



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

50

YIL: 13 - SAYI: 50 - NİSAN 2022
www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Doç. Dr. Servet ALYANAK / Hâkim

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Doç. Dr. Servet ALYANAK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

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

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

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

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

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

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

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŐANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE İKİ DEFADAN FAZLA CUMHURBAŞKANI SEÇİLEMEME KURALI

The Rule of 'Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most' in the Executive Presidential System

Mustafa ŞENTOP s. 1-40

KAN GÜTME SAİKİ İLE KASTEN ÖLDÜRME SUÇU

Deliberate Killing with the Motive of Bloody Strife

Yunus Emre BAĞLAR..... s. 41-78

SERİ MUHAKEME USULÜ TEKLİFİNİ KABUL ETME VE SUÇ İKRARI İLİŞKİSİ

The Relationship Between Accepting Accelerated Trial Procedure and Plead Guilty

Enver KAŞLI..... s. 79-92

DEFİNE ARAMA YÖNETMELİĞİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE DAİR DEĞERLENDİRMELER

Assessments on the Changes Made to the Regulation ; on Legal Treasure Hunting

Döndü KUŞÇU.....s. 93-114

ÇOCUĞUN SANAL CİNSEL İSTİSMARI*

Cyber Grooming

Neslihan CAN.....s. 115-138

NE BİS İN İDEM İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİK ALANLARI İLE İLGİLİ BİR SENTEZ ÇALIŞMA

A Synthesis Study About Ne Bis In Idem Principle and Scope of Applicability

İlayda OTER s. 139-158

İTTİFAK SİSTEMİNİN VE MİLLETVEKİLİ SAYISININ ARTMASININ TEMSİLDE ADALETE ETKİSİ

Impact of Electoral Alliance System and Increase in the Number of Members of Parliament on the Fairness in Representation

İbrahim YILMAZ..... s. 159-180



İDDİANAMENİN İADESİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM
ÖNERİLERİ

*Problems and Solution Recommendations on Return of Indictment ; and
Initiation of Public Prosecution*

Ramazan ARITÜRK s. 181-218

DİSİPLİN CEZALARININ ÖZLÜK DOSYALARINDAN SİLİNMESİ ve
CEZALARA İLİŞKİN BİLGİLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE VERİLMESİ
MESELESİ

*The Problem of Deleting University Students' Disciplinary Sanction
Records from Student Files and Giving the Information Regarding to the
Sanction to the Third Parties*

Özge Didem BOULANGER..... s. 219-240

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEN ÇEKİLMENİN ANAYASAL
ESASLARI VE BAŞLICA TARTIŞMALAR

The Constitutional Procedure of Treaty Withdrawal

Tolga ŞİRİN; Necdet Umut ORCAN s. 241-278

YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ HAKKINDAKİ ŞİKAYETLER
ÜZERİNE VERİLEN CEZA SORUŞTURMASI AÇILMAMASI
KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

*Legal Quality and Jurisdiction of Decisions not to Open A Criminal
Investigation on Complaints about Higher Education Staff*

İlhami ÖZTÜRK; Arif Emre SÜMER..... s. 279-304

SPONTANE İZOMORFİZM PERSPEKTİFİNDEN BAKAN
YARDIMCILIĞI VE MÜSTEŞARLIK POZİSYONLARININ
KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ: TÜRKİYE
ÖRNEĞİ*

*Comparative Evaluation of the Deputy Ministry and Undersecretary Positions
from the Perspective of Spontaneous Isomorphism: The Case of Turkey*

Yusuf COŞKUN; Cemal YORGANCIOĞLU s. 305-332

ÖZEL HUKUK

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA YAPAY
ZEKÂ ROBOTUN SORUMLULUĞU VE SİGORTALANMASI
HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of Liability and Insurance of the Artificial Intelligence Robots
under the Liability of the Man Employee*

Atakan Adem SELANİK..... s. 335-364

TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI SORUNU

The Problem of Consumer Status of Trader

Yakup BAL s. 365-384

TÜRK İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA İKALE SÖZLEŞMELERİNİN
GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ VE “MAKUL YARAR” KAVRAMI

*Legality Criteria of Mutual Rescission Agreements and Concept of
“Reasonable Benefit”** within the Context of Turkish Labour Law*

Serkan Taylan KARAÇ s. 385-416

ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ DAVASI VE ÖZELLİK ARZ EDEN
BAZI HUSUSLAR

Case for Correction of the Land Share and Some Situations Characterised

Coşkun ÇALDAĞ..... s. 417-442

MODERN ULUSLARARASI TAHKİMİN GELİŞİMİNDE JAY
ANDLAŞMASI’NIN YERİ

*The Place of the Jay Treaty in the Development of Modern International
Arbitration*

Mehmet Emin BÜYÜK s. 443-472

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE İKİ DEFADAN FAZLA CUMHURBAŞKANI SEÇİLEMEME KURALI

The Rule of 'Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most' in the Executive Presidential System

Mustafa ŞENTOP*

Özet

16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucunda kabul edilerek yürürlüğe giren 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en kapsamlı Anayasa değişikliklerinden birisi gerçekleştirilmiştir. Söz konusu Anayasa değişikliği ile Türkiye'de hükümet sistemi değişmiş; parlamenter hükümet sistemi yerini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır. Bu kapsamda 6771 sayılı Kanun, yürütme erkinin oluşumu ile görev ve yetkilerine ilişkin Anayasa hükümlerinde önemli değişiklikler yapmış ve yeni esaslar benimsemiştir.

2017 tarihli söz konusu Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının uygulanma şekline dair öğretilerde ve kamuoyunda bazı tartışmalar görülmüştür. Büyük ölçüde, 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce de Anayasa'da aynı içerikte bir kuralın yer alması dayanan bu tartışmaların odağını, 2017 tarihli Anayasa değişikliğinden önce yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerinin “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının uygulanmasına etkisi oluşturmaktadır. Bu çerçevede çalışmada, yorum yöntemlerinden ve kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerden hareketle, “*parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralı uygulanırken dikkate alınıp alınmayacağı*” sorusunun cevabı aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı seçimleri, en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilme kuralı, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, parlamenter hükümet sistemi, 6771 sayılı Kanun, yorum yöntemleri, kanunların zaman bakımından uygulanması

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.01.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Prof. Dr., Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, mustafa.sentop@tbmm.gov.tr,
<https://orcid.org/0000-0001-7303-3370>



Abstract

With Law no.6771 of 21 January 2017 which entered into force following its approval in the referendum held on 16 April 2017, one of the most comprehensive constitutional amendments of history of the Republic of Türkiye has been realised. As result of these constitutional amendments the system of government has been changed in Türkiye; the parliamentary system of government has been replaced with the executive presidential system. In this context, the Law no.6771 made crucial changes in constitutional rules on organisation of the executive branch and on its responsibilities and powers, and adopted new principles.

Following the aforementioned constitutional amendments of 2017, various debates have been seen in the doctrine and in the public sphere concerning the way of implementation of the rule “*a person may be elected as the President of the Republic for two terms at most*” stipulated in Article 101 of the Constitution as amended by law no.6771. The focal point of these debates, which have mostly been based on the fact that a rule with the same content already existed in the Constitution before the latter has changed by law no.6771, is the effect of presidential elections held before the constitutional amendments of 2017 to the implementation of the rule “*a person may be elected as the President of the Republic for two terms at most*”. In this context, in this study, departing from the interpretation methods and the principles concerning *ratione temporis* application of statutes, the answer for the question of “*whether or not presidential elections held during the term of the parliamentary system of government will be taken into account while implementing the rule ‘a person may be elected as the President of the Republic for two terms at most’ in the term of the executive presidential system*” will be sought.

Keywords: Presidential elections, the rule of being elected as President of the Republic for two terms at most, the executive presidential system, the parliamentary system of government, the Law no.6771, interpretation methods, *ratione temporis* application of statutes

GİRİŞ

Türkiye, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum sonucunda kabul edilen 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun’la tarihinin en kapsamlı Anayasa değişikliklerinden birini gerçekleştirmiştir. On sekiz maddeden oluşan söz konusu Anayasa değişikliğinin özü, daha önce “*halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile parlamentonun güven oyunu alan Bakanlar Kurulu tarafından birlikte kullanılan*” yürütme yetkisi ve görevini, artık milletvekilleri ile birlikte aynı anda halk tarafından seçilecek Cumhurbaşkanının tek başına kullanacak olmasıdır. Böylece Türkiye, 6771 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliği ile birlikte hükümet sistemini değiştirmiş; parlamenter hükümet sisteminden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş yapmıştır¹.

¹ 6771 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliğinin öngördüğü cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öğretide “*başkanlık sistemine benzer bir hükümet sistemi, başkanlık sistemi, çarpıtılmış başkanlık sistemi, sui generis başkanlık sistemi, Türk tipi başkanlık sistemi, neverland hükümet sistemi*” gibi farklı nitelendirmelere konu olmuştur. Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021) 335; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021) 175; Bülent Tanör, Necmi

6771 sayılı Kanun ile 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda var olan Bakanlar Kurulu ile ilgili tüm ifadeler kaldırılmış, Anayasa'da Başbakana ve Bakanlar Kuruluna yapılan atıflar Cumhurbaşkanı şeklinde değiştirilmiş ve yine Cumhurbaşkanlığı makamı ile ilgili adaylıktan seçilme esaslarına, görev ve yetkilerinden sorumluluğuna kadar pek çok konuda yeni hükümler ihdas edilmiştir.

Uzun bir süredir uygulanan hükümet sistemini değiştirmesi sebebiyle hukukumuz ve toplumsal yaşantımıza önemli etkileri bulunan 2017 tarihli Anayasa değişikliklerinin, öğretilerde bazı tartışmalara ve uygulamada çeşitli tereddütlere yol açtığı gözlemlenmektedir. Bu noktada söz konusu değişikliklere konu yeni hükümet sisteminin genel mantığının anlaşılmasının ve tüm kurum ve kurallarıyla sorunsuz şekilde uygulanmasının zaman alacağı açıktır.

2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği kapsamındaki hükümlerden birisi, 6771 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 101'inci maddesini tamamen değiştiren, 7'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki "*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralıdır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde aynı kişinin Cumhurbaşkanı seçilmesine yönelik sayı sınırlaması getiren bu kural da, ilk bakışta anlamı gayet açık bir norm olarak görünmesine rağmen, yakın geçmişte kamuoyunda ve öğretilerde bazı tartışmalara konu olmuştur. Bu kapsamda söz konusu kural hakkında gündeme gelen tartışmalarda çeşitli yazarlar tarafından, "*6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralının uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı*" noktasında farklı değerlendirmelerde bulunulmuştur².

Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2019) 65; Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020) 334 vd.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021) 801; Kemal Gözler, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?" 24.02.2017, <https://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

² Örneğin, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 843-845; İbrahim Ö. Kaboğlu, "Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir Kuralı Üzerine...", (2021) (1), *Ankara Barosu Dergisi*, 327 vd.; Tolga Şirin, "Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı adayı olabilir mi?", 08.04.2021, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/recep-tayyip-erdogan-yeniden-cumhurbaskani-adayi-olabilir-mi,30518>, Erişim Tarihi: 24.12.2021; Şule Özsoy Boyunsuz, "Anayasamıza Göre Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı", *Hukuk Defterleri*, (2018) (14), <https://hukukdefterleri.com/anayasamiza-gore-cumhurbaskaninin-donem-siniri/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021; Murat Sevinç, "Hayret verici bir 'Anayasa' yorumu!", 11.06.2018, <https://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

Parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında dikkate alınmaması gerektiği hususunda bkz. Abdurrahman Eren, "Mevcut Cumhurbaşkanı kaç defa



Şüphesiz, 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesine konu değişikliğinin yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinden³ önce herhangi bir Cumhurbaşkanlığı seçimine katılıp başarılı olan adayların bu dönemde icra ettikleri görevlerinin, ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralının Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki uygulamasında hesaba katılıp katılmayacağı hususu, siyasal ve toplumsal hayatımız açısından son derece önemli bir meseledir. Bununla birlikte konunun siyaset bilimi ve toplum yaşamı açısından taşıdığı önem, son tahlilde bu meselenin hukuki bir sorun olduğu ve hukuk ilminin ilkeleri ışığında çözümlenmesi gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir.

Bu çerçevede çalışmada, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı ele alınarak, söz konusu Anayasa kuralına verilecek anlamdan hareketle “*parlamentar hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının yeni hükümet sistemi döneminde uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı*” sorusunun cevabı aranacaktır. Bu amaçla öncelikle bahsi geçen Anayasa hükmünün anlamı ve kapsamı yorum yöntemleri çerçevesinde belirlenmeye çalışılacaktır. Akabinde söz konusu hükmün yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinden önce de Anayasa'da aynı içerikli bir başka kuralın bulunduğu olgusundan hareketle, inceleme konusu Anayasa kuralı kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler ışığında değerlendirilecektir.

I. İKİDEN FAZLA CUMHURBAŞKANI SEÇİLEMEME KURALININ ANLAMI

Hukuk ilminde bir normun anlamının, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ameliyesi yorum kavramı ile ifade edilmektedir⁴. Bu kapsamda,

seçilebilir?”, 23.06.2018, <http://www.kanuniesasi.com/2018/07/23/mevcut-cumhurbaskani-kac-defa-secilebilir/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021; Adnan Küçük, “Recep Tayyip Erdoğan 2023 Seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına Aday Olabilir Mi?”, 23.09.2020, <https://www.turktime.com/yazar/recep-tayyip-erdogan-2023-secimlerinde-cumhurbaskanligina-aday-olabilir-mi/15070>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

Belirtmek gerekir ki burada kendilerine atıf yapılan yazarların tamamı konuyu parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri temelinde genel olarak değil, Onikinci Cumhurbaşkanının tekrar Cumhurbaşkanlığına aday olup olamayacağı özelinde ele almışlardır.

³ 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 101'inci maddesi, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine (24 Haziran 2018 seçimlerine) ilişkin takvimin başladığı tarih olan 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. 6771 sayılı Kanun madde 18.

⁴ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2007) 184; Turhan Esener, *Hukuk Başlangıcı - Genel Hukuk Bilgisi* (8. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2008) 251; Aydın Aybay, Rona Aybay, *Hukuka Giriş* (3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006) 337; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021) 179 vd; Ahmet M. Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (3. Bası, Ekin Basım Yayın, Bursa 2020) 93. “*En geniş anlamda yorum, çelişik olanın anlamlı hale getirilmesinden başlayarak,*

somut bir olayda, öncelikle, uygulanacak olan hukuk kuralının gerçek⁵ ve makul⁶ anlamının yorum yoluyla açığa çıkarılması gerekmektedir. Hukukta yorum, herhangi bir kurala bağlı olmaksızın serbestçe icra edilebilecek bir faaliyet değildir. Yorum faaliyetinin, normun lafzı, amacı, diğer normlarla ilişkisi gibi birçok hususu dikkate alan yorum yöntemlerinin takip edilmesi suretiyle icra edilmesi gerekmektedir⁷.

Bu kapsamda Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralının, 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Cumhurbaşkanı seçilmiş olan kişileri de kapsamına alıp almadığı ve dolayısıyla bu kimseler hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevaplandırılabilmesi, kaçınılmaz olarak söz konusu hukuk kuralının anlamının genel kabul görmüş yorum yöntemleri doğrultusunda belirlenmesini gerektirmektedir. Bu başlık altında, öğretide genel kabul görmüş klasik⁸ yorum metotlarından hareketle (6771 sayılı Kanun'la değiştirilmiş) Anayasa'da yer alan "*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralının anlamının ve kapsamının belirlenmesine çalışılacaktır⁹.

A. Lafzî Yorum

Yorum yöntemlerinin başında gelen ve hukuk kuralının lafzını, kullanılan kelimelerin anlamını, dizilimini ve Türkçe dil bilgisi kurallarını esas alan lafzî yorum¹⁰, ontolojik olarak her hukuk kuralı aslında bir kelimeler dizisi

anlamın derinleştirilmesi, teknik anlamı olanla gündelik anlamın ayrıştırılması, asıl anlamın açığa çıkarılması ile işlem ve kaplam ilişkisinin bir sonuca kavuşturulmasıdır." Yasemin Işıқтаç, *Hukuk Başlangıcı* (3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015) 170.

⁵ Işıқтаç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 194; Güneş (n 4) 93.

⁶ Aral (n 4) 184.

⁷ Aral (n 4) 184; Güneş, (n 4) 101.

⁸ Bkz. Arslan Topakkaya, *Hukuk Hermeneutiği (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)* (1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019) 301-302.

⁹ "*Anayasanın yorumlanmasında öncelikle klasik yorum yöntemleri, yani lâfzî, sistematik, amaçsal ve tarihsel yorum yöntemleri uygulanmaktadır. Anayasa mahkemeleri genellikle bu konuda teorik tartışmalara girmeksizin, öncelikle klasik yorum yöntemlerinden, gerekli gördüklerinde ise anayasa hukukuna özgü yorum prensiplerinden yararlanarak anayasayı yorumlamaktadırlar. Bir anayasa hükmünün anlam ve kapsamının belirlenmesinde sözü edilen tüm yorum yöntemlerinden yararlanılmalıdır. Zira bu yöntemler birbirini dışlamamakta, aksine tamamlamaktadır. ... Türk Anayasa Mahkemesi, esas itibariyle klasik yorum yöntemlerinden yararlanarak Anayasa'yı yorumlamaktadır.*" Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması* (1. Bası, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008) 215-216, 218; "... genel yorum yöntemleri, kuşkusuz anayasanın yorumlanmasında da geçerlidir." Kanadoğlu, Duygun (n 1) 38.

¹⁰ Esener (n 4) 253; Aybay A., Aybay R. (n 4) 339; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005) 75; Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (US-A Yayıncılık, Ankara 1998) 166.; İ. Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, *Hukuka Giriş* (14. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021) 97.



olduğundan, hukuk kurallarının yorumlanmasında ilk başvurulması gereken yorum metodudur¹¹.

Lafzî yorum yönteminden hareket edildiğinde, Anayasa'nın 101'inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin anlamının açık olduğu, bu kapsamda anılan hükmün “*bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçildikten sonra üçüncü defa Cumhurbaşkanı seçilmesinin mümkün olmadığı*” anlamına geldiği ifade edilebilecektir. Ancak bu şekilde yapılacak kısa bir tanımlama, söz konusu hukuk kuralının uygulamada hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlamlandırılması noktasında yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda anılan kuralın anlamının muğlaklık içermeyecek şekilde belirlenmesi için, kuralın lafzında yer alan “*Cumhurbaşkanı*” kelimesi ile neyin kastedildiğinin açıkça ortaya konulması, bunun için de lafzî yorum metodu gereğince bu kelimenin anlamının tespit edilmesi gerekecektir.

“Cumhurbaşkanı” kelimesi bir Anayasa Hukuku terimi olduğundan, Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasına anlam verilirken bu kelimenin günlük hayattaki anlamı¹² yerine Türk Anayasa Hukuku'ndaki terim anlamının diğer bir ifadeyle hukuki anlamının esas alınması gerekmektedir¹³. Kelimenin terim anlamı tespit edilirken ise mevcut Anayasa'nın yürürlükte olan hükümlerinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu noktada “Cumhurbaşkanı” kelimesinin terim anlamı için Anayasa'nın farklı maddelerinden hareketle farklı tanımlamalar¹⁴ yapılabilmesi mümkün olsa da, başta 8'inci¹⁵ ve 104'üncü¹⁶ maddeleri olmak üzere yürürlükteki Anayasa'nın bütünü esas alındığında Cumhurbaşkanı kelimesinin, “*Devleti oluşturan erklerden yürütme erki, yürütme yetkisinin sahibi olan Devlet başkanı*” anlamlarına geldiği görülmektedir¹⁷.

¹¹ Aral (n 4) 184; Aybay A., Aybay R. (n 4) 339; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (2. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020) 270; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (16. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019) 301, 302; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 10) 166; Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 194, 197.

¹² “Cumhuriyetle yönetilen ülkelerde devlet başkanı, reisicumhur, cumhur reisi”, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 5.12.2021.

¹³ Aybay A., Aybay R. (n 4) 339; Güneş (n 4) 104. Ayrıca bkz. Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 195; Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı* (n 4) 172.

¹⁴ Örneğin Anayasa'nın 104'üncü maddesinden hareketle “*Kanunları yayımlayan veya tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderen makam*” şeklinde, yine Anayasa'nın 116'ncı maddesinden hareketle “*Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında seçimlerin yenilenmesine karar verebilecek olan merci*” şeklinde bir Cumhurbaşkanı tanımı yapılabilmesi mümkündür.

¹⁵ Anayasa madde 8: “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*”

¹⁶ Anayasa madde 104: “*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.*”

¹⁷ Bu şekildeki bir Cumhurbaşkanı tanımının parlamenter hükümet sistemi döneminde geçerli olmadığı açıktır. Bu bağlamda 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliğini,

'Cumhurbaşkanı' kelimesi için bu şekilde yapılan bir nitelendirme, anayasaların Devlet organlarını ve bunlar arasındaki iş bölümünü (Devlet organlarının görev ve yetkilerini) belirleme¹⁸ şeklindeki temel amacı ile de uyumlu bir tanım olacaktır. Zira modern devlet teorisinde Devlet egemenliğinin yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç erk arasında paylaşıldığı¹⁹ ve bu erklerin tanımlanması ile kendi aralarındaki yetki paylaşımının belirlenmesinin anayasaların temel amaçlarından birini oluşturduğu kabul edilmektedir²⁰. Bu çerçevede 6771 sayılı Kanun'la değişik mevcut Anayasa'da Cumhurbaşkanının, tek başına söz konusu üç devlet erkinden biri olan yürütme erki olarak belirlendiği dikkate alındığında, pozitif hukukumuzda "*Cumhurbaşkanı*" kelimesinin en kısa, kapsamlı ve isabetli terim anlamının "*yürütme erki*" olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır²¹.

Bu çerçevede Cumhurbaşkanı kelimesinin yürürlükteki Anayasa uyarınca kendisine verilecek hukuki anlamı (terim anlamı) esas alındığında "*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" şeklindeki Anayasa kuralının

Cumhurbaşkanı kavramının Türk Anayasa Hukuku'ndaki tanımını değiştiren bir Anayasa değişikliği olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

¹⁸ Bkz. Süheyl Batum, Didem Yılmaz, Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 274; Atar (n 1) 24; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018) 96, 98; Mustafa Erdoğan, *Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası, Hukuk Yayınları, Ankara 2019) 3; Kanadoğlu, Duygun (n 1) 7-8.

¹⁹ Bkz. Philippe Braud, *'Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri'* Çeviren: Gülçin Balamir Coşkun, içinde: Cemal Bâli Akal (Der.), *Devlet Kuramı* (2. Bası, Dost Kitabevi, Ankara 2005) 365; Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çeviren: Ahmet Mumcu (2. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2002) 195 vd; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2020) 423; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (n 11) 501; Kanadoğlu, Duygun (n 1) 237-239.

²⁰ "*Anayasacılık akımının ortaya çıktığı 18. yüzyıl sonlarından bu yana ... anayasanın fonksiyonel anlamı, onun devlet iktidarının sınırlanmasına yarayan bir araç olmasıdır. ... Gene anayasacılık akımının ilk günlerinden bu yana, devlet iktidarının etkin biçimde sınırlandırılmasının en etkin yolunun, kuvvetler ayrılığı, yani devlet iktidarının çeşitli devlet organları arasında bölüşülüp paylaşılması olduğu kabul edilmektedir.*", Özbudun (n 1) 38.; ayrıca bkz. Kanadoğlu, Duygun (n 1) 240; Erdoğan (n 18) 6.

²¹ Yine siyaset biliminde yapılan "Devlet başkanı – hükümet başkanı" ayrımı noktasında konu ele alınacak olursa, 6771 sayılı Kanun öncesinde Türkiye'de Cumhurbaşkanı sadece Devlet başkanı sıfatına sahip olup; hükümet başkanlığı başbakan tarafından deruhte edilmekteydi. 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliğinden sonra ise Cumhurbaşkanı artık "*Devlet ve hükümet başkanı*" ve hatta "*Devlet başkanı ve hükümetin kendisi*" konumunu kazanmıştır. Bu kapsamda 6771 sayılı Kanun öncesinde sadece "*Devlet başkanı*" olarak tanımlanabilen ancak 2017 tarihli Anayasa değişikliğinden sonra "*Devlet başkanı ve hükümet*" olan Cumhurbaşkanı'nın "*yürütme erki*" şeklinde tanımlanması, söz konusu değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanlığı makamının temsil ettiği anlamı ifade edebilmek bakımından da yerinde bir tanımlama olacaktır. bkz. Andrew Heywood, *Politics* (4. Bası, Palgrave Macmillan, Londra 2013) 286; Arend Lijphart, *Patterns of Democracy - Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2. Bası, Yale Üniversitesi Yayınları, New Haven 2012) 114.



anlamı, “bir kimsenin yürütme erki olarak en fazla iki defa Cumhurbaşkanlığı makamına seçilebileceği” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce seçilen Cumhurbaşkanlarının Devlet başkanı olmakla birlikte (tek başlarına) yürütme erki olmadıkları, sadece yürütme gücünün kullanılmasına sınırlı ölçüde katıldıkları bilinmektedir²². Bu durumda “Cumhurbaşkanı” kelimesinin hukuki (terim) anlamı esas alınarak lafzî yorum metodu izlendiğinde; 6771 sayılı Kanun’la Anayasa değiştirilmeden önce parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin²³, Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesi anlamında bir “Cumhurbaşkanı yani yürütme erki seçimi” olarak kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla bu seçimlerin, bugün itibarıyla ikiden fazla seçilememe kuralı kapsamında dikkate alınamayacağı sonucuna²⁴ ulaşılmaktadır²⁵.

Nitekim 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi ile Anayasa’nın 101’inci maddesinin bir bütün olarak değiştirilmesi, özellikle ikinci fıkradaki “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının, önceki hükümle aynı kelimelerden oluşmuş olmasına rağmen yeniden yazılarak düzenlenmiş olması da, “Cumhurbaşkanı” kelimesindeki bu anlam ve içerik değişikliği sebebiyledir.

²² Bkz. 2709 sayılı Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun değişikliğinden önce yürürlükte olan 8’inci, 104’üncü, 109’uncu, 110’uncu, 111’inci, 112’nci maddeleri. “Yürütme gerçekten elinde tutan Bakanlar Kuruluna hükümet de denir. ... parlamenter sistemde ... Bakanlar Kurulu, yürütmenin gerçek gücüdür.” A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006) 249; “... parlâmenter rejimlerde Bakanlar Kurulu, ... yürütme yetkisini fiilen kullanan organdır.” Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005) 321.

²³ Bu seçim ister parlamentoda milletvekilleri tarafından, ister halk tarafından gerçekleştirilmiş olsun.

²⁴ Öğretide Eren aynı sonuca, “Cumhurbaşkanı” kelimesini başkanlık sistemindeki “Başkan” olarak nitelendirerek ulaşmaktadır. “Parlamenter sistemdeki; yetkisiz, sorumsuz ve tarafsız devlet başkanlığı konumundan; başkanlık sistemine uygun şekilde yürütme yetkisini tek başına kullanan, yetkili, sorumlu ve partili devlet başkanlığı statüsüne geçiş yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kelimesi aynen kalmış olmakla birlikte, devlet başkanı artık başkanlık sistemindeki başkan statüsündedir. Dolayısıyla yeni statü başkanlık statüsüdür ve yeni statüye uygun yapılacak seçim de ilk başkanlık seçimidir.” Eren, “Mevcut Cumhurbaşkanı kaç defa seçilebilir?”

²⁵ Bu çerçevede söz konusu kuralın anlamı kendisinin yürürlüğünden önce, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerini kapsamına almadığı için, konuyla ilgili tartışmalarda kendilerine atf yapılan “kurallar geniş, istisnalar dar yorumlanır” ve “yorum yoluyla istisna türetilmez” ilkelerinin; yine 101’inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan “bir kimse” ibaresinden hareketle dayanak alınan “genel ibare genel yorumlanır” ve “kanunun ayırım yapmadığı yerde bizim de ayırım yapmamamız gerekir” prensiplerinin inceleme konusu hukuki sorunun çözümüyle ilgilerinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 844; Şirin, “Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı adayı olabilir mi?”.

Anayasa'nın 101'inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanlığı seçilebilir*” kuralının lafzî yorum yöntemi ile anlamlandırılması, inceleme konusu açısından maddenin uygulanmasında gündeme gelebilecek tereddütleri giderecek nitelikte olmakla birlikte; hukuk kurallarının anlamlarının belirlenmesinde lafzî yorum yöntemi ile yetinilemeyeceği yönünde öğretide ileri sürülen görüşler²⁶ dikkate alınarak, aynı kuralın diğer yorum yöntemleri izlendiğinde açığa çıkan anlam(lar)ının da belirlenmesi faydalı olacaktır. Bu durumda diğer yorum yöntemleri esas alındığında ulaşılan sonucun, hükmün lafzî yorum metoduyla belirlenen anlamı ile örtüşmesi durumunda mesele kendiliğinden çözülmüş olacak; aksi durumda ayrıca, söz konusu Anayasa normunun anlamının belirlenmesinde hangi yorum yöntemine üstünlük tanınması gerektiği sorusuna cevap aranması gerekecektir.

B. Tarihsel Yorum

Tarihsel yorum bir hukuk normunun anlamının, onu ihdas eden, onaylayıp yürürlüğe koyan makamın bu norm ile ulaşmak istediği amaca göre belirlenmesini gerektiren yorum metodudur. Bu anlamda tarihsel yorum, kanun (kural) koyucunun kanunu (kuralı) ihdas ederken sahip olduğu subjektif iradeyi tespite çalışmakta ve anlam belirlemede ona üstünlük tanımaktadır²⁷.

Bir kanun hükmünün anlamının kanun koyucunun ihdas tarihindeki iradesinden hareketle tespit edilebilmesi, söz konusu kanunun yürürlüğe konulma sürecinde yürütülen çalışmalara ilişkin belgelerin incelenmesini zorunlu kılmaktadır²⁸. Zira kanun koyucunun, bir kanun hükmünü hangi amaçla kabul ettiğini doğrudan veya dolaylı olarak açığa vurma iradesi taşıması durumunda bu iradenin yansiyabileceği mecra kanun teklifinin gerekçesi, teklifi görüşen komisyonun raporu, komisyon tutanakları veya Genel Kurul tutanakları olacaktır. Bu sebeple aşağıda sırasıyla 6771 sayılı Kanun'a esas teşkil eden teklifin gerekçesi ve kanun teklifine ilişkin komisyon raporu incelenerek, tarihi yorum yönteminden hareketle Anayasa'nın 101'inci maddesinin inceleme konusu hukuki sorun hakkındaki öngörüsü ortaya konulacaktır.

1. Kanun Teklifinin Gerekçesi

Sonradan 6771 sayılı Kanun olarak kabul edilecek olan 2/1504 esas numaralı kanun teklifinin 8'inci²⁹ maddesi, Anayasa'nın 101'inci maddesinin başlığı

²⁶ Aral (n 1) 185; Kanadoğlu, Duygun (n 1) 35.

²⁷ Bkz. Aral (n 1) 186 - 187; Esener (n 4) 254; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (n 11) 271; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 304-305; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 10) 168 – 169; Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 201 vd.; “... yorumlama her zaman yasayı çıkaran yasa koyucuların niyetlerinden hareket etmek zorundadır. ... yasa koyucunun niyeti yorumlama için oldukça önemlidir.” Topakkaya (n 8) 300.

²⁸ Esener (n 4) 254; Gözübüyük (n 10) 76; Aybay A., Aybay R. (n 4) 343; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (n 11) 271, Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 202.

²⁹ Belirtmek gerekir ki teklifin 8'inci maddesi, Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeler esnasında



ile birlikte tamamen değiştirilmesini öngörmüştür. Söz konusu maddenin gerekçesinde “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralına ilişkin olarak aşağıdaki değerlendirmeye yer verilmiştir: “*Cumhurbaşkanının görev süresi yürütme istikrarı bakımından beş yıl olarak belirlenmekte; bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır*”³⁰.

Görüleceği üzere, Anayasa değişikliği kanununun ilgili maddesinin gerekçesinde, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği 2018 yılından önce seçilen Cumhurbaşkanlarının “*en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme*” kuralının kapsamına dâhil olup olmadıkları konusuna doğrudan temas eden bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte gerekçede yer alan “... *beş yıl olarak belirlenmekte*” ve “... *hüküm altına alınmaktadır*” ifadelerinin konuya dolaylı olarak temasta bulunduğu ifade edilebilecektir. Bu çerçevede Anayasa koyucu, 6771 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde Anayasa’nın 101’inci maddesinde zaten Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak belirlenmiş olmasına ve yine bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği öngörülmüş bulunmasına rağmen³¹, diğer bir ifadeyle 6771 sayılı Kanun bu iki konu hakkında Anayasa’nın 101’inci maddesinde kullanılan kelimeler bakımından bir değişiklik yapmamasına rağmen; teklifin 8’inci maddesinin gerekçesinde bu konuları ilk defa düzenlediği anlamına gelen ifadeleri kullanmış, böylece Anayasa değişikliği öncesindeki ve sonrasındaki Cumhurbaşkanı seçimlerinin, hukuki bir süreklilik içinde birbirlerinin devamı niteliğinde seçimler **olmadığı** yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Gerçekten Anayasa koyucu, 6771 sayılı Kanun’a ilişkin teklifin 8’inci maddesinin gerekçesinde aynen aynı teklifin 14’üncü maddesinin gerekçesinde yaptığı gibi³² “*Yürütme istikrarı bakımından Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olacağı ve bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği ilkesi korunmaktadır*” şeklinde bir ifade tarzı benimseyebilecekken bunu tercih

“7” madde numarasını almıştır. Dolayısıyla “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde, 6771 sayılı Kanun’a esas teşkil eden teklifin ise 8’inci maddesinde yer almaktadır. Bkz. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Sıra Sayısı:447 (*TBMM Tutanak Dergisi*, D.26, Y.2, C. 31, B.53; 09.01.2017’ye eklidir).

³⁰ Bkz. 26’ncı Yasama Dönemi, 2/1504 esas numaralı kanun teklifi metni, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2021.

³¹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 31.05.2007 tarihli, 5678 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesi. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070616-1.htm>

³² Söz konusu kanun teklifinin Anayasa’nın 123’üncü maddesinde değişiklik yapan 14’üncü maddesinin gerekçesi “*İdarenin bütünlüğü ile merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasına dayanması ilkesi korunmaktadır.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Metne vurgu eklenmiştir. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2021.

etmemiş ve beş yıllık görev süresi ile en fazla iki defa seçilebilme esaslarını, yeni kurduğu hükümet sistemi için ilk defa tespit edilen (“belirlenen” ve “hüküm altına alınan”) prensipler olarak ifade etmiştir.

Anayasa koyucunun teklif gerekçesinde sergilediği bu tavrı, parlamenter hükümet sistemi yerine yeni bir hükümet sistemi benimsenmesinin 6771 sayılı Kanun’la gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin temelini oluşturmasıyla da uyum içindedir. Yürütme organının tanımını, bu kapsamda “Cumhurbaşkanı” kelimesinin anlamını ve Devlet içindeki konumunu değiştirerek yeni bir hükümet sistemi tasarladığı dikkate alındığında³³ Anayasa koyucunun, teklifin gerekçesinde konu hakkında ilk elden bir düzenleme yaptığını ortaya koyacak şekilde “bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır” ifadesini kullanmasının ve böylece bu yeni sistemde gerçekleştirilecek Cumhurbaşkanlığı seçimlerini önceki sistemdeki seçimlerden ayırmasının bilinçli bir tercihi yansıttığı görülecektir³⁴.

³³ Gerçekten tarihsel yorum kapsamında Anayasa değişikliği kanun teklifinin genel gerekçesinde yer verilen “... milletin sadece yasama organını seçtiği, yürütme organının yasama organı içinden çıktığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi dengelerinin hükümet kurma ve hükümet düşürmede etkili olduğu bir sistem yerine; yasamanın ve yürütmenin ayrı ayrı ve doğrudan millet tarafından seçildiği bir sistemin benimsenmesinin ülkemizin şartları ve ihtiyaçlarına daha uygun olduğu anlaşılmıştır” şeklindeki ifadeler ile 4’üncü maddesinin gerekçesinde yer verilen “Maddeyle, yasama ile yürütmenin aynı gün doğrudan halk tarafından beş yıl için seçilmesi öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle seçimlerin yapılmasıyla birlikte yürütme oluşacak ve yasama organı teşekkül edecektir” cümleleri, 6’ncı maddesinin gerekçesindeki “... öngörülen yeni hükümet sistemine uygun olarak ...” ibaresi, 9’uncu maddesinin gerekçesinde yer alan “... Maddeyle ... yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu ... düzenlenmektedir” ifadesi, yine 11’inci ve 12’nci maddelerinin gerekçelerinde yer verilen, sırasıyla “Yürütmede istikrarın korunması açısından yasama ve yürütme seçimlerinin birlikte yapılması esası benimsenerek ...” ve “... Yasama ve yürütme seçimlerinin aynı gün yapılması, seçimlerle birlikte yasamanın yenilenmesini ve Cumhurbaşkanının seçilmesi suretiyle yürütmenin kurulmasını sağlayacaktır. Parlamenter hükümet sisteminde var olan hükümetin kurulamaması veya kurulan hükümetin güvenoyu alamaması ihtimali teklif edilen hükümet sisteminde bulunmamaktadır” şeklindeki açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde; 6771 sayılı Kanun’la Anayasa’yı değiştiren Anayasa koyucunun söz konusu kanunun kabulü esnasındaki iradesinin, parlamenter sistem olarak isimlendirilen hükümet sistemini yürürlükten kaldırmak ve “yürütme yetkisini tek başına kullanacak Cumhurbaşkanının yasama organı ile aynı anda ve doğrudan halk tarafından seçilmesi” esasına dayanan yeni bir hükümet sistemini yürürlüğe koymak olduğu açıktır. Bkz. 26’ncı Yasama Dönemi, 2/1504 esas numaralı kanun teklifi metni, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>, Erişim Tarihi:12.12.2021.

³⁴ Nitekim kanun koyucunun, Cumhurbaşkanının seçimi de dâhil olmak üzere, eski hükümet sisteminin temel esaslarına dair Anayasa normlarında kısmi kelime ve cümle değişiklikleri yapmak yerine söz konusu normları tamamen yeniden kaleme almak şeklinde bir yasama yöntemi takip etmesi de izlediği bu amaçla tutarlılık göstermektedir. Bu yasama yönteminin hukuki sonuçları bir sonraki bölümde ayrıca ele alınacaktır.

2. Komisyon Raporu

6771 sayılı Kanun olarak yasalaşan kanun teklifi hakkında düzenlenen Anayasa Komisyonu raporunda, teklifin gerekçesi ile uyumlu olacak şekilde, “Cumhurbaşkanının konumunun değiştirilmesine dayanan yeni bir hükümet sisteminin yürürlüğe konulması”nın teklife konu Anayasa değişikliğinin temeli olduğu çeşitli vesilelerle ifade edilmiş bulunmaktadır³⁵. Şüphesiz bu ifadeler, teklifin gerekçesinden hareketle ulaşılan sonucu teyit eder niteliktedir. Ancak daha önemlisi, söz konusu komisyon raporu parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak kesin bir değerlendirmeye yer vermektedir. Anayasa Komisyonu raporundaki konuyla ilgili ifadeler şöyledir: “Yine, yürürlükteki ve Teklif’te yer alan Anayasa hükümlerinde ‘Cumhurbaşkanı’ ifadesi aynen kullanılmakla beraber, mevcut hükümlere göre Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile yürütme içindeki konumu Teklif’le getirilen hükümlerde esaslı bir şekilde değiştirildiği ve bütünüyle farklı bir hükümet sistemi içinde Cumhurbaşkanının düzenlendiği açık bir husus olduğu için, Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır”³⁶.

Bu bağlamda kanun koyucunun bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuki sorun hakkındaki iradesini, 6771 sayılı Kanun’un esas ihtisas komisyonu olarak görüşüldüğü Anayasa Komisyonu tarafından düzenlenen ve Genel Kurul görüşmelerine dayanak alınan komisyon raporunda tartışmaya yer bırakmayacak şekilde, gerekçesiyle birlikte³⁷ ortaya koyduğu görülmektedir. Bu bağlamda tarihi yorum yöntemi kapsamında kanun koyucunun, Anayasa’nın 2017 yılında değiştirilen 101’inci maddesinde yer alan “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmü uygulanırken değişikliklik

³⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı:447 (TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C. 31, B.53; 09.01.2017’ye eklidir). <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2021.

³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı:447 (TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C. 31, B.53; 09.01.2017’ye eklidir). <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2021.

³⁷ Komisyon raporunda “... mevcut hükümlere göre Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile yürütme içindeki konumu Teklif’le getirilen hükümlerde esaslı bir şekilde değiştirildiği ve bütünüyle farklı bir hükümet sistemi içinde Cumhurbaşkanının düzenlendiği açık bir husus olduğu için ...” şeklinde ifade edilen bu gerekçenin, yukarıda lafzi yorum yöntemi başlığı altında yapılan değerlendirmelerle büyük ölçüde örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

öncesinde, parlamenter hükümet sisteminde seçilen Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin dikkate alınmamasını amaçladığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır³⁸.

Üstelik kanun koyucunun Anayasa Komisyonu raporuna yansıyan bu iradesinin aksi yönünde bir değerlendirmeye söz konusu raporun muhalefet şerhlerinde yer verilmediği gibi, komisyondaki ve Genel Kurul'daki tartışmalarda da bu doğrultuda bir görüş ileri sürülmemiştir³⁹. Bu anlamda parlamenter hükümet sistemi zamanında gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yeni hükümet sisteminde ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralı uygulanırken dikkate alınmayacağı hususunda, o dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunan siyasi parti grupları ile milletvekilleri arasında herhangi bir ihtilaf, hatta tereddüt bulunmadığı da kaydedilmelidir.

Özetlemek gerekirse 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğine ilişkin 6771 sayılı Kanun'un yasama çalışmalarına dair belgelerde, bu kapsamda özellikle kanun teklifinin gerekçesinde ve esas komisyon raporunda, yeni hükümet sistemi döneminde “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı uygulanırken, Anayasa değişikliğinden önce Cumhurbaşkanı olarak görev yapmış kişilerin bu görevlerinin dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna açık ve net bir cevap bulabilmek mümkündür. Bu bağlamda her şeyden önce kanun koyucu, kanun teklifine ilişkin komisyon raporunda “*getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı(nın) tartışmasız*” olduğunu belirtmiş ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel tereddütlere daha teklifin yasalaşma sürecinde cevap vermiştir.

Yine kanun teklifinin hazırlık aşamasına dair belgeler, 6771 sayılı Kanun'la yeni bir hükümet sistemi inşa ederken Anayasa koyucunun, bu yeni sistemin kurum ve kurallarını eski sistemin benzer kurum ve kurallarından bağımsız

³⁸ İlginçtir ki, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen seçimlerin ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralının uygulanmasında dikkate alınması gerektiği kanaatinde olan yazarların hiç birisi, konuyla ilgili Anayasa değişikliği kanununun komisyon raporunda yer verilen bu açık iradeye çalışmalarında değinmemişlerdir. Oysa kanun koyucunun Anayasa değişikliğinin hazırlık aşamasında açığa vurduğu iradesinin, konuyu ele alan çalışmalarda asgari düzeyde de olsa değerlendirilmeyi hak ettiği açıktır. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 843-845; Özsoy Boyunsuz, “Anayasamıza Göre Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı”; Sevinç, “Hayret verici bir ‘Anayasa’ yorumu!” Hatta Şirin çalışmasının tarihi yorum yöntemine ilişkin kısmında, hatalı biçimde, Anayasa değişikliği kanununun yasalaşma sürecinde bu konunun değerlendirilmediğini söylemektedir. Şirin, “Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı adayı olabilir mi?”.

³⁹ Bkz. 6771 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin görüşüldüğü 20.12.2016 – 29.12.2016 tarihleri arasındaki Anayasa Komisyonu tutanakları, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/KomisyonTutanaklari>, Erişim Tarihi: 13.12.2021. Ayrıca bkz. 09.01.2017–20.01.2017 tarihleri arasındaki TBMM Genel Kurulu tutanakları, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/TutanakSorgu>, Erişim Tarihi: 13.12.2021.



olarak ele aldığı ve bunları birbirlerinin devamı olarak nitelendirmediğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda 6771 sayılı Kanun'a esas teşkil eden teklifin genel gerekçesi, madde gerekçeleri ve komisyon raporunda, Anayasa koyucunun 6771 sayılı Kanun'la izlediği temel amacın “*eski hükümet sistemi yerine yeni bir hükümet sistemi*” belirlemek; yeni hükümet sisteminin temel umdesinin de “*Cumhurbaşkanının parlamento seçimleri ile aynı anda doğrudan halk tarafından seçilmesi suretiyle yürütmenin teşekkülünü sağlamak*” olduğu görülmektedir. Bu temel amaç doğrultusunda kanun koyucu teklifin 8’inci maddesinin gerekçesinde kullandığı “*Cumhurbaşkanının görev süresi yürütme istikrarı bakımından beş yıl olarak belirlenmekte; bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır*” cümlesiyle, yeni sistemde yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile parlamenter hükümet sistemindeki Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin birbirlerinin devamı olarak görülemeyecekleri ve hukuken farklı nitelikte oldukları noktasında bir irade ortaya koymuştur. Açıktır ki bu irade de (komisyon raporunda yer verilen açıklamayla uyumlu olarak), Anayasa değişikliği öncesinde yapılan seçimlerin inceleme konusu kuralın uygulanmasında dikkate alınmamasını gerektirmektedir.

Sonuç olarak Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrası hakkında tarihsel yorum yöntemine göre tespit edilen Anayasa koyucu iradesi, “*parlamenter hükümet sistemi zamanında yapılan ve yürütme organı içinde sadece sınırlı bir yetki alanı bulunan Cumhurbaşkanlığı için yapılan seçimlerin, yeni hükümet sistemi kapsamında yürütme organını doğrudan belirleyecek Cumhurbaşkanlığı seçimleri için öngörülen ‘en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme’ kuralının uygulanmasında dikkate alınmaması*” şeklinde tezahür etmektedir.

C. Sistematik Yorum

Sistematik yorum, bir hukuk kuralını müstakil ve bağımsız bir metin olarak ele almak yerine, onu diğer hukuk kuralları ile birlikte anlamlı bir bütünün parçası olarak değerlendiren yorum yöntemidir⁴⁰. Sistematik yorum yönteminden hareketle bir hukuk kuralının anlamı tespit edilirken, söz konusu kuralın parçası olduğu bütün (Anayasa, kanun veya düzenleyici işlem) içindeki konumu, bu kapsamda varsa kendisinin ve bünyesinde yer aldığı kısmın / bölümün başlığı, yine bu kuralın aynı metin içerisinde birlikte yer aldığı diğer kurallarla ve üst hukuk normları başta olmak üzere o kuralın ilgili olduğu konuda yürürlükte bulunan diğer hukuk kuralları ile ilişkisi göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹.

⁴⁰ Aybay A., Aybay R. (n 4) 344; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (n 11) 274; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 306-307; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n10) 169; Güneş (n 4) 118-119; Aslan, Şenyüz (n 10) 98; Topakkaya (n 8) 303.

⁴¹ Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 306-307; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 10) 169,

“Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralı, sistematik yorum yönteminden hareketle, 2017 tarihli Anayasa değişikliği sonrasındaki şekliyle Anayasa'nın bütünü kapsamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede öncelikle bir Anayasa normu olarak ele alındığında söz konusu kuralın, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlıklı üçüncü kısmının “Yürütme” başlıklı ikinci bölümünde, “1. Cumhurbaşkanı – A. Adaylık ve seçimi” başlığı altındaki 101'inci maddenin ikinci fıkrasında yer aldığı görülmektedir. Anayasa içinde konumlandığı yerin üst ve alt başlıklarından anlaşılacağı üzere inceleme konusu kural, Devleti oluşturan erklerden yürütme erki hakkında belirlenen Anayasal esasların bulunduğu bölümde, Cumhurbaşkanının yani yürütme organının seçimine ilişkin prensiplerin belirlendiği maddede yer almaktadır. Bu maddede kimlerin Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğine sahip olduğu, kimlerin Cumhurbaşkanlığına aday gösterebileceği, Cumhurbaşkanı seçilebilmek için alınması gereken oy miktarı, seçimin ilk turunda Cumhurbaşkanı seçilememesi halinde yapılacak ikinci tur seçiminde izlenilecek usul gibi konular düzenlenmiş; bu kapsamda maddenin Cumhurbaşkanının görev süresini beş yıl olarak belirleyen ikinci fıkrasında ayrıca, bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği öngörülmüştür.

Bilindiği üzere Anayasa'nın 101'inci maddesi 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la değiştirilirken maddenin tamamı yeniden kaleme alınmıştır. Bu çerçevede 101'inci maddenin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren yeni halinde, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de geçerli olan bazı ilkelere⁴² yeniden yer verilmesinin yanı sıra; en az yüz bin seçmenin veya en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partilerin Cumhurbaşkanlığına aday gösterebilmesi gibi, eski hükümet sistemi döneminde geçerli olmayan bazı yeni esaslara da yer verilmiş bulunmaktadır.

Bu noktada konu 101'inci maddenin bütünlüğü içerisinde değerlendirildiğinde bu madde, yeni hükümet sisteminde yürütme erki olan Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin prensipleri belirlemiş ve madde içerisinde ayrıca “bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini” öngörmüştür. Dolayısıyla “birkimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklindeki hukuk normunun, sistematik yorum yöntemi esas alındığında, “bir kimsenin 101'inci maddede yer alan prensiplerin uygulama alanı bulunduğu seçimlere katılarak ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği” şeklinde anlamlandırılması gerekecektir. Bu durumda da 101'inci maddede yapılan değişiklikten önce gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri, 101'inci

170; Güneş (n 4) 119; Işıқтаç, *Hukuk Başlangıcı* (n 4) 173.

⁴² Bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği prensibi de bu ilkelere biridir.

maddenin yeni hali uyarınca yapılan seçimlerde ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilme yasağı uygulanırken dikkate alınmayacaktır.

Gerçekten örneğin, Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “*Cumhurbaşkanlığına, ... en az yüz bin seçmen aday gösterebilir*” kuralı ile birlikte okunması durumunda, “*yüz bin seçmenin bir kişiyi aday göstererek, aynı kişinin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesini sağlama imkânına sahip oldukları*” sonucuna ulaşılmaktadır. Bu anlamda bir kimseyi ikiden fazla olmamak üzere⁴³ Cumhurbaşkanı adayı gösterebilmenin, yüz bin kişinin aynı iradeyi ortaya koyması koşuluyla, Anayasa'nın 101'inci maddesi tarafından seçmenlere tanınan bir hak olduğu belirtilebilecektir. Oysa parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan ve seçmenlerin aday gösterme imkânına sahip olmadığı Cumhurbaşkanı seçimlerinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının uygulanmasında dikkate alınması, seçmenleri Anayasa ile tanınan bu hukukî imkândan mahrum bırakacaktır. Bu sebeple “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklindeki Anayasa hükmünün, bünyesinde yer aldığı 101'inci maddesinin bütünlüğü içerisinde yorumlanması bu hükmün sadece yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinde uygulanmasını gerektirmektedir⁴⁴.

Diğer taraftan konu 101'inci madde dışında, Anayasa'nın diğer maddeleri yönünden ele alındığında; Anayasa'nın “*I. Cumhurbaşkanı – D. Görev ve yetkileri*” başlıklı 104'üncü maddesinde “*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın “*Genel Esaslar*” başlıklı birinci kısmının “*Yürütme yetkisi ve görevi*” başlığını taşıyan 8'inci maddesinde de “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” hükmü bulunmaktadır. Bu her iki madde de, “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*”

⁴³ Her aday gösterildiğinde seçilmesi durumunda

⁴⁴ Nitekim 6771 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik yeni 101'inci maddesinin yürürlüğe giriş tarihini “*birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih*” olarak belirlemiştir. Bu anlamda yeni hükümet sisteminde gerçekleştirilecek Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin kuralları yeniden belirleyen 101'inci maddenin yürürlük tarihi dahi yeni sistemde yapılacak ilk seçimlerin başlangıç tarihine göre belirlenmiştir. Dolayısıyla aynen 101'inci maddede yer alan ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen diğer kurallar (örneğin ‘*Cumhurbaşkanlığına ... en az yüz bin seçmen aday gösterebilir*’ kuralı) gibi, “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının da, **maddenin bütünlüğü bozulmaksızın ve bu kapsamda parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleri dikkate alınmaksızın, “birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih”ten itibaren uygulanmaya başlaması gerekecektir.**

normunun bünyesinde yer aldığı 101'inci madde gibi, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la 2017 yılında değiştirilen hükümleri arasında yer almaktadır.

Yine “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının 7'nci maddesinde yer aldığı 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun diğer maddelerine bakıldığında, bu maddelerin büyük çoğunluğunun yasama ve yürütme erklerinin seçiminin, yine bu erkler arasındaki ilişkilerin, yürütme organının tanımının ve yetkilerinin yeniden düzenlenmesine, dolayısıyla ülkede geçerli olan hükümet sisteminin değiştirilmesine ilişkin hükümler olduğu görülmektedir. Bu kapsamda örneğin 6771 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile yürürlükteki Anayasa'da geçmekte olan “Bakanlar Kurulu” ibarelerinin tamamı ya yürürlükten kaldırılmış ya da “Cumhurbaşkanı” kelimesi ile değiştirilmiş; böylece Anayasa'nın 8'inci ve 101'inci maddelerinin yukarıda yer verilen yeni halleriyle uyumlu olarak, yeni sistemde “*Cumhurbaşkanı*”nın eski hükümet sistemindeki “*Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu*”nun tamamına tekabül ettiği ortaya konulmuştur.

Bu çerçevede Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmü müstakil bir hukuk normu değil, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin işleyişini düzenleyen ve tamamı 6771 sayılı Kanun'la 2017 yılında ihdas edilen kurallar bütünüünün bir parçasıdır. Dolayısıyla sistematik yorum yönteminden hareketle söz konusu hükme anlam verilirken Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin 2017 yılında kabul edilip 2018 yılında yürürlüğe giren bu kurallar bütünüünün göz önünde bulundurulması gerekecektir.

Bu açıklamalardan hareketle Anayasa'nın ve özellikle Anayasa'da değişiklik yapan 6771 sayılı Kanun'un diğer maddeleriyle olan ilişkisi çerçevesinde yorumlandığında “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklindeki hükmün, “*bir kimsenin yürütme görev ve yetkisini tek başına kullanan, bir başka ifade ile parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu tarafından birlikte kullanılan yürütme yetkisine sahip Cumhurbaşkanlığı makamına iki defadan fazla seçilemeyeceği*” şeklinde anlamlandırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu başlık altında son olarak belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan ve en son 31.05.2007 tarihli, 5678 sayılı Kanun'la değiştirilen 101'inci maddesinde de “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının yer alması, sistematik yorum yönteminden hareketle ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira her ne kadar meri 101'inci maddedeki kuralla bire bir aynı kelimelerden müteşekkil olsa da, Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'la değiştirilen 101'inci maddesi diğer bir ifadeyle 101'inci maddenin 5678 sayılı Kanun'la yeniden



düzenlenen metni 30.04.2018 tarihinden itibaren mülğadır⁴⁵. Yorum anında yürürlükte olmayan bir kanun hükmünün sistematik yorum yönteminden hareketle bir hukuk kuralının anlamlandırılmasında dikkate alınamayacağı ise izahıta varestedir.

D. Gaî (Amaçsal – Objektif Teleolojik) Yorum

Gaî yorum yöntemi⁴⁶, kanun koyucunun kanunu ihdas ederken izlediği sübjektif amacın yanı sıra kanunun uygulanacağı zamanın toplumsal ihtiyaçlarının da dikkate alınması suretiyle kanunun objektif amacının (*ratio legis*) belirlenmesini ve kanun hükmünün anlamının söz konusu objektif amaçta hareketle belirlenmesini öngören yorum yöntemidir⁴⁷. Bu bağlamda gaî yorum yöntemi, kanun koyucunun kanunun ihdas ânındaki iradesine üstünlük tanıyan tarihsel yorum yönteminden farklı olarak, kanunun kendisinin zamanla değişebilen objektif amacına üstünlük tanımaktadır. Bir hukuk kuralına gaî yorum yönteminden hareketle anlam verilirken söz konusu kuralın hukuk dünyasında var olmasıyla elde edilmek istenen neticenin ve kuralın anlamlandırıldığı zamanın toplumsal ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁴⁸.

Zamanın ihtiyaçları dikkate alınarak bir kanun hükmünün objektif amacından (*ratio legis*) hareketle anlamlandırılması, söz konusu hükmün diğer yorum yöntemleri doğrultusunda belirlenecek anlamının göz ardı edilmesini gerektirmemektedir⁴⁹. Bu kapsamda bir kanun hükmüne lafzî, tarihi ve sistematik yorum yöntemleri izlenilerek verilen anlamın, aynı hükme, hükmün objektif amacına ve dönemin ihtiyaçlarına göre verilecek anlam ile uyumlu olması pekâlâ mümkündür. Özellikle bir kanunun ihdas tarihi ile uygulanma

⁴⁵ Bu husus, “Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması” başlıklı bir sonraki bölümde ayrıca ele alınacaktır.

⁴⁶ Öğretide tarihsel yorum ile gaî yorumu ‘*amaçsal yorum*’ üst başlığı altında birlikte ele alan; bu kapsamda birincisini ‘*tarihsel amaçsal yorum*’, ikincisini de ‘*güncel amaçsal yorum*’ şeklinde isimlendiren yazarlar da bulunmaktadır. Aslan, Şenyüz (n 10) 100.

⁴⁷ Aral (n 4) 188-190; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016) 221; Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (n 11) 275; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 308; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (n 10) 171; Işıkaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 206 vd.; Işıkaç, *Hukuk Başlangıcı* (n 4) 175; Güneş (n 4) 112-116.

⁴⁸ Bkz. Gözübüyük (n 10) 76; Güneş (n 4) 113-114. Gaî yorumda normun içeriğinin kural koyucunun iradesinden hareketle tespitinden (bilinmesinden) ziyade, norma yorum anında yorumcu tarafından verilecek anlamın ön plana çıktığı; bu anlamda gaî (objektif teleolojik) yorumda yorumun “bilme” işlevinden ziyade “irade” işlevinin baskın olduğu belirtilebilecektir. Yorum teriminin “bilme” işlevi, “irade” işlevi ve “bilme ve irade” işlevi olarak tanımlanması hususunda bkz. Oya Boyar, *Anayasal Yorum Giriş* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 31-49.

⁴⁹ Işıkaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 208; Güneş (n 4) 114-115.

tarihi arasında çok uzun bir zaman diliminin geçmemiş olduğu durumlarda, kanunun, ihdas tarihinde kanun koyucunun izlediği subjektif amaçtan farklı bir objektif amaç taşımaması⁵⁰ kuvvetle muhtemeldir.

Bu çerçevede yürürlükteki Anayasa gereği günümüzde halen geçerli olan hükümet sistemi Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemidir ve bu sistem, 2018 yılından önce yürürlükte olan parlamenter sistemden en önemli farkı, Devletin yürütme erkinin oluşumu ve bu kapsamda Cumhurbaşkanının sistem içindeki konumudur. Bu noktadan hareketle, seçim usulü de dâhil olmak üzere Cumhurbaşkanlığı ile ilgili neredeyse tüm hükümlerin yeniden kaleme alındığı bir Anayasa (hükümet sistemi) değişikliği sonrasında, değişiklik kapsamındaki diğer kuralların yanı sıra tek başına yürütme erki konumuna gelen Cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili olarak belirlenen esasların da münhasıran bu konumdaki Cumhurbaşkanlığı makamı için yapılan seçimleri kapsamına alacak şekilde yorumlanmasının güncel toplumsal ihtiyaçlarla çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla 6771 sayılı Kanun ve bu Kanun kapsamında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklindeki Anayasa hükmü 2017 yılı yerine bugün ihdas edilmiş olsaydı dahi⁵¹, kanun koyucunun bu hükmü yürürlüğe koyarken izleyeceği amacın değişmeyeceği açıktır.

Bu verilerden hareket edildiğinde Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının bir Anayasa normu için çok kısa addedilebilecek bir zaman dilimi öncesinde, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girdiği, kanun koyucunun bu hükmü ihdas ederken izlediği ve bir önceki başlıkta üzerinde durulan subjektif amacın Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin halen geçerli olduğu bugünün toplumsal ihtiyaçlarıyla uyumlu olduğu ve söz konusu hükme lafzî, tarihi ve sistematik yorum yöntemleri ile yüklenen anlam yerine zamanın toplumsal ihtiyaçlarına göre farklı bir anlam yüklenmesini gerektiren hukuki bir sebebin bulunmadığı rahatlıkla ifade edilebilecektir.

II. KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının anlamının

⁵⁰ Bkz. Aral (n 4) 190. “*Yasa yeni çıkarıldığında, yasa koyucunun izlediği amaç, yasanın nesnel anlamına, onun bugün hizmet etmekte olduğu amaca uygun düşebilirse de geçen zamanla birlikte toplumsal koşullar, görüşler ve değer yargıları değişir.*” Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 204; “*Herhangi bir yasal düzenlemede normun tarihsel amacı söz konusu ise yani belirlenmiş olarak ortada duruyor ise bu amacın zamansal olarak hala bağlayıcı olup olmadığı kontrol edilmelidir. Bir yasa ne kadar genç ise tarihsel yorumlama o yasa için o kadar önem taşır. Bu durum özellikle teleolojik yorumlama ile uygunluk gösteren sonuçlar veriyorsa daha bir önem arz etmektedir.*” Topakkaya (n 8) 304.

⁵¹ Bkz. Aral (n 4) 190; Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 207; Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı* (n 4) 175.



ve kapsamının yorum yöntemlerinden hareketle belirlenmesi sonucunda, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin konu bakımından bu kuralın kapsamı içerisinde kalmadığı ve dolayısıyla söz konusu kuralın uygulanmasında dikkate alınmayacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple prensip olarak konunun bir de kanunların zaman bakımından uygulanması noktasında ele alınmasına gerek bulunmamaktadır. Zira herhangi bir hukuki soruna kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallardan hareketle çözüm aranılması için, öncelikle söz konusu hukuki sorunun ilgili kanunun kapsamına girdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bir kanunun hangi tarihte gerçekleşen olay ve durumlara uygulanacağını tespiti, ancak o kanunun konu bakımından kapsamı içerisinde kalan olay ve durumlar açısından anlamlı olacaktır. Oysa bir üst başlıkta ele alındığı üzere, Anayasa'nın 101'inci maddesinde yer verilen “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının anlamı “*bir kimsenin en fazla iki defa yürütme organı olarak seçilebilmesi*” olduğundan, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 101'inci madde kapsamında kalmadığı açıktır. Dolayısıyla bu kuralın, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri yönünden, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesinin gereksiz olduğu belirtilebilecektir.

Bununla birlikte “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir kuralın 6771 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinden önce de Anayasa'da yer alması, inceleme konusu hukuki sorun açısından (bazıları bakımından) tereddütler meydana getirmektedir. Bu kapsamda 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliği öncesinde Anayasa'nın 101'inci maddesinde aynı içerikte bir kuralın yer almasından hareketle, Anayasa değişikliği öncesinde (parlamenter hükümet sistemi döneminde) gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, değişiklik sonrası en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının uygulanmasında dikkate alınması gerektiği bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir⁵². Bu durumda inceleme konusu hukuki meselenin kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler bakımından da ele alınması, konu hakkında gündeme gelebilecek bazı istifhamların bertarafı açısından faydalı olacaktır.

A. Genel İlkeler

Kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel ilkeler ışığında bir kanun hükmü, kural olarak, yürürlüğe girdiği tarihte var olan veya bu tarihten sonra gerçekleşen olay ve durumlar hakkında uygulanacaktır⁵³. Diğer

⁵² Bkz. (n 2)

⁵³ “... hukuk kuralları prensip olarak yalnızca yürürlüğe girdikleri tarihte mevcut olan veya bu tarihten sonra ortaya çıkacak olay ve durumlara uygulanmalıdır.”; Güneş (n 4) 146. Ayrıca

tarafından bir kanunun, yürürlükte olmadığı bir dönemde örneğin yürürlükten kalkmasından sonra gerçekleşen olay ve durumlar hakkında uygulanabilmesi de kural olarak mümkün bulunmamaktadır⁵⁴.

Derhal etki ilkesi olarak da isimlendirilen⁵⁵ kanun hükümlerinin yürürlüğe girdikleri tarihte mevcut olan tamamlanmamış olay ve durumlar ile yürürlük tarihlerinden sonra gerçekleşen olay ve durumlar hakkında uygulanmaları gerekliliği, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin unsurlarından hukuk güvenliği prensibinin gereği olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda söz konusu gereklilik Anayasa Mahkemesi kararlarında da çeşitli vesilelerle ifade edilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar; kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır*"⁵⁶.

Bununla birlikte şüphesiz kanun koyucunun geçmişte gerçekleşen olay ve durumlar hakkında etki doğuracak şekilde kanun hükümleri ihdas etmesi de teknik olarak mümkündür⁵⁷. Ne var ki kanunların zaman bakımından uygulanmasında kural yürürlük tarihinden sonra gerçekleşen olay ve durumlara uygulanma olduğundan; bu kuralın istisnasını oluşturan geçmişe etkili bir kanunun (veya diğer bir hukuk kuralının) varlığından söz edebilmek için, söz konusu geçmişe etki durumunun kanun metninde açıkça ifade edilmiş olması gerekecektir⁵⁸. Aksi durumda ilgili kanunun zaman bakımından uygulanması noktasında "istisna" değil, "kural" geçerli olacaktır.

B. 2017 Tarihli Değişiklik Öncesinde Anayasa'nın 101'inci Maddesi

Kanunların zaman bakımından uygulanmasında geçerli olan ilkelerin inceleme konusu hukuki sorun bakımından önemi, yukarıda da değinildiği

bkz. Bilge (n 47) 214; Gözübüyük (n 10) 69, 72-73; Aybay A., Aybay R. (n 4) 326-327; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 281-282; Işıқтаç, *Hukuk Metodolojisi* (n 4) 178.

⁵⁴ Esener (n 4) 246.

⁵⁵ Bilge (n 47) 214; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 282.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2020/93 K.2021/72, 13.10.2021, p.18; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2015/88 K.2016/156, 07.09.2016, p.23; Anayasa Mahkemesi, E.2018/103 K.2019/4, 13.02.2019, p.15.

⁵⁷ Anayasa'da öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereklerinden hukuk güvenliğine aykırı olmamak koşuluyla. Bkz. Bilge (n 47) 214-217; Aybay A., Aybay R. (n 4) 328-329; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 288-292.

⁵⁸ "... derhâl etki ilkesi bu alanda kaidedir. Geçmişe etki veya ertelenmiş etki ilkeleri ise ancak ortada bir istisna varsa uygulanabilir. İstisnanın olabilmesi için ise, bu istisnanın ayrıca ve açıkça asıl kuralı koyma yetkisine sahip olan makam tarafından konulması gerekir." Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 283; "Hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasında temel ilke olması, aksi belirtilmedikçe hukuk kurallarının uygulanmasında derhal etki ilkesinin esas alınmasını gerekli kılmaktadır." Güneş (n 4) 147.



üzere, “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir kuralın 6771 sayılı Kanun’la 2017 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önce de Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer almasından kaynaklanmaktadır.

Bu kapsamda Anayasa’nın 101’inci maddesinin, 7 Kasım 1982 tarihinde gerçekleştirilen halkoylaması sonucunda 9 Kasım 1982 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde “*Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez*” hükmü yer almakta iken; parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini temine yönelik 2007 tarihli Anayasa değişiklikleri kapsamında söz konusu maddede değişikliğe gidilmiştir. 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesiyle⁵⁹ Anayasa’nın 101’inci maddesinin tamamı değiştirilmiş ve yeni 101’inci maddede söz konusu hüküm yerine “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralına yer verilmiştir. Dolayısıyla bu veriden hareketle, “*5678 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 31.10.2007 tarihi⁶⁰ ile 6771 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihi arasında bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin kuralın hukuk sistemimizde zaten yürürlükte olduğu, bu sebeple parlamenter hükümet sistemi döneminde 31.10.2007 – 30.04.2018 tarihleri arasında gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının uygulanmasında dikkate alınması gerektiği*” ilk bakışta akla gelebilecektir.

Ancak bu iddia değerlendirilirken gözden kaçırılmaması gereken çok önemli bir nokta, 6771 sayılı Kanun’un kabulü aşamasında kanun koyucunun tercih ettiği yasama yöntemidir. Bu noktada 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 101’inci maddesini değiştirirken, eski maddede yer alan bazı fıkra, cümle ya da ibareleri ilga edip yerlerine yenilerini koyma veya bazı fıkra, cümle ya da ibareleri yenileriyle değiştirme usulünü tercih etmemiştir. Bunun yerine kanun koyucu, 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinde “*2709 sayılı Kanununun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir*” şeklinde bir düzenleme öngörerek, 101’inci maddeyi tamamen yeniden kaleme alma yolunu izlemiştir. Bu tercihin hukuki sonucu ise, bazı fıkraları aynı hükümleri içerse dahi, 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğü öncesinde ve sonrasında hukuk âleminde iki ayrı 101’inci maddenin varlığıdır. Cumhurbaşkanı seçim usulüne ilişkin bu iki maddeden birincisi 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun’la⁶¹ kabul edilmiş,

⁵⁹ 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi, “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 101 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir*” şeklindeki hükmüyle Anayasa’nın 101’inci maddesinin (başlığı hariç) tamamını 31.10.2007 tarihinden itibaren değiştirmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070616-1.htm>

⁶⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/10/20071031-16.htm>

⁶¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070616-1.htm>

31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır⁶². İkinci 101'inci madde ise 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la kabul edilmiş, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş olup; halen yürürlüktedir.

Herhangi bir cümleyi ya da bir kelimeler dizisini, sıradan bir metin olmanın ötesinde "kanun hükmü" yapan şey, kanun koyucunun bu noktadaki iradesidir. Herhangi iki kanun hükmünü birbirinden farklı kanun hükümleri kılan şey ise kanun koyucunun bu hükümleri yasalaştırma iradelerindeki farklılıktır. Dolayısıyla iki hukuk kuralının aynı kelimelerden oluşması, bu kuralları kanunlaştıran yasama organı iradesinin farklı olması durumunda, bu kuralların farklı hukuk kuralları olarak nitelendirilmesine mâni olamaz. İşte öğretilerde Anayasa'nın 101'inci maddesine 2007 yılında eklenen "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralının 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile değiştirilmediğini söyleyen yazarların⁶³ gözden kaçırdıkları hayati nokta budur.

Bu çerçevede 31.10.2007 – 30.04.2018 tarihleri arasında yürürlükte kalan "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralını Anayasa hükmü yapan Anayasa koyucu iradesi 31.05.2007 tarihli, 5678 sayılı Kanun'la ve 21.10.2007 tarihli halkoylaması ile ortaya konulmuş iken; 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralını hukuken bir Anayasa normu yapan irade, 21.01.2017 tarihli, 6771 sayılı Kanun'la ve 16.04.2017 tarihli halkoylaması ile ortaya konulan Anayasa koyucu iradesidir.⁶⁴ Zira Anayasa koyucu 2017 yılında, Anayasa'nın 101'inci maddesini -başlığıyla birlikte - **tamamen** değiştirmiştir. Sonuç olarak 2007 – 2018 yılları arasında yürürlükte bulunan ve 5678 sayılı Kanun'la yürürlüğe konulan "*Bir kimse*

⁶² 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 101'inci maddesi, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine (24 Haziran 2018 seçimlerine) ilişkin takvimin başladığı tarih olan 30 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu tarih aynı zamanda hem Anayasa'nın 101'inci maddesinin 6771 sayılı Kanun'la değişik halinin yürürlüğe girdiği, hem de aynı maddenin 5678 sayılı Kanun'la değişik halinin yürürlükten kalktığı tarihtir.

⁶³ Örneğin, Kaboğlu (n 2) 328-333.

⁶⁴ Benzer örneklerin çoğaltılması mümkündür. Örneğin 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 4744 sayılı Kanun'la değişik 107'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir.*" kuralı, bire bir aynı kelimelerden oluşmasına karşın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 107'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir.*" kuralından ayrı bir kanun hükmüdür. Zira bunlardan birincisini kanun kılan irade 06.02.2002 tarihli, 4744 sayılı Kanun ile ortaya konulmuş iken; ikincisi, kanun koyucunun 04.12.2004 tarihli, 5271 sayılı Kanun'la ortaya koyduğu iradesine istinaden kanunlaşmıştır.



en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralı ile 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren ve 6771 sayılı Kanun’la Anayasallaşan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının **hukuken** “aynı hukuk kuralı” olmadıkları açıktır. Aksinin kabulü ancak, kanunların yorumlanmasında ve zaman bakımından uygulanmasında kanun koyucunun iradesinin hiçbir önem taşımadığının kabul edilmesi durumunda mümkün olabilecektir.

2017 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde ve sonrasında var olan bu her iki 101’inci maddenin aşağıdaki şekilde karşılaştırmalı bir tablo ile ortaya konulması, konunun daha kolay anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

<i>Anayasa Değişikliği Öncesi</i>	<i>Anayasa Değişikliği Sonrası</i>
<p><u>Maddenin yürürlük tarihi:</u> 5678 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 31.10.2007 tarihi ile 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihi arasında yürürlükte kalmıştır.</p>	<p><u>Maddenin yürürlük tarihi:</u> 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, halen yürürlüktedir.</p>
<p>A. Nitelikleri ve tarafsızlığı</p> <p>Madde 101 - Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.</p> <p><u>Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.</u></p> <p>Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.</p>	<p>A. Adaylık ve seçimi</p> <p>Madde 101 - Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir.</p> <p><u>Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.</u></p> <p>Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüzbin seçmen aday gösterebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.</p> <p>Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir.</p>

<i>Anayasa Değişikliği Öncesi</i>	<i>Anayasa Değişikliği Sonrası</i>
	<p><i>İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin herhangi bir nedenle seçime katılmaması halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların salt çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilir. Oylamada, adayın geçerli oyların çoğunluğunu alamaması halinde, sadece Cumhurbaşkanı seçimi yenilenir.</i></p> <p><i>Seçimlerin tamamlanamaması halinde, yenisi göreve başlayıncaya kadar mevcut Cumhurbaşkanı'nın görevi devam eder.</i></p> <p><i>Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin diğer usul ve esaslar kanunla düzenlenir.</i></p>
<p>Konusu: Parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanının niteliklerini, görev süresini, Cumhurbaşkanı adaylığını ve seçilen Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisini düzenlemektedir.</p>	<p>Konusu: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanı adaylığını, Cumhurbaşkanının görev süresini ve Cumhurbaşkanlığı seçim usulünü düzenlemektedir.</p>

- Tablo -

2017 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde ve sonrasında Anayasa'nın 101'inci maddesi

Görüleceği üzere, tablonun sol tarafındaki madde metnini sağ taraftaki metne dönüştürebilmek için Anayasa koyucu 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesini "2709 sayılı Kanununun 101 inci maddesinin başlığı 'Adaylık ve seçimi' şeklinde; birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye dördüncü fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir" biçiminde formüle edebilecekken bunu tercih etmemiş; maddeyi bütünüyle değiştirerek yeniden kaleme almıştır. Böylece Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin (yani tablonun sol sütunundaki 101'inci maddenin) "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir." şeklindeki ikinci fıkrası da, maddenin başlığı dâhil tüm metniyle birlikte, 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

Buna bağlı olarak, bir kimsenin en fazla kaç defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği konusunda aynı düzenlemeyi öngörmekle beraber, 2017 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde ve sonrasında konu hakkında hukuk âleminde varlık gösteren iki ayrı Anayasa kuralı bulunmaktadır. Bunlardan parlamenter hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerine ilişkin olan birinci kural 30.04.2018 tarihinden itibaren mülga olup, artık bu tarihten sonra hukuk



dünyasında hüküm ve sonuç doğurma imkânından mahrum bulunmaktadır⁶⁵. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerine ilişkin ikinci Anayasa kuralı ise 30.04.2018 tarihinden itibaren meri olup, kural olarak yani aksi açıkça öngörülmediği sürece bu tarihten sonra gerçekleşen olay ve durumlar, dolayısıyla yine bu tarihten sonra gerçekleşen Cumhurbaşkanı seçimleri hakkında hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Bu durumda, inceleme konusu hukuki meseleyi açıklığa kavuşturmak için “*eğer parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleri 30.04.2018 tarihinden sonra gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinde, diğer bir ifadeyle cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerinde en fazla iki defa seçilebilme kuralının uygulanmasında dikkate alınacaksa, bu hangi Anayasa kuralına dayanacak?*” sorusunun cevaplandırılması gerekecektir. Bu noktada 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkan “*Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesi*”nin bu soruya cevap teşkil edemeyeceği açıktır. Zira bir hukuk normunun, yürürlükten kalktığı tarihten sonra uygulanamayacağı, hukuk dünyasında herhangi bir sonuç doğuramayacağı açıktır⁶⁶. Yine Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesi de böyle bir uygulamaya dayanak teşkil edemeyecektir. Zira 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren bu madde, aksi kanun koyucu tarafından açıkça öngörülmediği için, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri hakkında hukuki sonuç doğuracaktır.

⁶⁵ Bu noktada Gözler'in “... bir ihtimal, söz konusu olaya, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kabul edilen Anayasanın 101'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmayacak ise, 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kabul edilen Anayasanın 101'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanır ki, her iki hüküm de kelimesi kelimesine aynıdır ... ” şeklindeki değerlendirmesine katılabilmek imkânı bulunmamaktadır. Zira yürürlükten kaldırılan bir hukuk normunun, aksi açıkça öngörülmediği (ve yine kazanılmış hakların korunması prensibi aksini gerektirmediği) sürece, yürürlükten kaldırıldığı tarihten sonraki dönemde hukuken sonuç doğuramayacağı açıktır. Bu kapsamda Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesi 30.04.2018 tarihi itibarıyla mülğadır ve bu maddenin, ilgasından sonra da uygulanabilmesine imkân veren bir pozitif hukuk kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu maddenin 30.04.2018 tarihinden sonra yapılan/yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimleri için hüküm ve sonuç doğurabilmesi, buna bağlı olarak 30.04.2018 tarihinden sonra gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde herhangi bir kimsenin adaylığına bu maddeden hareketle engel olunabilmesi mümkün değildir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 844-845.

⁶⁶ Aksinin kabulü durumunda Anayasa'nın 101'inci maddesinin 5678 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce (31.10.2007 tarihine kadar) yürürlükte olan halinde var olan “*bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez*” hükmünün de, 31.10.2007 tarihinden önce Cumhurbaşkanı seçilen kişiler bakımından hâlen hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesi gerekecektir. Oysa böyle bir hukuki sonuç, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2012/30, K.2012/96, 15.06.2012.

Yukarıda da üzerinde durulduğu üzere kanun koyucunun, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı olmamak koşuluyla geçmişte yaşanan olay ve durumlara çeşitli hukuki sonuçlar bağlaması ve bu suretle geçmişe etkili yasama tasarrufunda bulunabilmesi hukuken mümkündür. Ancak bunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce bu geçmişe etki etme durumunun kanun metninden açıkça anlaşılması gerekmektedir⁶⁷. Oysa Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde veya bir başka maddede Anayasa koyucu bu anlama gelebilecek bir ibare kullanmamıştır. Hatta aksine, söz konusu kanunun hazırlık çalışmalarından ihtisas komisyonu raporunda “*getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı*” hususu açıkça ifade edilmiştir.

C. Parlamenter Hükümet Sistemi Döneminde Yapılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri ve “Mevcut Hukuki Durum” Kavramı

Belirli bir göreve veya makama seçilebilmek için kanunla sayı sınırlaması getirilen hallerde, ilgili kanunun yürürlüğünden önce söz konusu göreve veya makama seçilen kişiler hakkında bu sınırlamanın önceki seçimler dikkate alınarak uygulanması durumunda söz konusu olanın, kanunun yürürlük tarihinde mevcut olan bir duruma etki etmesi olacağı ve dolayısıyla bunun bir geçmişe yürüme hali olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülebilecektir. Yine benzer şekilde, böyle bir kanunun önceki seçimler dikkate alınmaksızın sadece yürürlük tarihinden sonra yapılacak seçimlerin dikkate alınması suretiyle uygulanmasının, söz konusu kanunun yürürlük tarihinde var olan ve devam eden, yani henüz tamamlanmamış hukuki durumlara uygulanmaması anlamına geleceği ve böylece ertelenmiş etki doğurarak⁶⁸ derhal etki ilkesine yönelik bir istisna teşkil edeceği de belirtilebilecektir. Şüphesiz bu iddiaların kabulü halinde⁶⁹, 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliğinden önce yani

⁶⁷ Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 283.

⁶⁸ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 284-285; Güneş (n 4) 148-149.

⁶⁹ Bu iddiaların kabulü, daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa'nın (yürürlükteki haliyle) 101'inci maddesine yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlamın, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerini de kapsadığının kabulü ön koşuluna bağlıdır. Zira öncelikle bir normun konu itibarıyla belirli bir durumu veya olayı kapsamına aldığı tespit edilmeli; akabinde söz konusu normun zaman bakımından uygulanması aşamasında, belirli bir tarihte gerçekleşen (konu bakımından kapsam içi) durum veya olay hakkında uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap aranmalıdır. Bu noktada çalışmanın Anayasa'nın 101'inci maddesinin yorumuna ilişkin kısmında ortaya konulduğu üzere, 101'inci maddede yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerini kapsamına almamaktadır. Bununla birlikte maddenin uygulanması noktasında ortaya çıkması muhtemel bütün tereddütlerin giderilebilmesi için çalışmada, parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanı seçilme olgusunun “*6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte var olan ve halen devam eden bir hukuki durum*” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği soruna da ayrıca değinilmiştir.



parlamentar hükümet sistemi döneminde “*bir kimsenin Cumhurbaşkanlığı görevine seçilmiş olması*”nın bir mevcut durum hali olarak kabul edilmesi ve derhal etki ilkesi uyarınca, 101’inci maddenin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren hükümleri kapsamında iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilme yasağının uygulanmasında dikkate alınması gerekecektir.

Ne var ki bu yaklaşımın kabulü mümkün görünmemektedir. Çünkü her şeyden önce Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün kendisine hukuki sonuç bağladığı olay/durum, “*Cumhurbaşkanı seçilmek*”tir. Diğer bir ifadeyle söz konusu madde muhtemel Cumhurbaşkanı adaylarına “*Cumhurbaşkanı seçilmek*” açısından bir sayı sınırlaması getirmektedir. Cumhurbaşkanı seçilmek ise hukukumuzda, (5678 sayılı Kanun’la 2007 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinden itibaren) Yüksek Seçim Kurulu’nun seçim takvimini ilan etmesiyle başlayan ve Cumhurbaşkanı seçimi kesin sonuçlarının tespitine ilişkin Yüksek Seçim Kurulu kararının ilanı ile sona eren bir süreçtir. Bu noktada Cumhurbaşkanı seçilme olgusu, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ya da görev süresi gibi Cumhurbaşkanının görevde olduğu zaman dilimi boyunca devam eden bir hukuki durum değil; Cumhurbaşkanı seçim sonuçlarına ilişkin kesin kararın ilanı ile birlikte tamamlanan bir hukuki durumdur. Dolayısıyla 30.04.2018 tarihinden önce herhangi bir tarihte alınan Yüksek Seçim Kurulu kararlarıyla ilan edilen kesin seçim sonuçlarına göre⁷⁰ Cumhurbaşkanı seçilen kişiler açısından tamamlanmış bir hukuki duruma tekabül eden “*Cumhurbaşkanı seçilme*” olgusunun, 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesine konu Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla “*mevcut bir hukuki durum*” olarak nitelendirilebilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi de seçimle iş başına gelinen görevlerde adayların seçilmesi bakımından sayı sınırlaması getiren kanunların zaman bakımından uygulanmasında, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce seçilen (ve bu kapsamda yine kanunun yürürlük tarihinde görev yapmakta olan) kişilerin durumunun, “*mevcut hukuki durum*” kapsamında olmadığı kanaatinde. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, belirli bir göreve seçilme konusunda sayı sınırlaması getiren bir kanun hükmünün, yürürlük tarihinden önce yapılan seçimlerde bu göreve seçilmiş bulunan kişiler açısından yürürlük tarihinden itibaren uygulanmasını “*derhal etki ilkesi*” kapsamında değil, “*geçmiş etki yasağı*” kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme’ye göre, yürürlüğünden önce yapılan seçimleri de kapsamına almak suretiyle belirli bir göreve seçilmede sayı sınırlaması getiren kanun, hukuk devleti ilkesine aykırı şekilde geçmişe etki etmekte ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırılık oluşturmaktadır⁷¹.

⁷⁰ Veya 2007 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanı seçim sonucuna ilişkin olarak ilan edilen TBMM kararlarına göre

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, E.2008/80 K.2011/81, 18.05.2011.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde bir kimsenin ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği kuralının uygulanma şeklini yakından ilgilendiren söz konusu Anayasa Mahkemesi kararına konu oluşturan uyuşmazlıkta, 5786 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 22'nci maddesine “*Odalarda üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler.*” hükmü eklenmiştir. Yine 5786 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle de benzer bir düzenleme yapılmış ve 3568 sayılı Kanun'un 35'inci maddesi değiştirilerek, “*üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemeyecekleri*” öngörülmüştür. Böylece serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler odalarında veya Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'nde yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için bir sınırlama getirilerek, iki seçimde arka arkaya oda yönetim kurulu başkanı seçilen kişilerin bunu takip eden iki seçim dönemi içerisinde oda yönetim kurulu üyesi seçilmeleri engellenmiştir.

Diğer taraftan kanun koyucu, 5786 sayılı Kanun'la öngördüğü bu düzenleme açısından kanunların zaman bakımından uygulanması noktasında özel bir hüküm ihdas etmiş ve yeni yürürlüğe giren sınırlamanın hangi tarihte yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağını özel olarak düzenlemiştir. Buna göre 5786 sayılı Kanun ve dolayısıyla oda yönetim kurulu üyeliği açısından öngörülen seçim sınırlaması 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe girmesine⁷² rağmen; söz konusu kanunun 20'nci maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10'uncu maddede “*1/4/2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemezler*” hükmüne yer verilmiştir. Böylece kanun koyucunun iki defa üst üste oda veya birlik yönetim kurulu başkanı seçilenler açısından öngördüğü ve 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren “*iki dönem ara vermeden oda yönetim kurulu üyesi seçilme*” yasağı, 26.07.2008 tarihinden önce (01.04.2008 tarihinden sonra) yapılan seçimlerde yönetim kurulu başkanı seçilen ve bu kapsamda 26.07.2008 tarihi itibarıyla yönetim kurulu başkanı olarak görev yapmakta olan kişiler açısından da uygulanabilir kılınmıştır.

5786 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle ana muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan iptal davasında söz konusu Kanun'un 20'nci maddesinin de iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren Kanun'la oda veya

⁷² Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/07/20080726-2.htm>



birlik yönetim kurulu üyeliğine seçilmek için getirilen dönem sınırlamasının, bu tarihten önce gerçekleştirilen seçimlerde yönetim kurulu başkanlığına seçilmiş kişileri de kapsamına alacak şekilde uygulanmasını, “*kanunun hukuk devleti ilkesine aykırı şekilde geçmişe yürütülmesi*” olarak nitelendirmiş ve maddenin iptaline karar vermiştir. Oybirliği ile alınan söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir:

“İptali istenen kural ile 3568 sayılı Kanun’un 22. ve 35. maddelerinde 5786 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemeyeceklerine ilişkin hükümlerin 1.4.2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

*3568 sayılı Kanun’da değişiklikler öngören 5786 sayılı Kanun 26.7.2008 günü Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Oysa dava konusu Geçici 10. maddede belli koşullarda seçimlerde aday olma yasağı öngören yeni kuralların 1 Nisan 2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır. **Dolayısıyla yaklaşık olarak dört aylık geriye doğru uygulanma söz konusudur.** Kişilerin seçilerek, koşulları kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.*

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”⁷³

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi, iki defa üst üste oda veya birlik yönetim kurulu başkanı seçilen kimselerin iki dönem ara vermeden yönetim

⁷³ Anayasa Mahkemesi, E.2008/80 K.2011/81, 18.05.2011. Metne vurgu eklenmiştir.

kurulu üyesi seçilmelerini engelleyen kuralın, yürürlüğe girdiği 26.07.2008 tarihinden önce gerçekleştirilen seçimlerde yönetim kurulu başkanı seçilen kişiler hakkında uygulanmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bu çerçevede pekâlâ, “5786 sayılı Kanun’la getirilen yasağın, kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla iki dönem üst üste oda veya birlik yönetim kurulu başkanı seçilmiş kimseler hakkında veya sadece kanunun yürürlüğe girdiği tarihte oda veya birlik yönetim kurulu başkanı olarak görev yapmakta olan kişiler hakkında uygulanmasının bir geriye yürüme hali olmayıp, mevcut bir hukuki durum hakkında kanun koyucunun getirdiği düzenlemenin derhal ve ileriye dönük uygulanması niteliğinde olduğu” ileri sürülebilecektir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi kanunların zaman bakımından uygulanması ve geçmişe yürüme yasağı açısından, 5786 sayılı Kanun’la belirli durumlar için öngörülen yönetim kurulu üyesi seçilme engelinin sadece sonuçlarının değil, sebeplerinin diğer bir ifadeyle bu engelin uygulanmasını gerekli kılan maddi olguların da kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmesini gerekli görmüştür. Böylece Anayasa Mahkemesi, haklı olarak, daha önce belirli bir göreve seçilmiş olma (seçime katılma ve kazanma) olgusunu derhal uygulama ilkesi kapsamında yer alan bir mevcut durum hali (kanunun yürürlük tarihinde var olan ve devam eden bir olay ya da durum)⁷⁴ olarak nitelendirmemiştir.

Bu çerçevede 6771 sayılı Kanun’a konu ve 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının uygulanması noktasında açığa çıkan hukuki sorun, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda özetlenen 18.05.2011 tarihli kararına konu hukuki sorunla tamamen aynı mahiyettedir. Dolayısıyla parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin konu bakımından bu kuralın kapsamı içinde kaldığı kabul edilse dahi⁷⁵; 30.04.2018 tarihinden önce yapılan bu seçimlerin, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralları yorumlayan yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilme yasağının uygulanmasında dikkate alınamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁶.

⁷⁴ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş* (n 11) 284-287; Güneş (n 4) 148-149.

⁷⁵ Çalışmanın önceki kısımlarında söz konusu Anayasa hükmüne yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlam kapsamında bunun kabulünün mümkün olmadığını değerlendirilmektedir.

⁷⁶ Öğretide *Küçük* aynı sonuca, Anayasa Mahkemesi’nin 15.06.2012 tarihli ve E.2012/30 K.2012/96 sayılı kararından hareketle ulaşmaktadır. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi, 5678 sayılı Kanun’la 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önce seçilen Cumhurbaşkanlarının, iki defa seçilememeleri dâhil, Anayasa’nın değişiklik öncesi hükümlerine tabi olduklarını belirten kanun hükmünü “Anayasa değişikliği ile maddenin eski metninde yer alan bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesini yasaklayan kuralın ortadan kaldırıldığı, yeni düzenlemenin Cumhurbaşkanı adayı olmaya ilişkin diğer koşulları taşıyanlara ikinci kez aday gösterilme hakkını tanıdığı, Anayasa değişikliği ile kaldırılan



Gerçekten parlamenter hükümet sistemi döneminde Cumhurbaşkanı seçilip Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde gerçekleştirilecek seçimlerde de Cumhurbaşkanı adayı olabilecek isimlere bakıldığında, onuncu Cumhurbaşkanının 16.05.2000, onbirinci Cumhurbaşkanının 28.08.2007, onikinci Cumhurbaşkanının ise 10.08.2014 tarihinde Cumhurbaşkanı seçildikleri görülmektedir⁷⁷. Bu kapsamda 30.04.2018 tarihinden sonra gerçekleştirilecek Cumhurbaşkanı seçimlerinde, 16.05.2000, 28.08.2007 veya 10.08.2014 tarihinde gerçekleştirilen seçimlerden herhangi biri gerekçe gösterilerek bir kimsenin adaylığına engel olunması, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının 16.05.2000, 28.08.2007 veya 10.08.2014 tarihinde gerçekleştirilen seçimler hakkında da hüküm ve sonuç doğurması, yani söz konusu seçimler hakkında da uygulanması anlamına gelecektir. Oysa kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler kapsamında kanunlar, aksi yönde açık bir düzenleme bulunmadığı sürece, yürürlüğe girdikleri tarihte var olan veya bu tarihten sonra gerçekleşen olay ve durumlar hakkında uygulanacak, yürürlük tarihlerinden önce gerçekleşen (ve tamamlanan) olay ve durumlar hakkında hüküm ve sonuç doğurmayacaklardır. Yine inceleme konusu “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, Cumhurbaşkanı olarak görev yapmaya değil, Cumhurbaşkanı seçilmeye ilişkin bir yasak öngördüğünden; geçmişte tamamlanmış bir duruma tekabül eden “*30.04.2018 tarihinden önce yapılan seçimlerde Cumhurbaşkanı seçilmiş olma (seçime katılma ve kazanma)*” olgusunun, bu tarih itibarıyla bitmemiş bir mevcut durum olarak nitelendirilmesi ve bu şekilde derhal uygulanma ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkün olmayacaktır⁷⁸. Dolayısıyla bu kural yürürlük

iki defa Cumhurbaşkanı seçilme yasağının kanunla geçmişe dönük olarak uygulanabilir hale getirilmesinin anayasa koyucunun bu konudaki iradesiyle bağdaşmadığı” gerekçesine dayanarak iptal etmiştir. Küçük bu kararı, “*Anayasanın ... değiştirilmesinden önceki dönemde kaybedilen yeniden seçilme hakkına ilişkin anayasal düzenleme yapılmış ve bu düzenleme kapsamında söz konusu statü yeniden düzenlenmişse, artık eski dönemde kaybedilen seçilme hakkı yeni statü dönemi için geçerli olamaz*” şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. Küçük, “Recep Tayyip Erdoğan 2023 Seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına Aday Olabilir Mi?”

⁷⁷ <https://tccb.gov.tr/cumhurbaskanlarimiz/>; <https://tccb.gov.tr/receptayyiperdogan/biyografi/>, Erişim Tarihi: 25.12.2021.

⁷⁸ “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, metninden açıkça anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanı seçilmekle ilgilidir. Diğer bir ifadeyle bu kural, Cumhurbaşkanı olarak görev yapma olgusu ya da Cumhurbaşkanının görev süresi gibi, söz konusu kuralın yürürlüğe girdiği tarihte henüz tamamlanmamış bir olgu/olay/durum hakkında düzenleme yapmamaktadır. Dolayısıyla 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren bu kural açısından söz konusu tarihte görev yapan onikinci Cumhurbaşkanının hukuki durumu, bir mevcut durum hali olarak kabul edilemeyecektir. Zira onikinci Cumhurbaşkanı 10.08.2014 tarihinde yani sayı bakımından Cumhurbaşkanı seçilme sınırlaması öngören bu kuralın yürürlüğünden önce Cumhurbaşkanı seçilmiştir ve bu süreç 28.08.2014 tarihinde (kesinleşmiş seçim sonuçlarının Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte) tamamlanmıştır.

tarihi öncesindeki seçimler hakkında, ancak bunun kural metninde veya bir başka normda açıkça öngörülmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir.

Bu çerçevede 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının bu tarihten önce (parlamentar hükümet sistemi döneminde) yapılan seçimleri de kapsamına alacak şekilde uygulanması, bunu açıkça öngören bir Anayasa kuralı bulunmadığı sürece, kanunların derhal uygulanması prensibine aykırı şekilde bir geçmişe yürüme durumu teşkil edecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 18.05.2011 tarihli, K.2011/81 sayılı kararında yer verdiği ve “*belli koşullarda seçimlerde aday olma yasağı öngören yeni kuralların, yürürlük tarihlerinden önce gerçekleştirilen seçimleri de kapsayacak şekilde uygulanmasının kanunların*

Onikinci Cumhurbaşkanı açısından görev süresi içerisinde, örneğin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren bir Anayasa hükmü, ancak bu tarih itibarıyla kendisinin devam eden bir hukuki durumu (mesela görev süresi) hakkında hüküm sevk etmesi halinde hüküm ve sonuç doğurabilirdi. Bu nedenle öğretilerde *Gözler*’in ileri sürdüğünün aksine, Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101. maddesinin 30.04.2018 tarihinde yani onikinci Cumhurbaşkanı’nın görevde olduğu bir tarihte yürürlüğe girmiş olması, “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı uygulanırken onikinci Cumhurbaşkanı açısından farklı bir değerlendirme yapılmasına gerekçe oluşturamayacaktır. Aksi durum bu kuralın geçmişte tamamlanan durumlar hakkında hüküm ve sonuç doğurmasının kabul edilmesine anlamına gelecektir. Bkz. *Gözler, Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 843-844.

Yine 6771 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliği bu noktada, onbirinci Cumhurbaşkanı’nın 28.08.2007 tarihinde (Anayasa’nın o dönem yürürlükte olan 101’inci maddesi uyarınca) yedi yıllık bir süre için bu göreve seçilmesinden sonra, 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5678 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanı’nın görev süresinin beş yıla indirilmesinden de farklılık arz etmektedir. Zira Cumhurbaşkanı’nın kaç yıl süreyle görev yapacağını düzenleyen bir kural açısından, daha önce Cumhurbaşkanı’nın seçilmekle birlikte bu kuralın yürürlüğe girdiği tarihte halen Cumhurbaşkanlığı görevine devam eden onbirinci Cumhurbaşkanı’nın mevcut statüsünün, “*kanunun yürürlüğünden önce meydana gelmekle birlikte yürürlük tarihinde devam eden*” bir hukuki durum oluşturduğunun kabulü mümkündür. Bu sebeple, *Gözler*’in de belirttiği gibi, 5678 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı’nın görev süresinde yapılan değişikliğin onbirinci Cumhurbaşkanı hakkında da uygulanması derhal etki ilkesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Oysa 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu, Cumhurbaşkanlığı seçimlerine katılıp iki defa başarılı olanlar açısından tekrar seçimlere katılma kısıtlaması öngörmektedir. Dolayısıyla bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla daha önce yapılan herhangi bir Cumhurbaşkanlığı seçimine katılıp başarılı olma durumunun, söz konusu kanunun zaman bakımından uygulanması açısından bir mevcut durum (*kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşmekle birlikte yürürlük tarihinde var olan ve devam eden, henüz tamamlanmamış bir hukuki durum*) olarak değil, geçmiş durum hali (*kanunun yürürlük tarihinde tamamlanmış, bitmiş bir hukuki durum*) olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bu başlık altında incelenen 18.05.2011 tarihli ve E.2008/80 K.2011/81 sayılı kararı da bu değerlendirmeyi teyit etmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2012/30 K.2012/96, 15.06.2012; *Gözler, Hukuka Giriş* (n 11) 285-287; Kemal *Gözler*, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?”, <https://www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.pdf>, Erişim Tarihi:26.12.2021.



geçmişe yürümesi anlamına geleceği” şeklinde özetlenebilecek yorumu da bu değerlendirmeyi teyit etmektedir.

SONUÇ

16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen referandumda kabul edilerek, bir kısım hükümleri 27.04.2017, diğer hükümleri ise sırasıyla 30.04.2018 ve 09.07.2018 tarihlerinde yürürlüğe giren 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üye sayısının değiştirilmesinden milletvekili seçilme yaşının düşürülmesine, savaş hali dışında askeri mahkemelerin kaldırılmasından o tarihteki adıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yeniden yapılandırılmasına kadar çeşitli konularda önemli düzenlemeler öngören söz konusu Anayasa değişikliğinin temelini, hükümet sisteminin değiştirilmesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede değişiklikte birlikte Cumhurbaşkanı, parlamenter hükümet sistemi döneminde yasama organından güvenoyu alan Bakanlar Kurulu ile birlikte kullandığı yürütme yetkisinin tek başına sahibi olmuş, diğer bir ifadeyle tek başına yürütme erki konumuna getirilmiştir. Böylece 6771 sayılı Kanun öncesi dönemde yürürlükte olan parlamenter hükümet sistemi yerini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır. Yine Cumhurbaşkanının yani yürütme erkinin doğrudan halk tarafından, yasama organı üyeleriyle birlikte aynı anda seçilmesi de söz konusu Anayasa değişikliğinin bir başka temel taşını oluşturmuştur.

Öngörmüş olduğu yeni hükümet sistemine uyum için Anayasa’nın birçok maddesini değiştiren 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi, Anayasa’nın 101’inci maddesini başlığıyla birlikte tamamen değiştirmiştir. Bu kapsamda 6771 sayılı Kanun’la, 101’inci maddenin daha önce “*Nitelikleri ve tarafsızlığı*” şeklindeki başlığı “*Adaylık ve seçimi*” şeklinde değiştirilmiş ve maddenin bütünü yeniden kaleme alınarak, kimlerin ne şekilde Cumhurbaşkanı adayı olabileceği ve Cumhurbaşkanının nasıl seçileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa’nın 101’inci maddesinin 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmiş (yeniden kaleme alınmış) metninde var olan hükümlerden birisi “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralıdır. Esas itibarıyla cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilecek cumhurbaşkanlığı seçimlerine katılma konusunda bir kısıtlama öngören bu kural, 101’inci maddede yer alan diğer hükümlerle birlikte 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte yakın geçmişte kamuoyunda ve öğretilerde, 30.04.2018 tarihinden önce parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin bu kuralın uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında bazı tartışmalar gündeme gelmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde yapılacak Cumhurbaşkanı seçimlerine kimlerin aday olabileceğinin belirlenmesi, şüphesiz hem siyaset

bilimi hem de hukuk disiplini açısından önemli ve güncel bir meseledir. Bu sebeple çalışmada “30.04.2018 tarihinden önce, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, Anayasa'nın 101'inci maddesinin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren halinde yer alan 'bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir' kuralının uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı” sorusuna hukuki perspektiften cevap aranmıştır. Bu amaçla ilk olarak, 101'inci maddede yer alan söz konusu kuralın anlamı ve kapsamı, klasik yorum yöntemlerinden hareketle tespiti çalışılmıştır.

Bu çerçevede 101'inci maddeye konu “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralı önce lafzî yorum metodundan hareketle ele alınmış ve maddede yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesinin terim anlamı esas alınarak, söz konusu hükmün “bir kimsenin en fazla iki defa (tek başına) yürütme erki olarak seçilebileceği” anlamına geldiği sonucuna ulaşılmıştır. Kuralın yorumlanmasındaki hata, bize göre, önceki ve sonraki (mevcut) hükümden kullanılan “Cumhurbaşkanı” ibaresinin kelime anlamı olarak dikkate alınıp aynı içerikte kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Halbuki, ibarenin terim anlamı ve içeriği, hatta mahiyeti 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile tamamen değişmiştir. Bir başka ifadeyle, iki “Cumhurbaşkanı” arasında sadece bir isim benzerliği vardır; anlam ve içerikleri tamamen farklıdır. Parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan ve doğrudan yürütme erkinin seçilmesi niteliğinde olmayan Cumhurbaşkanı seçimlerinin inceleme konusu kural kapsamında değerlendirilmemesini gerektiren bu sonuç, kurala tarihi ve sistematik yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlamlarla da teyit edilmiştir.

Gerçekten tarihi yorum metodu kapsamında Anayasa koyucu, 6771 sayılı Kanun'a temel teşkil eden esas komisyon raporunda yer verdiği “Yine, yürürlükteki ve Teklif'te yer alan Anayasa hükümlerinde 'Cumhurbaşkanı' ifadesi aynen kullanılmakla beraber; mevcut hükümlere göre Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile yürütme içindeki konumu Teklif'le getirilen hükümlerde esaslı bir şekilde değiştirildiği ve bütünüyle farklı bir hükümet sistemi içinde Cumhurbaşkanının düzenlendiği açık bir husus olduğu için, Teklif'in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır” şeklindeki açıklamayla, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan seçimlerin 101'inci maddenin kapsamı içerisinde değerlendirilmemesini amaçladığını açıkça ortaya koymuştur. Yine Anayasa koyucu 6771 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin gerekçesinde tercih ettiği kavramlarla, bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilmesi esasını, yeni kurduğu hükümet sistemi için ilk defa tespit edilen bir prensip şeklinde ifade etmiş ve bu suretle komisyon raporunda açıkça ortaya koyduğu iradesine, söz konusu rapora temel teşkil eden kanun teklifinin gerekçesinde de dolaylı olarak işaret etmiştir.



Sistematik yorum metodu açısından yapılan değerlendirmede de “*bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine*” ilişkin Anayasa kuralının münferit ve müstakil bir hüküm olarak değil, Anayasa’da öngörülen hükümet sistemi ile Devletin yürütme erkini değiştiren ve tamamı 6771 sayılı Kanun’la 2017 yılında ihdas edilen kurallar bütünüünün bir parçası olarak anlamlandırılması gerektiği kanaatine varılmıştır. Bu kanaat ise söz konusu kuralın, kaçınılmaz olarak, “*yeni hükümet sistemi döneminde tek başına yürütme erki olan Cumhurbaşkanının iki defadan fazla seçilememesini*” öngören bir kaide olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

İnceleme konusu Anayasa kuralı, yorum metotları çerçevesinde yapılan değerlendirmede son olarak gaî yorum yöntemi açısından ele alınmıştır. Bu noktada ülkede çok yakın bir geçmişte gerçekleşen hükümet sistemi değişikliği sonrasında söz konusu kuralın, yeni hükümet sistemi değişikliğiyle uyumlu olarak sadece yürütme erki konumundaki Cumhurbaşkanlığı makamı için yapılan seçimleri kapsayacak şekilde yorumlanmasının güncel toplumsal ihtiyaçlara aykırı bir yönünün bulunmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin bir uzantısı olarak da 6771 sayılı Kanun kapsamında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün 2017 yılı yerine bugün kabul edilecek olması durumunda, Anayasa koyucunun tarihi yorum metodu ışığında saptanan (ihdas tarihindeki) subjektif amacının değişmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Böylece Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinde klasik yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlamların, birbirleriyle tutarlı şekilde, “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının uygulanmasında parlamenter hükümet sistemi döneminin Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınmamasını gerektirdiği tespit edilmiştir.

Ne var ki Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının uygulanmasında parlamenter hükümet sistemi yürürlükteyken yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda bazı yazarlarda çeşitli tereddütler uyanmasının başlıca sebebi, 101’inci maddenin 30.04.2018 tarihinden önce yürürlükte olan (5678 sayılı Kanun’la değişik) halinde de aynı içerikte bir kuralın yer almasıdır. Buna binaen, yorum yöntemlerinden hareketle söz konusu kurala verilen anlam çalışmaya konu hukuki sorunun çözümü açısından yeterli olmasına rağmen⁷⁹, konu hakkında oluşabilecek tüm tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler açısından da çalışmada ayrıca irdelenmiştir.

⁷⁹ Ayrıca konu bakımından belirli bir kanun kapsamında bulunmayan maddi veya hukuki durumların zaman bakımından uygulamaya ilişkin kurallardan hareketle o kanunun kapsamına sokulması mümkün bulunmamasına rağmen

Bu çerçevede öncelikle Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan ve parlamenter hükümet sisteminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri hakkında öngörülen “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının, Anayasa'nın 101'inci maddesinin 6771 sayılı Kanun'la tamamen değiştirilmesi (yeniden yazılması) sonucunda, 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalktığı tespit edilmiştir. Bunun hukuki sonucu, hukuk âleminde biri 5678 sayılı Anayasa değişikliği kanununa konu olan ve 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe giren, diğeri ise 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununa konu olan ve 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren iki ayrı 101'inci madde ve iki ayrı “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının bulunmasıdır. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlükte olduğu dönemde en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralı uygulanırken, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 5678 sayılı Kanun'a konu kurala dayanılarak dikkate alınabilmesi mümkün değildir. Zira bu kural, 6771 sayılı Kanun'la birlikte 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olup mülga bir kanunun hukuk âleminde herhangi bir hüküm ve sonuç doğuramayacağı açıktır; yürürlükte bulunmayan bir kanuna dayanarak hüküm kurmak mümkün değildir.

Diğer taraftan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralı uygulanırken, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 6771 sayılı Kanun'a konu kurala dayanılarak dikkate alınabilmesi de mümkün değildir. Çünkü bu kural 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve aksi açıkça öngörülmediği sürece, kanunların derhal uygulanması prensibi uyarınca ancak 30.04.2018 tarihinden sonra yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde iki defa Cumhurbaşkanı seçilen kişiler hakkında uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bu noktada 30.04.2018 tarihinden önce yapılan herhangi bir seçimde Cumhurbaşkanı seçilmiş olma olgusunun, Cumhurbaşkanı seçilme konusunda sayı sınırlaması getiren söz konusu kural açısından henüz tamamlanmamış bir mevcut durum hali olarak nitelendirilebilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Dolayısıyla 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının bu tarihten önce Cumhurbaşkanı seçilen kişiler hakkında da uygulanması, kanunların geriye yürümesi yasağına açıkça aykırılık oluşturacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerini de kapsayacak şekilde uygulanıp uygulanmayacağı noktasında yorum yöntemlerinden hareketle yapılan anlamlandırma ile kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensiplerden hareketle ulaşılan netice birbirlerini teyit etmektedir.



Bu veriler ışığında Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmünün, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen cumhurbaşkanlığı seçimlerini de kapsamına alacak şekilde anlamlandırılmasının veya bunu netice verecek şekilde uygulanmasının mümkün olmadığı hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- ARAL V, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2007)
- ANAYURT Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018)
- ASLAN İ. Y, ŞENYÜZ D, *Hukuka Giriş* (14. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021)
- AYBAY A, AYBAY R, *Hukuka Giriş* (3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006)
- ATAR Y, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021)
- BATUM S, YILMAZ D, KÖYBAŞI S, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021)
- BİLGE N, *Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016)
- BOYAR O, *Anayasal Yorumu Giriş* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021)
- BRAUD P, *Devlet: Hukuki Öğretinin İkilemleri*, Çeviren: Gülçin Balamir Coşkun, içinde: Cemal Bâli Akal (Der.), *Devlet Kuramı* (2. Bası, Dost Kitabevi, Ankara 2005) 359-376.
- DOEHRING K, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çeviren: Ahmet Mumcu (2. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 2002)
- ERDOĞAN M, *Türk Anayasa Hukuku* (2. Bası, Hukuk Yayınları, Ankara 2019)
- EREN A, “Mevcut Cumhurbaşkanı kaç defa seçilebilir?”, 23.06.2018, <http://www.kanuniesasi.com/2018/07/23/mevcut-cumhurbaskani-kac-defa-seicilebilir/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.
- ESENER T, *Hukuk Başlangıcı - Genel Hukuk Bilgisi* (8. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2008)
- GÖZLER K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (2. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020)

GÖZLER K, "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", <https://www.anayasa.gen.tr/gorev-suresi.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2021.

GÖZLER K, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?", 24.02.2017, <https://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm>, Erişim Tarihi: 24.12.2021

GÖZLER K, *Hukuka Giriş* (16. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019)

GÖZLER K, *Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (US-A Yayıncılık, Ankara 1998)

GÖZLER K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021)

GÖZÜBÜYÜK A. Ş, *Anayasa Hukuku* (14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006)

GÖZÜBÜYÜK A. Ş, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005)

GÜNEŞ A. M, *Hukuk Metodolojisi* (3. Bası, Ekin Basım Yayın, Bursa 2020)

HEYWOOD A, *Politics* (4. Bası, Palgrave Macmillan, Londra 2013)

İŞIKTAÇ Y, *Hukuk Başlangıcı* (3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015)

İŞIKTAÇ Y, *Hukuk Metodolojisi* (8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021)

KABOĞLU İ.Ö, "Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir Kuralı Üzerine...", (2021) (1), *Ankara Barosu Dergisi*, 327-335

KANADOĞLU O. K, DUYGUN A. M, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020)

KÜÇÜK A, "Recep Tayyip Erdoğan 2023 Seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına Aday Olabilir Mi?", 23.09.2020, <https://www.turktime.com/yazar/recep-tayyip-erdogan-2023-secimlerinde-cumhurbaskanligina-aday-olabilir-mi/15070> , Erişim Tarihi: 24.12.2021.

LIJPHART A, *Patterns of Democracy - Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, (2. Bası, Yale Üniversitesi Yayınları, New Haven 2012)

METİN Y, *Anayasanın Yorumlanması* (1. Bası, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008)

ÖZBUDUN E, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005)

ÖZBUDUN E, *Türk Anayasa Hukuku* (21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021)



ÖZSOY BOYUNSUZ Ş, “Anayasamıza Göre Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı” (2018) (14), *Hukuk Defterleri* <https://hukukdefterleri.com/anayasamiza-gore-cumhurbaskaninin-donem-siniri/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

SEVİNÇ M, “Hayret verici bir ‘Anayasa’ yorumu!”, 11.06.2018, <https://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

ŞİRİN T, “Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı adayı olabilir mi?”, 08.04.2021, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/recep-tayyip-erdogan-yeniden-cumhurbaskani-adayi-olabilir-mi,30518>, Erişim Tarihi: 24.12.2021.

TANÖR B, YÜZBAŞIOĞLU N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2019)

TEZİÇ E, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2020)

TOPAKKAYA A, *Hukuk Hermeneutiği (Hukukta Anlama ve Yorumlama Sanatı)* (1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019)

KAN GÜTME SAİKİ İLE KASTEN ÖLDÜRME SUÇU

Deliberate Killing with the Motive of Bloody Strife

Yunus Emre BAĞLAR*

03.

Özet

Kan gütmeye saiki ile gerçekleştirilen kasten öldürme eylemleri, ülkemizin farklı coğrafyalarında yıllardır süregelen toplumsal bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukuku açısından incelenmesinin yanında kapsamlı sosyolojik ve psikolojik değerlendirmelere tabi tutularak bu eylemlerin en aza indirilmesi için çalışılması önem arz etmektedir. Kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçu başlıklı çalışmamızda öncelikle kan gütmeye saiki kavramı incelenmiş ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. Akabinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında korunmak istenen hukuki yarar, suçun maddi unsurları ve manevi unsur yönünden açıklamalar getirilmiştir. Suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima hükümlerinin uygulanması da ayrı başlık altında ele alınmıştır. Devamında kasten öldürme suçunun diğer bir nitelikli hali olan tasarlama ile kan gütmeye saiki arasında ilişki açıklanmaya çalışılmıştır. Cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrik hükümlerinin kan gütmeye saiki ile gerçekleştirilen öldürme eylemlerinde uygulanıp uygulanamayacağı da bir diğer başlıkta tartışılmıştır. Kanunda konumuz olan suça ilişkin yaptırım olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının öngörüldüğü aktarıldıktan sonra 3236 sayılı kanun anayasal ve toplumsal bağlamda incelenerek çalışma nihayete erdirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kan gütmeye, yaşam hakkı, haksız tahrik, tasarlama, görev bilinci.

Abstract

The deliberate killing actions with the motive of bloody strife, appear before us as an ongoing social phenomenon in our country's different regions. Along with examination in terms of criminal law; studying it by subjecting it to sociological and psychological evaluations in order to minimize these actions has importance. In our deliberate killing actions with the motive of bloody strife titled study, first the concept of the motive of bloody strife was examined and evaluations have been made towards

> *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

> *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.06.2021*

> *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Adıyaman Cumhuriyet Savcısı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, emrebaglar94@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0755-8923>



former 765 numbered Turkish Criminal Law period. Afterwards, in the scope of 5237 numbered Turkish Criminal Law; explanations have been made in terms of the legal right, which is desired to be protected, the material and moral elements of the crime. Attempt, participation and gathering provisions which are the customized appearances of the crime have been discussed in a separate title. Later on the relationship between deliberation, which is another qualitative form of deliberate killing and bloody strife have been tried to explain. Whether the unjust provocation provisions that are reasons to reduce the sentence can or can't be applied to actions of bloody strife killings has been discussed in another title. After stating that aggravated life imprisonment as a sanction to the crime which is our topic is being foreseen in the Law, the study was concluded by examining the Law numbered 3236 in terms of Constitutional Law and Social Context.

Keywords: Bloody strife, right to live, unjust provocation, deliberation, sense of duty

GİRİŞ

Bir gruba dâhil olma veya kendini bir gruba yakın hissetme kolektif bir yardımlaşma ihtiyacının ürünüdür. İnsanların mensup oldukları aile, bağlılık hissettikleri gruplar, yakın oldukları felsefi ve dini inançlar yaşamlarında önemli bir yere sahiptir. Bu birliktelikler insanı yaşamda karşılaşılabilecekleri tehlikelere karşı daha güvende hissettirmekte ve kimi zaman sığınılacak bir liman halini almaktadır. Bazı insanlar bağlı buldukları grubu veya mensup oldukları aileyi hayatlarının merkezine alarak hareket etmekte ve ailesine veya grubuna yaraşır bir yaşam sürmeye gayret etmektedirler. Bu durum dışarıdan objektif bir gözle bakıldığında gayet normal gözükmektedir. Ancak bağlı bulunulan aile veya grup nedeniyle başkaca aile veya gruplarla bir çekişme ve çatışma haline girmenin sorun oluşturacağı açıktır.

Kişiler bu çatışma ortamına genellikle bağlı buldukları veya yakın hissettikleri grubun şeref ve namusunu koruma güdüsü ile girmektedirler; ancak maalesef bu çatışmalar kimi durumlarda yalnızca fikir ayrılıkları ile sınırlı kalmamakta; kişilerin birbirlerine zarar vermelerine ve hatta birbirlerini öldürmelerine kadar varabilmektedir. Öldürme eylemleri de zaman içerisinde bir intikam aracı haline gelerek kan davası halini almaktadır. Kişiler daha önce kendi aile veya grubundan ölen kişinin kanının yerde kalmaması için diğer gruptan başkaca kimselerin bunun bedelini kanları ile ödemesi gerektiği inancı ile hareket etmektedirler.

Masum bir insanın yalnızca bir aileye veya gruba mensup olması nedeniyle öldürülmesini ne bir hukuk sistemi ne de bir vicdan kabul edebilir. Kan davalarının ülkemizde de yaygın olarak görülmesi sebebiyle kan gütme saikiyle kasten öldürme ceza mevzuatımızda cezası ağır bir suç olarak düzenlenmiştir; ancak ceza yaptırım uygulanmasının kan davalarını sona erdirmeye de gözden kaçırılmaması gereken bir gerçektir. Kan davalarının cezai yönünün yanında sosyolojik ve psikolojik yönü de ayrıca önem arz etmektedir. Esasında konunun toplumsal boyutunu ön planda tutan istikrarlı ve

kapsamlı bir eğitim ile gerçekleştirilecek bilinçlendirme faaliyetleri kan davası nedeniyle gerçekleşen öldürme eylemlerinin azalmasını sağlayacaktır. Bunun akabinde bu suçlar için etkin soruşturma yürütülmesi, cezalandırma için adil bir yargılama ortamının sağlanması ve verilecek cezadan sonra ıslah edici ve bilinçlendirici bir infaz sürecinin yürütülmesi toplumdan bu kötü geleneğin izlerinin silinmesine katkı sağlayacaktır.

Bu çalışmamızda hem sosyolojik hem de cezai yönden önem arz eden ve toplumda kötü bir gelenek olarak kendisini gösteren kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu farklı yönleriyle kapsamlı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

I. KAVRAM

Kan gütme, feodal geleneğin etkisini sürdürdüğü toplumlarda namus, şeref gibi kavramlar üzerine temellendirilmiş ve bireylerin uyması noktasında zorunluluğun mevcut olduğu bir davranış biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlayışın hâkim olduğu toplumlarda kendisini belirli bir gruba ait hisseden kişi, kan gütme saiki ile hareket etmediği takdirde toplum nezdinde kabul görmemekte ve haysiyetten yoksun kabul edilmektedir.¹

Kan gütmede düşmanca bir ilişki söz konusudur. Bu düşmanlık nedeniyle iki grubun mensupları birbirlerine karşı cebir ve şiddete başvurmakta ve bu eylemler öldürmeye kadar gidebilmektedir. Düşmanlığın ortaya çıkmasında aynı gruba mensup bireylerin birbirlerine samimi bağlılıkları önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireyler devlet otoritesi olmaksızın kendi haklarını kendileri almaya çalışmakta ve bir oç alma güdüsü ile hareket etmektedirler.²

Halk arasında “kan davası” olarak bilinen kan gütme saiki İtalyanca’da “*vandetta*”, İngilizce’de “*feud*” kavramlarına karşılık gelmektedir.³ Kan davası TDK’da ise; “*Geçmişte iki aile arasında cinayetten, kan akmış olmaktan veya başka bir nedenden oluşmuş düşmanlık*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴ Hukuki açıdan kan gütme; başkaca aileye, aşirete veya kabileye mensup bireylerin farklı nedenlerle besledikleri kinin de etkisiyle birbirlerinin hayatlarını sona erdirmeleri olarak ifade edilebilir.⁵ Bir aile veya gruba dâhil olan kimsenin öldürülmesinin akabinde bu kişinin intikamını almak amacıyla bir görev bilinci ile öldürme eylemi gerçekleşmektedir. Öldürülen kişinin mensubu olduğu grupta onurunun zedelendiği düşüncesi hâkimdir. Bu kişiler ilk öldürme

¹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016) 53.

² Sulhi Dönmezer, ‘İçtihatlarla Kan Gütme Saiki’ (1976) 42(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1, 3.

³ Dönmezer (n 2) 3.

⁴ <https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 16/02/2021

⁵ Bakınız; Yargıtay 1 CD, 5959/8322, 23/12/2011; Yargıtay 1 CD, 9284/4026, 30/06/2009.



eylemini gerçekleştiren kişinin ailesinden birisinin bunun bedelini kanı ile ödemesi gerektiği inancı ile hareket etmekte ve bu şekilde toplum nazarında aile onurlarını koruyabileceklerini düşünmektedirler.⁶

Kast kavramı ile “saik” kavramı arasındaki ilişkiden de bahsetmekte fayda olacaktır. Saik sözcüğü Arapça’da; “*sevk eden, götüren*” anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda suça konu eylemin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi kastın varlığını göstermektedir. Bazı durumlarda yalnızca kastın varlığı suçun ortaya çıkması için yeterli olmamaktadır. Suçun sübutu için failin belirli bir saik doğrultusunda hareket etmesinin arandığı durumlar mevcuttur. Yani saik, kastın oluşumuna etki eden ve suça konu eyleme karar verilmesinin arkasındaki sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷

Modern ceza hukuku sistemlerinde kast, suçun nitelikli hallerinin oluşmasında da her zaman tek başına yeterli değildir. Failin belirli bir saik ile suçun nitelikli halini oluşturacak eylemi gerçekleştirmesinin failin cezalandırması için şart koşulduğu durumlar mevcuttur. Bu durumda failin suçu oluşturan eylemde belirli bir saik ile hareket etmesi suçun manevi unsurlarının içinde kabul edilebilir.⁸ Kan gütme saiki ile kastın öldürme suçu açısından failin öldürme kastının yanında kan gütme saiki ile hareket etmesi suçun nitelikli halinin ortaya çıkması için gereklidir.

II. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİ

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde kastın öldürme suçunun nitelikli halleri 450. maddede düzenlenmişti. Ancak bu kanunun yürürlüğe giren ilk halinde kan gütme saiki kastın öldürme suçunun nitelikli hali olarak ele alınmamıştı. Ülkemizde yaygın olarak görülen ve toplumsal yönden ciddi sıkıntılara sebebiyet veren kan davalarını önlemek amacıyla kan gütme saiki ilk kez 6123 sayılı kanun ile ceza mevzuatımıza girmiştir. 09/07/1953 yılında kabul edilen 6123 sayılı “*Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun*” un 450. maddesinin 10. bendinde kastın öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlenmesi halinde idam cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.⁹

765 sayılı TCK’nın 450/4. maddesinde taammüden (tasarlayarak) öldürme de kastın öldürme suçunun nitelikli halleri arasında düzenlemiştir. Ancak 6123 sayılı kanunun gerekçesinde kastın öldürme suçunun tasarlayarak işlendiğinin

⁶ Hakan Hakeri, *Kastın Öldürme Suçları* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2007) 239.

⁷ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, *Kastın Öldürme Suçları*, (Adalet Yayınevi 2013) s. 217; Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri C. 3 (Adalet Yayınevi 2010) 671.

⁸ Gökçen ve Balcı (n 7) 218.

⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 113.

ispatının zor olması nedeniyle 10. bendin madde metnine dâhil edildiği belirtilmiştir. Bu şekilde uygulamada kan davası nedeniyle gerçekleşen öldürme olaylarında ceza artırımına gidilerek bu tarz eylemlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca kanun teklifinin gerekçesinin kan gütme saiki ile gerçekleştirilen eylemlerin tasarlamayı içerisinde barındırdığı ön kabulünü taşıdığını da söylememiz mümkündür.¹⁰

Kanaatimizce; kan davaları sadece aralarında husumet bulunan aileler yönünden değil; toplumun geneli açısından önem arz eden ve tüm öldürme eylemleri gibi kapsamlı sosyolojik ve psikolojik incelemelere tabi tutulması gereken bir olgudur.¹¹ Mülga 765 sayılı TCK'nın ilk halinde mevcut olmayan kan gütme saiki ile öldürmenin 1953 yılında yapılan değişiklik ile kanuna eklenmesi bu açıdan isabetli olmuştur; ancak her ne kadar gerçekleşen olaylarda başkaca nitelikli hallerin birlikte bulunması mümkün olsa da; kanunda ele alınan her bir nitelikli hal, mevzuatta yer edinme amacı ve kendisine has özellikleri ile ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Kan gütme saiki ile kasten öldürme, barındırdığı toplumsal ve sosyolojik özelliklerin de etkisiyle kasten öldürme suçunun önemli bir boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kanunda hüküm fıkrası olarak yer alması ve caydırıcı ceza yaptırımını ön görülmesinin yanında; cezaların “suç işlenmesinin önlenmesi” amacı ile de paralel olarak daha kapsamlı şekilde ele alınmasında fayda olacaktır.

III. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİ

A. KORUNMAK İSTENEN HUKUKİ YARAR

Kasten öldürme suçlarında korunmak istenen hukuki değer kişinin yaşam hakkıdır.¹² Yaşam hakkı Anayasanın 17. maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca uluslararası metinlerde de yaşam hakkına vurgu yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi; “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan

¹⁰ Dönmezer (n 2) 1.

¹¹ Tülin Günşen İçli, ‘Adam Öldürme Olayında Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Farkların Önemi’ (1987) 4(2) Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 21, 24.

¹² Faruk Erem, ‘Adam Öldürme’ (1953) 10(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 33; Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları (Seçkin Yayıncılık 2009) 561; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 106; Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008) 31; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. 1 (Beta Yayıncılık 2007) 23; Eser Olgun, ‘Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi’, (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1631, 1635; İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005) 785.



dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez” şeklinde düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde ise yaşam hakkı 3. maddede; “Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.” şeklinde ele alınmıştır. Ötenazi konusunda bazı tartışmalar olmakla birlikte yaşam hakkı, kişinin üzerinde tasarrufunun mümkün olmadığı mutlak haklar arasında sayılmalıdır.¹³

Muhakkak ki toplumda yaşayan herkesin birbirinin yaşama hakkına saygı duyduğu ve öldürme olaylarının en aza indirildiği bir dünya ideal olandır; ancak insanların yaşama biçimleri, yetiştikleri ortam, eğitim ve kültür düzeyleri ve fitrata dayalı bazı özellikleri kimi zaman bizleri bu idealden uzaklaştırmaktadır. Bu sebeple insanların yaşam hakkının korunması noktasında devlete de bazı yükümlülükler düşmektedir. Devletin üzerine düşen negatif yükümlülükler olduğu gibi pozitif yükümlülükler de mevcuttur. Öldürmeme yükümlülüğü negatif yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif yükümlülükler ise öldürme olaylarının engellenmesi için tedbirler almak olarak nitelendirilebilir. Ayrıca gerçekleşen öldürme olaylarının akabinde failerin ortaya çıkarılması için etkili bir soruşturma yürütülmesi, failin hak ettiği cezayı alması için adil bir yargılama ortamının sağlanması ve verilecek hükmün kesinleşmesinin akabinde failin yeniden topluma kazandırılması için ıslah edici bir infaz sürecinin yürütülmesi de devletin cezai açıdan pozitif yükümlülüklerine işaret etmektedir.¹⁴

Kanun koyucunun 6123 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra 5237 sayılı TCK’da da kan gütme saiki ile kasten öldürmeyi nitelikli hal olarak düzenlenmesinin, konunun sosyolojik yönünü de göz önünde bulundurarak Anayasanın 17. maddesine de uygun olacak şekilde yaşam hakkının korunmasının kapsamını genişlettiği kanaatindeyiz.

B. MADDİ UNSUR

1. FAİL

Fail kavramının kökeni “fiil” kelimesine dayanmakta ve “*bir fiili gerçekleştiren kişi*” anlamına gelmektedir.¹⁵ TCK’nın 37/1. maddesinde fail kavramı; “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklinde belirtilmiştir. Fail, suça konu eylemi bizzat gerçekleştiren kişi olabileceği gibi başkalarını da suçun işlenmesinde araç olarak kullanabilir. Bu durum TCK’nın 37/2. maddesinde;

¹³ Hafizoğulları ve Özen (n 1) 34.

¹⁴ Berrin Akbulut, ‘Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)’ (2020) 24(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273, 278.

¹⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (22 Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 553.

“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.” şeklinde ele alınmıştır.

Kasten öldürme suçunu herkesin işlemesi mümkündür. Yani bu suçlarda kadın, erkek, çocuk fark etmeksizin tüm gerçek kişiler fail olabilirler.¹⁶ Ancak öldürme suçlarında fail ile mağdurun aynı kişi olamayacağı unutulmamalıdır. Kişinin intihar ederek yaşamına son vermesi, ceza mevzuatımız kapsamında ne kasten öldürme ne de başkaca bir suça vücut vermemektedir; ancak bu durumda TCK’nın 84. maddesinde ele alınan “*intihara yönlendirme*” suçu gündeme gelebilir.¹⁷

Kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçu daha önce gerçekleştirilen başkaca bir eylemle ilişkili olduğundan herkesin bu suçun faili olamayacağına aklı gelmesi mümkündür. Kan davaları sebebiyle gerçekleştirilen öldürme olaylarında genellikle ilk gerçekleşen eylemin mağdurunun yakınları veya akrabalarının sonraki öldürme eylemlerini gerçekleştirdiği söylenebilir.¹⁸ Bu durumda kan gütmeye saiki ile öldürme eylemini gerçekleştiren failin, ilk olayın mağduru ile aralarında bir akrabalık bağının bulunmasının gerekip gerekmediği sorusu önem arz etmektedir.

Yargıtay 1961 yılına kadar kan gütmeye saiki ile öldürmenin gerçekleştiğinin kabulü için fail ile ilk olayın mağduru arasında bir hısımlık ilişkisi aramaktaydı. Hatta fail ile ilk olayın mağdurunun akraba olup olmadıklarının ve akraba iseler yakınlık derecelerinin belirlenmesini zorunlu kabul etmekteydi. Uygulamada suçun oluşumu için hangi dereceye kadar akrabalık ilişkisinin kabul edilebileceği belirsizliğe sebebiyet vermekteydi. Bu sebeple Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20/02/1961 tarihli 1/44 sayılı ilamı ile kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçunun meydana gelmesi için fail ile ilk olayın mağdurunun arasında bir hısımlık ilişkisinin bulunmasının zorunlu olmadığını karara bağlamıştır. Bu kararda bir gruba “*hissen bağlı olma*” dahi kan gütmeye saikinin varlığı için yeterli kabul edilmiştir.¹⁹ Uygulamada da kan gütmeye saikinin varlığı için hısımlık ilişkisi zorunlu bir unsur olarak görülmemektedir.²⁰

¹⁶ Özбек, Doğan ve Bacaksız (n 12) 106, Hafizoğulları ve Özen (n 1) 33, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 138; Akbulut (n 14) 278; Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, ‘Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)’ (2011) 17(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 95, 122.

¹⁷ Koca ve Üzülmöz (n 9) 68.

¹⁸ Otacı (n 12) 66.

¹⁹ Leyla Çakıcı Gerçek ve Jale Bafra, ‘Kan Gütmeye Saiki İle İşlenen Adam Öldürme Suçu’ (2005) 5(1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1, 9.

²⁰ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 241; Centel, Zafer ve Çakmut (n 12) 54.



Hısmımlık ilişkisinin yalnızca kan bağı ile sınırlı olmadan daha geniş anlamda sosyal bir örgütlenme olarak da kabulü mümkündür. Bu anlamda kendisinin bir gruba yakın hisseden kişilerin ilk olayın mağduru ile aralarında bir akrabalık bağı olmasa dahi bir görev bilinci ile kan güderek öldürme eylemini gerçekleştirmesi mümkündür. Bu durum aslında akrabalık bağı sınırlarını aşan kolektif bir dayanışma örneği olarak da algılanabilir.²¹

Kanun koyucu madde metninde hısmımlık ilişkisi ile ilgili bir belirlemede bulunmamıştır. Kanaatimizce; hısmımlık ilişkisinin kan gütme saikinin varlığı için zorunlu kabul edilmesi nitelikli halin uygulanmasının sınırlarını daraltacaktır. Nitekim ileriki bölümlerde açıklamaya çalışacağımız üzere Yargıtay'ın münhasıran kan gütme saiki ile hareket etme şartını araması ve süreye ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunması kan gütme saikinin varlığının ispatını zorlaştırmaktadır. Bunun üzerine bir de hısmımlık şartının aranması nitelikli hali işlevsiz hale getirecek ve mevzuatta yer edinme amacı ile çelişecektir. Bu sebeple kan gütme saiki ile hareket etmek koşulu ile aralarında hısmımlık ilişkisi olmayan kişilerin de bu suçun faili olmaları mümkündür.

2. MAĞDUR

Kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında suçun mağduru; ilk öldürme eylemini gerçekleştiren failin akrabası, yakını ya da bu kişinin ait olduğu gruba mensup olan kişilerdir. Örneğin; ilk öldürme eylemini gerçekleştiren failin akrabası, köylüsü, çocukluk arkadaşı, aynı aşirete mensup diğer bir kişi veya benzer dini veya felsefi inanca sahip kişi suçun mağduru olabilir.²²

İlk öldürme eyleminin failinin kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçunun mağduru olup olamayacağı hususu önem arz etmektedir. Yargıtay eski tarihli bir kararında; dedesinin öldüren kişiyi aradan geçen otuz dokuz yıl sonra öldüren failin eylemini kan gütme saiki ile işlediğini kabul etmiştir. Bu olayda sanık dedesini hiç görmemiş ve ilk öldürme olayından sonra dünyaya gelmiştir. Yargıtay bu durumda sanığın eyleminin kan gütme saikinden başka bir sebebe bağlanamayacağı gerekçesiyle hareket etmiştir.²³

Yargıtay'ın yakın tarihlerde öldürenin öldürülmesi halinde kan gütme saikinin mevcut olmadığına ilişkin kararları da mevcuttur. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 10/10/2018 tarihli, 2018/2476 Esas, 2018/4015 Karar sayılı kararında; *“Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre; öldürenin öldürülmeye kalkışılması halinde kan gütme saikiyle hareket etmiş sayılamayacağı, bu*

²¹ Sulhi Dönmezer, ‘Kriminoloji Açısından Kan Gütme Saikiyle İşlenen Suçlar’ (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1, 5.

²² Mustafa Ekinci ve Şerafettin Özcan, Kasten Adam Öldürme Suçları (Adalet Yayınevi 2004) 96; Otacı (n 12) 562-565.

²³ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 244.

durumda sanıklar hakkında haksız tahrik altında kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından hüküm kurulması gerektiği anlaşılmış ise de bu husus bozma nedeni sayılmamıştır.” şeklinde belirtilmiştir. Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16/03/2021 tarihli, 2020/3608 Esas, 2021/4254 Karar sayılı kararında; önceki olayın failinin öldürüldüğü ikinci eylemde kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun oluşmayacağını karara bağlamıştır.

Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 08/05/2019 tarihli, 2017/2681 Esas, 2019/2607 Karar sayılı kararında; “*Dairemizin yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamalarına göre “öldürenin öldürülmesi” hallerinde kan gütme saikinin geçerli olamayacağı, yargılama konusu olayın maktuller İ...., A....., M....., S.... ve S....’nın Tokat Ağır Ceza Mahkemesinin 2012/352 esas, 2014/218 karar sayılı dosyası kapsamında S.... B.. ve B.... Y..... isimli şahısların öldürülmesi olayının failleri oldukları gözetilmeden suça sürüklenen çocuklar S.... Y..... ve Ö... Y..... hakkında adı geçen maktullere yönelik haksız tahrik altında tasarlayarak kasten öldürme suçlarından hüküm kurulması gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi”* bozma nedeni yapılmıştır. Kan gütme saiki ile gerçekleşen kasten öldürme eylemlerinde ilk öldürme olayının failinin ikinci eylemin mağduru olabileceğine ilişkin görüşler de mevcuttur.²⁴

Koca/ Üzülmaz’e göre; kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun mağduru, ilk öldürme eyleminin faili olabilir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun failinin haksız tahrik altında hareket edip etmediğidir. Failin hakız tahrik etkisi altında öldürme eylemini gerçekleştirdiğinin tespiti halinde kan gütme saikinin bulunması söz konusu olamaz. Haksız tahrikin bulunmadığı ve diğer şartların da mevcut bulunduğu durumlarda kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun oluşacağı kabul edilmelidir. Ayrıca failin bir intikam alma duygusu ile hareket edip etmediği de suçun oluşumu açısından önem arz etmektedir.²⁵

Bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14/01/2014 tarihli, 2013/530 Esas, 2014/1 Karar sayılı kararından da bahsetmekte fayda olacaktır. Bu kararda; “*Öğretide de benimsenen ve halen uygulanma şartları bulunan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.06.2013 gün ve 1564-281, 04.05.1999 gün ve 91-93, 25.03.1997 gün ve 25-61, 11.06.1996 gün ve 105-130, 14.10.1991 gün ve 230-264, 11.03.1991 gün ve 36-76 ile 18 .02.1991 gün ve 1-41 sayılı kararları ile kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlerin temyiz incelemesini yapan Özel Dairenin yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere kan gütme;*

²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 172; aynı yönde bakınız; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 155; Handan Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 92-93; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 138.

²⁵ Koca ve Üzülmaz (n 9) 115.



failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra, suçlunun mensubu bulunduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesi halinde söz konusu olur.” şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararından; ilk öldürme eylemini gerçekleştiren failin kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun mağduru olabileceği anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce; ilk öldürme eylemini gerçekleştiren kişinin öldürülmesi durumunda kan gütme saikinin mevcut olmadığına ilişkin bir kesin kabul doğru değildir. Kanun koyucu madde metninde suçun nitelikli halinin oluşumunda saik unsurunu esas almıştır. Bu sebeple ilk öldürme eyleminden sonra gerçekleşen öldürme olaylarında faili bu suçu işlemeye götüren amaç esas alınmalıdır. Bu amacın belirlenmesi noktasında da ilk öldürme olayının devamında gelişen olaylar, sanık beyanı, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı birlikte ele alınarak değerlendirmede bulunulması gerekir. Örneğin; sanık ilk öldürme olayının failini kan gütme saiki ile öldürdüğünü ikrar edebilir. Ayrıca sanığı bu eylemi gerçekleştirmeye iten başkaca bir saik tespit edilememiş olabilir. Bu gibi durumlarda salt mağdurun ilk öldürme olayının faili olması nedeniyle kan gütme saikinin bulunmadığının kabulü bizi maddi gerçekten uzaklaştıracaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14/01/2014 tarihli, 2013/530 Esas, 2014/1 Karar sayılı kararı da göz önüne alındığında; tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, eğer faili eyleme sürükleyen unsurun kan gütme saiki olduğu kanaati elde edilirse mağdur ilk öldürme eyleminin faili olsa dahi kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun oluşacağına kabulünün daha isabetli olduğu söylenebilir.

Yine ilk öldürme eyleminin failinin beraat etmiş olması veya meşru müdafaa nedeniyle eyleminin hukuka uygun hale gelmesi gibi durumlarda sonraki eylemlerde kan gütme saikinin mevcut olup olamayacağı hususu da önem arz etmektedir. Burada yine faili bu eyleme yöneltten saik esas alınmalıdır. İlk öldürme eyleminin sanığı beraat etmiş olsa dahi eğer ikinci eylemde fail beraat eden sanığın suçlu olduğu inancı ile onu veya onun mensup olduğu aile veya gruptan bir kişiyi öldürüyor ise burada yine kan gütme saikinin varlığı kabul edilmelidir.²⁶

3. HAREKET

Kasten öldürme suçları bakımından 5237 sayılı TCK’da yalnızca eylemin öldürme ile sonuçlanması aranmıştır. Failin hangi eylemlerle suç işleyebileceğine ilişkin bir belirleme mevcut değildir. Bu sebeple kasten

²⁶ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 244; Koca ve Üzülmez (n 9) 114; Dönmezer, İctihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 10; Gerçek ve Bafra (n 19) 8; Cengiz Otacı, ‘Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu’ (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1489, 1493.

öldürme suçu serbest hareketli suçlar arasında sayılabilir. Suça konu eylemde kullanılacak araç açısından da bir sınırlamanın mevcut olmadığını söylemek gerekir. Örneğin; fail mağduru yumruk vurarak, bıçaklayarak, yemeğine zehir katarak veya silahla ateş etmek suretiyle öldürebilir.²⁷

Burada önemli olan husus suçta kullanılan aracın öldürmeye elverişli olmasıdır. Eğer kullanılan araçla öldürme neticesinin ortaya çıkması imkânsız ise burada kasten öldürmeye ilişkin bir eylemden söz edilemez. Hareket öldürmeye elverişli olmadığı takdirde failin hareketinin başkaca sebeplerle birleşmesi neticesinde ölüm olayı meydana geldiği durumlarda da fail öldürme suçundan sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin; failin mağduru bir tartışma sırasında itirmesi ve bu itirme neticesinde mağdurun korku ve heyecana kapılarak kalp krizi sebebiyle ölmesi durumunda kasten öldürmeden bahsedilmesi mümkün değildir.²⁸ Kastensiz öldürme suçu serbest hareketli bir suç olmakla birlikte suçun belirli bir hareketle işlenmesinin nitelikli hal sayıldığı bazı durumlar da vardır. Örneğin; TCK'nın 82/1-b. maddesindeki "*Canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme*", 82/1-c. maddesindeki "*Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürme*" buna örnek olarak gösterilebilir.²⁹

Konumuz olan kan gütme saiki açısından kanun metninde öldürme eyleminin hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir belirlemede bulunulmadığını görmemiz mümkündür. Bu sebeple kan gütme saiki ile öldürme suçunun serbest hareketle işlenebileceği söylenebilir. Ancak Yargıtay'ın hareket noktasında iki olay arasında geçmesi gereken süreyi esas aldığı bazı kararları bulunduğundan; bu başlık altında bu hususa da değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04/05/1999 tarihli, 1/91-93 sayılı kararında kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için şu koşulların gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir;

“1- Olaya neden olan önceki hadise, ölümle sonuçlanmış olmalıdır.

2- Fail, önceki suçun failini veya onun mensup olduğu grup ya da aileden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir.

²⁷ Köksal Bayraktar, 'Kasten Adam Öldürme' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 57, 64-65; Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 160; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Serkan Meraklı ve İsa Başbüyük, Açıklamalı-Şematik Pratik Çalışma Kitabı -III- Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 46.

²⁸ Koca ve Üzülmüş (n 9) 73.

²⁹ Adem Palut, 'Kasten Öldürme Suçunun Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma Veya Bombalama Ya Da Nükleer, Biyolojik Veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK M. 82/1-C)' (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 784, 802.



3- İlk öldürülen ile ikinci suçun failinin arasında kan hısımlığı bulunması şart olmayıp, suçun kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir.

4- İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.”³⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18/02/1991 tarihli, 1-1/41 sayılı kararında ilk olaydan yirmi iki ay sonra gerçekleştirilen öldürme eyleminin kan gütme saiki ile gerçekleştiğini kabul etmeyip failin ilk olaydan duyduğu acı ve elemin etkisiyle hareket ettiği gerekçesiyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11/03/1991 tarihli, 1-36/76 sayılı kararında sanığın kardeşinin katilini cezaevinden çıkıttıktan sekiz ay sonra öldürmesinde kan gütme saikinin bulunmadığını ve aradan geçen sürenin sanığın ilk eylemden duyduğu acı ve kızgınlığın henüz geçirmediğini karara bağlamıştır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun aksi yönde kararları da mevcuttur. Sanığın kardeşini öldüren kimseyi aynı gün öldürmesi olayında kan gütme saikinin mevcut olduğunu belirtmiştir. (CGK, 12/07/1971 tarihli, 1-216/72 sayılı kararı). Yargıtay 1. Ceza Dairesi de bir kararında, amcasının öldürülmesinin akabinde olay yerine giderek faili öldüren sanığın kan gütme saiki ile hareket ettiğini belirtmiştir. (1. CD, 13/03/1979 tarihli, 127/1066 sayılı kararı)³¹ Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin yakın tarihlerde iki öldürme olayının arasında geçen süreyi esas alarak kan gütme saikinin oluşmayacağını değerlendirdiği kararları da mevcuttur.³²

³⁰ Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 579.

³¹ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 242-243.

³² “Sanıklar N....., H....., M....., C..... ve F..... T.....’nın ilk öldürme olayının akabinde mağdurlara karşı öldürmeye teşebbüs fiillerini gerçekleştirdiklerinin anlaşılması karşısında, ani gelişen olayda sanıkların sırf kan gütme saiki ile hareket ettiklerine ilişkin olarak her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından, kan gütme saikiyle hareket ettiklerinin kabul edilemeyeceği gözetilmeden”, Yargıtay 1 CD, 4784/5326, 18/11/2014; “Oluşa ve dosya içeriğine göre; kardeşi E....’ın öldürülmesinden yaklaşık bir saat sonra sanık Doğan’ın, kardeşini öldüren A....’ın akrabası olan mağdur Ş.....’u av tüfeği ile yaraladığı; kangütme saikiyle öldürme suçunda, sanığın eylemini her türlü etkiden uzak olarak sırf kangütme saikinden kaynaklanan görev bilinciyle işlemesi gerektiği, somut olayda ise, sanığın öldürme kararı vermesi ile eylemi arasında çok kısa bir süre geçtiği, üstelik iki olay arasında kesinti yaşanmaması nedeniyle, öldürme fiilinin sanığın içinde bulunduğu tehevür hali devam etmekte iken gerçekleştirildiği anlaşılmalı; sanığın, kasten öldürmeye teşebbüsten TCK.nun 81, 35.maddeleri gereğince cezalandırılması yerine, suçun niteliğinde yanılgıya düşülerek, yazılı biçimde kan gütme saikiyle öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay 1 CD, 1477/3412, 04/06/2014; “Çetin’in ilk olayda sanığın kardeşi M.....’yı kasten öldürüp 765 Sayılı TCK.nun 448, 51/1 ve 55/3. maddeleri uyarınca mahkum olup cezasının infaz edilerek çektiği nazara alınıp aradan geçen süreyi de göz önünde tutarak hafif tahrik etkisiyle tasarlayarak adam öldürme suçunu işlediğinin kabulüyle 765 Sayılı TCK.nun 450/4, 51/1 ve 59. maddeleriyle hüküm kurulması gerekirken ...”, Yargıtay

Bir kimsenin ikinci öldürme olayında ilk olayın üzerinden ne kadar bir süre geçtiği takdirde ilk olayın elem ve kızgınlığı bulunmadan hareket edebileceği noktasında kesin bir belirlemeye varmak mümkün değildir. Bu durum kişinin sosyal ve psikolojik yönü ile de yakından ilgili olan tamamen sübjektif bir durumdur. Bu sebeple yalnızca süre kıstası ele alınarak ikinci öldürme olayının failinin kan gütme saiki ile hareket etmediğinin kabulü doğru değildir.³³ Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin yerel mahkemenin kararını iki eylem arasında geçen sürenin kısalığı gerekçe gösterilerek nitelikli halden hüküm kurulmaması sebebiyle bozduğu bir kararı da mevcuttur.³⁴

Özbek/ Doğan/ Bacaksız'a göre; kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun oluşabilmesi için ilk olayın üzerinden çok kısa olmayan bir zaman diliminin geçmesi gerekir. İki olay arasında geçen bu zaman ikinci öldürme eyleminin ilk öldürme eyleminin etkisi altında işlenip işlenmediği hususunda yol gösterici olacaktır. Kan gütme saikinin varlığı için fail ilk olaydan duyduğu elem ile hareket etmemelidir. Bu anlamda iki olay arasında geçen zaman kan gütme saikinin tespitinde önemli bir kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır. Önceki ve sonraki öldürme eylemleri arasında geçen süre somut olayın durumuna göre hâkim tarafından takdir edilmelidir.³⁵

Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre; ilk olayın üzerinden ne kadar bir zaman geçtiği takdirde failin ikinci eylemde ilk olayın eleminden kurtularak hareket ettiğinin tespiti mümkün değildir. Bu manada kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun oluşabilmesi için süre kıstasının aranması yerinde olmamıştır. Ayrıca “çok kısa olmayan süre” den ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Sürenin ne kadar olması halinde kısa sayılmayacağı hususunda kesin bir kıstas ortaya

1 CD, 5354/5382, 04/12/2006; “kan gütme saikiyle öldürme suçunda, sanıkların eylemini her türlü etkiden uzak olarak sırf kan gütme saikinden kaynaklanan görev bilinciyle işlemesi gerektiği, somut olayda ise, sanık ve suça sürüklenen çocuğun öldürme kararı vermesi ile eylemi arasında çok kısa bir süre geçtiği, üstelik iki olay arasında kesinti yaşanmaması nedeniyle, öldürme fiilinin sanığın ve suça sürüklenen çocuğun içinde buldukları tehevvir hali devam etmekte iken gerçekleştirildiği anlaşılmalı; sanık ve suça sürüklenen çocuğun, kasten öldürmeden cezalandırılmaları yerine, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde kan gütme saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay 1 CD, 438/3432, 26/06/2019.

³³ Gerçek ve Bafra (n 19) 8; Koca ve Üzülmöz (n 9) 115; Hakeri, Kastan Öldürme Suçları (n 6) 242; Otacı, Kastan İnsan Öldürme Suçları (n 12) 571.

³⁴ “iki öldürme arasında geçen iki günlük sürenin de suçun oluşumu için yeterli kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden, “olayın üzerinden uzunca bir süre geçmediği, bu süre içerisinde sanığın, maktül Erdelhun'un öldürülmesinden duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden iki günlük süre içerisinde arınmasının mümkün olmadığı” şeklindeki yetersiz ve hukuki olmayan gerekçelerle yazılı şekilde kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi”, Yargıtay 1 CD, 4166/7673, 01/12/2008.

³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 137.



koyulması mümkün olmadığından bu koşulu aramak mantıklı olmamıştır.³⁶

Sevük'e göre; iki olay arasında geçen süre kıstası failin ikinci eyleminde ilk olaydan duyduğu acı ve elemnin etkisi altında hareket edip etmediğinin tespitine yardımcı olacaktır. Zaman kıstasından kan gütme saikinın diğer delillerle tespit edilemediği durumlarda faydalanılmalıdır. Nitekim ilk eylemin üzerinden kısa bir süre geçmesi halinde de failin ilk olayın kızgınlık ve eleminden sıyrılmış olması mümkündür.³⁷

Kanaatimizce; Yargıtay'ın iki eylem arasında geçen zamanı kıstas olarak kabul etmesindeki amaç sanığın haksız tahrik altında hareket edip etmediğinin tespitine dayalıdır; ancak Yargıtay'ın uygulamalarında kimi zaman kısa bir süre geçmesi durumunda kan gütme saikinın varlığı kabul edilirken; kimi zaman da uzunca sayılabilecek bir süre geçtiği halde failin ilk olayın etkisi ile eylemi gerçekleştirdiği kabul edilmiştir. Failin kan gütme saiki ile hareket ettiğinin kabulü için yalnızca iki eylem arasında geçen süre kısalığının esas alınması doğru değildir; ancak aradan geçen süre kan gütme saikinın varlığının tespiti açısından uygulayıcılara yol göstericidir. İki olay arasında geçen süre, sanığın olayın gerçekleştiği zaman içerisinde bulunduğu psikolojik ve sosyolojik koşullar ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; eğer faildeki ilk olayın elem ve kızgınlığın geçtiği, faili bu eyleme iten başkaca bir sebep bulunmadığı, failin bir görev bilinci ile hareket ettiği tespit edilebiliyorsa iki eylem arasında geçen süre kısa olsa dahi kan gütme saikinın varlığı kabul edilmelidir.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz diğer bir husus da kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun ihmali hareket ile işlenip işlenemeyeceğidir. TCK'nın 83/1. maddesinde; "*Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*" şeklinde düzenleme ile kasten öldürme suçunun ihmali davranış ile de işlenmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TCK'nın 83/3. maddesi uyarınca öldürmenin ihmali hareketle gerçekleşmesi halinde ceza indirimi hususunda mahkemeye bir takdir yetkisinin sunulduğunu görmemiz mümkündür.³⁸

Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus failin gerçekleşmesi istenen sonucu engelleme yükümlülüğü altında bulunması gerektiğidir. Bu yükümlülük bir yasadan kaynaklanacağı gibi bir sözleşmeden de kaynaklanabilir. TCK'nın 83/2-b maddesi uyarınca kişinin önceden gerçekleştirdiği davranışın

³⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 174.

³⁷ Sevük (n 24) 94.

³⁸ Özlem Koçak Süren, 'Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu Madde 83"' (2010) (90) TBB Dergisi 248, 254.

başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gereklidir. Yükümlü olan kişinin somut olayın niteliğine göre sonucun ortaya çıkmasını engellemeye yönelik icrai hareketlerde bulunması mümkün değilse ölüm olayından sorumlu tutulmamalıdır. Yine fiziki imkânsızlıklar varsa ve yükümlülüğün yerine getirilmesi özel bir teknik bilgiyi gerektiriyorsa fail ölüm neticesinden sorumlu tutulmamalıdır.³⁹

Kanaatimizce; kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi mümkündür. Örneğin; yoğun bakımda tedavi gören bir hastaya gerekli ilaçları vermekle yükümlü olan bir hemşire hastaya kasıtlı olarak ilaç vermeyerek ölümüne neden oldu ise ve hasta olan kişinin hemşiresinin ailesinden veya yakınlarından birini önceden öldürdüğü, hemşiresinin hastayı öldürmeye iten başkaca bir saikin bulunmadığı, hemşiresinin bu ihmali davranışında önceki öldürme olayının intikamını almaya yönelik bir görev bilinci ile hareket ettiği sabit ise kan gütme saiki ile ihmali hareketi neticesinde ölümden sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir durumda kasten öldürme suçunun TCK'nın 81/1-e maddesinde düzenlenen "çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı" ve TCK'nın 81/1-g maddesinde ele alınan "Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle" işlenmesi de gündeme gelecektir.

4. NETİCE

Netice, failin suça konu eyleminin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak ifade edilebilir. Bu sebeple netice, hareketin bir alt başlığı olmaktan ziyade aynı hareket gibi suçun maddi unsurları arasındadır. Suçlar neticeli suçlar ve sırf hareket suçları olarak sınıflandırılmaktadır.⁴⁰ Hareket ve ortaya çıkan neticenin zaman ve yer olarak birbirlerinden ayrılması mümkündür.⁴¹ Örneğin; mağdur, failin öldürme kastı ile gerçekleştirdiği eylem anında değil de bir süre tedavi gördükten sonra ölüm neticesi gerçekleşebilir.

Ölüm, esasında solunum, dolaşım gibi temel yaşamsal aktivitelerin durması sonucu meydana gelmektedir. Bu bakış açısı ölümü sadece fiziksel manada fonksiyonların sona ermesi ile sınırlı ele almaktadır. Ancak teknolojinin de gelişmesiyle birlikte solunumun ve kalp atışlarının durmasından önce kişinin beyin hücrelerinin yavaş yavaş işlevselliğini yitirmeye başladığı ve kişinin bilincini yitirerek vücudunu yönetme kabiliyetini tamamen ve yeniden kazanılamayacak şekilde yitirdiği durumlar da tespit edilmiştir. Bu durumda

³⁹ Cankat Taşkın, 'Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme' (2008) (79) TBB Dergisi 141, 147-148.

⁴⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (10 Baskı, Turhan Kitabevi 2010) 18; Meran (n 12) 32; Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 143; Hafızoğulları ve Özen (n 1) 37.

⁴¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 111.



kişinin beyin ölümünün gerçekleştiği kabul edilmektedir. Aslında tıp bilimi ile ilgili olan bu husus ceza hukuku ve özellikle kasten öldürme suçları yönünden de önem arz etmektedir.⁴² Öldürme suçlarında beyin ölümünün gerçekleşmesi durumunda da ölüm neticesinin gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁴³

5. NEDENSELLİK BAĞI

Nedensellik ilişkisi yalnızca ceza hukuku alanında değil; tüm hukuk alanlarında kapsamlı bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu ilişkinin niteliğinin belirlenmesi uygulamaya bırakılmıştır. Nedensellik bağı özellikle ceza hukukunda her olayın özelliğine göre bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir. Suça konu olayların çeşitliliği ve neticenin ortaya çıkmasında failin hareketinden başkaca unsurların araya girmiş olma ihtimali sebebiyle kanun koyucuyu nedensellik bağına ilişkin bağlayıcı bir tanım öngörmemiştir.⁴⁴

Tüm kasten öldürme suçlarında olduğu şekilde kan gütme saiki ile kasten öldürme açısından da failin hareketi ile ölüm arasında bir nedensellik ilişkisi bulunması gerekir. Bu durum, failin hareketinden sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu açısından da önemlidir. Nitekim bir kimsenin gerçekleştirmede bir eylem nedeniyle sorumlu olması beklenemez. Kan gütme saiki ile öldürme suçu açısından da bu saik ile öldürme eylemini gerçekleştiren failin hareketi neticesinde ölüm meydana geliyorsa nedensellik bağının mevcut bulunduğu söylenebilir.⁴⁵

Failin suçtan sorumlu tutulmasında nedensellik bağının yanında neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olması da gereklidir.⁴⁶ Bu sebeple failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için iki aşamalı bir inceleme yapılması önem arz etmektedir. Öncelikle failin eylemi ile dış dünyada ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı tespit edilecek; akabinde ise bu neticenin faile

⁴² Bayraktar (n 27) 67.

⁴³ Akbulut (n 14) 284; Centel, Zafer ve Çakmut (n 12) 25.

⁴⁴ Ömer Ömeroğlu, 'Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkileri Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)' (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1529, 1529; Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 188.

⁴⁵ Koca ve Üzülmöz (n 9) 76; Meran (n 12) 32; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 40) 18; Hafizoğulları ve Özen (n 1) 36; Erem (n 12) 37-38.

⁴⁶ "Uyuşmazlığa konu somut olayın özellikleri itibarıyla objektif isnadiyet kavramına ayrıca yer verilmesi gerekmektedir. Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olması tek başına failin cezalandırılması için yeterli olmayıp ayrıca gerçekleşen neticenin failin eser olup olmadığının diğer bir ifadeyle ortaya çıkan neticenin belirli bir kişiye objektif olarak isnadının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi de gerekmektedir. Olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, sonrasında gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir insanın eser olarak görülüp görülemeyeceği anlamına gelmektedir. Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faile isnat edilemeyecektir", Yargıtay CGK, 12-271/278, 16/05/2017.

objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.⁴⁷ Kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçu yönünden de ölümün failin eylemi neticesinde ortaya çıkıp çıkmadığı ve ölüm neticesinin objektif olarak faile yüklenip yüklenemeyeceği kapsamlı bir hukuki tetkike tabi tutulmalıdır.

C. MANEVİ UNSUR

TCK'da suçun manevi unsurları yönünden kast ve taksir kavramları karşımıza çıkmaktadır. TCK'nın 21/1. maddesinde kast; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde ele alınmıştır. Suça konu eylemin haksız bir eylem olduğu bilindiği halde eylemin gerçekleştirilmesi durumunda kastın varlığı kabul edilmelidir.⁴⁸ TCK'da manevi unsur yönünden kast kavramı incelendiğinde “olası kast” ile de suçun işlenmesinin mümkün olduğu görülecektir.⁴⁹ Olası kastın varlığının kabulü için en azından failin ortaya çıkabilecek neticeyi öngörmesi aranmalıdır.⁵⁰ Olası kastın varlığında öngörmenin yanında failin ortaya çıkabilecek neticeyi kabullenmiş olması da önemlidir. Yani olası kastta fail neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen sonuca ilişkin failde bir “umursamama” durumu söz konusudur.⁵¹

Failin hareketi sonucunda ortaya çıkabilecek neticeyi öngörmesi gerektiği halde öngörmeden eylemi gerçekleştirilmesi durumunda taksirli hareketten söz edilecektir.⁵² Taksir, manevi unsur yönünden kasta göre istisnai bir özellik göstermektedir. Kanunda suçun taksirli hali açıkça düzenlenmediği takdirde taksirle işlenen bir eylem neticesinde faile ceza verilmesi mümkün değildir.⁵³ Bilinçli taksirde ise öngörülmesine rağmen istenilmeyen bir sonucun ortaya çıkmayacağı düşüncesiyle hareket etme durumu söz konusudur.⁵⁴

Kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçu manevi unsur yönünden suç

⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) s. 112; Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) s. 143-144; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (7. Baskı, Beta Yayıncılık 2011) 264-265; Bayraktar (n 27) 68.

⁴⁸ İzzet Özgenç, ‘Kast-Taksir Kombinasyonları’ (1998) 6(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345, 345.

⁴⁹ Hakan Karakehya, ‘Ceza Hukukunda Doğrudan Kast’ (2007) 15(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 117-118.

⁵⁰ Esmâ Nur Turhan, ‘Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı’ (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 448, 452.

⁵¹ Koca ve Üzülmüş (n 9) s. 83.

⁵² Cengiz Topel Çiftçiöğlü, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Taksir’ (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 317, 321.

⁵³ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 158.

⁵⁴ Onur Yiğit, ‘Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları’ (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 113, 113.



başlığında da belirtildiği üzere kasten işlenen bir suçtur. Suçun oluşabilmesi için failin öncelikle öldürme kastı ile hareket etmesi, bilerek ve isteyerek eylemini gerçekleştirmesi gereklidir; ancak Yargıtay uygulamalarında failin kan gütme saiki açısından eylemini yalnızca kasıtlı olarak gerçekleştirmesi aranmamakta; bunun yanında failin başkaca hiçbir amaç gütmeden “münhasıran” kan gütme saiki ile hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁵ Bu durumda failin eylemi gerçekleştirmesinde kan gütme haricinde başkaca bir saik bulunmamalıdır. Eğer kan gütme olmasa idi failin eylemi gerçekleştirmeyeceği ortaya konmalıdır. Araya başkaca bir saik girdiğinin tespit edilmesi halinde eylemin kan gütme saiki ile gerçekleştiğinin kabulü mümkün olmamakla birlikte başkaca bir nitelikli hal var ise uygulanması kabildir.⁵⁶

Failin münhasıran kan gütme saiki ile hareket etmesi gerektiği konusunda eleştiri getirenler de mevcuttur. Buna göre; münhasıran kan gütme saikinin aranmasındaki amaç haksız tahrikin şartlarının bulunup bulunmadığını tespit etmeye ilişkindir. Failin kan gütme saikinin yanında başkaca saiklerle de hareket etmesi mümkündür. Örneğin failde kan gütmenin yanında şöhret elde etme, diğer aileye veya gruba yönelik büyüklüğünü gösterme gibi saikler de bulunabilir. Böyle durumlar da kan gütme saiki ile kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ayrıca Yargıtay’ın bu şekilde yönlendirici bir tanımlamaya yer vermesi de doğru olmamıştır.⁵⁷

Yine Yargıtay’ın kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında failin bir görev bilinci ile hareket etmesi gerektiğine ilişkin kararları da mevcuttur.⁵⁸ Görev bilinci ile hareket etme, fail ile mağdur arasında başkaca

⁵⁵ “Her iki taraftan da yaralananların bulunduğu olay sonrası yaşanan ve adliye intikal eden olaylar nazara alındığında, sanıkların münhasıran kan gütme saiki ile hareket ettiklerine dair her türlü şüpheden uzak kesin ve yeterli delil bulunmaması karşısında, TCK’nun 82/1-a ve 82/1-a, 35. maddeleri yerine 82/1-a-j ve 82/1-a-j, 35. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarına karar verilmesi”, Yargıtay 1 CD, 1107/3221, 12/10/2017; “Dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre, öldürenin öldürülmesi hallerinde kan gütme saikinin geçerli olmayacağı, kan gütme saikinin varlığının kabulünün, başkaca bir neden eklenmeksizin münhasıran kan gütme saiki ile işlenmesi halinde mümkün olacağı gözetilerek, daha önce meydana gelen öldürme ve yaralama olayı ile ilgili katılan Nevzat ve sanığın da katıldığı Niğde Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/54 esas ve 2011/185 karar sayılı dava dosyasının denetime imkan vermesi açısından aslı ya da onaylı örneğinin dosya içerisine alınması gerektiğinin gözetilmemesi”, Yargıtay 1 CD, 2003/4918, 11/12/2017; “Sanığın kendisine küfredildiğine dair ispatlanamayan savunması dışında bir neden olmaksızın maktülü öldürdüğü, kan gütme saiki ile hareket ettiği anlaşılmasına karşın, yazılı şekilde kasten adam öldürme suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay 1 CD, 1969/5151, 04/12/2018.

⁵⁶ Koca ve Üzülmöz (n 9) 114; Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 245-246; Gerçek ve Bafra (n 19) 7; Dönmezer, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 8-9.

⁵⁷ Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 569.

⁵⁸ “Sanığın önceden yeğeni T.... M.....’nın öldürülmüş olması nedeniyle görev bilinciyle hareket ederek yeğenini öldüren B..... T..... isimli kişinin yakın akrabası (amcası) olan M.....

hiçbir sübjektif ilişkinin bulunmadığı anlamına gelmektedir.⁵⁹ Görev bilinci kavramı, mensup olduğu aile yapısının faile yüklediği bir sorumluluk gereği eylemi gerçekleştirmesini ifade etmektedir. Bu açıdan “görev bilinci” unsurunun kan gütmeye saikinden ziyade töre saikine daha çok uygun olduğu savunulmuştur. Yine kan gütmeye saiki ile gerçekleştirilen her öldürme eyleminde hem “görev bilinci ile” hem de “münhasıran kan gütmeye saiki ile hareket etme” unsurunun birlikte bulunup bulunmayacağı da tartışmalıdır. Buna göre; kan gütmeye saikinin bulunduğu olaylarda hem görev bilinci ile hareket etme hem de münhasıran kan gütmeye saiki ile hareket etme unsurlarının aranması kendi içerisinde çelişkili olması nedeniyle eleştirilmiştir.⁶⁰

Bu başlık altında inceleyeceğimiz diğer bir husus da ilk öldürme olayının taksirle meydana gelmesi halinde ikinci öldürme olayında kan gütmeye saikinin varlığının kabul edilip edilemeyeceğidir. Kanunda suçun oluşumu için kan gütmeye saiki ile hareket edilmesi aranmıştır. İkinci öldürme olayına sebebiyet veren ilk olayın kasıtlı veya taksirli işlenmesi hususlarında bir belirlemede bulunulmamıştır. Bu sebeple ikinci öldürme olayında failin kan gütmeye saiki ile hareket edip etmediği önemlidir. İlk öldürme olayının taksirle işlenmesi halinde de kan gütmeye saiki ile kasten öldürme hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁶¹ Nitekim Yargıtay’ın da aynı yönde kararı mevcuttur.⁶²

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Kasten öldürme suçlarında fail suçun icrai hareketlerine başlamış; ancak elinde olmayan sebeplerle ölüm gerçekleşmemişse teşebbüsün varlığından söz edilebilir.⁶³ TCK’da suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda zorunlu olarak ceza indirimi öngörülmüştür.⁶⁴ TCK’nın 35/2. maddesinde; “*Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre,*

’yı öldürdüğü olayda, eylemine uyan kan gütmeye saiki ile tasarlayarak öldürme suçundan cezalandırılması yerine yazılı şekilde sadece tasarlayarak öldürme suçundan hüküm tesisi”, Yargıtay 1 CD, 5289/1764, 20/03/2014.

⁵⁹ Gerçek ve Bafra (n 19) 6; Meran (n 12) 71.

⁶⁰ Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 569-570.

⁶¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 173; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 138; Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 246; aksi yönde bakınız; Koca ve Üzülmöz (n 9) 114; Özen (n 24) 153.

⁶² “*kardeşlerinin ölümünün taksirli olmasının kan davasına engel teşkil etmediği, Dairemizin de yerleşmiş içtihatlarına göre failin, kan gütmeye saikiyle hareket etmesinin yeterli olduğu...*”; Yargıtay 1 CD, 2643/2830, 05/05/2011.

⁶³ Mustafa Serdar Özbek, ‘Kasten Öldürme Suçuna Teşebbüs ile Kasten Yaralama Suçunda Failin Kastının Belirlenmesine İlişkin Bir Vakıa Tahlili’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3539, 3539.

⁶⁴ Önder Tozman, Suça Teşebbüs (Adalet Yayınevi 2015) 41.



ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” şeklinde düzenleme mevcuttur.⁶⁵

Konumuz olan kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu yönünden fail öncelikle öldürme kastı ile hareket etmelidir. Yani mağduru bilerek ve isteyerek öldürme niyetiyle harekete geçmelidir. Öldürme eylemi düşünce aşamasını geçerek fail tarafından icrai hareketler ile ortaya konmaya başlanmalı; ancak failin elinde olmayan sebeplerle hareket tamamlanamamalı veya netice gerçekleşmemelidir. Ceza mevzuatımızda kural olarak hazırlık hareketlerine ceza verilmemektedir. Yine kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda teşebbüsten bahsedebilmek için suça konu eylem elverişli hareketler ile icra edilmelidir.⁶⁶ Somut olayda açıkladığımız koşulların bulunması ve failin kan gütme saiki ile hareket ettiğinin tespiti durumunda teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.⁶⁷ Teşebbüs hükümlerinin uygulandığı durumda da TCK'nın 35/2. maddesi uyarınca fail meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak; diğer hallerde fail hakkında verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilecektir.

Konumuz açısından ilk öldürme eyleminin teşebbüs aşamasında kalması halinde sonraki öldürmede kan gütme saikinden bahsedilip bahsedilemeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Yargıtay daire uygulamalarına göre kan gütme saikinin varlığından bahsedilebilmesi için ilk eylemde öldürmenin gerçekleşmiş olması gerekir.⁶⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı görüşü paylaşmaktadır. Yargıtay CGK'nın 18/02/1991 tarihli, 1/41 sayılı kararı, 11/03/1991 tarihli, 36/76 sayılı kararı ve 14/10/1991 tarihli 230/264 sayılı kararında kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile gerçekleştiğinin kabulü için olaya neden olan önceki hadisenin ölüm ile sonuçlanmış olmasını şart koşmuştur.⁶⁹

Yargıtay'ın bu görüşü ilk eylemde ölümün gerçekleşmemesi nedeniyle kan davasının oluşmayacağı kabulüne dayalıdır. Doktrinde Yargıtay'ın kan gütme saikinin varlığının kabulü için ilk eylemde ölümün gerçekleşmiş olması

⁶⁵ Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1, (28. Baskı, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık 2021) 189.

⁶⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (n 47) 441-449.

⁶⁷ “Meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre, 13 yıldan 20 yıla kadar ceza verilmesini öngören TCK'nın 35. maddesinin uygulanması sırasında alt sınırdan uzaklaşmak yerine yazılı biçimde 13 yıl ceza belirlenmesi suretiyle eksik ceza tayini”, Yargıtay 1 CD, 620/308, 06/02/2020.

⁶⁸ Yargıtay 1 CD, 3365/5298, 03/12/2019.

⁶⁹ Meran (n 12) 73.

gerektiğine ilişkin görüşü eleştiri konusu yapılmıştır. Buna göre; ilk eylemin teşebbüs aşamasında kalması ile ikinci eylemde kan gütme saiki ile hareket edilip edilmediği arasında bir bağlantı kurulması doğru olmayacaktır. İlk eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda da ikinci öldürme eyleminin kan gütme saiki ile işlenmesi mümkündür.⁷⁰ Aksi yönde bir görüşe göre; kasten öldürme eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda her zaman mağdurda yaralanma meydana gelmemektedir. Örneğin; fail tarafından mağdura ateş edilip mermilerin isabet etmediği durumlarda da kasten öldürmeye teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir. Zira kan gütme öldürülmüş bir kişinin intikamının alınmasına yönelik toplumda yerleşmiş kötü bir gelenektir. Bu sebeple ilk eylemde ölümün gerçekleşmemesi durumunda ikinci eylemde kan gütme saikinin varlığından söz edilemez.⁷¹

Kanaatimizce; ilk eylemde ölümün gerçekleşmiş olması kan gütme saikinin varlığının tespiti için önemli bir olgudur. Nitekim kan davaları yakınlarından veya akrabalarından birinin öldürülmesinden doğan bir intikam güdüsü üzerine temellenmiştir. Ancak kanuni düzenleme uyarınca kanun koyucu suçun ortaya çıkması için sadece kan gütme saikinin varlığını aramaktadır. Nasıl ki kanunda ilk öldürme eyleminin kasten veya taksirle işlenmesine ilişkin bir belirleme yapılmamış ise ilk eylemin ölüm ile sonuçlanıp sonuçlanmaması yönünden de bir belirleme söz konusu değildir. Saik olgusu failin ilk gerçekleşen eylem sonrasında onu ikinci öldürme eylemine iten sebep olarak ele alınmalıdır. İlk eylem ölüm ile sonuçlanmasa dahi failin içerisinde bulunduğu psikolojik durum, mensup bulunduğu ailenin geleneksel yapısı faili kan gütme saiki ile hareket etmeye itebilir. Bu şekilde ilk öldürme eyleminde ölüm neticesi gerçekleşmediği takdirde dahi ikinci eylemin kan gütme saiki ile işlenmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

B. İŞTİRAK

İştirak, bir suçu işleyen failin dışında bir veya birden fazla kişinin de suçta dâhili olmasını ifade etmektedir. Bir suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunda da müşterek faillik söz konusu olacaktır. ⁷² 5237 sayılı TCK'da suça iştirak genel bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmemiştir. Ancak kanunda bazı suçlarda müşterek faillik nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Örneğin; TCK'nın 106/2-c. maddesinde tehdit suçunun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinde suçun temel haline göre daha fazla ceza yaptırımı öngörülmüştür. Yine kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından

⁷⁰ Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları* (n 6) 246; aynı yönde bakınız; Sevik (n 24) 94.

⁷¹ Koca ve Üzülmöz (n 9) 114; aynı yönde bakınız; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 12) 137; Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 173.

⁷² Mustafa Özen, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı' (2007) (70) TBB Dergisi 239, 239.



TCK'nın 109/3-b. maddesinde suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunda cezada bir kat artırımı yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Kasten öldürme suçları yönünden ise suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi ağırlaştırıcı bir neden olarak ele alınmamıştır.⁷³

TCK'nın 37/1. maddesinde; *“Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.”* şeklindeki düzenleme müşterek faillige işaret etmektedir. TCK'nın 37/2. maddesinde ise dolaylı faillik kurumu düzenlenmiştir. Buna göre; *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”*

İştirakin varlığının kabulü için bazı şartların mevcut olması aranmaktadır. Birden fazla kişi birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrai hareketlerini gerçekleştirmeli ve fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurmalıdır. Faillerin suça konu eylemleri ile ortaya çıkan netice arasındaki nedensellik bağının ve neticenin her iştirakçiye objektif olarak isnat edilebilirliğinin tespiti de önem arz etmektedir. Yine faillerin suça konu olayda iştiraklerine ilişkin iradelerinin ortaya konması somut olayda iştirakin mevcudiyetine ilişkin önemli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İştirakin kabulü açısından suça yönelik icrai hareketlerin başlayıp başlamadığı hususu da önem arz etmektedir.⁷⁴

Müşterek ve dolaylı failliğin yanında *“azmettirme”* ve *“yardım etme”* de iştirak kurumu kapsamında değerlendirilmektedir. Azmettirmede aklında suç işleme kararı bulunmayan bir kişiye bir başkası tarafından suç işlenmesi noktasında karar verdirilmesi durumu söz konusudur. TCK'nın azmettirmeyi ele alan 38. maddesinin 1. fıkrasında da; *“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Yardım etmede ise başka bir kimsenin işlediği suça kasıtlı olarak maddi ve/veya manevi yardımda bulunulması söz konusudur. Yardım etmenin kabulü için failin başkaca bir kimse tarafından desteklenerek yardım gördüğünü bilmesi zorunlu değildir.⁷⁵ Yardım etmenin unsurları TCK'nın 39/2. maddesinde;

“a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.⁷⁶

⁷³ Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 527.

⁷⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 452-454.

⁷⁵ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler (n 74) 496.

⁷⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 40) 70-71.

Konumuz olan kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçunun da iştirak halinde işlenmesi mümkündür.⁷⁷ Ancak konumuzun kasten öldürme suçunun nitelikli hali olması nedeniyle nitelikli halin iştirak halinde suça katılan diğer fail veya faillere nasıl sirayet edeceği hususunun bu başlık altında ayrıca incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Suçta iştirak eden kişilerin sorumluluğunun belirlenmesi bağıllık kuralı kapsamında ele alınmaktadır.⁷⁸ Bağıllık kuralı ceza hukukunun en tartışmalı konuları arasında yer almaktadır. 765 sayılı mülga TCK döneminde suça etki eden nedenler, kişiye ve fiile ilişkin nedenler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Şahsa ilişkin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nedenin iştirak kastı ortaya çıktığında suça iştirak eden kişiler tarafından bilindiği takdirde diğer faillere de sirayet etmesi söz konusudur. Mülga 765 sayılı TCK'nın 67. maddesinde de fiile ilişkin ağırlaştırıcı nedenler ele alınmıştır. Buna göre; bu ağırlaştırıcı neden suça iştirak anında diğer failler tarafından bilindiği takdirde suça iştirak eden diğer failler yönünden uygulanmalıdır.⁷⁹ 5237 sayılı TCK'da ise kişiye ve fiile ilişkin ağırlaştırıcı nedenler şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Kanunun gerekçesinde şahsa ilişkin ve fiile ilişkin ağırlaştırıcı nedenlerin şeriklere uygulanmasına ilişkin hükümlerin bilimsellikten uzak olduğu ve pratikte duraksamalara sebep olduğu değerlendirilmiştir.⁸⁰

TCK'nın "bağıllık kuralı" başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrasında; "*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*" şeklinde düzenleme mevcuttur. Buna göre; faillerin iştirak halindeki sorumlulukları bizzat kendi eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple bir failde bulunan nitelikli halin iştirak halindeki diğer faile sirayeti

⁷⁷ "...Sanık İ..... ile birlikte hareket etmek suretiyle olaya müşterek fail olarak katıldığı anlaşıldığı halde; sanık Ş....'in müşterek fail olarak ve kan gütmeye saiki ile hareket ettiği gerekçesiyle TCK'nın 37. ve 82/1-a-j maddeleri uygulanmak suretiyle cezalandırılması yerine 38. ve 82/1-a maddeleri uygulanarak cezalandırılması suretiyle suç vasfında hataya düşülmesi...", Yargıtay 1 CD, 5737/1170, 26/02/2019; "*Suçta silah kullanan sanık Y..... ile düşünce birliği içinde yanında bulunarak birlikte hareket eden sanık K..... hakkında, TCK'nun 82/1-j maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, sanığa verilen ceza miktarı dikkate alındığında sonuca etkili görülmemiştir.*", Yargıtay 1 CD, 6908/1753, 02/04/2019.

⁷⁸ Timur Demirbaş ve Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Hukuku Pratik Çalışmalar (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 230; Bilgehan Savaşçı Temiz, 'İştirak Hükümleri Açısından Bağıllık Kuralı' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2487, 2489.

⁷⁹ Meral Ekici Şahin, 'İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637, 638-639.

⁸⁰ Seydi Kaymaz, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu' (2012) 16(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 125.



söz konusu olmayacaktır. Bu durum dolaylı faillik açısından da aynı şekilde değerlendirilmelidir. Ancak azmettiren ve yardım eden kişilerin sorumluluğu faile göre belirlenmektedir. Bu sebeple eğer azmettiren ve yardım eden faile ilişkin nitelikli hali biliyorsa failde bulunan nitelikli hal azmettiren ve yardım edene de sirayet edecektir.⁸¹

Örneğin kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda; suça konu öldürme eylemine iştirak eden diğer fail münhasıran, bir görev bilinciyle ve intikam amaçlı kan gütme saiki ile hareket etmiyorsa hakkında nitelikli hal uygulanmayacaktır. Ancak kan gütme saiki ile suçu işleyen faile silah vermek suretiyle yardım eden kişi nitelikli halden sorumlu olacaktır. Yine kan gütme saiki ile hareket eden faili suçu işlemeye azmettiren kişiye de suçun nitelikli hali sirayet edecektir.

Toplumda kan gütme saiki ile kasten öldürme suçlarında çocukların da sıklıkla kullanılıyor olmaları nedeniyle azmettirmeye ilişkin TCK'nın 38/2. maddesi konumuz açısından ayrıca önem arz etmektedir. Bu madde; "Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfus kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz." şeklindedir. Buna göre somut olayda eğer fail çocuk ise azmettirenin cezasında artırım gidilecektir. Yine kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında aile içerisinde alınan bir karar gereği suça konu eylemin gerçekleştirilmesi söz konusu ise suçun üstsoy veya altsoy ilişkisinden doğan nüfus kullanılmak suretiyle gerçekleşmiş olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.⁸²

C. İÇTİMA

Fail tek bir eylemi ile sadece bir neticenin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

⁸¹ Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 578-580; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 537; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 826-827; Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler (n 74) 480; "Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın babasının önceden öldürülmesi nedeniyle bir plan dâhilinde maktul ...'in öldürülmesi, mağdur ...'in ise öldürmeye teşebbüs edilmesi eylemlerini azmettirdiği kabul edilen olayda; TCK'nın 38. maddesinde asıl fail tarafından gerçekleştirilen eylemden azmettirenin de sorumlu olduğu belirtilmiş ise de, azmettiren yönünden var olan ağırlaştırıcı ve/veya hafifletici sebeplerin azmettirenine uygulanmayacağına ilişkin bir anlam ve yorum ile uygulama yapılması mümkün görülmemiştir. Bu nedenle somut olayda sanığın kendisi yönünden var olan kan gütme saikinin asıl fail yönünden bulunmasa bile sanık hakkında uygulanması gerekirken, asıl fail yönünden kan gütme saiki bulunmadığından bahisle TCK'nın 82/1-j maddesinin uygulanmasından imtina edilmesi bozmayı gerektirmiş olup"; Yargıtay 1 CD, 2957/6739, 13/04/2021.

⁸² Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler (n 9) 130.

Ancak bazı durumlarda failin tek bir eyleminin birden fazla farklı suç tipine vücut vermesi mümkündür. Yine suçun tek bir eylem ile birden fazla kişiye karşı işlenmesi de mümkün olabilir. Bu gibi durumlarda suçların içtima müessesesi karşımıza çıkmaktadır.⁸³ TCK'da suçların içtima başlığı altında 42. maddede bileşik suç; "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*" şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı kanun maddesinde bileşik suçun mevcut olduğu durumlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

TCK'nın 43. maddesinde ise zincirleme suç düzenlenmiştir. TCK'nın 43/2. maddesi ise; "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Yani bu gibi durumlarda ceza artırımı yoluna gidilecektir. Failin tek bir eylemi ile ceza kanunundaki birden fazla normu ihlal etmesi durumunda fikri içtima söz konusu olacaktır.⁸⁴ Fikri içtimanın "*aynı nev'inden fikri içtima*" ve "*farklı nev'inden fikri içtima*" olmak üzere iki türü mevcuttur. TCK'nın 43/2. maddesindeki düzenleme, aynı nev'inden fikri içtimaya işaret etmektedir.⁸⁵ Kasten öldürme suçlarında da failin tek bir eylemi ile birden fazla kişinin ölmesi mümkündür. Ancak bu gibi durumlarda TCK'nın 43/3. maddesi gereği aynı nev'inden fikri içtima kuralları uygulanmayacak ve gerçek içtima gereğince her bir mağdur yönünden faile ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.⁸⁶

TCK'nın 44. maddesinde farklı nev'inden fikri içtima; "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" şeklinde ele alınmıştır. Burada failin eylemi neticesinde birden fazla farklı suç ortaya çıkacak; ancak fail yalnızca cezası daha ağır olan suçtan dolayı ceza alacaktır.⁸⁷ Kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında farklı nev'inden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Fail araç içerisinde bulunan mağdura kan gütme saiki ile ateş ederek öldürme eylemini icra ederken aynı zamanda mağdurun

⁸³ Çetin Akkaya, 'Suçların İçtima Bağlamında Fiil Tekliği' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1, 2.

⁸⁴ Kayıhan İçel, 'Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme' (1964) 30(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 171, 172.

⁸⁵ Neslihan Göktürk, Fikri İçtima (Adalet Yayınevi 2013) 178-179.

⁸⁶ Dönmezer, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 7-8; "*Sanık M..... hakkında, 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesindeki fikri içtima hükümlerinin, tek eylemle farklı suçların oluşması durumunda uygulanabileceği göz ardı edilerek, aynı Kanununun 40. maddesi de dikkate alınarak, mağdurlar A....., K....., Ö..... ve H.....'e yönelik eylemleri nedeniyle, mağdur sayısınca ayrı ayrı 5237 sayılı TCK'nun 82/1-a-j, 35, 62 maddeleri uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması gerekirken, eylemin tek suç kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması*", Yargıtay 1 CD, 5931/6253, 26/07/2007.

⁸⁷ Neslihan Göktürk, 'Türk Hukuku'nda Suçların İçtiması' (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31, s. 50



aracında da zarar meydana gelmesi olasıdır. Bu durumda failin ateş etme eylemi tek hareketle icra edilmektedir. Ancak neticeten hem kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu hem de mala zarar verme suçu vücut bulmaktadır. Böyle bir durumda fail TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren kan gütme saiki ile kasten öldürme suçundan cezalandırılarak faile ayrıca mala zarar verme suçundan ceza verilemeyecektir.⁸⁸

Farklı nev'inden fikri içtima hedefte sapma şeklinde de kendisini gösterebilir. Örneğin; failin kan gütme saiki ile mağdura doğru ateş ettiği olayda kurşunun mağdura isabet etmeyerek o esnada olay yerine yakın bir yerden geçen kişiye isabet etmesi mümkündür. Burada failin yaralanan kişiye ilişkin sorumluluğu taksir veya olası kast düzeyinde olabilir. Bu gibi durumlarda da fail TCK'nın 44. maddesi uyarınca daha ağır cezayı gerektiren kan gütme saiki ile kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılacaktır.⁸⁹

Son olarak bu başlık altında kişide hata yapılması durumunu da incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Fail kan gütme saiki ile öldürmek istediği kişi zannı ile başkaca bir kişiyi öldürmesi durumunda nitelikli halden cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu önem arz etmektedir. TCK'nın 30/2. maddesinde; *“Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Örneğin; bir kişi üçüncü bir kişiyi öldürme kastı ile hareket ederek kişide hataya düşmesi nedeniyle babasını öldürmesi durumunda bu hatasından yararlanarak nitelikli halden sorumlu tutulamayacaktır. Ayrıca hem gerçekleşen hem de gerçekleşmesi planlanan suçta nitelikli hal söz konusu olabilir. Örneğin; bir kişinin babasını öldürmek için ateş ettiği kişinin annesi çıkması ve eylemi nedeniyle annesinin ölmesi durumunda da fail hatasından yararlanacak ve nitelikli hal uygulanmayacaktır.⁹⁰ Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu açısından da kişi kan gütme saiki ile öldürmek istediği kişide hataya düşerek başkaca bir kimseyi öldürdüğü takdirde TCK'nın 30/2. maddesi uyarınca bu hatasından yararlanacak ve kan gütme saiki ile kasten öldürme suçundan değil kasten öldürme suçunun temel halinden sorumlu tutulacaktır.⁹¹

⁸⁸ Bu fiille birden fazla farklı suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan farklı nev'i den fikri içtimanın şartlarının oluştuğu anlaşıldığı halde; sanığa, mağdura yönelik mala zarar verme suçuna göre daha ağır olan tasarlayarak ve kan gütme saiki ile kasten öldürmeye teşebbüs suçundan ceza verilmesi ile yetinilmesi yerine, yazılı biçimde TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü göz ardı edilmek suretiyle gerçek içtima kurallarına göre ayrıca mala zarar verme suçundan da hüküm kurulması”, Yargıtay 1 CD, 5600/2101, 07/04/2015.

⁸⁹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 40) 75; Göktürk, Fikri İçtima (n 85) 196.

⁹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler (n 81) 433; Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 457.

⁹¹ M. Reşat Koparan, ‘TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler’ (2006) (64) TBB Dergisi 337, 354-355; Hakeri, Genel Hükümler (n 15) 456;

V. TASARLAMA VE KAN GÜTME SAİKİ

TCK'nın 82/1-a. maddesinde kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır.⁹² Tasarlayarak öldürmede fail daha önceden kurguladığı bir plan dâhilinde eylemini gerçekleştirmekte ve bu şekilde mağduru hazırlıksız bir şekilde yakalayarak eylemin ölüm ile sonuçlanma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Fail önceden karar kıldığı öldürme eyleminde kararının olgunlaşması sürecinde sebat göstermekte ve soğukkanlılıkla hareket etmektedir.⁹³

6122 sayılı kanunun gerekçesinde kan gütme saikinın bulunduğu hemen tüm eylemlerde tasarlamanın da mevcut olduğu belirtilmiştir. Buna göre; uygulamada tasarlamanın somut olayda mevcudiyetinin saptanmasında güçlük yaşanması nedeniyle kan gütme saiki bir nitelikli hal olarak kanuna eklenmiştir. Gerekçeden, tasarlama ile ilişkin hükümlerin gerektiği gibi uygulanması halinde kan gütme saikinın kanuna eklenmesine bir ihtiyaç olmadığı sonucu çıkarılabilir; ancak esasında kan gütme saiki ile tasarlama birbirinden farklıdır. Tasarlama fail soğukkanlılıkla hareket ederek eylemini gerçekleştirmektedir. Kan gütme saikinde ise fail başkaca bir öldürme olayı nedeniyle intikam alma niyetiyle ve bir görev bilinciyle hareket etmektedir. Ayrıca tasarlamanın somut olayda tespitinde yaşanacak zorlukların kan gütme saikinın tespiti açısından da yaşanması mümkündür.⁹⁴

Failin eyleminde kan gütme saiki ile tasarlamanın birlikte bulunması mümkündür.⁹⁵ Esasında kan gütme saiki ile gerçekleştirilen öldürme

Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 176; Sevük (n 24) 96; “*Akrabalarını öldüren Kemal isimli kişinin ailesinden birisini öldürdüklerini zannederek hata sonucu arkadaşı olan Ö. C..’u kan gütme saiki ile öldüren sanıklar E.ve A.ile sanıkları bu suça azmettiren sanık R.kastettiklerinin dışında bir kişiyi hata sonucu öldürmüş olmalarından dolayı, 5237 sayılı TCK’nun hata hükümlerinden yararlanmaları ve kasten öldürme suçunun nitelikli halinden değil, temel şekilden sorumlu olmaları gerekmektedir.*”; Yargıtay CGK, 530/1, 14/01/2014; aynı yönde diğer bir Yargıtay kararı için bakınız; Yargıtay 1CD, 1083/1358, 18/05/2005; Aksi yönde bakınız; Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 246; Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (n 12) 54; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 12) 138.

⁹² Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Beta Yayıncılık 2007) 131.

⁹³ Erdal Yerdelen ve Mehmet Beyhan Seçkin, ‘Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu’ (2016) 11(32) Ceza Hukuku Dergisi 29, 57-58.

⁹⁴ Dönmezer, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 1-2.

⁹⁵ “*Olay yerinde planladığı şekilde maktulleri görmesi üzerine de maktul K...’i tahrik altında tasarlayarak öldürdüğü, buna rağmen kardeşine karşı bir eylemi bulunmayan A...’i herhangi bir tahrikin etkisi altında kalmaksızın, sırf kan gütme saikiyle ve tasarlayarak öldürdüğü dosya kapsamından anlaşılmasına karşılık, maktul A...’in öldürülmesi eyleminde kan gütme saikinın bulunmadığının kabul edilmesi*”, Yargıtay 1 CD, 408/2151, 25/05/2006; Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015) 245-246; aynı yönde bakınız; Yargıtay 1 CD, 5230/11761, 06/09/2021; Yargıtay 1 CD, 2101/322, 25/01/2021; Yargıtay 1 CD, 1192/2612, 02/11/2020;



eylemlerinde genellikle bir tasarlamanın da söz konusu olduğu söylenebilir.⁹⁶ Ancak kan gütme saiki ile işlenen suçlarda her zaman bir tasarlamanın mevcut olduğunu söylememiz mümkün değildir. Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu fail tarafında plan dâhilinde değil de failin mağdur ile tesadüfen karşılaşması sırasında ani bir karar verme sonucu da gerçekleşebilir. Kan davasına karışan kişilerin de genellikle yanlarında silah taşımaları bu hususu mümkün hale getirmektedir.⁹⁷ Nitekim Yargıtay'ın failin tasarlama olmadan kan gütme saiki ile hareket edebileceğinin kabulüne ilişkin kararı mevcuttur.⁹⁸ Ayrıca doktrinde tasarlama ile ilişkin hükümlerin var olması nedeniyle kan gütme saikinin ayrıca bir nitelikli hal olarak düzenlenmesinin gerekli olmadığı da savunulmuştur.⁹⁹

Kanaatimizce; kan gütme saikinin tasarlama bağimsız olarak kasten öldürme suçlarında bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi isabetli olmuştur. Her ne kadar 6123 sayılı kanunun gerekçesinde tasarlama ile kan gütme saikinin birlikte bulunduğu ön kabulü ile hareket edilse de; “*hemen*” ibaresinin kullanılması nedeniyle bunun her somut olayda mevcut olmadığı ancak birçok olayda kan gütme saiki ile tasarlamanın birlikte bulunduğu vurgulanmak istendiği düşünülebilir. Kan davalarında öldürme eylemleri yıllarca bir silsile halinde devam etmektedir. Kan gütme saiki ile işlenen kasten öldürme suçlarında failin eylemi ölüm ile sonuçlanmadığı takdirde mağdurun kendisi veya aynı gruba mensup bireyler tarafından gerçekleştirilecek bir eylemle yakın bir hayati tehlike ile karşılaşma olasılığı yüksektir. Bu durum da faili eylemi noktasında daha dikkatli davranmaya, mağdura ölmemesi noktasında bir şans tanımamaya yönelik daha tedbirli olmaya itmektir. Bu sebeple failin eylemini bir plan dâhilinde gerçekleştirdiği durumlar mevcuttur. Açıklanan nedenlerle kan gütme saiki ile işlenen öldürme suçlarında tasarlama da yaygın olarak görülmektedir. Kan gütme saiki ile tasarlamanın birlikte bulunduğu öldürme eylemlerinde her

Yargıtay 1 CD, 718/1298, 15/06/2020; Yargıtay 1 CD, 620/308, 04/02/2020.

⁹⁶ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler (n 9) 116; Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (n 12) 55; Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 577.

⁹⁷ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 242.

⁹⁸ “Somut olayda; sanıkların öldürme kararını ne zaman verdiklerinin kesin olarak saptanamadığı, tasarlayarak öldürmeye teşebbüs suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı, sanıkların kan gütme saikiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçundan TCK'nun 82/1-j maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde “tasarlayarak kan gütme saikiyle kasten öldürmeye teşebbüs” suçundan TCK'nun 82/1-a-j maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi yasaya aykırı ise de; bu husus yeniden yargılanmayı gerektirmediğinden, CMUK'nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hüküm fıkrasından “ve tasarlayarak” ibaresi ile uygulama maddesinden “TCK'nun 82/1-a” madde bendinin çıkartılarak uygulama maddesinin “TCK'nun 82/1-j” olarak değiştirilmesine karar verilmek suretiyle”, Yargıtay 1 CD, 2264/8037, 23/12/2013.

⁹⁹ Dönmez, İhtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 2; Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 173.

iki nitelikli hal birlikte uygulanacak¹⁰⁰, sonuç cezada da TCK'nın 61. maddesi göz önünde bulundurularak bir değerlendirilmede bulunulacaktır.

Aslında ani gerçekleşen tasarlanmanın mevcut olmadığı eylemlerde “*münhasıran*” kan gütmeye saikinin varlığının tespitinin daha güç olduğunu söylemek gerekir. Ancak kan gütmeye saiki ile tasarlanmanın her olayda birlikte bulunduğu kabulü her zaman maddi gerçek ile uyuşmayabilir. Kan gütmeye saiki ile işlenen suçlarda failin kendi iç dünyasında suç işleme kararını önceden verdiği ve bu eylem için fırsat kollamakta olduğu durumlar da olabilir. Bu gibi durumlarda herhangi bir tasarlama olmadan da kan gütmeye saiki failin mağduru rastgele karşılaşma ile gördüğü bir anda da dışı yansıyarak faili ani bir hareketle kasten öldürme eylemini gerçekleştirmeye itebilir.

VI. HAKSIZ TAHRİK VE KAN GÜTME SAIKİ

Failin haksız bir eylem nedeniyle elem veya şiddetli öfkenin tesirinde iken suç işlediği durumlarda haksız tahrik gündeme gelecektir. Haksız tahrik TCK'nın 29. maddesinde; “*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde haksız tahrik ceza mevzuatımızda cezayı azaltıcı bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰¹ Ayrıca haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için haksız eylemin mutlaka sonraki suçun failine karşı gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Kan gütmeye saiki ile kasten öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu önem arz etmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 82. maddesine ilişkin gerekçede failin kan gütmeye saiki ile öldürme eylemini gerçekleştirdiğinin kabulü halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir.¹⁰² Yargıtay kararlarında da failin kan gütmeye saiki ile hareket ettiği durumlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰³

Kan gütmeye saiki kasten öldürme suçlarında cezayı artırıcı bir neden olarak ceza mevzuatımızda yer almaktadır. Uygulamada cezayı artırıcı bir neden olan kan gütmeye saiki ile cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrik hükümlerinin birlikte uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmuştur. Nitekim Yargıtay

¹⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 175; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 12) 136.

¹⁰¹ Burcu Demren Dönmez, ‘Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik’ (2013) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 267, 267.

¹⁰² Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (n 12) 55.

¹⁰³ “...Suçun münhasıran kan gütmeye saiki ile işlenmiş olması karşısında, sanık hakkında tahrik indirimi yapılarak eksik ceza tayini...”, Yargıtay 1 CD, 133/2759, 05/06/2018.



uygulamalarında da kan gütme saikinin varlığı için failin münhasıran kan gütme saiki ile hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Münhasıran kan kan gütme saikinin varlığının kabulü doğal olarak failin önceki eylemden doğan hiddet ve üzüntünün etkisinden arınarak eylemi gerçekleştirdiğinin kabulü sonucunu doğurmaktadır.¹⁰⁴

Otacı'ya göre; kan gütme saiki ile kasten öldürmede haksız tahrik hükümleri tartışılırken; kan gütme saiki ile öldürme eyleminin mağdurunun ilk öldürme eyleminin faili mi yoksa ilk öldürme eyleminin failinin ailesinden veya yakınlarında biri mi olduğu noktasında da değerlendirme yapılabilir. Önceki öldürme eyleminin failinin öldürülmesi durumunda kan gütme saikinin varlığının kabulü halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi gerekir.¹⁰⁵

Koca/ Üzülmüş'e göre; bir olayda kan gütme saiki ile haksız tahrikin bir arada bulunması mümkün değildir. Bu nedenle somut olayda kan gütme saikinin varlığından önce haksız tahrikin koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.¹⁰⁶

Tezcan/ Erdem/ Önok'a göre; failin kan gütme saiki ile hareket ettiğinin kabulü halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü kasten öldürme suçunun kan gütme saiki ile gerçekleştirilmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Burada ya fail bir önceki eylemin etkisinden kurtularak sonraki öldürme eylemini kan gütme saiki ile gerçekleştirmiştir; ya da halen önceki olayın etkisi altındadır ve haksız tahrik hükümleri uygulanacaktır.¹⁰⁷

Sevük'e göre; haksız tahrikin koşullarının bulunduğu durumda kan gütme saiki ile kasten öldürme hükümleri uygulanamayacaktır. Kan gütme saikinden

¹⁰⁴ Gerçek ve Bafra (n 19) 7; Dönmezer, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 11; Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (n 12) 55; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 12) 137.

¹⁰⁵ Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları (n 12) 575; Doğan, Soyaslan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2020), s. 139; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin öldürenin öldürülmesi durumunda kan gütme saikinden bahsedilemeyeceği, şartları olduğu takdirde haksız tahrik ve tasarlama hükümlerinin birlikte uygulanabileceği yönünde kararı için bakınız; "Dairemizin yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamalarına göre "öldürenin öldürülmesi" hallerinde kan gütme saikinin geçerli olamayacağı, yargılama konusu olayın maktuller İ...., A...., M...., S.... ve S....'nın Tokat Ağır Ceza Mahkemesinin 2012/352 esas, 2014/218 karar sayılı dosyası kapsamında S.... B.. ve B.... Y..... isimli şahısların öldürülmesi olayının failleri oldukları gözetilmeden suça sürüklenen çocuklar S.... Y..... ve Ö... Y..... hakkında adı geçen maktullere yönelik haksız tahrik altında tasarlayarak kasten öldürme suçlarından hüküm kurulması gerekirken suç vasfında yanılığa düşülerek tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi"; Yargıtay 1 CD, 2681/2607, 08/05/2019.

¹⁰⁶ Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler (n 9) 116.

¹⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 16) 175-176.

bahsedilebilmesi için failin ilk eylemden doğan acı ve elemnin etkisinde olmadan ikinci eylemi gerçekleştirmesi gerekir. Nitekim uygulamada da kan gütme saikinin mevcut olmadığı hallerde haksız tahrik hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁸

Kanaatimizce; kanun koyucunun kan gütme saikini öldürme suçlarında bir nitelikli hal olarak düzenlemesi, toplumsal yönden derin bir yara halini alan kan davalarının sonlanması noktasında caydırıcı bir ceza yaptırımını öngörmektir. Yargıtay uygulamalarında kan gütme saikinin varlığı için münhasıran kan gütme saiki ile hareket etme koşulu aranmaktadır. Bu durum da failin başkaca hiçbir etki altından olmadan, kendisini bu suçu işlemeye iten başkaca bir etken bulunmadan yalnızca kan güderek eylemini gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması için failin başka bir eylemin haksızlığı karşısında duyduğu acı, elem ve öfke ile hareket etmesi gerekir. Failin ilk öldürme olayından duyduğu öfke ve acı ile hareket ettiğini tespiti halinde kan gütme saikinin varlığının kabulü çelişki oluşturacaktır. Bu sebeple madde gerekçesi ve uygulama ile örtüşecek şekilde kanunda cezayı artırıcı bir nitelikli hal olan kan gütme saikinin varlığının kabulü halinde cezayı azaltıcı bir neden olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

VII. YAPTIRIM

Mülga 765 sayılı TCK'nın 450/10. maddesinin "b" bendinde kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu yönünden yaptırım olarak idam cezası öngörülmüştür; ancak her ne kadar idam cezasının failin ölümü ile sonuçlandığı için caydırıcı bir ceza olduğu düşünülse de uygulamada beklenen etkiyi doğurmadığı söylenebilir.¹⁰⁹ 5237 sayılı TCK'da ise kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu 82/1-j. maddesinde hüküm altına alınmış ve yaptırım olarak da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür.

Müebbet hapis, kişinin cezasının yaşamı boyunca (süresiz) devam etmesini ifade etmektedir. Müebbet hapis cezasının ağırlaştırılmış hali ise daha çok infaz rejimine ilişkindir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 25. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; kan gütme saiki ile kasten öldürme suçundan mahkûmiyet alan bir hükümlü cezasını tek kişilik koşutta çekecektir. Ayrıca hükümlünün cezasının infazına ara verilmesi de mümkün değildir. Yine hükümlünün izin alması, dışarıda çalıştırılması, kurumun izin verecekleri dışında bir faaliyete katılması mümkün değildir.¹¹⁰

¹⁰⁸ Sevük (n 24) 94-95.

¹⁰⁹ Mehmet Devrim Topsis, 'Türkiye'de Kan Davası Geleneğinin Sosyolojik Çözümü' (2012) 4(2) Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 189, 194.

¹¹⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (n 47) 553-554.



Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçundan verilecek mahkûmiyet hükümlerinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu da önem arz etmektedir. TCK'nın 62. maddesi genel bir takdiri indirim sebebidir ve uygulanması noktasında hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Nitekim TCK'nın 62/2. maddesinde de; “*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.*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu sebeple kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda TCK'nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirimin uygulanmasında ilk öldürme eyleminin varlığının bir indirim sebebi olarak algılanmasından ziyade failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri esas alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle kan gütme saiki ile kasten öldürme suçundan verilecek mahkûmiyet hükümlerinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanabilmesi için bir engel yoktur.¹¹¹

VIII. 3236 SAYILI KANUN AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

3236 sayılı ve 11 Haziran 1937 tarihli, “*Kan Gütme Sebebi ile Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri, Failleri, Hısumları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun*”, kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu açısından önem arz etmektedir. Bu kanun düzenlemesine göre; kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun faillerinin, suça iştirak edenlerin ve suça teşebbüs edenlerin birlikte yaşadıkları alt soy, üst soy ve kardeşleri ile eşleri, yaşadıkları bölgeden en az 500 km. uzaktaki başka bir yere gönderilecektir. Bu kişilerin birlikte yaşamamaları halinde dahi buldukları yerden uzaklaştırılmalarına karar verilebilecektir. Bu kişilere “*dayı, hala, yenge, teyze, kaynana, kaynata ve kan gütme saiki ile adam öldürme suçunun faili ve bu suça bilerek iştirak etmiş kişiler*” de dâhil edilmiştir.¹¹²

Aralarında kan davası bulunan aile veya gruplar genellikle küçük yerleşim yerlerinde ve birbirlerine yakın yerlerde yaşamaktadır. Bu sebeple aralarında kan davası bulunan kişilerin sıklıkla birbirleri ile karşılaşmaları nedeniyle husumetin daha da şiddetlenmesi olasıdır. Kanun koyucu bu ve benzeri kaygılarla hareket ederek bu şekilde bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.¹¹³

3236 sayılı kanununun 1. ve 2. maddeleri, “*Anayasa Mahkemesi 01.02.1964 tarihli ve 1963/330, 1964/15 sayılı kararı*” ile Anayasaya aykırı bulunarak

¹¹¹ Hakeri, Kasten Öldürme Suçları (n 6) 247; Sevik (n 24) 96; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 12) 139.

¹¹² Gerçek ve Bafra (n 19) 20.

¹¹³ Dönmez, İhtihatlarla Kan Gütme Saiki (n 2) 10.

iptal edilmiştir.¹¹⁴ TCK'nın 20/1. maddesinde; “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” şeklinde düzenleme mevcuttur. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi Anayasanın 38/7. maddesinde de; “*Ceza sorumluluğu şahsîdir.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce; ilgili yasa hükmü suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırılık arz etmektedir. Kan davaları ülkemizin farklı coğrafyalarında yıllardır süregelen ve üzerinde kapsamlı araştırma ve incelemeler yapılması gereken bir toplumsal gerçekliktir. Kan davası nedeniyle bir öldürme eylemi gerçekleştikten sonra failin yakınlarını o bölgeden uzaklaştırmaktan ziyade bu eylemler gerçekleşmeden nasıl engel olunabileceği üzerine yoğunlaşılması ve bu hususa ilişkin toplumda topyekûn bir bilinçlendirme faaliyeti gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Kan gütme saiki ile kasten öldürme toplumda kötü bir gelenek halini alan kan davaları nedeniyle ortaya çıkan ve mevzuatımızın ceza yaptırımını öngördüğü eylemler arasındadır. Kanun koyucu kişiyi eylemi gerçekleştirmeye iten sebep olarak kendisini gösteren “saik” unsurunu kasten öldürme suçunun bir nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Mülga 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe giren ilk halinde mevcut olmayan bu nitelikli hal 1953 yılında 6123 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile ceza mevzuatımıza girmiştir. Yine 5237 TCK'nın 82/1-j. maddesinde de kendisine yer bulmuştur.

Tüm öldürme suçlarında olduğu şekilde kan gütme saiki ile gerçekleştirilen kasten öldürme eylemlerinde de temel bir insan hakkı olan yaşam hakkı korunmaktadır. Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun faili, ilk öldürme eylemde öldürülen kişinin mensup olduğu aile veya gruptan kişilerdir. Failin ilk öldürme eyleminin mağduru ile aralarında bir hısımlık ilişkisinin olması da zorunlu değildir. Önemli olan failin kendisini o gruba ait hissederek kan gütme saiki ile hareket etmesidir. Her ne kadar Yargıtay'ın aksi yönde görüşleri olsa da; kan gütme saiki ile gerçekleşen öldürme eylemlerinin mağduru ilk öldürme eyleminin faili de olabilir. Yine mağdurun ilk öldürme eyleminden beraat etmiş olması ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş olması da fark yaratmamaktadır. Kanun koyucu bu noktada saike hukuki sonuç bağlandığı için önemli olan failin kan gütme saiki ile kasten öldürme eylemini gerçekleştirmesidir.

Kan gütme saiki ile kasten öldürme suçu serbest hareketli bir suç olarak kaşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın kan gütme saikinin kabulü için ilk öldürme eylemi ile ikinci öldürme eylemi arasında belirli bir süre geçmesi gerektiğine

¹¹⁴ Gerçek ve Bafra (n 19) 21.



ilişkin kararları olsa da; bu durum esasında somut olayda haksız tahrikin tespiti hususuna ilişkindir. Nitekim Yargıtay'ın iki eylem arasında kısa bir süre geçtiği halde kan gütme saikinin varlığını kabul ettiğine ilişkin kararları da mevcuttur. Burada iki eylem arasında geçen süre kan gütme saikinin tespiti açısından önemli bir husus olmakla birlikte kesin bir ölçüt olarak da kabul edilmemelidir.

Suçun manevi unsurları yönünden kasıtlı bir şekilde işlenmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu kan gütme saiki ile hareket etmeyi suçun nitelikli hali olarak düzenlediği için kan gütme saiki de bu suçun manevi unsuru içerisinde kabul edilebilir. İlk öldürme eyleminin ise kasten işlenmesi sorunlu değildir. İlk eylemin taksirle veya olası kastla işlenmesi halinde de sonraki öldürmenin kan gütme saiki ile işlenmesi mümkündür. Ayrıca Yargıtay failin münhasıran kan gütme saiki ile ve bir görev bilinci ile hareket etmesini de nitelikli halin kabulü için gerekli görmüştür.

Her ne kadar Yargıtay kararlarında kan gütmeden bahsedilebilmesi için ilk eylemin ölümle sonuçlanmış olması aransa da; ilk eylem teşebbüs aşamasında kaldığı takdirde de failin kan gütme saiki ile hareket etmesi mümkündür. Kanun koyucu bu suçta saike ilişkin bir nitelendirmede bulunmuştur. Esasında kan gütme saiki failin içerisinde bulunduğu psikolojik durum ile de yakından ilgilidir. Bu nedenle ilk öldürme eyleminin teşebbüs aşamasında kalması halinde ikinci eylemde failin kan güderek hareket edemeyeceğine ilişkin bir ön kabul doğru olmayacaktır.

Kasten öldürme suçunun bir diğer nitelikli hali olan tasarlama ile kan gütme saiki sıklıkla birlikte görülmektedir. Ancak kan gütme saiki tasarlamanın tespitinin mümkün olmadığı durumlarda tespitine çalışılan alternatif bir nitelikli hal olarak görülmemelidir. Kan gütme saiki ile tasarlamanın birlikte görülmesi mümkün olmakla birlikte kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunun tasarlama olmadan da işlenmesi olasıdır. Bu nedenle her iki nitelikli hal kendine özgü özellikleri ile ayrı değerlendirilmelidir.

Kan davaları cezai boyutunun yanında toplumsal ve psikolojik yönden de ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gereken olgulardır. Toplumda derin yaralar açan, yıllarca devam ederek bir silsile halinde ölümlere neden olan bu olayların gerçekleştikten sonra cezalandırılmasından ziyade gerçekleşmemesi için çaba göstermek daha önemlidir. Tabii ki kamu düzenini ciddi bir şekilde bozan kan gütme saiki ile kasten öldürme eylemlerinin soruşturma, yargılama ve infaz süreçleri ayrı ayrı önem arz etmektedir. Ancak bu eylemlerin önüne geçilmesi ıslah edici bir infaz sisteminin sağlanmasının yanında toplumda bu konuda topyekûn bir eğitim ve bilinçlendirme seferberliğinin gerçekleştirilmesi ile mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, 'Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)' (2020) 24(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 273-357.
- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Akkaya Ç, 'Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1-38.
- Alacakaptan U, Suçun Unsurları (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975).
- Artuk M E, Gökçen A ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2010).
- Bakıcı S, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri C. 3 (Adalet Yayınevi 2010).
- Bayraktar K, 'Kasten Adam Öldürme' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 57-78.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar C. 1 (Beta Yayıncılık 2007). (Centel, Zafer ve Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (7. Baskı, Beta Yayıncılık 2011). (Centel, Zafer ve Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş).
- Çiftçioğlu C T, 'Türk Ceza Kanunu'nda Taksir' (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 317-338.
- Demirbaş T ve Erdem M R, Ceza Hukuku Pratik Çalışmalar (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Donay S, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Beta Yayıncılık 2007).
- Dönmez B D, 'Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik' (2013) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 267-294.
- Dönmezer S, 'Kriminoloji Açısından Kan Gütme Saikiyle İşlenen Suçlar' (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-13.
- Dönmezer S, 'İçtihatlarla Kan Gütme Saiki' (1976) 42(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-12. (Dönmezer, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki)
- Ekinci M ve Özcan Ş, Kasten Adam Öldürme Suçları (Adalet Yayınevi 2004).
- Erem F, 'Adam Öldürme' (1953) 10(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-91.
- Gerçek L Ç ve Bafra J, 'Kan Gütme Saiki İle İşlenen Adam Öldürme Suçu'



- (2005) 5(1) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1-29.
- Gökçen A ve Balcı M, 'Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)' (2011) 17(1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 95-218.
- Gökçen A ve Balcı M, Kasten Öldürme Suçları (Adalet Yayınevi 2013).
- Göktürk N, Fikri İçtima (Adalet Yayınevi 2013). (Göktürk, Fikri İçtima).
- Göktürk N, 'Türk Hukuku'nda Suçların İçtima' (2014) 2(1-2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 31-59.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016).
- Hakeri H, Kasten Öldürme Suçları (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2007). (Hakeri, Kasten Öldürme Suçları)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019). (Hakeri, Genel Hükümler)
- İçel K, 'Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme' (1964) 30(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 171-200.
- İçli T G, 'Adam Öldürme Olayında Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Farkların Önemi' (1987) 4(2) Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 21-45.
- Karakehya H, 'Ceza Hukukunda Doğrudan Kast' (2007) 15(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-138.
- Kaymaz S, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu' (2012) 16(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-167.
- Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019). (Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler).
- Koca M ve Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021). (Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler).
- Koparan M R, 'TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler' (2006) (64) TBB Dergisi 337-367.
- Meran N, Kişilere Karşı Suçlar (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2008).
- Olgun E, 'Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1631-1666.
- Otacı C, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları (Seçkin Yayıncılık 2009). (Otacı, Kasten İnsan Öldürme Suçları)

Otaç C, 'Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu' (2013) 71(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1489-1497.

Ömeroğlu Ö, 'Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkileri Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış)' (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1529-1582.

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021). (Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler).

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021). (Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler).

Özbek V Ö, Kanbur M N, Doğan K, Bacaksız P, Tepe İ, Başbüyük İ ve Meraklı S, Açıklamalı-Şematik Pratik Çalışma Kitabı -III- Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Özbek M S, 'Kasten Öldürme Suçuna Teşebbüs ile Kasten Yaralama Suçunda Failin Kastının Belirlenmesine İlişkin Bir Vakıa Tahlili' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3539-3565.

Özen M, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı' (2007) (70) TBB Dergisi 239-253.

Özen M, Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Özgenç İ, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (1998) 6(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345-375.

Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2005).

Palut A, 'Kasten Öldürme Suçunun Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma Veya Bombalama Ya Da Nükleer, Biyolojik Veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK M. 82/1-C)' (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 784-803.

Sevük H Y, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

Süren Ö K, 'Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu Madde 83"' (2010) (90) TBB Dergisi 248-294.

Şahin M E, 'İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637-686.

Taşkın C, 'Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme' (2008) (79) TBB Dergisi 141-197.



Temiz B S, 'İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2487-2512.

Tezcan D, Erdem M R ve Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Topses M D, 'Türkiye'de Kan Davası Geleneğinin Sosyolojik Çözümlemesi' (2012) 4(2) Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi 189-197.

Tozman Ö, Suça Teşebbüs (Adalet Yayınevi 2015).

Turhan E N, 'Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 448-450.

Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1, (28. Baskı, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık 2021).

Yerdelen E ve Seçkin M B, 'Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar ve Yargıtay Yorumu' (2016) 11(32) Ceza Hukuku Dergisi 29-61.

Yiğit O, 'Yargıtay Kararları Işığında Bilinçli Taksir Kavramı ve Unsurları' (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 113-136.

Yurtcan E, Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015).

SERİ MUHAKEME USULÜ TEKLİFİNİ KABUL ETME VE SUÇ İKRARI İLİŞKİSİ

The Relationship Between Accepting Accelerated Trial Procedure and Plead Guilty

Enver KAŞLI*

Özet

Seri muhakeme usulü, itham pazarlığının bir türü olarak değerlendirilmektedir. Seri muhakeme usulünde şüpheli daha az ceza almak için usulün uygulanmasına ilişkin teklifi kabul ederek savcılık makamı ile anlaşmaktadır. Bu süreç mahkeme tarafından denetlenmektedir. Savcı ve şüpheli arasındaki anlaşma mahkeme tarafından onaylandıktan sonra şüpheli, sanık olmadan mahkum olmaktadır. Seri muhakeme usulünün başlıca faydaları, dosyanın hızlı ve kesin olarak sonlandırılması, daha az masraf gerektirmesidir. İtham pazarlığının uygulanması için failin, suç ikrarı gerekmektedir. Oysaki seri muhakeme usulünün uygulanması için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.250'de "suç ikrarı" yerine teklifin kabul edilmesinden bahsedilmektedir. Bu çalışmada seri muhakeme usulü teklifini kabul etme, suçunu ikrar etmek midir ve seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek için suç ikrarında bulunmak gerekir mi soruları araştırılmıştır. Sonuç olarak yürürlükteki düzenlemeye göre seri muhakeme usulü teklifini kabul etmenin suç ikrarı anlamına gelmediği ve bu usulün uygulanması için suç ikrarı koşulunun zorunlu olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza adaleti sistemi, seri muhakeme usulü, itham pazarlığı, kamu davasına alternatif çözüm yolları, suç ikrarı.

Abstract

Accelerated trial procedure is evaluated as a type of plea bargaining. In accelerated trial procedure, the suspect agrees with the prosecutor by admitting the proposal of accelerated trial procedure in hopes of reducing punishment. This process is checked by the criminal court. After the agreement between the suspected and the prosecutor is approved by the criminal court, the suspect will be the convicted without trial. Main advantages of this procedure are to finalize the criminal cases fast and with low costs. Plea bargaining requires plead guilty of the offender. On the other hand, article 250 of Criminal Procedure Code No. 5271 mentions accepting proposal of accelerated trial procedure instead of plead guilty. This study aims to examine whether accepting proposal of accelerated trial procedure means plead guilty and accepting proposal of

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 16.06.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022

* Dr., Ankara Emniyet Müdürlüğü, kaslienver@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7738-1233>



accelerated trial procedure requires plead guilty. As a result, it is found that accepting proposal of accelerated trial procedure doesn't mean plead guilty and doesn't require plead guilty in terms of criminal procedure code.

Keywords: Criminal justice system, accelerated trial procedure, plea bargaining, alternatives to public prosecution, plead guilty.

GİRİŞ

Ceza adaleti sistemi; suç işleyen failin, şüpheli olarak girdiği ve ıslah edilmiş olarak topluma kazandırıldığı varsayılan yapıyı ifade etmektedir. Sistemin suç ve suçlu ile mücadeledeki gerçek etkinliği şüphesiz ki tartışmalı olsa bile ceza adaleti sistemi; öncelikle kişilerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin korunmasını, kamu düzeninin korunmasını, caydırıcılık sağlanarak suçun önlenmesini, işlenmiş bir suçun aydınlatılmasını ve mahkum edilenlerin ıslah edilerek topluma kazandırılmasını amaçlamaktadır. Yaşadığımız dönemde birçok sebebe bağlı olarak artan suç sayıları ile şüpheli haklarını koruyan usul kuralları ceza adaleti sistemlerinin işleyişini geçmiş dönemlere kıyasla oldukça geç işleyen bir süreç haline getirmiştir. Ceza adaleti sisteminin geç işlemesi beraberinde yıllarca devam eden yargılamalar, suçun neden olduğu mağduriyetlerin giderilmesinde gecikmeler, tutuklamanın cezalandırmaya dönüşmesi gibi birçok hak ihlalini ortaya çıkarabilmektedir.

Ceza adaleti sisteminde etkinlik, bugün birçok devletin çözüm aradığı büyük bir sorundur. Üzülerek belirtilmelidir ki yapılan kanun değişiklikleri, adliye ve kolluk hizmet birimlerinin yenilenmesi, teknolojik imkanların kullanımının yaygınlaştırılması, personel ve bütçe kapasitesinin artırılması gibi tedbirler kalıcı bir çözüm sağlayamamaktadır. Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye’de de biriken dosya sorunu ve yargılamaların makul sürede bitirilememesi güncelliğini koruyan tartışma konuları arasında yer almaktadır. Yargılama sürecinin hızlandırılması amacıyla ceza adaleti sisteminin işleyişinde devlet iradesinin yanında şüpheli ve mağdurun da sürece yön verebildiği, kamu davasına alternatif çözüm yollarına başvurulması farklı hukuk sistemlerini benimsemiş birçok ülkede güçlü bir eğilim haline gelmiştir. Bu durum modern ceza adaletinde yeni bir dönem oluşturduğu gibi aslında bir anlamda da “modern bir geriye dönüşü” de ifade etmektedir. Geriye dönüşür. Çünkü ceza muhakemesinin ilk dönemlerinde suç, bireysel bir konu olarak görülmüş ve bu uyuşmazlık taraflar arasında çözümlenerek sonlandırıldığı gibi günümüzde devletler için tüm suçları aynı usulde yargılamak beraberinde birçok sorunu getirdiği için taraflarca uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlanması istenmektedir. Moderndir, uyuşmazlık taraflar arasında çözülemezse kamu makamları yeniden devreye girerek uyuşmazlığı sonlandırmaya çalışmaktadır.

Türkiye’de kamu davasına alternatif olarak uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi usullerinin yanı sıra seri muhakeme usulü,

1 Ocak 2020 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Seri muhakeme usulünün kaynağı olarak görülen itham pazarlığının uygulandığı ülkelerde failin suç ikrarı, sürecin işleyişinde çok önem taşımaktadır. Seri muhakeme usulünü düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)¹ m.250’de yer alan düzenlemede “suç ikrarı” yerine “seri muhakeme usulü teklifinin kabul edilmesinden” bahsedilmektedir. “Seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek” ifadesi yoruma açık olduğundan dolayı seri muhakeme usulü teklifinin kabul edilmesi ve suç ikrarı ilişkisine ilişkin uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkması mümkündür. Bu çalışmada seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek, suçunu ikrar etmekle aynı mıdır ve seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek için suç ikrarında bulunma mecburiyeti var mıdır soruları araştırılmıştır.

1. İTHAM PAZARLIĞI(PLEA BARGAINING) VE SERİ MUHAKEME USULÜ

İngilizce “*plea bargaining*” ifadesi Türkçeye tercüme edilirken birden fazla kavramın kullanıldığı görülmektedir² ve bu kavramı ifade etmek üzere makalede “itham pazarlığı” tercih edilmektedir. İtham pazarlığı uygulanırken ceza muhakemesinin hızlandırılması, mahkemeler önündeki iş yükünün azaltılması, muhakemenin etkinliğinin artırılması gibi benzer amaçlara ulaşılması hedeflenmektedir. Bununla beraber itham pazarlığı uygulaması ülkeden ülkeye değiştiği için itham pazarlığının basit bir tanımı yoktur ve bundan dolayı itham pazarlığı hakkında yapılacak tüm tanımların istisnaları ile karşılaşmak mümkündür.

İtham pazarlığında ceza muhakemesi, failin suçu kabul etmesi üzerine kovuşturma yapılmadan sonuçlandırılmaktadır.³ Bu süreçte savcı, suçlama fonksiyonu yanı sıra hakimın bazı görevlerini de üstlenmektedir. Savcı, suçun niteliğini daha hafifleştirerek, suç iddialarından bazılarını dosyadan çıkararak ya da şüpheliye daha hafif bir ceza belirleyerek şüphelinin mahkum olmasını sağlayabilmektedir.⁴ Daha hafif bir ceza almayı isteyen şüpheli de mahkeme önünde yargılanmaktan vazgeçerek savcı ile anlaşmaktadır. Bunun için savcı, bazı suçlamaları geri çekme, suçlamaları azaltabilme veya şüpheli tarafından kabul edilebilecek özel bir ceza vermesini hakime önerebilme gibi farklı yetkiler kullanabilmektedir. Anlaşmaya kadar olan süreç ise savcı ve şüpheli arasında görüşmelerle gerçekleşmektedir.

¹ Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK), Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi:4.12.2004 RG 17.12.2004/25673

² Enver Kaşlı, Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı(Plea Bargaining) (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017) 36-38

³ John H. Langbein, ‘Understanding The Short History of Plea Bargaining’ (1979) Law & Society 261, 261

⁴ Mustafa Tören Yücel, ‘Ceza Adaletinde Sapmalar’, (2013) 105 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 11, 19



İtham pazarlığının temelinde failin suçu kabul etmesi(suç ikrarı) bulunmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında itham pazarlığı, yeni bir uygulama değildir.⁵ Ceza muhakemesinde uzun bir dönem ikrar, delillerin şahı olarak kabul edilerek birçok suçun aydınlatılmasında kullanılmıştır.⁶ Kişinin suç itirafına dayanan itham pazarlığının bu yönüyle Hristiyanlıktaki günah çıkarma ve İslam'daki tövbe uygulamalarıyla ilişkilendirilebilmesi de mümkündür. Alsculer'a⁷ göre itham pazarlığı ilk olarak İngiltere'de çıkmıştır, bununla beraber bu uygulamanın ABD'nin ortaya çıkardığı bir yenilik olarak değerlendirmesi gerektiğini söyleyenler de vardır.⁸ Zaman içinde yaygınlaşan bu uygulama farklı hukuk sistemlerini kabul etmiş Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, İtalya, Fransa, Pakistan ve Malezya gibi ülkelerde de farklı kapsamlarda uygulanmaktadır.⁹

Seri muhakeme usulü, itham pazarlığının bir türü olarak değerlendirilmektedir.¹⁰ İtham pazarlığının öne çıkan özellikleri, seri muhakeme usulünde görülmektedir. Seri muhakeme usulü; savcı ve şüphelinin anlaşmasını istemekte, şüphelinin mahkeme önünde yargılanmadan mahkum edilerek cezalandırılmasını sağlamaktadır. Aynen itham pazarlığındaki gibi seri muhakeme usulü için de şüphelinin bu usulü kabul etmesi ve mahkeme önünde yargılanmaktan vazgeçmesi gerekmektedir. Şüphelinin yargılanma hakkından vazgeçmesine karşılık olarak ise daha az ceza verilmektedir. Başka bir ifadeyle hem iddia makamı hem savunma makamı çeşitli tavizler vererek(bir tür pazarlık yaparak) anlaşmaya varmaktadır. Seri muhakeme usulünde itham pazarlığından farklı olarak şüpheli, ceza hakkında savcı ile pazarlık yapması mümkün değildir. Seri muhakeme usulünde ceza, savcı tarafından belirlenmekte cezanın belirlenmesinde şüphelinin rolü bulunmamaktadır.

⁵ David W. Neubauer ve Henry F. Fradella, *America's Courts and The Criminal Justice System* (10th Edition, Wadsworth Cengage Learning 2008) 314

⁶ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin 2008) 390

⁷ Albert Alschuler, 'The Prosecutor 's Role in the Plea Bargaining' (1968) 36(50) *The University of Chicago Law Review* 50, 50

⁸ Briana De Long, *The Use of Plea Bargaining in The United States' Criminal Justice System*, (2008 School of Criminology: Simon Fraser University) 4

⁹ Kaşlı (n 3) 66

¹⁰ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve Candide Şentürk, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi', (2019) 14(41), *Ceza Hukuku Dergisi* 580; Zahit Yılmaz ve Özge Apiş, 'Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi', (2020) 26(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 66. Seri muhakeme usulünün, ceza kararnameyi uygulamasının bir türü olduğu da söylenmektedir. Bkz. Hakan Karakehya ve Asuman İnce Tunçer, 'Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi', (2021) 11(1) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 8; Hakan A. Yavuz, *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler* (Adalet Yayınevi, 2020) 244

Seri muhakeme usulünün temelinde yer alan itham pazarlığı, Amerikan ceza adaleti sisteminde yaygın olarak kullanılmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde ülke genelinde davaların %90'dan fazlası itham pazarlığı ile sonuçlandırılmaktadır.¹¹ Hatta bu oran %94'ten %97'ye kadar değişebilmektedir.¹² İtham pazarlığı bu derece yaygın uygulandığı için itham pazarlığının ceza adaleti sisteminin yardımcıısı değil bizzat kendisi olduğu ve jüri yargılamasına çok değer verilmesine rağmen suç dosyalarının büyük kısmında uygulanmadığı için Amerikan mahkemelerine “Büyük Amerikan Efsanesi” bile denilerek bu uygulamanın eleştirildiği de bilinmektedir.¹³

İtham pazarlığının odağında şüphelinin suç ikrarı bulunmaktadır. Amerikan ceza muhakemesinin işleyişinde itham pazarlığı uygulanırken şüpheli; suç kabul etme (*plead guilty*), suç kabul etmeme (*plead not guilty*) ve suçlamalara karşı çıkmama (*plea of nolo contendere*) olmak üzere üç seçeneğe sahiptir.¹⁴ Suçlamalara karşı çıkmama, cezai sorumluluk yönünden suçu kabul etme, hukuki sorumluluk yönünden suçu kabul etmeme sonucunu ortaya çıkaran bir seçenektir.¹⁵ Şüpheli tarafından suç kabul edildiğinde veya suçlamalara karşı çıkmadığında itham pazarlığı usulü uygulanabilmektedir. Bununla birlikte itham pazarlığı uygulamasını kaynak alan seri muhakeme usulünü düzenleyen mevzuatta suç ikrarına ilişkin herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmediği için seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suç ikrarı ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

2. SERİ MUHAKEME USULÜ TEKLİFİNİ KABUL ETME VE SUÇ İKRARI İLİŞKİSİ

Günümüzde basit bir suç davasının sonuçlandırılabilmesi bile uzun zaman alabilmektedir. Bekleyen dosya sayısındaki artış, suç sayılarının artması, yargı teşkilatındaki personel eksikliği gibi birçok neden ceza adaleti sisteminin işleyişini geciktirebildiği gibi sisteme daha fazla ekonomik yük getirmekte ve daha ağır suç dosyalarının yargılanmasında zaman kaybına neden olabilmektedir. Seri muhakeme usulünde ise savcı, yargılama sürecine gidilmeden hızlı bir mahkumiyet kararı verilmesini sağladığı gibi hem kamu makamları hem de şüpheli açısından zaman ve maliyet avantajı elde edilebilmektedir. Şüpheli, daha az ceza alma beklentisiyle teklifi kabul ederken anayasada güvence altına alınan mahkeme önünde adil yargılanma hakkından feragat etmektedir.

¹¹ Alschuler (n 7) 50; Feridun Yenisey, ‘Ceza Muhakemesi Sütjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürütüşüne Etkisi Sorunu’ (2013) 19(2) Hukuk Araştırmaları Dergisi 453, 464

¹² Cynthia Alkon, ‘The U.S. Supreme Court’s Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye’, (2014) 41(3) Hastings Constitutional Law Quarterly 561, 562

¹³ Kaşlı (n 3) 66

¹⁴ Yenisey (n 12) 464

¹⁵ Thomas C. Hayden, ‘The Plea of Nolo Contendere’, (1965) 25 Maryland Law Review 227, 227



Soruşturma evresinde uygulanan uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi usullerinde sürecin kanunun istediği şekilde olumlu sonuçlanması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilirken seri muhakeme usulü, şüpheliyi sanık olmadan mahkum ederek diğer kamu davasına alternatif usullerden farklılaşmaktadır. Seri muhakeme usulü teklifinin şüpheli tarafından kabul edilmesi ve mahkeme tarafından onaylanması süreciyle ortaya çıkan mahkumiyet ile yargılama sonunda ortaya çıkan mahkumiyet kıyaslandığında maddi gerçeğe uygunluğun aynı olup olmadığı açısından tartışma yaşanması mümkündür. Bu tartışmalardan birisi seri muhakeme usulü teklifini kabul etmenin, suçu ikrar etmek anlamına gelip gelmeyeceğine ilişkindir.

Suç ikrarı, şüphelinin kendi aleyhindeki beyanı olup suçu kısmen veya tamamen kabul etmesidir.¹⁶ İkrarın geçerli olabilmesi için şüpheli suçlamayı, savcı huzurunda ifade alma işlemi esnasında kabul etmesi gerekir.¹⁷ Günümüzde suç ikrarı, aynen diğer deliller gibi bağlayıcı bir delil olmamasına rağmen mahkeme tarafından onaylanması koşuluyla itham pazarlığında ceza muhakemesini sonlandıran bir konuma gelebilmektedir.¹⁸ Seri muhakeme usulünü düzenleyen maddede(CMK m.250) yer alan düzenlemede “suç ikrarı” yerine “seri muhakeme usulü teklifinin kabul edilmesinden” bahsedilmektedir. Bu noktada iki soruyu sormak gerekir:

1. Seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek, suçunu ikrar etmek midir?
2. Seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek için suç ikrarında bulunmak gerekli midir?

Belirtilen iki soru doğrultusunda seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etme ilişkisi incelenirken yoruma ihtiyaç duyulduğu değerlendirilmektedir. Bilindiği üzere yorum, bir hukuk kuralının anlamını ortaya koymak için yapılan düşünsel faaliyetidir. Bir hukuk kuralı yorumlanırken lafzi, tarihi, sistematik ve amaçsal yorum gibi farklı yorum yöntemlerine başvurulabilmektedir.¹⁹ Yorum yapıldıktan sonra ulaşılan sonuç, genişletici veya daraltıcı olabilmektedir.

2.1. Seri Muhakeme Usulü Teklifini Kabul Etmek, Suçunu İkrar Etmek midir?

İtham pazarlığının odağında şüphelinin suç ikrarı bulunmaktadır. Seri muhakeme usulünü düzenleyen madde incelendiğinde şüphelinin suçunu kabul etmesi koşuluna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Kanunda “Cumhuriyet

¹⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Baskı, Seçkin 2017) 597

¹⁷ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (15.Baskı, Beta 2006) 631

¹⁸ Yenisey (n 12) 464

¹⁹ Özbek vd. (n 17) 85

savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır” denilmektedir(CMK m.250/3). Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği(SMY)²⁰ de kanuna uyumlu olarak birçok maddesinde “seri muhakeme usulü teklifinin kabul edilmesinden” bahsetmekte ancak “suç ikrarı” veya benzeri bir koşula yer vermemektedir(SMY m.5/3 10/3 10/8 14/1).

Kanun gerekçesinde de seri muhakeme usulü tanımlanırken şüphelinin suçunu kabul etmesi koşulu açıkça yer almamaktadır. Gerekçedeki tanımlamaya göre süreç, şüphelinin daha hafif bir yaptırım beklentisiyle seri muhakeme usulü teklifini kabul etmesi üzerine başlamaktadır. Bu usule göre bir tarafta şüpheli diğer tarafta savcı ile hüküm ve denetim makamı olarak görevli mahkeme bulunmaktadır. Dolayısıyla gerekçede yer alan “*Suç şüphesi altında bulunan kişiler, soruşturma sürecinde susma, herhangi bir açıklamada bulunmama hakkına sahip olduğu gibi sorumluluğu kabul hakkına da sahip bulunmaktadır*” ifadesinde geçen “sorumluluğu kabul hakkı” şüphelinin suçu kabul etmesi şeklinde yorumlanabilirse de bu ifadedeki “sorumluluk” kelimesinin de sadece cezai sorumlulukla mı sınırlı olduğu yoksa hukuki sorumluluğu da kapsayıp kapsamadığının da ayrıca tartışılabileceği değerlendirilmektedir.

Gerekçede karşılaştırmalı hukuka yapılan iki gönderme ile suç ikrarı koşuluna ilişkin değerlendirme yapılmaktadır. İlk göndermede, “...günümüzde Alman Ceza Usul Kanununun 257c maddesinde yer alan şekliyle “mahkeme ve muhakeme sùjeleri arasında anlaşma” adı altında, sanığın suçu kabul etmesi durumunda uygulanan bir muhakeme usulü bulunmaktadır...” denilerek seri muhakeme usulüne kaynaklık eden karşılaştırmalı hukuk uygulamalarında suç ikrarının gerekli olduğundan bahsedilmektedir.²¹ Kanun gerekçesindeki ikinci göndermede “...Fransa’da, soruşturma konusu eylemi gerçekleştirdiğini ve usulün uygulanmasını kabul eden şüpheli çoğunlukla aynı gün içinde mahkemeye sevk edilmekte...” denilerek suç ikrarı ile usulün kabul edilmesinin farklı olduğu belirtilmektedir.²²

Kanun ve yönetmelik hükümleri ile kanun gerekçesinin aksine Adalet Komisyonu raporunda teklifin lehine görüşler arasında “Seri muhakeme usulü, diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de bulunan, ikrara değer veren bir modeldir” denilerek seri muhakeme usulünün de odak noktasında suç ikrarının bulunduğu açıkça belirtilmektedir.²³

²⁰ Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği(SMY), RG 31.12.2019/30995(4. Mükerrer)

²¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi(TBMM), Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, (2019)Yasama Dönemi: 27 Yasama Yılı: 3 Sıra Sayısı: 105, 17

²² TBMM (n 22) 17

²³ TBMM (n 22) 28



Anlaşılacağı üzere, kanun hazırlanırken seri muhakeme usulüne kaynaklık eden karşılaştırmalı hukuk uygulamalarında bu usullerde suç ikrarının önemli olduğu bilinmektedir. Suç ikrarı koşulunun bilinmesine rağmen kanunda böyle bir koşula veya benzeri bir ifadeye yer verilmeden “seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek” denilmesi, bu ifadenin suç ikrarı anlamına gelmediğini göstermektedir. Çünkü şüpheli, suçu kabul etmesine rağmen seri muhakeme usulünü kabul etmeyebileceği gibi şüpheli tarafından suç itiraf edilmemesine rağmen seri muhakeme usulünün kabul edilebileceği değerlendirilmektedir. Her ne kadar şüpheli iradesiyle seri muhakeme usulü teklifini kabul veya ret konusunda özgürse de bu irade açıklamasının suç ikrarı anlamına gelmediği düşünülmektedir. Böylece kanunda “seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek” ifadesinin tercih edilmesi şüpheli tarafından usulün kabul edilmesi ile şüphelinin suç ikrarının birbirinden bağımsız kabul edildiği anlamına gelmektedir. İlk soru cevaplandıktan sonra ikinci soru olan seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek için suç ikrarında bulunmak gerekli olup olmadığı incelenecektir.

2.2. Seri Muhakeme Usulü Teklifini Kabul Etmek için Suç İkrarında Bulunmak Gerekli midir?

Ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreden oluşmaktadır. Genel hükümlere göre suç işlendiği öğrenildikten sonra fail veya failer tespit edilip, olayla ilgili deliller toplandıktan sonra ceza kanunlarını ihlal eden fiil hakkında savcı tarafından hukuki nitelendirme yapılarak(CMK m.250/2, SMY m.8/2) dosyanın kamu davasına alternatif herhangi bir çözüm yolu ile sonuçlandırılıp sonuçlandırılmayacağına bakılmaktadır. Uzlaştırma ve önödeme, kovuşturma evresine geçen bir dosya hakkında da uygulanabilirken seri muhakeme usulü, sadece soruşturma evresinde uygulanabilmektedir.

Yürürlükteki yasal düzenlemeye göre seri muhakeme usulü, şüpheliye soruşturma evresi sonunda teklif edilmektedir. Kanuna göre iddianamenin hazırlanacağı aşama veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek aşama ile seri muhakeme usulünün şüpheliye teklif edileceği aşama aynıdır. CMK m.170, m.172 ve m.250’de yer alan düzenlemelerde “soruşturma evresi sonunda” ifadesi geçmektedir. Soruşturma evresi sonunda kamu davası açmak için yeterli şüphe yoksa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmekte, yeterli şüphe olan durumlarda ise suç dosyası alternatif yöntemlerle çözülmeye çalışılmakta veya kamu davası açılmaktadır.

Seri muhakeme usulüyle sonlandırılan suç dosyalarında sürecin işleyişi; bilgilendirme, davet, teklif, şüphelinin kabulü, mahkemenin onayı ve kanun yolu(zorunlu değil) aşamalarından geçmektedir. Sürecin ilk aşaması bilgilendirme dir. Şüpheli savcı veya kolluk görevlileri tarafından seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirilmektedir. Bilgilendirme aşamasından sonra

şüphelinin seri muhakeme usulü teklifi için davet edilmesi gerekmektedir(CMK m.250/3; SMY m.9). Şüphelinin davete icabet etmesi durumunda savcı tarafından yaptırımları da içeren teklif yapılmaktadır(SMY m.10/2). Bir sonraki aşamada şüpheli, teklifi değerlendirmek için izin isteyebileceği gibi müdafî huzurunda olmak kaydıyla seri muhakeme usulü teklifini kabul edebilir(SMY m.10/3). Şüphelinin teklifi kabul etmesi üzerine “talepname” adlı belgeyle seri muhakeme usulünün uygulanması istenmektedir. Mahkeme talepnameyi inceleyerek eksik, hatalı ve hukuka aykırı bir durum olmadığı kanaatine ulaşması durumunda hüküm kurmaktadır(SMY m.14). Bu hükme genel hükümlere göre itiraz mümkündür. Mahkeme tarafından onaylanan seri muhakeme usulü ile kovuşturma evresine geçilmeden doğrudan infaz evresine geçilmektedir.

Seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etme ilişkisi incelenirken seri muhakeme usulü teklifini kabul eden şüphelinin, suç ikrarında bulunma mecburiyeti olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu soruya cevap aranırken soruşturma evresinde suç ikrarının savcı huzurunda ifade alma işlemi esnasında olması gerekliliği üzerine **i**-iddianamenin iadesine, **ii**-zorla getirme ve yakalama emrine, **iii**-bazı beyanların geçersiz sayılmasına, **iv**-talepnamenin içeriğine, **v**-seri muhakeme usulü teklif edilemeyecek durumlara ilişkin düzenlemelere bakılarak beş temel açıdan inceleme yapmak mümkündür.

i- Seri muhakeme usulü uygulanmadan iddianame düzenlenmesi, iddianamenin iadesi nedenleri arasında sayılmaktadır(CMK m.174/1-c; SMY m.5/10). Dolayısıyla seri muhakeme usulü uygulanabilecek bir dosya hakkında şüpheliye bu usul teklif edilmeden iddianame düzenlenmesi halinde iddianame iade edilmektedir. Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar için de benzer düzenlemenin geçerli olduğu dikkate alınırsa bu düzenlemeyle suç dosyalarının öncelikle kamu davasına alternatif çözüm yollarla çözülmeye çalışılması, eğer bu yolla dosya sonuçlandırılmıyorsa kamu davası açılması düşüncesinin benimsendiği görülmektedir. Seri muhakeme usulü teklif edilmeden iddianame düzenlenmesi durumunda iddianame iade edilse bile şüphelinin ifadesinin alınmaması, Yargıtay tarafından iddianamenin iadesi sebebi kabul edilmeyebilmektedir. Oysaki genel hükümlere göre şüphelinin ikrarı, soruşturma evresinde ifade alma işlemiyle kayıt altına alınmaktadır. Seri muhakeme usulünün işleyişinde şüphelinin ifadesinin alınması zorunluluğuna ilişkin de bir düzenleme yoktur. Belirtilen durumlar birlikte değerlendirildiğinde seri muhakeme usulü teklifi ile ifade alma işleminin hukuki olarak birbirinden bağımsız olduğu, soruşturma evresi sonunda teklif yapma mecburiyeti olmasına rağmen ifade alma mecburiyetinin olmaması şüphelinin, suç ikrarında bulunmadan(ifade vermeden) seri muhakeme usulü teklifini kabul edebilmesini mümkün kıldığı değerlendirilmektedir.

ii- Ceza muhakemesinin işleyişinde şüpheli öncelikle ifade için



çağrılmakta(CMK m.145), çağrıya uymayan şüpheli hakkında yakalama emri düzenlenebilmektedir(CMK m.98) veya zorla getirme kararı verilebilmektedir(CMK m.146). Seri muhakeme usulünü teklif etmek için yakalama emri düzenlenmesi ve zorla getirme kararı verilmesi yasaklanmıştır(SMY m.5/7). Bu yasaklama seri muhakeme usulünün teklifi ve ifade alma işleminin birbirinden bağımsız düşünüldüğünü ortaya koymaktadır.

iii- Seri muhakeme usulünün uygulamasında savcının baskın rolü olsa bile seri muhakeme usulü teklifinin kabul veya ret edilmesinde şüphelinin özgür iradesi öne çıkmaktadır. Şüphelinin davete icabet etmemesi, teklifi kabul etmemesi, kabul ettiği teklif mahkeme tarafından onaylanmadan önce vazgeçmesi, teklifin mahkeme tarafından onaylanmaması gibi seri muhakeme usulünün tamamlanmadığı ve soruşturma işlemlerine genel hükümlere göre devam edileceği durumlarda şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyan ve belgelerin, devam eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılması yasaklanmaktadır(CMK m.250/10). İfade alma işleminde ise şüphelinin özgür iradesini engelleyebilecek işkence, kötü davranma, yorma, cebirde bulunma, bazı araçları kullanma gibi müdahaleler yasak usul olarak düzenlenmiştir(CMK m.148). Hukuka uygun olarak alınan şüphelinin ifadesi bir suç seri muhakeme usulüne tabi olsun veya olmasın, seri muhakeme usulü uygulansın veya uygulanmasın bir delil olarak dosyada kalacaktır. Seri muhakeme usulü teklifini kabul etmeye ilişkin beyan ve belgeler ile ifade alma işlemini yasak delil haline getiren durumlar farklı olduğundan dolayı seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etme birbirinden bağımsızdır.

iv- Seri muhakeme usulü teklifinin şüpheli tarafından kabul edilmesi durumunda mahkeme onayı için talepname düzenlenmektedir. Talepname belirtilmesi gereken hususların bir kısmı iddianamede bulunması gereken hususlarla (CMK m.170/3-a, b, c, d, h, i, k) aynıdır. Talepname, iddianameden farklı olarak ihbarcı kimliği (CMK m.170/3-e), suçun delillerine (CMK m.170/3-j) ilişkin bilgi verilmesi istenmediği gibi iddianamede işlendiği iddia edilen suçu oluşturan olaylar, soruşturma dosyasında mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerekirken talepname suç oluşturan olayların özeti istenmektedir(SMY m.12/2-e). Eğer şüphelinin ifadesi alınmışsa şüphelinin suç ikrarına, bir delil olarak iddianamede yer verilmek zorundayken talepname böyle bir zorunluluk bulunmaması da seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etme birbirinden bağımsız olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte iddianamenin düzenleneceği ve seri muhakeme usulünün şüpheliye teklif edileceği aşama aynı olduğu dikkate alındığında talepname, delillerin ve olayların delillerle ilişkilendirilerek açıklanmasının gerektiği, şüphelinin ifadesi alınmışsa ifadede suç ikrarı olup olmadığının da belirtilmesinin daha doğru olacağı düşünülmektedir.

v- Seri muhakeme usulü teklifiyle ilgili kanunda bazı sınırlamalar mevcuttur. İştirak halinde işlenen suçlarda tüm şüpheliler bu teklifi kabul etmedikçe(CMK m.250/11), şüphelinin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hali olması durumunda seri muhakeme usulünün uygulanması yasaklanmıştır(CMK m.250/12). Seri muhakeme usulü uygulamasını kısıtlayan bu düzenlemeler, ifade alma işlemi engellemediği gibi ifade, şüphelinin en güçlü savunma araçlarındandır.

Kanundaki ve yönetmelikteki daha birçok maddeyi, seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etme ilişkisi kapsamında incelemek mümkündür. Şüphelinin seri muhakeme usulü teklifini müdafî huzurunda kabul etmesinin zorunluluğu(SMY m.5/3), şüphelinin soruşturma dosyasındaki adreste bulunmaması, yurtdışına çıkması gibi durumlarda seri muhakeme usulünün uygulanmaması(SMY m.5/6), davet işleminde kolaylaştırmadan faydalanılması(SMY m.9/1), teklifi değerlendirmek üzere şüpheliye süre verilmesi(SMY m.10/4), seri muhakeme usulü teklifinin kabulüne ilişkin tutanakta suç ikrarına ilişkin hiçbir bilgiye yer verilmemesi(SMY m.10/8), talepten önce incelenmesi aşamasında sorgu yapılamaması(SMY m.13) hükümleri, seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suçunu ikrar etmenin birbirinden bağımsız olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda belirtilen tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek için suç ikrarında bulunmak gerekli olup olmadığı sorusuna verilecek cevap şudur ki seri muhakeme usulü teklifini kabul eden şüpheli için suç ikrarında bulunma mecburiyeti yoktur.²⁴ Yürürlükteki düzenlemeye göre maddi gerçeğe uygun olması koşuluyla ifade vermeyen, ifade veren suççu inkar eden veya susma hakkını kullanan bir şüphelinin de seri muhakeme usulü teklifini kabul edebileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte seri muhakeme usulünü düzenleyen mevzuatta, maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün savcıya yüklenmesi(SMY m.8/1), mahkemeye ise maddi gerçeğe aykırılık olması durumunda talepten önce reddetme yetkisi vermemesi mahkumiyetleri, maddi gerçeğe uygunluk yönünden tartışmaya açabilecek düzeyde risklidir.

Seri muhakeme usulü teklifini kabul etmenin, suç ikrarından bağımsız olarak kabul edilmesi ceza sorumluluğu açısından kesin bir hükme varmayı engellememektedir. Ancak teklifi kabul etme ve suç ikrarının birbirinden bağımsız olması, hem hukuki hem cezai sorumluluğa neden olacak fiillerin hukuk muhakemesinde birçok belirsizliğe neden olma riski taşımaktadır.

²⁴ Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Karakehya ve İnce Tunçer (n 11) 8; Abdullah Batuhan Baytaç, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 2, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 232, 244; Elif Er, 'Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri Ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', (2021) 3(1), Yaşar Hukuk Dergisi, 15



Suçunu açıkça ikrar etmediği halde seri muhakeme usulü teklifini kabul ederek mahkum olan kişinin, hukuk mahkemeleri huzurundaki davada mahkumiyet kararına çelişki oluşturabilecek şekilde savunma yapabilmesi mümkündür. Bu noktada hukukun bütünlüğü ilkesi ve Türk hukukunun kendine has özellikleri de dikkate alınarak kanundaki teklifi kabul etme ve suç ikrarının birbirinden bağımsızlığını benimseyen yaklaşımın itham pazarlığının özüne uygun olarak yeniden düzenlenmesinde fayda olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Ceza adaleti sisteminin işleyişinde etkinliği sağlamak, biriken dosya ve makul sürede yargılanma gibi birçok adalet sorununun çözümüne katkı sağlamak amacıyla kamu davasına alternatif çözümlere başvurmak birçok devlette güçlü bir eğilim haline gelmiştir. Ceza muhakemesinin işleyişinde kamu davasına alternatif çözüm yolları, şüpheli ve mağdur iradesine önem vererek sürecin yönetiminde bunlara aktif rol vermektedir. Bu yöntemler kapsamında Türkiye’de uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi uygulanmaktayken yakın bir dönemde seri muhakeme usulü de dahil edilmiştir.

Seri muhakeme usulü, itham pazarlığının ayırt edici özelliklerini taşımaktadır. Soruşturma evresinde uygulanan uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi usullerinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilirken seri muhakeme usulü, şüpheliyi sanık olmadan mahkum ederek diğer kamu davasına alternatif usullerden farklılaşmaktadır. İtham pazarlığının odağında şüphelinin suç ikrarı bulunmaktayken seri muhakeme usulünü düzenleyen mevzuatta suç ikrarına ilişkin herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmediği için seri muhakeme usulü teklifini kabul etme ve suç ikrarı ilişkisini açıklamak için yoruma ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.

Sonuç olarak kanundaki düzenlemeye göre “seri muhakeme usulü teklifini kabul etmek”, suç ikrarı anlamına gelmediği ve seri muhakeme usulü teklifini kabul eden şüpheli için suç ikrarında bulunma mecburiyeti olmadığı kanaatine varılmaktadır. Bu noktada seri muhakeme usulünü düzenleyen kanun maddesinde şüphelinin “suç ikrarında” bulunması koşuluyla bu yönetime başvurulabileceğine ilişkin açık düzenleme yapılmasının ve mahkemeye, talepname üzerinde yapacağı incelemede maddi gerçeğe uygunluk yönünden değerlendirme yapma yetkisi verilmesinin gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Alschuler A, ‘The Prosecutor ‘s Role in the Plea Bargaining’ (1968) 36(50) The University of Chicago Law Review 50-112

Alkon C, ‘The U.S. Supreme Court’s Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye’, (2014) 41(3) Hastings Constitutional Law Quarterly 561-622

Baytaç A B, 'Seri Muhakeme Usulü' (2020) 2, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 227-273

Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK), Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi:4.12.2004 RG 17.12.2004/25673

Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği(SMY), RG 31.12.2019/30995(4. Mükerrer)

De Long B, The Use of Plea Bargaining in The United States' Criminal Justice System, (2008 School of Criminology: Simon Fraser University)

Er E, 'Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinin Özellikleri Ve Ceza Muhakemesi Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi', (2021) 3(1), Yaşar Hukuk Dergisi 1-51

Erdem M R ve Candide Ş, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi', (2019) 14(41), Ceza Hukuku Dergisi 573 – 601

Hayden T, 'The Plea of Nolo Contendere', (1965) 25 Maryland Law Review 227-237

Karakehya H ve İnce Tunçer A, 'Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi', (2021) 11(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 1-62

Kaşlı E, Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı(Plea Bargaining) (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2017)

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Baskı, Beta 2006)

Langbein J, (1979), 'Understanding The Short History of Plea Bargaining' (1979) Law & Society 261-272

Neubauer D ve Fradella H, America's Courts and The Criminal Justice System (10th Edition, Wadsworth Cengage Learning 2008)

Özbek V, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, (2017), Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Baskı, Seçkin 2017)

Öztürk B ve Erdem M, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin 2008)

Türkiye Büyük Millet Meclisi(TBMM), Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu, (2019)Yasama Dönemi: 27 Yasama Yılı: 3 Sıra Sayısı: 105

Yavuz HA, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler (Adalet Yayınevi, 2020)



Yenisey F, 'Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu' (2013) 19(2) Hukuk Araştırmaları Dergisi 453-469

Yılmaz Z ve Apiş Ö, 'Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi', (2020) 26(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 62-106

Yücel M, 'Ceza Adaletinde Sapmalar', (2013) 105 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 11-34

DEFİNE ARAMA YÖNETMELİĞİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE DAİR DEĞERLENDİRMELER

Assessments on the Changes Made to the Regulation on Legal Treasure Hunting

Döndü KUŞÇU*

Öz

21.07.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan “*Define Arama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” ile Define Arama Yönetmeliğinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile mevcut bazı hükümler değiştirilmiş ve yeni bazı hükümler eklenmiştir. Kanun koyucuyu bu değişikliği yapmaya iten olay, kanaatimizce 2019 yılında dipsiz gölde izinli şekilde yapılan define kazısıdır. Halk tarafından Dipsiz göl olarak adlandırılan göl **Gümüşhane’de merkeze bağlı Dumanlı köyünün sınırları içinde** bulunmaktadır. Söz konusu bu Göl’ün altında “*define*” olduğunu düşünen iki vatandaş izinli bir şekilde define aramak istemişler ve bu amaçla yetkili makamlara başvuruda bulunmuşlardır. Yetkili makam tarafından bu kişilere define arama ruhsatnamesi verilmiş ve yine yetkili makamlar tarafından görevlendirilen kişilerin gözetiminde, izin alan vatandaşlar define arama işlemini gerçekleştirmişler. Gerekli izinleri alan kişiler tarafından gölün altında define aranması sırasında **göl suyu tahliye edilmiş**, eski hâline getirilmeye çalışılsa da başarılı olunamamıştır. Bu çalışmada; dipsiz gölde yapılan izinli define kazısı neticesinde Define Arama Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler ele alınacak ve konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Define, Define Arama, Dipsiz Göl, Define Arama Yönetmeliği, Kültür Varlığı

Abstract

Considerable amendments were made to “Regulation of Legal Treasure Hunting” with Regulation of Amendments on Regulation of Legal Treasure Hunting that published in Official Gazette on 21.07.2020. With these amendments, some existing provisions were altered and some new provisions were supplemented. The circumstance that prompted the Legislative to make this amendment is the authorized excavation in the “dipsiz göl” in 2019. The lake, which is called Dipsiz lake by the people, is located within

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.08.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kuscudondul@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9619-6540>



the borders of Dumanlı village in Gümüşhane. Two citizens, who thought that there was a “treasure” under this Lake, wanted to search for treasure with permission and applied to the authorities for this purpose. A treasure search license was given to these people by the competent authority, and under the supervision of the persons assigned by the authorities, the citizens who obtained permission carried out the treasure search. During the search for treasure under the lake by the people who obtained the necessary permits, the lake water was evacuated, and although attempts were made to restore it, it could not be successful. In this study; the amendments made in the Regulation of Legal Treasure Hunting as a result of the authorized treasure excavation in the “dipsiz lake” will be discussed and assessments will be made on the subject.

Key Words: Treasure, Treasure Hunting, Dipsiz Lake, Regulation of Legal Treasure Hunting, Cultural Property.

GİRİŞ

Define ve definecilik tarih boyunca insanların ilgisini çekmiştir. Tarihi ve kültürel açıdan zengin bir coğrafyada yaşamamızdan dolayı ülkemiz açısından da bu kaçınılmaz olmuştur. Fakat yasal olmayan yollardan yapılan define kazıları hem tarihi değerlerimize hem doğal ve kültürel değerlerimize zarar vermektedir. Bu zararların önüne geçmek adına bir takım yasal düzenlemeler yapılmış ve define arama işleminin yalnızca izinli şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir.

1983 tarihli 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)¹ 50. maddesinde, define arama işleminin Kültür ve Turizm Bakanlığından alınacak ruhsatname ile yapılacağı düzenlenmiştir. Ruhsatsız define arama işlemi yapılmasının (kaçak kazıların) yaptırımını da yine KTVKK’da düzenlenmiştir². 1984 yılında ise KTVKK’da yasal çerçevesi çizilen izinli define arama işleminin usul ve esaslarını belirlemek amacıyla Define Arama Yönetmeliği³ çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte genel olarak define arama işleminin şartları⁴, define arama ruhsatnamesi için yapılması gerekenler,

¹ RG. 23.07.1983, S. 18113.

² İzinsiz define arama işleminin yaptırımına ilişkin bkz. Yusuf Öztürk, *Ceza Hükümleri Yönünden Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 192 vd.; Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 510 vd.

³ RG. 27. 01. 1984, S. 18294.

⁴ Define ile kültür varlığı aynı şey değildir. Kültür varlıklarının mülkiyeti Kanun gereği (*ipso iure*) Devlete aittir. Dolayısıyla izinli şekilde kültür varlığı arama işlemi yapılamaz. KTVKK’da yer alan düzenlemeye göre kültür varlıkları; “*tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır*” (m.3/1) şeklinde tanımlanmıştır. KTVKK 5. maddesine göre ise “*Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan*

define aranacak yerin nitelikleri, define arama sırasında ve sonrasında yapılacaklar ve define arama işlemi sırasında hazır bulunması gereken kişiler ile masraflara ilişkin hususlar düzenlenmektedir.

Her ne kadar bu düzenlemeler ile kaçak kazıların tarihe ve doğaya vereceği zarar engellenmeye çalışılmakta ise de 2019 yılının son aylarında dipsiz gölde gerçekleştirilen izinli define kazısı gösterdi ki, yanlış uygulamalar söz konusu olduğu zaman, izinli şekilde yapılan kazılar ile de çevreye ve doğaya zarar verilebilecektir. Dipsiz gölde yapılan kazıdan sonra özellikle kamuoyundan gelen tepkiler ve olayın basında yer alması üzerine resmi makamlardan ardı ardına açıklamalar geldi. Sonrasında bu süreci bir takım hukuksal değişiklikler izledi. Bu değişikliklerden en önemlisi şüphesiz, 21.07.2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan “Define Arama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”⁵ ile, Define Arama Yönetmeliğinde yapılan değişikliklerdir.

Bu çalışmanın amacı, dipsiz gölde yapılan izinli define arama kazısı ve sonucunda yapılan hukuksal değişiklikleri incelemektir. Bu bağlamda öncelikle dipsiz gölde yapılan kazı çalışmalarına değinilecek sonrasında ise Define Arama Yönetmeliğinde ve bazı diğer düzenlemelerde define arama usulüne ilişkin yapılan değişiklikler ele alınacaktır.

I. DİPSİZ GÖLDE YAPILAN İZİNLI DEFİNE KAZISI

Dipsiz göl, Gümüşhane’de merkeze bağlı Dumanlı köyü sınırları içinde bulunan, yağışlar ve yüzeysel drenaj ile beslenen, gideğeni olmayan, tabanı deniz seviyesinden 2106 metre yükseklikte doğal bir göldür⁶. Jeomorfoloji Derneği tarafından 19.11.2019 tarihinde yapılan basın duyurusunda gölde daha önce bilimsel bir faaliyet yapılmadığı, dolayısıyla gölün tarihlendirilmesinin sağlıklı verilere dayanmadığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde Dernek açıklamasında gölün buzul sirki, karstik göl, su birikintisi gibi şekillerde tanımlanmasının yanlış olduğunu, Dipsiz Göl’ün kalın bir kar kütesinin hareketi sonucu gelişen nivasyon sirki içinde meydana geldiğini belirtmiştir. Dernek haklı olarak gölün

taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir”. Kültür Varlıklarının mülkiyeti hakkında bkz. Sibel Özel, “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2018, s. 215-238, s. 226 vd.; Bilge Umar ve Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:11, Ankara, 1990, s. 70 vd.; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 6-22; A. Kürşat ERSÖZ, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür Varlıklarının Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 5-13.

⁵ RG. 21.07.2020, S. 31192.

⁶ Bkz. Jeomorfoloji Derneği Tarafından 19.11.2020 tarihinde yapılan basın duyurusu <http://www.jd.org.tr/icerik/dipsiz-g%C3%B6l-hakk%C4%B1nda-bas%C4%B1n-duyurusu> (26.10.2020).

kökeni hakkında değil, doğal değere sahip olmasına ve arşiv değerinde bilgiler içermesine odaklanılması gerektiğini belirtmiştir⁷.

Gümüşhane Valiliği tarafından yapılan basın açıklamasında⁸ dipsiz gölde iznilen bir şekilde define aranmasına ilişkin süreç kısaca özetlenmiştir.

“İki vatandaş tarafından 21. 05. 2019 tarihinde verilen dilekçe ile, Gümüşhane ili merkez ilçesi Dumanlı köyü İstovrama mevki 137 ada 98 nolu parselde define araması talebinde bulunulmuştur. Söz konusu define arama talebi üzerine konu ile ilgili olarak; Trabzon Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü ve Çevre Şehircilik İl Müdürlüğüne bahsedilen alanın doğal, tarihsel ve arkeolojik açıdan sakınca olup olmayacağını belirlemek üzere görüş talep edilmiş, Trabzon Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü’nün 04.09.2019 tarih ve E.721186 sayılı ve Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü’nün 22.10.2019 tarih ve E.7754 sayılı yazılarıyla alınan kurum görüşlerinde, belirtilen alanın doğal ve tarihi sit alanları dışında olduğu ilgili kurumlarca tespit edilmiştir.

Söz konusu görüşler çerçevesinde, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında ve buna bağlı olarak çıkarılan Define Arama Yönetmeliği çerçevesinde miracaatçılardan biri adına Gümüşhane Müze Müdürlüğüne 14.10.2019 tarih ve E.843325 sayılı define arama ruhsatı düzenlenmiştir. Hazırlanan ruhsata istinaden 06.11.2019 tarihinde belirtilen alanda İçişleri Bakanlığı temsilcisi, Maliye Bakanlığı temsilcisi ve Müze Müdürlüğü temsilcisi ile jandarma ekipleri gözetiminde define kazısı yaptırılmıştır.

4 gün süren arama çalışması sonrasında, 10.11.2019 tarihi itibarıyla da alanda kapatma işlemi yapılarak alan eski hâline getirilmiştir. Define araması yapılan alanda taşınır, taşınmaz herhangi bir kültür varlığına rastlanmamıştır”

Valiliği bu basın açıklamasını yapmaya iten en önemli neden şüphesiz dipsiz gölde yapılan define arama işleminin kamuoyunda yankı uyandırması olmuştur⁹.

⁷ Doğal göller geçmişe ait coğrafi değerler hakkında bilgi sahibi olmamıza katkıda bulunmaktadır. Dernek bahsi geçen açıklamasında “Göl tabanlarındaki silt ve kil bakımından zengin sedimanların içerdiği elementler ve mineraller gibi fiziksel belirteçler yanı sıra fosil polenler, mikrofosiller ve algler göl ve göl çevresine ait geçmişteki bitki örtüsü, iklimsel ve çevresel koşulları tanımlayıcı bilimsel deliller sunarlar. Bilim insanları bu delilleri kullanarak, ancak son 150 yılını meteorolojik kayıtlardan bilebildiğimiz gezegenimizin iklimini, milyonlarca yıl öncesine kadar ortaya koyabilme fırsatı yakalarlar”, şeklinde ifade ederek gölün bilimsel değeri haiz yerler olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Jeomorfoloji Derneği Açıklaması, s. 1.

⁸ Gümüşhane valiliği tarafından 14.11.2019 tarihinde yapılan basın açıklaması için bkz. <http://www.gumushane.gov.tr/basin-aciklamasi2019-49> (Erişim Tarihi 22.10.2020).

⁹ Valiliğin açıklamasında önce dipsiz gölde yapılan define arama işlemi ile ilgili yapılan haberlerden bazıları şunlardır: “Define kazısı için Dipsiz Göl’ü susuz göle çevirdiler”, 09. 11.

Valilik tarafından yapılan açıklamadan sonra basında konuya ilişkin haberler yapılmaya devam etmiş¹⁰ ve Valilikçe kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla 16.11.2019 tarihinde yeni bir basın duyuru daha yapılmıştır¹¹. İlgili duyuru şu şekildedir:

“Gümüşhane ili, Merkez Dumanlı Köyü sınırları içinde bulunan yerde verilmiş olan ruhsata bağlı olarak yapılan çalışmalar esnasında ve sonrasında basın yayın organlarında yapılan haberler ve yorumlarla alakalı olarak 14.11.2019 tarihinde Valiliğimizce bir açıklama yapılmış olmakla birlikte saygıdeğer kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla yeni bir açıklama yapılması ihtiyacı hâsıl olmuştur:

Söz konusu define arama izniyle ilgili olarak; 14.11.2019 tarihli basın açıklamasında da zikredildiği üzere; Trabzon Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Müdürlüğü ve Gümüşhane Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne, kazı yapılması talep edilen alanın doğal ve tarihi sit alanları dışında olduğu tespit edilmiştir.

Yukarıda arz edilen ilgili kurumların; belirtilen alanın tarihi, arkeolojik ve doğal sit dışında olduğu çerçevesindeki görüşleri akabinde, define aranacak yerin, 2863 sayılı kanunun 6. maddesinde belirtilen yerler ile tespit ve tescil edilen sit alanları ve mezarlıklar içinde olup olmadığı, define aranmasında sakınca bulunup bulunmadığı hususlarında arkeolog ve uzman tarafından yapılan tespit akabinde ilgili müdürlükçe Define Arama Ruhsatı düzenlenmiştir.

Define Arama Yönetmeliğinin 9. maddesi çerçevesinde tespit yapan ve bu tespiti uygun bularak define arama ruhsatı düzenleyenler hakkında; mevzuat kriterlerine uygunluk tespiti ve kazının yapılmasında herhangi bir sakınca olmadığına dair düzenlenen raporun hazırlanmasındaki özensizlik ve ruhsat düzenlenmesi nedenleriyle Valiliğimizce ve İlgili Bakanlığımızca soruşturma başlatılmıştır.

2019, <https://www.karar.com/define-kazisi-icin-dipsiz-golu-susuz-gole-cevirdiler-1378561> (E.T, 22.10.2020); “Define’ söylentisi çıktı; Dipsiz Göl’de su tahliye edildi, kazı başlatıldı”, 09. 11. 2019, <http://www.diken.com.tr/define-soylentisi-cikti-dipsiz-golun-suyu-yasal-izinle-tahliye-edildi/> (E.T, 22.10.2020); “5 gündür define arama çalışması yapılıyordu... Dibi görüldü!”, 11.09.2019, <https://www.hurriyet.com.tr/galeri-5-gundur-define-arama-calismasi-yapiliyordu-dibi-gorundu-41371874/1> (E.T, 22.10.2020); “Yasal izinle gölü boşaltıp define aradılar”, 12.11.2019, https://www.ntv.com.tr/turkiye/yasal-izinle-golu-bosaltip-define-aradilar,ddyEqejj_Uxykrd8n_Hew (E.T, 22.10.2020).

¹⁰ “Valiliğin eski hâline getirildiğini açıkladığı ‘Dipsiz Göl’ yok edildi!”, 15.11.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/gundem/valiligin-eski-haline-getirildigini-acikladigi-dipsiz-gol-yok-oldu-5453466/> (E.T., 22.10.2020); “İşte define kazısı yapılan ‘Dipsiz Göl’ün son hâli”, 15.11.2019, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/iste-define-kazisi-yapilan-dipsiz-golun-son-hali-41375105> (E.T., 22.10.2020); “Dipsiz Göl yok oldu!”, 15.11.2019, <http://www.gazetevatan.com/dipsiz-gol-yok-oldu--1285224-gundem-galeri-haber/> (E.T. 22.10.2020).

¹¹ Gümüşhane Valiliği tarafından 16.11.2019 Tarihinde yapılan basın açıklaması için bkz. <http://www.gumushane.gov.tr/basin-duyurusu001> (E.T, 22.10.2020).



Gölün rehabilitasyonunun sağlanabilmesi için akademisyenler ve teknik elemanlarla görüş alışverişi içerisinde planlamalar yapılmış olup, hemen çalışmalara başlanarak gerekli düzenlemeler yapılacaktır”.

1983 tarihli ve 2863 KTVKK kapsamında define arma işleminin Kültür ve Turizm Bakanlığında alınacak ruhsatname ile yapılması gerektiği düzenlenmiş (m.50) ve bu amaçla 1984 yılında Define Arama Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu düzenlemelere göre define aranması katı şartlara bağlanmakta, bulunan define üzerinde ise define arayıcısının mülkiyet tesis etmesine izin verilmemektedir. Definenin tanımına ilişkin bahsi geçen mevzuatlarda bir hüküm bulunmamakta ve konu 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)¹² taşınır mülkiyetine ilişkin üçüncü bölümünde 772 ve 773. maddelerinde ele alınmakta, definenin hukuki mahiyeti ve yasal çerçevesi belirlenmektedir¹³.

21.07.2020 tarihinde Define Arama Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile Yönetmeliğin 4. maddesi “Tanımlar” başlığı olarak değiştirilmiştir. Define Arama Yönetmeliği m.4/b uyarınca define; “Gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan, 2863 sayılı Kanunun 6'ncı ve 23'üncü maddeleri dışında kalan ve bilimsel değer taşımayan menkul varlıklar” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴.

Dipsiz gölde yapılan define kazısı, izinli bir şekilde yapılan define arama işlemine kötü bir örnek olmuştur. Define Arama Yönetmeliği 5. maddesine göre; define aramak isteyen kimseler bir dilekçe ile define arayacakları yerin mülki amirine bir dilekçe ile müracaat edeceklerdir. Valilik tarafından yapılan

¹² RG. 08.10.2001, Sa. 24607.

¹³ Belirtmek gerekir ki definenin hukuki mahiyeti ve şartları hâlen TMK'da yer alan hükümlere göre tespit edilmektedir. TMK'da yer alan hükümlerden definenin şartlarını şu şekilde sayabiliriz; 1. Taşınır Eşya Olmalı, 2. Uzun zaman önce gömülmüş veya saklanmış olmalı, 3. Belli bir değeri haiz olmalı, 4. Malikinin Bulunmadığı kesin olmalı ve son olarak Bilimsel değeri haiz eşyalardan olmamalı. Definenin hukuki mahiyeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Jale G Akipek Ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 597-599; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.507-510; M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 761-764.; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 499-501; Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 183 vd.; Serda Kurtoğlu, “Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1955, S.6, s. 386-389; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, “Lükata ve Define”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1955, s. 185 vd.; Kuşçu, s. 1096 vd.

¹⁴ Define TMK m. 772 ve 773'te etraflıca düzenlenmiştir. TMK m. 772'ye göre “bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık maliki bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler sayılır”. İlgili maddenin devamında ve TMK m. 773'te bilimsel değeri haiz olan sahipsiz doğal şeyler ile eski eserlerin bulunması hâlinde özel kanun hükümlerinin uygulanacağını ve bu bilimsel değere sahip olan eşyaların dışında kalan eşyaların mülkiyetinin, definenin içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınırın malikinin olacağı düzenlenmiştir. Bu sınırlama definenin mülkiyetinin kazanılması açısından bulunan definenin özelliğine göre yapılan bir sınırlamadır yoksa define tanımını daraltan bir kısıtlama değildir. Detaylı bilgi için bkz. KUŞÇU, s. 1094.

açıklamada, 21.05.2019 tarihinde define aramak için başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Define Arama Yönetmeliği 9. maddesine göre başvuruyu alan mülki amir, en yakın müze müdürlüğüne define arama işlemi yapılacak yerin KTVKK m. 6 kapsamında olup olmadığını, tespit ve tescil edilen sit alanları ve mezarlık sayılan yerlerden olup olmadığını soracak ve buna ilişkin rapor alacaktır. Ayrıca ilgili madde uyarınca müze müdürlüğüne define aranması işleminde sakınca bulunup bulunmadığı Müze müdürlüğüne tespit edilecek ve bu konuda da mülki amire bilgi verilecektir.

Gümüşhane Valiliğinin 14.11.2019 tarihinde yapmış olduğu açıklamada¹⁵ geçen “...define arama talebi üzerine konu ile ilgili olarak; Trabzon Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü ve Çevre Şehircilik İl Müdürlüğüne bahsedilen alanın doğal, tarihsel ve arkeolojik açıdan sakınca olup olmayacağını belirlemek üzere görüş talep edilmiş, Trabzon Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü'nün 04.09.2019 tarih ve E.721186 sayılı ve Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nün 22.10.2019 tarih ve E.7754 sayılı yazılılarıyla alınan kurum görüşlerinde, belirtilen alanın doğal ve tarihi sit alanları dışında olduğu ilgili kurumlarca tespit edilmiştir” ifadesinden anlaşıldığı üzere görüş talep edilen bahsi geçen Kamu Kurumları yalnızca KTVKK m. 6 kapsamında inceleme yaparak, define aranmak istenen bölgede arama işlemi yapılmasının muhtemel zararları üzerinde durmamıştır. Gerçekten de Valilik tarafından iki gün sonra yapılan basın açıklamasında ilgili Kamu Kurumlarının özensiz bir şekilde rapor hazırladığı ifade edilmiştir.

Görüş talep edilen ilgili Kamu Kurumları tarafından hazırlanan rapor –Valilik açıklamasından anladığımız kadarıyla- define arama işleminin olası sonuçları, doğaya vereceği zarar, eski hâle getirmenin mümkün olup olmadığı vb. gibi hususları içermekten uzaktır. Dipsiz göl vakasında olduğu gibi define arama işleminin özel mülkiyette değil kamu mülkiyetine ait olan alanlarda yapıldığı hâllerde idare tarafından etraflıca araştırma yapılması gerekmektedir. Define aranacak yerin niteliği, kazı çalışmasının vereceği tahribat, eski hâle getirme işleminin mümkün olup olmadığı gibi hususların Define Arama Yönetmeliği 9. madde kapsamında her hâlükârda araştırılması gerekirdi. Dipsiz göl olarak tanımlanan bu tektonik su birikintisinin dibinde define aranması için suyunun boşaltılması ve arama işlemi sonunda toprakla doldurulması, doğal alanın tahribatına neden olmuştur. Daha sonra tepkiler üzerine bölgede inceleme yapılması ve doldurulan toprağın kazılıp içinin su ile doldurulması gerçekten dipsiz gölü eski hline getirdi mi tartışılır fakat tartışmasız olan bir husus var ki, Dipsiz göl vakası izinli define arama işlemine kötü bir emsal teşkil etmiştir.

¹⁵ Gümüşhane valiliği tarafından 14.11.2019 tarihinde yapılan basın açıklaması: <http://www.gumushane.gov.tr/basin-aciklamasi2019-49> (Erişim Tarihi 22.10.2020).



II. DİPSİZ GÖL VAKASI SONRASI DEFİNE ARAMA İŞLEMİNE İLİŞKİN MEVZUATTA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği

Dipsiz gölde izinli define arama işleminin yankıları devam ederken bir açıklama da Çevre ve Şehircilik Bakanı Murat Kurum'dan gelmiştir. 22 Kasım 2019 tarihinde Kurum dipsiz göl ile ilgili kendisine yöneltilen bir soruya karşılık olarak: *“Bakanlığımız, bakan yardımcımız ve ilgili genel müdürlüğümüzle birlikte olayı yerinde takip ediyoruz. Valiliğimizle bu süreci yürütüyoruz. Gölümüzü eski hâline getirecek, göl kıyısındaki mikroorganizmaları yeniden canlandıracağız ve aynı su seviyesini koruyacak şekilde su takviyesini doğal olarak buraya yapıyoruz. Bundan sonra izinsiz kazıların yapılmaması amacıyla da Çevre Etki Değerlendirme Yönetmeliğinde değişikliğe gittik. Türkiye'nin neresinde olursa olsun yapılacak kazılara ilişkin, artık bakanlığımızdan ÇED raporu alma zorunluluğu getirdik ve yeni düzenlemeyle birlikte de doğal güzelliklerimizi koruma altına alacak, bilinçsiz define aramalarının da önüne geçmiş olacağız”*¹⁶ şeklinde açıklamada bulunmuştu.

Bu açıklamadan sonra 28.11.2020 tarihinde “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin”¹⁷ 1. maddesi ile “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin”¹⁸ Ek-2 Listesine, “57- Define arama projeleri” ibaresi eklenmiştir. Define Arama Yönetmeliğine eklenen yeni hükme göre ise, define arama izni için başvuruda bulunanlardan artık çevresel etki değerlendirmesi raporu istenecektir. Bu konuya aşağıda değinilecektir¹⁹.

B. Define Arama Yönetmeliği

Dipsiz gölde yaşananlar neticesinde, Define Arama Yönetmeliğinde bazı değişiklikler yapılmış ve bir takım yeni hükümler eklenmiştir. Bu başlık altında Define Arama Yönetmeliğinde yapılan değişiklikleri alt başlıklar hâlinde inceleyeceğiz.

1. Yönetmeliğin Dayanağı ve Tanımlar

Define Arama Yönetmeliği'nin dayanağı konusunda esaslı bir değişiklik yoktur. Yönetmeliğin çıkarıldığı 1984 yılında mülga 743 sayılı Medeni Kanun²⁰ yürürlükteydi ve dayanak olarak Yönetmeliğin 3. maddesinde bu Kanunun 696 ve 697. maddeleri gösterilmekteydi. 21.07.2020 tarihinde bu husus giderilmiş

¹⁶ Bakan Murat KURUM'UN 22.11.2019 tarihinde yaptığı açıklama için bkz. <https://www.csb.gov.tr/bakan-kurumdan-kadiralak-ve-dipsiz-gol-aciklamasi-bakanlik-faaliyetleri-29647> (E.T., 23.10.2020).

¹⁷ RG, 28. 11. 2019, S. 30962.

¹⁸ RG, 25. 11, 2014, S. 29186.

¹⁹ Bkz. Aşağıda; B. 3 “Define Arama Müracaat dosyası” adlı kısım.

²⁰ RG, 04.04.1926, S. 339.

ve dayanak olarak 4721 sayılı TMK'nın 771 ve 772. maddeleri gösterilmiştir. Ayrıca değişiklikten önce yer almayan 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun²¹ ekinde yer alan (8) sayılı tarife hükümleri de Define Arama Yönetmeliğinin dayanağı kısmına eklenmiştir²².

Define Arama Yönetmeliğinin 4. maddesi, değişiklikten önce de tanımları içermektedir fakat madde başlığında “tanımlar” ibaresi yer almamaktaydı. Ayrıca 4. madde de sadece “Bakanlık” ve “Müze” ibarelerinin tanımına yer verilmekteydi²³. 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklik ile 4. maddenin başlığı “tanımlar” olarak değiştirilmiş ve Define Arama Yönetmeliğinin önceki hâlinde yer almayan “define” ve “Genel Müdürlük”²⁴ ibarelerinin tanımlarına yer verilmiştir.

Definenin tanımına ilişkin KTVKK ve Define Arama Yönetmeliğinde bir hüküm olmaması sadece TMK'da düzenlenen hükme atıf yapılması doktrinde eleştirilmiştir²⁵. 21.07.2020 tarihinde yapılan ekleme ile artık Define Arama Yönetmeliğinde definenin tanımına yer verilmiştir. Madde 4/b hükmüne göre define: “*Gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan, 2863 sayılı Kanunun 6'ncı ve 23. maddeleri dışında kalan ve bilimsel değer taşımayan menkul varlıklar*” define olarak tanımlanmıştır. Burada definenin tanımının TMK 772 ve 773'ü kapsayacak şekilde verildiğini görüyoruz. TMK'da yer alan düzenlemeye herhangi bir ekleme yapılmamakla birlikte Define Arama Yönetmeliğinde definenin tanımına yer verilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Çünkü çoğu kez “define” ve “kültür varlığı” kavramları birbirinin yerine kullanılmakta, “define” denilince “kültür varlığı” kastedilmiş gibi anlaşılmaktadır²⁶. Define Arama Yönetmeliği kapsamında yapılan araştırmalarda “kültür varlığı” aranmamakta sınırları TMK çerçevesinde tespit edilen “define” aranmaktadır²⁷. Dolayısıyla definenin tanımına doğrudan Define Arama Yönetmeliğinde de yer verilmesi kanaatimizce yerinde bir düzenleme olmuştur.

²¹ RG, 17.07.1964, S. 11756.

²² 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliği 3.maddesi şu şekildeydi: “*Bu Yönetmelik 2863 sayılı Kanunun 6 ve 50. maddeleriyle, Medeni Kanun'un 696 ve 697. maddeleri uyarınca hazırlanmıştır*”

²³ Define Arama Yönetmeliği 4. maddesi değişiklikten önce “*Bu yönetmelikte geçen 'Bakanlık'; Kültür ve Turizm Bakanlığını, 'Müze'; Eski Eserler ve Müzeler Genel Müdürlüğüne bağlı Müzeleri, ifade eder*” şeklindeydi.

²⁴ Define Arama Yönetmeliği m. 4/c uyarınca Genel Müdürlük; Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğünü ifade etmektedir.

²⁵ Kuşcu, s. 1094.

²⁶ Hatta Gümüşhane Valiliği 14.11.2019 tarihinde yaptığı açıklamasının sonunda dipsiz gölde yapılan kazılar neticesinde define bulunup bulunmadığını değil, taşınır veya taşınmaz kültür varlığı bulunup bulunmadığını açıklamıştır. Esasen Valiliğin burada “define” sayılabilecek buluntuya rastlanmamıştır şeklinde açıklama yapması yerinde olacaktır. Bkz. <http://www.gumushane.gov.tr/basin-aciklamasi2019-49> (Erişim Tarihi 22.10.2020).

²⁷ Kuşcu, s. 1126-1127.

2. Define Arayabilecek Kişiler ve Müracaat Dilekçesi

Define Arama Yönetmeliği 5. maddesine göre “*Define aramak isteyen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler, define arayacakları yerin bağlı olduğu mülki amire bir dilekçe ile müracaat ederler*”. Yönetmeliğin önceki hâlinde 5. maddede²⁸ “*define aramak isteyenler...*” ibaresi geçmekteydi. 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten sonra yalnızca “*Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olan gerçek kişilere*” define aramak için ruhsatname verileceği düzenlenmiştir. Böylece define aramak isteyen kişiler bakımından iki önemli kriter getirilmiştir:

- a) Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak
- b) Gerçek kişi olmak.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanlar yani yabancılar²⁹ Türkiye sınırları içerisinde define aramak için müracaat edemeyeceklerdir. Aynı şekilde bir kişiliğe sahip olmasına rağmen gerçek kişi olmayan tüzel kişiliğe sahip kişi veya mal toplulukları define arama izni alamayacaklardır.

Define Arama Yönetmeliği m.6/f.1’e göre müracaat dilekçesinde define arama maksadı açıkça belirtilecek ve arama yapılması planlanan yerin il, ilçe, bucak, köy, mahâlle, sokak ve ev numarası bildirilecek, ekili, dikili, meskûn, gayrimeskûn, tapulu ve tapusuz olup olmadığı ve kime ait olduğu açıklanacaktır³⁰. 21. 07. 2020 tarihinde yapılan değişiklik ile, ilgili maddeye ikinci bir fıkra daha eklenmiştir. Buna göre “*Müze müdürlüğünce başvuruya konu alanın 2863 sayılı Kanun kapsamında tespit ve tescil edilen alanlar ve mezarlıklar arasında olmadığına karar verilmesi durumunda, başvuru sahibinden 7’nci maddede belirtilen belgeler istenir*” (Yönetmelik m.6/f.2). Bu düzenlemeye göre, define aramak için öncelikle m. 6/1 kapsamında bir dilekçe ile başvuruda bulunulacak ve dilekçede ilgili maddede yazan hususlar belirtilecektir. Başvuru dilekçesini alan Müze Müdürlüğü dilekçeyi inceleyecek ve KTVKK kapsamında tespit ve tescil edilen alanlarda veya

²⁸ 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliğinin 5. Maddesi “*Define aramak isteyenler; define arayacakları yerin bağlı olduğu mülki amire bir dilekçe ile müracaat ederler*” şeklindeydi.

²⁹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda (YUKK-RG. 11. 04. 2013, S. 28615) yabancı, “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*” olarak tanımlanmıştır (m. 3/1-ü). Detaylı bilgi için bkz. Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2020, s. 5; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 24; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul, 2018, s. 19-20; Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınevi, 24. Baskı, İstanbul, 2018, s. 17-18.

³⁰ 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliğinin 6. Maddesi “*Dilekçede arama maksadı açıkça belirtilir ve define aranacak yerin il, ilçe, bucak, köy, mahâlle, sokak ve ev numarası bildirilir. Ayrıca bu yerin ekili, dikili, meskûn, gayrimeskun, tapulu ve tapusuz olup olmadığı ve kime ait bulunduğu açıklanır*”, şeklindeydi.

mezarlıklarda define aranmak isteniyorsa başvuruyu reddedecektir. Eğer define aranmak istenen alan bu yerler dışında ise bu durumda Define Arama Yönetmeliği 7. maddesinde yazan müracaat dosyasının oluşturması ilgiliden istenecektir. Başvuranın Define Arama Yönetmeliği m. 6/1 kapsamında verdiği dilekçesinden define aranmak istenen yerin KTVKK m. 6 kapsamında kalan yerler olup olmadığı anlaşılmazsa Müze Müdürlüğü ilgiliden dilekçesini revize etmesini isteyebileceği gibi kanaatimizce dilekçede yer alan hususların eksik olmasından dolayı başvuruyu reddedebilecektir. Zira m. 6/1'in ifadesi açıktır ve dilekçede yer alması gereken hususların dilekçede bulunması zorunludur.

3. Define Arama Müracaat Dosyası

Define Arama Yönetmeliği m.6/2 kapsamında Müze Müdürlüğü tarafından yapılan değerlendirme neticesinde ilgiliden Define Arama Yönetmeliği 7. maddede yer alan belgeleri içeren müracaat dosyasını sunması istenecektir.

Yönetmeliğin 7. maddesinde, 21.07.2020 değişikliğinden önce istenen belgeler dört bent hâlinde sayılmıştı³¹. Bu tarihten sonra ilgili maddeye üç bent daha eklenmiş ve istenen belgelerin sayısı artmıştır. 7. maddeye ilgili tarihten sonra eklenen hükümler şu şekildedir:

“...d) Define araması yapılacak sahada yer altı ve yer üstü hizmetlerine yönelik sakınca bulunmadığına dair yetkili kurumlardan alınan onay yazısı,

e) Define aranacak yer, yerleşim alanı içerisinde veya yakınında ise çevre yapılar açısından arama yapılmasında sakınca bulunmadığına dair yetkili kurumlardan alınan onay yazısı,

f) 25/11/2014 tarihli ve 29186 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Ek-2 listesinin 57. maddesi gereğince hazırlanan çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporu”.

İlgili hükümlere baktığımız zaman dilekçede define aranmak istenen yerin kazılmasının olası sakıncalarının çeşitli açılardan önceden tespit edilmesinin istendiğini görmekteyiz. Bu hükümler dipsiz göl vakasının Define Arama Yönetmeliğine etkisini gösteren hükümlerdir. Zira yukarıda izah ettiğimiz üzere dipsiz gölde define aranması izinli bir şekilde yapılmasına rağmen doğayı tahrip etmiş ve büyük tepki almıştı. Tekrar böyle bir olayın yaşanmaması adına yapılacak kazı işleminin ne gibi sonuçlara yol açacağına önceden tespit edilmesi ve bunun resmî kurumlardan alınan yazı ile belgelenmesi istenmektedir. Bu üç

³¹ 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliği 7. maddesi “Müracaat dilekçesine ;a) Define aranacak sahanın yetkili teknik elemana çizdirilmiş, İl Bayındırlık Müdürlüğüne tasdikli, 1/500ölçekli tesviye münhanili haritası veya krokisi, b) Krokisi çıkarılamayacak ev ve bunun gibi yerler için ise ada, parsel ve çap numarasını belirten vaziyet planı, c)Uzaktan ve yakından olmak üzere çeşitli yönlerden çekilmiş net fotoğrafları, d) Define aranacak yer sahipli ise, gerçek kişilerden noterden tasdikli muvafakat name, tüzelkişilerden de yetkili organlarından alınacak muvafakat yazısı, eklenir” şeklindeydi.



fıkra açısından yetkili kurum şüphesiz Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın il ve ilçelerde yer alan kurumlarıdır.

Üzerinde ayrıca durmak istediğimiz konu Çevre Etki Değerlendirmesi (ÇED) raporudur. Define Arama Yönetmeliği m.7/f bendi uyarınca define arama müracaat dosyasına ÇED raporu eklenmesi zorunlu hâle gelmiştir. Peki define arama işlemi yapılması planlanan tüm yerler açısından bu geçerli olacak mıdır? Kendi arazisinde veya üçüncü bir kişinin arazisinde define aramak için de ÇED raporu alınması zorunluluğu var mıdır? Yönetmelik hükmünden kamuya ait alanlar ile şahsa ait alanlar ayrımı yapılmadığını, ÇED raporunun her durumda dosyaya eklenmesi gerektiğini anlamaktayız.

Çevresel etki değerlendirmesi, herhangi bir faaliyet ile ilgili karar veren makamların, o faaliyetten doğacak çevresel etkileri karar aşamasından önce tespit etmek suretiyle, daha sağlıklı karar almasına yardımcı olmaktadır³². ÇED'in amacı; yapılmak istenen faaliyetin olumlu veya olumsuz sonuçlarını önceden tespit edip bu konuda gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak yahut yapılmak istenen faaliyetin çevreye etkisi kabul edilemez boyutlarda ise bu faaliyetin yapılmasını önlemektir³³.

ÇED Yönetmeliği'nin 15. Maddesine göre, Ek-2 listesinde yer alan projeler³⁴ “seçme eleme kriterine” tabidir (m.15/1-a). Bu projeler için kapsamlı bir ÇED çalışması yapılmasına gerek olup olmadığı, projenin ölçüğü dışındaki özelliklerine ve projenin etkileyeceği çevrenin özelliklerine bağlanmıştır³⁵. ÇED'in gerekli olup olmadığına karar vermeye yetkili makam ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır (ÇED Yönetmeliği m.17).

4. Define Aranacak Alan

Define Arama Yönetmeliğinde define aranacak alan ile ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Yönetmeliğin 8. maddesine göre define aranacak alan, en fazla yüz metrekare ile sınırlandırılmıştı³⁶. Bu tarihten sonra yapılan değişiklik ile Define arama izni verilebilecek alan daha da daraltılmış ve elli metre kare olarak belirlenmiştir.

³² Ahmet M Güneş, *Çevre Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 177.

³³ Güneş, s. 177-178; Türk Hukukunda ÇED sürecine ilişkin detaylı bilgi almak açısından bkz. Güneş, s. 200-2013; Canan Karakaş Ulusoy, “Çevresel Etki Değerlendirme Sürecinde Çevre – Ekonomi İlişimi”, Kent ve Çevre Araştırmaları Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Aralık 2019, s. 67-75; Süheyla Suzan Alica, “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, Sa. 3, s. 99-104.

³⁴ ÇED Yönetmeliği Ek-2 Listesi, Seçme Eleme Usulü Uygulanacak Projeler, 57. Define Arama İşlemi. Bkz. Yukarıda başlık A. Çevre Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği.

³⁵ Alica, s. 107, dn. 29.

³⁶ 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliği 8. Madde “Define aranacak yer 100 m² yi geçemez. Bu yer verilecek fotoğraflarla harita veya krokiler üzerinde işaretlenir” şeklinde düzenlenmişti.

Define Arama Yönetmeliği 8. maddeye önceki düzenlemede yer almayan iki farklı şart daha eklenmiştir. İlki define aranacak yerin derinliğine ilişkindir. Buna göre; define aranacak yerin genişliği en fazla elli metrekare olurken derinliği ise on metreyi geçemeyecektir. İkinci şart ise define arama alanının türüne ilişkindir. Buna göre; su altında define arama işlemi yapılamayacaktır.

Su altında define arama izni almak için yapılan başvurular reddedilecek, dolayısıyla deniz, göl, akarsu, su birikintisi vb. her türlü su altı alanında define arama izni ruhsatnamesi artık düzenlenemeyecektir. Dipsiz gölde define aranmasının Define Arama Yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına neden olduğunun en önemli kanıtlarından biri de bu ibaredir. Zira dipsiz göldeki su boşaltılmış ve define arama işlemi gölün boşaltılmasından sonra tabanda yapılmıştır.

Define Arama Yönetmeliğinin 9. maddesi ise birkaç kelime değişikliği dışında eski hâlini muhafaza etmektedir. İlgili maddeye göre “*Mülki amir, define aranacak yerin 2863 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen yerler ile sit alanları ve mezarlıklar arasında olup olmadığını, define aranmasında sakınca bulunup bulunmadığını en yakın müze müdürlüğüne tespit ettirir*”. Esasen Yönetmelik sistematik olarak bu maddeyi burada ele alarak hata etmiştir. Zira madde 7’de belirtilen müracaat dosyasının oluşturulması istenmeden evvel mülki amir, define aranmak istenen yerin KTVKK ile tespit ve tescil edilen yerler ile mezarlıklar arasında olmadığını en yakın Müze Müdürlüğüne tespit ettirmelidir. Define Arama Yönetmeliğinin 9. Maddesinin yönetmelik içindeki yeri sanki mülki amir tarafından dosya oluştuktan sonra Müze Müdürlüğünden görüş alınacağı şeklinde anlaşılmasına yol açmaktadır. Keza Define Arama Yönetmeliğinin 6. maddesine 2. Fıkra olarak “*Müze müdürlüğüne başvuruya konu alanın 2863 sayılı Kanun kapsamında tespit ve tescil edilen alanlar ve mezarlıklar arasında olmadığına karar verilmesi durumunda, başvuru sahibinden 7. maddede belirtilen belgeler istenir*” ibaresi eklenmiştir. Oysa 9. maddeden evvel böyle bir düzenleme zaten varken 9. maddede hemen aynı düzenlemenin tekrar yer alması, Yönetmeliğin sistematığına uygun bulunmamaktadır. Kanaatimizce Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrası varken 9. maddeye gerek bulunmamaktadır. Zira Define Arama Yönetmeliği m.5 ve m. 6/1 kapsamında başvuru dilekçesini alan mülki amir, bu dilekçede açıkça tespit edilen yerin 2863 sayılı KTVKK’nda tespit ve tescil edilen yerler ile mezarlıklar arasında yer alıp almadığını en yakın Müze Müdürlüğünden Yönetmelik m. 6/2 kapsamında zaten soracaktır. Eğer define aranacak yer belirtilen bu alanlar içerisinde ise m. 7’de düzenlenen başvuru dosyasının oluşturulmasına gerek kalmaksızın ilgilinin başvurusu reddedilecektir. Ancak define aranmak istenen alan Yönetmelik m.6/f.2’de düzenlenen alanlardan değilse bu durumda ilgiliden, Yönetmeliğin 7. maddesine göre başvuru dosyası oluşturması istenecektir.



Sonuç olarak, Define Arama Yönetmeliği'nin 9. maddesinin içerik olarak aynı Yönetmeliğin m. 6/f.2 hükmünün tekrarı niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Bu maddenin Yönetmelikten çıkarılması ya da madde 6'nın 2. fıkrasının revize edilerek 9. maddede yer alan hükmün madde 7'den önce gelecek şekilde düzenlenmesinin isabetli olacaktır. Örneğin, şöyle bir düzenleme uygun olabilir; *“Başvuru dilekçesini alan mülki amir; dilekçede belirtilen define aranmak istenen alanın 2863 sayılı Kanun kapsamında tespit ve tescil edilen yerler ile mezarlıklar arasında kalıp kalmadığını, define aranmak istenen alana en yakın olan Müze Müdürlüğüne tespit ettirir. Yapılan tespit neticesinde define aranmak istenen alan belirtilen yerlerde değilse 7. maddeye göre müracaat dosyasını hazırlaması ilgiliden istenir”*.

5. Ruhsatname Verilmesi

Define arama ruhsatnamesi Define Arama Yönetmeliği'nin 10. maddesinde önceki düzenlemenin³⁷ aksine detaylı bir şekilde ele alınmıştır. 10. maddenin 1. fıkrasına göre define arama ruhsatı verilmesi önceki düzenlemede yer almayan şekilde *“Valiliğin uygun bulmasına”* bağlanmıştır. İlgili düzenleme *“Müze müdürlüğüne, 6 ncı, 7 nci ve 9 uncu maddeler kapsamında hazırlanan bilgi ve belgeler valilik makamına sunulur. Valilikçe yapılan değerlendirme neticesinde müracaatın uygun bulunması durumunda, müze müdürlüğüne hazırlanan ruhsat, define araması yapılacak ilin valisi tarafından imzalanır”* şeklindedir. Hükümden anlaşıldığı üzere, define arama ruhsatı *“valiliğin ruhsatname verilmesi uygundur”* görüşünden sonra Müze Müdürlüğü tarafından düzenlenecek ve ruhsatname son olarak valilik tarafından imzalanacaktır.

Önceki düzenlemede valilik tarafından uygun bulunma ve valiliğin ruhsatnamede imzasının olması şartı aranmamakta, müze müdürlüğüne değerlendirme yapıp ruhsatname düzenleneceği ifade edilmekteydi. Değişikliğe uğrayan yeni düzenlemede valiliğin değerlendirme yapacağı düzenlenmekle birlikte, valilik makamında ne tür bir değerlendirme yapılacağı ve bu değerlendirmeyi kimlerin ne şekilde hangi usulle yapacağı belirsizdir. Kanaatimizce burada yapılan valilik değerlendirmesi şekli nitelikte olacaktır. Zira alanında uzman kişilerce Yönetmeliğin 6., 7., ve 9. maddelerine uygun olarak hazırlanan müracaat dosyası valilikçe içerik olarak değil, bilgi ve belgelerin bu maddelere göre uygun bir biçimde hazırlanıp hazırlanmadığını şekli biçimde değerlendirilecektir.

³⁷ 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliği 10. madde *“Müze Müdürlüğüne, müracaat uygun bulunduğu takdirde define arama ruhsatı verilir. Ruhsatname bir yıl sürelidir. Define araması aralıksız en çok bir aya devam eder. Hava muhâlefeti veya tabii afetlerden dolayı bu süre içinde bitirilemezse bir defaya mahsus olmak üzere mülki amirce en çok bir ay daha uzatılabilir”* şeklinde düzenlenmişti.

Hazırlanan müracaat dosyasının hem valilikçe ön kontrolden geçmesi hem de yine valilik tarafından imzalanma şartının getirilmesi ile Kanun koyucunun define arama izni alma işlemini zor şartlara ve uzun bir prosedüre bağladığı görülmektedir. Bu Yönetmeliğin en temel amacı ve hedefi büyük oranda yasadışı define arayıcılığının önüne geçmektir³⁸. Define arama izni alınmasının bu kadar zor şartlara bağlanması ve uzun prosedürlerin uygulanacak olması, define aramak isteyen kimseleri yasal olmayan yollarla define aramaya itebilme riskine yol açabilir.

21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce, define arama ruhsatnamesinin bir yıl süre ile verilebileceği düzenlenmekteydi. Artık Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ruhsatname “verildiği yıl için” geçerli olacaktır. İlgili hükme göre “*Ruhsatname sahipleri, 492 sayılı Kanun gereğince define araştırmaları için verilecek ruhsatnameler harcının ödendiğine dair belgeyi ilgili müze müdürlüğüne ibraz eder. Ruhsatname verildiği yıl için geçerlidir*”. Örneğin 2021 yılının haziran ayında yapılan başvuru neticesinde aynı yılın Kasım ayında ruhsatname düzenlenmesi hâlinde bu ruhsatnamenin geçerlilik süresi 31 Aralık 2021’de dolacaktır. Artık bu tarihten sonra verilen ruhsatnameye dayanılarak define arama işlemi yapılamayacaktır.

Önceki düzenlemede yer almayan yeni bir hüküm, 10. madde ’ye eklenmiştir. Gerçi Yönetmelikte böyle bir düzenleme olmasa da uygulamada Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın ilgili birimlere gönderdiği yazıya istinaden hâlihazırda uygulama bu şekilde yapılmaktaydı³⁹. Bu nedenle, uygulamada yer alan bir durumun Yönetmeliğe eklenmesi yerinde olmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Define aramak isteyenlere aynı süre içinde birden fazla yerde arama izni verilemez. Daha önce define araması yapılmış alanlar için yeni bir başvuru yapılamaz. Define arama izni başkalarına devredilemez. Bu iş için bir başkası tevkil olunamaz*” (Define Ar.Yön. m. 10/4). Bu hükümden anlamamız gerekenleri maddeler hâlinde sıralayacak olursak;

- a. Bir kimseye aynı sürede yalnızca tek bir yerde define arama izni verilebilir,
- b. Daha önce define aranan alanda aynı veya farklı kişiler tarafından tekrar define arama izni alınması için başvuru yapılamaz,
- c. Define arama ruhsatnamesi şahsidir, devredilemez.

³⁸ Kuşçu, s. 1115-1116.

³⁹ Daha önceki çalışmamızda, Kültür ve Turizm Bakanlığı ilgili birimine gönderdiğimiz maile cevaben tarafımıza; “*Define kazılarının yılı içerisinde sürekli hâle dönüştürülmemesi ve bu konuda yaşanabilecek suistimallerin önüne geçilebilmek amacıyla; hava muhâfesi yaşanmadığı hâllerde ve süresi içinde ara verilmeden bitirilen define kazılarında, ruhsat sahibinin “sonuca ulaşamadığı” düşüncesiyle aynı yerde 2. kez define kazısı yapamayacağı hususu 18.01.2012 tarih ve 13502 sayılı dağıtım yazımız ekinde yer alan 16.01.2012 tarih ve 11313 sayılı Bakan Onayı ile uygun görülmüştür*” şeklinde bilgi verilmiştir. Bkz. Kuşçu s. 1124, dn. 153.



6. Define Arama Sırasında Hazır Bulunacak Kişiler, Masraflar,

Define araması, define aranacak yere en yakın müzeden görevlendirilecek iki ihtisas elemanı ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığının kolluk hizmeti yürütmekle görevli mahalli birer temsilcisi gözetiminde yapılır (Define Ar.Yön m. 11)⁴⁰. Yönetmeliğin 11. maddesinde önceki düzenlemeden farklı olarak define arama işlemi sırasında Çevre ve Şehircilik Bakanlığından da bir temsilcinin olacağı düzenlenmiştir.

Define Arama Yönetmeliğinin 12. maddesinde masraflara ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. 11. maddede yapılan değişiklikten dolayı Çevre ve Şehircilik Bakanlığından gelecek temsilciye ilişkin madde metnine eklemeye yapılmıştır. Define Arama Yönetmeliğinin 12. maddesine göre; “*Define aranacak yeri incelemeye gidecek en az iki kişiden oluşan müze ihtisas elemanı ve aramada bulunacak ihtisas elemanları ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı temsilcilerinin yol masrafı ve birinci derece devlet memuru harcırahi üzerinden yevmiyeleri define arayıcısı tarafından ödenir. Bu yevmiyeler günlük zorunlu giderleri karşılamadığı takdirde, aradaki fark yevmiyelerin yüzde ellisini geçmemek şartıyla define arayıcısı tarafından ayrıca ödenir*”.

Define Arama Yönetmeliği'nin 13. ve 14. maddesi tek madde altında, 13. madde olarak birleştirilmiş ve Yönetmeliğin 14. maddesi değişiklik ile ilga edilmiştir⁴¹. Görüldüğü üzere aslında 14. madde hükmü ortadan kaldırılmamış, bir önceki madde altında aynı şekilde muhafaza edilmiştir. Son hâli ile Define Arama Yönetmeliği'nin 13. maddesi “*Define aramasından doğacak zarar ziyan ve kazı yapılan yerin eski hâline getirilmesi ile ilgili masraflardan, define aranacak sahada, on beş günlük define arama süresi dikkate alınarak çevre sakinlerinin can ve mal güvenliğini sağlayıcı tedbirlerin alınmasından ve doğabilecek tüm zararın karşılanmasından define arayıcısı sorumludur. Bu masrafların tahmini tutarı ilgili müze müdürlüğüne tespit edilir. Tespit edilen bu tutara 492 sayılı Kanunun ekinde yer alan (8) sayılı tarifenin “VI- Meslek erbabına verilecek tezkere, vesika ve ruhsatnamelerden alınacak harçlar” başlıklı kısmının 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince her yıl belirlenen define araştırmaları için verilecek ruhsatnameler harcının yüz katı teminat bedeli eklenir.*”

⁴⁰ Değişiklikten önce Define Arama Yönetmeliği 11. maddesi “*Define araması, define aranacak yere en yakın müzeden görevlendirilecek ihtisas elemanı başkanlığında, Maliye ve Gümrük ve İçişleri Bakanlıklarının mahalli birer temsilcisi gözetiminde yapılır*” şeklindeydi.

⁴¹ Mülga 14. madde şu şekildedir: “*Define arama yerini incelemeye gidecek müze ihtisas elemanlarının harcırahi önceden 12. ve 13. maddelerde yazılı diğer harcamalar ise arama başlamadan önce arayıcı tarafından bir devlet bankasına müze müdürlüğü adına yatırılır. Müze müdürü aramadan önce görevlilere avans öder. Hizmetin yerine getirilmesinden sonra görevlilere verecek hakkeş belgelerine göre kesen hesap yapılır. Artan para aracıyla teslim edilir*”.

Define arama yerini incelemeye gidecek müze ihtisas elemanlarının harcırahı incelemeden önce, 1. ve 12. madde gereği hesaplanan tutar ise arama başlamadan önce define arayıcısı tarafından bir kamu bankasına ilgili müze müdürlüğü adına yatırılır.

Müze müdürü aramadan önce görevlilere avans öder.

Hizmetin yerine getirilmesinden sonra görevlilerin verecekleri hakkeş belgelerine göre kesin hesap yapılır. Artan para define arayıcısına iade edilir” şeklinde düzenlenmiştir.

13. maddeye 21.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikle önceki metinde yer almayan, “aramadan önce çevre sakinlerinin can ve mal güvenliğine ilişkin tedbirlerin de define arayıcısı tarafından alınacağı” hükmü eklenmiştir.

Yönetmeliğin 15. maddesinde arama işlemi sırasında günü gününe tutanak tutulacağı ve bu tutanağın arama sırasında bulunan kişiler tarafından imzalanacağı ve Bakanlığa gönderileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme herhangi bir değişiklik içermemektedir.

7. Define Arama İşleminin Sonlanması

Define Arama Yönetmeliğinin 16. maddesine göre, define aramasının mevzuat hükümlerine göre ilgililerce durdurulması hâlinde arayıcı hiçbir hak, zarar ve ziyan talebinde bulunamaz. Define aramalarında kültür ve tabiat varlığı bulunduğu takdirde arama derhâl durdurulur ve durum Bakanlığa bildirilir. Arayıcı bulunan kültür ve tabiat varlıkları üzerinde hiçbir hak iddia edemez. Yönetmeliğin bu hükmü herhangi bir değişiklik içermeyen aynen muhafaza edilmiştir.

Define Arama Yönetmeliği'nin 17. ve 18. maddesi, define arama işlemi neticesinde define bulunması hâlinde yapılacaklara ilişkindir. 17. maddeye göre; “define aramasında çıkan buluntular Bakanlıkça tayin edilecek en az üç kişilik bir uzman heyetine incelettirilir. Elde edilecek buluntular kültür ve tabiat varlığı ise müzelere, define ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca Hazine ve Maliye Bakanlığına teslim edilir”. Önceki düzenlemeden farklı olarak, buluntu “define” ise doğrudan Hazine ve Maliye Bakanlığına verilmeyecek, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı aracılığıyla teslim edilecektir. 18. maddeye göre ise; “Bulunan definenin Hazine ve Maliye Bakanlığınca geçer akçe olarak değeri tespit edilir. Define Hazineye ait arazide bulunmuşsa yüzde ellisi define arayıcısına; özel veya tüzel kişilere ait arazide bulunmuşsa yüzde kırkı define arayıcısına, yüzde onu ise mülk sahibine verilir”. İlgili maddede Hazine ve Maliye Bakanlığının isminin güncellenmesi dışında bir değişiklik bulunmamaktadır.



SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Gümüşhane ili Dumanlı köyü sınırlarında kalan ve “dipsiz göl” diye tabir edilen su birikintisinin dibinde define aramak isteyen iki kişi, bunun için yetkili makamlardan define arama ruhsatnamesi alarak, arama işlemini yetkili makamlar nezdinde gerçekleştirmişlerdir. Arama çalışmaları kapsamında gölün suyu boşaltılmış ve dipte arama işlemi yapılmıştır. Suyun takviye edilmesinden doğan boşluk önce toprak ile doldurulmuş, daha sonra gelen tepkiler üzerine su takviye edilerek eski hâle getirilmeye çalışılmıştır.

Dipsiz gölde yaşanan define arama işlemi, izinli şekilde yapılan define arama işlemine kötü bir örnek teşkil etmiştir. Bu bağlamda olay kamuoyunun dikkatini çekmiş ve Gümüşhane valiliği tarafından peş peşe açıklamalar yapılmıştır. Bu sürecin sonucunda, Define Arama Yönetmeliğinde 21.07.2020 tarihinde önemli değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Bu çalışma kapsamında esasen bu değişikliklere değinmeye ve eski hükümler ile kıyas yapma yolu ile açıklamalarda bulunmaya çalıştık.

Define Arama Yönetmeliğinde önceden definenin tanımına yer verilmemekteydi. Hatta KTVKK da bu konuda bir tanım içermemektedir. Değişiklikler kapsamında “tanımlar” başlığı altında Yönetmelikte definenin tanımına yer verilmiştir. Diğer önemli bir düzenleme de define arayacak kişilerin “Türk Vatandaşı olan gerçek kişiler” olarak sınırlandırılmasıdır.

Define arama izni verilmesinin genel olarak daha zor şartlara bağlandığını görmekteyiz. Define Arama Yönetmeliğinin 7. maddesine eklenen hükme göre, *Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Ek-2 listesinin 57. maddesi gereğince hazırlanan çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporunun da müracaat dosyasına eklenmesi gerekmektedir.* Her ne kadar EK-2 listesinde yer alan hususlarda *ÇED'in gerekli olup olmadığına* Bakanlıkça yapılan ön inceleme sonucunda karar verilecek olsa da ÇED değerlendirme için her hâlde ayrıca bir prosedüre ihtiyaç duyulması, define arama izni başvurularının sayısını azaltacaktır. Kanaatimizce bu durum, yasal olmayan yollardan define arayıcılığının sayısının artmasına sebebiyet verebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekirse, Define Arama Yönetmeliğinde açıklanan değişiklikler yapılmasa dahi, var olan eski düzenleme ile dipsiz göl benzeri vakıaların yaşanmasının önüne geçilebilirdi. Yönetmelikte sayılan yukarıda bahsi geçen şartların yanında, Mülki amirin detaylı şekilde araştırma yapması gerektiği, define aranmasında sakınca bulunup bulunmadığının Müze Müdürlüklerine sorulması zorunluluğu zaten Yönetmeliğin 9. maddesinde yer almaktaydı. Define arama işleminin çevreye ve doğaya vereceği tahribatın önceden *öngörülmesi ve define aranmasında sakınca bulunduğu*ndan bahisle define arama izni başvurusunun reddedilmesi gerekirdi. Görüldüğü üzere dipsiz gölde yaşananlar, *Yönetmelik hükümlerinin eksikliğinden değil, mevcut*

düzenlemenin uygulanmasında yaşanan sorunlardan kaynaklanmaktadır. Alanında uzman ve yeterlilik sahibi uygulayıcıların bulunmaması hâlinde mevzuat değişiklikleri doğayı, çevreyi ve tarihi değerlerimizi koruma konusunda yeterli olmayacaktır. Motesquie'nin gayet isabetle belirttiği üzere, hukuki metinler sihirli değnekler değildir: En iyi hukuksal metinler kötü uygulayıcılar elinde kötü, en kötü hukuksal metinler ise iyi uygulayıcılar elinde iyi sonuçlar verebilir.

KAYNAKLAR

Akipek, JG ve Akıntürk T, *Eşya Hukuku*, (Beta, İstanbul, 2009)

Alica SS 'Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi', (2011) 15(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 97-130.

Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku*, (Beta, 24. Baskı, İstanbul, 2018).

Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, (Seçkin, 6. Baskı, Ankara, 2016).

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku*, (Savaş, 5. Baskı, Ankara, 2020).

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (Beta, 5. Baskı, İstanbul, 2018).

Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, (Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2012).

Ersöz, A. Kürşat: *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür Varlıklarının Korunması*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Feyzioğlu FN, "Lükata ve Define", (1955), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 167-196.

Güneş MA, *Çevre Hukuku*, (Oniki Levha, İstanbul, 2015).

Kanadoğlu S, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, (Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2007).

Karakaş Ulusoy C, 'Çevresel Etki Değerlendirme Sürecinde Çevre – Ekonomi İkilemi', (2019) 1(1), Kent ve Çevre Araştırmaları Dergisi, 58-82.

Kurtoğlu S 'Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı', (1995) (6), Ankara Barosu Dergisi, 385-389.

Kuşcu D, 'Hukuki Olarak Define Arayıcılığı', (2019) 25(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 1093-1130.

Oğuzman, MK ve Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, (Filiz, 21. Baskı, İstanbul, 2018).

Özel S, ‘*Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti*’, (2018) 24(1), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 215-238. (Mülkiyet).

Özel S, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, (Alkım, İstanbul, 1998). (Uluslararası).

Öztürk Y, *Ceza Hükümleri Yönünden Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, (Yasa, İstanbul, 2000).

Serozan R, *Taşınır Eşya Hukuku*, (Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002).

Sirmen L, *Eşya Hukuku*, (Yetkin, 6. Baskı, Ankara, 2018).

Umar B ve Çilingiroğlu A, *Eski Eserler Hukuku*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:11, (Ankara, 1990).

İnternet Kaynakları

Jeomorfoloji Derneği basın duyurusu; <http://www.jd.org.tr/icerik/dipsiz-g%C3%B6l-hakk%C4%B1nda-bas%C4%B1n-duyurusu>, 19.11.2020.

Gümüşhane valiliği basın açıklaması, <http://www.gumushane.gov.tr/basin-aciklamasi2019-49> , 14.11.2019.

<https://www.karar.com/define-kazisi-icin-dipsiz-golu-susuz-gole-cevirdiler-1378561>

“Define” söylentisi çıktı; Dipsiz Göl’de su tahliye edildi, kazı başlatıldı”, 09. 11. 2019, <http://www.diken.com.tr/define-soylentisi-cikti-dipsiz-golun-suyuyasal-izinle-tahliye-edildi/>

“5 gündür define arama çalışması yapılıyordu... Dibi göründü!”, 11.09.2019, <https://www.hurriyet.com.tr/galeri-5-gundur-define-arama-calismasi-yapilyordu-dibi-gorundu-41371874/1>

“Yasal izinle gölü boşaltıp define aradılar”, 12.11.2019, https://www.ntv.com.tr/turkiye/yasal-izinle-golu-bosaltip-define-aradilar,ddyEqcjj_Uyxykrd8n_Hew.

“Valiliğin eski hâline getirildiğini açıkladığı ‘Dipsiz Göl’ yok edildi!”, 15.11.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/gundem/valiligin-eski-haline-getirildigini-acikladigi-dipsiz-gol-yok-oldu-5453466/>.

“İşte define kazısı yapılan ‘Dipsiz Göl’ün son hâli”, 15.11.2019, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/iste-define-kazisi-yapilan-dipsiz-golun-son-hali-41375105>.

“Dipsiz Göl yok oldu!”, 15.11.2019, <http://www.gazetevatan.com/dipsiz-gol-yok-oldu--1285224-gundem-galeri-haber/>.

Gümüşhane Valiliği tarafından yapılan basın açıklaması, 16.11.2019, <http://www.gumushane.gov.tr/basin-duyurusu001>.

Murat KURUM'UN yaptığı basın açıklaması, 22.11.2019, <https://www.csb.gov.tr/bakan-kurumdan-kadiralak-ve-dipsiz-gol-aciklamasi-bakanlik-faaliyetleri-29647>



ÇOCUĞUN SANAL CİNSEL İSTİSMARI*

Cyber Grooming

Neslihan CAN**

Öz

Çocuğun sanal cinsel istismarı, internet ve özellikle sosyal medya araçlarının yaygınlaşması ile birlikte büyük bir probleme dönüşmektedir. Çocukların sanal cinsel istismar teşkil eden fiillerden korunması için pek çok ülkede bu fiiller için cezai yaptırım öngörülmekte iken bu fiiller Türk hukukunda münhasır bir suç tipi olarak değerlendirilmemektedir ve cinsel taciz veya müstehcenlik suçu bünyesinde ele alınmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda davranışın bedensel temas içerip içermemesi, temel bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Haksızlığın ağırlığını belirlemedeki bu bedensel temas ölçütü, bugünün teknolojisi karşısında bazı hallerde yetersiz kalabilmektedir. Sanal ortamdaki davranışların bedensel temas içermeyen yapısı nedeniyle özellikle çocuklara yönelik sanal ortamda gerçekleştirilen davranışların hususi olarak ele alınması zorunludur. Bu konuda TCK'daki cinsel taciz (m 105) hükmü haksızlığın yoğunluğunu karşılayamamaktadır.

Bu çalışmanın amacı, sanal ortamda çocuğa yönelik cinsel istismarı hedefleyen birtakım davranışların mahiyetini tespit etmek, hangi aşamada faile yönelik ceza hukuku yoluyla müdahale edileceğini belirlemek ve Türk ceza hukukundaki olası kanun boşluklarına işaret etmektir. Zira çocuklara yönelik sanal ortamdaki cinsel dokunulmazlık ihlallerinde ceza hukuku, *prima ratio* karakteriyle karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada sosyal medya, oyun siteleri veya sair sanal platformlarda çocukla tanışılması ve çocuğun cinsel istismar edilmesine değin geçen manipülasyon süreci aşamalar halinde incelenmiştir. Ampirik çalışmalardan da yararlanarak belirli bir fail ve mağdur tipolojisinin mevcut olup olmadığı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: çocuğun sanal cinsel istismarı, sanal zorbalık, pedofili, çocuğun çevrimiçi güvenliği, Lanzarote Sözleşmesi.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.08.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022

* Yazar, çalışmanın hazırlanması sürecindeki teşvik ve katkıları için Dr. Öğretim Üyesi Rahime Erbaş'a teşekkürlerini sunar.

** Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, neslihan.can@erdogan.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6990-8274>



Abstract

Cyber grooming turns out to be a huge problem with respect to child abuse because the internet and social media devices become prevalent. In most states, cyber grooming acts are criminalized in order to protect the children from cyber grooming whereas according to the Turkish Criminal Code (TCC) cyber grooming is not exclusive type of crime, it is considered within sexual harassment or obscenity. In TCC it is accepted for crimes against sexual immunity whether a behaviour includes physical contact or not as a main criteria. However physical contact criteria in terms of determining the gravity of unjustness is not quite sufficient regarding to today's technology. It is indispensable that acts towards the child should be taken into account separately since the acts occur in cyberworld. In this regard sexual harassment in article 105 of TCC does not meet the gravity of unjustness of cyber grooming.

The aim of this study is to determine characteristics of grooming acts targeting sexual abuse against children in the cyberworld, at which point the perpetrator will be intervened through criminal law and point out the loophole in Turkish criminal law. Because criminal law steps in with its *prima ratio* character in case of violation of sexual immunity of the child in cyberworld. In this study, the manipulation process of meeting the child and sexual abuse of the child on social media, game sites or any other virtual platforms was examined in stages. Using empirical studies, it was discoursed whether a specific perpetrator and victim typology available or not.

Keywords: cyber grooming, cyberbullying, pedophilia, child safety online, Lanzarote Convention.

GİRİŞ

“Beni hiçbir şey yapmaya zorlamadı, benden rica etti, istedi ve ben ne istediye yaptım.”¹

Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayan 12 yaşındaki Justin, bir gece vakti internette vakit geçirirken bir kız çocuğu ile tanışır ve mesajlaşmaya başlar. Kızın kendisine çıplak fotoğrafını göndermesi üzerine 23.00'da başladıkları yazışmaya 3.00'a kadar devam ederler ve kız bir taksi ile gelip Justin'i evinin önünden alacağını söyler. Justin evinin önüne gelen taksiye biner, kız zannederek yazıştığı kişinin 34 yaşında bir adam olduğu anlaşılır ve ertesi gün Justin boğularak öldürülmüş halde bulunur². Söz konusu olay trajik olmanın yanı sıra sosyal medya başta olmak üzere gelişen bilişim ve teknoloji imkânlarının pedofili ve suça eğilimli kişilere potansiyel mağdurlarına birkaç saat gibi oldukça kısa bir zaman diliminde kolaylıkla ulaşmasını sağladığı

¹ İsrail'de internet bağlantılı çocuk istismarı suçlarına ilişkin tematik analiz yöntemi ile yapılan Soruşturma Mülakat Birimi'nin gerçekleştirdiği bir mülakatta mağdur çocuğun (Çocuk H) şüpheli hakkındaki ifadesidir. Bkz. Carmit Katz, 'Internet-related Child Sexual Abuse: What Children Tell Us in Their Testimonies' (2013) 35, Children and Youth Services Review, 1539.

² Lex Talamo, 'Kids Interact with Predators at Home – via Social Media' (Shreveport Times, 25 May 2017) <<https://www.shreveporttimes.com/story/news/investigations/2017/05/25/kids-interact-predators-home-via-social-media/101801508/>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

için dikkate değerdir. Zira günümüzde çocuğun cinsel dokunulmazlığı, vücut dokunulmazlığı ve yaşamı yalnızca fiziksel olarak değil, sanal olarak da tehlike altındadır. Ayrıca özellikle ergenlik çağında internet ve sosyal medya ile daha çok meşgul olan çocukların sanal cinsel istismara uğramaları halinde gelişimlerine ket vurulmaktadır. Cinsel istismara maruz kalan çocukların davranış problemleri, uyuşturucu madde kullanımı, intihar düşünceleri ile karşılaştığı bilinmektedir³. Sanal cinsel istismar fiillerine ilişkin ceza kanunlarında birtakım düzenlemeler yapılması, çocuğun sağlıklı bir şekilde cinsel ve ruhsal gelişiminin sağlanmasına ve korunmasına hizmet edebilecektir. Zira çocuklara yönelik sanal ortamdaki cinsel dokunulmazlık ihlallerinde ceza hukuku, *prima ratio*⁴ karakteriyle karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu suretle çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve maddi ve manevi bütünlüğü korunabilecektir, aksi halde çocuğa karşı sanal ortamda gerçekleşen fiiller caydırıcılıktan uzak müeyyide ile karşılanır ve çocuk korunaksız bırakılır. Bu nedenle Türk ceza hukukundaki bu tür fiillerle ilgili olası kanun boşluklarına işaret etmek amaçlanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında çocuktan anlaşılması gereken, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki manası ile 18 yaşın altındaki bireydir. Pek çok hukuk düzeninde çocukların cinsel ve psikolojik gelişimi nazara alınarak belirli düzeye kadar cinsel davranışlara rıza gösterebilecekleri kabul edilmişse de sanal ortamdaki cinsel istismar fiillerinin özel karakteri gereği çocuk kavramını belirlemede 18 yaş kriter olarak ele alınmıştır.

1. Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı Kavramı ve Kavramın Gelişimi

1.1. Kavram

Türkçe'de tam karşılığı bulunmayan *grooming*, çocuğun bir yetişkin tarafından istismar edilmek üzere hazırlandığı süreçtir⁵. Esas olarak *grooming*,

³ Peter J Fagan vd, 'Pedophilia' (2002) 288 (19) American Medical Association 2460.

⁴ Ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklere ağır ve sert müdahaleler gerçekleştirilmesi sebebiyle ceza hukukuna *ultima ratio* (son araç) olarak başvurulmaktadır. Ancak öyle bazı haller vardır ki devletin bir hak ve özgürlüğün gereklerini temin edebilmesi için ceza hukukunun ilk araç olarak fonksiyonunu icra etmesi gerekir. Örneğin *X and Y v. The Netherlands (Application no. 8978/80)* başvurusunda AIHM, "Bu, özel hayatın temel değerlerinin ve yönlerinin söz konusu olduğu bir davadır. Etkili caydırıcılık bu alanda vazgeçilmezdir ve bu ancak ceza hukuku hükümleri ile sağlanabilir." diyerek ceza hukukunun *prima ratio* karakterine atıf yapmıştır. Bkz. Françoise Tulkens, 'The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights', (2011) 9 (3) Journal of International Criminal Justice 584. Ceza hukuku araçlarının kullanılmaması veya müdahale etmesi gerekirken az müdahale etmesi halinde bunun faile adeta bağışlık sağladığına dair bkz. Rahime Erbaş, 'Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio?' iç Elettra Stradella, Giovanna Spanò (eds), *Gender Based Approaches to The Law And Juris Dictio In Europe* (Pisa University Press 2020) 222. Biz de çalışma boyunca çocuğun sanal cinsel istismarında devletlerin cezai hükümler sevk ederken ceza hukukunun *prima ratio* karakterini ön plana çıkarmaları gerektiğini vurgulamaktayız.

⁵ Helen C Whittle vd, 'Victims' Voices: The Impact of Online Grooming and Sexual Abuse' (2013) 1 (2), Universal Journal of Psychology 59.



çocuğun çekingenliğini azaltmak üzere onunla duygusal bir bağ kurmak amacıyla incelikli, uzun süreli, hesaplı, kontrollü ve planlı bir psikolojik manipülasyondur⁶. *Cyber grooming* ise özellikle sosyal medya başta olmak üzere elektronik iletişim araçları vasıtasıyla bir yetişkinin, güven üzerine bir ilişki kurarak şehevi bir yolla yaklaştığı çocuğun çekingenliğini azaltıp cinsellik konusunda ise merakını artırarak çocuğu kendisine alıştırmasıdır⁷. Çalışmamız kapsamında ise *cyber grooming* sözcüğünün karşılığı olarak çocuğun sanal cinsel istismarı kullanılacaktır⁸.

Çocuğun sanal cinsel istismarı tekrarlama, çocukta uyandırılan güvenin kötüye kullanılması ve mağdur-fail arasındaki özel ilişki olmak üzere üç temel bileşenden oluşmaktadır⁹. Sanal cinsel istismar, istismar edilen çocuk ile cinsel içerikli yazışma, çocuğun cinsel içerikli fotoğraf ya da video hazırlayıp göndermesini teşvik veya zorunlu olmamakla birlikte gerçek hayatta buluşma biçiminde olabilir¹⁰. Herhangi bir internet sitesi, oyun¹¹, uygulama, sosyal medya platformu yani bir başka kişiyle iletişim kurmaya olanak sağlayan tüm çevrimiçi platformlar sanal cinsel istismarın gerçekleşebileceği mecralardır¹².

Çocuğun sanal cinsel istismarı, sanal zorbalık (*cyberbullying*) ile sıklıkla karıştırılmaktadır. İnternetin çocuklara yönelik üç büyük tehdidi sanal zorbalık, sanal cinsel istismar ve çocuk pornografisidir¹³. Sanal zorbalık, bir kişi veya gruptan elektronik iletişim vasıtasıyla yapılan uzun süre boyunca tekrarlı olarak devam eden mağdurun karşı koyamadığı saldırgan ve kasıtlı fiildir¹⁴. Sanal

⁶ International Centre for Missing and Exploited Children, 'Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review', <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Online-Grooming-of-Children_FINAL_9-18-17.pdf> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

⁷ Victoria State Government, 'Online grooming', <<https://www.education.vic.gov.au/about/programs/bullystoppers/Pages/adviceonlinegrooming.aspx>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2020; Sebastian Wachs vd, 'Cybergrooming: Risk Factors, Coping Strategies and Associations with Cyberbullying' (2012) (24), *Psicothema* 628.

⁸ Bazı yazarlar tarafından *cyber grooming*'e Türkçe karşılık olarak *sanal uşaklaştırma* ifadesi uygun bulunmuşsa da biz Türk Ceza Hukuku terminolojisinde yeri olmadığı için bu ifadeyi tercih etmedik. *Sanal uşaklaştırma* için bkz. Oğuz Polat, *Çocuk Pornografisi*, (Nokta Kitap, İstanbul 2007) 33.

⁹ Wachs vd (n 7) 628.

¹⁰ Whittle vd (n 5) 59.

¹¹ Online oyun platformları yoluyla tanışma genellikle erkek çocuklara karşı gerçekleştirilen *grooming* fiilleridir. Oyun platformları failin erkek çocukların gözünde daha çok güvenilirlik kazanmasına olanak sağlamaktadır. Bkz. Stephen Webster vd, 'European Online Grooming Project-Final Report', <https://www.researchgate.net/publication/257941820_European_Online_Grooming_Project_-_Final_Report> Erişim Tarihi 4 Eylül 2020 9.

¹² Victoria State Government (n 7) 1.

¹³ Bükre Çıkman vd, 'Adı: Meraklı, Soyadı: Çocuk, Durum: Çevrimiçi, Sonuç: Grooming, İnternette Çocuk İstismarı' (2017) 15 (3) *Güncel Pediatri Dergisi*, 89.

¹⁴ Peter K Smith vd, 'Cyberbullying: Its Nature and Impact In Secondary School Pupils' (2008) (49) *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 376.

cinsel istismarın sanal zorbalıkla benzer yönleri bulunmaktadır. Her ikisinin de sanal ortamda gerçekleşmesi ve fiillerin tekrarlayan mahiyetlerinin olması bu benzerliklerdendir. Sanal zorbalığa maruz kalan çocuklar akranları arasında dışlandıklarından daha kırılğan bir hal almaktadırlar ve günlük problemlerini paylaşacak bir kimseye ihtiyaçları daha da artmaktadır. Bu durumda da güven temeli ile başlayan sanal cinsel istismar fiillerinin hedefi haline gelmeleri daha da kolay olmaktadır¹⁵.

1.2. Kavramın Uluslararası Düzenlemelere Konu Olması

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m 34'e göre akit devletler çocukları her türlü cinsel sömürü ve istismara karşı korumakla yükümlüdür ve devletler çocuğun hukuka aykırı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını önlemek amacıyla gerekli önlemleri almalıdırlar¹⁶. Bu önlemler kanunlar, politikalar, etkili uygulama yöntemleri, kaynak aktarımı, eğitim yoluyla zihin dönüşümü ve sosyalleşme biçiminde olabilmektedir¹⁷. 2008 tarihli *Rio Deklarasyonu*, internet ve yeni teknolojilerden yararlanılarak çocuğa yönelik sanal istismar fiillerinin önlenmesi ve bunlara son verilmesi için devletleri belirli adımlar atmaya davet etmiştir¹⁸. Avrupa Konseyi düzeyinde ise 2010 yılında yürürlüğe giren Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (*Lanzarote Sözleşmesi*)¹⁹ açıkça çocuğun sanal cinsel istismarı suçuna yer vermemişse de Sözleşme'nin 23. maddesinden sanal cinsel istismar teşkil eden fiillerin cezalandırılmasını istediği anlaşılmaktadır. Çocukların cinsel amaçlar için teşviki (*solicitation of children for sexual purposes*)²⁰ başlıklı 21. maddeye göre taraf devletlerin, bir yetişkinin cinselliğe rıza gösterme yaşının altında bir çocuğa karşı bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla, m 18/1-a veya m 18/2-a'da belirtilen suçları işlemek amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını cezalandırma

¹⁵ Wachs vd (n 7) 629.

¹⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 34/a.

¹⁷ Vitit Muntarbhorn, 'Article 34 Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children' iç André Alen vd (Eds) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Nijhoff Publishers 2007) 4.

¹⁸ UNICEF, 'Child Safety Online Global Challenges and Strategies', <https://www.unicef.org/protection/files/Child_Safety_online_-_Global_challenges_and_strategies_FINAL_1Dec.pdf> Erişim Tarihi 7 Eylül 2020 10.

¹⁹ Sözleşme 25.10.2007 tarihinde Lanzarote'da imzaya açılmış 01.07.2010 yılında ise yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 25.10.2007 tarihinde imzalamış ve 01.04.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İrlanda hariç tüm Avrupa Konseyi üyesi devletler Sözleşme'yi iç hukuklarına dahil etmiştir.

²⁰ Sözleşme'ye dair bilgilendirme amacı ile hazırlanan web broşüründe bu suç, "sanal ayartma" olarak çevrilmiştir. Bkz. 'Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Web Broşürü', <<https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2020.



yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak madde metni uyarınca bu teklifin ardından failin buluşmaya yönelik somut fiilinin bulunması gerekmektedir. Belirtelim ki *Lanzarote Sözleşmesi*, çocuğun sanal cinsel istismarı fiilini –bu ad altında olmasa da- taraf devletlere suç olarak düzenleme zorunluluğu getiren ilk uluslararası antlaşmadır²¹. Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu ise madde metnini açıklarken *grooming* kavramını kullanmıştır ve *chat* ya da oyun odaları gibi sanal ortamda başlayan ve çocukların yetişkinler tarafından cinsel olarak zarar görmesine yol açan buluşma şeklindeki endişe verici ve güncel olan bu mefhumun Sözleşme'ye de yansıtılmasını elzem olarak nitelendirmiştir²².

Açıklayıcı Rapor *grooming* fiilini, çocuğun cinsel haz alma saiki ile kullanılması ve cinsel istismara hazırlanması olarak tanımlamıştır²³. Ancak Raporda *Lanzarote Komitesi* yalnızca çocukla cinsel içerikli mesajlaşmayı cinsel istismara hazırlığın bir parçası da olsa failin ceza sorumluluğunun doğması için yeterli görmemiştir²⁴. Bu nedenle de yetişkinin m 18/2 uyarınca cinselliğe rıza gösterme yaşı altındaki bir çocuğa karşı m 18/1-a veya m 18/2-a'da belirtilen suçları işlemek amacıyla bir buluşma teklif etmesi aranmıştır. Ayrıca belirtilen bu amacın cezai sorumluluk doğmadan önce bulunması gerekmektedir²⁵. Madde, elektronik olmayan iletişim yöntemleri ve fiziksel cinsel istismarı hariç tutarak yalnızca bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla gerçekleştirilen sanal cinsel istismar fiillerini cezalandırmayı öngörmektedir. Açıklayıcı Rapor bu durumu, teknoloji kullanımının gözetimi zorlaştırması nedeniyle Sözleşme'nin tehlikeli olan bu hale odaklanmak istemesi olarak açıklamıştır²⁶. Sözleşme'ye göre suç ancak failin buluşma yerine gitmesi gibi buluşmak için somut bir fiilin bulunması halinde tamamlanmaktadır²⁷.

Avrupa Birliği düzeyinde de çocuğun cinsel amaçlar için teşvikini önlemek amacıyla 2011/93 sayılı Direktif ihdas edilmiştir. Direktif büyük oranda *Lanzarote Sözleşmesi* ile aynı doğrultudadır²⁸. Her iki düzenlemede de çocuk

²¹ Avrupa Konseyi, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, m. 155, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3832>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2020.

²² ibid.

²³ ibid m 156.

²⁴ ibid m 157.

²⁵ ibid m 158.

²⁶ ibid m 159.

²⁷ ibid m 160.

²⁸ Leontien M van der Knaap ve Colette MKC Cuijpers, 'Regulating Online Sexual Solicitation: Towards Evidence-Based Policy and Regulation' iç Simone van der Hof vd (eds), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety* (Springer 2014) 268; Direktif, 2004/68/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararın teknolojik gelişmelere cevap verecek boyutta olmaması, sınırdışı boyutta suçlarla mücadele edilebilmesi ve *Lanzarote Sözleşmesi* ile uyumlu olabilmek için ihdas edilmiştir. Bkz Gülşah Bostancı Bozbayındır, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku* (Adalet, Ankara 2019) 282.

18 yaşın altındaki birey olarak tanımlanmaktadır. Ancak Direktif cinsel fiillere rıza gösterme yaşını Avrupa Birliği üyesi devletlerin takdirine bırakmıştır²⁹.

2. Fail ve Mağdur Profilleri

2.1. Mağdur ve Mağdura İlişkin Risk Faktörleri

Çocuğun sanal cinsel istismar mağduru olmasında bireysel ve çevresel birtakım risk faktörleri bulunmaktadır ve bu faktörler potansiyel mağdur profilini belirlemekte yardımcı olabilmektedir. Bireysel faktörler demografik, davranışsal ve duygusal duruma ilişkindir. Demografik faktörlerin ilki yaş ve internet kullanımı, cinselliğe ilişkin merak ve risk alıcı davranış ergenlik döneminde daha fazla olduğu için ergenlik öncesi çocuklara nazaran ergenlik dönemindeki çocuklar daha yüksek bir sanal cinsel istismar riski altındadır³⁰. 2005 yılında İsveç'te 107 okuldaki 14-15 yaş aralığındaki yaklaşık 7500 öğrencinin katılımıyla yapılan bir araştırmada öğrencilere tanımadıkları bir kişi tarafından cinsel içerikli bir teklifin yapıp yapılmadığı sorulmuştur. 14 yaşındaki öğrencilerin yüzde 30'u (yüzde 48 kız, yüzde 18 erkek) kendileriyle internet vasıtasıyla cinsel içerikli iletişim kurulduğunu belirtmiştir. Öğrencilerin yüzde 25'i ise (yüzde 38 kız, yüzde 12 erkek) internet vasıtasıyla, yüzde 9'u (yüzde 11 kız, yüzde 6 erkek) ise cep telefonları vasıtasıyla cinsel teklifler aldığını belirtmiştir³¹.

ABD Ulusal Gençlik Çevrimiçi Mağduriyet Çalışması sonucuna göre de internet aracılığı ile işlenen cinsel suçlarda mağdurların büyük kısmı 13-14 yaş aralığındaki çocuklardır. Mağdur çocuklar bir yetişkin ile konuştuklarının ve failin cinsel motifler kullandığının farkındadır. Demografik faktörlerden bir diğeri de cinsiyettir ve sanal cinsel istismarın mağdurları daha çok kız çocuklardır. Buna dayanak olarak kızların daha erken olgunlaşmaları, sosyal mecraları ve bu mecraların *chat* fonksiyonunu daha fazla kullanmaları ve sosyal mecralarda kullandıkları ID isimlerinin cinsiyetleri hakkında faile daha fazla bilgi vermesi gösterilmiştir. Failler ise daha çok heteroseksüel erkeklerdir³². 2012 yılında Kanada *CyberTipline*'ı olan *Cybertip.ca*'nın incelediği 264 sanal cinsel istismar vakasında ise mağdur çocukların yaş ortalaması 13'tür. Fail vakaların yüzde 93.4'ünde çocuktan cinsel içerikli fotoğraf istemiş, yüzde 24'ünde çocuğun mevcut fotoğraflarının yayılacağı veya çocuğa sair zarar verileceği tehdidinde bulunmuştur. Vakaların yüzde 30'unda çocuk cinsel

²⁹ Van der Knaap ve Cuijpers (n 28) 269.

³⁰ Kadri Soo ve Zinaida Bodanovskaya, 'Risk Factors of Becoming A Victim of Internet Related Sexual Abuse' in Mare Ainsaar and Lars Löf (eds) Online Behaviour Related to Child Sexual Abuse Literature Report 46.

³¹ Carl Göran Svedin, 'Research Evidence in to Behavioural Patterns Which Lead to Becoming A Victim of Sexual Abuse' in Mare Ainsaar and Lars Löf (eds) Online Behaviour Related to Child Sexual Abuse Literature Report 39.

³² Wachs vd (n 7) 629.



içerikli fotoğraflarını faille göndermiş ve yüzde 35.5’inde fail kendi cinsel içerikli fotoğraflarını mağdura göndermiş veya mağdurla *webcam* aracılığıyla görüşmek istemiştir³³.

İnternet platformlarda tanışan fail ve mağdur arasındaki iletişim, genellikle mağdur çocuklar tarafından bir arkadaşlık ilişkisi veya duygusal birliktelik olarak yorumlanabilmektedir³⁴. Örneğin sanal cinsel istismara maruz kalmış altı kız iki erkeğin örneklem olarak yer aldığı araştırmada kızların tamamının sanal cinsel istismar failini “erkek arkadaş” olarak nitelendirdiği görülmüştür³⁵. Bu noktada belirtelim ki eğitim durumu ve risklerin farkında olma demografik bakımdan bir diğer risk faktörüdür ve düşük eğitim düzeyindeki kız çocuklarının istenmeyen cinsel tekliflere daha çok muhatap oldukları ortaya çıkmıştır³⁶.

Cinsel yönelim de çocuğun sanal cinsel istismara maruz kalmasında bir faktör olabilmektedir. Ayrıca *Lanzarote Sözleşmesi* m 28/1-c’ye göre Sözleşme’de sayılan suçların özellikle kırılgan (*vulnerable*) durumdaki bir çocuğa karşı işlenmesi de daha fazla cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmelidir. Durum LGBTİ çocuklar bakımından da değerlendirilmelidir. LGBTİ çocuk ve gençler zorbalığa maruz kaldıkları için yahut buldukları topluluk içinde diğer LGBTİ bireyleri tanımadıkları için sosyal yaşamda arkadaş edinmekte zorlanabilmektedir³⁷. Yeni insanlarla tanışmak, kabul görmek ve kendi cinselliklerini keşfetmek için yetişkin sitelerini kullanan LGBTİ çocuklar sanal cinsel istismar bakımından daha da büyük bir risk altındadır³⁸. Ayrıca bu çocuklar aileleri veya çevrelerine LGBTİ birey olduklarının yayılacağı tehdidi altında da bırakılabilmektedir. Özellikle mağdur çocuğun; insan hakları ihlalleri, ayrımcılık, zorbalık ve şiddete daha fazla maruz kalarak kırılgan durumda³⁹ bir LGBTİ birey olması hali daha fazla cezayı gerektirmelidir.

Çevresel risk faktörleri ise aile yapısı, sokakta yaşama ve mağdurun yaşadığı evdeki sosyoekonomik durumdur. Sosyoekonomik durumun iyi olması halinde çocuğun şahsi bilgisayar, telefon ve internet erişiminin olması pek muhtemeldir ve bu imkânlarla sahip olmadığı için internete erişemeyen çocuklara nazaran daha yüksek bir ihtimalle sanal cinsel istismarın muhatabı olabilecektir. Bununla birlikte ebeveynlerin eğitim düzeyinin yüksek olması ve sanal cinsel istismar konusunda bilinçli olmaları halinde diğer ebeveynlerin

³³ International Centre for Missing and Exploited Children (n 6) 4.

³⁴ Victoria State Government (n 7) 1.

³⁵ Whittle vd (n 5) 60.

³⁶ Soo ve Bodanovskaya (n 30) 46.

³⁷ Stonewall and Childnet International, ‘Staying Safe Online’, <https://www.stonewall.org.uk/system/files/staying_safe_online_-_stonewall_childnet_1.pdf> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020 24.

³⁸ ibid 23; Soo ve Bodanovskaya (n 30) 46.

³⁹ Avrupa Konseyi, ‘LGBTI Children’ <<https://www.coe.int/en/web/children/lgbti-children>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

çocuklarına göre daha az mağdur olma riskleri bulunmaktadır⁴⁰. Çocukların sanal cinsel istismara maruz kaldığını gösteren çeşitli emareler bulunmaktadır. Örneğin çocuğun bilgisayar yahut telefonundaki pornografik içerikler cinselliği normalleştirmek için fail tarafından mağdura gönderilmiş olabilir. Çocuğun cinsel içerikli bir jargonla konuşması, olağandan daha çok çevrimiçi bulunması, gerçek ortamda çocukla tanışmasına ihtimal verilmeyecek yetişkinlerin çocuğun arkadaş, takipçi listesinde bulunması da diğer emareler olabilir⁴¹. Bu emareleri çocukta gözlemleyen bilinçli ebeveynin sanal cinsel istismar daha ileri boyutlara ulaşmadan müdahale imkânı olabilecektir. Ev dâhilinde yaşamayan, sokaklarda kalan çocuklar da cinsel sömürüye⁴² daha açık olabilmektedir, ancak bu çocukların sanal cinsel istismara maruz kalma durumları bakımından bir araştırma bulunmamaktadır. Çocuğun tek ebeveynli veya çevrimiçi faaliyetlerini kontrol etmeyen bir ailede olması da sanal cinsel istismar bakımından bir diğer risk faktörüdür⁴³.

Sanal cinsel istismar ile mücadelenin yalnızca sanal ortamda cinsel istismar teşkil eden fiillerin cezalandırılması yolu ile sağlanabileceği oldukça iyimser bir bakış açısı olacaktır. Zira bu hal suç gerçekleştirildikten sonra bastırıcı bir müdahale teşkil etmektedir, oysa suç işlenmeden evvel potansiyel mağdurlara evde ve okulda çevrimiçi güvenlik eğitimi verilmelidir⁴⁴. Çocuk, internete bir bilgisayar aracılığıyla erişiyorsa ebeveynler, bilgisayarı ortak kullanım alanında konumlandırılmalı ve çocuğun internet ortamındaki faaliyetlerini kontrol etmeli ve çocuğu yönlendirmelidir⁴⁵. Bu yönlendirme sürecinde çocuğun katılım hakkı da muhafaza edilmeli, çocuğun çevrimiçi faaliyetlerinin ebeveynler tarafından gerekçe gösterilmeksizin kısıtlanması yoluna gidilmemelidir. Ancak belirtilmelidir ki çocuğun sanal cinsel istismara maruz kalmadan internette yararlanabilmesi ve korunması yalnızca ebeveynlerin sorumluluğunda olmamalıdır. Kanun koyucu, kolluk makamları, sosyal hizmet çalışanları ve özel sektörün de daha güvenilir bir internet ortamı oluşturmada rol alması gerekmektedir⁴⁶. Hatta internet güvenliği eğitimi veren organizasyonların, farkındalık kazandırma konusundaki rolünün ebeveyn ya da okulun ötesinde

⁴⁰ Soo ve Bodanovskaya (n 30) 48.

⁴¹ Victoria State Government, (n 7) 2.

⁴² Cinsel sömürüden anlaşılması gereken çocuğun bir meta olarak kullanıldığı, alınıp satıldığı süreklilik arz eden bir durumdur. Oysa istismar bünyesinde münferiden istismar olgusunu bulundurmaktadır. Cinsel sömürüye çocuk pornografisi, çocuk evlilikleri, çocuk seks turizmi, insan ticareti, çocuğun fuşşa sürüklenmesi örnek verilebilir. Bkz. Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der, İstanbul 2014) 18-19.

⁴³ Soo ve Bodanovskaya (n 30) 48.

⁴⁴ Whittle vd (n 5) 68.

⁴⁵ ibid 68-69.

⁴⁶ UNICEF (n 18) 8.



olduğu da belirtilmiştir⁴⁷. Ayrıca internet hizmeti veren kuruluşlara da çocuğun sanal ortamda istismar edilmesini önlemek için birtakım yükümlülükler yüklenebilir. Örneğin ABD’de cinsel suç faillerinin sicile kaydına ilişkin etraflıca düzenlemelere yer veren Adam Walsh Kanunu’nun 2008 yılında kapsamı İnterneti Cinsel Suç Faillerinden Uzak Tutma Kanunu (*Keeping the Internet Devoid of Sexual Predators Act*) ile genişletilerek sicile kayıta ek birtakım uygulamalara yer verilmiştir. Buna göre cinsel suç faillerinin e-posta adresleri ve internet tanımlayıcıları da cinsel suç failleri sicilinde yer alacaktır. Sosyal paylaşım siteleri de sicildeki bilgileri sitedeki kullanıcılarının karşılaştırmasını mümkün kılacaktır⁴⁸. Bu minvalde bir düzenleme, cinsel suçlardan hüküm giymiş kişilerin sanal ortamda da takip edilebileceklerini bilmelerine ve bu suretle suç işlemekten caydırılmalarına hizmet edebilir.

Sanal cinsel istismarın suç olarak düzenlendiği ülkelerde fail ve mağdurların yaş, cinsiyet gibi özelliklerini bünyesinde barındıran veri tabanları oluşturulmalıdır, bu sayede bilgi eksiklikleri giderilerek devletler tarafından çocuğun korunmasına ilişkin stratejiler belirlenebilecektir. Mağdur çocukların beyanını alacak görevli mümkün mertebe çocukla aynı cinsiyetten olanlar arasından seçilmelidir ve görevli yargılayıcı tutumlardan kaçınılmalıdır⁴⁹.

2.2. Fail Profili

Sanal istismar faili tipolojisi, çocuğa karşı başka suçlar işlemenin bir yolu olarak interneti kullananlar ve çocuk istismar görüntülerine erişebilmek için interneti kullananlar olmak üzere ikiye ayrılır. 1996-2002 yılları arasında önde gelen gazetelere haber olmuş vakalar üzerinden yapılan bir ampirik çalışmada failler; tacir (*trader*), gezgin (*traveler*) ve tacir-gezgin (*trader-traveler*) olarak ayrılmıştır. Buna göre faillerin yüzde 59.1’i tacir, yüzde 21.8’i gezgin ve yüzde 19’u ise tacir-gezgin olarak tasnif edilmiştir⁵⁰. Tacirler çocuk istismar görüntülerini toplayan, internet üzerinden bu görüntülerin alım satımını yapan ve çocuk istismarı için piyasa yaratan fail grubudur. Gezinler ise cinsel amaçla buluşmaya zorlayacakları ve manipüle edebilecekleri çocuklara erişmek için interneti kullanmaktadırlar. Gezinler kadın veya erkek olabilecekleri gibi kasten öldürmeye varabilecek düzeyde sadizmi de içine alan farklı cinsel eğilimlere sahip olabilirler. Örneğin Massachusetts’te gerçekleşen bir olayda 15 yaşındaki bir kızla internet *chat*

⁴⁷ Çıkman vd (n 13) 90.

⁴⁸ Füsün Sokullu Akıncı ve Selman Dursun, *Viktimoloji* (3. Bs, Beta, İstanbul 2016) 221; Düzenleme için bkz. <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-110publ400/pdf/PLAW-110publ400.pdf>> Erişim Tarihi 14.12.2020.

⁴⁹ Whittle vd (n 5) 68.

⁵⁰ Eileen M Alexy vd, ‘Internet Offenders: Traders, Travelers, and Combination Trader-Travelers’ (2005) 20 (7) *Journal of Interpersonal Violence*.

odasında tanışan 41 yaşındaki erkek fail, kızla yaklaşık üç ay cinsel konular hakkında yazışmıştır. Kızın faille buluşması üzerine fail ve 46 yaşındaki sevgilisi kadın kızı kaçırmış, cinsel istismarda bulunmuş ve sadist eylemler gerçekleştirmişlerdir⁵¹. Tacir-gezinler ise hem cinsel istismar görüntülerini toplama hem de internet vasıtasıyla erişebilecekleri çocuğa yönelik çeşitli suçları işleme amacına sahiptirler⁵².

Bazı hallerde de fail, mağdurun ailesi ya da yakınlarından biri olabilmektedir. Örneğin ABD’de yaşanan bir sanal cinsel istismar vakasında 15 yaşında olduğunu belirten fail, 13 yaşında bir kız çocuğunu *Instagram*’dan takip eder ve mesajlaşmaya başlar, gerçek hayatta bir görüşme olmaksızın arkadaşlık kurarlar. Yazışmaları cinsel içerikli bir boyut kazanır. Mağdur kız çocuğu, arkadaşlığı bitirmek istediğinde ise fail, kendisine daha fazla cinsel içerikli fotoğraf göndermemesi halinde yazışmaları ve kızın gönderdiği bir fotoğrafı mağdurun babasına göstereceğinden bahisle mağduru tehdit eder. Sonrasında failin 15 yaşında bir erkek çocuğu değil, mağdur kız çocuğunun 41 yaşındaki babası olduğu ortaya çıkar⁵³. Kanaatimizce fail ve mağdur arasında altsoy-üstsoy veya kardeşlik ilişkisinin olması hali daha fazla cezayı gerektiren bir hal olmalıdır. Nitekim *Lanzarote Sözleşmesi* m 28/1-d’ye göre de Sözleşme’de sayılan suçların aile üyelerinden biri veya çocukla birlikte yaşayan biri yahut çocuk üzerindeki vesayet yetkisini, koruyucu aile ilişkisini, eğitici görevini suiistimal eden biri tarafından işlenmesi hali daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmelidir. Zira mağdur çocuğun söz gelimi üstsoyundan gelen böyle bir fiile maruz kalması, ahlaki kötülük derecesinin daha büyük ve toplumsal tepkinin daha büyük olmasını gerektirmektedir⁵⁴.

3. Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı Fiilleri

Çocuğun sanal cinsel istismarı fiilleri eşzamanlı veya eşzamanlı olmayan platformların kullanımına bağlı olarak değişebilmektedir. Bu platformlar sosyal medya araçları, anlık mesajlaşma hizmeti veren uygulamalar veya sosyal bağlantı kurma uygulamaları olabilmektedir. Bunlar haricinde failler çocuk modelliği gibi kariyer imkânı sunan siteler yahut çocuk portalları, oyun siteleri gibi çocukların sıklıkla kullandığı mecraları tercih etmektedirler⁵⁵.

⁵¹ Al Baker, ‘Girl Describes Ordeal of Rape And Captivity’ (New York Times 2001), <<https://www.nytimes.com/2001/08/14/nyregion/girl-describes-ordeal-of-rape-and-captivity.html>> accessed 4 December 2020.

⁵² Alexy vd (n 50) 808-809.

⁵³ John O’Brien, ‘Ilion father posed as daughter’s texting boyfriend to trick her into child porn’, <https://www.syracuse.com/crime/2016/03/ilion_father_posed_as_daughters_texting_boyfriend_to_trick_her_into_child_pornog.html> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

⁵⁴ İbrahim Dülger, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu’ (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998) 158.

⁵⁵ Kamil Kopecky, ‘Cyber Grooming Danger of Cyberspace’ (2010) <https://www.researchgate.net/publication/262513617_CYBER_GROOMING_-_DANGER_OF_CYBERSPACE_study> Erişim Tarihi 3 Eylül 2020 3.



Çocuğun sanal cinsel istismarı fiil mütemadi şekilde gerçekleşmektedir. Birkaç dakikadan birkaç yıla kadar uzanan süre boyunca mağdur, fail tarafından manipüle edilebilmektedir. Ancak belirtelim ki bu süre manipülasyonun türü, failin amacı, mağdurun kandırılabilirliği ve tepkisine bağlı olarak değişebilmektedir⁵⁶. Örneğin ABD’de gerçekleşen bir olayda failin mağdurla iletişime geçtiği ilk an ve gerçek hayatta görüşme yalnızca dört saat içinde gerçekleşmiştir. Saat 23.00’da başladıkları mesajlaşma, yalnızca 3.00’a kadar sürmüştü ve fail, mağduru kendisi ile buluşmaya ikna etmiştir⁵⁷.

Sanal cinsel istismar haricinde farklı neticeler de ortaya çıkabilmektedir. Özellikle failin mağduru cinsel içerikli fotoğraflar göndermeye ikna etmesinin ardından bu fotoğrafları yayacağından bahisle tehdit etmesi söz konusu olabilmektedir. “*Sextortion*” olarak bilinen bu durumda fail mağdurdan daha fazla cinsel içerikli fotoğraf göndermesini isteyebileceği gibi bu fotoğrafları mağdurun ailesi ya da arkadaşlarına yaymaması karşılığında ekonomik menfaatler de talep edebilmektedir⁵⁸. *Sextortion* haricinde kasten yaralama, öldürme, vücuda organ veya sair cisim sokma biçiminde nitelikli cinsel istismar da en yaygın olan suçlardandır.

3.1. Sanal Cinsel İstismarın Aşamaları

3.1.1. Hazırlık Aşaması

Sanal cinsel istismar mağdurla iletişime geçmeye hazırlıktan gerçek hayatta tanışmaya kadar uzanan bir manipülasyon sürecidir. Mağdurla iletişime geçmeye hazırlık aşamasında fail, gerçeğinden farklı bir fotoğraf, yaş, isim bilgisi gibi sahte bir kimlik kullanabilmektedir. Bu aşamada fail, sahte bir sosyal medya profili gibi statik bir sahte kimlik kullanabileceği gibi ihtiyaçlarına göre şekillendirebileceği hobi, ilgi alanları, cinsiyet ve diğer kişisel bilgilerden oluşan dinamik bir kimlik de kullanabilir⁵⁹. Hazırlık aşamasında fail, çevrimiçi ortamda ilk tanıştığı kişi ile iletişime geçmeye bilmede, cinsel etkileşime geçebileceği bir kişiyi bulabilmek için çevre araştırması yapmakta, yani yöneldiği hedefe bilgiye sahip bir şekilde yaklaşmaktadır⁶⁰.

3.1.2. İletişime Geçme ve İlişkinin Derinleşmesi

Hazırlık aşamasından sonraki aşama, failin mağdurla iletişime geçtiği ve ilişkisini derinleştirdiği aşamadır. İletişime geçilen ilk aşamada fail, profil

⁵⁶ ibid; UNICEF (n 18) 2.

⁵⁷ Talamo (n 2).

⁵⁸ International Centre for Missing and Exploited Children (n 6) 15.

⁵⁹ Kopecky (n 55) 5.

⁶⁰ Bu aşamaya tarama (*scanning*) da denilebilir. Tarama aşamasında çevrimiçi kişilerin değerlendirilmesi söz konusudur. Bu değerlendirme üç şekilde olabilir: Ekran adı ya da forum etiketini sanal cinsellik yönünden değerlendirme, bir ilişki içinde olabileceği ideal romantik bir görünüm, çocuğun yeterince gelişmiş olup olmadığını tespit etme, imkân sağlayan fotoğraf gibi fiziksel özelliklerden yapılan değerlendirme. Bkz. Webster vd (n 11) 8.

fotoğrafında penis vs. bulunması veya cinsel motiflerin yer aldığı takma isimler gibi doğrudan cinsel saikleri olduğunu belli eden tipik bir sanal cinsel istismar fiiline başvurmazdır⁶¹. Bunun yerine çocuğa karşı övgü, iltifat içeren bir dil kullanımı, yol göstericilik ve benzer ilgi alanlarını paylaşma gibi bir tutum takınabilir⁶². Çocukları istismar eden yetişkin erkeklerin çocuklara yaklaşımı ve yöntemi (*modus operandi*)⁶³ ile ilgili Seattle’da yürütülen bir araştırmada da çocukla iletişime geçilen ilk anda hediye ve övgü gibi cinsel olmayan biçimlerin kullanıldığı, sonrasında ise zamanla çocuğun cinselliğe duyarsızlaştırılarak failerin istismara başvurduğu görülmüştür⁶⁴.

Bu aşamada mağdurla iletişimini güçlendirmek için fail mağdurla benzer sıkıntıları yaşamış olma, mağduru tamamen anlıyor olma, aynı hobi ve ilgi alanlarına sahip olma biçiminde aynalama (*mirroring*) yöntemine başvurur⁶⁵. Hatta mağdura rehbermişçesine yaklaşmayı da tercih edebilir⁶⁶. Aynalama yöntemi ile mağdurun dikkatini çekmeyi başarmasının ardından fail, mağdurdan birtakım kişisel bilgiler edinerek onu oltaya getirmiş olur (*ishing*). Bu aşamada fail, genel olarak mağdurun portresine hâkimdir. Mağdurdan edindiği gittiği okulun adı, yaşı, fotoğrafı gibi çeşitli bilgilerle arama motorlarından yararlanarak doğrudan olmasa da mağdur hakkında başka bilgiler de edinebilir⁶⁷. Fail, mağdurun güvenini kazanmak ve aralarında güvene dayalı bir arkadaşlık ilişkisi kurabilmek için hediye, bilgisayar oyunu, para gönderme gibi yöntemlerle mağduru baştan çıkarabilir ve bu sayede fail mağdurun telefon numarası, ev adresi gibi diğer bilgilere de ulaşabilir⁶⁸.

Sonrasında ise fail mağdurun cinsel olarak kafasındaki bariyerleri yıkmak için cinsel içerikli konuşmalara geçmektedir. Bu aşamada fail, mağdurdan cinselliğe dair genel hususlarda fikrini paylaşmasını isteyebileceği gibi, erotik/pornografik fotoğraflar da paylaşabilir ve mağdurun da kendi fotoğraflarını

⁶¹ ibid 9.

⁶² ibid.

⁶³ Sanal cinsel istismar hususunda *modus operandi*, belirli bir zaman boyunca mağdurun güveninin kazanılması, mağdurun faile itaat etmesi ve sessiz kalmasının sağlanması için izlenen yöntemlerdir. Bkz. Kaan Apak Altıntop, ‘Online Çocuk İstismarının Hukuksal Boyutta Değerlendirilmesi’ (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017) 5.

⁶⁴ Fagan vd, (n 3) 2460.

⁶⁵ Kopecky (n 55) 6.

⁶⁶ Altıntop (n 63) 76.

⁶⁷ Kopecky (n 55) 6.

⁶⁸ ibid 7; Çocuğun güveninin kazanıldığı bu aşamaya “ayrıcılık oluşturma” da denilebilir. Bkz. Polat (n 5) 33. Güney Galler’de yaşanan bir sanal cinsel istismar vakasında *Minecraft* denilen bilgisayar oyunu vasıtasıyla fail, 12 ve 14 yaşlarındaki iki erkek çocukla tanışmış ve *Skype* ve *Snapchat* üzerinden mağdurlarla görüşmüştür. Fail, mağdurların güvenini kazanabilmek için *PayPal* üzerinden bilgisayar oyununda kullanabileceği hediyeler göndermiştir. Fail mağdurlara cinsel içerikli sorular sorup fotoğraflarını istemiştir. Bkz. Steven Morris and Agency, ‘Welsh gamer jailed for grooming two boys on Minecraft’ (The Guardian, 20 January 2017), <<https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jan/20/welsh-gamer-jailed-for-grooming-two-boys-on-minecraft>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.



paylaşmasını isteyebilir⁶⁹. Paylaşılan cinsel içerikli ve pornografik görüntülerle mağdurun cinselliğe karşı hassasiyeti azaltılır ve mağdurun gözünde normalleşme gerçekleşir⁷⁰.

Mağdurla arasında güven ilişkisi oluşturan fail, mağduru çevresinden izole bir platforma iter ve mağduru aralarındaki ilişkiyi ebeveyn, arkadaş ve diğer kişilerle paylaşmaması için uyarır. Fail bu sayede sanal cinsel istismarın bir başka kişi tarafından keşfedilmemesini ve adli makamların durumdan haberdar olmamasını sağlar⁷¹. Mağdur fail ile iletişime geçtiği ve ilişkisini derinleştirdiği bu aşamada fail ile iletişimine son vermek istese de pek çok kişisel ve mahrem bilgisini fail ile paylaştığı için şantaj veya tehdide maruz kalabilir⁷².

3.1.3. Gerçek Hayatta Görüşmeye Hazırlık Aşaması

İlişkinin derinleşmesinden sonraki aşama ise gerçek hayatta görüşmeye hazırlık aşamasıdır. Bu aşamada fail, mağdurla arasındaki yaş farkının mağdur bakımından problem edilmemesi için hile, tehdit, şantaj gibi farklı teknikler kullanılabilir yahut bu tekniklere başvurmaya gerek kalmaksızın mağdur ile arasında kurduğu güven temelli ilişkiye dayanarak mağdur görüşmeyi kabul edebilir⁷³. Örneğin yakın tarihte Türkiye’de medyanın gündemine gelen bir olayda 46 yaşındaki şüpheli, 9 yaşındaki bir kız çocuğu ile sosyal medya üzerinden tanışmış ve cinsel içerikli mesajlar göndermiştir. Çocukla arasında duygusal bir bağ varmışçasına yazışan şüpheli, onu yakın zamanda yanına alacağından ve evleneceğinden söz etmiştir⁷⁴.

3.1.4. Gerçek Hayatta Görüşme Aşaması

Gerçek hayatta görüşme aşaması son aşamadır. Bu aşamada fail, mağdurun yaşını, çocuk veya çocuk istismarı ile mücadelede görevli bir kimse (*deployed agent*) olup olmadığını teyit eder⁷⁵. Gerçek hayatta görüşme aşamasından

⁶⁹ Kopecky (n 55) 7.

⁷⁰ Webster vd (n 11) 10.

⁷¹ Jamie Lee Mooney, ‘Protecting Children from the Risk of Harm? A Critical Review of the Law’s Response(s) to Online Child Sexual Grooming in England and Wales’ iç Simone van der Hof, Bibi van den Berg, Bart Schermer (eds) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety* (Springer 2014) 286.

⁷² Kopecky (n 55) 7.

⁷³ ibid 8.

⁷⁴ ‘9 Yaşındaki Kız Çocuğuna Cinsel İçerikli Mesajlar Yolladı’, (Kocaeli Gazetesi, 2020) <<https://www.kocaeligazetesi.com.tr/haber/5508063/9-yasindaki-kiz-cocuguna-cinsel-icerikli-mesajlar-yolladi>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2020.

⁷⁵ Kopecky (n 55) 10; Sanal cinsel istismarın gerçekleşebileceği flört siteleri veya sair internet sitelerinde çocuk istismarı ile mücadele amacıyla bazı kişiler çocuk kullanıcı profili oluşturabilmekte ve failer ile konuşarak gerçek hayatta buluşma sağlayıp durumdan adli makamları haberdar edebilmektedir. Proaktif olan bu yöntemle failerde sanal ortamlarda bu tür kişilerin bulunabileceği korkusu uyandırarak sanal cinsel istismar fiillerinden alıkoyabilmektedir. Bkz. Neslihan Can, Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması (On İki Levha, İstanbul 2021) 230.

sonra fail mağdura hile, cebir, tehdit veya sair başka bir halle cinsel istismar fiillerine girişebilir. Ancak belirtelim ki gerçek hayatta görüşme, her sanal cinsel istismar olayında bulunmayabilir. Zira bazı faillerin gerçek hayatta görüşme ve cinsel istismar gibi bir hedefi olmayabilir. Bu nedenle sanal cinsel istismar faillerini iletişimi esas alan ve fantaziyi esas alan şeklinde ayırmak mümkündür. İletişimi esas alanların nihai hedefi mağdurla görüşmek iken fantaziyi esas alanlar ise sanal cinsel istismar süreci ile tatmin olan kişilerdir⁷⁶. Sanal cinsel istismarı suç olarak tarif eden çoğu ülke mevzuatında, mağdurla görüşmeye varan sanal cinsel istismar cezalandırılmakta, görüşmeye varmayan sanal cinsel istismar konusunda ise mevzuat eksikliği bulunmaktadır. Ancak mağdurla bizzat görüşmeksizin sanal cinsel istismar yoluyla cinsel tatmin elde etmeyi amaçlayan faillerin de cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷.

Sanal cinsel istismara maruz kalan çocuğun fail ile gerçek hayatta görüşmesi aşamasından sonra fail ve mağdur arasında cinsel ilişkiye varabilen cinsel istismar fiilleri gerçekleşmektedir. Bazı durumlarda sanal cinsel istismarın faili ve mağduru evlenebilmekte ve sanal cinsel istismar fiilleri evlilik öncesi flört yahut arkadaşlık olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle de aslında çocuğun korunmasına ciddi bir tehdit olduğu halde sanal cinsel istismar zararsız görülmektedir.

4. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda çocuğun sanal cinsel istismarı münhasır bir suç tipi olarak nitelendirilmemektedir. 6545 sayılı Kanun öncesi çocuğa karşı bedensel temas gerektirmeyen fiillerin cinsel istismar yahut cinsel taciz olarak kabul edileceği noktasında belirsizlik mevcuttu. Bu dönemde Yargıtay kararına konu bir olayda sanık, mağdur kız çocuğunun görüntülerini montajlayarak yaymak ve ailesine göndermekle tehdit etmiş ve internetten görüntülü konuşma yaptığı sırada mağdurdan kıyafetlerini çıkarmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını istemiştir. İlk derece mahkemesi çocuğun cinsel istismarı suçundan mahkumiyete hükmetmişse de Yargıtay bu hükmü bozmuştur⁷⁸. Zira TCK m 102'nin lafzında “vücut dokunulmazlığını ihlal eden” ifadesi yer almaktadır ve m 103'ün gerekçesinde kanun koyucunun çocuklar için cinsel saldırı yerine cinsel istismar ifadesini tercih ettiği belirtilmiştir. Bu halde cinsel istismardan söz edebilmek için de mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Ayrıca m 105'in gerekçesindeki “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan” ifadesi ile olayda gerçekleşen fiilin cinsel taciz olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁹.

⁷⁶ International Centre for Missing and Exploited Children (n 6) 12.

⁷⁷ ibid 14.

⁷⁸ Yargıtay 14 Ceza Dairesi E 2014/3380, K 2016/2793.

⁷⁹ 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi cinsel tacizin çocuğa karşı işlenip işlenemeyeceğine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bs., Seçkin, Ankara 2017) 307-308.



6545 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte çocuğa karşı bedensel temas gerektirmeyen, cinsel yönden rahatsız edilmesi fiilleri cinsel tacizin daha fazla cezayı gerektiren hali olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz gelimi sosyal medyadan tanıştığı çocukla cinsel içerikli konuşmalar gerçekleştiren failin sanal cinsel istismar kabilinden davranışları TCK m 105 uyarınca cezalandırılacaktır. 6545 sayılı Kanun ile cinsel tacizin “*posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*” işlenmesi TCK m 105/2-d’de daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak bu nitelikli hal çocuğun sanal cinsel istismarı hallerinde uygulanmaya müsait bir düzenleme olmamaktadır. Zira doktrinde bu halin mağdurun cinsel taciz kabilinden bir iletiye karşı koyup koymama konusunda bir seçeneğinin bulunmaması gerektiği ve rızaen sürdürülen iletişim bakımından bu halin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür⁸⁰. Oysa çocuğun sanal cinsel istismarı, çoğu halde çocuğun da rızası ile başlayan ve adeta uşaklaştırılarak cinsel istismar edildiği bir durumdur ve TCK m 105/2-d uygulanmaz.

Aşamalar halinde incelediğimiz çocuğun sanal cinsel istismarı fiilinde, madde gerekçesinde belirtilen cinsel yönden mağdurun rahatsız edilmesi durumu söz konusu değildir, bilakis çoğu senaryoda çocuk fail ile arkadaş olduğunu ve cinsel içerikli konuşmaların arkadaşlığın seyrinde olağan olduğunu düşünmektedir. Bu noktada doğru kavramsallaştırma çocuğun saflığından, iyi niyetinden yararlanarak onun suiistimal edilmesidir. Zira iradesi fesada uğratılan çocuk cinsel amaçlarla kullanılmaktadır⁸¹. Dolayısıyla her ne kadar bedensel temas bulunmasa da çocuğun sanal cinsel istismarı da TCK m 103 bağlamında cinsel istismar olarak değerlendirilmelidir. Nitekim bedensel temas olmasa da bu halde haksızlığın yoğunluğunu, cinsel taciz suçunun yaptırımı karşılayamamaktır. Bir çocuğun yanağına dokunulması TCK uyarınca cinsel istismar kabul edilirken; sanal ortamın imkânlarından yararlanılarak bedensel temasa ihtiyaç duyulmaksızın gerçekleştirilen çocuğun yanağına dokunmaktan daha ağır davranışların cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi, öğretide de temel bir eleştiridir⁸². Haksızlığın yoğunluğu

⁸⁰ İbid 433; Eylem Baş, ‘Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1195.

⁸¹ Memiş Kartal (n 42) 16.

⁸² Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. bs, Seçkin, Ankara) 590-591; Baş, (n 80) 1169. *Özgeç*’e göre de TCK m 103/1-a kapsamındaki çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel fiil bedensel temasın bulunup bulunmaması ayrımı olmaksızın cinsel istismar olarak nitelendirilmelidir. TCK m 103/1-b kapsamındaki çocuklar bakımından ise yalnızca “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak” gerçekleştirilen ve bedensel temasın bulunduğu haller cinsel istismar olarak nitelendirilmelidir. Bkz. İzzet Özgeç, ‘Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar’ (2020) (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263

dikkate almayıp şeklen “bedensel temas” kriterini arayarak uygulanan yaptırım, ceza hukukunun amaçlarının adil biçimde tatbik edilmediğini gösterir. Mevcut düzenlemede TCK m 103 anlamında çocukla yazışmak ya da buluşmak hazırlık hareketi kapsamında kaldığı⁸³ için fail cezalandırılmamaktadır ve bu hal çocuğun sanal istismara karşı korunaksız olmasına zemin hazırlamaktadır.

Sanal cinsel istismar sürecinde çocuğun cinsel içerikli fotoğraf ve videolarını faile göndermesi halini de değerlendirmek gerekir⁸⁴. Bu noktada çocuğun fail ile arkadaşlık ve güven ilişkisine dayanarak ona söz gelimi çıplak fotoğraflarını göndermesi halinde TCK uyarınca suç oluşmayacaktır. Ancak çocuğun faile çıplak fotoğraf göndermesi hali de hiç şüphesiz çocuğun saflığının suiistimalidir ve çocuğun manipülasyon sürecinin ileri aşamalarına girdiğini göstermektedir.

Çocukların günlük fotoğrafları, çıplak görüntüleri, temsili çocuk görüntüleri, çocuğa karşı penetrasyon, sadist davranışlar, hayvanlarla cinsel ilişkiye kadar çocuk istismarına dair pek çok içerik internette yer almaktadır⁸⁵. Müstehcen içerikli görüntü, video veya sair materyali failin mağdura göndermesi hali TCK m 226/1 çerçevesinde müstehcenlik suçunu gündeme getirecektir. Ancak fail mağdura her zaman içeriği net bir şekilde müstehcen olan materyal göndermeyebilmektedir⁸⁶. Örneğin Avrupa’da çocuk sömürüsüne ilişkin toplanan görüntüler, COPINE (*Combating Pedophile Information Networks in Europe/ Avrupa’da Pedofili ile Mücadele Bilgi Ağları*) tipolojisi ve Birleşik Krallık modeli olan SAP (*Sentencing Advisory Panel/ Cezalandırma Danışma Kurulu*) tipolojisi olmak üzere iki büyük kategori altında sınıflandırılmıştır. Her iki tipolojide de çocuğun kasıtlı olarak cinsel mağduriyeti artmaktadır. COPINE tipolojisinde iç çamaşırılı ya da mayolu veya oyun oynayan çocuk görüntüsü gibi erotik ve cinsel içerikli olmayan fotoğraflar yer almakta iken SAP tipolojisinde bu fotoğraflar yer almaz, zira Birleşik Krallık’taki mevzuat uyarınca bunlar suç değildir. Bununla birlikte, mevzuat uyarınca müstehcen veya cinsel içerik tanımına uymasa da özellikle pedofili yetişkinler için bu

⁸³ Ayşe Nuhoğlu, ‘Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku’ (2010) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan 300

⁸⁴ Failin çocuktan cinsel organını göstermesini istemesi halinin cinsel taciz olduğuna ilişkin bkz. Handan Yokuş Sevik, ‘6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 140-141.

⁸⁵ Anthony R Beech vd, ‘The Internet and Child Sexual Offending: A Criminological Review’ (2008) (13) *Aggression and Violent Behavior* 219.

⁸⁶ Nitekim müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. *Özbek*’e göre “şehvet hissine yönelik, bu hissi tahrik eden ve ar ve haya duygusunu rencide eden şey” müstehcendir. Doktrindeki diğer görüşler için bkz Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu* (Seçkin, Ankara 2009) 17-18.



görüntülerin de cinsel içerikli olma potansiyeli bulunmaktadır⁸⁷. Türk hukuku uyarınca söz gelimi çocuğa COPINE tipolojisinde ilk düzeyde yer alan mayolu çocuk fotoğrafı gönderen failin fiili müstehcenlik suçu tanımını sağlamaya elverişli değildir ve cezalandırılmayacaktır⁸⁸. Çocuğa, sanal cinsel istismar fiiline karşı “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlığı altındaki müstehcenlik suçu ile hukuki korunma sağlanması birey temelli 5237 sayılı TCK’nın anlayışı ile de bağdaşmamaktadır. Zira çocuğun sanal cinsel istismarı, bireysel bir hukuki değer olan çocuğun cinsel dokunulmazlığını⁸⁹ korumaktadır. Çocuğun sanal cinsel istismarında fail, çocuğu cinselliğe karşı duyarsızlaştırmak için müstehcen görüntü göndermekte ve duyarsızlaşmanın sonucu olarak gerçek hayatta buluşmaları halinde TCK m 103 anlamında bir cinsel istismara çocuğu hazır hale getirmeye çalışmaktadır.

Sanal cinsel istismar fiillerinde mağdurun yaşını belirlemek önem arz etmektedir. Örneğin Türk hukuku bakımından 15 yaşını tamamlamış bir kişinin cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen sair bir sebep olmaksızın rızası dahilinde bir başkasıyla cinsel ilişki boyutuna varmayan fiiller cezalandırılmamaktadır. Bu halde cinsel ilişki boyutuna varmayan sanal fiilleri evleviyetle cezalandırılmayacaktır. Çocuğun cinsel fiillere rıza gösterme yaşı ülkeden ülkeye hatta ABD gibi bazı ülkelere aynı ülke içinde eyaletler arasında dahi değişebilmektedir. Bu da küresel düzeyde çocuğun cinsel istismardan korunması için uyumlu ve tutarlı bir hukuki çerçevenin ihdasını zorlaştırmaktadır. Örneğin Belçika’da 16 yaşın altındaki çocuklar bu fiillere karşı korunmakta iken⁹⁰ Fransa’da 15 yaşın altındaki çocuklara koruma sağlanmıştır⁹¹. Ancak sanal cinsel istismar bakımından mağdurun cinsel fiillere rıza gösterme yaşından bağımsız olarak çocuk yani 18 yaşın altındaki kişiler olarak tanımlanması önerilmiştir⁹². Nitekim biz de bu görüşe iştirak

⁸⁷ Beech vd (n 85) 220.

⁸⁸ Örneğin *Özbek* bir ürünün TCK m. 226/3 kapsamında ele alınabilmesi için çocuğa yönelik cinsel davranışların bulunması ve bunların cinsel arzuyu tetiklemesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla çocuğa ait salt çıplak bir fotoğraf dahi kullanma kapsamında ele alınmayacaktır. Bkz *Özbek* (n 86) 126.

⁸⁹ Nitekim 5237 sayılı TCK’nın cinsel suçlarda koruduğu hukuki değer de cinsel özgürlük değil, bilinçli bir şekilde cinsel dokunulmazlık olarak belirlenmiştir. Zira bireyler cinsel arzularını tatmin etme amacı ile bir başkasının vücut dokunulmazlığına saldırı gerçekleştiremez veya partnerlerini belirlerken akrabalık ilişkisi, yaş, fiziksel ve ruhsal gelişmişlik düzeyi gibi doğal ve ailevi ölçütleri gözetmek durumundadırlar. Bkz. *Özgenç* (n 83) 260

⁹⁰ Belçika Ceza Kanununda terimsel olarak “*online grooming*” kavramına yer verilmemiştir. Ancak Kanunun 377. maddesi 16 yaşın altındaki bir çocuğa bu Bölümde veya 6 ve 7. Bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla buluşmayı bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla teklif eden yetişkinin, gerçek hayatta buluşmaya yönelik icra hareketlerinin bulunması halinde bir yıldan beş yıla kadar cezalandırılmasını öngörmüştür. Bkz. International Centre for Missing and Exploited Children (n 6) 41 dn 279.

⁹¹ ibid 44 dn 298.

⁹² International Centre for Missing and Exploited Children (n 6) 9.

etmekteyiz. Zira Türk hukuku uyarınca 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun algılama yeteneğinin de varlığı halinde belirli düzeyde cinsel davranışlara rıza göstermesi kabul edilmişse de bir manipülasyon sürecinin sonunda adeta uşaklaştırılmış olan mağdurun cinsel davranışa ilişkin özgür iradesi ile verilmiş rızasından söz edilemeyecektir. Zira burada uşaklaştırılma çocuğun iradesini etkileyen bir haldir. Bu nedenle yapılacak olası bir düzenlemede sanal cinsel istismar fiillerine karşı 18 yaşın altındaki çocuklara koruma sağlanmalıdır.

Kanaatimizce çocuğun sanal cinsel istismar fiillerine karşı korunması, TCK m 103'e hüküm eklenmesi suretiyle yapılabilir. "Bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla TCK m 103/1 a veya b bentlerinde belirtilen çocuk ile onu cinsel istismar etmek veya müstahcen içeriklerde kullanmak üzere buluşmak için teklifte bulunan fail, buluşmaya yönelik icra hareketlerinin bulunması halinde cezalandırılır." hükmü çocuğun sanal cinsel istismardan korunmasına elverişli olacaktır. Bu önerimiz *Lanzarote Sözleşmesi* ile de uyumlu olacaktır.

Nitekim Birleşik Krallık'ta 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanununda (*Sexual Offences Act*) "grooming" mahiyetinde fiiller cezalandırılmamaktaydı. Söz konusu Kanunun 15. maddesi uyarınca çocuğun korunması için önemli bir adım atılmıştır ve çocuğun istismar edilmesine hazırlık aşamasında müdahaleye olanak sağlanmıştır⁹³. Buna göre 16 yaşın altındaki çocukla buluşmak niyetiyle "grooming" fiillerinin ardından çocukla buluşulduğunda fail cezalandırılacaktır. Niyetin ispatı noktasında sanal ortamdaki konuşmalar, failin mülkiyetinde bulunan eşyalar yol gösterici olabilecektir⁹⁴.

Belirtilmelidir ki çocuğun internet ortamında korunması için devletlerin bu konudaki iç hukuk düzenlemelerinin daha kapsamlı, açık ve net olması gerekmektedir. Cinsel fiillere rıza, nelerin çocuk pornografisi ve çocuğun cinsel istismarına ilişkin fotoğraf olduğu, cinsel istismar görüntülerinin edinilmesi, indirilmesi veya oluşturulması dahil nelerin çocuğun sömürüsü olduğu, sanal cinsel istismar ve teşebbüs aşamasında kalmış cinsel istismarın ne olduğu iç hukuk düzenlemelerinde tarif edilmelidir⁹⁵.

⁹³ Mooney (n 71) 290-291; Kanunun 15. maddesine 2008 yılında Ceza Adaleti ve Göç Kanunu (*The Criminal Justice and Immigration Act*) uyarınca eklenen fıkra şu şekildedir: "18 yaş veya üzerinde bir kişi A şu hallerde grooming ardından çocukla buluşma suçunu işlemiştir: (a) A, bir diğer kişi B ile en az iki kere buluşmuş veya iletişim kurmuş olmalıdır.

(i) A, B ile kasten buluşmuş olmalıdır

(ii) A, B ile buluşma niyetiyle dünyanın herhangi bir yerinden seyahat etmelidir veya B ile dünyanın herhangi bir yerinde buluşmayı planlamalıdır veya

(iii) B, A ile dünyanın herhangi bir yerinde buluşma niyeti ile seyahat etmelidir

(b) A, a (i) ile (iii) arasındaki bentlerde belirtilen buluşma sırasında veya sonrasında dünyanın herhangi bir yerinde ilgili suçun A tarafından işlenmesi niyetindedir

(c) B 16 yaşın altındadır ve

(d) A, B'nin 16 yaş veya üzerinde olduğuna makul olarak inanmamaktadır."

⁹⁴ Mooney (n 71) 292.

⁹⁵ UNICEF (n 18) 16.

Sonuç: Sanal Cinsel İstismar ile Mücadele İçin Öneriler

Çocuğun sanal cinsel istismarı uzun yıllara kadar sürebilen bir manipülasyon sürecidir. Sosyal medya veya sair bir sanal platformda failin mağdurla iletişime geçmesinin ardından bir arkadaşlık ilişkisi gibi başlasa da sonuçları çocuğun gerçek hayatta vücuda organ ya da sair cisim sokma şeklinde nitelikli cinsel istismarı, pornografik içeriklerde kullanılması veya öldürülmesine kadar varabilmektedir. *Lanzarote Sözleşmesi*, çocuğun cinsel istismar ve sömürüye karşı etkin bir şekilde korunmasını gerektirmektedir. Bu etkin koruma, faillerin yararlandığı günümüz teknolojisinin sunduğu bilgi ve iletişim olanakları ve potansiyel mağdurlara erişimleri de gözetilerek yapılmalıdır. Zira artık fail potansiyel mağdur çocuğun yalnızca “birkaç tık” uzağındadır.

Türk hukukunda ise çocuğun sanal cinsel istismarı fiilleri, çocuğun cinsel istismarı suçu yahut münferit bir suç tipini oluşturmamaktadır. Söz gelimi failin mağdurun yanağından makas alması cinsel istismar suçundan cezalandırılmasını gerektirirken mağdurla uzun bir zamana yayılan periyotta sanal ortamlarda cinsel içerikli konuşması, müstehcen fotoğraflar göndermesi ise daha az bir ceza yaptırımı ile karşılanan cinsel taciz suçunu gündeme getirmektedir. Oysa ceza hukuku çocuğun sanal cinsel istismarı fiillerine karşı korunması için *prima ratio* karakterini göstermelidir. Zira bedensel temas kriterinden hareket ederek çocuğun cinsel dokunulmazlığının teknolojik imkânlardan yararlanan faillerin sanal cinsel istismar fiillerine karşı korunması yeterli olmamaktadır.

Lanzarote Sözleşmesi'ni iç hukukuna aktaran pek çok ülkede sanal cinsel istismar suçunda 16 yaş yahut 15 yaşın altındaki kişiler mağdur olarak kabul edilmektedir ve mağdurun yaşı noktasında yeknesaklık bulunmamaktadır. Türk hukukunda belirli düzeydeki cinsel davranışlara rıza gösterebilecek 15-18 yaş aralığındaki çocuğun, failin manipülasyonu gözetildiğinde her zaman sanal cinsel istismarına özgür bir irade ile cevaz verdiğiinden söz edilemeyebilecektir. Bu nedenle sanal cinsel istismarda mağdur çocuğun 18 yaşın altındaki birey olarak tanımlanması uluslararası sözleşmelerin çocuk tanımı ile de uyumlu olacaktır.

LGBTİ çocukların cinsel yönelimleri nedeniyle maruz kaldıkları dışlanma onların ancak sanal ortamlarda sosyalleşebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu durumdaki çocuklar sanal cinsel istismar fiillerine karşı daha büyük bir risk altındadır. *Lanzarote Sözleşmesi* hassas durumda olan çocukların korunması için özel hükümler ihdasını öngörmüştür. Kanaatimizce LGBTİ çocukların sanal cinsel istismarı da daha fazla cezaya layıktır. Ayrıca failin mağdur çocuğun aile üyelerinden biri, yakını, vasisi, eğitici gibi çocuk üzerinde yetki sahibi biri olması hali de daha fazla cezaya layıktır. Zira çocuğu yakından tanıyan bir failin onu daha kolay manipüle edebileceği açıktır.

KAYNAKÇA

Alexy EM vd, 'Internet Offenders: Traders, Travelers, and Combination Trader-Travelers' (2005) 20 (7) Journal of Interpersonal Violence 804-812.

Altıntop KA, 'Online Çocuk İstismarının Hukuksal Boyutta Değerlendirilmesi' (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017).

Avrupa Konseyi, 'Çocukların Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Web Broşürü', <<https://rm.coe.int/prems-107219-tur-2576-lanzarote-convention-leaflet-a5-web/168098bd18>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2020.

Avrupa Konseyi, 'LGBTI Children' <<https://www.coe.int/en/web/children/lgbti-children>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Baker A, 'Girl Describes Ordeal of Rape And Captivity' (New York Times 2001), <<https://www.nytimes.com/2001/08/14/nyregion/girl-describes-ordeal-of-rape-and-captivity.html>> Erişim Tarihi 4 Aralık 2020.

Baş E, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1135-1215.

Beech, AR vd, 'The Internet and Child Sexual Offending: A Criminological Review' (2008) (13) Aggression and Violent Behavior 216-228.

Bostancı Bozbayındır G, *Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği Ceza Hukuku* (Adalet, Ankara 2019).

Can N, Kolluk ve Adli Makamlar Tarafından İşlenen Kişisel Verilerin Korunması (On İki Levha, İstanbul 2021).

Çıkman B vd, 'Adı: Meraklı, Soyadı: Çocuk, Durum: Çevrimiçi, Sonuç: Grooming, İnternette Çocuk İstismarı' (2017) 15 (3) Güncel Pediatri Dergisi 87-97.

Dülger İ, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu' (Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1998).

Erbaş R, 'Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio?' iç Elettra Stradella, Giovanna Spanò (eds), Gender Based Approaches to The Law And Juris Dictio In Europe (Pisa University Press 2020).

Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, m. 155, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3832>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2020.

Fagan PJ vd, 'Pedophilia' (2002) 288 (19) American Medical Association 2458-2465.



International Centre for Missing and Exploited Children, ‘Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review’ (2017) <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Online-Grooming-of-Children_FINAL_9-18-17.pdf> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Katz C, ‘Internet-related Child Sexual Abuse: What Children Tell Us in Their Testimonies’ (2013) 35, Children and Youth Services Review 1536-1542.

Kopecky K, ‘Cyber Grooming Danger of Cyberspace’ (2010) <https://www.researchgate.net/publication/262513617_CYBER_GROOMING_-_DANGER_OF_CYBERSPACE_study> Erişim Tarihi 3 Eylül 2020.

Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der, İstanbul 2014).

Mooney JL, ‘Protecting Children from the Risk of Harm? A Critical Review of the Law’s Response(s) to Online Child Sexual Grooming in England and Wales’ iç Simone van der Hof, Bibi van den Berg, Bart Schermer (eds) *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety* (Springer 2014).

Muntarhorn V, ‘Article 34 Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Children’ iç André Alen vd. (Eds) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Nijhoff Publishers 2007).

Nuhoğlu A, ‘Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku’ (2010) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan 287-300.

O’Brien J, ‘Ilion father posed as daughter’s texting boyfriend to trick her into child porn’ (2016) <https://www.syracuse.com/crime/2016/03/ilion_father_posed_as_daughters_texting_boyfriend_to_trick_her_into_child_pornog.html> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Özbek VÖ, *Müstehcenlik Suçu* (Seçkin, Ankara 2009).

Özgenç İ, ‘Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar” (2020) (1) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-283

Polat O, *Çocuk Pornografisi* (Nokta Kitap, İstanbul 2007).

Smith P vd, ‘Cyberbullying: Its Nature and Impact In Secondary School Pupils’ (2008) (49) *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 376-385.

Morris S ve Agency, ‘Welsh gamer jailed for grooming two boys on Minecraft’ (The Guardian, 20 January 2017), <<https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jan/20/welsh-gamer-jailed-for-grooming-two-boys-on-minecraft>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Sokullu Akıncı F ve Dursun S, *Viktimooloji* (3. Bs, Beta, İstanbul 2016).

Soo K ve Bodanovskaya Z, 'Risk factors of becoming a victim of Internet related sexual abuse' in Mare Ainsaar and Lars Lööf (eds) Online behaviour related to child sexual abuse Literature Report.

Stonewall and Childnet International, 'Staying Safe Online', <https://www.stonewall.org.uk/system/files/staying_safe_online_-_stonewall_childnet_1.pdf> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Svedin CG, 'Research evidence in to behavioural patterns which lead to becoming a victim of sexual abuse' iç Mare Ainsaar and Lars Lööf (eds) Online behaviour related to child sexual abuse Literature Report.

Talamo L, 'Kids interact with predators at home – via social media' (Shreveport Times, 25 May 2017) <<https://www.shreveporttimes.com/story/news/investigations/2017/05/25/kids-interact-predators-home-via-social-media/101801508/>> Erişim Tarihi 23 Eylül 2020.

Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bs., Seçkin, Ankara 2017).

Tezcan D/ Erdem MR/ Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18.bs, Seçkin, Ankara 2020).

Tulkens F, 'The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights', (2011) 9 (3) Journal of International Criminal Justice 577-595.

UNICEF, 'Child Safety Online Global Challenges and Strategies', <https://www.unicef.org/protection/files/Child_Safety_online_-_Global_challenges_and_strategies_FINAL_1Dec.pdf> Erişim Tarihi 7 Eylül 2020.

van der Knaap LM ve Cuijpers C, 'Regulating Online Sexual Solicitation: Towards Evidence-Based Policy and Regulation' iç Simone van der Hof vd (eds), *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety* (Springer 2014).

Victoria State Government, 'Online grooming', <<https://www.education.vic.gov.au/about/programs/bullystoppers/Pages/adviceonlinegrooming.aspx>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2020.

Wachs S vd, 'Cybergrooming: Risk Factors, Coping Strategies and Associations with Cyberbullying' (2012) (24), Psicothema 628-633.

Webster S vd, 'European Online Grooming Project-Final Report' (2012) <https://www.researchgate.net/publication/257941820_European_Online_Grooming_Project_-_Final_Report> Erişim Tarihi 4 Eylül 2020.



Whittle HC vd, 'Victims' Voices: The Impact of Online Grooming and Sexual Abuse' (2013) 1 (2), Universal Journal of Psychology.

Yokuş Sevük H, '6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2015) 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119-145.

'9 Yaşındaki Kız Çocuğuna Cinsel İçerikli Mesajlar Yolladı', (Kocaeli Gazetesi, 2020) <<https://www.kocaeligazetesi.com.tr/haber/5508063/9-yasindaki-kiz-cocuguna-cinsel-icerikli-mesajlar-yolladi>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2020.

NE BIS İN İDEM İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİK ALANLARI İLE İLGİLİ BİR SENTEZ ÇALIŞMA

A Synthesis Study About Ne Bis In Idem Principle and Scope of Applicability

İlayda OTER*

Özet

Ülkemizde 1985 yılında imza edilen ve 2016 yılında yürürlük kazanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7.Ek Protokolünde bahsi geçen Ne Bis İn İdem yani iki kez yargılanma yahut cezalandırılma yasağı idari ve adli alanda tek fiile bağlı olarak iki ayrı cezanın öngörüldüğü pek çok hususta gündeme gelmekte ve tekrar tartışılmaktadır. İdari ve adli yargıda tek fiil üzerinden tek kişiye iki ayrı yaptırım uygulanması, yaptırımların amaçlarına dayandırılarak kararlarda meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Doktrindeki çoğu görüşün ve yüksek mahkeme kararlarının bu amaçsal yorumu desteklemesine karşın bir kısım hukukçular, bu yorumun, Ne Bis İn İdem ilkesinin ihlalini oluşturduğu görüşünü savunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin fiil ve amaç üzerine incelemelerde bulunduğu Ne Bis İn İdem ilkesi ile bağıntılı kararlarında son dönemde gittiği görüş değişikliği ulusal kararlarda henüz tam manasıyla yer bulamamıştır. Bu çalışmada Ne Bis İn İdem ilkesi, ulusal ve ulusal üstü kararlar bakımından incelenmiş, özellikle idari ve cezai alanda yaşanan ayrıklık üstünde yoğunlaşarak kararların ve yorumların hukukiliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ne Bis İn İdem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Vergi Ceza Hukuku, İnsan Hakları, Hakkaniyet, İdari ve Adli Yargı

Abstract

Protocol No.7 To The Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamentals Freedoms which is signed by Turkey in 1985 and inured in 2016 discussed the Ne Bis In Idem Principle. The principle suggests prohibition of double jeopardy or double judgment; this principle seems very common and controversial in adjudicature and criminal jurisdictions adjudge two different sanctions. Implementations which in adjudicature and criminal jurisdictions put two different sanctions up to the same person for the same action tried to legitimate by based on sanctions' purposes. Most of the obiter dictum and supreme courts adjudgements sustain this teleological interpretation despite some jurists stick up for the idea this teleological interpretation violates the Ne

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.09.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, ilaydaoter1998@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9211-5830>



Bis In Idem principle. About Ne Bis In Idem related adjudgements, which examine about action and intendment by European Court Of Human Rights, Court tergiversed in the recent period but this couldn't find place in national adjudgements in its fullest sense yet. In this article, the Ne Bis In Idem principle examined in recognition of national and international adjudgments, especially well noted about administration and criminal judgments disjunction, judgments and commentaries' legality.

Keywords: Ne Bis In Idem, The Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamentals Freedoms, Tax Criminal Law, Human Rights, Equity, Administrative And Criminal Justice

GİRİŞ

“Ne bis in idem“; ceza hukuku ve ceza yargılama usul hukuku ilkesi olarak bilinmekte ve sıkça olmasa da uygulamada gündeme gelebilmektedir. Bir eylemden veya atılı suçtan ötürü suçlananın, iki ayrı yargılamaya tabi tutulmaması hatta cezalandırılmaması olarak tanımlanmaktadır. Bu ilke, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik, kişi özgürlüğü ve kamu düzeni bakımından toplumsal barışa ve hukuk kurallarına yönelik güveni pekiştirme amacıyla geliştirilmiştir. Kişiler için ikinci bir yargılama yahut cezaya karşı adeta bir kalkan görevi görmektedir.

İşlediği eylemden ötürü yargılanan veya cezalandırılan bir kişinin aynı eylem nedeniyle ikinci bir yargılamaya tabi tutulmaması veya cezalandırılmasının artık mümkün olmaması gerektiği anlatılmaktadır. Tek eylemin sonucu olarak uygulanan iki ayrı yaptırımın yahut yargılamanın hukuka güveni zayıflattığı gibi kişi özgürlüğünü de sınırlandırdığı vurgulanmaktadır.

Ceza ve idari yargılamada bu ilkenin uygulanmasının, sınırlı bir alanının bulunduğu akademisyenlerce ısrarla ifade olunmaktadır. Temel gerekçe olarak da cezai müeyyideler ile idari yaptırımların ayrı alanlarda, ayrı amaçlara yönelik olarak öngörülmüş olması gösterilmektedir. Yani eylemin teklighinden ziyade yaptırımın amacı üzerinde durulmakta ve bu amaçların koruduğu değerlerin farklılıkları belirginleşmektedir.

Bir eylemden ötürü ceza yargılamasına tabi tutulan bir kişi, aynı eylemden ötürü bir daha ceza yargılamasına tabi tutulması halinde Ne bis in İdem ilkesi uygulama alanı bulmakla birlikte nitekim aynı eylemden ötürü ceza yargılaması dışında diğer yargılama (İdari yargılama, vergi yargılaması, hukuk yargılaması gibi) görev alanlarına da konu edilmemesi üzerinde tartışılan ve fikir birliği oluşmayan bir konu olarak gündem teşkil etmektedir.

İşte biz bu makalede Ne bis in İdem ilkesini teorisi ve pratiğe yansıyan yanları ile incelemeye ve bu amaç/hareket çatışmasının işlendiği karar ve normlara yer vermeye çalıştık.

Öncelikle ceza hukuku ilkesi olarak ortaya çıkışını, Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)' ne EK 7 Numaralı Protokolün

4. maddesinde yer verilmiş olan kuralları ve Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümleri açıklayacağız. Ardından konunun ulusal ceza hukukumuzda gördüğü uygulamayı ve uluslararası hukukta özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ile yaklaşım ve yansımaları vereceğiz. Bunlarla birlikte akademik görüşler ve uygulamada yargı yerlerinin yaklaşımını aktararak, kendi görüş ve düşüncelerimizle konuyu bir bütün olarak ifade edip, tartışmaya açacağız.

1. KONU İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

1.1. Anayasa Maddeleri

1.1.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 2

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” denilerek, maddede devletin insan hakları karşısındaki nitelikleri belirtilmiş ve devlet yapısının adalet temeline dayandığı vurgulanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Ne Bis İn İdem ilkesine doğrudan değinilmese dahi dolaylı olarak etkilerini görmek ve Anayasa'nın ruhunda bunu yorumlamak mümkündür.

1.1.2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 38

“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” kuralı öngörülmüştür.

Ne Bis İn İdem ilkesi ile ilişkilendirilebilecek bir diğer madde Anayasa'nın 38.maddesi olup, kişilere ilgili fiil sebebi ile kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği yönündedir. Yani bu maddeyi biraz olsun geniş yorumlarsak kanunda ilgili ceza bulunan bir suç için kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza verilemeyeceği yahut cezanın kanunun öngörmediği şekilde ağırlaştırılmayacağı çıkarımı yapılabilir.

1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol Madde 4.

“Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.” garantisini tanımlamıştır.

İki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı bu madde ile alenen açıklanmış, çifte yargılama ya da çifte cezalandırmanın insan haklarına aykırılığı kabul edilmiştir. Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bu ek protokolünün hukukumuzdaki niteliği ise Anayasa'nın 90.Maddesi'nin



5.fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklinde belirtilmiş ve ulusüstü sözleşmesel bir nitelendirme yapılmıştır.

2. NE BIS İN İDEM İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE UYGULAMAYA YANSIMASI

Latince bir ifade olan ne bis in idem veya non bis in idem, sözlük anlamı itibarıyla, aynı şeyin iki defa tekrarlanamayacağını ifade ederken, ceza hukuku bakımından, bir kişinin aynı eylem nedeniyle iki defa sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir.¹ Ne bis in idem ilkesi, aynı fiil nedeniyle aynı kişi hakkında birden fazla dava açılmaması veya hüküm verilememesini ifade etmektedir. Aynı fiil nedeniyle faile sadece bir ceza verilmelidir.² İsmi nin tam karşılığı olarak da “aynı şeyi ikilememe” anlamına gelen Ne Bis İn İdem ya da Non Bis İn İdem ilkesi kişiye bir kez parçası olduğu hukuki sürecin tekrarına karşı bir bağımsızlık kazandırma amacı gütmektedir. Bir çeşit hukuki güvenlik ilkesi olduğunu söylemek mümkündür.

Ne Bis in İdem prensibinin kökenleri 16. yüzyıla kadar uzanmaktadır. Bu prensip, nemo debet bis vexari pro una et eadem causa³ olarak adlandırılan, ‘bir kişi aynı sebepten dolayı iki defa soruşturulamaz ya da yargılanamaz ve

¹ Ali Rıza Töngür , ‘Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında “Ne Bis İn İdem” Prensibi’ (2015) 19 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341,243. Ayrıntılı bilgi için bkz. : Gerard Coffey, ‘Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction With The Principle of Complementarity’ (2013) 4 (1-2) New Journal of European Criminal Law, 63; Jana Seydel, ‘Enforcement or no Enforcement?: Interpreting the “ne bis in idem” Principle in the European Union’(2011) Grin, 6; Gerard Conway, ‘Ne Bis in İdem in International Law’ (2003) (3) International Criminal Law Review, 217-218; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey and Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (16. Bası, Beta Yayınları, 2008) 125; Mustafa R. Erdem, Avrupa Birliği Hukukunun Üye devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri (Seçkin Yayıncılık, 2004) 329; Mustafa Özen, ‘Non Bis In Idem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)’ (2010) 14 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 390.

² Altan Rençber, ‘Ne Bis İn İdem İlkesi Uyarınca Vergi Suç Ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi’ (2017) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Ayrıntılı bilgi için bkz.: İl Han Özyaz, İdari Yaptırımlar (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1985) 35; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987) 34; Yücel Oğurlu, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Ve Sorunu “Ne bis in idem” Kuralı’ (2003) 52 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 103.

³ Töngür (n 2) 344.

nemo debet bis pinuri pro uno delicto⁴ olarak adlandırılan, ‘bir kişi aynı suç nedeniyle iki defa cezalandırılmaz’ şeklinde tercüme edilebilecek Roma Hukuku kuralından⁵ esinlenerek ortaya konulmuştur. Ne bis in idem kuralının doğal uzantısı ise ne bis poena in idem kuralı olup, modern ceza hukukunda bu ilke ‘mahsup’ ilkesi olarak adlandırılmaktadır.⁶

Türkiye, Sözleşmenin Ek 7 no lu protokolünü 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı protokolün onaylanmasının uygun bulunduğu kanunun ise 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandığı görülmektedir. Protokol diğer süreçlerin de tamamlanması ile birlikte 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷

Ne bis in idem ilkesi kişinin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasını yasaklamanın yanında aynı zamanda buna ilişkin olarak kişinin usulü işlemlere tabi tutulmasını da yasaklamaktadır. Bu ilke hiç kimsenin aynı suç nedeniyle ikinci kez kovuşturulmamasını veya yargılanmamasını veya cezalandırılmamasını garanti altına almaktadır. İkinci yargılama usulünün başladığı anda eğer birinci yargılama kesinleşmişse ikinci yargılama yapılamaz, yani birbirini izleyen yargılamalar yasaktır.⁸ Aslen kişinin yargıya güvenini pekiştiren bu ilke mevcut bir yargı işlemi sürecinde aynı sebebe dayalı olarak ikinci bir süreç daha başlatılmasını yasaklayarak bireyleri korumayı amaçlar. Bu tip sakat ikiz davaların sürmesi ve sonuçlanması kişinin tek bir fiil sebebiyle birden fazla kez cezalandırılmasına sebep olurken aynı zamanda adalete ve hukuka olan güveni azaltır. Aynı şekilde hükme bağlanmış bir yargı sürecinin – yeni kanıtlar yahut başka yenilenmeyi gerektiren sebep olmaksızın- tekrarlanması ihtimali de bu ilke ile güvence altına alınmıştır. Bu ilke ile mevcut karar bir nevi sigorta işlevi görmekte ve tek fiil sebebi ile faile uygulanan yaptırımın tekrarlanarak failde tekrar bir zarara sebep olması olasılığı ortadan kaldırılmıştır.

Ne Bis İn İdem ilkesinin değinmeden geçmekten kaçınacağımız ve tartışma yaratan unsurları; amaç ve harektir. Yani bu ilke uygulanırken hareketin tekliği mi göz önünde bulundurulmalıdır yoksa yaptırımların amaçları mı? Bunları başlıklar halinde işleyeceğiz.

⁴ Töngür (n 2) 344.

⁵ Töngür (n 2) 344.

⁶ Töngür (n 2) 344.

⁷ Ayşe Nil Tosun, ‘Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası’ (2017) 7 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 101.

⁸ Rençber (n 3) 2. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Giuseppe Marino, ‘Limitation of Administrative Penalties By The European Convention of Human Rights and The EU Charter of Fundamental Rights’ (2015) European Association Of Tax Law Professors (EATLP) Congress.



3. İLKENİN CEZAI VE İDARİ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN UYGULANMASI

Ne bis İn İdem ilkesinin, cezai yaptırımlar bakımından uygulanması hususunda pek çelişki bulunmamaktadır. Aşağıda kanun maddelerinde ceza hükümleri ilke bakımından incelenmiştir;

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 24: “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” kuralına yer verilmiştir. Metnini aynen aktardığımız mevcut hükümde iki kez cezalandırılmama hususundan dolayı olarak bahsedilmekte ve tek bir fiil ile iki suçun oluşması durumunda iki suç arasından en çok ceza gerektirenin uygulanacağı belirtilmiştir.

Madde 60: “Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.”denilmiştir. Bu hükümde ise tek bir fiil ile meydana gelmiş bir suç sebebiyle iki ayrı yaptırımın uygulanabileceğini öngörerek Ne bis İn İdem ilkesiyle bağdaşmayan bir düzenleme yapılmış. Ve cezai ehliyeti olmayan tüzel kişilere de yaptırım uygulanabileceği belirtilerek Cezaların Şahsiliği ilkesine de tezat oluşturmuştur.

5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu

Madde 223 7.fıkra: “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.”kuralı öngörülmüştür. CMK’da açıkça çifte hüküm ve yargılama yasağı bu madde ile belirtilmiş ve ikinci kez başvurulmuş hukuki yolun davanın reddi ile sonuçlanacağı belirtilmiştir.

Ne bis İn İdem ilkesinin, idari yaptırımlar alanında uygulanması ise sınırlı olup, bunun başlıca nedeni olarak da, ceza müeyyideleri ile idari yaptırımların ayrı alanlarda, ayrı amaçlara yönelik öngörülmesi gösterilmektedir. Doktrininde bu kuralın idari yaptırımlar alanında uygulanmasının sınırlılığı vurgulanmış ve bunun başlıca nedeni olarak da, ceza müeyyideleri ile idari yaptırımlarda ayrı alanlarda, ayrı amaçlara yönelik öngörülmesi gösterilmiştir.⁹

⁹ Rençber (n 3) 2. Ayrıntılı bilgi için bkzn.: İl Han Özay, **İdari Yaptırımlar** (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1985) 63. Aynı eyleme karşı birden çok yaptırımın uygulanabilmesi, idari yaptırımların bir tür kolluk önlemi olmasından kaynaklanmaktadır.

Ne bis in idem ilkesinin idari yaptırımlarla ceza yaptırımları arasında geçerli olmaması, ceza mahkemesi kararı ile idarenin karar verdiği yaptırımın birbirini etkilememesi sonuçlarını doğurmaktadır. Böylece idare ve ceza mahkemesi, aynı olay hakkında birbirinden bağımsız olarak farklı sonuçlara ulaşabilmektedir.¹⁰ İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir ihlalin varlığı halinde, ceza hakiminin hukuksal nitelendirmesi ve sonuçta verdiği karar idari yaptırıma karar verecek olan idari mercii bağlamaz.¹¹ Bunun nedeni cezai yaptırımın idari yaptırımla tamamlanması isteği yanında, aynı eylemle toplumun genel çıkarlarına ve bununla birlikte özel çıkarlara da verilen zararların engellenmesi isteğidir. Bu durumda aynı kişiye biri idari biri yargısal iki ayrı yaptırım uygulanabileceği gibi, birden çok idari yaptırım da uygulanabilecektir.¹²

İdari yaptırım kararının yargısal denetimi aşamasında, ceza yargılaması sonucunda verilen kararın etkisinin olup olmayacağı Danıştay kararlarında da tartışılmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, bir kişinin ceza hukuku bakımından mahkum olması ya da olmamasının, idari yaptırımlar açısından bağlayıcı olmaması kuralı Danıştay'a göre mutlak olarak anlaşılmamalıdır. Delil yetersizliği nedeniyle verilen bir beraat kararı, idari yaptırım verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı değildir.¹³ Fakat bu delil yetersizliği, haklı olarak belirtildiği üzere, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına ilişkin ise idari mercii için bağlayıcı olmamalıdır.¹⁴ Suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğine ilişkin delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmesi durumunda ise beraat kararı idari mercii için bağlayıcı olmalıdır.¹⁵ Ayrıca, beraat kararı, işlendiği sabit olan eylemin kanunda belirtilen suçu oluşturmadığına dayanıyorsa bu karar idari yaptırımı uygulayacak olan makamı bağlamayacaktır, çünkü eylem suçun unsurlarını taşımadığı halde idari yaptırımın unsurlarını taşıyabilir.¹⁶

Yargıtay'ın ise bu konuda farklı yönde kararları bulunmaktadır. Bir kararında idari yaptırımlarda Ne bis In Idem kuralına uyulması gerektiğini, idari yaptırıma karar verilmişken ikinci bir yaptırıma karar verilmemesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁷ Aksi yöndeki bir kararında ise, birden fazla yasayı ihlal eden eylem hakkında her iki yasanın da uygulanarak birden çok yaptırıma karar verilebileceğini belirtmiştir.¹⁸

¹⁰ Feyyaz Gölcüklü, 'İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları'(1963) 18 (2) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 215.

¹¹ Gölcüklü (n 11) 215.

¹² Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, (1st edn, Seçkin Yayıncılık, 2000) 80.

¹³ Danıştay 10 D 1987/1721, 27.10.1987

¹⁴ Ömer Asım Livanelioğlu, Memur Disiplin Hukuku (1st edn, Asil Yayıncılık, 2003) 45.

¹⁵ Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (1st edn, Asil Yayıncılık, 2006) 44.

¹⁶ Livanelioğlu (n 15) 46.

¹⁷ Yargıtay 2 CD, 1992/48, 03.12.1992

¹⁸ Yargıtay, 7 CD, 1992/1782, 05.03.1992



Anayasa Mahkemesi bu ayrımla alakalı bir kararında “Ceza hukuku ve kabahatler hukukunun öngördüğü yasak ve yaptırımlar farklı hukuki yarar, konu ve unsurlara ilişkin olabilmektedir. Bu hallerde, “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama” hakkından bahsedilmez.¹⁹ ” demektedir.

Fransız hukuk sisteminde ise idari yaptırımlar ile cezai yaptırımların bir arada uygulanabileceği yakın zamana kadar kabul edilmekteyken, Fransız Anayasa Konseyinin kararlarına göre²⁰ , oranlılık (ölçülülük) ilkesi uyarınca aynı olay için aynı kişiye Borsa İşlemleri Komisyonu (Commission des opérations de bourse/COB) tarafından verilen idari para cezası ile ceza hukuku bağlamındaki para cezası yaptırımının uygulanmasında, her iki cezanın toplamının, yaptırımlardan herhangi birinin en yüksek miktarını geçmemesi gerektiği kararı verilmiştir.²¹ Bu karara göre aslında aynı eyleme iki cezanın uygulanması fiilen önlenmiş olmaktadır. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM), hakkında idari yaptırım uygulanan kişinin aynı fiilden dolayı ceza davası sonucunda mahkûm olmasını, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak ne bis in idem ilkesine aykırı bulduğu da ifade edilmektedir.²² Benzer şekilde örneğin, Luck Dev v. İsveç Kararı’na konu olan olayda İsveçli bir vergi mükellefi, vergi idaresi tarafından defter tutmama suçu ve nitelikli vergi suçu dolayısıyla ek vergi ödemeye mahkûm edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise defter tutmama suçu ve nitelikli vergi suçunun kurucu unsurlarının birbirlerinden, aynı ihlal olarak bahsedilemeyecek kadar ayrıldığı ve bu nedenle Ne bis in idem ilkesinin uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir. Ancak ek vergi ve nitelikli vergi suçu ile alakalı olarak bunların aynı unsurlara sahip olduğuna ve bu nedenle de Ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.²³

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 13 Şubat 1991 tarih ve 1 sayılı “İdari Yaptırımlar Hakkında Tavsiye Kararı” da bu ilkeyi idari yaptırım uygulanırken dikkate alınması gereken ilkelerden biri olarak nitelendirmektedir. Kararın 3. maddesinde; bir kişinin aynı eylemden dolayı iki kez cezalandırılmayacağı ve aynı ihlal iki veya daha fazla makama cezalandırma yetkisi veriyorsa, o ihlal için daha önce uygulanan cezayı diğer idari makamların dikkate alacağı belirtilmiştir.²⁴

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 2014/72, 23.05.2015

²⁰ Fransız Anayasa Konseyi, COB, 28.07.1989

²¹ Meltem Kutlu Gürsel, ‘Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi’ (2005) 7 (0) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 538-539. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hélène Pauliat, Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi (1998) 151.

²² Kutlu Gürsel (n 22) 539

²³ Rençber (n 3) 10

²⁴ Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (1st edn, Turhan Kitabevi, 2008) 168

4. NE BİS İN İDEM İLKESİNİN KABAHATLER KANUNU İLE İLGİLİ OLARAK UYGULANMASI

Türk hukukunda idari yaptırımla birlikte ceza yaptırımının uygulanmasının ne bis in idem ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığına ilişkin doktrinde tartışma doğmuştur. Bazı yazarlar, bu ilkenin idari yaptırımlarla cezalar arasında da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşte olanlara göre, düzeni ihlal edici bir eyleme karşı ancak bir müeyyide uygulanmalıdır. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun 15/3 üncü maddesi de bu görüş doğrultusunda bir düzenleme içermektedir.

Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı yasanın 31. maddesiyle değişik 3. maddesinin (b) bendi ise; *"...Kanun'un diğer genel hükümleri, idarî para cezası (...) yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır"* demek suretiyle İçtima başlıklı maddeyi idari para yaptırımları bakımından genel hüküm olarak ne bis in idem kuralının uygulanmasına ve diğer kanunlardaki idari para yaptırımlarına teşmil edilmesine imkan sağlamıştır.

Dolayısıyla 15. maddenin 3. fıkrasında bir eylemin hem kabahat hem de suç oluşturması halinde, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanması öngörülmüştür; *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."*

Öte yandan, Kabahatler Kanunu'nun 15 inci maddesinin birinci fıkrasında bir idari suç nedeniyle iki ayrı idari ceza uygulanmasına ilişkin olarak özel bir hüküm sevk edilmiştir; *"Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir"*

Söz konusu fıkrada, aynı fiil nedeniyle mevzuatta iki ayrı idari para cezası öngörülmüşse, bu cezaların her ikisinin de uygulanamayacağı ve sadece biri ve en ağır olanının uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak aynı fiilden dolayı hem idari para cezası hem de diğer bir idari yaptırım öngörülmüşse, hem idari para cezası hem de diğer idari yaptırım aynı anda uygulanabilecektir. Bir diğer deyişle, bir eyleme yasal dayanağı olması halinde bu iki idari yaptırım beraber uygulanabilmektedir. O halde Kabahatler Kanunu idari cezalar için ne bis in idem ilkesini kısmi olarak kabul etmekte olup, bir fiil nedeniyle sadece iki ayrı idari para cezası öngörülmüşse bu ilkenin uygulanmasını öngörmekte; fakat aynı fiil nedeniyle örneğin hem idari para cezası hem de lisans iptali öngörülmesi durumunda bu ilkenin uygulanması Kanuna göre mümkün olamayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlandığı durumlarda, kanun koyucu ne bis in idem kuralının tam olarak geçerli olacağını



öngörmüş, eylemin sadece ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesini kabul etmiş, ayrıca kabahat nedeniyle yaptırım uygulanmasının mümkün olmadığını hükme bağlamıştır. Kanununun 15/3 fıkrası ceza hukukuna üstünlük tanımakta, aynı eylemin hem suç hem de kabahat olarak kabul edilmesine olanak vermemektedir.

Kabahatler Kanunu yürürlüğe girene kadar Sermaye Piyasası Kanunu'nda idari para cezası gerektiren eylemler hakkında aynı zamanda ceza mahkemesi tarafından da ceza verilmesinin ne bis in idem ilkesine aykırı olacağına dair açık bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla bu ilke Sermaye Piyasası Kanunu'da öngörülen idari para cezalarını kapsamıyordu.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Madde 103, 2.fıkra: *“Birinci fıkradaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden kişinin bir özel hukuk tüzel kişininin organ veya temsilcisi olması veya organ veya temsilcisi olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi olması hâlinde, ayrıca tüzel kişi hakkında da birinci fıkra hükmüne göre idari para cezası verilir. Aykırılığın, temsilcisi olunan veya adına hareket edilen tüzel kişinin zararına bir sonuç doğurması hâlinde, tüzel kişiye idari para cezası verilmez.”* kuralı öngörülmüş olup çalışma konumuz bakımından iyi bir örnek olduğunu belirtmekte fayda görmekteyiz.

Artık aynı fiil sermaye piyasasında idari para cezası gerektiren bir kabahat iken Sermaye Piyasası Kanunu'na veya TCK'ya göre de suç teşkil ediyorsa, Kabahatler Kanunu uyarınca sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Yalnızca, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir. Ancak, Kabahatler Kanunu'nun söz konusu 15/3 fıkrası uygulamada sorunlar çıkarmaktadır. Çünkü aynı eylem nedeniyle hem ceza davası açılıp hem de idari para cezası uygulandığında, suçtan dolayı ceza verilmesi durumunda önceden Kurulca uygulanan idari para cezası, Kabahatler Kanunu md.15/3'e aykırılık oluşturmaktadır.

Aynı eylemden dolayı idari para cezasını Kurul'un uygulayacağı, ceza davasını ise ceza mahkemesinin göreceği dikkate alındığında, md.15/3'ün uygulanabilmesi için hem yetkili denetim-gözetim otoritesinin hem de ceza mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, idarenin yaptırım uygulamak için ceza davasının açılmasını veya açılmış ise davanın sonuçlanmasını beklemesinin, idari yaptırımların niteliği ile bağdaşmadığı, idari yaptırımın kabahatin işlenmesi halinde yetkili idari makam tarafından gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra gecikmeksizin uygulanması gerektiği, idarenin, yaptırım uygulamak için ceza davasını beklemesinin, idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri aksatabileceği ifade edilmiştir. KARABULUT, sayılan nedenlerle bu kuralın değiştirilerek, kabahat dolayısıyla idari yaptırımın uygulanabilmesi için ceza davasının beklenmesinin gerekmediği yönünde bir düzenleme yapılmasını önermektedir.

Diğer taraftan, olayda oluşan ihlallerden en az birisi Sermaye Piyasası Kanunu'nda belirtilen bir yaptırımı gerektiriyorsa, bir başka ifade ile idari para cezası idari para cezası gerektiren kabahat niteliğindeyse, Kabahatler Kanunu'nun 15/1 maddesi uygulanacaktır. KK 15. Maddenin birinci fıkrasında, Türk Ceza Kanununun farklı neviden fikri içtima ilişkine ilişkin hükmüne paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, bu hüküm, sadece idarî para cezaları açısından uygulanabilir. Bu itibarla, bir fiille gerçekleştirilen birden fazla kabahatten her biri açısından idarî para cezası dışında başka idarî yaptırımlar öngörülmesi ise, bu yaptırımların hepsine birden karar verilir.²⁵ Buna göre, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilecektir. Bu kabahatlerle ilgili olarak Kanun'da idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.²⁶

5. NE BIS İN İDEM İLKESİNİN VERGİ SUÇ VE CEZALARI İLE UYGULANMASI

Vergi cezalarının konