetini ve tasarruf yetkisini sınırlamaz (MK m. 527/II)<sup>54</sup>. Bu yönüyle mirasçı atanması halinde doğan hukuki durumu, muhataralı -sonucu talih ve tesadüfe bağlı (*contrats aléatoires/aleatorische Verträge, Glücksverträge, Risikoverträge*)- bir sözleşmeye benzetmek mümkündür<sup>55</sup>. Muhataralı sözleşmelerde de edimlerden birinin kapsamını sözleşme kurulduğu an belirlemek mümkün olmadığından aşırı yararlanma hükümlerine dayanabilmek olanaklı değildir<sup>56</sup>. Nitekim bu durumda sözleşme tarafları bu riski bilerek ve üstlenerek

BK-Weimar, Art. 494 ZGB, N. 8; Arpacı, s. 131; Bıçakçı, s. 16; Yarg. 14. HD., 28.11.2019, 2152/7969 (Kazancı) “Mirastan feragat sözleşmesinin hükümleri özellikle feragat eden mirasçı bakımından önemlidir. Çünkü, feragat sözleşmesi yapmakla feragat eden kimse, mirasa ilişkin beklenen (muntazar) bir haktan yoksun olur, mirasçı sıfatını kazanamaz. Bu husus Medeni Kanunumuzun 528/II'de «Feragat eden, mirasçılık sıfatını kaybeder» şeklinde ifade edilmiştir.”

<sup>54</sup> CR-Baddeley, Art. 483 CC, N. 26; Serozan/Engin, §4 N. 121; Çabri, N. 765; Dural, s. 144; SHK-Cotti, Art. 494 CC, N. 67; Piotet, s. 164; CR-Abbet, Art. 494 CC, N. 5; Akça, s. 207; Ölüme bağlı tasarrufun hükümlerini ancak mirasın açılmasıyla doğurduğu gerekçeyle: Guinand/Stettler/Leuba, N. 351; Druvey, §10 N. 35.

<sup>55</sup> BSK-Breitschmid, Art. 494 ZGB, N. 5. Keza aynı benzetme umut satışı açısından da yapılabilir (Tandoğan, Haluk: Özel Borç İlişkileri, C. 1/I, İstanbul, 2010, s. 80; BK-Giger, Art. 184 OR, N. 27). Muhataralı sözleşmeler için: Tandoğan, s. 6-7. Umut satışının da bir muhataralı işlem olduğu: Welsler, Rudolf/Zöchling-Jud, Brigitta: Grundriss des bürgerlichen Rechts-Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil Schuldrecht Besonderer Teil Erbrecht, Viyana, 2015, N. 813; KK-Karner, Ernst: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch- KurzKommentar zum ABGB, Viyana, 2010, §1275-1276, N. 3. Açılmamış mirasa ilişkin pay devrinde de tarafların terekenin ve mirasçılık sıfatının belirsizliği nedeniyle riziko üstlendikleri hakkında: Özakman, s. 107. Muhataralı sözleşmelerde tarafın bilincinde olduğu bir belirsizlik vardır: Reiner, Günter: Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden, 2002, s. 28.

<sup>56</sup> Morin, N. 553-558; Haddat, Eloïse: Les notions de contrat d'assurance, Paris I Panthéon Sorbonne Üni. Doktora Tezi, Paris, 2017, N. 82; Okumuş, s. 82; Aslan, s. 101-103; Saymen, Nisbetsizlik, s. 158; Feyzioğlu, s. 251; Saymen/Elbir, s. 233; Feyzioğlu, s. 251. Olasılık hesaplarına dayanılabileceği hallerde uygulanabileceği nüansıyla: Kocayusufpaşaoğlu, §39 N. 11; Çakırca, s. 133-134 ve dn. 25; BK-Kramer, Art. 21 OR, N. 12. Yarg. 1. HD., 4.6.1982, 7801/7420 (Kazancı). Aksi yönde uygulanılabileceği fikrinde: Sarı, s. 1030. Şunu belirtmek gerekir ki ölüme bağlı tasarrufta hem mirasın açılma anı hem de terekenin durumu, aktüerya hesabına uygun değildir. Bu görüş üstün tutulsa dahi miras sözleşmelerinde aşırı yararlanmanın uygulanmasına zemin hazırlayamaz. Avusturya Medeni Kanunu §1268 hükmüyle muhataralı sözleşmeler bakımından aşırı yararlanmanın söz konusu olmayacağını açıkça düzenlemiştir. Ayrıca bkz. CR-Leuba, Art. 469 CC, N. 43, yazar genel olarak miras sözleşmelerinin kurulduğu an itibarıyla mirasın açıldığı andaki durumun öngörülemediği gerekçeyle aşırı yararlanmaya uygun olmadığını belirtmektedir. Karş. Akça, Neslihan:

sözleşmeyi kurmuş durumdadır<sup>57</sup>. Bu itibarla, miras sözleşmesiyle mirasçı atanması olasılığında, mirasçı ataması tasarrufu sözleşmeyi muhataralı hale getirir ve bu nedenle sözleşmeye aşırı yararlanma nedeniyle iptal edilebilirlik yaptırımının bütünüyle ve her iki taraf açısından uygulanmasına engel olur.

### 3. Vasiyet Bırakma Tasarrufları

Vasiyet şeklinde yapılmış bir ölüme bağlı tasarruf, miras sözleşmesinin içeriğinde bulunuyorsa daha farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. MK m. 517/II hükmünde belirtildiği üzere vasiyet, bir kimseye terekedeki bir malın mülkiyetinin veya terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik olabileceği gibi; bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, bir iradın bağlanmasının veya bir kimsenin bir borçtan kurtarılmasının, mirasçılar veya belirli mal bırakılanlara yükletilmesi şeklinde yapılabilir. Bu durumda vasiyet, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın, bir kişiye (vasiyet alacaklısı) alacak hakkı şeklinde ve cüz'i halefiyet aracılığı ile sağladığı malvarlığı menfaati olarak tanımlanabilir<sup>58</sup>. Vasiyetin iki taraflı veya ivazlı miras sözleşmesi kapsamında yapılmasından engel yoktur<sup>59</sup>. Tanımdan görüldüğü üzere, mirasın açılmasıyla vasiyet alacaklısı lehine doğan bir alacak hakkı söz konusudur. Alacak

---

İvazlı Miras Sözleşmeleri, Ankara, 2020 (Gazi Üni. SBE. Doktora Tezi), s. 206, yazar bu hususu tespit etmekle birlikte, fazla menfaat edilmeye çalışıldığı hallerde aşırı yararlanmanın kurum olarak geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>57</sup> **Okumuş**, s. 82. Karş. Sigorta sözleşmesinde, olasılık hesabıyla aşırı yararlanmaya başvurulabileceği görüşü: **Saymen/Elbir**, s. 233; **ZK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 12. Fikrimizce, aynı sebeple, tereke mevcudunu etkileyen malvarlığı artış ve azalışları miras sözleşmesinin uyarlanması için neden oluşturmaz. Burada tarafların sonuçlarını üstlendiği bir riskin gerçekleşmesi söz konusu olur. Olumsuz miras sözleşmesi açısından benzer yönde: **SHK-Cotti**, Art. 495 CC, N. 9 dn. 21; **CHK-Hrubesch-Millaue**, Art. 495 ZGB, N. 2.

<sup>58</sup> **Oğuzman**, s. 140; **Dural/Öz**, s. 143; **İmre**, s. 185; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 140; **Çabri**, N. 585; **BSK-Bruno Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 1-2; **SHK-Hubert-Froidevaux**, Anouchka: Commentaire du droit des successions, Art. 484 CC, Bern, 2012, N. 1; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 2; **Piotet**, s. 113; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 223, yazarlar borç ilişkisine konu olabilecek her ediminin vasiyet edilebileceğini ifade etmektedir. Aynı yönde: **Serozan/Engin**, §4 N. 138; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 142-143; **SHK-Hubert-Froidevaux**, Art. 484 CC, N. 2.

<sup>59</sup> İvaz açısından: **BSK-Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 23; **Dural/Öz**, s. 143-144; **Oğuzman**, s. 95 dn. 98a; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 223; **Gönensay/Birsen**, s. 132; **Antalya/Sağlam**, N. 756; **Çabri**, N. 764; **SHK-Hubert-Froidevaux**, Art. 484 CC, N. 1. Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 259, Yazar vasiyetin ivazsız bir kazandırma olduğunu belirtmekle yetinmektedir. Aynı şekilde: **CHK-Hrubesch-Millaue**, Art. 484 ZGB, N. 3; **Escher**, Art. 484 ZGB, N. 4; **Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 6.



hakkının konusunu oluşturan edim belirli veya belirlenebilir. Bu nedenle ilk aşamada kazandırmalar arasındaki oran açısından değerlendirmeye elverişli olduğu düşünülebilir. Ancak, MK m. 527/II hükmünde açıkça belirtildiği üzere, ölüme bağlı tasarruflarda bulunan, malvarlığı üzerinde sağlararası işlem yapma imkânını yitirmemiş<sup>60</sup>, sadece bağışlamalara karşı tenkis olanağı<sup>61</sup> öngörülmüştür. Bunun dışında sağlararası ivazlı işlem sonucunda vasiyet konusu malvarlığından çıkarsa, MK m. 517/III gereği vasiyet düşmüş olur<sup>62</sup>. Görüldüğü üzere, miras sözleşmesiyle vasiyette bulunduğu takdirde, karşı taraf ölüme bağlı tasarruflarda bulunan tarafın sağlararası işlemde bulunma riskini üstlenmektedir. Farklı bir deyişle vasiyette bulunulması da mirasçı atama gibi, muhatara içermektedir. Bu duruma, tedarik<sup>63</sup>/çeşit<sup>64</sup>

<sup>60</sup> **Çabri**, N. 765; **BK-Weimar**, Art. 494 ZGB, N. 19; Karş. **İmre**, s. 285, yazar miras sözleşmesiyle vasiyet edenin, vasiyet konusunu ivazsız olarak devretmekten MK m. 2 uyarınca kaçınması gerektiğini belirtmekte birlikte bu durumda uygulanacak yaptırımdan söz etmemektedir.

<sup>61</sup> Hükümde itiraz terimi kullanılmış olsa da, örneksene ile tenkis davası hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir: **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 249-250; **Oğuzman**, s. 131; **Dural/Öz**, s. 131; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 257; **Serozan/Engin**, §4 N. 117; **Antalya/Sağlam**, N. 652; **Çabri**, N. 780; **Ayan**, s. 28; **Guinand/Stettler/Leuba**, N. 357; **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 15. Karş. **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 19-20.

<sup>62</sup> **Oğuzman**, s. 131; **Serozan/Engin**, §4 N. 139; **Hatemi**, §8 N. 11; **Çabri**, N. 785.

<sup>63</sup> Tedarik vasiyetinde, vasiyet borçlusu vasiyet konusunu tereke dışında olduğu için temin etmekle yükümlü olur: **Eren/Yücer Aktürk**, s. 147; **Çabri**, N. 611; **CR-Baddeley**, Art. 484 CC, N. 69; **BK-Weimar**, Art. 484 ZGB, N. 44; **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 484 ZGB, N. 6; **SHK-Hubert-Froidevaux**, Art. 484, N. 24 ve 33; **Druey**, §11 N. 15 **Piotet**, s. 118. Bu hususiyet ölüme bağlı tasarruflarda öngörülmelidir: **Oğuzman**, s. 141; **Gönensay/Birsen**, s. 134; **Gürsoy**, Kemal Tahir: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955, s. 158; **Tuor**, Art. 484 ZGB, N. 25; **Escher**, Art. 484 ZGB, N. 19; **BSK-Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 80.

<sup>64</sup> Çeşit vasiyetinde, terekede bulunması veya bulunması şart olmadan, vasiyet alacaklısına konusu çeşit borcu teşkil eden bir alacak kazandırılır: **Oğuzman**, s. 141; **Çabri**, N. 603; **Gürsoy**, s. 153; **Gauthier**, s. 51; **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 484 ZGB, N. 5; **CR-Baddeley**, Art. 484 CC, N. 32; **SHK-Hubert-Froidevaux**, Art. 484, N. 33. Vasiyet borçlusu, vasiyet borcunu tereke dışında olsa dahi temin etmekle MK m. 519 hükmü sınırları içinde yükümlüdür: **Ozanemre Yayla**, H. Tolunay: “Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri,” Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 121; **Dural/Öz**, s. 146. Tedarik vasiyetinden farklı olarak, özellik çeşit borcunun niteliğinden kaynaklandığından, tereke dışından teminin ölüme bağlı tasarruflarda özellikle kararlaştırılmış olması gerekmez. İrat vasiyeti dahi çeşit vasiyetinin özel bir görünümüdür (Genel olarak para vasiyetinde: **CHK-Hrubesch-Millauer**, Art. 484 ZGB, N. 5; **BSK-Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 62; **Gürsoy**, s. 153). Çeşit vasiyetinin terekede çıkmaması halinde tedarik vasiyetine dönüşeceği şeklinde: **Eren/Yücer Aktürk**, s. 145.

vasiyeti istisna teşkil eder<sup>65</sup>. MK m. 517/III'teki karinenin aksi miras sözleşmesinde öngörülmüşse, miras açıldığında vasiyet konusunun terekede bulunmaması, vasiyet borcunu düşürmez<sup>66</sup>. Bu ihtimalde, vasiyet borcu, muhatara içermediğinden ve vasiyet edilen edimin değeri belirlenebilir nitelikte olduğundan, aşırı yararlanma açısından değerlendirme yapmaya elverişli olarak kabul edilmek gerekir<sup>67</sup>.

Belirtilen türdeki vasiyet bırakma tasarrufları ile onlara karşılık oluşturan muhatarasız sağlararası kazandırma (ivazlı miras sözleşmesi) veya yine aynı türdeki vasiyet bırakma tasarrufları (iki taraflı miras sözleşmesi) arasında açık bir oransızlık bulunuyorsa ve aşırı yararlanmanın öznel unsurları da gerçekleşmişse, miras sözleşmesi aşırı yararlanma ile malul olur. Bu durumda, oransızlık aleyhine gerçekleşmiş taraf, sağlararası kazandırmada bulunmuşsa TBK m. 28 hükmüne dayanarak işlemi iptal edebilir<sup>68</sup>. Buna karşılık ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf aşırı yararlanmaya maruz kalmışsa TBK m. 28, MK m. 5 hükmü aracılığı ile uygulanır. Miras sözleşmesi, ölüme bağlı tasarrufta bulunan tarafından düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıllık hak düşürücü süre içinde iptal edilebilir<sup>69</sup>. Bu kabul, MK m. 504 hükmüyle de uyumludur. Hak düşürücü süre dolmadan ve iptal hakkından feragat etmeden ölüme bağlı tasarrufta bulunan ölürse, MK m. 557 ve

<sup>65</sup> **Serozan/Engin**, §4 N. 139. Ayrıca, tarafların miras sözleşmesinde açıkça veya örtülü olarak kaim değer vasiyet konusu olmasını kararlaştırmaları da mümkündür. Bu olasılıkta yapılacak değerlendirme açısından belirleyici olan miras sözleşmesi kurulduğu anda kaim değer belirli olup olmadığıdır.

<sup>66</sup> **Dural/Öz**, s. 147; **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras Hukuku*, s. 263 ve 266; **İmre**, s. 285; İvazlı miras sözleşmelerinde karine olarak vasiyet borcunun devam edeceğinin kararlaştırılmış sayılacağı: **Tuor**, Art. 494 ZGB, N. 25; **Escher**, Art. 494 ZGB, N. 12; **CR-Abbet**, Art. 494 CC, N. 7; Benzer yönde: **Piotet**, s. 165; İvazlı ve ivazsız miras sözleşmesinde, vasiyet borcunun, vasiyet konusunun değerini ödeme borcuna dönüşeceği şeklinde: **Ayan**, s. 30.

<sup>67</sup> İvaz karşılığı vasiyette bulunulmasında kazandırmalar arasında nesnel bir denge bulunmasının gerekmediği öğretilmekte (**BSK-Huwiler**, Art. 484 ZGB, N. 27) ise de bu durum, diğer bütün koşulların gerçekleştiği takdirde aşırı yararlanmanın doğmasına engel olmamalıdır.

<sup>68</sup> Sağlararası işlem yapan açısından genel hükümlerin uygulandığı: **SHK-Cotti**, Art. 494 CC, N. 8; **Eren**, İptal, s. 91; **Turan**, s. 97; **CR-Leuba**, Art. 469 CC, N. 7; **Dural**, s. 271; **Atlı**, s. 113.

<sup>69</sup> **Dural**, s. 289; **Atlı**, s. 179. Bu durumda, miras sözleşmesi karşı tarafa yöneltilmesi gerekli ve şekle bağlı olmayan iptal beyanı ile hükümsüzleşecektir: **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras Hukuku*, s. 333; **Oğuzman**, s. 106; **Çabri**, N. 312

m. 559 örneksemeyle uygulanır. Mirasçılar sözleşmenin iptalini dava edebilir<sup>70</sup>. Sadece sağlararası kazandırmaya müdahale yoluyla kazandırmalar arasındaki oransızlığı gidermek mümkünse, iptal yerine oransızlığın giderilmesi olanağı da bulunabilir<sup>71</sup>. Buna karşılık, oransızlığın giderilmesi maksadıyla ölüme bağlı tasarruflara ilişkin bir müdahale yapılmasına olanak tanınmaması, münhasıran şahsa bağlı nitelik gösteren ölüme bağlı tasarruflarda bulunma özgürlüğüne müdahale teşkil edeceği için kanımızca daha yerinde olacaktır. Aşırı yararlanmaya maruz kalan ölüme bağlı tasarruflarda bulunanın mirasçıları, MK m. 557-559 hükümlerine örneksemeyle iptal davası açabileceklerinden ve bu davada öngörülen tek yaptırım işlemin iptali olduğundan, oransızlığın giderilmesi imkânı hiçbir şekilde söz konusu olmayacaktır.

## B. Olumsuz Miras Sözleşmelerinde

Olumsuz miras sözleşmesinde, mirasbırakan karşı tarafın kendisinin mirasçısı olma sıfatından<sup>72</sup> feragat ettiğine ilişkin iradesini kabul etmek suretiyle ölüme bağlı tasarruflarda bulunur<sup>73</sup>. Mirasbırakan bunun karşılığında

<sup>70</sup> Dural, s. 289; Atlı, s. 179.

<sup>71</sup> Karş. Oransızlığın giderilmesi olanağının genel olarak her olasılıkta bulunduğu görüşünde: Çabri, N. 1295.

<sup>72</sup> Bu sözleşmenin geçerliliği için sözleşme kurulduğu anda feragat edenin muhtemel mirasçı sıfatına sahip olması gerektiği yönünde: Yarg. 1. HD., 20.11.2018, 15019/14670 (Kazancı) “Somut olaya gelince, her ne kadar davacı 27.02.2007 tarih ve ... yevmiye numaralı ... 24. Notalığı’nda düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi ile miras haktan feragat etmiş ise de feragat tarihi itibarı ile mirasçı sıfatının olmadığı sabittir. O halde, noterde düzenlenen feragat sözleşmesi TMK m. 528 anlamında bir feragat sözleşmesi olmadığı gibi doğmamış haktan feragat edilemeyeceği, bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağı açıktır. Ne var ki, muris muvazaası iddiası yönünden hükme yeterli bir araştırma yapılmamıştır.” Kanımızca olumsuz miras sözleşmesinin kurulduğu anda feragat beyanında bulunan tarafın olası mirasçısı sıfatı taşıması bir geçerlilik koşulu değildir. Bu husus sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kanuni şart teşkil eder. Miras açıldığında feragat eden, feragat gerçekleşmemiş olsaydı mirasçı sıfatını kazanacak idiyse, sözleşme hükümlerini doğurur. Karara konu olan vakialara benzer hallerde işlem geçerliliğini, irade bozuklukları ve ahlaka aykırılık açısından değerlendirmek daha yerinde olacaktır.

<sup>73</sup> SHK-Cotti, Art. 495 CC, N. 1; BK-Weimar, Art. 495 ZGB, N. 3; İmre, s. 300; Eren/ Yücer Aktürk, s. 180; Oğuzman, s. 165, yazar mirasbırakanın durumunu daha iyi ifade etmek için ölüme bağlı tasarrufu “mirastan feragati sağlama” olarak ifade etmektedir. Karşı taraf sağlararası bir işlem olarak iradesini beyan etmekle yetinmektedir. Beklenen haktan dahi bir feragat söz konusu değildir. Karş. Dural/Öz, s. 195. Bu durumda iki taraflı bir mirasçılıktan çıkarma olduğu gerekçesiyle: Piotet, s. 158; Olumsuz miras sözleşmesinin öncelenmiş mirasçılıktan çıkarma sayılmayacağı görüşünde: CHK-Hrubesch-Millauer, Art. 495 ZGB, N. 1. Doğmamış haktan feragat edildiği gerekçeyle kavramsal olarak mirastan feragatin hukuk mantığına uygun olmadığı görüşünde:

feragat edene sağlararası bir kazandırmada bulunma borcu altına girerse, ivazlı miras sözleşmesi kurulur<sup>74</sup>. Mirasbırakanın ayrıca başka bir bağlayıcı ölüme bağlı tasarrufta bulunması da mümkündür<sup>75</sup>. Mirastan feragat eden, sadece feragat iradesini karşı tarafa açıklamaktadır. Bunun dışında sağlararası veya ölüme bağlı herhangi bir kazandırmada kural olarak bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mirastan feragat iradesini açıklayan, tereke üzerindeki olası hakkının doğmasına engel olduğundan, feragat edilen olası miras hakkı ile mirasbırakanın sağlararası veya ölüme bağlı kazandırması arasında karşılık ilişkisi benzeri bir bağın bulunacağı ifade edilebilir<sup>76</sup>. Ayrıca, sözleşmenin bağlayıcı içeriğini oluşturan tarafların yaptığı başka sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmalar varsa onlar da dikkate alınmalıdır.

Kural olarak sağlararası ivaz ve çeşit/tedarik vasiyeti niteliğindeki ölüme bağlı tasarruf aşırı yararlanma bakımından elverişli kazandırma oluşturduğundan, bu olasılıkta aşırı yararlanmada kazandırmalar arasındaki oran açısından değerlendirilmesi gereken, olası miras hakkından feragatle vazgeçilen olası miras hakkının değerlendirme için elverişli olup olmamasıdır<sup>77</sup>. Zira ifade edildiği üzere, kazandırmalar arasındaki oransızlık açısından değerlendirme yapabilmek için her iki kazandırmanın da muhataralı olmaması gerekir.

Mirastan feragat halinde de mirastan feragatte bulunan, kendisi bakımından muhataralı bir işlemde bulunmaktadır<sup>78</sup>. Zira bu olasılıkta vazgeçilen

---

**Berki**, Şakir: “Türk Medeni Kanununda Mirastan Feragat”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya Armağan, Ankara, 1975, s. 390.

<sup>74</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, s. 301; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 261. Karş. İvazın, ölüme bağlı kazandırma da teşkil edebileceği görüşü: SHK-**Cotti**, Art. 495 CC, N. 8; İFM, 25.5.2000, 5C.91/2000 (Swisslex).

<sup>75</sup> **İmre**, s. 300-301; CR-**Abbet**, Art. 495 CC, N. 4; **Piotet**, s. 160; BSK-**Breitschmid**, Art. 495 ZGB, N. 6. Aksi yönde: BK-**Weimar**, Art. 495 ZGB, N. 15.

<sup>76</sup> SHK-**Cotti**, Art. 495 CC, N. 7; BSK-**Breitschmid**, Art. 495 ZGB, N. 6. Öğretide ivazlı olumsuz miras sözleşmelerinde aşırı yararlanma nedeniyle hükümsüzlüğün doğmasına olanak tanıyan görüşün (**Hatemi**, Gabin, s. 192-193) bu hususu kabul ettiği sonucuna varılabilir.

<sup>77</sup> Karş. CHK-**Hrubesch-Millauer**, Art. 495 ZGB, N. 2, yazar olumsuz miras sözleşmesinde miras açılana dek sürecek nesnel bir dengenin bulunmasının gerekmediğini, taraf iradeleri doğrultusunda öznel bir dengenin varlığının yeteceğini belirtmektedir.

<sup>78</sup> CHK-**Hrubesch-Millauer**, Art. 495 ZGB, N. 2; BSK-**Breitschmid**, Art. 495 ZGB, N. 6 CR-**Abbet**, Art. 495 CC, N. 6, bununla birlikte yazar aşırı yararlanmanın uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Karş. **Berki**, s. 402, yazar mirasın açıldığı andaki tereke durumuna göre ivazın gözden geçirilmesine ilişkin bir hükmün sözleşmeye eklenebileceğini kabul etmektedir.

miras payının içeriği belirsizdir. Mirasçı atamada söz konusu olduğu gibi, burada da karşılık teşkil eden sağlararası veya ölüme bağlı kazandırma mukabilinde vazgeçilen olası miras payını sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla değerlendirmek mümkün değildir<sup>79</sup>. Bu bağlamda miras payı üzerindeki olası hak, yukarıda değinildiği üzere beklenen hak teşkil etmez; salt beklentiden ibarettir. Bu beklentinin içeriğindeki belirsizlik, aşırı yararlanmada kazandırmalar arasındaki oran açısından değerlendirme yapılmasını olanaksız kılmaktadır<sup>80</sup>. Başka bir deyişle muhatara açısından mirasçı atanma ve mirastan feragat eşdeğerdir.

Genel olarak miras sözleşmelerinde aşırı yararlanma nedeniyle işlemin hükümsüzlüğüne başvuru gereksinimiyle, özellikle ivazlı olumsuz miras sözleşmeleri kapsamında karşılaşılr. Örnek olarak acil para ihtiyacı içinde bulunan çocuğuna mirasından feragat etmesi kaydıyla yardımda bulunmayı öneren anne verilebilir. Bu durumda annenin taahhüt ettiği ivaz ile çocuğun feragat ettiği olası miras hakkı beklentisi<sup>81</sup> arasında görünüşte bir oransızlığın bulunması aşırı yararlanma nedeniyle iptal hakkının doğması gerektiği izlenimini haklı olarak doğurmaktadır. Ancak miras payı beklentisinin içerik olarak belirsizliği, aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmasını olanaklı kılmaz.

Örneğe benzeyen hallerde aşırı yararlanma nedeniyle işlemin hükümden düşürülmesi olanağının tanınmıyor olması, bu durumlara cevaz verildiği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu olasılıkta, sözleşmenin kurulmasında ahlaka aykırılığın bulunduğu sonucuna varılmalı ve hukuki işlem ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılmalıdır. Zira sözleşme kurulurken bir taraf o olayda bulunduğu üstün konumundan istifade etmek suretiyle karşı tarafa açıkça onun menfaatlerine ölçüsüz derecede aykırı hükümler kabul ettirerek aşırı bir menfaat elde etmişse ahlaka aykırılık gerçekleşir<sup>82</sup>. Bu itibarla, aşırı

<sup>79</sup> Yarg. 14. HD., 10.5.2016, 404/5691 (Kazancı): “Mirastan feragat sözleşmesi miras bırakan ile gelecekteki muhtemel mirasçısı arasında düzenlenen, ileride doğacak miras hakkına dair beklentiden karşılık alınarak veya bir karşılık alınmadan kısmen veya tamamen vazgeçmeye dair iki taraflı bir sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesinin konusunu murisin halen hayatta bulunması sebebiyle miras geçmediğinden miras hakkı değil buna dair beklenti oluşturmaktadır.”

<sup>80</sup> Kazandırmalar arası dengenin sözleşmenin niteliği gereği belirsiz ve muhataralı olduğu: BSK-**Breitschmid**, Art. 495 ZGB, N. 6.

<sup>81</sup> Burada nazara alınabilecek miras payının saklı pay olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>82</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §42 N. 47; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 401; **Serozan**, Dengesizlik, s. 1018-1019; **Antalya**, Borçlar Hukuku, s. 384; **Huguenin**, N. 413; **SHK-Cotti**, Art. 494 CC, N. 21; **Kurşun**, s. 192; Ayrıca haksız etkileme sonucunda elde

yararlanma kurumunun sınırlarını zorlamak yerine söz konusu hallerde ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük sonucunun doğduğunu kabul etmek daha doğrudur. Esas itibarıyla miras sözleşmesinin kuruluşundaki ahlaka aykırılık sebebiyle hükümsüzlük, salt olumsuz miras sözleşmelerine özgü bir olasılık değildir. Aynı olasılık olumlu miras sözleşmelerinde de mevcuttur.

## V. *CULPA IN CONTRAHENDO* SORUMLULUĞUNA BAŞVURMA OLANAĞI

Aşırı yararlanma, sömürde bulunan açıısından taraflar arasında işlem- sel temasın başlamasıyla MK m. 2 uyarınca doğan dürüst davranma ve zarar vermemeye yönelik koruma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir<sup>83</sup>. Bu çerçevede irade bozukluklarında söz konusu olduğu gibi, aşırı yararlanma halinde de kanunda açık bir hüküm bulunmasa dahi *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğar. Miras sözleşmeleri açısından, teknik olarak karşılıklı kazandırmalar arasında oransızlık değerlendirmesinin yapılamadığı hallerde bir tarafın karşı tarafın zor durumunu, düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini sömürerek ölçsüz menfaat sağlamanın yukarıda belirtilen koruma yükümlülüğünün ihlalini teşkil edeceği sonucuna ulaşmak gerekir<sup>84</sup>. Bu durumda, karşı taraftan ölçsüz menfaat elde etmek isteyen taraf *culpa in*

---

edilen büyük yararlanma halinde ahlaka aykırılığın gerçekleşebileceği: İFM, 9.4.2014, 4A\_3/2014 (Swisslex); Haksız etkileme, ölüme bağlı tasarrufta bulunanın ayırt etme gücünü etkileyebilecek bir olgu da kabul edilmektedir: CR-Leuba, Art. 467 CC, N. 15-16 ve 28; İFM, 5C.91/2000 (Swisslex), Federal Mahkeme bu kararında feragat eden açıısından MK m. 23 hükmüne aykırılık söz konusu olduğunda miras sözleşmesinin hükümsüz olabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca bkz. **Serozan**, Dengesizlik, s. 1019-1021.

<sup>83</sup> Aşırı yararlanma halinde de, yanıma ve aldatmada (hile) söz konusu olduğu gibi, *culpa in contrahendo* kökenli giderim isteminde bulunabileceği: **Kocayusufpaşaoğlu**, §39 N. 31; **Von Tuhr/Peter**, §40 II, s. 347; **OFK-Dasser**, Art. 21 OR, N. 10; **CHK-Kut**, Art. 21 OR, N. 23; **BK-Kramer**, Art. 21 OR, N. 61; **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 748; **Acabey**, s. 113; **Ergüne**, M. Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 246; **Tiftik**, s. 414-415. Karş. Aşırı yararlanmanın haksız fiil oluşturacağı şeklinde: **Birsen**, s. 87-88; Ayrıca karş. **Saymen/Elbir**, s. 244. Kanımızca aşırı yararlanmanın, mutlak hak veya özel koruma normu ihlali sonucunda haksız fiil sorumluluğuna yol açacak şekilde hukuka aykırılığa sebebiyet vermesi söz konusu olamaz. Farklı yönde: **Kuonen**, Nicolas: La responsabilité précontractuelle, Zürih, 2007, N. 1820. Yazar, aşırı yararlanmanın gerçekleştiği her durumun sözleşme öncesi karşı tarafı koruma borcunun ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği, sözleşmenin kuruluş aşamasında karşı tarafın ekonomik çıkarlarını gözetme yükümlülüğünün bulunmadığı, *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gi-dilebilmesi için bilgilendirme borcu gibi gerçek bir sözleşme öncesi yükümlülüğünün ihlalinin gerektiği görüşündedir.

<sup>84</sup> Aynı sorumluluk, miras sözleşmesinin ahlaka aykırılık nedeniyle malul olduğu durumlarda da ortaya çıkabilir.

*contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde yol açtığı olumsuz zararı gidermekle sorumlu olur<sup>85</sup>. Bu kapsamda talebin hukuki sebebi aşırı yararlanma veya ölüme bağlı tasarrufun kendisi değil mirasbırakanın veya karşı tarafın *culpa in contrahendo* sorumluluğu olmaktadır. Bu itibarla *culpa in contrahendo* sorumluluğunun miras hukukunda uygulanması, mirasçı veya vasiyet alacaklısının mirasın açılmasından önce beklenen hakkının bulunmadığı ilke-siyle çelişmez. Sözleşme kurmaya yönelik müzakere sürecinin başlamasıyla doğan koruma yükümlülüklerinin ihlali sonucunda bir tarafın *culpa in contrahendo*'dan sorumlu tutulması ile bu durum arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Sağlararası kazandırmada bulunan taraf, mirasbırakanın zor durumunu, deneyimsizliğini veya düşüncesizliğini sömürü ile istismar ederek sözleşme öncesi koruma yükümlülüğünü ihlal ediyorsa, bunun olağan bir *culpa in contrahendo* sorumluluğundan farkı yoktur. Aynı durum, mirasbırakanın koruma yükümlülüğünü ihlal ettiği senaryoda da geçerlidir.

Hatta belirtmek gerekir ki öğretide de yasal veya iradi mirasçılarının miras beklentilerinin beklenen hak teşkil etmemesine karşın, sağ kalan tarafın bu beklentisinin gerçekleşmemesinden ötürü mirasbırakanın sorumluluğuna *culpa in contrahendo* sorumluluğunun yansımaları çerçevesinde gidilebilmesi kabul görmeye başlamıştır (*culpa in testando*)<sup>86</sup>. Buna göre, mirasbırakan, özel bir bağlantıya<sup>87</sup> sahip olduğu karşı tarafa ona vasiyette bulunacağı veya onu mirasçı atayacağı hususunda haklı bir güven<sup>88</sup> verdikten sonra bu ölüme bağlı tasarrufta bulunmaz veya ölüme bağlı tasarrufu sonradan hükümden düşürürse, güveni boşa çıkan taraf, mirasbırakanın sağlığında

<sup>85</sup> Kural olarak, olumsuz zararın giderilmesine yönelik bir talep hakkı söz konusudur (**Hirschlechner**, Anna: "Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers", Aktuelle Juristische Praxis 2017, s. 1185; BK-**Kramer**, Art. 21 OR, N. 61). Bununla birlikte karşı tarafa zarar vermeme borcunun (koruma yükümlülüğü) ihlali de söz konusu olduğunda, bundan doğan zararın da giderilmesi talep edilebilir: **Demirsatan**, Barış: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2019, s. 280 dn. 189. Koruma yükümlülüğü kapsamında olan bütünlük menfaati, olumlu veya olumsuz menfaatten farklıdır. Ancak olumlu veya olumsuz zararın tazmini talep edilirken onlarla birlikte ve ayrı olarak talep edilebilir.

<sup>86</sup> **Serozan**, Rona: "Wohin steuert das Erbrecht?", successio 2014, s. 10; **İnce**, s. 170 vd.; **Atlan**, Hülya: "Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu", MÜHF-HAD C. 23 S. 2, s. 273; **Hirschlechner**, s. 1183-1184, yazar *culpa in contrahendo*'nun *culpa in testando* için bir hukuki model olabileceğini belirtmektedir.

<sup>87</sup> **İnce**, s. 171; **Atlan**, s. 275.

<sup>88</sup> **Hirschlechner**, s. 1181; **İnce**, s.172; **Atlan**, s. 275.

uyandırdığı ve sonradan ihlal ettiği güven ilişkisinden doğan zararın giderilmesini talep edebilmelidir. Ancak çalışma, konusu açısından *culpa in testando*'nun kapsamı dışında kalmaktadır. Zira burada tarafların *culpa in contrahendo* sorumluluğunu doğuran, haklı miras umudunun gerçekleşmesi değil, sözleşmenin kuruluş safhasındaki koruma yükümlülüğünün ihlalidir.

## SONUÇ

Miras sözleşmelerinde TBK m. 28 hükmüne başvurulabilmesi MK m. 5 uyarınca kuramsal olarak mümkündür. Bununla birlikte miras sözleşmelerinde aşırı yararlanma nedeniyle hükümsüzlüğün unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Özel unsurların gerçekleşmesine engel olacak bir hukuki durum söz konusu olmamakla birlikte, karşılıklı edimlerin varlığı ve bu edimler arasındaki açık oransızlık şeklinde ifade edilebilecek nesnel unsurun varlığı açısından götürü bir belirleme yapmak olanaksızdır.

İvazlı miras sözleşmelerinde ve iki taraflı miras sözleşmelerinde kazandırmalar arasında teknik olarak karşılık ilişkisi bulunmasa da kazandırmalar birbirlerinin varlık amaçlarını teşkil ettiğinden TBK m. 28'in MK m. 5 uyarınca örneksemeyle uygulanması için gerekli karşılıklılığı sağlar.

Ölüme bağlı tasarruf olarak mirasçı atama ve mirastan feragat beyanını kabulde, kazanılan veya vazgeçilen olası miras hakkının içeriği belirsiz olduğundan, söz konusu tasarrufları muhataralı işlem olarak kabul etmek gerekir. İçerik belirsizliği nedeniyle, oransızlık bakımından değerlendirme yapılması mümkün değildir. Vasiyette de vasiyet konusu üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunanın sağlararası tasarrufta bulunma özgürlüğü devam ettiğinden; miras sözleşmesi kapsamında vasiyet şeklinde yapılan ölüme bağlı tasarruf da muhataralı işlem olarak kabul edilmek gerekir. Bu itibarla, vasiyet konusu kazandırmanın işlem kurulduğu andaki akıbetinin belirsizliği nedeniyle açık oransızlık bakımından değerlendirme yapılamaz. Bunun tek istisnasını vasiyet konusunun akıbetinin belirli ve sabit olduğu tedarik ve çeşit vasiyeti oluşturur. Dolayısıyla miras sözleşmesinde oransızlığın belirlenmesi ölüme bağlı tasarruf veya tasarrufların tedarik/çeşit vasiyeti teşkil etmesi halinde mümkündür. Sağlararası kazandırmada kural olarak muhatara yoktur. Bununla birlikte sağlararası edim muhatara içeriyorsa, değerlendirme yapmak yine mümkün olmaz.

Aşırı yararlanmanın miras sözleşmelerinde son derece sınırlı bir uygulama alanı bulabilmesine karşılık, aşırı yararlanmaya başvurulması gerek-



sinimi hissedilen pek çok durumda sözleşme, kuruluş tarzı itibarıyla ahlaka aykırılık teşkil eder. Bu nedenle miras sözleşmesinin ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüz sayılması olasılığı mevcuttur. Nihayet, karşı taraftan yararlanma amacıyla hareket eden tarafın sözleşmenin kuruluş sürecinde MK m. 2'den doğan koruma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğması olasılığı da kuramsal olarak bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Acabey**, M. Beşir: “Aşırı Yararlanma (TBK m. 28)”, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), 2012.
- Akbıyık**, Cem: Karma Bağışlama ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul, 1997.
- Akbıyık**, Cem: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul, 2012.
- Akça**, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Ankara, 2020 (Gazi Üni. SBE. Doktora Tezi).
- Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2016.
- Akkanat**, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, 2004.
- Aksoy Dursun**, Sanem: “Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul, 2014.
- Albaş**, Hakan: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9 (Özel Sayı-2007).
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2015 (Borçlar Hukuku).
- Antalya**, O. Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999 (Feragat).
- Arbek**, Ömer: Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, Ankara, 2007.
- Arpacı**, Özge: “Mahkeme Kararları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarruf ile Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 24 S. 1 (2020).
- Aslan**, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2006.
- Ataay**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi-Birinci Yarıım, İstanbul, 1981.
- Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- Atlan**, Hülya: “Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu”, MÜHF-HAD C. 23 S. 2.

- Atlı**, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Ankara, 2017.
- Ayan**, Serkan: “Olumlu Miras Sözleşmelerinin İçeriğine Aykırı Hukuki İşlemlere İtiraza Yönelik Medeni Kanun’un 527/II Hükümünün Anlamı”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 58 Y. 6 (Haziran 2011).
- Aydın**, Ramazan: “Aşırı Yararlanma (TBK m. 28), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 1 (Haziran 2013).
- Barlas**, Nami: “Türk Borçlar Kanunu’nun Gabine İlişkin Yeni Düzenlemesinin Değerlendirilmesi”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, C. I, Ankara, 2017.
- Başoğlu**, Başak: “Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018/1.
- Baysal**, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2019.
- Belen**, Herdem: 6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul, 2014.
- Berki**, Şakir: “Türk Medeni Kanununda Mirastan Feragat”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya Armağan, Ankara, 1975.
- Bıçakçı**, Levent: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999.
- Birsen**, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967.
- Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich, 1988.
- Buz**, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. 19 S. 4 (Aralık 1998).
- Cansel**, Erol/Özel, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Ankara, 2017.
- Çakırca**, Seda İrem: Aşırı Yararlanma Kavramı, İstanbul, 2015.
- Dasser**, Felix: Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)- Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2016 (Art. 19 OR).
- Demirsatan**, Barış: Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2019.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2016.
- Dural**, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, İstanbul, 1980.

- Elbir**, Halid Kemal: Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İÜHF Doktora Tezi, 1957.
- Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel: Berner Kommentar Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern, 2012.
- Engel**, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, Bern, 1997.
- Engin**, B. İlkey: Yedek Mirasçılık, İstanbul, 2003.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966 (İptal).
- Ergüne**, M. Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.
- Ergüne**, M. Serkan: Taşınır Mülkiyeti, İstanbul, 2017.
- Escher**, Arnold: Zürcher Kommentar Art. 457-536 ZGB, Zürih, 1959.
- Esener**, Turhan/**Gündoğdu**, Fatih: Borçlar Hukuku I, İstanbul, 2017.
- Feyzioğlu**, Feyzi N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 1976.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I, Zürih, 2008.
- Gauthier**, Jean: Le pacte successoral, Lozan, 1955.
- Gönensay**, Samim/**Birsen**, Kemalettin: Miras Hukuku, İstanbul, 1963.
- Guinand**, Jean/**Stettler**, Martin/**Leuba**, Audrey: Droit de successions, Zürih, 2005.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara, 1955.
- Haddat**, Eloïse: Les notions de contrat d'assurance, Paris I Panthéon Sorbonne Üni. Doktora Tezi, Paris, 2017.
- Hatemi**, Hüseyin: "Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004 (Gabin).
- Hatemi**, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul, 2018.
- Hausheer**, Heinz/**Ebi-Müller**, Regina E.: Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Bern, 2012.
- Hirschlechner**, Anna: "Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers", Aktuelle Juristische Praxis 2017.

- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Erbrecht, Zürich, 2016.
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht–Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2014.
- İmre**, Zahit: Türk Miras Hukuku, İstanbul, 1978.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Türk Medeni Hukuku – Miras Hukuku, İzmir, 2012.
- İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- İnce**, Nurten: “Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, İNÜHFD C. 9 S. 1 (2018).
- İşgüzar**, Hasan/**Demir**, Mehmet/**Yılmaz**, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- Karner**, Ernst: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch-KurzKommentar zum ABGB, Viyana, 2010 (§1275-1276).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara, 2012 (Miras Hukuku).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm I, İstanbul, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, İstanbul, 1987 (Miras Hukuku).
- Köprülü**, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 1985.
- Kramer**, Ernst A.: Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/2/1a, Bern, 1991 (Art. 21 OR).
- Kuonen**, Nicolas: La responsabilité précontractuelle, Zürich, 2007.
- Kurşun**, Ali Suphi: Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15 S. 2-2 (Temmuz/Ağustos 2016).
- Kut**, Ahmet: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Zürich, 2016 (Art. 21 OR).
- Küçükaydın**, E. Aslı: “Mirasçı Atama”, İÜHFM C. 75 S. 1 (2017).
- Lange**, Knut Werner: Erbrecht, Münih, 2017.
- Morin**, Anne: Contribution à l’étude des contrats aléatoires, Paris-Dauphine (Paris-IX) Üni. Doktora Tezi, Paris, 1995.
- Nomer**, Haluk N.: “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest

- Midir?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, 2015 (Aşırı Yararlanma).
- Nomer**, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002.
- Nomer**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, İstanbul, 1995.
- Okumuş**, Selmani: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, 2015.
- Ozanemre Yayla**, H. Tolunay: “Ön Vasiyet (Mirasçı Lehine Vasiyet) Kavramı, Ön Vasiyetin Unsurları ve Özellikleri,” Ankara Barosu Dergisi, 2017/2.
- Özakman**, H. Cumhuriyet: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul, 1984.
- Öztan**, Bilge: Miras Hukuku, Ankara, 2018.
- Piotet**, Paul: Traité de Droit Privé Suisse T. IV: Droit Successoral, Friburg, 1975.
- Reiner**, Günter: Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden, 2002.
- Sağlam**, İpek: “Haksız Etki”, MÜHF-HAD Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Cilt: 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 2006.
- Sarı**, Suat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013.
- Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, 1958.
- Saymen**, Ferit Hakkı: “Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik”, İÜHF C. 11 S. 3-4 (1945).
- Schmidlin**, Bruno: Commentaire Romand Code des Obligations I, Basel, 2012 (Art. 21 CO).
- Schwarz**, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, (Çeviri: Bülent Davran), İstanbul, 1948.

- Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, 2016.
- Serozan**, Rona/**Engin**, B. İlkey: Miras Hukuku, Ankara, 2014.
- Serozan**, Rona: “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 (Dengesizlik).
- Serozan**, Rona: “Wohin steuert das Erbrecht?”, successio 2014.
- Serozan**, Rona: Sağlıklararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979 (Kazandırma).
- Sungur**, Hasan Halis: Gabin, İstanbul, 1953.
- Tandoğan**, Haluk: Özel Borç İlişkileri, C. 1/I, İstanbul, 2010.
- Taşatan**, Caner: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Mirasçı Atama”, İNÜHFD 10(1)-2019.
- Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- Tiftik**, Mustafa: “Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararın Tazmini”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10 S. 3-4 (2006).
- Topuz**, Murat: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, MÜHF-HAD, Özel Sayı: Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, 2006.
- Tunçomağ**, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1959.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler, İstanbul, 1976 (Genel Hükümler).
- Tuor**, Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III Das Erbrecht, Bern, 1952.
- Turan**, Gamze: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Ankara, 2009.
- Uyan**, Göktürk: “Miras Sözleşmesinde İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHF C. 65 S. 2 (2007).
- Velidedeoğlu**, H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, İstanbul, 1963.
- Von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement), 3. Baskı, Zürih, 1984.

- Weimar**, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1- Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern, 2009.
- Welser**, Rudolf/**Zöchling-Jud**, Brigitta: Grundriss des bürgerlichen Rechts-Band II Schuldrecht Allgemeiner Teil Schuldrecht Besonderer Teil Erbrecht, Viyana, 2015.
- Wieling**, Hans Josef: Sachenrecht, Heidelberg, 2007.
- Yağcı**, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, İstanbul, 2013.
- Yakupoglu**, S. Derya: Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu, Bilkent Üni. Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2019.
- Yazar Soyadı**, Adı: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, 5. Bası, Basel, 2015.
- Yazar Soyadı**, Adı: Commentaire Romand Code Civil II Art. 457-977 CC, Basel, 2016.
- Yazar Soyadı**, Adı: SHK - Stämpflis Handkommentar - Commentaire du droit des successions, Bern, 2012.
- Yıldırım**, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), Yargıtay Dergisi C. 21 S. 1-2 (Ocak-Nisan 1995).



**KISALTMALAR**

<b>Al. MK</b>	: Alman Medeni Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: Dipnotu
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>İFM</b>	: İsviçre Federal Mahkemesi
<b>İMK</b>	: İsviçre Medeni Kanunu
<b>İNÜHFD</b>	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İÜHFİM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>Kazancı</b>	: Kazancı Çevrimiçi İçtihat Bilgi Bankası
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>MÜHF-HAD</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	: Kenar/Paragraf Numarası
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>Swisslex</b>	: Swisslex Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay

## ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİ KANUNUNUN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.791402>

*Arş. Gör. Ozancan BELCİ\**

### Öz

*Şehrin asayişinin en küçük yerleşim birimi olan mahallelerden başlayarak korunması gerektiği düşüncesi ile Osmanlı Devleti'nde ve devamında Türkiye Cumhuriyeti döneminde çarşı ve mahalle bekçileri görevlendirilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti döneminde ilk olarak mülga 772 Sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'na dayanarak görevlendirilen ve genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olan bekçilerin görev ve yetkileri kamuoyunda tartışma konusu olmuş, hatta bazı yargı kararlarına konu olan uyuşmazlıklar; bekçilerin görev ve yetkilerinin günümüz koşullarına göre yeniden düzenlenmesi ve tartışmalı hususların açıklığa kavuşturulması düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla yeni bir Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu hazırlanmış, 18/06/2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmamızda; bahsi geçen kanun ile bekçilere verilen görev ve yetkiler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) açısından değerlendirilmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Bekçi, Ceza Muhakemesi, Adli Kolluk, İdarî Kolluk, Kimlik Sorma*

### EVALUATION OF LAW OF BAZAAR AND NEIGHBORHOOD GUARDS IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

### Abstract

*With the idea that the city's public order should be preserved starting from the smallest residential areas, the bazaar and neighborhood guards were*

\*

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: ozancanbelci@sdu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3776-6232> (Makalenin Geliş Tarihi: 03.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 03.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 18.08.2020)

*assigned in the Ottoman Empire and later in the Republic period. The duties and powers of the guards, who were assigned on the basis of the Law No. 772 on the Bazaar and Neighborhood Guards during the Republican period and who assisted the general law enforcement officers, were the subject of controversy in the public opinion, and even disputes that were subject to some judicial decisions; brought up the idea of reorganizing the duties and powers of the guards according to today's conditions and clarifying controversial issues. For this purpose, a new Bazaar and Neighborhood Guards Law No.7245 was prepared and entered into force by being published in the Legal Gazette dated 18/06/2020. In our study; With the said law, the duties and powers given to the guards were evaluated in terms of the Criminal Procedure Law (CMK) No. 5271.*

**Keywords**

*Guard, Criminal Procedure, Judicial Law Enforcement, Administrative Law Enforcement, Asking for Identity*

## GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin eski dönemlerinden beri çarşılarda ve mahallelerde asayişi sağlamak amacıyla “ases”, “asesbaşı”, “yasakçı”, “böcekbaşı” gibi isimlerle bazı kimseler görevlendirilmiştir<sup>1</sup>. Bekçi isminin ise nispeten modern zamanlara ait olduğu ifade edilmektedir<sup>2</sup>. 1914 yılında “Çarşı ve Mahallât Bekçileri Hakkında Nizamname” yayımlanmış<sup>3</sup> ve nihayet Cumhuriyet döneminde 22/07/1966 tarihli Resmî Gazete’de “772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Önceki dönemde mülga 772 sayılı Kanun’a dayanılarak görevlendirilen çarşı ve mahalle bekçilerinin fiilen kullandığı bazı yetkiler kamuoyunda tartışma konusu haline gelmiş; hatta bekçilerin durdurma ve kimlik sorma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu ilk derece mahkemeleri önünde uyuşmazlık konusu dahi olmuştur<sup>4</sup>. Mülga 772 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 1966 yılında teknoloji yeterli düzeyde gelişmemiş olduğu için yurttaşların kimlik bilgileri üzerinden Genel Bilgi Taraması (GBT) yapılması gibi görev ve yetkiler bu kanunla düzenlenmemiştir. Aşağıda da ele alınacağı üzere bekçiler tarafından uygulamada kimlik kontrolü yapılması, bazı sorunlara yol açmış ve bu uyuşmazlıklardan bazıları yargı önüne de taşınmıştır.

Aradan geçen zamanda, 2008 yılında görevde bulunan bekçiler; emniyet hizmetleri sınıfına geçirilmiş ve 2016 yılına kadar yeni bekçi alımı yapılmamıştır<sup>5</sup>. Buna karşın zaman içerisinde değişen kamu güvenliği ve suçla mücadele stratejileri; kamu düzeninin halkın desteğiyle ve onunla daima iç içe olacak kolluk birimlerince sağlanmasını gerekli kılmış, bu kapsamda toplum destekli polislik gibi birçok uygulama hayata geçirilmiş<sup>6</sup> ve yeniden

<sup>1</sup> **Doğan**, Cem: “Eski İstanbul’da Mahalle Bekçisi ve II. Meşrutiyet’te Bekçi Teşkilatının Düzenlenmesi Bağlamında Mahalle Bekçileri Nizamnamesi (1908-1918)”, Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 14, Mart 2019, ss. 259-260.

<sup>2</sup> **Doğan**, s. 260.

<sup>3</sup> **Doğan**, s. 266; **Şeker**, Güven ve **Baytun**, Uğur: “Geçmişten Günümüze Kent Güvenliğinde Mahalle Ölçekli Güvenlik Uygulamaları: Çarşı Mahalle Bekçiliği”, Polis Akademisi, Tarihten Günümüze Türk Polis Teşkilatı Sempozyumu Kitabı, 2013, s. 329.

<sup>4</sup> “Mahkemeden Bir Karar Daha: Bekçi Kimlik Soramaz”, (<https://t24.com.tr/haber/mahkemeden-bir-karar-daha-bekci-kimlik-soramaz,854924> , Erişim Tarihi: 22/02/2020).

<sup>5</sup> “Bekçiler Kanunu Hakkında Neler Biliniyor?”, (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-51387834>, Erişim Tarihi: 19/08/2020).

<sup>6</sup> **Gültekin**, Sebhattin/**Gültekin**, Recep: “Toplum Destekli Polislik: Sorun Mu Çözüm Mü?”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 470, Mart 2011, ss. 95-96.

bekçi alımına başlanmıştır<sup>7</sup>. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere çarşı ve mahalle bekçileri ile gerçekleştirilmek istenilen amaca, 1966 tarihli ve 772 sayılı Kanun ile ulaşılmaması fiilen olanaksız görülmüş, kolluğun yetki ve görev paylaşımının yeniden yapılması ve kanun koyucu tarafından bu paylaşımın kanunla yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenlerle 22/01/2020 tarihinde TBMM'ye yeni bir “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi” sunulmuş, bu kanun 11/06/2020 tarihinde kabul edilmiş ve 18/06/2020 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>8</sup>.

Söz konusu edilen kanun incelendiğinde; Mülga 772 sayılı Kanun’da bulunmayan bazı yetkilerin de çarşı ve mahalle bekçilerine verildiği, bu yetkilerin bazılarının adli nitelikte olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle çarşı ve mahalle bekçilerine tanınmak istenilen adli nitelikteki yetkilerin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu açısından değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Çalışmamızda ilk olarak çarşı ve mahalle bekçiliği kurumunun kolluk sistemi içerisindeki yeri incelenecek, ardından çarşı ve mahalle bekçilerine yeni kanun ile verilen adli yetkiler ceza muhakemesi hukuku açısından ele alınacaktır.

## I. ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE KOLLUK İÇERİSİNDEKİ YERİ

### A. Genel Olarak

Daha önce mülga 772 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen çarşı ve mahalle bekçileri günümüzde 18/06/2020 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7245 sayılı “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu” kapsamında görevlendirilmektedir.

2016 yılından itibaren yeni bekçi alımlarıyla yeniden gündeme gelen çarşı ve mahalle bekçiliği kurumunun; hukukumuzdaki adli – idari kolluk ayrımı içerisindeki yerinin değerlendirilmesi, çarşı ve mahalle bekçilerinin yapmış olduğu işlemlerin hukuksal niteliğinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Bu bölümde, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu

<sup>7</sup> Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi’nin görüşüldüğü 27. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, 03/06/2020 Tarihli ve 94. Birleşim sırasında Milletvekili Ümit Yılmaz’ın açıklamaları, TBMM Genel Kurul Tutanağı, s. 33, ([https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak\\_B\\_SD.birlesim\\_baslangic?P4=23454&P5=H&page1=33&page2=33](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=23454&P5=H&page1=33&page2=33), Erişim Tarihi: 19/08/2020).

<sup>8</sup> “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu”, (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7245.pdf>, Erişim Tarihi: 03/07/2020).

ile kendilerine adlî nitelikteki bazı yetkiler de tanınan çarşı ve mahalle bekçilerinin kolluk sistemimiz içerisindeki yeri incelenecektir.

## **B. Adlî ve İdarî Kolluk Ayrımı ve Bu Ayrımda Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Yeri**

### **1. Hukukumuzda Adlî ve İdarî Kolluk Ayrımı**

#### **a. Kolluk Kavramı**

Bireylerin toplum içerisinde huzur ve güven içinde yaşayabilmesi, kamu düzeninin de varlığını gerekli kılmaktadır. Kamu düzeninin maddî unsurlarını güvenlik, esenlik, sağlık oluştururken; genel ahlâk ise kamu düzeninin manevî unsurudur<sup>9</sup>. Kamu düzeninin bozulmaya başladığı toplumlarda bireylerin toplum içerisinde yaşayabilmesi ve toplumun bir toplum olarak varlığını koruyabilmesi gittikçe olanaksız hale gelmektedir. İdare; kamu düzeninin maddî unsurlarının bozulmasını önlemek ve kamu düzeninin bozulması halinde bu düzeni yeniden sağlamak amacıyla kolluktan yararlanır<sup>10</sup>. Başka bir deyişle kolluk; kamu düzenini korumak veya bozulması halinde yeniden sağlamak amacıyla yürütülen idarî etkinlikler veya görevlilerdir<sup>11</sup>. Kolluk tanımı ayrıca korumak ve araştırmaktan oluşan kollama hizmetini<sup>12</sup> veya iç güvenlik hizmetlerini sağlayan teşkilatı<sup>13</sup> tanım- lamak için de kullanılmaktadır.

Kolluk; genel ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>14</sup>. Genel kolluk; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 16/06/1938 tarihli ve 3452 sayılı Kanun ile değişik 3'üncü maddesine göre "umumi zabıta" silahlı kolluk kuvvetleri olan polis ve jandarmadan oluşmaktadır. Ancak 09/07/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun

<sup>9</sup> **Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 711.

<sup>10</sup> **Gözübüyük/Tan**, s. 711; **Gökçen**, Ahmet/**Balcı**, Murat/**Alşahin**, M.Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Dördüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 252.

<sup>11</sup> **Gözübüyük/Tan**, s. 710; **Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 328; **Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 271.

<sup>12</sup> **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2019, ss. 205-206.

<sup>13</sup> **Yenişey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 160.

<sup>14</sup> **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, İstanbul, 2020, s. 144.

08/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Kanun ile değişik 2'nci maddesinde Sahil Güvenlik Komutanlığı da genel kolluk teşkilatı içerisinde kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği md. 3/1-i; “*Kamu düzeninin korunmasını sağlayan, mevzuatla verilen görevleri yerine getiren ve silah kullanma yetkisini haiz Bakanlığa bağlı sahil güvenlik, jandarma ve polisi (...) ifade eder*” hükmünü taşımaktadır. Şu durumda genel kolluğun; ülke çapında görev yapan polis, jandarma ve sahil güvenlik teşkilatlarından oluştuğu ifade edilmelidir<sup>15</sup>.

Özel kolluk ise genel kolluk teşkilatına dahil olmayan; ancak dahil oldukları teşkilatın özel kanunu gereği görev alanlarında kamu düzenini korumak veya yeniden sağlamakla görevli, silah taşımak, kolluk yetkilerini kullanmak gibi yetkileri haiz kolluktur<sup>16</sup>. Özel kolluk; 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 3'üncü maddesinde, “*Umumi zabıta haricinde kalan ve mahsus kanunlarına göre teşekkül edip muayyen vazifeleri gören zabıta kuvvetleri*” olarak tanımlanmıştır. Ancak, Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği md. 3/1-o hükmünde “*Devlet ve yetkili diğer kamu tüzel kişilerin, özel kanunlar çerçevesinde kurulup teşkilatlandırılan, kendi görev alanında güvenliği sağlamak amacı taşıyan ve sahil güvenlik, jandarma ve polis dışındaki kolluk birimlerini (...) ifade eder*” hükmü yer almaktadır. Gerek Emniyet Teşkilatı Kanunu'ndan sonraki tarihte yürürlüğe giren Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu gerekse Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği dikkate alındığında, Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın özel kolluk teşkilatı içerisinde yer almadığı, genel kolluk içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Genel kolluk, yürüttüğü faaliyet açısından idarî ve adli kolluk olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>17</sup>. Bu inceleme özellikle kolluğun faaliyetlerinde uygulanacak hukukun belirlenmesi ve bu faaliyetin yargısal denetimi açısından önem taşımaktadır<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> **Turhan**, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 88; Genel kolluğu polis ve jandarma teşkilatı olmak üzere ikili olarak inceleyen görüşler için bkz. **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 252; **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 311.

<sup>16</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, ss. 208-209; **Yenisey**, Feridun: Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Kolluk), s. 61; **Parlar**, Ali: İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı, Mevzuat ve İçerik Bakımından Güncellenmiş 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s. 424.

<sup>17</sup> **Gözbüyük/Tan**, s. 717; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 206; **Çağlayan**, s. 277; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 311; **Centel/Zafer**, s. 146; **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 252.

<sup>18</sup> **Çağlayan**, s. 277; **Centel/Zafer**, s. 151.

### **b. İdarî Kolluk**

İdarî kolluk; kamu düzeninin maddî boyutu bozulmadan önce bu düzenin korunmasına yönelik sürdürülen kolluk faaliyetini ifade etmektedir<sup>19</sup>. 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu md 9/1-A hükmüne göre idarî polis; “içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısım” olarak tanımlanmaktadır. Bu kolluğa, “önleyici kolluk” veya “suç öncesi kolluk” da denilmektedir<sup>20</sup>. İdarî kolluk henüz suç teşkil eden fiiller gerçekleşmeden önce kamu düzenini korumayı ve bu fiilleri önlemeyi amaçlar<sup>21</sup>. Bu amaçla emir ve yasaklar koyma, gerektiğinde kuvvete başvurma ve idarî nitelikte cezalar uygulamakla yetkilidir<sup>22</sup>.

İdarî kolluğun uygulama alanında polis ve jandarma gibi genel kolluğun suçu veya kamu düzenini bozmaya yönelik davranışları önleme faaliyetleri<sup>23</sup>, bağımsız idari otoritelerce görev alanlarına ilişkin yapılan düzenleme ve uygulanan cezalar, hatta Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından uygulanan erişimin önlenmesi kararları gibi idarece kamu düzenini korumaya yönelik faaliyetler de bulunmaktadır<sup>24</sup>.

Başka bir deyişle, idarî kolluğun adlî kolluktan farklı olarak koruyucu ve önleyici işlevi bulunmaktadır<sup>25</sup>. Bu ayrımın en önemli sonucu, bir kolluk faaliyetinin idarî kolluk faaliyeti olarak tespit edilmesi halinde; bu kolluk faaliyetine karşı idarî yargıda dava açılabilmesidir<sup>26</sup>. Bir diğer önemli sonuç ise idarî kolluk personelinin işlediği iddia edilen göreviyle ilgili suçlar hakkında yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doğrudan doğruya soruşturma başlatılamaması; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nu (PVSK) Ek 9. maddesinde yapılan yollama ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre öncelikle yetkili merciden izin alınmasının gerekmesidir<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> **Gözübüyük/Tan**, s. 717; **Özay**, İl Han: “Adli Kolluk – İdarî Kolluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Ocak 2013, (Kolluk), s. 949.

<sup>20</sup> **Gözübüyük/Tan**, s. 717.

<sup>21</sup> **Özay**, İl Han: “İdarî Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45, Sayı: 1-4, Ocak 1981, (Amaç), ss. 315-316; **Centel/Zafer**, s. 147.

<sup>22</sup> **Özay**, Amaç, s. 316.

<sup>23</sup> **Gözübüyük/Tan**, s. 717.

<sup>24</sup> **Ardıçoğlu**, M. Artuk: “Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2014, s. 119.

<sup>25</sup> **Özay**, Amaç, s. 315.

<sup>26</sup> **Çağlayan**, s. 282.

<sup>27</sup> **Gözübüyük/Tan**, ss. 719-720; **Centel/Zafer**, s. 151; Y.CGK’nin 25/11/2014 Tarihli ve 2013/9-841 E. – 2014/513 K. Sayılı Kararı (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24/02/2020).



### c. Adli Kolluk

CMK'nin 160. vd. maddelerine göre; Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla görevlidir. Cumhuriyet savcısı bu görevini; maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi amacıyla, emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayıp muhafaza altına alarak yerine getirir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere adli kolluk; suç oluşturan fiilin meydana gelmesinden sonra bu fiili bastırmak, delilleri toplamak ve şüphelileri yakalamak amacı taşır<sup>28</sup>. Bu bağlamda adli kolluğun görevinin, idarî kolluğun tam karşısında yer aldığı ve “önleyici” nitelik taşımadığı ifade edilmektedir<sup>29</sup>.

Hukukumuzda doğrudan Cumhuriyet savcısına bağlı bir adli kolluk teşkilatı kurulmamıştır<sup>30</sup>. CMK md. 164/1 hükmüne göre adli kolluk; “4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.” Başka bir deyişle polis, jandarma, gümrük muhafaza ve sahil güvenlik personellerinden, soruşturma işlemlerini yapan personel, genel görevli adli kolluk olarak tanımlanmıştır<sup>31</sup>. Hukukumuzda doğrudan doğruya Adalet Bakanlığına veya Cumhuriyet savcısına bağlı bir adli kolluk teşkilatı bulunmadığı için; genel kolluk teşkilatlarından bu amaçla personel görevlendirilmektedir<sup>32</sup>.

CMK md. 165 hükmüne göre; gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi halinde diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine

<sup>28</sup> Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, (Cilt I), s. 393; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 207; Yenisey/Nuhoğlu, s. 160.

<sup>29</sup> Özay, Kolluk, s. 951.

<sup>30</sup> Feyzioğlu, Metin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, 2006, s. 45; Ünver/Hakeri, Cilt I, s. 392.

<sup>31</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 210.

<sup>32</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 211; Ünver/Hakeri, Cilt I, s. 393.

getirmekle yükümlüdür. Burada kastedilen diğer kolluk birimleri; CMK md. 164 ve Adlî Kolluk Yönetmeliği md. 3'te tanımlanan kolluk görevlilerinin dışında kalan “genel kolluk”, “özel kolluk” veya “kolluk yetkileriyle donatılmış kamu görevlileri” dir<sup>33</sup>. Bu kimseler, yukarıda da belirtildiği üzere; genel kolluk teşkilatına dahil olmayan ancak dahil oldukları teşkilatın özel kanunu gereği görev alanlarında kamu düzenini korumak veya yeniden sağlamakla görevli, silah taşımak, kolluk yetkilerini kullanmak gibi yetkileri haiz kimselerdir<sup>34</sup>. Trafik polisi, polis çevik kuvvet birimleri, belediye zabıtası gibi görevliler normal şartlar altında adlî kolluk personeli olarak kabul edilmemekteyken; gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi halinde adlî kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdürler<sup>35</sup>.

Adlî kolluk, CMK md. 160 hükmünden de anlaşılacağı üzere Cumhuriyet savcısının emir ve talimatı altında, soruşturma işlemlerini yapmakla görevli olan kolluk birimidir<sup>36</sup>. Adlî kolluk birimi bir suç işlendiğini ihbar yoluyla öğrendiğinde Cumhuriyet Savcısı'na bildirmek ve onun talimatlarıyla işlem yapmak zorundadır; kendiliğinden soruşturma başlatma<sup>37</sup>, ifade alma<sup>38</sup> veya kural olarak kendi kendisine tedbir alma<sup>39</sup> yetkisi bulunmamaktadır. Cumhuriyet Savcısı tarafından adlî kolluk personeline emirler kural olarak yazılı olarak verilir ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde en kısa zamanda yazılı hale getirilmek üzere sözlü olarak da verilebilir (CMK md. 161/3).

Bir kolluk faaliyetinin adlî kolluk faaliyeti olmasının bir sonucu olarak; adlî kolluk işleminin iptali için idarî yargıda dava açılması olanaksızdır. Bir

<sup>33</sup> **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Gezer**, Özge Sırma/**Saygılar Kırt**, Yasemin F./**Alan Akcan**, Esra/**Tütüncü**, Efser Erden/**Özaydın**, Özdem/**Altınok Villemin**, Derya/**Tok**, Mehmet Can: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 191.

<sup>34</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, ss. 208-209; **Yenisey**, Kolluk, s. 61; **Parlar**, s. 424.

<sup>35</sup> **Parlar**, s. 424.

<sup>36</sup> **Ünver/Hakeri**, Cilt I, ss. 392-393; **Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss.120-121; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırt/Alan Akcan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok**, s. 191; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 211; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 163.

<sup>37</sup> **Ünver/Hakeri**, Cilt I, s.395.

<sup>38</sup> **Turhan**, Faruk/**Aksan**, Murat: “Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIV, Yıl: 2020, Sayı: 2, s. 294.

<sup>39</sup> **Centel/Zafer**, s. 150.

diğer sonuç ise, CMK md. 161/5 hükmüne göre Cumhuriyet Savcısı tarafından adlî kolluk personeli hakkında doğrudan doğruya soruşturma başlatılabilmektedir. En üst dereceli kolluk amiri ise adlî kolluk görevine ilişkin işlemiş olduğu suç hakkında hâkimlerin tabi olduğu yargılama usulüne tabidir<sup>40</sup>.

## 2. Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Kolluk İçerisindeki Yeri

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'na göre, çarşı ve mahalle bekçileri teşkilatı; genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak üzere, emniyet ve jandarma teşkilatları bünyesinde silahlı bir kolluk olarak istihdam edilmektedir.

Mülga 772 sayılı Kanun md. 3/A'ya göre çarşı ve mahalle bekçilerinin adlî nitelikteki görevleri; genel kolluk kuvvetlerinin derhal müdahalesine imkân bulunmayan acele ve zaruri hallerdeki görevler, bir kimsenin can, mal ve ırzına saldırma ve tehditleri önlemek, saldıranları yakalamak, suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydanda iken sanıkları (*şüphelileri*) yakalamak ve adli kolluk işleriyle ilgili vakalarda, delillerin kaybolmamasını sağlayan muhafaza tedbirlerini almak olarak belirlenmiştir. Çarşı ve mahalle bekçilerinin önleyici nitelikteki görevleri ise mülga 772 sayılı Kanun md. 3/B ve C'de ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 2. Maddesinde de "*Genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak üzere emniyet ve jandarma teşkilatları bünyesinde silahlı bir kolluk olarak çarşı ve mahalle bekçileri istihdam edilir*" hükmü yer almaktadır. Yine 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 6. Maddesinde önleyici ve koruyucu görev ve yetkilerine yer verildiği gibi, 7. Maddesinde aşağıda değinileceği üzere kural olarak önleyici nitelikte bir görev ve yetki olan durdurma ve kimlik sorma yetkisi düzenlenmektedir.

Gerek mülga 772 sayılı Kanun'da, gerekse 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu kapsamında, çarşı ve mahalle bekçilerinin adlî nitelikteki görev ve yetkilerinin, genel kolluk kuvvetlerine yardımcı içerikte olacak şekilde düzenlendiği sonucuna varılmaktadır. Çarşı ve mahalle bekçilerinin görev ve yetkilerinin asıl olarak önleyici nitelik taşıdığı<sup>41</sup>; CMK md. 164 ve Adlî Kolluk Yönetmeliği'nin 3. Maddesine göre adlî kolluk görevi olmadığı, ancak CMK'nin 165. maddesi uyarınca gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine adlî kolluk görevini yürütebilecekleri söylenebilir<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Centel/Zafer, s. 151.

<sup>41</sup> Ünver/Hakeri, Cilt I, s. 407.

<sup>42</sup> Parlar, s. 424.

Aşağıda da ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu ile bekçilerin adli konulardaki yetkilerinin genişlediğinden söz edilebilir ise de esas olarak genel kolluk kuvvetlerine yardımcı niteliği vurgulanmaktadır. Ayrıca 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu ile CMK'nin 164. Maddesinde herhangi bir değişikliğe gidilmemektedir. Bu nedenlerle 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu döneminde de çarşı ve mahalle bekçilerinin özel kolluk içerisinde ve yürüttüğü faaliyet bakımından kural olarak idarî kolluk içerisinde, ancak gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine adli kolluk kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilebilir.

## **II. ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİNE VERİLMESİ İSTENİLEN YETKİLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. Genel Olarak**

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu incelendiğinde; bekçilerin halka yardım, önleme ve adli görevlerinin ayrı ayrı tasnif edildiği görülmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere kanunda, mülga 772 sayılı Kanun hükümlerine nazaran bekçilerin adli yetkilerinin genişletildiği ve bazı noktalarda genel kolluğun yetkilerine yaklaştırıldığı görülmektedir. Bu bölümde, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu ile çarşı ve mahalle bekçilerine verilen yetkiler, ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde incelenecektir.

### **B. Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi Yönünden**

#### **1. Genel Olarak Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi ve Hukukî Niteliği**

Bir kişiyi durdurmak, o kişiyi seyahat hürriyetinden geçici olarak yoksun kılmaktır<sup>43</sup>. Anayasal bir hak olan seyahat hürriyetinin kolluk tarafından sınırlanması, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasanın 13. Maddesi karşısında; ancak kanuni dayanağının bulunması halinde mümkündür<sup>44</sup>. Bu nedenle PVSK'ye 02/06/2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanun ile eklenen 4/A maddesi ile polislerin kişileri ve araçları durdurma yetkisi kanunî dayanağa sahip olmuştur. Durdurma ve kimlik sorma yetkisinin hukukumuzdaki ilk dayanağı PVSK md. 4/A olduğu için,

<sup>43</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295; Yenisey, Kolluk, s. 238.

<sup>44</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295.

durdurma ve kimlik sorma yetkisinin hukuksal niteliğine bu madde üzerinden açıklama getirilecektir.

PVSK md. 4/A hükmüne göre; “*Polis, kişileri ve araçları; a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.*”

Bir kimsenin ceza muhakemesi hukuku açısından “yakalanmış” sayılabilmesi için o kişinin fiilen denetim altına alınması gereklidir<sup>45</sup>. Kolluğun durdurma yetkisi ise ancak makul bir süre ile sınırlıdır (PVSK md. 4/A). Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4 kapsamında yakalama; “*Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması*” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda kimlik bilgilerini sormak veya genel bilgi taraması (GBT) yapmak gibi amaçlarla bir kimseyi makul bir süreyle durdurmak, yakalama sayılamayacaktır<sup>46</sup>. Nitekim PVSK md. 4/A-4 ve 5 hükümlerine göre “*Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz. Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.*”

Durdurma işlemi, ancak polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin varlığı halinde yapılabilir (PVSK md. 4/A-2). Makul sebep deyiminden koruma tedbirlerinden arama için gereken seviyede olmasa<sup>47</sup> da akla ve mantığa uygun sebebin varlığı anlaşılır<sup>48</sup>. Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 27. maddesinde durdurma işleminin yapılabilmesi için somut delillerle desteklenen ve en azından “*umma*” düzeyinde bir şüphenin varlığı koşulu aranmıştır. Buradaki sebebin varlığını doğrudan doğruya yetkiyi kullanacak kolluk görevlisi

<sup>45</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, (Cilt II), s. 696.

<sup>46</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295; Ünver/Hakeri, Cilt II, s. 696.

<sup>47</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295; Erdağ, Ali İhsan: “Kolluğun ‘Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi (PVSK madde 4/A)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s. 42.

<sup>48</sup> Erdağ, s. 42.

tespit edecektir<sup>49</sup>. Yalnızca durdurma sebebiyle sınırlı süreyle kişiyi alıkoy-mak, yakalama sayılmaz<sup>50</sup>.

PVSK md. 4/A-3 hükmüne göre polis; polis olduğuna dair kimlik bel-gesini gösterdikten sonra durdurduğu kişilerden kimlik bilgilerini sorabilir. Durdurulan kişiye kimliğini ispatlaması için gerekli kolaylık tanınır. Durdu-rulan ve kimliği sorulan kişinin kimlik belgesinin bulunmaması, bilgi ver-mekten kaçınması veya gerçeğe aykırı bilgi vermesi halinde durumdan yetkili Cumhuriyet Savcısı haberdar edilir ve bu kişi gözaltına alınabilir, hatta tutuklanabilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluş-turan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı ha-linde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açıl-ması istenemez (PVSK md. 4/A-6).

Durdurma ve kimlik sorma yetkisinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar durdurma ve kimlik sorma yetkisinin bir koruma ted-biri olduğu görüşünde iken<sup>51</sup>; diğer bazı yazarlar da bu yetkinin önleyici nitelik taşıdığını ifade etmektedir<sup>52</sup>. Ancak durdurma ve kimlik sorma yetki-sinin karma bir nitelik taşıdığı ve suç öncesinde uygulanıyorsa “*önleyici tedbir*”, suçun işlenmesinden sonra faillerin yakalanması amacıyla uygula-nıyorsa “*koruma tedbiri*” niteliğinde olduğu görüşünde olan yazarlar da vardır<sup>53</sup>. Biz de durdurma ve kimlik sorma yetkisinin karma nitelikte bir tedbir olduğunu savunan görüşe katılıyoruz.

## 2. Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununda Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi

### a. Arka Plan

Mülga 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda, çarşı ve mahalle bekçilerinin durdurma ve kimlik sorma yetkisi düzenlenmemiştir.

<sup>49</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 296; Ünver/Hakeri, Cilt II, s. 697; Erdağ, s. 43.

<sup>50</sup> Yenisey, Kolluk, s. 240; Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, ss. 384-385.

<sup>51</sup> Ünver/Hakeri, Cilt II, s. 696.

<sup>52</sup> Özay, Amaç, s. 315; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 256; Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Soyer Güleç, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 40.

<sup>53</sup> Erdağ, s. 42; Aldemir, Hüsnü: Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 19.

Buna karşın uygulamada çarşı ve mahalle bekçilerinin durdurma ve kimlik sorma uygulaması yaptıkları bilinmektedir. Hatta İzmir ilinde gerçekleşen ve çarşı ve mahalle bekçileri ile yurttaşlar arasında çıkan tartışma; arbede ve hakaret boyutuna varmış, yargı önüne taşınmıştır. İzmir 35. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararda çarşı ve mahalle bekçilerinin durdurma, kimlik sorma ve üst arama yetkilerinin bulunmadığı yönünde tespitler yapılmıştır<sup>54</sup>. Konuyla ilgili Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından 21/11/2019 tarihinde yapılan açıklamada ise kararın münferit bir olaya ilişkin olduğu, çarşı ve mahalle bekçilerinin Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Vazifeleri İle İlgili Olarak Riayet Etmeleri Gereken Hususları Gösterir Yönetmelik'in<sup>55</sup> 16. Maddesine göre kimlik sorma yetkilerinin bulunduğu belirtilmiştir<sup>56</sup>. Ne var ki, benzeri bir olayda bu kez Mardin 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen bir kararda<sup>57</sup> da çarşı ve mahalle bekçilerinin kimlik sorma yetkilerinin bulunmadığı ifade edilmiş; ayrıca bahsi geçen konu, kamuoyunda da tartışma konusu olmuştur.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7. Maddesi “*Durdurma ve Kimlik Sorma*” kenar başlığını taşımakta olup; bu maddede çarşı ve mahalle bekçilerinin durdurma ve kimlik sorma yetkisi PVSK'ye benzer şekilde düzenlenmiştir.

### ***b. Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununda Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisinin Kapsamı***

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7. maddesinin ilk fıkrasında, çarşı ve mahalle bekçilerinin görev bölgesi ve çalışma saati ile sınırlı olmak üzere kişileri ve araçları; bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işledikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş kişileri tespit etmek;

<sup>54</sup> “Bekçilerin kimlik sorma yetkisi var mı? (Mahkeme: Yok, EGM: Var)” (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/bekcilerin-kimlik-sorma-yetkisi-var-mi-mahkeme-yok-egm-var,Ob7uF1IUMEKWv-6bbBBjXQ>, Erişim Tarihi: 25/02/2020)

<sup>55</sup> “Çarşı Ve Mahalle Bekçilerinin Vazifeleri İle İlgili Olarak Riayet Etmeleri Gereken Hususları Gösterir Yönetmelik” (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9179&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=çarşı%20ve%20mahalle>, Erişim Tarihi:25/02/2020)

<sup>56</sup> “Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Kimlik Sorma Yetkisi Hakkında Basın Açıklaması”, (<https://www.egm.gov.tr/carsi-ve-mahalle-bekcilerinin-kimlik-sorma-yetkisi-hakkinda-basin-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 25/02/2020).

<sup>57</sup> “Mahkemedden Bir Karar Daha: Bekçi Kimlik Soramaz”, (<https://t24.com.tr/haber/mahkemedden-bir-karar-daha-bekci-kimlik-soramaz,854924> , Erişim Tarihi: 22/02/2020).

kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabileceği düzenlenmektedir. Fıkra incelendiğinde; PVSK md. 4/A-1 hükmüne paralel şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu suretle; çarşı ve mahalle bekçilerinin görev mıntikası ve saatleri içinde genel kolluk kuvvetlerine ikame bir kolluk kuvveti olarak görev yapmasının beklendiği düşünülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için makul bir sebebin bulunması gerektiği, süreklilik arz edecek fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma yapılamayacağı düzenlenmektedir. Madde gerekçesi incelendiğinde ise sözü geçen fıkranın gerekçede de aynen tekrarlandığı görülmektedir. PVSK md. 4/A-2 hükmüne göre polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisini kullanabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda böyle bir ölçüte yer verilmemesi eleştirilmiştir<sup>58</sup>. Durdurma ve kimlik sorma yetkisi her şeyden önce özel hayatın gizliliği ve özellikle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı (Anayasa md. 20/3), seyahat hürriyeti (Anayasa md. 23) gibi haklara kamu otoritesi tarafından yönelen bir müdahaledir. Özel hayatın gizliliğine ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için kanunla düzenlenmesi, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda gerekli olması ve kötüye kullanmaya karşı gerekli güvencelerin sağlanması gereklidir<sup>59</sup>. Çarşı ve mahalle bekçileri hakkında yakalama veya tutuklama kararı bulunan şahsı ya kendisine bildirilen eşkalinden ya da görevi sırasında yapacağı kimlik kontrolü üzerine tespit edebilecektir. Hiç kuşku yok ki, kimlik kontrolü; hakkında yakalama veya tutuklama kararı bulunan kişilerin yakalanmasında önemli bir araçtır<sup>60</sup>. Ancak bu türlü bir denetim, hakkında yakalama veya tutuklama

<sup>58</sup> **Erman**, R. Barış/**Özcan**, Onur/**Yetkin**, Erdi/**Börekeçi**, Eşref Barış/**Üzeltürk**, Saba Şahika Tahmaz: Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi Hakkında Tespit, Düşünce Ve Eleştiriler, Yeditepe Üniversitesi Yayinevi, 2020, s. 39. ([https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi\\_ve\\_mahalle\\_bekcileri\\_kanunu\\_teklifi\\_hakkinda\\_tespit\\_dusunce\\_ve\\_elestiriler\\_-\\_2020\\_1.pdf](https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi_ve_mahalle_bekcileri_kanunu_teklifi_hakkinda_tespit_dusunce_ve_elestiriler_-_2020_1.pdf), Erişim Tarihi: 25/02/2020).

<sup>59</sup> **Dülger**, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019, (Kişisel), s. 90; **Roagna**, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması - Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, çev. Ayşe Gül Alkış Schaling, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2012, s. 11.

<sup>60</sup> "Türkiye Güven Huzur uygulamasında; 348 bin 554 şahıs sorgulandı, 1.057 aranan şahıs yakalandı. 4' ü çocuk olmak üzere 15 kayıp şahıs bulundu. 335 şahsa adli-idari



kararı bulunmayan yurttaşları da içine dahil etmeden sürdürülemezdir. Bu nedenle çarşı ve mahalle bekçilerinin kimlik sorma yetkisinin Anayasa'nın 20. Maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da gözetilerek, keyfiliği önleyecek şekilde düzenlenmesi, özgürlük-güvenlik dengesinin korunmasına yardımcı olacaktır.

Genel adli kolluk içerisinde bulunması nedeniyle doğrudan doğruya soruşturma işlemlerine katılan polis ve jandarma mensupları için öngörülen makul sebep ölçütünün çarşı ve mahalle bekçileri açısından yeterli gelmeyeceği kanaatindeyiz. Zira genel adli kolluk içerisinde yer alan polis, doğrudan soruşturma işlemlerine katılmakla; suçla ve suçluyla mücadele konusunda çarşı ve mahalle bekçilerine nazaran daha fazla tecrübe sahibi olmaktadır. Öğretide de çarşı ve mahalle bekçilerinin durdurma ve arama yetkisini kullanmasının makul sebep ölçütüne bağlanması; çarşı ve mahalle bekçilerinin polislere nazaran daha kısa süreli eğitime tabi tutulması ve bekçilik kurumunun uzun süre işletilmemesi dolayısıyla yeni görevlendirilen bekçilerin de henüz kurumsal bir hafızasının oluşmamış olması nedenleriyle eleştirilmiştir<sup>61</sup>. Yine aynı yazarlara göre PVSK md. 4/A'da polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisini kullanabilmesi için getirilen “*polis tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması*” koşullarının genel kolluğa yardımcı olacak bekçiler için öngörülmemiş olması da hatalı olmuştur<sup>62</sup>. Bu eleştiriye de katılıyoruz.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7/3. maddesi ile çarşı ve mahalle bekçilerinin kendilerini tanıttıkları kimlik belgelerini göstermek suretiyle durdurduğu kişiden kimliğini ibraz etmesini veya kimlik bilgilerini istemesi, durdurma sebebiyle ilgili sorular sorabilmesi gibi yetkilere sahip olması öngörülmektedir. Bahsi geçen hüküm, PVSK md. 4/A-3 hükmüyle benzerlik göstermektedir. PVSK 4/A-3 hükmüne göre polisin, durdurduğu kişiye, durdurma sebebinin oluşmasına ve şüpheye yol açan davranışlarına ilişkin sorular sorabileceği ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Genel kolluğa yardımcı nitelikte olan çarşı ve mahalle bekçilerine, durdurduğu kişiye “*durdurma sebebiyle ilgili sorular sorma*” yetkisinin verilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Kural olarak kolluk personelinin durdurduğu kişiye

*işlem yapılırken, 25 şahıs gözaltına alındı.*” (<https://icisleri.gov.tr/turkiye-guven-huzur-uygulamasi20-02-2020>, Erişim Tarihi: 22/03/2020).

<sup>61</sup> Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk, s. 19.

<sup>62</sup> Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk, s. 19.

<sup>63</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 295.

sorular sorması, CMK md. 147 anlamında ifade alma sayılmasa<sup>64</sup> da uygulamada bazı fiili durumlara yol açıldığı da bilinen bir gerçektir. Müdafî yardımından yararlanma, susma hakkı gibi hakların ihlal edilmiş olması nedeniyle yasak delil niteliği taşısa da<sup>65</sup>; uygulamada kolluk, şüphelendiği kişilerle görüşerek, bu görüşmelerini “*mülakat tutanağı*” başlıklı bir belgeye aktarabilmekte ve bu belge de soruşturma dosyasına eklenebilmektedir<sup>66</sup>. Hatta bazı durumlarda şüpheli ile kolluk arasında yapılan mülakata ilişkin düzenlenen tutanak hükme dahi esas alınmaktadır<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 298.

<sup>65</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 607; Ünver/Hakeri, Cilt I, s. 431; Kocaoğlu, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2011/4, s. 41.

<sup>66</sup> “30.04.2013 tarihli tutanakta ise; olaydan hemen sonra adliye içinde yakalanan inceleme dışı sanık ...’la polis arama noktasında bulunan odada polis memurlarınca müdafîi olmadan yapılan ön mülakatta, bir yıl önce öldürülen kardeşi...’ın duruşması için ağabeyi ..., annesi ..., dayısı ... ve dayısının oğulları Eyüp ve ... ile birlikte adliyeye geldiklerini, duruşmayı bekledikleri esnada tanık sıfatı ile ifade vermek için duruşma salonu dışında bekleyen ... ile kavga etmeye başladıklarını, adliyeye kavga amaçlı gelmediklerini fakat annesi olan sanık ...’nin adliyeye girmeden önce düşmanları olduğu için üzerine bıçak aldığını ve bu bıçağı adliye binasına sokacağından kendilerinin de bilgisi olmasını istediğini, bıçaklama olayını annesi ...’nin gerçekleştirdiğini, kendisinin de suçu üzerine alacağını söylediğini, doktor raporu alındıktan sonra Cinayet Büro Amirliğinde devam eden mülakatta sanığın aynı ifadeleri tekrarladığını ve annesi olan sanık ...’nin olaydan önce adliyeye nasıl bıçak sokabileceğini sorduğunu beyan ettiğinin belirtildiği”, Y.CGK’nin 15/05/2018 Tarihli ve 2017/1-1087 E. – 2018/211 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25/02/2020).

<sup>67</sup> “Suça sürüklenen çocuğun soruşturma aşamasında yakalandığında, kolluk görevlisiyle sözlü mülakatta kendiliğinden at arabasında yüklü olan suçta konu eşyaları müştekinin işyerinden çaldığını samimi olarak söylemesi ve yer göstermek suretiyle müştekiye ulaşılmasını sağlayarak suçta konu eşyaların iadesini sağladığının anlaşılması karşısında, suçta sürüklenen çocuk hakkında 5237 sayılı TCK’nın 168/1. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi (...)”, Y.2.CD’nin 24/12/2014 Tarihli ve 2014/34586 E. – 2014/31273 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25/02/2020); “24.07.2011 günlü mülakat tutanağında mağdurların her iki sanığın tehditlerine maruz kaldıklarını belirtmelerinin ardından mağdur M.. S..’in savcılık, mağdur M.. B..’in ise aşamalarda ifadelerinde sanık Bülent’in kendilerini tehdit ettiğini söylemeleri karşısında mevcut tutanak ve beyanlar arasındaki çelişkinin giderilmesi açısından mağdurların hangi sanık tarafından nasıl tehdit edildikleri hususunda açık beyanları alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi (...)”, Y.14.CD’nin 01/10/2015 Tarihli ve 2013/9666 E. – 2015/8756 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25/02/2020); “17.01.2010 tarihli “Yakalama, Muhafaza Altına alma, Teslim Tutanağı” içeriğinde, görevli polislerce yakalanan sanık H.. B..’nun kendisiyle yapılan mülakatta; sanık M.. K.. ile birlikte Hatemoğlu mağazasına girdiklerini, kendisinin mağaza görevlilerini oyaladığını, sanık M.. K..’in kabinlerin yanında mutfak olarak kullanılan yerden çantanın içerisinde

Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; çarşı ve mahalle bekçisinin görev alanında son günlerde birçok hırsızlık suçu işlenmiş, durumdan Cumhuriyet Savcısı haberdar edilerek soruşturma başlatılmış olsun. Ertesi gün, gece saatlerinde evine dönmekte olan A'yı çarşı ve mahalle bekçisinin durdurarak, ona, sözü geçen hırsızlık olayı ile alakasının olup olmadığını sorması ve A'nın bu sorulara verdiği cevapların tutanağa bağlanması, hatta bu tutanağın olası soruşturma ve kovuşturma aşamasında kendisine okunarak, sonraki ifadelerine itibar edilmemesi ihtimali de ortaya çıkabilecektir.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7/6. Maddesinde çarşı ve mahalle bekçisinin durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüpheye ulaşması halinde durdurulan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla el ile dıştan kontrol dahil gerekli tedbirleri alabileceği düzenlenmektedir. Yine aynı düzenlemeye göre, kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın dıştan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemeyecektir. PVSK'nin 4/A maddesine benzer şekilde düzenlenen arama yetkisi; adli arama niteliğinde olmayıp<sup>68</sup>, önleyici niteliktedir<sup>69</sup>. Ancak öğretilerde, PVSK md. 4/A kapsamında yapılan uygulamanın önleme araması niteliğinde bulunmadığını, ancak durdurma ve kimlik sormanın ardından PVSK md. 9 anlamında önleme aramasının gelebileceğini savunan görüşler de mevcuttur<sup>70</sup>.

Öğretilerde, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7/6. Fıkrasında yer alan hüküm; arama işleminin sınırlarının kesin bir şekilde gösterilmemesine rağmen madde gerekçesinde belirlenmiş olması<sup>71</sup>, 5237

*bulunan cüzdanı aldığını birlikte mağazadan çıktıklarını, daha sonra sanık M.. K..ın cüzdanı Real içerisinde bulunan erkekler tuvaletinde içini boşalttığını ve cüzdanı tuvalette attığını beyan etmesi üzerine bahse konu yere gidildiğinde müştekiye ait cüzdanın içinde müştekiye ait kartvizitler ile tuvalette yerde atılı vaziyette bulunduğunun belirlenmesine ve bu durumun sanıkların tutanağa yansıyan beyanları ile de uygunluk göstermiş olması karşısında; bu hususlar yönteminde değerlendirilip reddedilmeden yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirdiğinden (...)*", Y.22.CD'nin 14/12/2015 Tarihli ve 2015/7265 E. – 2015/8847 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25/02/2020).

<sup>68</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 299.

<sup>69</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, ss. 317-318; **Baytaz**, Abdullah Batuhan: "6638 s. Kanun ile PVSK ve CMK'da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:73, Sayı:2, 2015, s. 33.

<sup>70</sup> **Centel/Zafer**, s. 462; **Yenisey**, Kolluk, ss. 240-241; **Yenisey**, Feridun: "Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti", (Kimlik), ([http://www.caginpolicisi.com.tr/eski\\_sitemiz/69/10-11.htm](http://www.caginpolicisi.com.tr/eski_sitemiz/69/10-11.htm)), Erişim Tarihi: 22/03/2020).

<sup>71</sup> **Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk**, ss. 18-19.

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. Maddesi anlamında durdurulan kişinin üzerindeki herhangi bir cismin de silahtan sayılmasının önünde bir engel bulunmadığı ve bu durumun keyfiliğe yol açabileceği<sup>72</sup> gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Burada tartışılması gereken bir husus, bekçi tarafından yapılan kaba üst araması sırasında tesadüfen ele geçen bir delilin varlığı halinde nasıl işlem yapılacağıdır. Örneğin, bir çarşı ve mahalle bekçisi tarafından yetkisi dahilinde B'nin durdurulup kaba üst aramasının yapıldığı sırada üzerinde uyuşturucu madde yakalanmış olsun. Burada; ele geçen materyalin doğrudan doğruya delil olarak kullanılması, bu materyalin hiçbir suretle delil olarak kullanılmaması veya söz konusu materyalin ele geçmesinden sonra soruşturma makamlarına bildirilmesi ve adli arama kararı verilmesinden sonra delil olarak kullanılabilmesi olmak üzere üç ihtimal bulunmaktadır. Öğretide, polis tarafından PVSK'nin 4/A maddesine göre yapılan üst araması sırasında suç işlendiğine yönelik bir bulguya rastlanması halinde derhal soruşturma makamlarının durumdan haberdar edilmesi ve adli arama kararı aldırılarak bu doğrultuda işlem yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>73</sup>. Yargıtay'ın da görüşü benzer yöndedir<sup>74</sup>. Çarşı ve mahalle bekçileri, yuka-

<sup>72</sup> Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk, s. 21.

<sup>73</sup> Ünver/Hakeri, Cilt II, s. 915.

<sup>74</sup> "Arama ve elkoyma işlemi Anayasanın 20. maddesi ve CMK'nın 116 vd. maddeleri uyarınca istisnasız hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve Cumhuriyet savcısına ulaşılmaması durumunda ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabileceği kuşkusuzdur. Ancak çok istisnai ve acele hallerde kolluk amirinin yazılı emrinin dahi alınmayacağı bir durum söz konusu olursa kolluk görevlisinin doğrudan arama ve elkoyma işlemi yapması sonucu elde edilen delillerin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı konusu tartışılmalıdır. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 4/A maddesi 6. fıkrasında ise bu konuda bir düzenleme getirilerek, polisin kişi üzerine veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde kendisine ve başkasına zarar verilmesine önlemek amacıyla yönelik olarak gerekli tedbirleri alabileceği el ile dıştan kontrol yapabileceği başka bir deyişle kaba üst araması yapabileceği esası getirilmiştir. Aksine üzerinde tehlikeli bir silah, bomba ya da patlayıcı tehlikeli bir madde taşıdığından şüphe edilerek yakalanan kişinin en azından üstünün kontrol edilmesi için kolluk amirinin yazılı emrinin alınması beklenemez. Karar alınmadan arama yapılabilecek durumlar Adli Arama ve Önleme Araması Yönetmeliğinin 8. maddesinde tek tek sayılmış, (f) bendinde suçüstü hali de gösterilmiş, ayrıca aynı Yönetmeliğin 27. maddesinde kişinin suç işleyeceği ya da işlediği hususunda kolluk görevlisinin kanaat elde etmesi halinde (g) bendinde uyuşturucu gibi belirli şeyin kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa daha geniş çaplı kontrol yapılabileceği de belirtilmiştir. Somut olayda, olay tutanağına göre; 03.01.2013 günü saat 12.00 sıralarında Mersin Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğüne bağlı ekiplerin İstiklal Caddesi Çankaya Mahallesi civarında devriye görevini ifa ettik-

rıda da ele alındığı üzere polislerden farklı olarak genel adli kolluk içerisinde yer almayı; ancak CMK'nin 165. Maddesine göre “gerektiğinde” veya “Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine” adli kolluk görevi yapacak olan özel kolluk içerisinde yer almaktadır. Bu bağlamda; çarşı ve mahalle bekçisinin icra ettiği üst araması sırasında uyuşturucu veya ruhsatsız ateşli silah gibi bir suç eşyasının bulunması halinde, durumdan derhal Cumhuriyet Savcısı'nın haberdar edilmesi ve adli arama kararı aldırılarak bu doğrultuda işlem yapılması gerektiği düşünülebilir. Ancak uygulamada karışıklıklara veya hak ihlallerine sebebiyet verilmemesi bakımından madde hükmündeki “gerekli tedbirler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve üst araması sırasında bir suçun işlendiğine dair delil elde edilmesi özel durumu hakkında ayrıntılı bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda üst aramasına ilişkin gerekçede belirtilen hususların da madde metnine alınması ve üst araması sırasında ele geçen suç aletinin ceza muhakemesi açısından delil niteliği taşıyıp taşımadığı hususunun açıklığa kavuşturulması düşünülebilir.

### C. Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Adli Yetkileri

#### 1. Genel Olarak

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun “Adli Görev ve Yetkiler” kenar başlıklı 8. Maddesi ile, çarşı ve mahalle bekçilerine yakalama ve delil muhafazası gibi adli nitelik taşıyan bazı yetkiler verilmesi öngörülmektedir. Buna göre çarşı ve mahalle bekçilerinin bir suçun işlenmesi sırasında veya hemen sonrasında, suçun izleri de henüz meydana dayken bu suçun şüphelilerini ve hakkında yakalama veya tutuklama kararı bulunan kişileri yakalama yetkisi olacaktır. Bu bölümde söz konusu yetkilerin ceza muhakemesi hukuku kapsamındaki yeri tartışılacaktır.

---

*leri sırada şüpheli suça sürüklenen çocuğun elindeki poşet içerisindeki sigaraları görmeleri üzerine suça sürüklenen çocuğu durdurdukları, suç sürüklenen çocuğun üzerinde ve poşet içerisinde toplamda 70 adet Prestige marka gümrük kaçağı sigara, toplamda 2355,00 TL para ile gümrük kaçağı sigaraların listesini gösteren not kağıdı ele geçirilmiştir ve suç eşyalarına el konulmuştur. Olayın hemen akabinde durum güvenlik görevlileri tarafından nöbetçi Cumhuriyet savcısına bildirilmiş ve onun talimatları doğrultusunda olaya el konularak soruşturmaya başlanmıştır. Artık suçüstü hali bulunduğu ve şüphelinin suç delilini yok etmesi söz konusu olabileceğinden, suç delilinin görevliler tarafından yakalanmasından sonra durum derhal nöbetçi Cumhuriyet savcısına bildirilerek görevli Cumhuriyet savcısının talimatları doğrultusunda hareket edilerek suçlu ve suç konusu eşyalar muhafaza altına alınmıştır. Bu sebeple yapılan işlem hukuka uygundur.” Y.CGK'nin 17/04/2018 Tarihli ve 2016/7-466 E. – 2018/166 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25/02/2020).*

## 2. Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Yakalama Yetkisi

### a. Genel Olarak Yakalama

Bir kişinin yakalanması, adli veya idarî amaçla olabilir<sup>75</sup>. Ancak çalışmamızın konusu bakımından burada yalnızca adli amaçla yapılan yakalamaya yer verilecektir. Öğretide yakalamanın; şüphelinin veya sanığın, ceza muhakemesinde sonraki aşamalarda verilebilecek tutuklama gibi kararların veya hükmün infazını sağlayabilmek amacıyla, kural olarak hâkim kararı olmaksızın özgürlüğünün kısıtlanması olduğu ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Buna karşın yakalama sonrasında tutuklama kararı verilmesi veya başka bir önlem uygulanması zorunlu olmadığından; bu görüşe katılmayan bir görüş de mevcuttur<sup>77</sup>. İşlenmiş bir suç dolayısıyla yapılan yakalama ya suçüstü hali gibi fiilî bir duruma ya da yetkili merci tarafından verilen bir karara veya müzekkereye dayanır<sup>78</sup>. Yakalama; Anayasa'nın 19. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını doğrudan doğruya etkileyecek bir koruma tedbiridir<sup>79</sup>.

CMK md. 90'a göre yakalama belli şartlar altında herkes veya yalnızca kolluk görevlileri tarafından yapılabilecektir. Herkes tarafından geçici olarak yapılabilecek yakalama; kişiye suçu işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması koşullarından en az birinin varlığına bağlıdır (CMK md. 90/1-a,b). Suçüstü kavramından, işlenmekte olan suç; henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç veya fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç anlaşılır (CMK md. 2/1-j). Bu yakalamayı gerçekleştiren kişilerin ölçülü ve geçici olmak şartıyla kişiye cebir uygulaya-

<sup>75</sup> Centel/Zafer, s. 373; Ünver/Hakeri, Cilt II, s. 702.

<sup>76</sup> Toroslu/Feyzioğlu, ss. 273-274; Yenisey/Nuhoğlu, s. 313; Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 386; Centel/Zafer, s. 373; Şahin/Göktürk, s. 277; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 256; Aksoy İpekçioğlu, Pervin: "Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 1216.

<sup>77</sup> Ünver/Hakeri, Cilt II, ss. 701-702.

<sup>78</sup> Centel/Zafer, s. 373.

<sup>79</sup> Yıldız, Ali Kemal: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006, ss. 133-136; Demirbaş, Timur: "Kişi Güvenliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 43, Sayı: 1-4, 1977, ss. 162-163; Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s. 386.

bileceği<sup>80</sup>, onu tutabileceği hatta geçici olarak bir yere kapatabileceği; ancak silah kullanamayacağı<sup>81</sup> ifade edilmektedir<sup>82</sup>. Herkesçe yapılan yakalama kolluk görevlisinin bulunmaması nedeniyle mümkün olmaktadır<sup>83</sup>. Bu nedenle; yakalamayı gerçekleştiren kişi derhal kolluğa haber vermeli ve en kısa sürede yakalanana kolluk kuvvetlerine teslim etmelidir. Kolluk dışındaki kişilerin yaptığı yakalama bir görev niteliği taşımamakta, yalnızca bir hak olarak değerlendirilmektedir<sup>84</sup>.

Herkes tarafından yakalama yapılabilecek durumlarda kolluk görevlisi tarafından da yakalama yapılabilecektir<sup>85</sup>. Ancak kolluk görevlileri, CMK md. 90/2 hükmüne göre; tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunması; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmaması şartlarının bir arada bulunduğu takdirde<sup>86</sup> de yakalama yetkisine sahiptirler. Burada kolluğun CMK md. 98 çerçevesinde yakalama emri düzenlenmesine ya da CMK md. 100 vd. çerçevesinde tutuklama kararı verilmesine ilişkin koşulların varlığını gözetmesi gerekir<sup>87</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal yoksa, kişinin kimliği tespit edilebiliyor veya suçun iz ve emareleri ortadan kalkmıyorsa; yakalama tedbiri uygulanmaması<sup>88</sup>, bunun yerine kişiye çağrı kâğıdı ile ulaşmak gerektiği ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Ayrıca tutuklama kararı verilmiş bir şahıs hakkında da kollukça yakalama yetkisi kullanılabilir<sup>90</sup>. Kolluk, PVSK md. 16 çerçevesinde kendisine verilen yetki ölçüsünde<sup>91</sup> yakalama amacıyla zor veya silah kullanabilir<sup>92</sup>.

<sup>80</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 257; **Şahin/Göktürk**, ss. 277-278; **Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç**, s. 46.

<sup>81</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 258.

<sup>82</sup> **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 387.

<sup>83</sup> **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 390.

<sup>84</sup> **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 387; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok**, s. 273; **Aksoy İpekçioğlu**, s. 1217.

<sup>85</sup> **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 275; **Centel/Zafer**, s. 377.

<sup>86</sup> **Centel/Zafer**, s. 378.

<sup>87</sup> **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 275; **Centel/Zafer**, s. 378.

<sup>88</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 259.

<sup>89</sup> **Centel/Zafer**, s. 378; **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 390.

<sup>90</sup> **Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır**, s. 390.

<sup>91</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 258.

<sup>92</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 325; “*Polis Vazife ve Selahiyet Yasası'nın Ek 4. maddesi uyarınca görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının, bir gün önce sanığın görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde işlenen gasp suçu nedeniyle aranan maktül ve*

Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir (CMK md. 90/3), bu durumda yakalama işleminden şikâyete yetkili bulunan kişiler haberdar edilmeli ve şikâyetin bulunmaması halinde kişi salıverilmelidir<sup>93</sup>. Yakalama kolluk personeli olmayan kişi veya kolluk personeli tarafından gerçekleştirildiğinde derhal Cumhuriyet Savcısı durumdan haberdar edilir ve onun emri doğrultusunda işlem yapılır (CMK md. 90/5).

Kolluk, yakalananın kendisine veya başkalarına zarar vermesine engel olacak tedbirleri aldıktan sonra, yakalananı; yakınlarına haber verilmesi, müdafî yardımından yararlanma, susma hakkı gibi haklarını derhal bildirmekle yükümlüdür (CMK md. 90/4). Bu bildirim, yakalananın anlayacağı şekilde ve dilde yapılmalıdır<sup>94</sup>.

Yakalama işlemi yukarıda belirtildiği gibi bir fiili durum şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; bir yakalama kararına veya müzekkeresine dayanarak da yapılmış olabilir<sup>95</sup>. Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir (CMK md. 98/1). Tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK md. 98/1). Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet Savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler (CMK md. 98/2).

---

*arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalıştıkları, maktül ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda buldukları esnada, sanığın yaptığı uyarı ateşi üzerine polis memurlarının ellerinden kurtularak kaçan maktülü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak, ateş açan sanığın silah kullanması yasa gereği ise de, Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesinin 17. maddesi gereğince 'suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken' bu itinayla hareket edilmediği, böylece yasa hükmüne dayalı silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçılarak yasaya uygunluk hududunun aşılması neticesi ölüm sonucunun doğduğu anlaşılmaktadır. Durum yasanın 50. maddesince uygunluk arzetmektedir.', Y.CGK'nin 22/03/2005 Tarihli ve 2004/1-219 E. – 2005/35 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat – www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22/03/2020).*

<sup>93</sup> **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 275; **Şahin/Göktürk**, s. 280.

<sup>94</sup> **Öztürk/Tezcan/Ertem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok**, s. 277.

<sup>95</sup> **Aksoy İpekçioğlu**, s. 1216.



Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK md. 98/3). Yakalama emrinde, kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir (CMK md. 98/4).

Yakalama için öngörülen bir yer, zaman veya şekil bulunmamaktadır<sup>96</sup>. Bu nedenle gece veya gündüz vakitlerinde yakalama yapılabilmesi mümkündür<sup>97</sup>. Kişi konut veya işyeri gibi kapalı bir yerde bulunuyor ve dışarı çıkmıyorsa bu kişinin yakalanması amacıyla bu yerlere girilmesi CMK'nin 116. vd. maddeleri kapsamında "arama" niteliği taşıyacaktır<sup>98</sup>. Bu durumda CMK md. 119'a göre öncelikle hâkim kararına; gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığında ise Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emrine dayanarak arama yapılması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>99</sup>. Kolluk amirinin emriyle kapalı mekanlarda arama yapılması mümkün değildir. Ancak suçüstü halinde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin<sup>100</sup> karar alınmadan yapılacak aramalara ilişkin md. 8/1-f hükmüne göre suçüstü halinde konut ve işyerlerine girebilmek için arama kararı alınmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Aşağıda bu konuya ilişkin daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

Bir kişinin yakalanmış sayılabilmesi için kullanılan objektif ölçüte göre; o kişinin ortalama zekadaki bir kişiye göre hareket serbestisinin kısıtlanması gerekmektedir<sup>102</sup>. Yani bu kişi, kendisini oradan ayrılma konusunda serbest hissetmiyorsa, yakalama işlemi gerçekleşmiş demektir<sup>103</sup>.

Şüpheli veya sanık yakalandığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK md. 95/1). Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkamaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir (CMK md. 95/2).

<sup>96</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 323; Centel/Zafer, ss. 379-381; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 385.

<sup>97</sup> Centel/Zafer, s. 381.

<sup>98</sup> Centel/Zafer, s. 381.

<sup>99</sup> Centel/Zafer, s. 381.

<sup>100</sup> "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği", R.G. Tarih: 01/06/2005, R.G. Sayı: 25832, (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.8203&MevzuatIliski=0&so urceXmlSearch=5188>, Erişim Tarihi: 21/03/2020).

<sup>101</sup> Centel/Zafer, s. 454.

<sup>102</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 323; Centel/Zafer, s. 379.

<sup>103</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 323; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 40.

Yakalama işlemi; yakalananın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığını, yakalamayı kimin yaptığını ve hangi kolluk personelinin tespit ettiğini, yakalananın haklarının tam olarak anlatıldığını içerir bir tutanağa bağlanır (CMK md. 97). CMK md. 91/1 hükmüne göre; yakalanan kişinin serbest bırakılmaması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi yakalama anından itibaren başlar ve yakalananın en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme süresi hariç 24 saati geçemez. Gönderilme için zorunlu olan sürenin de 12 saati aşmayacağı yine kanunda belirtilmiştir. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verilebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhal tebliğ edilir (CMK md. 91/3). Bu nedenle gözaltı süresinin belirlenmesinde de yakalama anının tespit edilmesi ve CMK md. 97'ye göre tutanağa bağlanması önem taşımaktadır.

#### ***b. Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Yakalama Yetkisinin Kapsamı***

Mülga 772 sayılı Kanun'un 3/A-2 maddesiyle çarşı ve mahalle bekçilerine “*Suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydana iken sanıkları yakalama*” yetkisi verilmişti. 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 8/1. Maddesinin a ve b bentleri ile aynı maddenin 2. Fıkrası, çarşı ve mahalle bekçilerinin yakalama yetkisi, mülga 772 sayılı Kanun'a göre biraz daha genişletilmiş şekilde düzenlenmektedir. Buna göre çarşı ve mahalle bekçileri; suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydana iken bu suçun şüphelilerini ve 772 sayılı Kanun'dan farklı olarak haklarında tutuklama veya yakalama kararı çıkarılmış kimseleri yakalama yetkisine sahip olacaktır (7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu md. 8). Öğretide, Kanunda yer alan bu madde; bekçinin yakalama işlemi yapmadan önce Cumhuriyet savcısına veya amirlerine ulaşamaması şartının aranmaması nedeniyle kişi güvenliğini tehlikeye sokacağı, bekçilere tanınacak yakalama yetkisinin yalnızca tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan haller ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı tutulması gerektiği düşünceleriyle eleştirilmiştir<sup>104</sup>.

Madde hükmünde yakalamanın yeri, zamanı veya usulüne ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda çarşı ve mahalle bekçilerinin

<sup>104</sup> Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk, ss. 23-24.

yapacağı yakalamada da adli yakalamaya uygulanan CMK md. 90 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir.

Çarşı ve mahalle bekçilerine yakalama yetkisi verilmesiyle ilgili önemli bir sorunun, işyeri veya konut içerisinde gerçekleşecek yakalamalar ile ilgili çıkabileceğini düşünüyoruz. Örneğin gece vakti bir kişinin, bir evin balkonundan tırmandığı ve içeriye girmekte olduğunun çarşı ve mahalle bekçisi tarafından görülmüş olması varsayımında, çarşı ve mahalle bekçisi doğrudan doğruya o eve girerek şüpheliyi yakalayabilecek midir? Yukarıda da açıklandığı üzere konut ve işyeri gibi kapalı alanlarda yapılacak aramada hâkim veya Cumhuriyet savcısının kararı gerekmektedir. Bu durumda çarşı ve mahalle bekçisi ya şüphelinin suçu tamamlayarak dışarı çıkmasını bekleyecek ve şüpheli dışarı çıktığında onu yakalayacaktır ya da Cumhuriyet savcısına doğrudan veya genel kolluk aracılığıyla ulaşarak yazılı arama emri vermesini talep edecektir. Ancak her iki durumda da şüphelinin kaçması veya girdiği evde daha ağır bir suç işlemesi ihtimali bulunmaktadır. Öğretide bir görüş; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "*Karar Alınmadan Yapılacak Arama*" kenar başlıklı 8. maddesinin (f) bendinde<sup>105</sup> suçüstü halinde yapılacak aramalarda, arama kararının gerekmediğinin düzenlendiğini ve kolluğun bu durumda suçüstü yakalaması yapabilmek amacıyla konuta veya işyerine girmekle kanunun kendisine verdiği görevi yaptığını savunmaktadır<sup>106</sup>. Öğretide bir başka görüş ise<sup>107</sup> konut dokunulmazlığının Anayasal bir hak olduğu ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini vurgulayan Anayasa'nın 13. Maddesi karşısında, karar alınmadan yapılacak aramaya ilişkin düzenlemenin yönetmelikle değil, kanunla yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Biz de kişi hak ve hürriyetlerinin ancak kanunla sınırlanabileceği ve yürütme tasarrufu niteliğindeki düzenlemelerin ancak uygulama

<sup>105</sup> Danıştay 10. Dairesi'nin 19/01/2006 Tarihli ve 2005/6392 E. Sayılı Kararı ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (a) bendinde yer alan "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi ile aynı maddenin (f) bendinde yer alan "ilgili-nin rızası" ibaresi iptal edilmiş ancak (f) bendinde yer alan "suçüstü halinde yapılan aramalarda (...)" ibaresi iptal edilmemiştir. Dairenin iptal kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 14/09/2012 Tarihli ve 2007/2257 E. – 2012/1117 K. Kararı ile onanmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin veya gıyabi tutuklama kararı verilen kaçakların yakalanmasına ilişkin olasılıklar değil, doğrudan doğruya bekçinin görevi sırasında rastladığı suçüstü halî incelenmiştir. (y.n)

<sup>106</sup> Centel/Zafer, s. 454.

<sup>107</sup> Gökçen/Balcı/Alışahin/Çakır, s. 450; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 503.

esaslarını belirleyebileceği, kişi hak ve hürriyetlerine yeni sınırlama halleri getiremeyeceği gerekçeleriyle ikinci görüşe katılıyoruz. Burada, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesi amacıyla suçüstü halinde aramaya ilişkin kanunda özel bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yakalama işlemi sırasında çarşı ve mahalle bekçisi tarafından silah kullanılması da önemli bir sorundur. Bu soruna pozitif hukuk bakımından yaklaşıldığında, bekçi tarafından silah kullanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira mülga 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 5. Maddesine göre; "*Çarşı ve mahalle bekçileri 2559 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde belirtilen hallerde silâh kullanabilir.*" Aynı doğrultuda düzenleme getiren 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun "*Zor ve Silah Kullanma Yetkisi*" başlıklı 9. Maddesinde; "*Çarşı ve mahalle bekçileri 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 16 ncı maddesinde belirtilen zor ve silah kullanma yetkisini haizdir*" hükmü yer almaktadır. Genel kolluk kuvvetlerinin bulunmadığı yerlerde ona ikame ve yardımcı nitelikte bir kolluk kuvveti olan çarşı ve mahalle bekçilerine verilecek olan silah kullanma yetkisinin yalnızca meşru savunma halleriyle sınırlı olarak verilmesi; ayrıca yetkilendirilecek personelin silah kullanımı ve bununla bağlantılı öfke kontrolü gibi konularda mesleğe başlamadan önce 3 ay gibi kısa süreli bir eğitime<sup>108</sup> değil, daha kapsamlı bir eğitime tabi tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 2'nci maddesine göre bekçi teşkilatı, genel kolluk kuvvetlerine yardımcı nitelik taşımaktadır. Genel kolluktan daha kısa süreli eğitime tabi tutulan, daha az tecrübeye sahip olan yardımcı kolluğa, genel kollukla aynı şartlarda silah kullanma yetkisinin tanınması; bu yetkinin kullanımına ilişkin sorunlara yol açabilecektir.

Çarşı ve mahalle bekçilerinin eğitimine ilişkin bir başka husus da eğitimin usul ve esaslarının dayanağıdır. 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre "*Çarşı ve mahalle bekçilerinin çalışma usul ve esasları, alacakları meslek içi eğitim, giyecekleri kıyafet ve görevde kullanacakları teçhizatlar ile bu Kanunun uygulanmasına ilişkin*

<sup>108</sup> "*Çarşı ve Mahalle Bekçisi olarak görev yapacak olanlar, Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Akademi Başkanlığınca 3 ay süreyle üst düzey eğitime tabi tutulur ve bu eğitimi başarıyla sonlandıranlar görev yapacakları illere gönderilirler. Gönderildikleri illerde de göreve başlamadan önce 2 ay süreyle uygulamalı eğitimden geçirilirler. Ayrıca göreve başladıktan sonra da belli periyotlarla hizmet içi eğitime tabi tutulmaya devam edilirler.*" (<https://www.egm.gov.tr/31012020-tarihli-basin-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 22/03/2020).

*diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”* Ancak çalışmamızda da belirtildiği üzere bekçilerin adli nitelikteki yetkileri ve Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilmesi halinde adli kolluk statüsünde görev yapma olasılıkları vardır. Bu nedenle CMK md. 167 hükmü de dikkate alınarak bu yönetmeliğin Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından birlikte çıkarılması yerinde olacaktır.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 8/2. Maddesine göre çarşı ve mahalle bekçileri, hakkında yakalama veya tutuklama kararı verilmiş olan kişileri gördükleri takdirde yakalamak ve bağlı bulunduğu genel kolluk kuvvetine teslim etmekle görevli kılınacaklardır. Hakkında adli yakalama veya tutuklama kararı bulunan kişinin yakalanması bekçinin adli nitelikteki bir görevi olduğundan, CMK md. 90/5'e paralel şekilde, yakalama işleminden doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısının haberdar edilmesine ve onun emri doğrultusunda işlem yapılmasına ilişkin açık bir düzenlemenin yer almaması bir eksikliklerdir. Zira yakalanan hakkındaki yakalama emri daha önce infaz edilmiş ancak Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinden silinmemiş olabilir.

Öğretide bekçilerin yakalama yetkisini kullandığı durumlarda hem Cumhuriyet Savcısı'na hem de çalıştıkları kolluk birimindeki amirlerine bilgi vermesi yönünde düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Kanaatimizce konuya ilişkin 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almaması nedeniyle, çarşı ve mahalle bekçileri, yakalama işlemi uygulamaları halinde, genel kolluğa değil; CMK md. 90/5 uyarınca doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcısı'na haber vermek ve onun emri doğrultusunda işlem yapmakla yükümlüdürler. Ancak hak ihlallerine sebep olunmaması ve uygulama birliğinin sağlanması için yine de Cumhuriyet Savcısı'na haber verme yükümlülüğünün kanunda yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

Son olarak, çarşı ve mahalle bekçisinin yakalama işlemi uygulamasının ardından yakalananın kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alması beklenmektedir (7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu md. 8/1-b). CMK'nin 90/4. Maddesine göre; *“Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.”* Burada *“derhal”* ibaresinin kullanılmış olmasından dolayı yakalama işlemi yapanın çarşı ve mahalle bekçisi olması halinde yakalanan haklarını

<sup>109</sup> Erman/Özcan/Yetkin/Börekçi/Üzeltürk, ss. 24-25.

bildirme görevini de yerine getirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle çarşı ve mahalle bekçilerinin eğitiminde, şüpheli ve sanık haklarının da geniş bir şekilde yer alması önem taşımaktadır. Ayrıca CMK md. 97'ye göre düzenlenecek tutanağı çarşı ve mahalle bekçisinin düzenlemesi veya en azından tutanak imzacısı olarak bulunması, hem gözaltı süresinin ne zaman başladığının tespiti, hem de yakalama işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi açısından önemlidir.

## SONUÇ

Çarşı ve mahalle bekçilerine, 18/06/2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu ile verilen yetkilerin ceza muhakemesi hukuku bakımından olası sonuçları çalışmamızda tartışılmış, gerekli görülen yerlerde çözüm önerileri sunulmuştur.

7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda yer alan bazı yetkilerin mülga 772 sayılı Kanun'a nazaran genişletildiği görülmektedir. Bir kısım yetkiler ise mülga 772 sayılı Kanun ile benzer şekilde düzenlenmiştir.

Kamuoyunda tartışma konusu olan durdurma ve kimlik sorma yetkisi, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 7. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmektedir. Her ne kadar bu yetkinin kanunla düzenleme alanı bulunması sevindirici olsa da; söz konusu hükmün eleştiriye açık yönleri bulunmaktadır. Her şeyden önce bekçinin durdurma ve kimlik sorma yetkisini kullanabilmesi için “makul sebep” ölçütünün kullanılmış olması uygulamada bazı sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira bekçilere nazaran daha uzun süre eğitime tabi tutulan ve genel adli kolluk teşkilatı içerisinde olması nedeniyle suç konusunda daha fazla tecrübeye sahip olan polisler için de aynı ölçüt kullanılmaktadır. Dolayısıyla iki grupta yer alan kolluk personeli arasında makul sebep eşiği konusunda farklılıklar oluşacak olup, bu durumun durdurma yetkisini keyfiliğe açık hale getireceği de ortadadır. Durdurma ve kimlik sorma işleminin çalışmamızda da belirtildiği gibi hakkında yakalama veya tutuklama kararı bulunan birçok kişinin yakalanmasına yardımcı olduğu tartışmasızdır. Ancak böyle bir yetkinin keyfiliğe mahal veremeyecek açıklıkta ve kesinlikte düzenlenmesi gerekmektedir.

Durdurma ve kimlik sorma yetkisinin kullanıldığı esnada durdurulan kişiye durdurma sebebiyle ilgili sorular sorulabilmesi mümkündür. Bu işlem teknik anlamda ifade alma niteliği taşımamakta ise de; uygulamada kolluk personeli tarafından şüpheli şahıslar ile “mülakat” adı altında bazı görüşmeler yapılmakta, bu görüşmelere ilişkin tutulan tutanaklar da kanaatimizce

usule aykırı olmasına rağmen birçok durumda hükme esas alınabilmektedir. Bu nedenle kanun hükmünde bu durumu önleyecek düzenlemelere de yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Ayrıca bu yetkinin içerisinde yer alan, silahtan arındırmak amacıyla yapılan kaba üst araması sırasında bir suç işlendiğine dair delile rastlanması halinde nasıl bir işlem yapılacağı da açıkça düzenlenmelidir.

Çarşı ve mahalle bekçilerinin bir suç işlenirken veya işlendikten sonra izleri henüz meydanda iken bu suçun şüphelilerini ve hakkında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişileri yakalama yetkisi de 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda düzenlenmektedir. Çarşı ve mahalle bekçisinin söz konusu yakalama işleminden sonra nasıl bir işlem yapacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde bekçiden, şahsı genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesinin beklendiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak bekçi burada, CMK md. 165 uyarınca adli bir olayı ilk gören ve el koyan kişi olarak "gerektiğinde" adli kolluk görevi yapma ihtimali bulunan bir kişidir. CMK'nin soruşturmaya ilişkin hükümleri incelendiğinde, bir soruşturma işleminde en yetkili olan kişi Cumhuriyet Savcısı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bekçinin adli nitelikteki yetkileri düzenlenirken, hak ihlallerine ve uygulama farklılıklarına sebebiyet verilmemesi amacıyla Cumhuriyet Savcısına doğrudan doğruya bilgi vermesinin düzenlemeye eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Çarşı ve mahalle bekçilerinin özellikle gece görev yapacağı düşünüldüğünde, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesi amacıyla suçüstü halinde kaçarken bir konuta veya işyerine saklanan şüpheli hakkında aramaya ilişkin, kanunda özel bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Mülga 772 sayılı Kanun'da yer alan zor ve silah kullanma yetkisi; 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nda da aynen korunmaktadır. Ancak bekçilerin eğitim süresi ve genel meslekî tecrübesi dikkate alındığında, silah kullanma yetkisinin ancak meşru savunma halleriyle sınırlı tutulması; şayet meşru savunma ile sınırlı tutulmayacak ise silah kullanma ve öfke kontrolü gibi hususlarda daha uzun süreli eğitim verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bu eğitimde şüpheli ve sanık haklarına da geniş şekilde yer verilmelidir. Çarşı ve mahalle bekçilerinin eğitimine ilişkin usul ve esasları da düzenleyen yönetmeliğin, bekçilerin adli nitelikteki yetkileri ve Cumhuriyet savcısının talebi halinde adli kolluk olarak görev yapmaları olasılığı karşısında, CMK md. 167 de gözetilerek Adalet ve İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılması uygun olacaktır.

## KAYNAKÇA

### Basılı Kaynaklar:

- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin: “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, ss. 1215-1254.
- Aldemir**, Hüsnü: Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Adli Kontrol, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2018.
- Ardıçoğlu**, M. Artuk: “Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2014, ss. 119-138.
- Atay**, Ender Ethem: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Baytaz**, Abdullah Batuhan: “6638 s. Kanun ile PYSK ve CMK’da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:73, Sayı:2, 2015, ss. 29-47.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, İstanbul, 2020.
- Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Doğan**, Cem: “Eski İstanbul’da Mahalle Bekçisi ve II. Meşrutiyet’te Bekçi Teşkilatının Düzenlenmesi Bağlamında Mahalle Bekçileri Nizamnamesi (1908-1918)”, Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 14, Mart 2019, ss. 257-273.
- Dülger**, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Erdağ**, Ali İhsan: “Kolluğun ‘Durdurma ve Kimlik Sorma’ Yetkisi (PYSK madde 4/A)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, ss. 37-60.
- Feyzioğlu**, Metin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 62, 2006, ss. 27-61.
- Gökçen**, Ahmet/**Balcı**, Murat/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Dördüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.



- Gültekin**, Sebahattin/**Gültekin**, Recep: “Toplum Destekli Polislik: Sorun Mu Çözüm Mü?”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 470, Mart 2011, ss. 93-112.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2011/4, ss. 29-58.
- Özay**, İl Han: “Adlî Kolluk - İdarî Kolluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Ocak 2013, (Kolluk), ss. 947-961.
- Özay**, İl Han: “İdarî Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45, Sayı: 1-4, Ocak 1981, (Amaç), ss. 315-319.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara, 2019.
- Öztürk**, Bahri/**Eker Kazancı**, Behiye/**Soyer Güleç** Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Gezer**, Özge Sırma/**Saygılar Kırıt**, Yasemin F./**Alan Akcan**, Esra/**Tütüncü**, Efser Erden/**Özaydın**, Özdem/**Altınok Villemin**, Derya/**Tok**, Mehmet Can: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ed. Bahri Öztürk, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Parlar**, Ali: İstinaf Sistemi ve Diğer Yeniliklere Göre Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı, Mevzuat ve İçerik Bakımından Güncellenmiş 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.
- Roagna**, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması - Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, çev. Ayşe Gül Alkış Schaling, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2012.
- Şahin**, Cumhur/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Şeker**, Güven/**Baytun**, Uğur: “Geçmişten Günümüze Kent Güvenliğinde Mahalle Ölçekli Güvenlik Uygulamaları: Çarşı Mahalle Bekçiliği”, Polis Akademisi, Tarihten Günümüze Türk Polis Teşkilatı Sempozyumu Kitabı, 2013, ss. 323-350.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu** Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

**Turhan**, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.

**Turhan**, Faruk/**Aksan**, Murat: “Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIV, Yıl: 2020, Sayı: 2, ss. 289-331.

**Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

**Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

**Yenisey Feridun/Nuhoğlu** Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

**Yenisey**, Feridun: Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**Yıldız**, Ali Kemal: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006, ss. 131-214.

#### **Çevrimiçi Kaynaklar:**

**Erman**, R. Barış/**Özcan**, Onur/**Yetkin**, Erdi/ **Börekçi**, Eşref Barış/**Üzeltürk**, Saba Şahika Tahmaz: Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi Hakkında Tespit, Düşünce Ve Eleştiriler, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020 [https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi\\_ve\\_mahalle\\_bekcileri\\_kanunu\\_teklifi\\_hakkinda\\_tespit\\_dusunce\\_ve\\_elestiriler\\_-\\_2020\\_1.pdf](https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi_ve_mahalle_bekcileri_kanunu_teklifi_hakkinda_tespit_dusunce_ve_elestiriler_-_2020_1.pdf), Erişim Tarihi: 25/02/2020.

**Yenisey**, Feridun: “Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti”, ([http://www.caginpulisi.com.tr/eski\\_sitemiz/69/10-11.htm](http://www.caginpulisi.com.tr/eski_sitemiz/69/10-11.htm), Erişim Tarihi: 22/03/2020).

“Mahkemededen Bir Karar Daha: Bekçi Kimlik Soramaz”, (<https://t24.com.tr/haber/mahkemededen-bir-karar-daha-bekci-kimlik-soramaz,854924>, Erişim Tarihi: 22/02/2020).

“Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi”, (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2-2-2555.pdf>, Erişim Tarihi: 23/02/2020).

“Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”, R.G. Tarih: 01/06/2005, R.G. Sayı: 25832, (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.8203&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=5188>, Erişim Tarihi: 21/03/2020).

“Bekçilerin kimlik sorma yetkisi var mı? (Mahkeme: Yok, EGM: Var)”  
(<https://www.ntv.com.tr/turkiye/bekcilerin-kimlik-sorma-yetkisi-var-mi-mahkeme-yok-egm-var,Ob7uF1IUMEKWv-6bbBBjXQ>, Erişim Tarihi: 25/02/2020).

“Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Vazifeleri İle İlgili Olarak Riayet Etmeleri Gereken Hususları Gösterir Yönetmelik” (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9179&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=çarşı%20ve%20mahalle>, Erişim Tarihi:25/02/2020)

“Çarşı ve Mahalle Bekçilerinin Kimlik Sorma Yetkisi Hakkında Basın Açıklaması”, (<https://www.egm.gov.tr/carsi-ve-mahalle-bekcilerinin-kimlik-sorma-yetkisi-hakkinda-basin-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 25/02/2020).

(<https://www.egm.gov.tr/31012020-tarihli-basin-aciklamasi>, Erişim Tarihi: 22/03/2020).

(<https://icisleri.gov.tr/turkiye-guven-huzur-uygulamasi20-02-2020>, Erişim Tarihi: 22/03/2020).

www.kazanci.com

## BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARININ DAVA TÜRLERİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ\*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787651>

**Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE\*\***

### Öz

*Bedensel zararlarla ilişkin tazminat davasının açılmasından önceki aşamada davacı veya vekilinin somut olaya elverişli dava türünü veya türlerini tespit etmesi gerekir. Bu amaçla somut olayda davacının taşıdığı risklerin iyi analiz edilmesi gerekir. Bedensel zararların belirlenmesi, ispatı ve hesaplanması birtakım zorluklar barındırır. Özellikle gerçekleşmiş zarar dışında hayatın olağan akışına göre gerçekleşmesi beklenen; ama miktarı kesin olarak tespit edilemeyen müstakbel zararlar ile gelişmekte olan zararlar nedeniyle zaman-aşımı ve kesin hüküm problemi doğabilir. Ayrıca dava dilekçesinde kural olarak açık bir talep sonucu belirtmek zorunda olan davacı, zarar miktarındaki belirsizlik nedeniyle yüksek yargılama giderleri riski ile taleple bağlılık ilkesi gereği gerçek zarara oranla daha az tazminat alma riski arasında kalmaktadır. Bu çalışmada problemlerin çözümüne yönelik olarak konuya ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirsiz alacak davası, kısmi dava ve tespit davasına ilişkin hükümleri beden bütünlüğünün ihlalinden doğan maddi ve manevi tazminat davaları bakımından incelenmiş; ayrıca konuya ilişkin yabancı doktrin ve mahkeme kararlarına yer verilmiştir.*

\* Bu çalışma TÜBİTAK 2018/1-2214 Yurtdışı Araştırma Bursu Programı kapsamında Almanya-Trier Üniversitesi'ndeki araştırmalarımız sonucunda oluşmuştur. Ayrıca bu çalışma Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "Doktora tezinin sonuçlandırılması" başlıklı 23. maddesinin 7. fıkrası uyarınca mezuniyet şartı olan tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması şartını sağlamak üzere hazırlanmıştır.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: busrakazmaz2261@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4096-5304> (Makalenin Geliş Tarihi: 16.05.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 20.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 30.06.2020)

**Anahtar Kelimeler**

*Bedensel zarar, beden bütünlüğünün ihlali, dava türleri, belirsiz alacak, kısmi dava, tespit davası, hükmün değiştirilmesi*

**THE REVIEW OF THE ACTIONS FOR DAMAGES  
THAT ARISE FROM VIOLATION OF BODILY INTEGRITY  
WITH RESPECT TO TYPES OF LAWSUITS****Abstract**

*The plaintiff or his / her attorney must determine the suitable type(s) of lawsuit(s) for the concrete case at the stage before the action for bodily damages is entered. For this purpose, the risks carried by the plaintiff in the concrete case should be analyzed well. Determination, proof, and calculation of bodily damages involve some difficulties. The problems related to the period of limitation and res judicata may arise due to in addition to the actual damage, the future damages that are expected to occur according to the ordinary flow of life but cannot be determined and future damages that cannot be anticipated. In addition, due to the uncertainty in the amount of damage, the plaintiff, who has to state as a result of the certain claim as a rule in the petition, is between the risk of higher trial costs and the risk of less compensation compared to the real damages as required by the principle non ultra petita. In this study, the relevant provisions of the Turkish Code of Obligations and the provisions of the Code of Civil Procedure related to the lawsuit for unquantified claim, the partial lawsuit and the declaratory lawsuit are examined in terms of material and immaterial compensation cases arising from the violation of body integrity with the intent of the solution of these problems. Also, foreign doctrine and foreign court decisions related to the subject are included.*

**Keywords**

*Bodily damages, violation of bodily integrity, types of lawsuits, unquantified claim, partial lawsuit, declaratory lawsuit, amendment of judgment*

## GİRİŞ

Türk, Alman ve İsviçre tazminat hukukunda zararın birliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesinin birtakım sonuçları vardır. Zararın birliği ilkesine göre zarar ilerleyen dönemler için arttıkça her bir dönem için ayrı bir hesap yapılmaz. Tek fiilden doğan tüm zararlar zararın hesap edildiği esnada gerçekleşmiş olsun ya da henüz gerçekleşmemiş olsun tek bir tazminat talep edilir ve tek bir tazminata hükmedilir<sup>1</sup>. Bu ilkeye göre mevcut ve gelecekteki tüm zararlar için tek bir dava sebebi vardır. Konusu, tarafları ve sebebi aynı olan zarar kalemlerinin gerçekleşme zamanlarına göre talep edilmesi, duruma göre kesin hüküm engeline takılabilir. Örneğin, açılan davada tedavi giderleri istendiğinde bu zarar kalemi bakımından hâkim, mevcut ve henüz gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşmesine kesin olarak bakılan; fakat miktarı kesin olarak belirlenemeyen tedavi giderlerini birlikte değerlendirip zararı belirleyecektir. Gelecekteki tedavi giderleri gerçekleştiğinde, daha önce verilen karardakinden daha fazla bir zararın gerçekleştiğinden bahisle yeni bir dava açılması kesin hüküm engeline takılır. Örnekte görüldüğü üzere, bu ilke zarar gören açısından gelecekteki zarar için yapılan belirlemenin daha az doğruluğa sahip olması nedeniyle davacının zararının tam olarak tazmin edilememesi sonucunu doğurabilir<sup>2</sup>. Zararın birliği ilkesiyle aynı dava sebebiyle oluşmuş gelecekteki zararlar şimdiden tazmin edilir. Bedensel zarar kalemleri incelendiğinde yapılan tamamlanmış tedavi giderleri ve hali hazırdaki kazanç kayıpları mevcut zararı oluştururken müstakbel tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması nedeniyle oluşacak gelir kayıpları ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar gelecekteki zararı oluşturur. Gelecekteki zararlar mevcut zararlarla birlikte aynı fiilden doğduğu için bu ilkeye göre tek bir tazminata hükmedilmesi gerekir.

Gelecekteki zararlar için zamanaşımı süresi zararın birliği ilkesi gereği mevcut zararların zamanaşımı süresinin başlangıcı ile aynıdır. Zamanaşımı

<sup>1</sup> **Geiß**, Karlman/**Geiner**, Hans-Peter: Artzhaftpflichtrecht, 7. Baskı, Münih 2014, Rn. 10; **Gül**, İbrahim: “Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları”, TBBD, Ocak 2019, S. 140, s. 226.

<sup>2</sup> **Gül**, s. 230. “Zararın birliği ilkesinin taraflar bakımından avantajları da vardır. Bu ilke sayesinde davaların ebediyen devam etmemiş olur ve bir yargılama sonucunda olayın hukuken kapanır. Sorunun hukuken kapanmasının mağdur için yararı, verilen tazminatla zararını karşılayan veya yarasını iyileştiren mağdurun bu tazminatla yaşamını devam ettirmesidir. Zarar veren açısından sorunun hukuken kapanmasının yararı ise davanın sonuçlanmasıyla zarar verenin finansal açığının ortaya çıkması ve mağdura karşı sorumluluğunun getirdiği gelecekteki belirsizlik olmaksızın gelecek planını yapabilmesidir” (**Gül**, s. 230).

süresinin başlaması için aranan zararı öğrenme olgusu, zararın kapsamının öğrenilmesi ile aynı anlama gelmez<sup>3</sup>. Bu yüzden zamanaşımı süresinin başlaması için zararın öğrenilmesi yeterli olup ayrıca zararın miktar ve kapsamına dair bilgi edinilmesi gerekmez. Beden bütünlüğünün ihlali sonucunda gerçekleşmesi beklenen gelecekteki zararlar, öngörülebilmesi kaydıyla yeni bir zamanaşımı süresine tabi değildir. Ancak tıbbi olarak öngörülemeyen ve beklentilerin dışında gerçekleşen sonraki zararlar için öğrenme olgusuna bağlı olan zamanaşımı işlemeye başlamaz<sup>4</sup>. Öngörülemeyen zararlar için öğrenme olgusuna bağlı zamanaşımı süresinin, zarar görenin kendisinin somut zararın oluşma ihtimalini ve zarar verici fiil ile nedensellik bağımlı öğrenmesinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir<sup>5</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki öngörülemeyen zararlarda öğrenme olgusuna bağlı zamanaşımı süresi işlemeye başlamasa da fiilin işlendiği tarihe bağlı on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar<sup>6</sup>.

Henüz gerçekleşmese de aynı fiilin sebep olduğu gelecekte oluşacak zararın gerçekleşme ihtimalinin ve fiil ile olan nedensellik bağımlı zarar gören tarafından öğrenilmesiyle birlikte öngörülebilir gelecekteki zararlar için de zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Ancak gelecekteki zarar, zararın hesap anından daha sonraki bir tarihte gerçekleşeceğinden bu zarar kesin olarak hesap edilemez. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle oluşan örneğin, çalışma gücü kaybının neden olduğu gelir yoksunluğu miktarının kesin olarak hesaplanması ve tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu durum ise mevcut zararlara oranla gelecekteki zararların daha az doğruluğa sahip olması sonucunu doğurur<sup>7</sup>. Bu zararların mevcut zararlarla birlikte talep edilmesi durumunda gelecekteki zararlar açısından tazminat miktarı hakkaniyete uygun tatmini sağlamayabilir. Zarar gören bir yandan zamanaşımı tehdidi altındayken, bir yandan da gelecekte oluşacak zararın kapsam ve miktarındaki belirsizlik nedeniyle uygun bir tazminat kararı elde

<sup>3</sup> **Geiß/Geiner**, Rn. 10; BGH, NJW 2011, 1799; BGH, VersR 1983, 735; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>4</sup> **Geiß/Geiner**, Rn. 10; BGH, NJW 2000,861; BGH, NJW 1997,2448; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>5</sup> **Geiß/Geiner**, Rn. 10.

<sup>6</sup> **Havutçu**, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 585. Üst zamanaşımı süresinin başlamasının neden olduğu mağduriyetlerin ortadan kaldırılması amacıyla Almanya’da beden bütünlüğünün ihlalinin doğan tazminat davaları için üst zamanaşımı süresi 30 yıl olarak öngörülmüştür (BGB § 199 II).

<sup>7</sup> **Gül**, s. 231-235.

edememe riski ile karşı karşıyadır. Yabancı hukuk doktrininde zarar görenin usul hukuku enstrümanlarını kullanarak bu riskleri bertaraf edebileceği ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

Aşağıda bedensel zararın niteliği nedeniyle davacı aleyhine oluşan yukarıda belirttiğimiz bu risklerin hangi dava türleri ile nasıl bertaraf edilebileceği incelenecektir.

## **A. Maddi Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme**

### **1. Belirsiz Alacak Davası**

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlardan biri de alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Alacak miktarının hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiği durumlar için açılan belirsiz alacak davasına dar anlamda belirsiz alacak davası denilmektedir<sup>9</sup>. Gerçi bu konu hakkında belirsiz alacak davasının düzenlendiği 107. maddede açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde alacağın miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak belirlendiği durumlarda belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Kanun metninde açıkça ya da örtülü olarak hâkime takdir yetkisi tanınmadıkça hâkim takdir yetkisini kullanamaz. Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre "*hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*" hükmü yer almaktadır. Yine haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davasında zararın ve kusurun varlığı, miktar ve oranlarını tespit etme konusunda da hâkime koşul vakıalar bakımından takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın miktarı bakımından hâkime tanınan takdir yetkisi hem koşul vakıa hem de hukuki sonuca ilişkindir. Hâkime verilmiş olan bu takdir yetkisi, yetkinin kullanılması bakımından hâkime bir serbesti tanımayıp bu yetkiyi kullanma konusunda hâkimi yü-

<sup>8</sup> **Stamm**, Jürgen: "Die Geltendmachung Personenschäden im Deutchen Zivilprozessrecht", Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre, C. 2, Ankara, 2016, s. 198.

<sup>9</sup> **Loosli**, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage, Zürich 1978. s. 11; **Simil**, Cem: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013. 149.

<sup>10</sup> **Meier**, Isaak: "Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos", HAVE Haftpflichtprozess, 2010, s. 21; **Loosli**, s. 11; **Pekcantez**, Hakan: Pekcantez Usûl, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017. s. 1028; **Simil**, s. 149.



kümlü kılmıştır<sup>11</sup>. Haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği durumlarda zarar miktarının hakkaniyete göre belirleneceği ifade edilmiştir (TBK m. 50/2). Bu hükmün Alman ve İsviçre kanunlarında da karşılığı bulunmaktadır<sup>12</sup>.

Yukarıda yer verdiğimiz hükümler, bu davalarda belirsiz alacak davası açılmasını sağlayan maddi dayanakları teşkil eder. Bu hükümlere göre tazminat alacağı, haksız fiilin unsurlarının meydana gelmesiyle beraber doğar, ancak tazminat alacağının miktarı hâkimin takdiri ile belirlenir. Zararın miktarını kesin olarak belirleyemeyen ve tam olarak ispatlayamayan davacının hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilmesi ve talep sonucunu rakamsal olarak buna göre belirlemesi mümkün değildir. Alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda davacıdan dava açarken talebinin miktarını belirlemesi beklenemediği gibi manevi tazminat miktarı da hâkimin takdiri ile belirlendiğinden bu davaların da belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

Davacının alacağının miktarını hâkimin takdir yetkisine göre belirlediği durumlarda yargılama sırasında talep edilen miktarın belirlenmesinden tamamen muaf tutulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Ancak davacının bu muafiyetten yararlanabilmesi için davacının talep sonucunu belirleyememe durumunun delillerin incelenmesinden veya karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeleri vermesinden sonra da devam etmesi şartı aranmaktadır. Eğer delillerin incelenmesinden ve bilgi ve belgelerin verilmesinden sonra talep miktarı belirlenebilecek hale gelmişse davacı bundan kaçınamaz<sup>15</sup>. Söz konusu muafiyet nedeniyle dar anlamda belirsiz alacak davası diğer belirsiz alacak davası türlerinden farklılık göstermektedir. Çünkü hüküm verilene kadar hâkimin takdirini ne yönde kullanacağı ve alacağın miktarını ne şekilde tayin edeceği belirlenemediğinden yargılama sırasında davacıdan talebini artırması istenemez.

<sup>11</sup> **Edis**, Seyfullah: "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1977, s. 172.

<sup>12</sup> Bkz. Alman Usul Kanunu (ZPO) §287; İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 42/2.

<sup>13</sup> **Nomer**, Haluk: "Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2002/1-2, (Kısmi Dava), s. 228; **Simil**, s. 158. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre manevi tazminat davaları ne belirsiz alacak davasına ne de kısmi davaya elverişlidir. (Y.21.HD. 30.1.2020, 2019/3199, 2010/356, YHGK 13.10.1999 21-684/818; Y4.HD. 18.4.2002, 301/5075; Y.17.HD. 21.6.2016, 2014/7143, 2016/7567, (<http://www.kazanci.com/>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020)).

<sup>14</sup> **Loosli**, s. 69; **Meier**, s. 23; **Simil**, s. 158.

<sup>15</sup> **Simil**, s. 158.

Bir görüşe göre belirsiz alacak davasının açılabilmesi hâkimin takdir yetkisinin hükmün koşul vakıasına mı yoksa hukuki sonucuna mı ilişkin olduğu belirlenerek değerlendirilmiştir<sup>16</sup>. Bu fikre göre eğer hâkimin takdir yetkisi hükmün koşul vakıasına ilişkin ise bu durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Ancak hâkime tanınan takdir yetkisi sadece hükmün hukuki sonucuna ilişkin ise bu durumda belirsiz alacak davası açılmayacaktır. Bu görüşe gerekçe olarak hâkimin hukuki sonuca ilişkin takdir yetkisi ile delillerin incelenmesi sonucunda elde edilecek sonuç arasında bağlantının olmadığı ve hâkimin maddi vakıalara ilişkin takdir yetkisi bulunmaması nedeniyle davacının talep sonucunu belirleyebilecek durumda olduğu ifade edilmiştir<sup>17</sup>.

Doktrindeki diğer yazarlar ise takdir yetkisine ilişkin bu ayrımı gereksiz bulmakta, takdir yetkisinin hem hukuki sonuca hem de koşul vakıaya yönelik olması durumlarında belirsiz alacak davasının açılabileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşe göre her iki durumda da alacaklının alacak miktarı hâkimin takdirine göre belirlenmektedir, bu yüzden davacıdan hâkimin hukuki sonuca yönelik takdir yetkisini öngörmesi beklenmemelidir<sup>18</sup>. Kanaatimizce de bu görüş belirsiz alacak davasının amacına daha uygundur. Çünkü davacı hâkimin takdir yetkisinin hukuki sonuca yönelik olduğu durumlarda da alacak miktarını diğer bir ifade ile tazminat miktarını belirleyebilecek durumda değildir.

TBK m. 50/2 hükmü “*Hâkim olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler*” ifadeleri ile hâkime koşul vakıaya ilişkin takdir yetkisi vermiştir. Yine TBK m. 56/1 hükmü “*hakim... olayın özelliklerini göz önünde tutarak (koşul vakıanın takdiri), zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir*” (hukuki sonucun takdiri) ifadeleri de hem koşul vakıanın takdirini hem de hukuki sonucun takdirini içermektedir. Bu sebeple manevi tazminat taleplerinde de belirsiz alacak davası açılabilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun tazminatın belirlenmesi ve indirilmesine ilişkin hükümlerinde hâkime hukuki sonucun takdiri yüklenmiştir. Zararın belirlenebilir olması sebebiyle TBK m. 50/2 hükmünün uygulanmadığı durumlarda da TBK m. 51 ve 52. hükümlerindeki hukuki sonuca yönelik takdir yetkisi nedeniyle belirsiz alacak davası açılabilir.

<sup>16</sup> Kaufmann, Martin: “Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen Die Praxis des Familienrechts”, 4/2011. s. 903.

<sup>17</sup> Kaufmann, s. 903.

<sup>18</sup> Loosli, s. 62; Meier, s. 21; Simil, s. 155.

Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının tipik uygulama alanı beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat davalarıdır. Zararın kesin olarak ispatlanması imkânsız veya karşı taraftan beklenemez ise zararın meydana geldiğinin ve miktarının hâkim tarafından olayların seyrine göre takdir edilmesi gerekir. Bedensel zarar kalemleri arasında yer alan çalışma gücünün azalmasından doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların belirlenmesi ile devam eden tedavi giderlerinin tespiti varsayımsal ve karşı olgusal<sup>19</sup> vakıalara dayanır. Varsayımsal ve karşı olgusal vakıaların ise kesin olarak ispatı mümkün değildir. Çünkü bu vakıalar ya gelecekte gerçekleşecektir ya da bu vakıaların gerçekleşmesi zarar verici eylem sebebiyle artık mümkün değildir. Buna göre beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasının dayanağını Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası teşkil eder.

Zararlardan bir kısmının belirlenebilir bir kısmının ise belirlenemez olması durumunda talep sonucunun belirlenebilir zararlar için kesin miktarı, belirlenemeyen zararlar için ise geçici miktarı içermesi gerekir. Bu durumda talep sonucu kesin ve geçici talep olarak bölünür. Özellikle beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat taleplerinde bu durum gündeme gelecektir. Örneğin, mevcut tedavi giderleri ile mevcut kazanç kaybı belirlenebilir zarar kalemleri iken; devam eden tedaviler için ileriki dönemdeki tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, belirlenebilir değildir<sup>20</sup>.

Alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlar için açılan belirsiz alacak davası ile karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlendiği durumlarda açılan belirsiz alacak davasında, geçici miktarın artırılması yönünden fark vardır. Alacağın miktarı karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlenebiliyorsa geçici değer yargılama sırasında artırılması zorunludur. Ancak alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda delillerin incelenmesinden sonra da alacağın belirlenememesi kaydıyla geçici değer yargılama sırasında artırılması gerekmez. Çünkü bu durumlarda alacak hâkim hükmünü verene kadar belirsizdir.

<sup>19</sup> Bu sıfat almanca "kontrafaktisch", ingilizcede ise "counterfactual" olarak ifade edilmekte olup mevcut durumun aksinin gerçekleşmiş olması üzerine meydana gelecek olan anlamına gelmektedir. ([https://en.wikipedia.org/wiki/Counterfactual\\_conditional](https://en.wikipedia.org/wiki/Counterfactual_conditional)) (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>20</sup> Meier, s. 30; Loosli, s. 111.

İsviçre hukukunda geçici değer artırılması konusunda sağlanan bu muafiyete rağmen davacının görevli mahkemenin ve yargılama usulünün belirlenebilmesi için mutlaka geçici değer göstermesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Ancak Alman hukukunda haklı sebeplerin varlığı halinde belirsiz alacak davası açan davacının geçici değer göstermesi koşulu dahi aranmamaktadır. Alman hukukunda herhangi bir pozitif düzenlemeye sahip olmayıp çok eski zamana dayanan içtihatlarla<sup>22</sup> ve doktrinde hâkim görüş tarafından<sup>23</sup> kabul edilen belirsiz alacak davası için Federal Mahkemenin mevcut uygulaması, davacının geçici değer göstermek zorunda olmadığı yönündedir<sup>24</sup>. Ancak doktrinde davacının somut olayın özelliğine göre tazminat alacağı için asgari ve azami alacak miktarını gösteren bir aralık ya da yaklaşık değer göstermesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Tazminat miktarının hakkaniyete göre belirlendiği durumlarda geçici talep sonucu gösteren davacı aslında alacağının tümü hakkında bir karar verilmesini istemektedir. Yargılama sırasında davacıdan hâkimin takdir hakkını nasıl kullanacağını öngörmesi beklenemez. Bu sebeple tahkikat sonuna kadar talep sonucunda kesin değer belirleme gerekliliği tazminat davaları bakımından aranmamalıdır. Böyle bir görüş taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Davacının dava başında gösterdiği geçici değer asgari talep miktarını ifade etmektedir. Davacı talebi için bir üst

<sup>21</sup> **Loosli**, s. 69; **Simil**, s. 166.

<sup>22</sup> RGZ 10, s. 356; RGZ 140, s. 213; RGZ 21, s. 386, 387.

<sup>23</sup> **Blomeyer**, Arwed: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Baskı, Berlin, 1985, s. 253; **Allgaier**, Edwin: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen, VersR 1987, s. 31; **Gerlach**, Jürgen v.: “Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen”, VersR 2000, s. 525-532; **Husmann**, Johann Hermann: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH”, VersR 1985, s. 715-719; **Jauernig**, Othmar/**Hess**, Burkhard: Zivilprozessrecht, 30. Baskı, Münih, 2011, s. 163; **Musielak**, Hans Joachim/**Voit**, Wolfgang: Grundkurs ZPO, 13. Baskı, Münih 2016, s. 44; **Rosenberg** Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald** Peter: Zivilprozessrecht, 17. Baskı, Münih 2010, s. 523; **Roth**, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen 2016, s. 815; **Saenger**, Ingo: ZPO Hand Kommentar, 4. Baskı, Baden 2011, s. 607; **Seiler**, Christian: Zivilprozessordnung Kommentar Thomas/Putzo, 40. Baskı, Münih 2019, s. 550.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1999, s. 1339, 1340; BGH, NJW 1996, s. 2425-2427; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>25</sup> **Becker-Eberhard**, Ekkehard: Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 4. Baskı, Münih 2013, s. 1458; **Jauernig/Hess**, s. 163; **Musielak/Voit**, s. 44, 45; **Roth**, s. 814; **Zimmermann**, Walter: Zivilprozessordnung, 9. Baskı, Münster, 2011, s. 486; **Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter: Zivilprozessordnung, Cilt 1, 77. Baskı, Münih 2019, s. 1068.

sınır belirlemedikten sonra hâkimin asgari miktarın üzerinde karar vermesi taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil etmez<sup>26</sup>.

Doktrinde *Pekcanitez* alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde davacının en geç tahkikatın sonunda talep sonucunu artırması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü mahkemenin yargılama giderlerine hükmedebilmesi ve kanun yoluna başvuru için talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi zorunludur. Yazara göre davacının talep sonucunu belirlememesi halinde hâkimin asgari talep miktarını esas alarak karar vermesi gerekir<sup>27</sup>.

Beden bütünlüğünün ihlalden doğan maddi ve manevi tazminat davalarında tazminat miktarı ve biçimi hâkimin takdirine göre belirleneceğinden bu belirsizlik hâkim hükmünü verene kadar devam edebilir. Bu yüzden davacının yargılama sırasında davanın başında gösterdiği geçici talebini artırmak zorunda olmaması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 maddesinin ikinci fıkrasında *karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda* davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği ifade edilmiştir. Tazminat miktarının hâkimin hükmünü verene kadar belirlenemediği durumlarda davacının yargılama sırasında talebini artırmaması, hâkimin takdir yetkisine göre karar vermesi kanımızca söz konusu maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü alacak tahkikat sonunda da hala belirli değildir.

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin ilk sakıncası kanun yoluna başvuruda kesinlik sınırının belirlenmesinde gündeme gelir. Yargılama sırasında davacının kesin bir değer belirtememesi kanun yoluna başvuruda parasal sınırın belirlenmesinde ilk bakışta tereddüt yaratabilir. Ancak bu tereddüt sadece tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurmasında gündeme gelir. Çünkü davalı için kesinlik sınırı zaten hâkimin tazminat hükmü ile belirlenecektir. Kanımızca gerekçeli

<sup>26</sup> **Terbille**, Michael: "Die Schmerzengeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?", *VersR* 2005, s. 42; **Stamm**, s. 205; **Roth**, s. 816, 817; **Seiler**, s. 550; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, s. 1068; **Simil**, s. 172, 173; BGH, NJW 1996, s. 2427; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>27</sup> **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl*, s. 1044; **Pekcanitez**, Hakan: *Belirsiz Alacak Davası* (HMK m. 107), Ankara, 2011, (Belirsiz Alacak), s. 52. Aynı yönde, **Tanrıver**, Süha: "Bedensel Bütünlüğün İhlalden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılacak Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi" *Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi*, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara, 2013, s. 345.

karara göre hâkimin takdir hakkını hatalı gören ve tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurusunda kesinlik sınırı, hükümle belirlenen miktar ile davacının gerekçeli kararı gördükten sonra belirlediği talebi arasındaki farka göre tespit edilebilir.

Doktrinde asgari talep dışında kesin talebin belirlenmediği bir belirsiz alacak davasında mahkeme asgari değerden daha fazlasına hükmettiyse, hükmettiği miktarın kanun yolu başvurusunda esas alınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>28</sup>. Davacının asgari talepten fazlasına hükmedildiği durumda da az bulduğu tazminat miktarı için kanun yoluna başvurma hakkı vardır. Davacının davasının başında belirttiği geçici talep onun sonraki taleplerini sabitleştirmez<sup>29</sup>. Çünkü geçici talepte davacı, asgari bir miktar belirtmekte; ancak talebi için herhangi bir üst sınırı belirlememektedir.

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin diğer bir sakıncası ise yargılama giderlerini belirleme konusunda gündeme gelir. Ancak kanımızca bu konuda İsviçre Usul Kanunu'nda<sup>30</sup> olduğu gibi talep miktarının belirlenmesinin zor ya da alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda yargılama giderlerinin de dava sonucundan bağımsız olarak hâkim tarafından taktiren paylaştırılmasına ilişkin bir düzenleme getirilmelidir.

Maddi zarar olarak devam eden tedavi giderlerini veya ileriki dönemde yapılacak tedavi giderlerini, çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybetmesi nedeniyle uğradığı kazanç kaybını veya ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle uğradığı kazanç kaybını talep eden davacı talebini rakamsal olarak ifade edemeyecek durumda olsa da talebinin tüm dayanaklarını, zarar miktarının tespitini kolaylaştıran tüm vakıa ve emareleri, talep miktarının hâkim ve/veya bilirkişi tarafından belirlenmesini sağlayacak şekilde dilekçesinde belirtmelidir<sup>31</sup>. İddiasının temelini oluşturan hukuki ilişkiye ve maddi vakıalara ilişkin delilleri mahkemeye sunmak zorundadır<sup>32</sup>. Aksi

<sup>28</sup> **Meier**, s. 29.

<sup>29</sup> **Meier**, s. 29. Aksi görüş için bkz. **Simil**, s. 339, 340.

<sup>30</sup> Schw. ZPO Art. 107/1-a. Benzer bir düzenleme Alman Usul Kanunu'nda da mevcuttur. Buna göre alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdiri, bilirkişi incelemesi ya da karşılıklı hesaplaşmaya bağlıysa mahkeme yargılama giderlerini toplu olarak bir tarafça ödenmesine karar verebilir. (ZPO § 92/(2)-2.)

<sup>31</sup> **Loosli**, s. 124.

<sup>32</sup> **Blomeyer**, s. 252; **Greger**, Reinhard: Zöller Zivilprozessordnung, 32. Bası, Köln 2018, s. 745; **Becker-Eberhard**, s. 1458; **Roth**, s. 816; **Zimmermann**, s. 487; **Seiler**, s. 550; **Assmann**, Dorothea: Wiczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Cilt, 4. Baskı, Berlin 2015, s. 110.

durumda davalının savunma yapması, delil göstermesi ve karşı iddia ve ispat faaliyetinde bulunması mümkün olmayacağından; davalı hukuki dinlenilme hakkını gereği gibi kullanamaz<sup>33</sup>.

## 2. Hâkimin Hükmü Değiştirme Yetkisi

Belirsiz alacak davasında alacağın tümü hakkında karar verilmesi nedeniyle bu dava türü gelişmekte olan ve sonuçları hesap edilemeyen gelecekteki zararlar bakımından fayda sağlayamaz. Hâkim tazminat hükmünü verirken mümkün olduğunca hüküm tarihine en yakın şartları esas alacak olsa da, hüküm tarihinde dahi bu zararların hesap edilmesi mümkün olmayabilir. Özellikle uzuv kaybı durumunda birden fazla ameliyatın yapılması gerektiği durumlar, HIV virüsü bulaşmış zarar görenin sağlık durumunun kademeli olarak kötüye gitmesi halinde dava açılması durumlarında belirsiz alacak davası ihtiyaca cevap vermez. Bu tür durumlarda hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesindeki imkânı kullanarak hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir. Bu hükmü göre *bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*. Eski Borçlar Kanunu'ndaki hükümde iki yıllık sürenin kararın tefhim tarihinden itibaren hesaplanacağı belirtilmişken; yeni düzenlemede sürenin başlangıç noktası doktrinindeki haklı eleştiriler dikkate alınarak kesinleşme tarihi olarak değiştirilmiştir<sup>34</sup>. Bir başka deyişle beden bütünlüğünün ihlalinin sonuçları hükmün verildiği tarihte yeterli kesinlik ile tespit edilemiyorsa hâkim hükmün kesinleşmesinden itibaren hesap edilmek üzere iki yıla kadar hükmün değiştirilmesini saklı tutabilir. Hükmün saklı tutulmasından sonra verilen kararın mevcut duruma uyarlanması için açılan dava değişiklik davası olacaktır.

Tazminat hukukunda geçerli olan *zararın birliği ilkesi* gereği aynı fiilden doğan zararların tazmini birbirinden bağımsız olarak ve henüz gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın tek bir dava ile istenebilir. Bu durum özellikle henüz meydana gelmemiş olan müstakbel zararlar için hâkimin ihtimaller üzerine karar vermesini gerektirir. Gelecek için hüküm tesis

<sup>33</sup> **Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenilme Hakkı), s. 91; **Simil**, s. 137.

<sup>34</sup> **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 618; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015, s. 441; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2017, s. 133; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 782.

etmek zorunda kalan hâkimin hükme konu olan tahmini, değişen şartlar bakımından değerlendirildiğinde yanlış tahmin olarak nitelendirilebilir. Bu durumda değişiklik davası ile bu yanlış tahmin düzeltilerek somut olay adaleti sağlanır<sup>35</sup>.

Beden bütünlüğünün ihlali neticesinde ortaya çıkan sağlık sorunlarının zaman içerisindeki seyrinin, tedavide ortaya çıkacak yeni yöntemlerin ve bu yöntemlerin maliyetlerinin ve geçici kazanç kaybının süresinin kesin bir şekilde bilinemiyor olması durumlarında bu düzenlemeye başvurma ihtiyacı doğar<sup>36</sup>. Sadece maddi zararlar için değil ayrıca manevi zararlar için de uygulanabilir<sup>37</sup>.

Belirtmek gerekir ki hâkimin değiştirme yetkisini saklı tutabilmesi için tarafların talebine gerek yoktur. Çünkü bu yetki hâkime hükmü değiştirme yetkisi olarak kanun tarafından verilmiştir. Taraflar saklı tutma hükmünün uygulanmasını hâkimden talep etmemiş olsalar bile zararın belirlenmesi tam olarak mümkün değilse hâkim bu yetkisini kendiliğinden saklı tutabilir<sup>38</sup>. Ancak hâkim hükmü değiştirme yetkisini kendiliğinden saklı tutmuş olsa bile hükmün değiştirilebilmesi için hükmün değiştirilmesinde hukuki yararı olan tarafın değişiklik davası açması gerekir. Ayrıca hâkim hükmü değiştirme hakkını taraflardan bir tanesi lehine olmak kaydıyla da saklı tutabilir<sup>39</sup>. Bu durumda lehine hüküm saklı tutulan tarafın değişiklik davası açması kabul edilir. Diğer taraf değişiklik davası açamaz.

Eğer hâkim saklı tutma yetkisini kullanmamışsa hükme esas alınan zarar miktarının örneğin, öngörülemeyen şekilde iyileşme gibi bir nedenle azalması halinde hüküm kesinleştiği için davalının başvurabileceği hiçbir hukuki yol bulunmamaktadır. Buna karşı yine hâkim saklı tutma yetkisinin kullanmamış ve davacı da bedensel zararının arttığı iddiasında ise değişiklik davası açamasa da şartların varlığı halinde yeni bir tazminat davası açabilir.

---

<sup>35</sup> **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegang**, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529, 2. Baskı, Basel-Frankfurt, 1996, s. 379; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1099; **Leipold**, Dieter: “Abänderungsklage und Rechtskraft, Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008, Berlin, 2008, s. 188; **Nomer**, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996, s. 10; **Kırtıoğlu**, Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara, 2014, s. 18, 19.

<sup>36</sup> **Kırtıoğlu**, s. 278.

<sup>37</sup> **Honsell/Vogt/Wiegang**, s. 380.

<sup>38</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 618; **Oğuzman/Öz**, s. 133, 134; **Kırtıoğlu**, s. 277.

<sup>39</sup> **Honsell/Vogt/Wiegang**, s. 379.



Zararın birliği ilkesi öngörülebilir müstakbel zararlar için uygulama alanı bulduğundan sonradan ortaya çıkan zararlar, davanın açıldığı sırada öngörülemediği sürece bu ilke kapsamına girmez; sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen zararlar yeni vakia olarak değerlendirilerek ek davaya konu olabilir. Eğer ilk davada mevcut ve müstakbel her iki zarar için de bir tazminat hükmü verilmişse bu durumda kesin hüküm nedeniyle ikinci dava açılmaz. Ancak sadece mevcut zararlar için tazminat hükmü verilmiş ise bu durumda sonradan artan zarar miktarı için yeni bir tazminat davası açılabilir. Ancak bu dava ek bir tazminat davası olup değişiklik davası olarak nitelendirilmez<sup>40</sup>.

Uygulamada Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen hâkimin hükmü değiştirme imkânı fazla bilinmemekte bu sebeple uygulama örneklerine rastlanmamaktadır. Hâkimin bedensel zararın akıbetine ilişkin olarak belirsizlik durumlarında hükmü değiştirme hakkını kullanması adil yargılanma hakkı bakımından elzendir. Ancak dikkat edilirse hükmü değiştirme hakkı iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Bu süre kanaatimizce bazı bedensel zararlar bakımından yeterli bir süre değildir. Hâkimin bu yetkisini kullanmama ihtimaline karşı ve belirtilen iki yıllık sürenin zararın belirlenebilmesi açısından yeterli olmadığı durumlar için kanımızca davacının kullanabileceği usul hukuku enstrümanı aşağıda açıklanacağı üzere kısmi dava ve tespit davası kombinasyonudur.

### 3. Kısmi Dava

Tek ve aynı iddianın özel bir sebebi yokken tekrar dava konusu edilmesi yasaktır. Masraf ve zaman kaybı dikkate alındığında belirli bir uyumsuzluktan doğan bütün iddiaların ve taleplerin tek bir dava ve yargılama içinde halledilmesi arzu edilse de gerçek bir hayat olayı her zaman sayısız çeşitlilikte, uzak veya yakın ilgili kenar vakıalar ve doğrudan ya da dolaylı sonuçlarla çevrilidir. Bu sebeple tek bir uyumsuzluk için maddi anlamda kesin sınırlar çizmek mümkün değildir. Dava sebebi ve kesin hüküm kavramına sınırlar çizmek hukukun görevidir<sup>41</sup>.

Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan tüm alacağını tek bir dava ile talep etmek yerine kısmi olarak istemesinin nedenlerinden ilki yargılama masraflarından tasarruf etmektir. Az masrafla açılan kısmi davanın kazanıl-

<sup>40</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 618, 619; Kırtıloğlu, s. 279.

<sup>41</sup> Budak, Ali Cem: Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991, s. 2.

masından sonra davalının kalan kısmı iradi olarak ödeyeceği düşüncesi, yargılamanın hızlandırılmak istenmesi, dava konusu uyuşmazlığın karmaşıklığı ve ispat konusunda yaşanan sıkıntılar sebebiyle de kısmi dava açılmaktadır<sup>42</sup>. Bunun haricinde davacı alacağının gerçek miktarı konusunda yanılarak bakiye alacağının bulunduğunu bilmeden de kısmi dava açabilir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için bu nitelendirmenin mutlaka davacı tarafından yapılması şart değildir<sup>43</sup>. Davacının kısmi dava açma iradesinden bağımsız olarak aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın tamamının değil sadece belirli bir bölümünün dava edilmesi kısmi davadır<sup>44</sup>.

Kısmi dava açılabilmesi için ilk şart dava konusu edilmek istenen edimin bölünebilir olmasıdır<sup>45</sup>. Bir talebin bölünebilirliği ise maddi hukuka göre belirlenir<sup>46</sup>. Maddi hukuka göre niteliğinde bir değişiklik ve değerinde esaslı bir azalma olmadan parçalara ayrılabilen edimler bölünebilir edimlerdir. Bu durumda cins borçları bölünebilir niteliktedir. Diğer bir şart ise aynı hukuki ilişkiden doğmuş muaccel bir alacağın bir bölümünün dava edilmiş olmasıdır. Diğer bir ifade ile aynı hukuki ilişkiden doğmuş alacağın tamamı hukuken talep edilebilir olmalıdır<sup>47</sup>.

Doktrinde kısmi dava çeşitli ayrımlara<sup>48</sup> tabi tutulsa da biz İsviçre doktrininde ifade edilen gerçek-gerçek olmayan kısmi dava ayırımına konumuz açısından önemi nedeniyle değineceğiz. Bu ayırma göre gerçek kısmi davada talep edilen kısım, alacağın bütününe göre nicel ve soyut olarak belirlenmektedir. 5.000 liralık satış bedelinin şimdilik 1.000 lirasının talep edildiği bir dava gerçek kısmi davadır. Gerçek olmayan kısmi davada ise aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan birden fazla alacak kaleminin sadece birinin dava edilmesidir. Tazminat davalarındaki zarar kalemlerinin hepsi yerine somut olarak belirtilmiş birkaçı için açılan dava, gerçek olmayan kısmi davaya örnek olarak gösterilebilir. Tüm alacak içinde belli bir meblağ talep edilerek açılan gerçek olmayan kısmi davadaki talep ferdileştirilmiş,

<sup>42</sup> **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1000; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 1980 Ankara, s. 1520; **Akil**, Cenk: Kısmî Dava, Ankara, 2013, s. 64, 65; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019 s. 145.

<sup>43</sup> **Roth**, s. 799; **Akil**, s. 107, 108.

<sup>44</sup> **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1000; **Akil**, s. 63.

<sup>45</sup> BGH, NJW 1962, s. 1203, 1204; **Akil**, s. 65.

<sup>46</sup> **Akil**, s. 66.

<sup>47</sup> **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 991; **Akil**, s. 68, 69.

<sup>48</sup> Kısmi dava türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s. 106-112.

nitel ve somuttur<sup>49</sup>. Bu ayırım, kısmi davada verilen hükmün sonradan açıklacak ek davaya etkisinde pratik öneme sahiptir.

Beden bütünlüğünün ihlalden doğan tazminat davalarında zararın birliği ilkesi gereği tazminat hesaplanırken öngörülebilir bütün mevcut ve müstakbel zararlar dikkate alınır. Ancak zararın birliği ilkesi öngörülebilir ancak henüz sonuçları kestirilemeyen zararlar için bir risk teşkil eder. İşte bu riskin bertaraf edilmesi kısmi dava ile sağlanabilir. Diğer bir ifade ile davacı davasını mevcut zararlar ile öngörülebilir ve sonuçları hesaplanabilir müstakbel zararlar için açmalıdır. Davacının açtığı bu dava kanımızca gerçek olmayan kısmi dava niteliğindedir. Henüz meydana gelmemiş ancak gelecekte meydana geleceği öngörülen fakat yol açacağı sonuçlar hakkında olayların olağan seyrine göre yapılacak tahminin güvenilirliği konusunda endişe duyulan hallerde bu zarar kalemleri tazminat hükmünün gerçeğe uygunluğunu sağlamak amacıyla talep dışında bırakılabilir. Ancak bu durumda davacı talep dışı bıraktığı öngörülebilir ancak sonuçları kestirilemeyen zararlar bakımından zamanaşımı riski ile karşılaşır. Çünkü kısmi dava ile talep dışında bırakılan kesim için zamanaşımı kesilmez. Bu risk ise aşağıda açıklanacağı üzere başka bir usul hukuku enstrümanı olan tespit davası ile aşılr.

#### 4. Tespit Davası

Tespit davasının açılabilmesi için genel dava şartlarından başka hukuki ilişki ve hukuki yarar şartı olmak üzere iki özel dava şartına daha ihtiyaç vardır<sup>50</sup>. Eda ve inşai davalarda hukuki yararın olduğu karine olarak kabul edilirken; tespit davasında davacı bu davayı açmakta hukuki yararı olduğunu iddia ve ispat etmek zorundadır<sup>51</sup>. Davacının bir hakkının güncel bir tehlike ile tehdit edilmesi sebebiyle hukuki durumu tereddüt içinde olur ve tespit hükmü bu tereddüdü ortadan kaldırmaya elverişli ise davacının tespit davası açmasında hukuki yararının olduğu kabul edilir. Davacının hakkının güncel bir tehlike ile tehdidi çoğu zaman davalının hal ve hareketleri ile meydana gelse de bazen bu tehlike davalıdan bağımsız olarak da meydana gelebilir. Zamanaşımının kesilmesi için açılan tespit davaları bu son duruma örnek

<sup>49</sup> Emmel, Frank: "Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage" BJM 2012, s. 64, 65.

<sup>50</sup> Kuru, Baki / Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baki, Ankara 2010, s. 80.

<sup>51</sup> Kuru/Budak, s. 88. Ancak tespit davasının özel olarak bir kanun hükmü ile düzenlendiği hallerde hukuki yararın iddia ve ispatı gerekmez (Kuru/Budak, s. 88).

gösterilebilir<sup>52</sup>. Zamanaşımı tehdidini bertaraf etmek amacı her zaman tespit davası için bir hukuki yarar teşkil eder<sup>53</sup>.

Eda davası açılabilen hallerde kural olarak tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Çünkü eda davası tespit davasına nazaran daha kapsamlı bir hukuki koruma sağlamaktadır<sup>54</sup>. Ancak özellikle haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında zararın belirlenen kesimi için kısmi eda davası açılması mümkün olsa da kısa zamanaşımını kesmek amacıyla haksız fiili ve haksız fiilden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için bütün hukuki ilişki hakkında bir tespit davası açılabilir. Bu şekilde mevcut zararlar için eda hükmü elde edilirken müstakbel zararların dava tarihinde miktarının tam olarak hesap edilememesi nedeniyle zarar miktarına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın davalının mevcut zararlarla birlikte müstakbel zararlardan da sorumlu olduğuna ilişkin tespit kararı elde edilir. Bu durumda bütün zararın miktarı tam olarak tespit edilemediği için ancak hukuki ilişkinin bir kısmı hakkında eda davası açılabilen hallerde hukuki ilişkinin tamamını kapsamak üzere bir tespit davası açılabilirdir<sup>55</sup>. Ancak bunun için davacının bu konudaki özel menfaatini iddia ve ispat etmesi gerekir<sup>56</sup>.

Kural olarak haksız fiil sebebine dayanan gelecekte meydana gelecek olan zarara ilişkin alacağın tespiti için dava açılmaz. Çünkü tespit davası hemen açılmadığı takdirde davacının zarar göreceğinden bahsedilemez. Zararın birliği ilkesi gereği bir zararın tazmin edilebilmesi için onun gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Aynı fiilden doğan mevcut, müstakbel tüm zararlar talep edilebilir. Ancak bazı bedensel zararların niteliği gereği bu zararlar bakımından bir ayırım yapmak zorunludur. Burada zararı meydana getiren olgu gerçekleşmiş olsa da gelecekte ortaya çıkacak zarar miktarının belirlenmesinde güçlük vardır<sup>57</sup>.

Bedensel zarara ilişkin açılan tazminat davası mevcut zararlara yönelik açılmışsa sonradan meydana gelen zararlar değerlendirilmez. Davanın açıl-

<sup>52</sup> **Kuru/Budak**, s. 96; **Roth**, s. 909, 910; **Stamm**, s. 181.

<sup>53</sup> **Stamm**, s. 2002; **Greger**, s. 756, 757; **Becker-Eberhard**, s. 1503; **Gerlach**, s. 525.

<sup>54</sup> **Ansay**, Sabri Şakir: "Tesbit Davaları", *Adalet Dergisi* 1940, S. 2, s. 80; **Kuru/Budak**, s. 127.

<sup>55</sup> **Ansay**, Sabri Şakir: *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Ankara, 1956 (Usul), s. 224; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 604; **Wieser**, Eberhard: *Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1971, s. 154, 155.

<sup>56</sup> **Postacıoğlu**, İlhan Ethem: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1962, s. 258-260.

<sup>57</sup> **Kuru/Budak**, s. 98; **Roth**, s. 907-909.

masından sonra meydana gelecek, tıbbi uzmanlar tarafından öngörülen müstakbel zararlar için tespit davasının açılacağı ifade edilmiştir. Aynı fiil sonucu oluşacak gelecekteki zarar nedeniyle zarar verenin sorumluluğunun tespitine ilişkin talep, davanın açılmasından sonra meydana gelecek talepleri kapsar. Burada tespiti istenen husus müstakbel zararlar bakımında da davalının sorumlu olduğudur. Yoksa belirsiz alacak davasının kabul edildiği bir sistemde müstakbel zarar miktarına ilişkin bir tespit hükmü istenmesinde hukuki yarar yoktur. Türk medeni usul hukuku doktrininde de benzer olarak haksız fiillerden doğan zararların tam olarak tespit edilemediği durumlarda, zararın belirlenen kısmı bakımından eda davası açılabilmesine rağmen, özellikle zamanaşımını kesmek ve haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için tespit davasının açılacağı kabul edilir<sup>58</sup>.

*Kuru/Budak*'a göre belirsiz alacak davası açılmasına izin verilen bir hukuk sisteminde belirlenemeyen talepler için de eda davası açılabilmesi sebebiyle ayrı bir tespit davası açılmasında kural olarak hukuki yarar yoktur<sup>59</sup>. Yazarlara göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin 3 fıkrasında yer alan "kısmi eda davasının açılabilmesi hallerde tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir" ifadesi yerinde değildir. Çünkü belirsiz alacak davasına cevaz veren bir sistemde miktarı belli olmayan alacaklar bakımından tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur<sup>60</sup>. Kanımızca bu şekilde genel bir yasak koymak uygun değildir. Çünkü özellikle bazı bedensel zararalarda olduğu gibi dava belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olsa dahi hüküm tarihinde hala belirlenemeyen ve sonuçları tam olarak tespit edilemeyecek durumda olan zararlar söz konusu olabilir. Bu durumda belirsiz alacak davası dahi davacının belirsizlik riskini ortadan kaldıramaz. Davacının hüküm tarihinde dahi belirlenemeyen gerçekleşmesi öngörülebilir müstakbel zararlar bakımından da davalının sorumlu olduğunun tespitinde hukuki yararı vardır.

Davacının zamanaşımı ve zarar kapsamındaki belirsizlik riski altında olması sebebiyle davacının tazminat hakkı güncel bir tehlike ile tehdit edilmiştir. Bu tehdit nedeniyle davacının tazminat hakkı tereddüt içinde olduğu için bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte olduğu gibi kesin hüküm etkisine sahip olan tespit hükmü ile bu tehdit ortadan kaldırılabilir niteliktedir.

<sup>58</sup> *Kuru/Budak*, s. 146; Ansay, s. 224; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, s. 604; *Wieser*, s. 154, 155.

<sup>59</sup> *Kuru/Budak*, s. 148.

<sup>60</sup> *Kuru/Budak*, s. 149.

Mevcut zararlar için kısmi eda davasına ek olarak müstakbel öngörülebilir zararlar için zararlar gerçekleştikten sonra ayrı bir eda davası açılması hukuken mümkün olsa da bu imkân zamanaşımı riskini ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple usul ekonomisi ilkesi gereği kabul edilen tespit davasının ikincilliği ilkesi, yani eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmayacağına ilişkin kural burada uygulama alanı bulmaz. Çünkü kısmi eda davası davacının zamanaşımı tehdidini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu durum aynı zamanda öngörülebilir müstakbel zararlar için tespit davasının hukuken kabul edilebilir olduğunun da bir göstergesidir.

## **B. Manevi Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme**

### **1. Belirsiz Alacak Davasına Konu Olması**

Manevi tazminat talebinin miktarının belirlenmesi davacı için ciddi bir ikilem yaratır. Manevi zararlar durumunda hükmedilecek tazminat tutarı belli kriterlere göre hâkimin takdirine göre belirlenir. Dava açarken belli bir miktar belirtmek zorunda olan davacı ancak çok kapsamlı manevi tazminat tablolarının bulunmasıyla belli tahminlerde bulunabilir. Buna rağmen bu tahmin çoğu durumda tam olarak doğru olamayacaktır. Davacı manevi tazminat olarak düşük bir miktar isterse taleple bağlılık kuralı gereği sadece istediği kısım kadarıyla hüküm elde eder. Diğer taraftan dava dilekçesinde belirttiği tazminat miktarı yüksek olursa bu durumda da talebinin reddedilen kısmı için yargılama giderlerini yüklenme tehdidi altındadır.

Alman hukuk doktrininde davacının manevi tazminat talebini dava açarken belirleyememesi probleminin ilişkin olarak dava türleri açısından Alman Usul Kanunu'nun (ZPO) işe yarar bir çözüm konsepti sunmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda dava dilekçesinde belirli bir miktar belirtme zorunluluğuna hâkimin hukuk yaratma yetkisi içinde manevi tazminat talepleri açısından yazılı olmayan bir istisna tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple Alman ZPO § 253 II Nr. 2'de davacının kabul edilemez yargılama gideri riskini azaltıcı bir hukuki düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>61</sup>.

Alman Federal Mahkemesi'nin kabulüne göre Türk ve İsviçre Hukukundan farklı olarak belirsiz alacak davası açarken geçici talep gösterilmesi aranmaz. Dava dilekçesinde mutlak bir şekilde miktar belirtme zorunluluğu aranmadığında yargılama giderleri riskinin tek taraflı olarak davalı tarafından taşınacağı ifade edilmiştir. Bu durumda önemsiz bir ihlal sonucu çok

<sup>61</sup> **Stamm**, s. 203.

düşük bir manevi tazminat kararında bile uyuşmazlığın tüm maliyeti davaya yükletilecektir. Alman Federal Mahkemesi geçici talep gösterilmesi zorunluluğunu aramazken Alman doktrininde tazminat talebinin dava dilekçesinde miktar olarak belirtilememesi sorunu için “bant aralığı çözümü” (*bandbreitenlösung*) kabul edilmiştir. Buna göre davacı ileri sürdüğü manevi tazminat miktarının yaklaşık büyüklüğünü esasa ilişkin yaptığı açıklamalar çerçevesinde belirlemelidir<sup>62</sup>. Dava sonunda verilen hüküm davacı tarafından belirlenen miktarın yüzde yirmi altında ya da üstünde olursa tüm yargılama gideri davalıya yüklenir. Diğer taraftan hükmün davacı tarafından belirtilen miktar esas alınarak belirlenen koridorun altında kalması durumunda davacının da yargılama giderlerine katılması gerekir. Ancak bu durumda dahi hâkim, Alman ZPO § 92 II Nr. 2 hükmüne göre tüm yargılama giderlerinin davalı tarafından karşılanmasına karar verebilir. Alman ZPO § 92 II düzenlemesi davanın kısmen kabulünde hâkimin tüm yargılama giderlerini belli durumlarda taraflardan birine yükleyebileceğine ilişkindir. Bu durumlardan biri talep miktarının hâkimin takdir yetkisi ile tayin edilecek olmasıdır. Manevi tazminata ilişkin yaklaşık miktar belirlenirken anlaşılabilir bir hesaplama hatası yapılmışsa bu hüküm davacının yararına olacak şekilde uygulanabilir<sup>63</sup>.

Alman ve İsviçre hukukunda manevi tazminat talepleri için belirsiz alacak davası açılabilmesi tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Türk öğretisinde ise durum tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davası açılabilir. Çünkü davacının hâkimin takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını öngörmesi beklenemez. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi durumlardan biri de alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Manevi tazminat davaları ise takdir yetkisinin en bariz örneklerinden biridir<sup>64</sup>. Bazı yazarlar ise manevi tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını, davacının hâkimin hayat tecrübelerine göre kabul edebileceği talep miktarını öngörmesi ve makul bir talep miktarı ile davasını açması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>65</sup>. Ancak

<sup>62</sup> BGH, VersR 1974, 1183; BGH, NJW 1982, 340; BGH, VersR 1983, 151; BGH, VersR 1983, 1161, BGH, VersR 1984, 540; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019); **Stamm**, s. 204, 205.

<sup>63</sup> **Stamm**, s. 205, dn. 28; **Mertins**, Wolfgang: “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?“, VersR 2006, s. 49; **Greger**, s. 745; **Becker-Eberhard**, s. 1460.

<sup>64</sup> **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1028; **Kulaksız**, Cengiz: Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt 2004, s. 73; **Simil**, s. 376.

<sup>65</sup> **Budak**, Ali Cem: “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Ocak, 2013, (Belirsiz Alacak), s. 84. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre manevi tazminat davaları ne

manevi tazminat davalarının kural olarak belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını düşünen yazarlar dahi beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları için bir istisna getirmektedirler. Bu istisnaya göre zarar gelişmekte olan bir zararsa ve sonuçları öngörülemiyorsa bu durumda manevi tazminat davası belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir<sup>66</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bedensel zararın niteliği gereği zararın sonuçları yargılama sürecinde ve hüküm aşamasında dahi belirlenebilir hale gelmeyebilir. Bu ihtimal için manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına izin vermek dahi sorunu çözmeyecektir. Bu sorun için kanımızca iki türlü bir çözüm yolu olabilir: Hâkimin hükmü değiştirme hakkını saklı tutma yetkisini kullanması (TBK m. 75) veya alacaklının manevi tazminat davasını kısmi olarak açıp meydana gelmesi öngörülebilir ancak sonuçları kestirilemeyen zararlar için ek dava açması.

## 2. Kısmi Davaya Konu Olması

Daha önce de belirtildiği üzere bir edimin kısmi davaya konu edilebilmesi için onun bölünebilir nitelikte olması gerekir. Bölünebilirlik ile kastedilen edimin niteliğinde ve değerinde eksilme olmaksızın kısmen ifasının mümkün olmasıdır<sup>67</sup>.

Doktrinde<sup>68</sup> ve yargı kararlarında<sup>69</sup> manevi tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi gereği talebin bölünemeyeceği, bu yüzden de kısmi dava olarak açılmayacağı ve ıslah yolu ile manevi tazminat talebinin artırılamayacağı ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Bu görüşe göre acı ve elemi bölünerek parça parça talep

---

belirsiz alacak davasına ne de kısmi davaya elverişlidir. (Y.21.HD. 30.1.2020, 2019/3199, 2010/356, YHGK 13.10.1999 21-684/818; Y4.HD. 18.4.2002, 301/5075; Y.17.HD. 21.6.2016, 2014/7143, 2016/7567, (<http://www.kazanci.com/>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020)).

<sup>66</sup> **Budak**, Belirsiz Alacak, s. 85.

<sup>67</sup> **Tanrıver**, Süha: “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, (Kısmi Dava), s.851; **Nomer**, Haluk: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, İÜFHM, C. LVIII, S. 1-2, 2000, (Kısmi), s. 223; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 991; **Akil**, s. 65.

<sup>68</sup> **Kuru**, Usul II, s. 1523; **Tanrıver**, Kısmi Dava, s. 865; **Yılmaz**, Ejder: Islah, 4. Bası, Ankara 2013, s. 237; **Akil**, s. 258-260.

<sup>69</sup> Y.13.HD. 19.9.2019, 2016/28081, 2019/8578; Y.21.HD. 19.2.2019, 2018/919, 2019/1149; Y.17.HD. 14.2.2019 2016/4446, 2019/1547, ([karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr)), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

<sup>70</sup> Ancak Yargıtay açıkça kısmi dava olarak nitelendirmese de birkaç kararında beden bütünlüğünün ihlali durumlarında kısmi manevi tazminat davasının açılabileceğini kabul etmiştir. *Manevi tazminatın zararlandırıcı bir olay nedeniyle ancak bir defa istenebileceği, bu tazminat türünün bir gereğidir. Diğer bir anlatımla hukuk sisteminde manevi*



edilmesi manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırıdır. Çünkü manevi tazminat talepleri genellikle bir para alacağına yönelik olsa da tazminatın tazmin etmeye yöneldiği zararın kendisi bölünebilir değildir. Burada esas alınması gereken manevi tazminat talebi değil, manevi zararın kendisidir. Ayrıca tazminatın miktarı hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiğinden kısmi davanın açılmasını kabul etmek hâkimin takdir yetkisinin bölünebileceği anlamına gelir ve bu durum ise mümkün olmamalıdır<sup>71</sup>. Hissedilen acı, elem ve ıstırabın zamana yayılması söz konusu olmaz<sup>72</sup>. Ayrıca hissedilen acı ve elem olay tarihinden uzaklaştıkça artmak yerine azalacağı, bu sebeple olay tarihine en yakın olan talebin daha doğru olacağı ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Manevi zarar şahıs değerlerindeki azalmaya ilişkin olduğu için zarara yol açan eylemden sonra zarar gören tarafından çekilen acı, elem, ıstırap bellidir; bu sebeple bir defada istenmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasına göre kural olarak manevi tazminatın bölünemeyeceği kabul edilmiş<sup>74</sup> olsa da bu duruma bedensel zararlar bakımından istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre özellikle vücutta sabit bir iz kalması ya

---

*tazminatın bölünmezliği kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak zararlandırıcı eylem sonunda zararın oluşumunda değişiklikler, bu bağlamda daha ağırlaşmış durumların meydana gelmesi durumunda her olgunun ayrı olması nedeniyle birden fazla dava açılması olanaklıdır.* (Y.4.HD., 4.10.2001, 2001/7309 E., 2003/9031), (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019); *Davanın devamı aşamasında A. A'nın yukarıda belirtilen yaralanmaları dışında ayrıca yüzünde sabit iz bırakacak biçimde de yaralandığı Adli Tıp Kurumu raporu ile anlaşılmıştır. Bunun üzerine adı geçen davacının vekili 20/9/2001 tarihini taşıyan ve ıslah dilekçesi olarak isimlendirilen dilekçe ile bu sabit iz nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiştir. Anılan dilekçe davanın ıslahı olarak nitelendirilmiş ise de içerik itibarıyla başka olgulara ve isteklere dayanması nedeniyle ayrı bir dava olarak kabul edilmek gerekir. Bu halde de anılan dilekçenin bir davada bulunması gereken koşulları taşıması ve davada izlenmesi öngörülen usule uyulması gerekir. Bu bağlamda karşı tarafa tebliğ edilmesi ve istem konusu itibarıyla de harcı alınmalıdır.* Y.4.HD., 28.5.2003, 1530/7080), (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

<sup>71</sup> YHGK, 27.3.1981, 1481/251; YHGK, 14.11.2001, 21-992/1019; Y. 21. HD., 6.3.2008; 15057/3597; YHGK, 9.5.2007, 21-269/269, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 5.11.2019).

<sup>72</sup> **Tanrıver**, Kısmi, s. 865, 866; **Kuru**, Usul II, s. 1523; **İyimaya**, Ahmet: "Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar", Yargıtay Dergisi, 1985/3, ss.193-205, s. 194; **Akil**, s. 258-263.

<sup>73</sup> **Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Manevi Tazminat, İstanbul, 2017, s. 33; YHGK, 25.11.2009, 21-484/572, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

<sup>74</sup> YHGK., 2.7.1980, 3/1477-2113, (YKD, 1980/11, ss.1461-1462); Y.21.HD., 1.12.1995, 7525-7393; Y.21. HD., 6.4.1999, 1305/2110, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

da tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirmesi hallerinde ek dava açılmasına izin verilmektedir. Ancak Yargıtay bu iznini söz konusu zarar sonucunun ilk davada öngörülemez olması şartına bağlamaktadır<sup>75</sup>. Yargıtay bu davayı ek dava olarak değil; öngörülemeyen zarar sonucunu yeni bir vakıa olarak değerlendirerek farklı bir dava sebebine göre açılmış bağımsız bir eda davası olarak nitelendirmektedir. Doktrinde de Yargıtay'ın görüşüyle paralel olarak zararın zaman içerisinde artması ve kronikleşmesi nedeniyle iki ayrı müstakil manevi zarar olduğu ileri sürülmüştür<sup>76</sup>. Ancak kanımızca Yargıtay'ın bu nitelendirmesi hatalıdır. Öngörülmeyen bir zararın meydana gelmesi durumunda bu zararın tazmini için zaten bağımsız bir dava açılabilir. Ancak meydana gelmesi öngörülüp sonuçları kestirilemeyen zararlar bakımından ise durum farklıdır. Örneğin, ilk davada tedavinin birden fazla ameliyatı gerektireceği öngörülmüyor; ancak ameliyat sonuçları mevcut davada tam olarak belirlenemiyorsa ve davacı davasını tam dava şeklinde açmışsa hâkim zararın birliği ilkesi ve TBK m. 50/2 hükmü gereği gelecek hakkında yapacağı bir tahmine göre kararını verir. Bu tahminin doğru olması durumunda ise yeni dava kesin hüküm engeli ile karşı karşıya gelecektir. Bu riskin bertaraf edilmesi için ya hâkimin hükmünü saklı tutması (TBK m. 75) ya da ilk davanın kısmi manevi tazminat davası olarak açılması gerekir. Kısmi manevi tazminat davasında öngörülebilir, ancak sonuçları tespit edilemeyen manevi zararlar davanın kapsamı dışında tutulmalıdır. Bu durumda açılan ikinci dava kısmi dava sonrasında açılan ek dava olarak görülür.

Manevi tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasını kabul eden Alman hukuk öğretisinde genel görüş bu davanın kural olarak kısmi dava şeklinde açılmayacağı yönündedir<sup>77</sup>. Kural olarak manevi tazminatın bölünememesinin sonucu olarak bu davanın konusunun belli bir uzuvda oluşan yaralar ya da zamansal olarak sınırlandırılmasına izin verilmez<sup>78</sup>. Bununla birlikte haksız fiilin sonuçlarının objektif olarak öngörülemediği durumlar ile haksız fiilin henüz ortaya çıkmamış ya da çıkması

<sup>75</sup> Y.4.HD., 14.5.1998, 9223/3428; Y.4.HD., 4.10.2001, 7309/9031; (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

<sup>76</sup> **Tanriver**, s. 352.

<sup>77</sup> **Elzer**, Oliver: "Rechtskraft von Teilklagen - BGH, NJW 1997, 1990; 3019", JuS 2001, s. 228; **Diederichsen**, Angela: "Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung", VersR 2005, s. 438, 439; **Kannowski**, Bernd: "Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld"-Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?" ZJP 2006, s. 65, 66.

<sup>78</sup> **Gerlach**, s. 530; **Diederichsen**, 440.

ihtimali ilk kararda ciddi bir biçimde hesaba katılmamış sonuçları için ikinci bir dava açılmasına cevaz verilmektedir<sup>79</sup>. Ancak meydana gelmesi öngörülebilir zararların öngörülemeyen sonuçlarının tazmini talebiyle ek dava açılabilmesi için ilk davanın *açık kısmi dava*<sup>80</sup> olarak açılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>81</sup>. İlk davada meydana gelmesi öngörülen zararların öngörülemeyen sonuçları dışlandığında ilk davadaki hüküm sonraki talebi engellemez. Ancak bu dışlama zamanaşımı probleminde sebep olacağından, hakkın zamanaşımına uğrama riskini ortadan kaldırmak amacıyla kısmi eda davası ve tespit davası kombinasyonu yapılması önerilmiştir<sup>82</sup>.

Diğer görüşe göre manevi tazminat alacağı bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğundan bölünebilirdir. Manevi tazminat hakkı tek olsa da hakkın tekliği onun bölünemez olduğu anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle bir hakkın bölünebilir olup olmadığı onun nicelik itibarıyla sınırlandırılabilir ve açık bir şekilde somutlaştırılabilir olup olmamasına bağlıdır. Bu durumda manevi tazminat hakkının miktarı konusunda uyuşmazlık varsa tazminat alacağının rakamla ifade edilebilen ya da benzer şekilde somutlaştırılan kısmi alacağın hangi kısmı için istendiği belirtilmek şartıyla kısmi manevi tazminat davasına konu olabilir<sup>83</sup>. Manevi tazminat taleplerinin ıslahla artırılmayacağı kabul etmek uzun süren davalar nedeniyle para değerinde yaşanan kaybın davacıya yükletilmesi anlamına gelecektir.

Kısmi manevi tazminat davası ancak zararın gelecekteki gelişiminin henüz öngörülemeyecek olduğu durumlarda açılabilir. Zarar görenin müstakbel zararlarına ilişkin olarak tazminat imkânını kapatmamak amacıyla mevcut ve sonuçları kestirilebilen zararlar için kısmi manevi tazminata hükmedilmeli, müstakbel zararlar bakımından ek dava açabilme imkânı saklı tutulmalıdır.

Zararın birliği ilkesi gereği, sadece dava anına kadar meydana gelmiş zararlar değil; aynı zamanda gerçekleşeceği objektif olarak öngörülebilir

<sup>79</sup> **Diederichsen**, s. 440.

<sup>80</sup> Davacı davasını açarken talebinin sadece bir kısmını dava ettiğini açıkça ya da zımnen ortaya koymuşsa açılan kısmi dava açık kısmi dava olarak nitelendirilir. İlk davanın kısmi dava olduğu açıkça ya da zımnen ortaya konulmamış ve açılan ek dava sonrasında söz konusu davanın kısmi dava olduğu anlaşılıyorsa bu durumda ilk dava örtülü kısmi dava olarak nitelendirilir (**Akil**, s. 107, 108).

<sup>81</sup> **Hess**, s. 64.

<sup>82</sup> **Gerlach**, 531; **Hess**, s. 64.

<sup>83</sup> **Nomer**, Kısmi, s. 225-229; **Pekcanitez**, Belirsiz Alacak, s. 44; **Erişir**, Evrim: "Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmi Davanın Caizliği, MİHDER, 2006/2, S. 4, s. 1006.

müstakbel zararlar da hesaba katılarak tazminat hükmü verilir. Özellikle bir biri ardına bir çok ameliyat yapılması gerekiyorsa ve bu ameliyatlar belli riskleri içeriyorsa yine zarar görene protez takılması ve protezden sonra ortaya çıkabilecek tehlikeler gereği yeni bir zarar belirme olasılığı mevcut olsa da bunların sonuçları ilk davanın açıldığı sırada belirlenemez. Bu yüzden zarar görenin talep edeceği manevi tazminat miktarı da bir bütün olarak rakamla ifade edilmeye uygun değildir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi 1917 tarihli kararında, zarar görenin sağlık durumunun seyrine ilişkin olarak henüz belirleme yapılamayacak ise hüküm anına kadar ki zarar esas alınarak manevi tazminat miktarının tayin edilmesine ve daha sonradan ek manevi tazminat davası açılmasına cevaz vermiştir<sup>84</sup>. Yine kısmi manevi tazminat davası ile birlikte manevi müstakbel zararların tazmin yükümlülüğü bakımından tespit davası da açılabilir. Zarar görenin müstakbel zararlar bakımından tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu kabul edilir<sup>85</sup>.

Eğer herhangi bir sınırlama yapılmadan manevi tazminat davası açılmışsa bu durumda mevcut ve objektif olarak belirlenebilir zararlar ile henüz meydana gelmese de meydana gelmesi önceden öngörülebilir ve kararda göz önünde bulundurulabilir zararlar dikkate alınarak manevi tazminat hükmü verilmelidir. Verilen tazminat hükmü mevcut zararlar ile öngörülebilir müstakbel zararlar için kesin hüküm oluşturur. Ancak öngörülemeyen müstakbel zararlar bu kapsama girmez. Öngörülemeyen müstakbel zararlar gerçekleştiğinde zarar görene ek dava imkânı tanınmalıdır. Çünkü öngörülemeyen müstakbel zararlar önceki manevi tazminat yargılamasında hiç dikkate alınmamıştır. Bu durumda önceki manevi tazminat davası kısmi manevi tazminat niteliğini kazanır<sup>86</sup>. Çünkü davanın kısmi olup olmadığı alacağın tümüne nazaran davadaki talebin azlığı ile belirlenir<sup>87</sup>.

## SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda, belirsiz alacak davası açılmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da; İsviçre öğretisindeki genel kabule göre Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası (İsviçre Borçlar Kanunu Art. 42/2) gereği beden bütünlüğünün ihlalinden

<sup>84</sup> RG, Warn Rspr. 1917 Nr. 99, S. 143, 144.

<sup>85</sup> BGH, NJW 2004, 1243; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

<sup>86</sup> Erişir, s. 1007.

<sup>87</sup> İyimaya, s. 200.

doğan tazminat davaları belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Çünkü bedensel zararın içerdiği zarar kalemleri incelendiğinde bu zararların esas itibariyle gelecekte meydana gelecek olması onun kesin olarak belirlenmesini ve ispatını güçleştirir. Zararın meydana gelip gelmediğinin ve miktarının hâkim tarafından takdir edilecek olması bu belirsiz alacak davasını (dar anlamda) geniş anlamda belirsiz alacak davalarından ayırır. Bu sebeple dar anlamda belirsiz alacak davalarında davacıya geçici talebini tahkikat sonuna kadar artırma zorunluluğu yüklenmemelidir. Zarar miktarı hâkimin takdirine göre belirleneceğinden tahkikat sonunda dahi alacak davacı tarafından belirlenebilir hale gelmemiştir. Bu sebeple böyle bir kabul 107. maddeye ayrılık teşkil etmez.

Gelişmekte olan bedensel zararların mevcut olduğu durumlarda hâkimin TBK m. 50/2 hükmüne dayanarak gelecek hakkında bir tahmin yaparak karar vermesi beklenir. Beden bütünlüğü ihlalinden sonra zarar görenin durumu giderek kötüleşiyor, tedavisine halen devam ediliyorsa ya da birden fazla ameliyatın yapılması gerekiyor ve ameliyatların sonuçlarına ilişkin mevcut durumda bir karar vermeye yetecek kuvvete tahmin yapılamıyorsa bedensel zararın boyutunun tam olarak belirlenmesi mümkün olmaz. Bu tür durumlar için Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde hâkime hükmü değiştirme hakkını saklı tutma yetkisi verilmiştir. Davacı belirsiz alacak davası açmış olsa da gelişmekte olan zararların mevcut olması halinde ya da zararın azalma ihtimalinin varlığı halinde hüküm aşamasında dahi hâkim zarar miktarını belirleyemez. Bu tür durumlarda hâkimin hükmün kesinleşmesinden itibaren iki yıl süre ile hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir.

Bedensel zararın gelişim seyri dikkate alındığında iki yıllık süre her zaman zararın tam olarak belirlenmesi için yeterli bir süre olmaz. İşte bu durumda gelecekteki zarar miktarı konusunda daha sağlıklı bir hesaplama ve bu hesaplama göre tazminat miktarı elde etmek isteyen davacının davasını açarken kanımızca davadaki hüküm aşamasında dahi hesaplanamayacak gelecekteki bedensel zarar kalemlerini kapsam dışında bırakması gerekir. Bu durum ise kısmi dava açılmasıyla mümkün olur. Ancak kısmi dava gelecekteki zararlar bakımından zamanaşımını kesmeyeceği için kısmi dava ile birlikte kapsam dışı bırakılan müstakbel zararlardan da davalının sorumlu olduğunun tespiti şeklinde bir tespit davası açılarak bu risk ortadan kaldırılabılır.

Beden bütünlüğü ihlali nedeniyle oluşan ister maddi isterse manevi bedensel zararlar için karşılaştırmalı hukukta belirsiz alacak davası açılacağı tartışmasız olarak kabul edilir. Belirsiz alacak davasının açılacağı

durumlardan biri de alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Manevi tazminat davaları ise takdir yetkisinin en bariz örneklerinden biridir ve Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine dayanır. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi zararlar için belirsiz alacak davası tereddütsüz açılabilir.

Manevi tazminat davaların kısmi davaya konu olması ise kural olarak kabul edilmez. Çünkü manevi zararın bölünmezliği ilkesi buna engel olur. Ancak zararın gelişiminin hüküm aşamasında dahi belirlenemediği durumlarda manevi tazminat davasının kısmi dava şeklinde açılmasına izin verilmelidir. Özellikle bir biri ardına bir çok ameliyat yapılması gerekirse ve bu ameliyatlarda belli riskleri içeriyorsa yine zarar görene protez takılması ve protezden sonra ortaya çıkabilecek tehlikeler gereği yeni bir zarar belirme olasılığı mevcut olsa da bunların sonuçları ilk davanın açıldığı sırada belirlenemez. Bu yüzden zarar görenin talep edeceği manevi tazminat miktarı da bir bütün olarak rakamla ifade edilmeye uygun değildir. Bu durumda beden bütünlüğü ihlali nedeniyle oluşan manevi zararın kısmi dava olarak açılmasında hukuki yarar vardır.

**KAYNAKÇA**

- Akil**, Cenk: Kısmî Dava, Ankara 2013.
- Allgaier**, Edwin Nochmals: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen”, VersR 1987.
- Ansay**, Sabri Şakir: “Tesbit Davaları”, Adalet Dergisi 1940, S. 2, s. 76-80.
- Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1956, (Usul).
- Assmann**, Dorothea: Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Cilt, 4. Baskı, Berlin 2015.
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter: Zivilprozessordnung, Cilt 1, 77. Baskı, Münih 2019.
- Becker-Eberhard**, Ekkehard. Münchener Kommenter Zivilprozessordnung, 4. Baskı, Münih 2013.
- Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Manevi Tazminat, İstanbul 2017.
- Blomeyer**, Arwed: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Baskı, Berlin 1985.
- Budak**, Ali Cem: “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Ocak, 2013, s. 82-86 (Belirsiz Alacak).
- Budak**, Ali Cem: Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1991.
- Diederichsen**, Angela: “Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung”, VersR 2005, s. 438 vd.
- Edis**, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1977, s. 169-196.
- Elzer**, Oliver: “Rechtskraft von Teilklagen - BGH, NJW 1997, 1990; 3019”, JuS 2001, s. 220 vd.
- Emmel**, Frank: “Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage” BJM 2012, s. 64 vd.

- Erişir**, Evrim: “Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmi Davanın Caizliği”, MİHDER, 2006/2, S. 4, s. 1003-1008.
- Geiß**, Karlman/**Geiner**, Hans-Peter: Artzhaftpflichtrecht, 7. Baskı, Münih 2014.
- Gerlach**, Jürgen v.: “Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen”, VersR 2000, 331 vd.
- Greger**, Reinhar: Zöller Zivilprozessordnung, 32. Bası, Köln 2018.
- Gül**, İbrahim: “Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları”, TBBD, Ocak 2019, S. 140, s. 221-237.
- Havutçu**, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 579-605.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegang**, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529, 2. Baskı, Basel-Frankfurt 1996.
- Hermann**, Husmann Johann: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH”, VersR 1985, s. 715-719.
- İyimaya**, Ahmet: “Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Yargıtay Dergisi, 1985/3, s.193-205.
- Jauernig**, Othmar/**Hess**, Burkhard: Zivilprozessrecht, 30. Baskı, Münih 2011.
- Kannowski**, Bernd: “Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld-Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?” ZZP 2006, ss. 63-83.
- Kaufmann**, Martin: “Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen Die Praxis des Familienrechts“, 4/2011.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.
- Kırtıoğlu**, Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Ankara 1980.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.



- Leipold**, Dieter: “Abänderungsklage und Rechtskraft”, Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008, Berlin 2008, s. 179-193.
- Loosli**, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage, Zürich 1978.
- Meier**, Isaak: “Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos”, HAVE Haftpflichtprozess 2010, s. 11-37.
- Mertins**, Wolfgang: “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?” VersR 2006, ss. 47-51.
- Musiak**, Hans Joachim/**Voit**, Wolfgang: Grundkurs ZPO, 13. Baskı, Münih 2016.
- Nomer**, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Nomer**, Haluk: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, İÜFHM, C. LVIII, S. 1-2, 2000, s. 221-229, (Kısmi).
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, İstanbul 2017.
- Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Pekcanitez**, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, (Belirsiz Alacak).
- Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usûl, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu**, İlhan Ethem: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1962.
- Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 17. Baskı, Münih 2010.
- Roth**, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen 2016.
- Saenger**, Ingo: ZPO Hand Kommentar, 4. Baskı, Baden 2011.
- Seiler**, Christian: Zivilprozessordnung Kommentar Thomas/Putzo, 40. Baskı, Münih 2019.
- Simil**, Cem: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Stamm**, Jürgen: “Die Geltendmachung Personenschäden im Deutschen Zivilprozessrecht”, Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre, C. 2, Ankara 2016, s. 193-215.

- Tanrıver**, Süha: “Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılabilir Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi” Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013.
- Tanrıver**, Süha: “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, (Kısmi Dava).
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Terbille**, Michael: “Die Schmerzensgeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?”, VersR 2005.
- Zimmermann**, Walter: Zivilprozessordnung, 9. Baskı, Münster 2011.
- Wieser**, Eberhard: Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971.
- Yılmaz**, Ejder: Islah, 4. Bası, Ankara 2013.



**İDARENİN ECRİMİSİL TALEBİNE YÖNELİK  
DEVLET İHALE KANUNU'NDAKİ BEŞ YILLIK SÜRENİN  
HUKUKİ NİTELİĞİ, TAHAKKUK VE TAHSİL  
AŞAMALARINDA AYRI DAVALAR AÇILMASI SORUNU \***  
**(Karar İncelemesi)**

**Cengiz Ozan ÖRS\*\***

**Öz**

*Kamu mallarından yararlanma, genel yararlanma ve özel yararlanma usulleri çerçevesinde iki türdür. Bu yararlanma yöntemlerinin aksine, kamu mallarının büyük bir bölümü ise geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın işgal edilerek kullanılmaktadır. Kamu taşınmazının işgal edilmesi nedeniyle, idarece, işgalin tespiti tarihinden geçmişe doğru beş yılı geçmemek üzere ecrimisil talep edilmektedir. Bu çalışmada, bu beş yıllık sürenin hukuki niteliği tartışılmıştır. Diğer yandan, bir kamu alacağı olarak ecrimisil, tarh-tebliğ-tahakkuk ve tahsil aşamalarında uyumsuzluklara konu olmaktadır. Bununla beraber, tahakkuk aşamasında açılan davada yürütme durdurulmamışsa, tahsil aşamasına geçildiğinde ödeme emrine karşı yeni bir dava açılmaktadır. Böylece, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde görülen iki dava ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, bu sorunun giderilmesine yönelik de önerilerde bulunulmuştur.*

**Anahtar Kelimeler**

*Kamu alacağı, Ecrimisil, Fuzuli işgal, Fuzuli şağil, Tahakkuk, Tahsil, Zamanaşımı, Hak düşürücü süre, Yürütmenin durdurulması, Davaların birleştirilmesi*

---

\* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı “Kamu İcra Hukuku” dersinde sunulan seminer ödevinin, Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ ve dersi alan doktora öğrencilerinin değerli görüşleri çerçevesinde geliştirilen hâlidir. Destek ve katkılarından dolayı Sayın Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

\*\* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi (e-posta: ozanors@izmir.av.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4517-7902> (Makalenin Geliş Tarihi: 30.06.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 01.07.2020/ Makale Kabul Tarihi: 27.08.2020)

**THE LEGAL NATURE OF FIVE YEAR PERIOD WHICH IS  
DIRECTED ADMINISTRATION'S MESNE PROFITS DEMAND IN  
THE STATE PROCUREMENT LAW, THE PROBLEM OF OPENING  
SEPARATE CASES IN THE ACCRUAL AND COLLECTION PHASES  
(Judgement Review)**

**Abstract**

*Use of public property is possible through public and private use procedures. Despite these procedures, the majority of public properties are used by means of occupation, without any legally valid reason. In cases where a public property is occupied, mesne profits respecting a period which is not exceeding 5 years from the detection of the occupation backwards are claimed by the administration. In this study, the legal nature of this 5-year period is examined. On the other hand, mesne profits, as public claims, are subject to disputes in the phases of assessment, notification, accrual, and collection. If a stay of execution was not granted in the litigation, which was filed during the phase of accrual, a new case to contest the order of payment is filed in the phase of collection, therefore resulting in two separate lawsuits with the same subject matter but heard by two separate courts. Suggestions to overcome this problem are also made in this study.*

**Keywords**

*Public claim, Mesne profits, Intrusion, Intruder, Accrual, Collection, Limitation, Final term, Stay of execution, Joinder of actions*

## GİRİŞ

Ecrimisilin özel hukuk ve kamu hukuku yönleri bulunmakla birlikte, çalışmamız, kamu (malları) hukukundaki<sup>1</sup> ecrimisil ile ilgilidir. Kamu (malları) hukukundan kaynaklandığı üzere, hazine taşınmazını işgal eden işgalciden idarece talep edilen ecrimisil, bir kamu alacağı olarak tarh-tebliğ-tahakkuk ve tahsil aşamalarında uyumsuzluklara konu olmaktadır. Bununla beraber, tarh-tebliğ-tahakkuk aşamasında ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası açılmakla birlikte bu davada yürütme durdurulmamışsa, ecrimisil borcunun vadesinde ödenmemesi durumunda tahsil aşamasına geçilecek ve ödeme emri düzenlenecektir. Ödeme emrine karşı da dava açılması durumunda, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde görülen “iki” dava olacaktır.

İşte bu çalışmamızda, böyle bir durumun ortaya çıktığı bir yargılama süreci ile ilgili Danıştay 10. Daire'nin 21.1.2019 tarihli, E. 2016/6199, K. 2019/519 sayılı kararı<sup>2</sup> incelenecektir. Bu kapsamda, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesindeki beş yıllık sürenin hukukî niteliği tartışılacak, ödeme emrinin iptali davası açıldığında, daha önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı açılan bir dava da var ise, Danıştay kararı değerlendirilerek bu durumun giderilmesine yönelik önerilerde bulunulacaktır.

## I. UYUŞMAZLIK HAKKINDA VERİLEN YARGI KARARLARI

### A. Uyuşmazlık Konusu

Mülkiyeti Hazineye ait olan gayrimenkulü fuzulen işgal ettiği gerekçeyle, davalı Hazine tarafından 18.09.2009 tarihli Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesiyle davacı adına tespit tarihinden geçmişe doğru beş yılı aşar şekilde 14.11.2002-10.07.2009 dönemi için 47.534,00-TL ecrimisil alacağı tahakkuk ettirilmiştir. Ecrimisil alacağı vadesinde ödenmediğinden 25.01.2010 tari-

<sup>1</sup> Kamu (malları) hukuku terimi için bkz. **Karakoç**, Yusuf: Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, (Kamu Malları Ecrimisil), s. 18-19, 175. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının benimsendiği ülkelerde, devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait malların “kamu(sal)” ve “özel” olmak üzere ikiye ayrılır. *Duran*'a göre, özel mallar medeni hukuk kurallarına tâbi iken, kamu malları idare hukuku kurallarına tâbidir. Bkz. **Duran**, Lütfi: “Kamusal Malların Ölçütü”, İHİD, C. 5, S. 1-3, 1984, (Kamusal Mallar), s. 35. *Karakoç*'a göre ise, kamu malları (hukuku), özel hukuk – kamu hukuku ayrımında kamu hukuku; özel hukuk – kamu hukuku – mali hukuk biçiminde yapılan üçlü ayrımında ise mali hukuk içinde yer alır. Bkz. **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 19.

<sup>2</sup> (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 13.11.2019).

hinde Ödeme Emri düzenlenmiştir. Davacı önce ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali; sonra da ödeme emrinin iptali istemiyle dava açmıştır.

### **B. İdare Mahkemesi Kararı**

İstanbul 9. İdare Mahkemesi, 17.03.2011 tarihli, 2010/1303 E., 2011/641 K. sayılı kararında, dava konusu ödeme emrinin dayanağı olan 18.09.2009 tarih ve 80983 Sayılı Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesine karşı İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nde dava açıldığı ve anılan Mahkemenin 31.05.2010 tarihli, 2009/1610 E., 2010/949 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiğinden, ecrimisil alacağının tahsili için düzenlenen ödeme emrinde ve tahakkuk fişinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

### **C. Danıştay Kararı**

Danıştay 10. Dairesi, İstanbul 9. İdare Mahkemesinin yukarıda anılan kararının temyiz incelemesi sonucunda, 21.01.2019 tarihli ve E. 2016/6199, K. 2019/519 sayılı kararında şu gerekçeyle bozma kararı vermiştir:

*“Dava konusu ödeme emrinin dayanağını oluşturan 18.09.2009 tarih ve 80983 Sayılı ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nde açılan dava sonucunda, Mahkemece davanın reddine yönelik olarak verilen 31/05/2010 tarih ve E:2009/1610, K:2010/949 Sayılı kararın, Dairemizin 24/12/2014 tarih ve E:2010/11996, K:2014/8101 Sayılı kararı ile bozulmasına karar verildiği, bozma kararı üzerine anılan İdare Mahkemesi'nin 17/04/2015 tarih ve E:2015/762, K:2015/817 Sayılı kararıyla bozma kararına uyulmayarak önceki kararında ısrar edilip davanın reddine karar verildiği, anılan kararın temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/12/2017 tarih ve E:2015/2519, K:2017/4323 Sayılı kararı ile bozulmasına karar verildiği, bozma kararı uyarınca anılan İdare Mahkemesi'nin 26/09/2018 tarih ve E:2018/1449, K:2018/1481 Sayılı kararıyla da, 14/11/2002-10/07/2009 dönemi için 47.534,33-TL ecrimisil istenilmesine ilişkin 18/09/2009 tarih ve 80983 Sayılı ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tespit tarihinden geriye doğru beş yıllık kısmı yönünden davanın reddine, beş yılı aşan (10/07/2004 tarihinden öncesine ilişkin) kısmı yönünden ise iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.*

*Bu durumda, ödeme emrinin dayanağı olan tahakkuk işlemine karşı açılan davada, Mahkemesince verilen dava konusu işlemin kısmen iptali, davanın kısmen reddi kararına bağlı olarak, ödeme emrine karşı açılan bakılmakta*

*olan davada da anılan karar doğrultusunda bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.*

*Bu itibarla, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kabulüne, temyize konu İstanbul 9. İdare Mahkemesi'nin 17/03/2011 tarih ve E:2010/1303, K:2011/641 Sayılı kararının BOZULMASINA, ... yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkemeye gönderilmesine ... 21.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.*

## II. KAMU ALACAĞI OLARAK ECRİMİSİL

### A. Ecrimisil Kavramı ve Kapsamı

Ecrimisil kavramına hukukumuzda ilk defa Osmanlı Döneminde Mecelle'de<sup>3</sup> yer verilmiştir<sup>4</sup>. Ecrimisil, Mecelle'nin 414'üncü maddesinde “bîgaraz ehl-i vukûfun, takdir ettikleri ücret”;<sup>5</sup> yani bilirkişinin belirlediği ücret<sup>6</sup> olarak tanımlanmıştır. Arapça “ecr; ecir” ve “misl” sözcüklerinin<sup>6</sup> birleşmesiyle oluşan ecrimisil (ecr-i misl), Ahmet Vefik Paşa'nın 1876 tarihli “Lehce-i Osmânî” adlı eserinde ise değer ücret şeklinde tanımlanmıştır<sup>7</sup>. Öğretide, ecrimisilin kira üzerinden de tanımlandığı görülmektedir<sup>8</sup>. Örneğin

<sup>3</sup> Mecelle ile ilgili bkz. **Onar**, Sıddık Sami: “Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u, Mecelle”, İÜHFİM, XX/1-4, İstanbul 1954, (Mecelle), s. 57-85; **Karakoç**, Yusuf: “Mecelle (Mecelle-i Ahkâmî Adliyye)”, Güncel Hukuk, C. 2, S. 98, 2012, s. 60-61, (Mecelle), s. 60-61.

<sup>4</sup> **T.C. Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü**: Ecrimisil İşlemleri, Ankara 1998, s. 1.

<sup>5</sup> Aynı tanım için bkz. **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Birinci Basım, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1977, s. 63.

<sup>6</sup> “Misl” sözcüğü eş, benzeş demektir. Bkz. **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, s. 291. “Ecr/ecir” sözcüğü, mukabil ceza, (bir iş karşılığı verilen) ücret demektir. Bkz. **Ahmet Vefik Paşa**: Lehce-i Osmânî, (Hazırlayan: Recep Toparlı), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları: 743, Ankara 2000, s. 596; **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, s. 63. Şapkalı i (i) ile yazılan “ecir” sözcüğü ise ecirden farklı anlamda olup, gündelikçi demektir. Bkz. **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, s. 63. Ecir'in kullanımına bir örnek olarak, **İnalçık**, “Osmanlı İdare ve Ekonomi Tarihi” adlı eserinde şöyle demektedir: “kadın ve erkek çalışanlar kul, şâgird ve ecir olmak üzere üçe ayrılırdı. Kul ustalar, şâkird yaşları genç olan çıraklar ve ecir de yevmiye ile çalışan ve yevmiyeleri doku-dukuları kumaş oranı ile hesaplanan işçilerdi”. Bkz. **İnalçık**, Halil: Osmanlı İdare ve Ekonomi Tarihi, İsam Yayınları, İstanbul 2011, s. 178.

<sup>7</sup> **Ahmet Vefik Paşa**, s. 596.

<sup>8</sup> Ecrimisil bir tür ücret olarak tanımlandığına göre, ecrimisilin, yine ücret anlamına gelen kira üzerinden de tanımlanması anlaşılabilir bir durumdur. Kiranın ücret anlamına geldiği ile ilgili bkz. Mecelle m. 404. Ayrıca bkz. **Ahmet Vefik Paşa**, s. 696; **Feyzioğlu**,



*Feyzioğlu*, “değer kira”<sup>9</sup>; *Bulutoğlu/Kurtuluş*, “eş kira”<sup>10</sup>; *Karakoç*, “emsal kira-eş kira”<sup>11</sup> sözcükleriyle de ecrimisili eserlerinde ifade etmişlerdir. *Hirş*’in belirttiği üzere, ecrimisil sözlük anlamıyla, belirlenmiş (kararlaştırılmış) kira bedelinin aksine kira sözleşmeleriyle belirlenmemekle birlikte tespit ve hesap edilebilir nitelikte olan alışılmış kira bedeli demektir<sup>12</sup>. Ecrimisil, sözlük açısından kira üzerinden de ifade edilmekle birlikte; hukukî açıdan kiradan farklı bir kurumdur<sup>13</sup>.

Ecrimisil, özel hukukta yer bulduğu gibi kamu hukukunda da yer bulmaktadır. Özel hukukun dalı olan eşya hukukunda kötünietli zilyedin iade borcu kapsamında ele alınan ecrimisil kavramı, kamu hukukunda ise, devletin özel mülkiyetinde ya da hüküm ve tasarrufu altında olan malların herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın haksız işgali nedeniyle işgalciden istenen bir bedeldir<sup>14</sup>. Böylece buradaki ecrimisil, kamu (malları) hukukundan kaynaklanan bir kurumdur.

*Onar*’ın tanımına göre kamu malları, kamu tüzel kişilerinin ellerinde bulunan mallardan kamu tarafından yararlanılanlarla, bir kamu hizmetine o hizmetin bir unsurunu teşkil edecek şekilde bağlanmış olanlardır<sup>15</sup>. Kamu

Feyzi N.: Zilyedlikte İadenin Mevzuu Ve Şümü, 1. Baskı, Baha Matbaası, İstanbul 1958, s. 47; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (www.sozluk.gov.tr), (E.T: 24.02.2020).

<sup>9</sup> **Feyzioğlu**, s. 47.

<sup>10</sup> **Bulutoğlu**, Kenan/**Kurtuluş**, Erciş: Bütçe ve Kamu Harcamaları, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, İstanbul 1981, s. 432.

<sup>11</sup> **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 41. Ecrimisil ile ilgili emsal kira ifadesine mevzuat açısından HTİHY m. 85/2’de yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemede, ecrimisilin tespit ve takdirinde, maddede sayılan diğer unsurlarla birlikte, aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ecrimisillerin de göz önünde bulundurulacağı hüküm altına alınmıştır. YHGK kararlarında da belirtildiği üzere, “ecrimisil en azı kira geliri karşılığı zarardır”. Bkz. YHGK., 25.02.2004, 120/96, (www.hukukturk.com), (E.T: 26.11.2019); YHGK., 05.06.2015, 2367/1498, (www.kararara.com), (E.T: 26.11.2019).

<sup>12</sup> **Hirş**, Ernest: Zilyedliği gasp ve ona tecavüz (fuzuli işgal)den doğan tazminat (ecrimisil) talepleri, Kenan Matbaası, İstanbul 1943, s. 776-777.

<sup>13</sup> Bu konuda bkz. “Ecrimisilin Hukukî Niteliği” bölümü. **Akgündüz**’e göre, ecrimisil metre gibi bir ölçü birimidir. Konumuz bakımından, fuzuli işgallerdeki menfaatin tazmininde bir ölçü birimi olarak kullanılır. Bkz. **Akgündüz**, Ahmet: “İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te’sirleri”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1984, s. 341.

<sup>14</sup> **Karakoç**, Yusuf: “Kamu Mallarının Değerlendirilmesi Açısından Ecrimisil”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 65, S. 399, 1993, s. 163-172, (Ecrimisil), 164-165.

<sup>15</sup> **Onar**, Siddik Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları II. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (II. Cilt), s. 1312.

mallarından kişilerin yararlanmaları ya genel yararlanma şeklinde ya da önceden izin alarak özel yararlanma usulleri çerçevesinde<sup>16</sup> olmaktadır. Bununla beraber, kamu mallarının büyük bir bölümü ise, bu yararlanma yöntemleri dışında, elinde bulundurmasını gerektiren hiçbir hukukî sıfatı ve hakkı olmayan kişiler tarafından işgal edilerek kullanılmaktadır<sup>17</sup>. Bu durum, ilk önce usulüne uygun bir yararlanma statüsünde iken yararlanma süresi dolduktan sonra fiilen kullanmaya devam etme biçiminde<sup>18</sup> olabileceği gibi,

<sup>16</sup> Bu konu hk. bkz. **Derbil**, Süheyp: İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHFY No:133, Ankara 1959, s. 412 vd; **Onar**, II. Cilt, s. 1333-1338; **Düren**, Akın: İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, (İdare Malları), s. 83-86; **Düren**, Akın: İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, (İdare Hukuku), s. 74-77; **Gülan**, Aydın: “Kamu Malları”, **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996, s. 613-641; **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, (Genel Esaslar), s. 1072-1085; **Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun/**Berk**, Kahraman: İdare Hukuku, Güncellenmiş Altıncı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 991-997; **Yayla**, Yıldızhan: İdare Hukuku, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 341-343; **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 601-606; **Kaman**, Nur: “Kamu Malları”, **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okan: İdare Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.s. 355-360; **Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 699-704; **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, (İdare Hukuku), s. 714-717; **Sancakdar**, Oğuz/**Us**, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu/**Seyhan**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 627-629; **Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, 658-660.

<sup>17</sup> Danıştay’a göre, kumsala şemsiye ve şezlong konularak belirli bir süre herkesin eşit yararlanma olanağı sınırlandırıldığında, “fuzuli işgal” nedeniyle ecrimisil alınması gerekir. Bkz. Dan. 10. D., 21.03.1994, 2421/1092, Danıştay Dergisi, S. 90, s. 1071. Buna karşılık, gördüğü kamu hizmeti nedeniyle şemsiye ve şezlong kiralayan belediyenin bu faaliyeti işgal, kendisi de fuzuli şağil olarak nitelendirilip ecrimisil istenemez. Bkz. Dan. 6. D., 11.03.1999, 2291/1383, Danıştay Dergisi, S. 101, s. 412. Ayrıca bkz. **Gözübüyük/Tan**, Genel Esaslar, s. 1074-1076, dn 174, 175.

<sup>18</sup> Örneğin, Devlet İhale Kanunu'nun 75/3'ncü maddesinde belirtildiği üzere, “Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır”. “... davacının söz konusu taşınmazı idare ile yaptığı kira sözleşmesinin bitiminden çok sonra sözleşmede yer alan kullanım amacından farklı bir şekilde (taşınmaz üzerinde yaptırdığı dükkanları başka şahıslara kiraya vererek) kullanmak suretiyle işgal ettiği tartışmasız olduğundan, söz konusu işgal için davacıdan ecrimisil istenilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.” Bkz. Dan. 6. D., 19.12.1997, 6082/6009, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 09.01.2020).

baştan itibaren herhangi bir yararlanma hakkı olmamasına rağmen kamu malını kullanmaya başlama biçiminde de olabilmektedir<sup>19</sup>. Kamu mallarını bu şekilde kullanan kişilere, Türk hukukunda füzuli şağil (işgalci) denilmektedir<sup>20</sup>.

Kamu (malları) hukukundan kaynaklanan ecrimisil ile ilgili öğretide, mevzuatta ve yargı kararlarında<sup>21</sup> tanımlar yapılmıştır. Öğretide *Karakoç*'un tanımına göre ecrimisil (alacağı), hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların ya da Devletin hüküm ve tasarrufu altında yerlerin geçerli bir hukukî sebebe<sup>22</sup> dayanmaksızın (füzuli) işgali nedeniyle doğan alacaktır<sup>23</sup>. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in<sup>24</sup> 4'üncü maddesinde ise ecrimisil, "hazine taşınmazının, idarenin izni dışında gerçek

<sup>19</sup> **Sezer**, Yasin: "Kamu Mallarında Ecrimisil", *Danıştay Dergisi*, Yıl:34, S. 108, 2004, s. 6.

<sup>20</sup> **Gülen**, s. 639. Füzuli şağil (işgalci), HTİHY m. 4/1-d'de, "kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, Hazine taşınmazının zilyetliğini, yetkili İdarenin izni dışında eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu malı kullanan veya tasarrufunda bulunan gerçek ve tüzel kişiler" biçiminde tanımlanmıştır.

<sup>21</sup> "... füzuli işgal tazminatı niteliğindeki ecrimisil ...", bkz. Dan. 10. D., 1.4.1996, 3425/1568, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 09.01.2020). "... işgal nedeniyle alınan bir tazminat ...", bkz. Dan. İDDK., 15.10.2015, 1311/3497, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 09.01.2020).

<sup>22</sup> "Davacının, Maden Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca verilmiş işletme ruhsatına dayanan faaliyetinin, 2886 sayılı Yasanın 75. maddesinde düzenlenen biçimde işgal olarak kabulü mümkün olmadığından ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem tesis edilmesi gerekirken ecrimisil istenilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Bkz. Dan. 6. D., 6.2.1996, 3104/610, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020). "... 9.10.1991 tarihli kadastro tutanağı ile uyumsuzluk konusu taşınmazın hazine adına tahdit ve tespitinin yapıldığı, tutanağın beyanlar hanesine ise 'bu yerin kullanımı ...'a aittir' şerhinin işlendiği, aynı şerhin taşınmazın hazine adına düzenlenen 31.3.1992 tarihli tapu senesinde de bulunduğu, buna göre taşınmazın kullanımının davacılar a ait olduğu, buna ilişkin şerhin de tapudan silinmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, füzuli şağil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan davacılar ecrimisil istenilmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından aksi yöndeki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir". Bkz. Dan. 6. D., 08.11.1999, 5436/5292, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 09.01.2020). "Uyumsuzluk konusu olayda, davacının, imar uygulaması öncesinde kendine ait taşınmaz üzerinde yapı sahibi konumunda olması karşısında imar uygulaması sonrasında gerçekleştirilen parselasyon işlemi ile meydana gelen yeni hukuki duruma göre belediye adına tescil edilen taşınmaz üzerinde kalan yapılardan dolayı 2886 Sayılı Kanun'un 75. maddesi kapsamında işgalci sayılması mümkün olmadığından, füzuli şağil olarak değerlendirilerek davacıdan ecrimisil istenilmesine ilişkin işlemde öncelikle bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Bkz. Dan. 10. D., 29.03.2018, 7659/1376, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 09.01.2020).

<sup>23</sup> **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 48-49.

<sup>24</sup> R.G: 19.06.2007 – 26557.

veya tüzel kişilerce işgal veya tasarruf edilmesi sebebiyle, idarenin bir zarara uğrayıp uğramadığına veya işgalcinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın idarece talep edilen tazminat” olarak tanımlanmaktadır.

## **B. Ecrimisilin Hukukî Niteliği**

Kamu hukuku yönüyle ecrimisilin hukukî niteliğini incelemeden önce, özel hukuk (eşya hukuku) boyutuyla bu kurumun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarındaki ele alınış şekline ve görüşlerde gidilen değişikliğe kısaca değinmek istiyoruz. Bu kararlarda, ecrimisilin önce haksız fiil niteliğinde olmadığı görüşü benimsenmiştir. Daha sonra ecrimisil kısmen kiraya benzetilmiş; ardından bu görüş de terk edilerek ecrimisil haksız fiil niteliğinde ele alınmıştır<sup>25</sup>. Yargıtay’ın bugünkü görüşü, 8.3.1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, ecrimisilin kira sözleşmesine benzetilemeyeceği ve haksız fiil niteliğinde olduğu yönündedir<sup>26</sup>.

Ecrimisil kurumunun özel hukuk boyutu açısından hukuki niteliğine kısaca değindikten sonra belirtmek gerekirse, ecrimisil kurumu, özel hukuk boyutunda olduğu gibi kamu hukuku boyutunda da kiraya benzetilmemek-

<sup>25</sup> T. 09.12.1931, E. 1931/23, K. 1931/44 sayılı YİBK kararında, ecrimisilin haksız fiil niteliğinde bulunmadığı görüşü açıklanmıştır. T. 25.05.1938, E. 1937/29, K. 1938/10 sayılı YİBK kararında ise, “... *akte müstenit olmayan ve fakat hukukî neticesi itibarıyla aynı mahiyette bulunan ...*” denilerek ecrimisil, kiraya benzetilmiştir. Bununla beraber, T. 08.03.1950, E. 1945/22, K. 1950/4 sayılı YİBK kararında, “*Gasp onu işleyen haksız bir fiildir ki, bununla gasp eden hem kanunun yasağına karşı hareket etmiş hem de malını gasp ettiği kimsenin kanunun koruduğu zilyetlik hakkını ihlal etmiş olur*” denilerek ecrimisil, haksız eylem ve zarar tabanına oturtulmuştur. Bu kararla 25.5.1938 tarihli karardaki “kiraya benzetme” görüşü terk edilmiştir. Bkz. **Yavuz**, Nihat: Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 215-216. YİBK kararları için bkz. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E:T: 26.11.2019).

<sup>26</sup> YHGK., 25.02.2004, 120/96, (www.hukukturk.com), (E:T: 26.11.2019); YHGK., 05.06.2015, 2367/1498, (www.kararara.com), (E:T: 26.11.2019); Y. 8. HD., 16.01.2019, 2813/416, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E:T: 26.11.2019). YHGK kararlarında belirtildiği üzere, “ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat türüdür.... Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır”. Bkz. YHGK., 25.02.2004, 120/96, (www.hukukturk.com), (E:T: 26.11.2019); YHGK., 05.06.2015, 2367/1498, (www.kararara.com), (E:T: 26.11.2019). Türk Medeni Hukuk öğretisinde ise bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, ecrimisilin haksız fiil, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler (TMK m. 995; Mülga TKM m. 908), sebepsiz zenginleşme kavramları içinde değerlendirilmesine ilişkin görüşler olarak sayılabilir. Bu görüşler ve atıfları için bkz. **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 34-35.

tedir. Öğretide *Karakoç*'un belirttiği üzere, kira, sözleşmeye dayanan ve geleceğe yönelik bir ödeme iken; ecrimisil ise, geçmişe ait ve haksız işgalden kaynaklanan bir tazminattır<sup>27</sup>. Kira ve ecrimisil arasındaki en önemli fark ise, rızanın olup olmamasıdır<sup>28</sup>. Gerçekten, kirada mal sahibinin rızası bulunmakta, kiralama da bir anlaşmaya dayanmaktadır. Oysa ecrimisilde, böyle bir rıza ve anlaşmaya dayanma yoktur ve bir işgal söz konusudur<sup>29</sup>.

*Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker*'e göre, ecrimisil alacağı, devletin sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarıdır<sup>30</sup>. Bizim de katıldığımız görüş olarak *Karakoç*'a göreyse, ecrimisil alacakları sebepsiz zenginleşmeden doğmamaktadır. Çünkü, sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için, bir tarafın diğeri aleyhine zenginleşmesi gerekir. Ecrimisil sözleşmeden ve haksız fiilden de doğmaz. İdarenin ecrimisil alacakları, özel hukuktan değil; kamu (malları) hukukundan doğan alacaklardır<sup>31</sup>.

Kamu hukukundan kaynaklanan ecrimisil alacakları idarî işlemlerle tahsil edilmektedir. İdare, kamu gücünü kullanmakta; tarh-tebliğ-tahakkuk ve tahsil aşamalarında yükümlü karşısında yer almaktadır<sup>32</sup>. Devlet İhale

<sup>27</sup> **Karakoç**, Ecrimisil, s. 166.

<sup>28</sup> **Kırbaş**, Sadık: Devlet Malları, 2. Baskı, Ankara 1988, s. 130; **Karakoç**, Ecrimisil, s. 166.

<sup>29</sup> **Bulutoğlu/Kurtuluş**, s. 432; **Karakoç**, Ecrimisil, s. 166. Ecrimisil-kira farkı ile ilgili ayrıca bkz. **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 41-44; **Söyler**, İlhami: Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No: 2005/ 368, Ankara 2005, s. 241-242; **Katipoğlu**, Yılmaz: Kamu Hukukunda Ecrimisil, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 11; **Demirtaş**, Fatma: Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2019, s. 14-15.

<sup>30</sup> **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 172. Aynı yönde bkz. **Dönmez**, Recai: "Vergi İcrası", **Mutluer**, Kâmil/**Heper**, Fethi/**Dönmez**, Recai/**Üyümez**, M. Erkan: Vergi Hukuku, 4. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1536, Eskişehir 2006, s. 233; **Buhur**, Sami: "Ecrimisil Alacakları İle İlgili Düşündürücü Bir Uygulama Örneği", E-Yaklaşım, S. 247, 2013, s. 1; **Narter**, Recep/**Arıkan**, Abdullah: "Kamu Alacaklarının Tahsil Sürecinin Belirlenmesinde İdarenin Seçimlik Hakkı Var mıdır?", DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1535, dn 22.

<sup>31</sup> **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 145-146.

<sup>32</sup> **Karakoç**, Yusuf: "Ecrimisil Alacaklarında Zamanaşımı (Danıştay Kararının Düşündürdükleri)", Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: No: 69, İzmir 1996, (Ecrimisil Zamanaşımı), s. 37. Kamu alacağının özelliklerinden biri de tahakkukunun, alacaklı kamu idaresinin tek yanlı irade beyanı ile

Kanunu'nun<sup>33</sup> 75'inci maddesi uyarınca, ecrimisil alacakları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun<sup>34</sup> hükümlerine göre tahsil edilmektedir. Bu noktada, ecrimisilin kamu alacağı niteliğine değinilmelidir. Kamu alacağı, kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla ve kamu gücüne dayanılarak konulan mali yükümlerden kaynaklanan, kamu idarelerinin bütçelerinde yer alan ve idari işlemler aracılığıyla tahsil edilen gelirlerdir<sup>35</sup>. Kamu alacağı, devletin, 'özel hukuka tabi olanlar dışında kalan alacakları' biçiminde de ifade edilebilir<sup>36</sup>.

Kamu alacaklarının kapsamına, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1'inci ve 2'nci maddesinde belirtilen alacaklar girmektedir (AATUHK m. 3). Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1'inci maddesinde, bu Kanuna göre tatbik olunacağı belirtilen alacaklar arasında ecrimisil alacağına yer verilmemiştir. Bununla beraber, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde, "Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur." düzenlemesi yer almaktadır. Tahsili Emval Kanunu ise uygulandığı dönemde ecrimisili de kapsamına almıştır. Gerek bu nedenle gerekse Devlet İhale Kanunu'nda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a yapılan atıf nedeniyle (DİK m. 75), ecrimisil alacaklarının kamu alacağı gibi tahsil edilmesinden dolayı *Karakoç*, ecrimisil alacaklarının kamu alacağı niteliğinde olduğu görüşündedir<sup>37</sup>. Danıştay'a göre de ecrimisil alacağının, genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar gibi bir kamu alacağı olduğu konu-

---

gerçekleşmesidir. Kamu alacağının varlık kazanabilmesi için borçlunun iradesine ya da mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Buna karşılık, devletin özel hukuktan doğan alacakları, kişiler arasındaki alacak-borç ilişkilerinde olduğu gibi ya karşılıklı irade beyanlarından ya da mahkeme kararından kaynaklanır. Bkz. **Candan**, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 20-21.

<sup>33</sup> 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, (R.G: 10.09.1983 - 18161).

<sup>34</sup> 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (R.G: 28.07.1953 - 8469).

<sup>35</sup> **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Genel Vergi), s. 478. Kamu alacağı kavramına ilişkin tanımlar için bkz. **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (III. Cilt), s. 1647; **Erginay**, Akif: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İşlenmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1987, s. 13; **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 171-172.

<sup>36</sup> **Candan**, s. 20.

<sup>37</sup> **Karakoç**, Ecrimisil Zamanaşımı, s. 37-38.

sunda duraksama bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Bizim de görüşümüz, kamu hukuku yönüyle ecrimisilin, devletin sebepsiz zenginleşmeden değil; kamu (malları) hukukundan doğan alacakları ve böylece kamu alacağı niteliğinde olduğudur.

### C. Ecrimisilin Tespiti, Takdiri, Tebliği ve Tahakkuku

Kamu hukuku yönünden ecrimisilin tespiti, takdiri ve tahsili ile ilgili Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinde, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in<sup>39</sup> 84 - 89'uncu maddelerinde ve 336 Sıra No'lu Milli Emlak Genel Tebliği'nde<sup>40</sup> düzenlemeler bulunmaktadır.

İdarenin ecrimisil talep edebilmesi için her şeyden önce devletin hüküm ve tasarrufu altında ya da özel mülkiyetinde bulunan ecrimisile konu taşınmazının tespit edilmesi gerekir<sup>41</sup>. Gerçekten, hazine taşınmazlarından kiraya verilen, irtifak hakkı kurulan veya kullanma izni verilenlerin dışında kalanların fiili durumları, idarece hazırlanan program dâhilinde mahallinde tespit edilir. Taşınmazların tespitleri yılda en az bir defa yapılacak, ancak tespit programlarının süresi beş yıldan fazla olamayacaktır (HTİHY.m.84/1; MEGT.m.5/1, 2). Taşınmaz mahallinde yapılan tespit sonucunda, yine taşınmaz mahallinde Taşınmaz Tespit Tutanağı<sup>42</sup> düzenlenecektir (HTİHY m. 84/2). Görüleceği üzere, ecrimisil sürecine işgalin ve fuzuli işgalcinin tespiti ile başlanmakta<sup>43</sup>; ecrimisil sürecinde ecrimisil işlemlerinin ilki “taşınmaz tespit tutanağı” olmaktadır<sup>44</sup>.

Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir taşınmazın işgal edildiğinin tespit edilerek taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesinin ardından, ecrimisil sürecinde sıra tahakkuk ettirilecek ecri-

<sup>38</sup> Dan. 10. D., 5.2.2019, 1296/1044, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

<sup>39</sup> Bu yönetmeliğin 97'nci maddesiyle, 16.12.1984 tarihli ve 18607 sayılı R.G.'de yayımlanan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>40</sup> R.G: 20.08.2011 - 28031.

<sup>41</sup> **Aydın**, Murat: Kamu Hukukunda Ecrimisil, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2013, s. 73.

<sup>42</sup> HTİHY m. 84/2: “Taşınmazın mahallinde düzenlenecek Taşınmaz Tespit Tutanağında (Ek-8); işgalin başlangıç tarihi, taşınmazın işgale veya kullanıma konu olan yüzölçümü, işgalcileri, kullanım amacı, ecrimisil takdirinde yararlanılabilecek bilgiler ile bilinmesinde yarar görülen diğer bilgilere yer verilir”.

<sup>43</sup> **Koçak**, Halis: “Ecrimisil Alacağının Tespiti, Takdiri, Tebliği ve Tahsili”, Yaklaşım Dergisi, S. 223, Temmuz 2011, s. 75.

<sup>44</sup> **Aydın**, s. 74.

misil bedelinin hesaplanmasına gelmektedir<sup>45</sup>. Hazine taşınmazlarının kişilence işgale uğradığının tespit edilmesi hâlinde, tespit tarihinden itibaren onbeş gün içinde, taşınmaz tespit tutanağına dayanılarak, tespit tarihinden geçmişe doğru beş yılı geçmemek üzere bedel tespit komisyonunca ecrimisil tespit ve takdir edilecektir (HTİHY.m.85/1; MEGT.m.5/1). Ecrimisilin tespit ve takdirinde, İdarenin zarara uğrayıp uğramadığına ve işgalcinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, taşınmazın işgalci tarafından kullanım şekli, fiilî ve hukukî durumu ile işgalden dolayı varsa elde ettiği gelir, aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ecrimisiller, varsa bunlara ilişkin kesinleşmiş yargı kararları, ilgisine göre belediye, ticaret odası, sanayi odası, ziraat odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulmak suretiyle edinilecek bilgiler ile taşınmazın değerini etkileyecek tüm unsurlar göz önünde bulundurulur. İşgalin şekli, Hazine taşınmazının konumu ve taşınmazdan elde edilen gelir gibi unsurlar itibariyle asgari ecrimisil tutarlarını belirlemeye Bakanlık yetkilidir (HTİHY.m.85/2). Böylece, ecrimisil sürecinde bu aşamaya kadar gerçekleştirilen kamu malının haksız kullanımının belirlenmesi ve alınacak ecrimisil bedelinin tespiti ve takdiri, idarenin tek taraflı işlemiyle yapılmaktadır<sup>46</sup>.

Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85'inci maddesinin birinci fıkrasında, bedel tespit komisyonunun ecrimisil tespit ve takdir edebilmesi, 84'üncü madde uyarınca taşınmazın mahallinde yapılacak keşifte taşınmazın işgal edildiğinin tespit edilmesine ve taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesine bağlanmıştır. Böylece, işgalin tespit edilmesine rağmen taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmezse, ecrimisil bedeli takdir edilemeyecektir. Bu nedenle, bizim görüşümüz, ecrimisil alacağının, vergi alacağının (VUK.m.19)<sup>47</sup> aksine fuzuli işgalin gerçekleşmesiyle değil; taşın-

<sup>45</sup> Aydın, s. 77.

<sup>46</sup> Sezer, s. 15.

<sup>47</sup> Vergi Usul Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre, vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Bu düzenleme uyarınca vergi borcu, tarh işlemiyle doğmadığından, tarh işlemi inşai (yapıcı; kurucu) değil; tesbit edici (belirtici; açıklayıcı) niteliktedir. Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 97-98; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 194, 206. Vergi hukuku açısından, her yükümlünün vergi borcu miktarı farklı olduğundan, vergi tarhı ile belli bir mükellefe yönelik özel, kişisel durum ortaya çıkarılarak vergi alacağı belli bir kişiye karşı doğmakta ve sübjektif bir alacak haline gelmektedir. Bkz. **Onar**, II. Cilt, s. 1406; **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 97; **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996, s. 461-462; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 194, 206. Bu yönüyle tarh işlemi, genel-düzenleyici (objektif) bir işlemle vergilendirme yetkisinden farklı olarak tek bir yükümlü hakkında tesis edilen işlem olduğundan, bireysel (sübjektif) idarî işlemidir. Tarh işlemi,



mazın işgal edildiğinin tespit edilmesi ve taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesiyle doğan bir kamu alacağı olduğudur.

Değnilmesi gereken bir diğer konu ise, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85'inci maddesinde "ecrimisilin tespit ve takdiri" denilerek tespit sözcüğünün tekrarlanmış olmasıdır. 85'inci maddede yer verilen "ecrimisilin tespit ve takdiri" kavramındaki "tespit" sözcüğünü, 84'üncü madde uyarınca taşınmazın mahallinde yapılacak keşifte taşınmazın işgal edildiğinin tespit edilmesiyle karıştırmamak gerekir. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85'inci maddesinde bahsedilen tespit, ecrimisilin bedel olarak tespiti; yani takdiri olup, ecrimisil bedelinin miktar itibariyle saptanmasıdır. Bilindiği üzere Vergi Usul Kanunu'nun 20'nci maddesine göre, verginin tarhı, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idarî işlemidir. "Tespit ve takdir" kavramı yerine "ecrimisil bedelinin takdiri" denilmesi daha uygun olurdu.

Takdir edilen ecrimisiller, takdir tarihinden itibaren onbeş gün içinde ecrimisil ihbarnamesi düzenlenerek fuzuli şağile tebliğ edilir. Ecrimisil işleminde İdarece maddî, kişide, işgal edilen alanda veya yüz ölçümde ya da benzer şekilde hata olduğunun belirlenmesi halinde, bu hata İdarece hangi aşamada olursa olsun re'sen düzeltilir ve yeniden ecrimisil ihbarnamesi düzenlenerek ilgililerine tebliğ edilir (HTİHY.m.86/1). Ecrimisil işlemine karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili İdareye dilekçeyle müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir (HTİHY.m.86/2). Düzeltme talepleri, talep tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde bu amaçla oluşturulacak komisyonlarca karara bağlanır ve sonucu karar tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde düzenlenecek ecrimisil düzeltme ihbarnamesi ile ilgisine tebliğ edilir (HTİHY.m.86/3). Özet olarak, işgalin tespit edilerek taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesinin ardından bedeli takdir edilen ecrimisil, "ecrimisil ihbarnamesi"; bu alacağa itiraz edilmesi durumunda ise, düzenlenen "ecrimisil düzeltme ihbarnamesi" ile tebliğ edilmektedir<sup>48</sup>. Dolayısıyla ecrimisil alacağının tahakkuku; yani ödenmesi gereken aşamaya gelmesi de iki yolla gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi, ecrimisil ihbarnamesinin tebliği tarihinde tahakkukun gerçekleşmesidir. İkinci yol ise, ecrimisil ihbarnamesine karşı düzeltme talebinde bulunulması durumunda

bireylere belli yükümler getirici özelliğinden dolayı yararlandırıcı değil, yükümlendirici idarî işlemlerdir. Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 97-98; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 194, 206.

<sup>48</sup> **Koçak**, s. 78.

söz konusu olur. Bu durumda, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tebliğ tarihinde tahakkuk gerçekleşecektir<sup>49</sup>.

Ecrimisilin, fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmemesi durumunda, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağı Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinin 2'nci fıkrasının son cümlesinde belirtilmiştir. Daha ayrıntılı düzenlemeye ise, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 87'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, ecrimisil ihbarnamesinin, düzeltme talebinde bulunmuş ise ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin ilgisine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde muhasebe birimlerine rızaen ödenmeyen ecrimisil; düzeltme talebinde bulunulmamış ise, yüzde yirmi indirim yapılmak suretiyle millî emlak birimince, dava açma süreleri<sup>50</sup> geçtikten sonra Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirilir. Vergi daireleri veya gelir servisleri, kendilerine intikal ettirilen ecrimisil alacaklarını anılan Kanunun kapsamına giren amme alacakları gibi takip ve tahsil ederek sonuçlarını millî emlak birimlerine bildirirler (HTİHY.m.87/3).

## **Ç. Ecrimisil Hesaplanması İçin Belirlenen Beş Yıllık Sürenin Hukukî Niteliği**

### **1. Zamanaşımı-Hak Düşürücü Süre Kavramları**

Zamanaşımı, belli bir süre içerisinde hakkını talep etmeyen alacaklının, alacağını dava yoluyla elde etme imkânını kaybetmesidir<sup>51</sup>. Bir alacağın

<sup>49</sup> **Karakoç**, Kamu Malları Ecrimisil, s. 91, 93.

<sup>50</sup> “Temyiz dosyasının incelenmesinden; Danıştay Altıncı Dairesinin 12.3.1996 günlü, E: 1995/2194, K: 1996/1115 sayılı kararında da açıklandığı üzere; dava konusu ecrimisil ihbarnamesinin 15.4.1994 gününde davacıya tebliğ edildiği, davacının 13.5.1994 gününde davalı idareye düzeltme talebiyle başvuruda bulunduğu, bu talebin reddine ilişkin 29.9.1994 günlü, 06869 sayılı ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin 7.10.1994 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine davacının 7.11.1994 tarihinde bu davayı açtığı, ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca davacının, adına düzenlenen ihbarname nedeniyle düzeltme talebinde bulunması üzerine ancak ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin davacı adına düzenlenip tebliğ edilmesi ile ecrimisil alacağı tahakkuk ettirilmiş olduğundan dava konusu olayda düzeltme ihbarnamesinin tebliğ tarihinden itibaren kamu alacağının tahakkuk etmiş olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin düzenlendiği tarihten itibaren 60 günlük dava açma süresi içinde 7.11.1994 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmadığından, mahkemece davanın süre aşımı yönünden reddedilmesinde yasal isabet görülmemiştir”. Bkz. Dan. İDDK., 3.10.1997, 246/445, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

<sup>51</sup> **Reisoğlu**, Sefa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 418.

zamanaşımına uğraması, onun sona ermesi demek değildir. Zamanaşımına uğramış olmasına rağmen alacak hakkı yaşamaya devam eder<sup>52</sup>. Başka bir deyişle, zamanaşımı, alacak hakkını değil; alacağı dava ve takip hakkını ortadan kaldırır<sup>53</sup>. Buradaki zamanaşımı, eşya hukuku kurumu olan kazandırıcı zamanaşımından<sup>54</sup> ayrı bir anlama sahip olup öğretilerde kaybettirici zamanaşımı<sup>55</sup>; düşürücü zamanaşımı<sup>56</sup>; söndürücü zamanaşımı<sup>57</sup> olarak ifade edilmektedir. Zamanaşımına ilişkin kurallar ilke olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan alacak haklarına uygulanır. Kamu hukukundan doğan alacaklarda da zamanaşımı söz konusu olsa bile, bunlarda özel kurallar geçerlidir<sup>58</sup>.

Zamanaşımı, alacak hakkını ortadan kaldırmadığından, borçlunun borcu geçerli bir borcun bütün niteliklerini koruyacaktır. Bunun sonucu olarak, bir borç zamanaşımına uğramış olsa bile, alacaklı borcun ifasını talep edebilir, borçlu da zamanaşımını ileri sürmeksizin borcu ifa edebilir. Bu ifa hukuken geçerli bir ifadır. Bu durumda borçlu, daha sonra zamanaşımından bahisle, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ifanın iadesini de isteyemez (TBK.m.78/2)<sup>59</sup>. Böylece zamanaşımı, alacak hakkına son vermekte; yalnızca onu eksik borç haline getirmektedir<sup>60</sup>. Burada bahsedilen eksiklik, yalnızca dava ve icra yoluyla takip edilme açısından eksiklik<sup>61</sup>.

Hak düşürücü süre ise, hakkı ortadan kaldırmakla yalnızca dava ve takip hakkını değil; talep hakkını da ortadan kaldırır. Hak düşürücü sürenin

<sup>52</sup> **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Borçlar Hukuku Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 1383-1384.

<sup>53</sup> **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 837.

<sup>54</sup> Kanun'da belirtilen sürece devam eden ve itiraza uğramayan zilyetliğine dayanarak bir malın mülkiyetini kazanmaya, zamanaşımı ile edinme denir. Bir kimse, kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmazı edinirken, önceki hak sahibi ise hakkını yitirmektedir (TMK. m.712, 713). Bkz. **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2011, (Eşya Hukuku), s. 304.

<sup>55</sup> **Kılıçoğlu**, s. 838.

<sup>56</sup> **Reisoğlu**, s. 418; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 261.

<sup>57</sup> **Tekinay**, s. 1382; **Ertaş**, Şeref: "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamanaşımı", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, (Zamanaşımı), s. 3093.

<sup>58</sup> **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Tell, 2. A., Bern, 1988, s. 453'den aktaran **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1235.

<sup>59</sup> **Kılıçoğlu**, s. 839.

<sup>60</sup> **Tekinay**, s. 1382.

<sup>61</sup> **Kılıçoğlu**, s. 839.

ileri sürülmesi itiraz niteliğinde olup bunun göz önüne alınması için mutlaka borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekmez; hâkim de bunu re'sen göz önüne alır. Buna karşılık, zamanaşımı, def'i niteliğinde olup bunun mutlaka borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Yoksa alacak, zamanaşımına uğramamış bir alacak gibi hüküm altına alınır<sup>62</sup>. Bu nedenle, zamanaşımına uğrayan bir borç, eksik borç niteliğini zamanaşımı def'i ile karşılaştığında kazanacaktır<sup>63</sup>. Görüleceği üzere, zamanaşımının davayı etkisiz bırakması kendiliğinden gerçekleşmemekte; borçlunun iradesine bağlı görünmektedir<sup>64</sup>. Son olarak zamanaşımından farklı olarak, hak düşürücü sürenin prensip olarak<sup>65</sup> durması veya kesilmesi de söz konusu değildir<sup>66</sup>.

## 2. Kamu Hukukunda Sürelerin Hukuki Niteliği

Özel hukukta alacak-borç ilişkisi kural olarak tarafların karşılıklı iradeleriyle oluştuğu halde, vergi hukukunda bu ilişki kanundan doğar. Bu ilişkinin alacaklı tarafı olan devlet, üstün bir kısım yetkilerle donatılmıştır. Bu ilişki kamu hukukunun özellikleri dikkate alınarak düzenlenmiş<sup>67</sup> olup vergi hukukunda zamanaşımı da özel hukuktaki alacak-borç ilişkisini düzenleyen zamanaşımından farklı bazı nitelikler taşımaktadır<sup>68</sup>. Buna göre, vergi hukukunda zamanaşımı, mükellefin bu hususta bir müracaatı olup olmadığına bakılmaksızın hüküm ifade eder (VUK.m.113/2). Böylece, borçlar hukukundaki zamanaşımının aksine, borçlu tarafından (def'i olarak) ileri sürülmesi gerekmemekte; mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınabilmektedir<sup>69</sup>. Bu nedenle, öğretide vergi hukukunda (özellikle tarh) zamanaşımının, hak düşürücü süre olarak kabul edildiği de görülmektedir<sup>70</sup>. Vergi

<sup>62</sup> **Kılıçoğlu**, s. 839-840.

<sup>63</sup> **Eren**, s. 88.

<sup>64</sup> **Tekinay**, s. 1384.

<sup>65</sup> **Tekinay**, s. 1387.

<sup>66</sup> **Reisoğlu**, s. 418. *Ertas*'a göre, zamanaşımı savunması bir defi ise de bu savunma yapıldıktan sonra zamanaşımını durduran bir sebep varsa hâkim bunu re'sen dikkate almamalıdır. Bkz. **Ertas**, *Zamanaşımı*, s. 3101.

<sup>67</sup> **Çağan**, Nami: Vergi Hukukunda Süreler, AÜHFY No. 389, Ankara 1975.s. 103.

<sup>68</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 262.

<sup>69</sup> Vergi hukukunda zamanaşımının bir def'i olarak ileri sürülüp sürülmesine bakılmaksızın re'sen göz önüne alınmasının nedeni, vergi borcu ilişkisinin tarafların serbest iradeleriyle değil; kanunla meydana gelmesidir. Bkz. **Çağan**, s. 108.

<sup>70</sup> **Mutluer**, Kâmil: Vergi Genel Hukuku, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, (Vergi Genel), s. 150, 168; **Mutluer**, Kâmil: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, (Genel ve Özel Hükümler), s. 112, 124; **Şenyüz**, Doğan/Yüce, Mehmet/**Gerçek**,

hukukundaki (tarh) zamanaşımının, re'sen göz önüne alınması özelliği nedeniyle hak düşürücü süreye benzerlik gösterdiğini<sup>71</sup>; fakat tam anlamıyla hak düşürücü süre olmadığını söylemek gerekir. Çünkü, vergi hukukunda (tarh) zamanaşımını durduran sebeplere yer verilmiştir. Bunlar, vergi daire-since matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması (VUK.m.114/2) ve mücbir sebeptir (VUK.m.15/1). *Karakoç*'un belirttiği üzere, vergi hukukundaki (tarh) zamanaşımının kamu alacağı üzerindeki etkisi hak düşürücü süreden zayıf; fakat özel hukuktaki zamanaşımından ise daha kuvvetlidir<sup>72</sup>. Denilebilir ki, (tarh) zamanaşımı, vergi hukukunda bir zamanaşımı olarak kendine özgü; hak düşürücü süreye yaklaşan bir nitelikte ele alınmıştır.

### 3. Değerlendirme

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.05.1938 tarihli kararı<sup>73</sup> ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca eşya hukukundan kaynaklanan ecrimisil alacakları beş yıllık zamanaşımına tâbi olup beş yıllık süre dava tarihinden geçmişe doğru işlemeye başlar<sup>74</sup>. İşgalin devam ettiğiinden bahisle zamanaşımı def'inin reddi de söz konusu olmayacaktır<sup>75</sup>. Böylece, eşya hukukundan kaynaklanan ecrimisil alacakları, Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesindeki on yıllık zamanaşımına değil; 147'nci maddesindeki gibi beş yıllık zamanaşımına tâbidir<sup>76</sup>.

Eşya hukukundan kaynaklanan ecrimisil taleplerinin beş yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu belirttikten sonra, devletin özel mülkiyetinde ya da hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmazların haksız işgali nedeniyle işgal-

Adnan: Vergi Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 228. Bununla beraber, *Mutluer*, tarh zamanaşımı ile birlikte tahsil zamanaşımı süresinin de vergi hukukundaki hak düşürücü sürelerden olduğu görüşündedir. Bkz. *Mutluer*, Vergi Genel, 168; *Mutluer*, Genel ve Özel Hükümler, s. 124.

<sup>71</sup> *Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker*, s. 156.

<sup>72</sup> *Karakoç*, Genel Vergi, s. 262.

<sup>73</sup> YİBK., 25.05.1938, 29/10, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 26.11.2019).

<sup>74</sup> Y. 1. HD., 25.4.2016, 16769/5022, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 26.11.2019).

<sup>75</sup> *Yavuz*, s. 215.

<sup>76</sup> YİBK'nın 25.05.1938 tarihli kararıyla, ecrimisil kira sözleşmesine benzetilmiş ve mülga BK. m. 126'daki beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. YİBK, 8.3.1950 tarihli kararıyla kiraya benzetme görüşünü terk ederek haksız eylem görüşüne geçse de 25.05.1938 tarihli YİBK kararı yürürlüktedir. Bkz. YHGK, 7.11.1953, 103/4. Ayrıca bkz. *Yavuz*, s. 216. Bugün yargı kararları ve öğretide ecrimisilin kiraya benzetilemeyeceği görüşü egemen olsa da (bkz. "Ecrimisilin Hukuki Niteliği" başlığı), 25.05.1938 tarihli YİBK kararı doğrultusunda Yargıtay'ın bugüne kadar gelen içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

çiden istenecek ecrimisillere ilişkin süreyle ilgili düzenlemelere değinilmesi gerekir. Bu konuyla ilgili Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinde ve Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85'inci maddesinde düzenlemeler bulunmaktadır. Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, "... tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir"<sup>77</sup>. Bu noktada, bu kuralda belirlenen beş yıllık sürenin Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrasındaki<sup>78</sup> gibi bir (tarh) zamanaşımı<sup>79</sup> mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

***a. DİK m. 75/1'de öngörülen beş yıllık sürenin, VUK m.114/1'deki tarh zamanaşımı düzenlemesinden ayrı nitelikte bir süre olup olmadığı***

Vergi Usul Kanunu ecrimisil alacaklarını kapsamına almamaktadır (VUK.m.1). Bununla beraber, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde, "hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur" denilmektedir. Ecrimisilin, fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmemesi durumunda, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağı hükmü karşısında (DİK.m.75/2), ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık süre bakımından Vergi Usul Kanunu hükümlerine atıf yapıldığı sonucuna varılabilir mi? Ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık süre ecrimisilin tahsili ile ilgili olmadığından, bizce bu yorum mümkün değildir. Kaldı ki, sürelerin hesaplanmasında yapılan atıfların zamanaşımı süreleri bakımından olmadığını birazdan ele alacağız. Böylece, idarenin ecrimisil ala-

<sup>77</sup> Beş yıllık süre, Devlet İhale Kanunu'nun 75'nci maddesinin 1'inci fıkrasına 23/7/2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu değişiklikten önce Danıştay, ecrimisil alacaklarına Borçlar Kanunu'ndaki on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanacağı görüşündeydi. Bkz. Dan. 10. D., 30.04.1992, 2551/1771; Dan. İDDK, 11.12.1998, 169/633; Dan. 10. D., 26.04.2004, 4096/4061, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>78</sup> VUK m. 114/1: "Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmiyen vergiler zamanaşımına uğrar."

<sup>79</sup> Tarh zamanaşımı, bir verginin belirli bir zaman içinde tarh edilip muhatabına bildirilmesiyle ilgili olup tarh zamanaşımının konusu tarh edilen verginin belirlenen zamanda tebliğidir. Bkz. **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 229. Tarh zamanaşımı, alacağın hukuken doğabilmesi için idarenin uymak zorunda olduğu süreyi ifade etmektedir. Bkz. **Candan**, s. 294. Tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra vergi dairesinin zamanaşımına uğramış kamu alacağı açısından tarh yetkisi sona ermektedir. Bkz. **Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Kamu İcra Hukuku), s. 296.

cakları Vergi Usul Kanunu kapsamında olmadığından, Vergi Usul Kanunu'ndaki tarh zamanaşımı düzenlemesinin ecrimisil alacaklarına uygulanmayacağı<sup>80</sup> açıktır. Ayrıca, Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasına da bir yollama yapılmaması nedeniyle, ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık süre, kaynağını da Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer verilen tarh zamanaşımı düzenlemesinden almamıştır<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> “Tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir” kuralı DİK m. 75'e, 23/7/2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanununun 24. maddesiyle getirilmiştir. Bu kuralın getirilmesinden önce, öğretilde *Karakoç*'un bu konuyla ilgili değerlendirmesi şöyledir: “*Ecrimisilin tahakkuk zamanaşımına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Buna rağmen, ecrimisil tahakkuku için zaman aşımının olmadığı ve olmaması gerektiğini söylemek mümkün değildir. Bu alandaki hukuk boşluğunu, ecrimisilin niteliğine uygunluğu nedeniyle, vergilerin tahakkuk zamanaşımını düzenleyen Vergi Usul Kanunu hükümleri ile doldurmak mümkündür. Buna göre, ecrimisil alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve yükümlüye tebliğ edilmeyen ecrimisil zamanaşımına uğrar*”. Bkz. **Karakoç**, *Ecrimisil Zamanaşımı*, s. 40-41.

<sup>81</sup> Danıştay 10. Daire ise, “tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir” kuralının getirilmesinden sonra verdiği kararlarında, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen tarh zamanaşımının ecrimisil için de uygulanması gerektiği görüşündedir: “...2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yapılan değişiklik ile tespit tarihinden geriye doğru beş yıllık bir dönem için fuzuli şağilden ecrimisil istenebileceği yolunda yasal sınırlama getirilmiştir... 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasında, ecrimisil alacaklarının 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. 2886 Sayılı Kanun'un atıfta bulunduğu 6183 Sayılı Kanun'un “Tahsil zamanaşımı” başlıklı 102. maddesinde, “Amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.” kuralı ile tahsil zamanaşımı süresi belirlenmiş ve fakat tarh zamanaşımına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir.

Ecrimisil alacağının, genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar gibi bir kamu alacağı olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır. Vergi, resim ve harçlar hakkında uygulanan 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun “Zamanaşımı süreleri” başlıklı 114. maddesinde ise, “Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar.” kuralı yer almıştır. Vergi, resim ve harçlar yönünden getirilen “tarh zamanaşımının” kıyas ve evleviyet gibi temel yorum kuralları uyarınca ecrimisil alacağı yönünden de uygulanması, idari güven ve istikrar ilkesinin bir gereğidir”. Bkz. Dan. 10. D., 07.02.2018, 12268/407; Dan. 10. D., 5.2.2019, 1296/1044, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 22.08.2020). Danıştay'ın bu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Devlet İhale Kanunu'nun 75'nci maddesinde yapılan değişiklikle ecrimisil talepleri yönünden beş yıllık süre getirildiğine ve bu süre bakımından tarh zamanaşımını düzenlemesine (VUK m. 114) atıf yapılmadığına göre, bu sürenin tarh zamanaşımını düzenlemesinden ayrı, ecrimisillere özgü bir süre olduğunu düşünüyoruz.

***b. DİK m. 75/1'de beş yıllık sürenin öngörüldüğü kuralda kullanılan deyim yönünden***

Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinde, “ecrimisil alacağı zamanaşımına uğrar” gibi deyimlerin kullanılmadığı görülmektedir. Düzenlemede, “tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil *istenir*” denilmesiyle tespit tarihinden geriye doğru beş yılı aşan yıllar için ecrimisil “istenemeyeceği” anlatılmaktadır. Buradan, tespit tarihinden geriye doğru beş yılı aşan yıllar için yalnızca dava ve takip hakkının değil; istem (talep) hakkının; yani ecrimisil alacağının da ortadan kalkacağı sonucuna ulaşılması gerektiği düşünülebilir. Buna karşılık öğretide *Reisoğlu*, kanun koyucunun, zamanaşımı ile hak düşürücü süreler arasındaki önemli farka rağmen, sürelerin niteliğini belirten deyimlere her zaman özen göstermediğini; hak düşürücü bir süre söz konusu olduğu halde, bazen ‘zamanaşımı’ deyimini kullandığını belirtmektedir. *Reisoğlu*'na göre, bir sürenin niteliğini belirlemede kullanılan deyimden çok, sürenin amacı dikkate alınmalıdır. “Kural olarak” yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin süreler ‘hak düşürücü’ sürelerdir. Bir alacak hakkının talep edilmesine ilişkin süreler ise ‘zamanaşımı süresidir’<sup>82</sup>.

Ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık sürenin niteliğini incelerken, yalnızca kanun koyucunun kullandığı deyimlere bağlı bir değerlendirme yapmak, eksik ve sağlıklı bir yöntemi izlemek olacaktır. Öyleyse, yalnızca bu neden göz önüne alınarak ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık sürenin niteliği belirlenemez. Bu sürenin niteliğini belirlerken, bu süreyi durduran ya da kesen nedenlerin olup olmadığına da bakılmalıdır.

***c. Beş yıllık sürenin durması ya da kesilmesi mümkün mü?***

Ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık sürenin durması ya da kesilmesine ilişkin Devlet İhale Kanunu'nda, bir düzenleme olmadığı<sup>83</sup> gibi; Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına da bir yollamanın yapılmadığı görülmektedir. Burada bir boşluk olduğu kabul edilecek olursa, bu boşluk Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin 153-157'nci maddeleri uygulanarak doldurulabilir mi? Bu

<sup>82</sup> **Reisoğlu**, s. 418, dn 1.

<sup>83</sup> *Ertaş*'ın belirttiği üzere, zamanaşımının durma sebepleri TBK m. 153'de sayılmakla birlikte diğer kanun hükümlerinde de zamanaşımını durduran bir sebep öngörülmüş olabilir. Örneğin mirasta terekenin defterinin tutulması prosedürü süresi içinde de tereke alacaklıları için zamanaşımı durmaktadır (TMK m. 625). Bkz. **Ertaş**, Zamanaşımı, s. 3101.



sorumuz, Danıştay'ın ecrimisil istenmesine zaman bakımından sınırlama getiren beş yıllık sürenin getirilmesinden önceki görüşünden kaynaklanmaktadır. O dönemde Danıştay, Devlet İhale Kanunu'nun "Sürelerin hesabı" başlıklı 92'nci maddesinde, "bu kanunda yazılı sürelerin hesaplanmasında hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı" belirtilmesi nedeniyle, ecrimisilin niteliği itibarıyla Borçlar Kanunu'nda yer alan (on yıllık) genel zamanaşımı süresinin ecrimisil tahsilinde göz önüne alınması gerektiği görüşündeydi. Bu görüş öğretilde *Karakoç* tarafından eleştirilmiştir. *Karakoç*'a göre, 92'nci madde hükmünün ne anlama geldiği yanlış anlaşılmış olup buradaki yollama zamanaşımı süresi için değil; sürelerin ne zaman başlayıp biteceği konusunu düzenleyen hükümlerdir<sup>84</sup>. Biz de *Karakoç*'un görüşüne katıldığımızdan, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinde yer verilen beş yıllık süreye aynı Kanun'un 92'nci maddesi çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımının durması ve kesilmesini düzenleyen 153-157'nci maddelerinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Bununla beraber, Devlet İhale Kanunu'nun 92'nci maddesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımını durduran ve kesen nedenlere de yollama yaptığı düşünülseydi bile, idarenin ecrimisil alacağının niteliği Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlediği alacaklardan farklı olduğundan<sup>85</sup>, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen zamanaşımını durduran ve kesen nedenler, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesindeki beş yıllık süreye uygulanmaya elverişli değildir.

İdarenin ecrimisil isteyebilmesi, ilgili taşınmazın yerinde tespit edilmesine; işgal söz konusu ise, tespit tutanağı düzenlenmesine ve nihayet

<sup>84</sup> *Karakoç*'un eleştirileri özetle şöyledir: Ecrimisil bir kamu alacağıdır. Bu nedenle, özel hukuktan doğan alacaklar için öngörülen genel zamanaşımı süresine tâbi olması düşünülemez. Ayrıca, Danıştay kararında ecrimisil tahsilinden söz edilmesine karşın burada bahsedilen tahsil zamanaşımı değil; tarh zamanaşımı olması gerekir. Çünkü Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesi gereğince ecrimisilin tahsili aşaması Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a tâbidir. Dolayısıyla tahsil zamanaşımı süresinin de tahsil zamanaşımını düzenleyen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nun 102'nci maddesine tâbi olması gerekir. Bunun yanında, Devlet İhale Kanunu'nun 92'nci maddesi hükmünün ne anlama geldiği de yanlış anlaşılmıştır. Buradaki yollama, genellikle usul kanunlarında yer alan günlük, haftalık, aylık ve yıllık sürelerin ne zaman başlayıp biteceği konusunu düzenleyen hükümlerdir. Bu durum karşısında, Devlet İhale Kanunu'nun 92'nci maddesinin yaptığı yollama olsa olsa Mülga Borçlar Kanunu'nun "diğer eceller" başlığını taşıyan 76'nci; "pazar ve tatil günleri" başlığını taşıyan 77'nci maddelerindedir. Böyle bir yollamanın yapılması, zamanaşımı süresinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel zamanaşımı süresi olarak kabulünü hiçbir zaman gerektirmez. Bkz. *Karakoç*, Ecrimisil Zamanaşımı, s. 39-40.

<sup>85</sup> *Karakoç*, Kamu Malları Ecrimisil, s. 147.

bedel tespit komisyonunca bu tutanağa dayanılarak ecrimisil tespit ve takdir edilmesine bağlıdır (HTİHY.m.84, 85/1). Ayrıca, beş yıllık sürenin işlemeye başlaması da yine tespit tarihiyle başlamaktadır. İdarenin ecrimisil isteye-bilmesi, idarenin bir (tespit) işlemine bağlandığından, Türk Borçlar Kanu-nu'nda düzenlenen zamanaşımını durduran nedenler (TBK.m.153<sup>86</sup>), ecri-misil talebini zaman yönünden sınırlayan beş yıllık süreye uygulanmaya elverişli değildir<sup>87</sup>. Aynı durum Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımını kesen nedenler (TBK m. 154) için de geçerlidir<sup>88</sup>.

Ecrimisil talebini zaman yönünden sınırlayan beş yıllık sürenin niteliği bakımından göz önüne alınması gereken bir diğer konu da mücbir sebep-

<sup>86</sup> “Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur: 1. Velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için. 2. Vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için. 3. Evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için. 4. Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için. 5. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece. 6. Alacağı, Türk mahke-melerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece. 7. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması duru-munda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece” (TBK m. 153/1).

<sup>87</sup> Bu görüşümüzü, bir örnek üzerinden somutlaştırmak istiyoruz. Bilindiği üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun 153'üncü maddesinde, zamanaşımını durduran nedenler arasında borçlunun alacak üzerinde intifa hakkına sahip olmasına yer verilmiştir. Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz; başlamışsa durur. Ancak, idarenin ecrimisil alacağında ecrimisil borçlusunun ecrimisil alacağı üze-rinde intifa hakkına sahip olması gibi bir durum olmaz. İntifa hakkı burada ancak ecri-misil borçlusunun fuzulen işgal ettiği taşınmaz üzerinde intifa hakkına sahip olması anlamında söz konusu olabilir. Fakat bu durumda da kişinin kamu malından yararlan-ması geçerli bir hukukî sebebe dayanacağından, taşınmazdan yararlanma eylemi fuzuli işgal; kişi de fuzuli şağil olarak nitelendirilmeyecektir. Başka bir deyişle, bu durumda zaten ecrimisil istenemeyecektir.

<sup>88</sup> Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesine göre, 1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse, 2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı kesilir. Bu nedenler ise esasında “tahsil” ile ilgilidir. Ecrimisil, fuzuli şağil tarafından rızaen ödenmez ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunmaktadır (DİK.m.75/2). Kamu alacağı olan ecrimisil tahsil aşamasında ise, zaten tahsil zamanaşımı uygulama alanı bulmaktadır (AATUHK.m.102). Tahsil zamanaşımının kesilmesi nedenleri de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 103'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla, ecrimisilin tahsil aşamasıyla ilgili olmayan ecrimisil talebini zaman yönünden sınırlayan beş yıllık süreye, Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımını kesen nedenler uygulanamayacaktır.

lerdir<sup>89</sup>. Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde mücbir sebepler<sup>90</sup> numerus clauses (sınırlı sayı) ilkesine tâbi tutulmadan<sup>91</sup> sayılmış<sup>92</sup> olup bu mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar süreler işlemez. Bu takdirde tarh zamanaşımı işlemeyen süreler kadar uzar (VUK.m.15/1)<sup>93</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken,

<sup>89</sup> Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 127-131; **Kaneti**, Selim/**Ekmekci**, Esra/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 156-159; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 274-278. Mücbir sebep kavramı ile ilgili bkz. **Yıldırım**, Turan: “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, (Mücbir Sebep), s. 1520-1538.

<sup>90</sup> “Mücbir sebepler: 1. Vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk; 2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; 3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler; 4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolaşısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması; gibi hallerdir” (VUK m. 13).

<sup>91</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 275.

<sup>92</sup> Mücbir sebepler, hukukun çeşitli alanlarında değişik etkilere sahip olmakla beraber, kanunlarda mücbir sebebin bütün unsurlarını kapsayan bir tanımı yapılmamıştır. Mücbir sebebin en belirgin ve üzerinde tartışma yapılmayan özelliği, kişilerin iradesi dışında meydana gelen; kaçınılmaz ve karşı konulamaz bir olay oluşudur. Ayrıca, mücbir sebep ile sürelerin geçirilmesi arasında bir nedensellik bağının da bulunması gerekir. Belirli nitelikteki olayların önceden kesin bir şekilde mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Her olay, kendi şart ve özellikleri içinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Vergi Usul Kanunu'nda mücbir sebep sayılacak hallerde örnek verilmeyle yetinilmesi de bu nedenden dolayıdır. Bkz. **Öncel/Kumrulu/Çağan/Göker**, s. 128. Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesi mücbir sebebin tanımını yapmamış, yalnızca mücbir sebep hallerini saymış, “gibi” edatını da kullanarak mücbir sebep hallerini daha geniş bir zemine yaymak istemiştir. Bkz. **Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve Temyiz Süresini Durdurup Durdurmayacağı Sorunu”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 46.

<sup>93</sup> Bu düzenleme öğretide eleştirilmektedir. *Coşkun Karadağ*'a göre, mükellefin çıkarı düşünülerek düzenlenen mücbir sebepler, mükellefin lehine sonuç doğuran tarh zamanaşımı süresini uzatmamalıdır. Bkz. **Coşkun Karadağ**, Neslihan: “Zamanaşımı Sürelerine Etkisi Açısından ‘Mücbir Sebepler’ ve ‘Ödeme’ye Eleştirel Bakış, AÜHFD, C. 61, S. 3, 2012, s. 1034. *Karakoç* ise “bir ayrıma giderek” eleştiriye bulunmaktadır. *Karakoç*'a göre, “Zamanaşımı, mükellef lehine, idare aleyhine işlemektedir. Mücbir sebebin varlığı halinde aleyhine süre işleyen sürelerin uzaması imkânından yararlanmasız söz konusudur. Mücbir sebep olarak sayılan haller, mükellefler esas alınarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, idarenin mücbir sebeplere dayanarak, görevini gereği gibi yerine getir(e)memesini makul göstermesi mümkün değildir. Sadece, idarenin kamu alacağını tarh etmesine engel olabilecek çapta bir tabii afetin meydana gelmesi halinde, idare mücbir sebebe dayanarak zamanaşımının durması imkânından yararlanabilmelidir. Ayrıca, bilgisayar programlarının çökmesi gibi birtakım teknolojik afetler-dijital kıyamet meydana gelmesini de hem idare hem de vergi ödevlisi bakımından mücbir sebep olarak değerlendirmek gerekir”. Bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 269.

Kanun'da mücbir sebeplerin yalnızca mükellefler açısından düzenlendiğidir. Vergi dairesinin (deprem, yangın, savaş gibi) mücbir sebeplerin etkisi altında kalması nedeniyle vergi tarhını yapamaması, zamanaşımını durdurmaz. Zamanaşımı, kamu borçlusu lehine olarak kabul edilmiş, idarenin içinde bulunduğu şartlar ne olursa olsun işlemeye devam eden bir süreçtir. Ancak kamu borçlularının mücbir sebepler gerekçesi ile vergi ödevlerine ilişkin sürelerin durmasından yararlanması halinde aynı süre boyunca idare de tarh zamanaşımının durmasından yararlanır<sup>94</sup>. Peki, Vergi Usul Kanunu'ndaki bu düzenleme ecrimisil talebini zaman yönünden sınırlayıcı beş yıllık süreye uygulanabilir mi? Daha önce belirttiğimiz üzere, Vergi Usul Kanunu'nun 1'inci maddesi uyarınca, Vergi Usul Kanunu ecrimisil alacaklarını kapsamına almamaktadır. Gerek bu nedenle gerekse Devlet İhale Kanunu'nda Vergi Usul Kanunu'nun mücbir sebebe ilişkin hükümlerine bir yollama yapılmaması nedeniyle, mücbir sebebin tarh zamanaşımının aksine ecrimisil talebine yönelik beş yıllık süreye uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Kaldı ki, Vergi Usul Kanunu'nda mücbir sebepler yalnızca mükellefler açısından düzenlendiğinden<sup>95</sup>, Kanun'un 13'üncü maddesinde belirtilen mücbir sebepler daha çok vergi ödevi ile ilgili olup bu durumlar ecrimisile uygulanmaya elverişli değildir. Buna karşılık, ecrimisil talebine yönelik beş yıllık süreye uygulanmaya ve böylece durdurmaya elverişli bir mücbir sebep halinin söz konusu olması durumunda, bu mücbir sebep halinin uygulanabileceğini düşünüyoruz. Bu durumda mücbir sebep halinin beş yıllık süreyi uzatması, bu sürenin hak düşürücü süre niteliğini değiştirmez<sup>96</sup>. Çünkü

<sup>94</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 269.

<sup>95</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 269.

<sup>96</sup> Örneğin, (dava açma sürelerinin hak düşürücü süre olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak) Danıştay'ın genel uygulaması mücbir sebeplerin dava açma süresini durdurmaya yönelik yönünde olmakla birlikte, nadiren de olsa mücbir sebepler dolayısıyla dava açma süresinin uzayacağını kabul eden Danıştay kararlarına da (Dan. 4. D., 20.06.1996, 6183/2698; Dan. 7. D., 04.03.1999, 653/1305) rastlanmaktadır. Bkz. **Gündüz**, F. Ebru: "Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, s. 243, 261. Dava açma süresinin geçmesi halinde dava açma hakkının kaybedilmesi, bu sürelerin yargı organlarınca re'sen göz önüne alınması nedenleriyle öğretide ve Danıştay içtihatlarında ağırlıklı olarak benimsenen görüş (idari) dava açma sürelerinin hak düşürücü süre olduğu yönündedir. Buna karşılık, **Karakoç**'a göre, dava açma süreleri hak düşürücü sürelerle benzerlikle birlikte, bunlar özel hukuk anlamında hak düşürücü süre değildir. Çünkü özel hukuk anlamındaki hak düşürücü sürelerin aksine dava açma sürelerinin durması veya davanın usulüne uygun olarak açılabilmesi için ek süre verilmesi mümkündür. Bkz. **Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Süreler), s. 45, 48; **Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, Gözden Geçir-

mücbir sebebin her türlü süreye etkisinin kabul edilmesi gerekliliği; başka bir deyişle, bir mücbir sebep ya da beklenmeyen hal nedeniyle süresi içinde kullanılamamış olan hakkın kullanılabilmesi, hukukta genel kabul gören bir ilkedir<sup>97</sup>.

Son olarak belirtmek gerekirse, bu bölümün bir önceki (B) başlığında değindiğimiz üzere, vergi alacağı ile ecrimisil alacağının doğumları arasında çok temel bir farklılık bulunmaktadır. Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukukî durumun tekemmülü ile doğmakta (VUK.m.19) iken, ecrimisil alacağı fuzuli işgalin gerçekleşmesi ile değil; işgalin tespit edilerek taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesiyle doğmaktadır. Ecrimisil alacağı, doğumunun bir tespit işlemine (taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmesine) bağlanmasıyla gerek özel hukuktan kaynaklanan alacaklardan gerekse kamu hukukundaki vergi alacağından ayrılmaktadır. Daha önce açıkladığımız üzere, özel hukuktan kaynaklanan alacaklara uygulanan zamanaşımı süreleri ve bu süreleri durduran ve kesen nedenler nitelik itibariyle idarenin ecrimisil alacaklarına uygulanmaya elverişli olmakla birlikte, kamu hukukundaki vergi alacaklarına ilişkin tarh zamanaşımı ve bu süreyi durduran ve kesen nedenler de idarenin ecrimisil alacaklarına uygulanmamalıdır<sup>98</sup>. Görüldüğü üzere, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesindeki beş yıllık süre, tarh zamanaşımı niteliğinde olmayan, ecrimisil alacaklarına özgü bir süredir. Bu nedenle, bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu düşünüyoruz. Bununla beraber, ilgili düzenlemelerdeki (DİK. m.75; HTİHY.m.85) belirsiz dil giderilerek bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu açıkça belirtilmelidir.

---

rilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Vergi Yargılaması), s. 211; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 644-645. Benzer yönde bkz. **Gök**, Özgecan: "Kamu İcra Hukuku'nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri", DEÜHFD, C. 12, Özel S., 2010, s. 400; **Gündüz**, s. 261.;

<sup>97</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 276-277. Aynı yönde bkz. **Gök**, s. 397.

<sup>98</sup> Vergi alacağı ile ecrimisil alacağının doğumları arasındaki farklılık kendisini, zamanaşımı/hak düşürücü sürelerin işlemeye başlayacağı tarihler bakımından da göstermektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 114'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre tarh zamanaşımı, vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından itibaren işlemeye başlar. Bu nedenle, vergiyi doğuran olayın meydana geldiği tarih bu açıdan önemlidir. Bkz. **Karakoç**, Yusuf: "Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay (Gelirin Elde Edilmesi)", Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: No: 69, İzmir 1996, s. 165-210, (Gelir Vergisinin Doğuşu), s. 166. İdarenin ecrimisil alacağında ise, beş yıllık (hak düşürücü) süre, işgal tarihinden değil; işgalin tespiti tarihinden itibaren işlemeye başlar.

### **III. DANIŞTAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. Genel Açıklama**

Danıştay 10. Daire'nin ödeme emrine karşı açılan davanın temyiz incelemesinde verdiği 21.01.2019 tarihli ve E. 2016/6199, K. 2019/519 sayılı Kararını, daha önce ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davanın neticesine göre oluşturduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davanın temyiz incelemesinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, ilk derece mahkemesinin ısrar kararını hukuka uygun bulmayarak bozma kararı vermesi üzerine, ilk derece mahkemesi, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tespit tarihinden geriye doğru beş yıllık kısmı yönünden davanın reddine; beş yılı aşan kısmı yönünden ise, iptaline karar vermiştir. Danıştay 10. Daire ise, ödeme emrine karşı açılan bakılmakta olan davada, ödeme emrinin dayanağı olan tahakkuk işlemi (ecrimisil düzeltme ihbarnamesi) ile ilgili verilen kısmen iptal, kısmen red kararı doğrultusunda bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

#### **B. İncelemenin “Gerekçe” Yönünden Olması**

İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararı doğrultusunda ilk derece mahkemesinin, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin tespit tarihinden geçmişe doğru beş yılı aşan kısmının<sup>99</sup> iptali kararının, ilgili kurallar karşısında (DİK.m.75; HTİHY.m.85) hukuka uygun olduğunu düşünüyoruz. Danıştay 10. Daire'nin incelediğimiz kararı da tespit tarihinden geçmişe doğru beş yılı aşan ecrimisil alacağının ödenmesi için tebliğ edilen ödeme emrinin iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozduğu için, bozma sonucu itibarıyla yerindedir. Değerlendirilmesi gereken, Danıştay 10. Daire'nin, ödeme emrine karşı açılan davanın temyiz incelemesinde, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan dava sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermesidir. Böylece, kararın “gerekçe” yönünden incelenmesi gerekir.

---

<sup>99</sup> “... İdare Mahkemesince, dava konusu ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin, tespit tarihi olan 22/09/2008 tarihinden geriye doğru 5 yıllık dönemine ilişkin kısmının esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, 5 yılı aşan dönem için ecrimisil istenilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemin tümünün iptali yolunda verilen kararda hukukî isabet görülmemiştir”. Dan. 10. D., 27.2.2019, 3939/1584, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

### C. Dava Nedenlerinin Ödeme Emrinin Sebep Unsuru Yönünden Sınırlandırılması

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde ödeme emrine karşı dava açılabilir. Kamu alacağının tarhi işlemi gibi kamu alacağının tahsil işlemleri de birer idarî işlem niteliğindedirler. Dolayısıyla, her idarî işlemde aranan unsurlar kamu alacağının tahsil işlemlerinde de aranmakta; bu işlemlerin de idari işlemlerin genel teorisine ve ilkelerine uyması gerekmektedir<sup>100</sup>. Böylece, alacaklı idare tarafından tek taraflı irade beyanı ile düzenlenen ödeme emri de kesin ve uygulanması zorunlu olması sebebiyle idarî işlem niteliğindedir<sup>101</sup>. Ödeme emrine karşı açılan bir davada, ödeme emrinin hukuka uygunluğu, idarî işlemin unsurları yönünden denetlenir. Bu kapsamda, ödeme emrinin de yetki, şekil, konu, sebep ve amaç unsurları yönünden değerlendirilmesi gerekir<sup>102</sup>. Bununla beraber, ödeme emrini alan kamu borçlusu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca yalnızca üç nedenden dolayı dava açabilmektedir. Bunlar; böyle bir borcun olmadığı<sup>103</sup>, borcun kısmen ödendiği ya da borcun zamanaşımına uğradığı şeklinde sayılan dava nedenleridir<sup>104</sup>. Böylece, diğer idarî işlemlerden farklı olarak, ödeme emrinin sebep unsuruna<sup>105</sup> yöneltilebilecek hukuka aykırılık iddiaları kanunla sınırlandırılmıştır<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 467; **Başar**, Cemal: "Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, 2014, s. 4572-4573; **Çaptuğ**, Mehpare/**Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: "Kamu İcra Hukuku İşlemlerinde Yetki ve Şekil Unsuru", DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2093.

<sup>101</sup> **Candan**, s. 270.

<sup>102</sup> **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 278.

<sup>103</sup> "Ödeme emirleri için yasada sınırlı olarak sayılan dava açma nedenlerinden "borcun bulunmaması" borcun ya hiç doğmamış olması yahut da ödenerek veya başka bir sebeple ortadan kalkmış bulunmasını ifade etmektedir". Bkz. Dan. 17. D., 24.06.2015, 4218/3042, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

<sup>104</sup> **Karakoç**, Genel Vergi, s. 507.

<sup>105</sup> Sebep unsuru hk. bkz. **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (I. Cilt), s. 281-300; **Balta**, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara 1968/1970, s. 167-168; **Özyörük**, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, 1973, s. 195-197; **Eroğlu**, Hamza: İdare Hukuku, Işın Yayıncılık, Ankara 1984, s. 417-418; **Demirkol**, Selami: "İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru", Sayıştay Dergisi, C. 9, S. 29, s. 1998, s. 75-79; **Gözübüyük**, Şeref: Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 225-232; **Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk**, s. 1258-1267; **Özay**, Günışığında Yönetim, s. 356-357; **Zabunoğlu**,

Ödeme emrine karşı dava açma nedenlerinin bu üç nedenle sınırlandırılması, tahsil işleminin ve aşamasının özelliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü tahsil işlemi, temel idarî işlem olan tarh işlemine bağlı bir işlemdir. Ödeme emrinin, yani tahsil işleminin temelindeki hukuka aykırılıkların tarh işleminin tebliği ve tahakkukun gerçekleşmesi aşamasında ileri sürülmesi gerekir. Ödeme emrine karşı açılan dava ise yalnızca bu aşamaya özgü bir nedene dayanmalıdır ki bunlar sınırlayıcı olarak sayılan ödeme emrinin sebep unsuru yönünden böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği, borcun zamanaşımına uğradığı nedenleri (AATUHK.m.58/1) ile ödeme emrinin bir idarî işlem olması nedeniyle diğer unsurları olan yetki, şekil, konu, amaç unsurları yönünden hukuka aykırılık nedenleridir<sup>107</sup>.

“Borcun zamanaşımına uğradığı” nedeninde sözü edilen zamanaşımı, kamu alacağının tahsil edilebilir hale gelmesinden (tahakkukundan) sonraki aşamayla ilgilidir. Yani tahsil zamanaşımıdır<sup>108</sup>. Buna karşılık, Danıştay, tarh zamanaşımı süresi dolduktan sonra tarh edilen kamu alacakları için tebliğ edilen ödeme emirlerine ileri sürülecek itirazın, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 58’inci maddesinin 1’inci fıkrasında sayılan “böyle bir borcun olmadığı” nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerekti-

---

Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (Cilt 1), s. 350-356; **Zabunoğlu**, Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (Cilt 2), s. 299-301; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s. 152-157; **Tan**, s. 897-908; **Yıldırım**, Turan: “İdari İşlemler”, **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okan: İdare Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, (İdari İşlemler), s. 453-456; **Gözler/Kaplan**, s. 343-348; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, İdare Hukuku, s. 443-450; **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önü**/**Seyhan**, s. 291-302; **Çağlayan**, s. 500-508. “... İdare Hukukunda, idari işlemin neden [sebeb] unsuru denildiğinde, idari işlemlerden önce gelen, idari işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır. İdari işlemin dayanağı olan neden işlemin bir tür gerekçesidir. Yönetimi işlem yapmaya yönelten dürtü, bir hukuksal işlem olabileceği gibi, bir olay da olabilir. İdari işleme neden olarak gösterilen hukuksal işlemin sakat olması veya olayın gerçeğe uygun olmaması yahut nitelendirilmesinde yanlışlık yapılmış olması, esas işlemi neden [sebeb] yönünden sakatlar” (Karardan yapılan alıntıdaki [sebeb] sözcükleri tarafımızca eklenmiştir). Bkz. Dan. 8. D., 17.09.1990, 504/913. Ayrıca bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, İdare Hukuku, s. 443. İdari işlemin sebebi olarak gösterilen etken(ler) gerçeğe uygun değilse, başka bir deyişle gerçeğe aykırıysa, o idarî işlemin iptali gerekir. Bkz. **Sarıca**, Ragıp: İdari Kaza Cilt I İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul 1949, s. 73-74; **Balta**, s. 167.

<sup>106</sup> **Candan**, s. 284.

<sup>107</sup> **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 288-289.

<sup>108</sup> **Candan**, s. 322.



ğini kabul etmektedir<sup>109</sup>. Tarh zamanaşımı süresi dolmasına rağmen vergi dairesi tarafından bir kamu alacağı tarh edilmişse, kamu borçlusu tarh aşamasında dava açmamış olsa bile ödeme emrinin tebliğinden sonra “böyle bir borcun olmadığı” nedenine dayanarak ödeme emrinin iptalini talep edebilir<sup>110</sup>. Böylece, konumuz bakımından, Devlet İhale Kanunu’nun 75’inci maddesinde ve Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik’in 85’inci maddesinde yer verilen beş yıllık hak düşürücü süre de ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılıp açılmadığına bağlı olmaksızın, ödeme emrine karşı açılacak iptal davasında “böyle bir borcun olmadığı” nedeni kapsamında (AATUHK.m.58/1) ileri sürülebilecektir<sup>111</sup>. Ecrimisil borçlusu, “böyle bir borcunun olmadığı” nedeniyle ödeme emrine karşı dava açmakla birlikte beş yıllık süreyi ileri sürmese bile, mahkeme, “hak düşürücü süre” olmasından dolayı bu süreyi re’sen dikkate almalıdır.

### Ç. Ayrılabilir İşlem Niteliği

Tahsil işlemi, temel idarî işleme; yani tarh işlemine bağlı bir işlemdir<sup>112</sup>. Konumuz bakımından, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin ödeme

<sup>109</sup> Dan. İBGG, 3.4.1987, 3/1. Ayrıca bkz. **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 290.

<sup>110</sup> **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 294, 296. Tarh zamanaşımı süresi geçtikten sonra yapılan ve ilgisine tebliğ edilen tarh işlemleri, yasal süresi içinde idarî davaya konu edilmese bile, konuları olan kamu alacaklarının ödeme emriyle istenmesi mümkün değildir. Bkz. **Candan**, s. 294. Zamanaşımına uğradıktan sonra kesinleşen vergi cezası için, kesinleştiğinden bahisle tahsil için ödeme emri düzenlenemeyeceği ile ilgili Danıştay kararı: Dan. 3. D., 16.3.1988, 1348/856. Bkz. **Candan**, s. 294, dn 377.

<sup>111</sup> Buna karşılık, Danıştay 10. Daire, 2019 yılında verdiği bir kararında, “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 58. maddesi kapsamında sınırlı olarak belirtilen dava açma nedenlerinden biri olan tahakkuka esas ecrimisil alacağının zamanaşımına uğradığı iddiasıyla ödeme emrinin iptali istemiyle dava açtığı görülmektedir. Uyuşmazlıkta ise işgalin 07/09/2009 tarihli tutanakla kayıt altına alındığı görülmektedir. Buna göre, bu tarihten geriye doğru beş yılı aşan davaya konu tahakkuka esas ecrimisil bedelinin tahsiline ilişkin ödeme emrinde zamanaşımı nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır” diyerek, itirazı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 58’nci maddesindeki borcun zamanaşımına uğradığı nedeni kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Dan. 10. D., 8.1.2019, 5479/74, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 21.08.2020). Danıştay 10. Daire’nin bu değerlendirmesine katılmıyoruz. Çünkü yukarıda belirttiğimiz üzere, borcun zamanaşımına uğradığı nedeninde sözü edilen zamanaşımı, tahsil zamanaşımıdır. Ecrimisil hesaplanması için belirlenen beş yıllık süre ise, tahsil zamanaşımı olmayıp, görüşümüze göre bir hak düşürücü süredir. Tahsil zamanaşımı olmamasından dolayı bu süreye yönelik itirazın da Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 3.4.1987 tarihli kararı çerçevesinde böyle bir borcun olmadığı nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

<sup>112</sup> **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 288. “İşlemlerden birisi hakkında verilecek kararın diğerini etkilemesi halinde işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisinden söz edilir. Dola-

emrinin dayanağı olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Buna karşılık, bir kamu alacağı olan ecrimisilin tahakkuk ettirilmesi için düzenlenip tebliğ edilen ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesi ile ödeme emri idari işlemleri bakımından ayrılabilir işlem kuramına değinilmelidir.

Ayrılabilir işlemler (kuramı), zincir işlemler kuramına karşı ileri sürülmüştür. Zincir işlemlerde, ulaşılmaya çalışılan nihai, temel bir işlem vardır. Bu kurama göre nihai işlemin aşamaları olan halka işlemler birbirine katı bir hukukî bağ ile bağlı bulunup bütünlük arz ederler. Böylece, nihai işlem öncesindeki tüm işlemler bağımsız olarak iptal davasına konu olamaz. Bu işlemlerin hukuka aykırılıkları, ancak nihai işleme karşı açılan bir davada nihai işlem bakımından bir şekil bozukluğu olarak ileri sürülebilir<sup>113</sup>. Zincir işleme kamulaştırma açısından kamu yararı örnek gösterilebilir. Uygulamada, yalnızca kamu yararı kararı alınmasına ilişkin işlem dava konusu edilememektedir. Ön ve hazırlayıcı işlem niteliğinde olan kamu yararı kararı alınması işleminin hukuka uygun olup olmadığının denetimi, kamulaştırma işleminin konu olduğu davada işlemin amaç ve sebep yönünden hukuka aykırılığı incelenirken yapılmaktadır<sup>114</sup>.

Ayrılabilir işlem kuramına göreyse, bir işlem iptal davasına konu olabilecek nitelikleri bünyesinde barındırıyorsa; yani tek yanlı ve icraî nitelik taşıyıp bir kişinin menfaatini de etkiliyorsa, bu işlemin nihai işlemle olan hukukî bağıllığı çözülebilir bir nitelik alır<sup>115</sup>. Böylece ayrılabilir işlem,

---

yısıyla işlemlerden birisi yapılmasaydı, buna bağlı olarak diğer işlem de yapılmayacak idi ise, işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisi ve (uygun) illiyetten (nedensellik bağından) söz edilebilir”. Bkz. **Sancakdar**, Oğuz: “İdari Yargıda ‘Tek Dilekçe ile Dava Açma’ (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz)”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 231; **Ulusoy**, Arzu: “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, İHİD, C. 15, S. 1, 2012, s. 185-195, s. 187. İdarenin vergi alması, birbirini izleyen birden fazla işlemin yapılması ile gerçekleşen bir süreçtir. Bkz. **Özay**, Günışığında Yönetim, s. 460. O halde, vergilendirme süreci birbirini izleyen bir dizi işlemi içinde barındırır. Bir önceki işlem sonraki işlemin sebebini oluşturur. Örneğin, tarh-tebliğ-tahakkuk, tahsil aşaması ve işleminin sebebini; tahsil ise tarh-tebliğ-tahakkukun sonucunu oluşturur. Bkz. **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 175, 178; **Karakoç**, Yusuf: Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar: Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Kamu Alacaklarının Tahsil Aşaması), s. 58-59; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 232; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 99.

<sup>113</sup> **Sezginer**, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 56-57.

<sup>114</sup> **Kutlu Gürsel**, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 404.

<sup>115</sup> **Corbel**, M. P: L’ Annulation Partielle des Actes Administratifs, AJDA, 1972, s. 150’dan aktaran **Sezginer**, s. 59.

birbirini takip ederek tek bir hukukî sonuca ulaşan ancak her biri de tek başına hukukî sonuç doğuran işlemlerdir. Ayrılabilir işlemde, idarî süreç içerisindeki ilgili işleme karşı doğrudan iptal davası açılabilir<sup>116</sup>. Bu cümleden anlaşılacağı üzere, iptali istenen işlem, uyumsuzluk yaratabilen ve en azından davacının hukukî durumunu etkileyebilen bir işlem olmalıdır<sup>117</sup>. Buna karşılık, bu nitelikte olmayan idarî işlemler de vardır. Örneğin, idarenin iç işleyişiyle ilgili işlemler, üçüncü şahısların hukukunu ilgilendirmedikleri için onlar bakımından icraî sayılmazlar ve böylece dava konusu edilemezler<sup>118</sup>. Bu işlemlere, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesini teyid edici özellikteki “tahakkuk fişi”<sup>119</sup> örnek verilebilir.

Vergilendirme süreci, Vergi Usul Kanunu’nda kural olarak ayrılabilir işlemler kuramı bakımından ele alınmaktadır. Tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarının esasları Vergi Usul Kanunu’nda; tahsilin esasları ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir. Vergilendirme sürecinde tarh, tahsil, düzeltme gibi işlemler ilgilisinin hukukî durumunu etkilemesi nedeniyle icraî nitelikte olup ayrılabilir işlemlerdir. Ayrılabilir işlem olmanın bir sonucu olarak tarh işlemi, tahsil işleminden ayrı olarak

<sup>116</sup> **Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan**, s. 313.

<sup>117</sup> **Yayla**, s. 454.

<sup>118</sup> **Sarıca**, s. 17-18; **Onar**, III. Cilt, s. 1779-1780; **Özyörük**, s. 227; **Duran**, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, (İdare Hukuku).s. 398-399; **Gözübüyük**, s. 163; **Tan**, s. 823.

<sup>119</sup> **Taşdelen**, Aziz: “Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem”, AÜHFĐ, C. 56, S. 1, 2007, s. 294. *Taşdelen*, tahakkuk fişinin niteliğinin, beyana dayalı vergilendirmeler ile ayrı bir tebliğ işlemine bağlı vergilendirmeler açısından farklı olduğunu belirtmektedir. *Taşdelen*’in belirttiği üzere, “ayrı bir tebliğ işlemine bağlı vergilendirmelerde tahakkukun maddi anlamda gerçekleşmesi ile şekli anlamda tahakkuk fişinin düzenlenmesi farklı zamanlarda olmaktadır. Tahakkuk fişinin buradaki işlevi beyana bağlı vergilendirmeden farklıdır. İhbarnamenin kesin işlem ve icraî işlem niteliklerini taşımasına rağmen, tahakkuk fişi burada tarh işlemi (ihbarnameyi) teyid edici bir özellik göstermektedir”. Bkz. **Taşdelen**, s. 294. “... Vade tarihine kadar rızaen ödenmeyen ecrimisilin milli emlak servislerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere vergi dairelerine veya gelir servislerine intikal ettirileceği hükmüne yer verildiğinden, bu yönetmelik maddesi kapsamında düşünüldüğünde, tahakkuk fişinin, ecrimisilin takip ve tahsil edilebilmesi için vergi dairesini bilgilendirmek amacıyla düzenlenen bir belge olduğu idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda idarenin iç işleyişiyle ilgili olan tahakkuk fişine karşı açılan davanın, esasının incelenme olanağının bulunmaması nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğinden, mahkemenin davanın reddine ilişkin kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir”. Bkz. Dan. 6. D., 06.02.1996, 3104/610, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 06.02.2020). Ayrıca bkz. **Taşdelen**, s. 294-295.

dava edilebilir. Başka bir deyişle, tarh işlemini dava etmek için nihai işlem olan tahsilat işleminin beklenilmesine gerek yoktur. Tarh işleminden mükellefin haberdar edilmesi gerektiği için, dava açılması ise tahakkuk aşamasında olur<sup>120</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ecrimisilin tahakkuk ettirilmesi için düzenlenip tebliğ edilen ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin de ayrılabilir işlem niteliğinde olduğu söylenmelidir. Çünkü, ecrimisil tahakkuk ettirildiğinde dava açmak için ödeme emrinin tebliğini beklemek gerekmemekte; ödeme emrinin tebliği öncesinde ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali için de dava açılabilir<sup>121</sup>. Diğer yandan, ödeme emrine karşı dava açılabilmesi için önceden ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılması zorunluluğu da yoktur. Bununla beraber, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılmamışsa, tarh-tahakkuk ile ilgili hukuka aykırılık nedenleri ödeme emrine karşı açılacak davada ileri sürülemez<sup>122</sup> birlikte, ödeme emri idarî işlem olduğundan, bu idarî işlemin sebep unsuru dışındaki yetki, şekil, konu, amaç unsurlarıyla ilgili hukuka aykırılıklar ve sebep unsuruna yönelik Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun'un 58'nci maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan sınırlayıcı hukuka aykırılık nedenleri ödeme emrinin iptali davasında ileri sürülebilir<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 176, 178.

<sup>121</sup> “Ecrimisil ihbarnamesi üzerine itiraz yolu mutlak olarak tüketilmesi gereken bir yol olmamakla birlikte, ilgililerin bu yola başvurarak düzeltme isteminde bulunması halinde, idarenin bu istemi karara bağlayarak ilgisinin itirazını ecrimisil düzeltme ihbarnamesi düzenlemeksizin reddetmesi halinde, ecrimisil ihbarnamesinin kesin ve yürütülebilir nitelikte iptal davasına konu edilebilecek bir işlem olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu itibarla, dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır”. Bkz. Dan. 10. D., 17.01.2019, 3949/453, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 10.01.2020).

<sup>122</sup> “... davacının ileri sürdüğü iddiaların ödeme emri safhasında ileri sürülebilecek iddialar olmadığı, ihbarname safhasına ilişkin iddiaların ödeme emri aşamasında değil ödeme emri dayanağı ihbarnamelere karşı açılacak bir davada ileri sürülmesi gerektiği...” Dan. 4. D., 14.3.2019, 3480/1952, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 21.08.2020).

<sup>123</sup> Dan. 10. D., 12.4.2018, 3701/1474; Dan. 10. D., 13.11.2018, 12005/3473, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 21.08.2020). “Zira tahakkuk işlemine karşı dava açılmaması veya açılan davanın usulden reddi, ödeme emri aşamasında işin esasının incelenmesine ve borcun esasen hiç doğmadığı yolundaki iddiaların araştırılmasına engel teşkil etmeyecektir. Uyuşmazlıkta, davaya konu ödeme emrinin dayanağı olan ecrimisil ihbarnamesine karşı dava açılmamış olması, ödeme emri safhasında borcun esasen hiç doğmadığı yolundaki davacı iddialarının incelenmesine engel olmayacağından, bu aşamada, davacının ecrimisil borcunun olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir”. Bkz. Dan. 17. D., 24.6.2015, 4218/3042, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

#### D. Değerlendirme ve Öneriler

Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenebilmektedir. Bu kurala aykırı olarak, tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçer şekilde ecrimisil istenmesi durumunda, beş yıllık hak düşürücü süre itirazı, ödeme emrinin iptali davasında Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesi gereğince sebep unsuru yönünden sınırlandırıcı dava nedenlerinden olan "böyle bir borcun olmadığı" nedeni kapsamında ileri sürülecektir. Ecrimisil borçlusu tarafından bu itiraz ileri sürülmesi bile, beş yıllık süre, görüşümüze göre, bir hak düşürücü süre olduğundan, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ödeme emrinin düzenlenip tebliğ edilmesinden önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı bir dava açılmış ve beş yıllık süre bu davada da ileri sürülmüş olsa bile, beş yıllık süreye uyulmamasından kaynaklanan hukuka aykırılığın, yalnızca ihbarname aşamasına özgü bir hukuka aykırılık olmadığıdır. Çünkü Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesi gereğince, bu hukuka aykırılık aynı zamanda böyle bir borcun olmadığı nedeni kapsamında ödeme emrini sebep unsuru yönünden sakatlayan bir hukuka aykırılıktır. Daha önce belirttiğimiz üzere, eğer hukuka aykırılık iddiası Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinde sayılan sınırlandırıcı dava nedenlerinden ise, daha önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılmamış olması, bu hukuka aykırılıkların ödeme emrine karşı açılacak davada ileri sürülebilmesine engel olmayacaktır. Bununla beraber, Danıştay 17. Dairesi'ne göre, "ödeme emrine karşı açılan davalarda ileri sürülen iddiaların 'borcum yoktur' kapsamında değerlendirilebilmesi için; ödeme emrinin dayanağını oluşturan tahakkuk işlemine karşı dava açılmamış veya dava açılmış olmakla birlikte açılan davanın usulden reddedilmiş olması gerekmektedir"<sup>124</sup>. Danıştay 17. Daire'nin bu görüşüne, yukarıdaki açıklamalarımız ışığında katılmıyoruz. Eğer hukuka aykırılık iddiası, ödeme emrinin iptali davasındaki sınırlandırıcı dava nedenlerinden ise, daha önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılıp açılmadığına bakılmaksızın mahkemece incelenmelidir. Üstelik konumuz bakımından, beş yıllık süre bir hak düşürücü süre olduğundan, mahkeme bu süreyi, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davasını göz önüne almadan re'sen dikkate almalıdır.

<sup>124</sup> Dan. 17. D., 24.6.2015, 4218/3042, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 03.02.2020).

Danıştay 10. Daire ise, beş yıllık süre kuralına aykırı olarak düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrinin iptali davasının temyiz incelemesinde, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali davası sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir<sup>125</sup>. Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında bu gerekçeye katılmıyoruz. Bununla birlikte, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davada, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararı neticesinde ilk derece mahkemesince ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin geçmişe dönük beş yılı aşan kısmı yönünden iptaline karar verilmesi nedeniyle, ödeme emrinin iptali davasında da hukuka uygun bir karar çıkmış ve böylece hukuka aykırı bir sonuç doğmamıştır. Ancak, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davada hukuka uygun bir karar çık(a)mamış olsaydı, Danıştay 10. Daire'nin ödeme emrinin iptali davasında ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan dava sonucuna göre bir karar verilmesi gerekçesiyle bozma kararı vermesi, hukuka aykırı bir kararın ortaya çıkmasına neden olabilecekti. Bize göre, yukarıda açıkladığımız nedenlerle, Danıştay 10. Daire, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan davayı hiç göz önüne almadan, ödeme emrinin beş yılı aşan kısmının iptalinin gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermeliydi.

Danıştay 10. Daire'yi bu çözüme iten nedenin, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali davasında yürütmenin durdurulmaması nedeniyle, ecrimisil borcunun vadesinde ödenmemesi üzerine düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı da dava açılmasıyla, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde görülen “iki” davanın ortaya çıkması olduğunu düşünüyoruz. Ancak yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, Danıştay 10. Daire'nin bu çözümü doğru bir çözüm değildir. Gerekçe, iki dava açılmış olması sorununa tutarlı bir çözüm içermemektedir. Çünkü ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali davasında hukuka aykırı bir karar çıktığında, ödeme emrinin iptali davasında hukuka uygun bir karar verebilmek için bu gerekçeye dayanılamayacaktır. Sonuç olarak bize göre Danıştay kararı, bozma sonucu itibarıyla doğru; fakat gerekçe itibarıyla yanlıştır. Bu noktada, bu konuyla ilgili iki önerimiz bulunmaktadır.

Birinci önerimiz, idari yargıda ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası açıldığında, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci madde-

<sup>125</sup> Danıştay 10. Daire'nin “ödeme emrinin dayanağı olan tahakkuk işlemine karşı açılan davada verilen bozma kararı üzerine Mahkemesince verilecek karara bağlı olarak, ödeme emri konusunda da yeniden bir karar verilmesi gerektiği” yönündeki kararlarına örnek olarak bkz. Dan. 10. D., 22.1.2019, 3561/530; Dan. 10. D., 26.2.2019, 3348/1496, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), (E.T: 21.08.2020).

sinin 1'inci fıkrasına bir istisna olarak yürütmenin kendiliğinden durması ile ilgilidir.

Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur (İYUK<sup>126</sup> m. 27/4). Bu davaların açılmasıyla tahsil işlemleri kendiliğinden durduğundan, davacının talebine ya da mahkemenin karar vermesine gerek yoktur. Buna karşılık, tahsil aşamasına ilişkin işlemlere karşı dava açılması, yürütmeyi kendiliğinden durdurmamaktadır. Böylece, kamu icra hukukunda kamu alacağının güvence altına alınması ve cebren tahsili amacıyla uygulanan ihtiyatî haciz, ödeme emri ve haciz işlemlerine karşı vergi mahkemesinde dava açılması halinde yürütme kendiliğinden durmamaktadır. Bu davalarda talep üzerine, yürütmenin durdurulması için gerekli şartlar gerçekleştiği ve teminat alındığı takdirde, mahkemece yürütmeyi durdurma kararı verilebilir<sup>127</sup>.

Danıştay'da veya idarî mahkemelerde görülen idarî davalarda ise, hiçbir halde yürütme kendiliğinden durmamaktadır (İYUK m.27/1). *Kıratlı*'nın belirttiği üzere, idarî dava açmanın yürütmeyi durdurmayacağı ilkesinin nedenleri şunlardır; idarî işlemlerin icraî nitelikte olması, idarî işlemlerin karine olarak hukuka uygun olduğunun varsayılması, kamu yararının idarenin süratli, düzenli ve istikrarlı çalışmasını gerektirmesi, idarî ve yargısal otoritelerin ayrılığı ve birbirine karşı bağımsızlığı ilkesi gereğince, yargı mercilerinin idareyi bir işlem yapmaya zorlayamaması; onun yerine geçip icraî karar alamaması<sup>128</sup>. Bu nedenlerden dolayı, özel hukuktan farklı olarak icraî nitelikte olan ve doğrudan doğruya uygulanma yeteneğine sahip olan idarî işlemler, idarî dava açıldığında kendiliğinden durmaz<sup>129</sup>.

İdarenin, füzuli şagilden ecrimisil talebine ilişkin süreçteki işlemleri de birer idarî işlem olduğundan, bu işlemlerden ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açıldığında yürütme kendiliğinden durmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrasından kay-

<sup>126</sup> 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (R.G: 20.1.1982 - 17580).

<sup>127</sup> **Karakoç**, Vergi Yargılaması, s. 228-229.

<sup>128</sup> **Kıratlı**, Metin: "Yürütmenin Durdurulması", AÜSBFD, C. 21, S. 4, 1966, s. 174-176. Aynı yönde bkz. **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, (İdari Yargılama), s. 365. Ayrıca bkz. **Aslan**, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s. 14-21.

<sup>129</sup> **Tikveş**, Özkan: İdare Hukuku, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1983, s. 291.

naklanan bu kural, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 87'nci maddesinin beşinci fıkrasında da ecrimisil yönünden tekrarlanmış olup buna göre fuzuli şağiller tarafından dava açılmış olması, ecrimisilin takip ve tahsil edilmesi işlemini durdurmaz. Bunun sonucu olarak, bedel tespit komisyonunca tespit ve takdir edilen ecrimisil (alacağı) ile ilgili düzenlenen ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı açılan iptal davasında, bir önlem niteliğinde olan yürütmenin durdurulması<sup>130</sup> istenmemişse ya da istenip de mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilmemişse, ecrimisil alacağının süresinde ödenmemesi durumunda takip ve tahsil amacıyla vergi dairesince ödeme emri düzenlenecektir. Süresi içerisinde bu ödeme emrine karşı da dava açılması durumunda, aynı maddî olay (ecrimisil alacağı) ile ilgili farklı mahkemelerde görülmekte olan iki dava olacaktır. Bu sorunun önüne geçilebilmesi için, kanun değişikliğiyle idarî dava açmanın yürütmeyi durdurmayacağı kuralına bir istisna getirilerek, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı iptal davası açılması durumunda yürütmenin kendiliğinden durması sağlanmalıdır. Ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesi bir idarî işlem olmakla beraber, idarî dava açmanın idarî işlemin yürütmesini durdurmayacağı ilkesinin nedenleri; daha doğru bir deyişle yürütmenin kendiliğinden durmasının doğuracağı sakıncalar burada söz konusu değildir. Ecrimisil bir kamu alacağı olduğundan, burada idarî dava açmanın idarî işlemin yürütmesini durdurmayacağı ilkesi (İYUK.m.27/1) değil; davanın açılmasıyla yürütmenin kendiliğinden durması ilkesi (İYUK.m.27/4) benimsenmelidir. Bu ilkenin benimsenmesi, aynı maddî olay; yani aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde iki farklı iptal davası açılmasını da önleyecektir.

İkinci önerimiz ise, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası devam ederken düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açılması durumunda, bu iki davanın birleştirilerek görülmesidir<sup>131</sup>.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38'inci maddesinin birinci fıkrasında bağlantılı davalar, "*aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar*" biçiminde tanımlanmıştır. Aynı ecrimisil alacağına yönelik olarak düzenlenen

<sup>130</sup> **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (İdari Yargılama), s. 932; **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (Yargısal Korunma), s. 251.

<sup>131</sup> Seminer ödevinin sunumu esnasında yapılan tartışmalar arasında Bağlantılı dava/davaların birleştirilmesi konusunda böyle bir ihtimali dile getiren Prof. Dr. Yusuf Karakoç'a teşekkür ederim.



ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine ve ödeme emrine karşı açılan iptal davaları da aynı maddî sebepten doğduklarından<sup>132</sup> bağlantılı davalardır. İdarî yargılama usulünde, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilerek görülmesinin gerekçeleri, birbiri ile ilgili uyuşmazlıklar hakkında farklı mahkemelerce çelişkili kararlar verilmesinin engellenmesi ve usul ekonomisidir<sup>133</sup>.

Böylece, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde iki ayrı dava görülmesinin önlenmesini sağlayacak ikinci görüşümüz davaların birleştirilmesidir. Ödeme emrinin iptali davası açıldığında mahkeme, daha önce açılmış ve devam eden ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası olup olmadığını araştırmalı; ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası olması durumunda, talep olsun ya da olmasın kendiliğinden İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38'inci maddesi çerçevesinde davaların birleştirilmesi için belirlenen usulü izlemelidir.

Sonuç olarak, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı açılan davada hukuka uygun bir karar çık(a)mamış olsaydı, bu durumda Danıştay ya bu içtihadını sürdürerek hukuka aykırı bir karar verecek ya da içtihadından dönerek ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesi davasını ve dolayısıyla bu davadaki yanlış kararı göz önüne almayarak salt Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'nci maddesinin 1'inci fıkrası çerçevesinde bir karar verecektir. Oysa, çelişkili kararlar verilmemesi için, bağlantılı davalar olan bu iptal davaları birleştirilerek görülürse, problem de kendiliğinden çözülmüş olacaktır.

## SONUÇ

Vergi alacağı ile ecrimisil alacağının doğumları arasında çok temel bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, vergi alacağı, Vergi Usul Kanunu'nun 19'ncü maddesi uyarınca, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukukî durumun tekemmülü ile doğarken, ecrimisil alacağı fuzuli işgalin gerçekleşmesiyle değil; işgalin tespit edilerek taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesiyle doğmaktadır. Çünkü Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 85'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, bedel tespit komisyonunun ecrimisil tespit ve takdir edebilmesi, 84'üncü madde çerçevesinde taşınmazın mahallinde yapılacak keşifte taşınmazın

<sup>132</sup> Vergilendirme işlemlerinde maddî sebep ise, davaların, aynı (vergiyi doğuran) olaydan kaynaklanmış olmasıdır. Bkz. **Karakoç**, Vergi Yargılaması, s. 205.

<sup>133</sup> **Yasin**, Melikşah: "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar", E-Akademi, S. 60, 2007, par. 5, 80; **Ulusoy**, s. 185.

işgal edildiğinin tespit edilmesine ve taşınmaz tespit tutanağının düzenlenmesine bağlanmıştır. Görüleceği üzere ecrimisil alacağı, doğumunun bir tespit işlemine (taşınmaz tespit tutanağı düzenlenmesine) bağlanmasıyla gerek özel hukuktan kaynaklanan alacaklardan gerekse kamu hukukundaki vergi alacağından ayrılmaktadır.

İşgalin tespitiyle, ecrimisilin tespit ve takdiri farklı işlemlerdir. Bu nedenle, bedel tespit komisyonunun yetkisindeki ecrimisil tespit ve takdir etmek işlemindeki “tespit” sözcüğü, taşınmazın mahallinde yapılacak keşifte taşınmazın işgal edildiğinin tespit edilmesiyle karıştırılmamalıdır. “Tespit ve takdir” kavramı yerine “ecrimisil bedelinin takdiri” denilmesi daha uygun olurdu.

Tarh zamanaşımı, vergi hukukunda, bir zamanaşımı olarak kendine özgü; hak düşürücü süreye yaklaşan bir nitelikte ele alınmıştır. Vergi Usul Kanunu ecrimisil alacaklarını kapsamına almadığından ve Vergi Usul Kanunu'nun tarh zamanaşımını düzenleyen 114'ncü maddesine de bir yollama yapılmaması nedeniyle, tarh zamanaşımı düzenlemesinin ecrimisil alacaklarına uygulanmayacağı söylenmelidir. Böylece, Devlet İhale Kanunu'nun 75'nci maddesindeki beş yıllık süre, tarh zamanaşımı niteliğinde olmayan, ecrimisil alacaklarına özgü bir süredir.

Çalışmamızda incelediğimiz üzere, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesindeki idarenin ecrimisil talebini zaman yönünden sınırlayan beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesini gerektiren “veriler” bulunmaktadır. Bu veriler doğrultusunda, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu sonucuna varmış bulunuyoruz. Bununla beraber, ilgili düzenlemelerdeki (DİK.m.75; HTİHY.m.85) belirsiz dilin giderilerek bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi uygun olacaktır.

Danıştay 10. Dairenin incelediğimiz kararı, Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesi karşısında açıkça hukuka aykırı olan ilk derece mahkemesi kararını bozduğu için, (bozma sonucu itibarıyla) yerindedir. Bununla beraber, Danıştay 10. Daire'nin, ödeme emrine karşı açılan davanın temyiz incelemesinde, ecrimisil düzeltme ihbarnamesine karşı açılan dava sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vermesinden dolayı, karar “gerekçe” yönünden incelenmiştir.

Bir kamu alacağı olan ecrimisilin tahakkuk ettirilmesi için düzenlenip tebliğ edilen ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesi ayrılabilir işlem niteliğindedir. Bu nedenle, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesi tebliğ edildiğinde, ödeme emrinin tebliğini beklemeye gerek olmaksızın bu idarî işleme karşı dava açılabilir. Diğer yandan, ödeme emrine karşı dava açılabilmesi için

ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılması zorunluluğu da yoktur. Ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılmamışsa, tarh-tahakkuk ile ilgili hukuka aykırılık nedenleri ödeme emrine karşı açılacak davada ileri sürülemez. Bununla beraber, ödeme emri idarî işlem olduğundan, bu idarî işlemin unsurlarıyla ilgili hukuka aykırılıklar ve bu unsurlardan sebep unsuruna yönelik Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun'un 58'inci maddesinin birinci fıkrasında, 1) Böyle bir borcun olmadığı, 2) Borcun kısmen ödendiği, 3) Borcun zamanaşımına uğradığı şeklinde sınırlayıcı olarak sayılan üç hukuka aykırılık nedeni ödeme emrinin iptali davasında ileri sürülebilir. Ödeme emrinin sebep unsuruna yönelik sınırlayıcı hukuka aykırılık nedenlerinden olan "Borcun zamanaşımına uğradığı" nedeninde sözü edilen zamanaşımı, tahsil zamanaşımıdır. Konumuz bakımından, idarenin ecrimisil talebine yönelik beş yıllık hak düşürücü süre ise, "Böyle bir borcun olmadığı" hukuka aykırılık nedeniyledir.

Ödeme emrinin düzenlenip tebliğ edilmesinden önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı bir dava açılmış ve beş yıllık süre bu davada da ileri sürülmüş olsa bile, beş yıllık süreye uyulmamasından kaynaklanan hukuka aykırılık, yalnızca ihbarname aşamasına özgü bir hukuka aykırılık değildir. Çünkü Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58'inci maddesi gereğince, bu hukuka aykırılık aynı zamanda böyle bir borcun olmadığı nedeni kapsamında ödeme emrini sebep unsuru yönünden sakatlayan bir hukuka aykırılıktır. Eğer hukuka aykırılık iddiası, ödeme emrinin iptali davasındaki sınırlandırıcı dava nedenlerinden ise, daha önce ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı dava açılıp açılmadığına bakılmaksızın mahkemece incelenmelidir. Üstelik konumuz bakımından, beş yıllık süre bir hak düşürücü süre olduğundan, mahkeme bu süreyi, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davasını göz önüne almadan re'sen dikkate almalıdır.

Aslında sorun, ecrimisil düzeltme ihbarnamesinin iptali davasında yürütmenin durdurulmaması nedeniyle, ecrimisil borcunun vadesinde ödenmemesi üzerine düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine de dava açılmasıyla, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili farklı mahkemelerde görülen "iki" davanın ortaya çıkmasından kaynaklanmıştır. Danıştay 10. Daire böyle bir çözüm bulmuş olsa da bize göre Danıştay kararı, bozma sonucu itibarıyla doğru; fakat gerekçe itibarıyla yanlıştır. Çünkü bu gerekçe, tutarlı bir niteliğe sahip değildir. Birincisi, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine dava açılmayıp, ecrimisil borcunun vadesinde ödenmemesi nedeniyle tebliğ edilecek ödeme emri hakkında dava açılması durumunda, temyiz incelemesinde bu gerekçe geçerli olamayacaktır. İkincisi, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine dava açıl-

makla birlikte o davada hukuka aykırı bir karar çıkması durumunda, hukuka aykırılığın sürdürülmemesi için ödeme emrinin iptali davasının temyiz incelemesinde bu gerekçe uygulanamayacaktır.

Bu nedenle, aynı ecrimisil alacağı ile ilgili iki ayrı dava açılması sorununun giderilmesi için farklı bir çözüm bulunmalıdır. Bu kapsamda, çalışmamızda iki öneride bulunulmuştur. Bunlardan birincisi, kanun değişikliğiyle idarî dava açmanın yürütmeyi durdurmayacağı kuralına bir istisna getirilerek, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesine karşı iptal davası açılması durumunda yürütmenin kendiliğinden durması sağlanmalıdır. İkincisi ise, ecrimisil (düzeltme) ihbarnamesinin iptali davası devam ederken düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açılması durumunda, mahkeme, talep olmasa da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38'inci maddesi çerçevesinde davaların birleştirilmesi için belirlenen usulü izlemelidir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar :

- Ahmet Vefik Paşa:** Lehce-i Osmânî, (Hazırlayan: Recep Toparlı), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları: 743, Ankara 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil:** Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, (İdare Hukuku).
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil:** Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, (İdari Yargılama).
- Aslan, Zehreddin:** İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul 2001.
- Balta, Tahsin Bekir:** İdare Hukukuna Giriş I, TODAİE Yayınları No: 117, Ankara 1968/1970.
- Bulutoğlu, Kenan/Kurtuluş, Erciş:** Bütçe ve Kamu Harcamaları, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, İstanbul 1981.
- Candan, Turgut:** Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Çağan, Nami:** Vergi Hukukunda Süreler, AÜHFY No. 389, Ankara 1975.
- Çağlayan, Ramazan:** İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Derbil, Süheyp:** İdare Hukuku, Gözden geçirilmiş ve düzeltilmiş Beşinci Bası, AÜHFY No:133, Ankara 1959.
- Dönmez, Recai:** “Vergi İcrası”, **Mutluer, Kâmil/Heper, Fethi/Dönmez, Recai/Üyümez, M. Erkan:** Vergi Hukuku, 4. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1536, Eskişehir 2006.
- Duran, Lütfi:** İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, (İdare Hukuku).
- Düren, Akın:** İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, (İdare Malları).
- Düren, Akın:** İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, (İdare Hukuku).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.

- Erginay**, Akif: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İşlenmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1987.
- Eroğlu**, Hamza: İdare Hukuku, Işın Yayıncılık, Ankara 1984.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2011, (Eşya Hukuku).
- Feyzioğlu**, Feyzi N.: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, 1. Baskı, Baha Matbaası, İstanbul 1958.
- Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun/**Berk**, Kahraman: İdare Hukuku, Güncellenmiş Altıncı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2011.
- Gözübüyük**, Şeref: Yönetmelik Yargı, 32. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (İdari Yargılama).
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, (Genel Esaslar).
- Gülan**, Aydın: “Kamu Malları”, **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2015.
- Hırş**, Ernest: Zilyedliği gasp ve ona tecavüz (fuzuli işgal)den doğan tazminat (ecrimisil) talepleri, Kenan Matbaası, İstanbul 1943.
- İnalçık**, Halil: Osmanlı İdare ve Ekonomi Tarihi, İsam Yayınları, İstanbul 2011.
- Kaman**, Nur: “Kamu Malları”, **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okan: İdare Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Kaneti**, Selim/**Ekmekci**, Esra/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Süreler).

- Karakoç**, Yusuf: Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Kamu Alacaklarının Tahsil Aşaması).
- Karakoç**, Yusuf: Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, (Kamu Malları Ecrimisil).
- Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Kamu İcra Hukuku).
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku Ders Kitabı, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Vergi Yargılaması).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Kırbaş**, Sadık: Devlet Malları, 2. Baskı, Ankara 1988.
- Kutlu Gürsel**, Meltem: Kamulaştırma Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Mutluer**, Kâmil: Vergi Genel Hukuku, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, (Vergi Genel).
- Mutluer**, Kâmil: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, (Genel ve Özel Hükümler).
- Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (I. Cilt).
- Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları II. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (II. Cilt).
- Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (III. Cilt).
- Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Birinci Basım, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1977.
- Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul 1996, (Günışığında Yönetim).
- Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (Yargısal Korunma).

- Özyörük**, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, 1973.
- Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Sancakdar**, Oğuz/Us, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu/**Seyhan**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Sarıca**, Ragıp: İdari Kaza Cilt I İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.
- Sezginer**, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Söyler**, İlhami: Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No: 2005/ 368, Ankara 2005.
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Vergi Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.
- Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- T.C. Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü**: Ecrimisil İşlemleri, Ankara 1998.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Borçlar Hukuku Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- Tikveş**, Özkan: İdare Hukuku, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1983.
- Yavuz**, Nihat: Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
- Yayla**, Yıldızhan: İdare Hukuku, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Yıldırım**, Turan: “İdari İşlemler”, **Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, Eyüp/**Üstün**, Gül/**Tekinsoy**, Okan: İdare Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, (İdari İşlemler).
- Zabunoğlu**, Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (Cilt 1).
- Zabunoğlu**, Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, (Cilt 2).



**Makaleler :**

- Akgündüz**, Ahmet: “İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Te’sirleri”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1984, s. 339-375.
- Başar**, Cemal: “Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, s. 4567-4611.
- Buhur**, Sami: “Ecrimisil Alacakları İle İlgili Düşündürücü Bir Uygulama Örneği”, E-Yaklaşım, S. 247, 2013.
- Coşkun Karadağ**, Neslihan: “Zamanaşımı Sürelerine Etkisi Açısından ‘Mücbir Sebepler’ ve ‘Ödeme’ye Eleştirel Bakış, AÜHFD, C. 61, S. 3, 2012, 1017-1055.
- Çaptuğ**, Mehpere/**Avcioğlu Aksoy**, Ezgi: “Kamu İcra Hukuku İşlemlerinde Yetki ve Şekil Unsuru”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2893-2953.
- Demirkol**, Selami: “İptal Davasında İdari İşlemin Beş Unsuru”, Sayıştay Dergisi, C. 9, S. 29, s. 1998, s. 65-89.
- Duran**, Lütfi: “Kamusal Malların Ölçütü”, İHİD, C. 5, S. 1-3, 1984, s. 35-48, (Kamusal Mallar).
- Ertas**, Şeref: “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanlaşımı”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, s. 3093-3104, (Zamanaşımı).
- Gök**, Özgecan: “Kamu İcra Hukuku’nda Ödeme Emrine Karşı Dava Açma Süresi ve Anayasaya Uygunluğu: Bir Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, DEÜHFD, C. 12, Özel S., 2010, s. 381-433).
- Gündüz**, F. Ebru: “Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, s. 237-266.
- Karakoç**, Yusuf: “Kamu Mallarının Değerlendirilmesi Açısından Ecrimisil”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 65, S. 399, 1993, s. 163-172, (Ecrimisil).
- Karakoç**, Yusuf: “Ecrimisil Alacaklarında Zamanlaşımı (Danıştay Kararının Düşündürdükleri)”, Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: No: 69, İzmir 1996, s. 31-43, (Ecrimisil Zamanlaşımı).

- Karakoç**, Yusuf: “Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay (Gelirin Elde Edilmesi)”, Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları: No: 69, İzmir 1996, s. 165-210, (Gelir Vergisinin Doğuşu).
- Karakoç**, Yusuf: “Mecelle (Mecelle-i Ahkâmı Adliyye)”, Güncel Hukuk, C. 2, S. 98, 2012, s. 60-61, (Mecelle).
- Kıratlı**, Metin: “Yürütmenin Durdurulması”, AÜSBFD, C. 21, S. 4, 1966, s. 173-196.
- Koçak**, Halis: “Ecrimisil Alacağının Tespiti, Takdiri, Tebliği ve Tahsili”, Yaklaşım Dergisi, S. 223, Temmuz 2011, s. 75-79.
- Narter**, Recep/**Arıkan**, Abdullah: “Kamu Alacaklarının Tahsil Sürecinin Belirlenmesinde İdarenin Seçimlik Hakkı Var mıdır?”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1529-1546.
- Onar**, Sıddık Sami: “Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification’u, Mecelle”, İÜHFM, XX/1-4, İstanbul 1954, s. 57-85, (Mecelle).
- Sancakdar**, Oğuz: “İdari Yargıda ‘Tek Dilekçe ile Dava Açma’ (Karşılaşmalı Hukukî Analiz)”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 223-269.
- Sezer**, Yasin: “Kamu Mallarında Ecrimisil”, Danıştay Dergisi, Yıl: 34, S. 108, 2004, s. 5-22.
- Taşdelen**, Aziz: “Vergi Alacağının Tahakkuku: Bir Aşama ve Bir İşlem”, AÜHFD, C. 56, S. 1, 2007, s. 279-312.
- Ulusoy**, Arzu: “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, İHİD, C. 15, S. 1, 2012, s. 185-195.
- Yasin**, Melikşah: “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, E-Akademi, S. 60, 2007.
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türk Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halinin Dava ve Temyiz Süresini Durdurup Durdurmayacağı Sorunu”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 43-56.
- Yıldırım**, Turan: “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1520-1538, (Mücbir Sebep).

**Tezler :**

**Aydın, Murat:** Kamu Hukukunda Ecrimisil, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2013.

**Demirtaş, Fatma:** Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2019.

**Katipoğlu, Yılmaz:** Kamu Hukukunda Ecrimisil, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

### KISALTMALAR CETVELİ

<b>AATUHK</b>	: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFY</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
<b>AÜSBE</b>	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>AÜSBFD</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>bkz</b>	: bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>D</b>	: Daire
<b>Dan</b>	: Danıştay
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>DİK</b>	: Devlet İhale Kanunu
<b>dn</b>	: dipnot
<b>E</b>	: Esas
<b>E.T.</b>	: Erişim Tarihi
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>hk</b>	: hakkında
<b>HTİHK</b>	: Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik
<b>İBK</b>	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
<b>İBGK</b>	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
<b>İDDK</b>	: İdari Dava Daireleri Kurulu
<b>İHİD</b>	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>K</b>	: Karar
<b>M</b>	: Madde
<b>MEGT</b>	: Milli Emlâk Genel Tebliği
<b>RG.</b>	: Resmî Gazete
<b>par</b>	: Paragraf
<b>s</b>	: sayfa
<b>S</b>	: Sayı

<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	: Türk Medenî Kanunu
<b>TKM</b>	: Türk Kanunu Medenisi
<b>TODAİE</b>	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
<b>VUK</b>	: Vergi Usul Kanunu
<b>Y</b>	: Yargıtay

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI**

<b><u>Y.N</u></b>	<b><u>YAYININ ADI</u></b>	<b><u>YAZARI</u></b>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşurma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER

20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993) Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN	
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım )- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK

47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım ) (ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M. Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ- Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR-1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN



- |     |  |  |
|-----|--|--|
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996)  | Doç.Dr. Ziya AKINCI  |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997)   | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ   |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997)  | Dr. Meltem KUTLU   |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997)   | Dr. Yusuf KARAKOÇ  |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997)  | Dr. Yusuf KARAKOÇ  |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997)  | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ   |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997)   | Prof.Dr. Bilge UMAR  |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997)   | Prof.Dr. Ergün AYBARS  |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997)  |  |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997)   | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ<br>Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES   |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998)  | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998)   | Arş.Gör. M. Beşir ACABEY   |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998)  | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998)   | Prof.Dr. Ergün AYBARS  |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Zafer GÖREN   |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Sadık ACAR  |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN<br>Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU<br>Dr. Oğuz SANCAKDAR<br>Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)   | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU   |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)   | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU   |
| 93- | Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)                                      | Doç. Dr. Huriye KUBİLAY  |
| 94- | İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)   | Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK   |
| 95- | 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN  |

- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/  
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL  
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Arş.Gör. Murat ÖNOK  
Arş.Gör. Behiye EKER  
Arş.Gör. Sesim SOYER  
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

- 
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL  
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)  
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)  
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)  
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve  
Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)  
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi  
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir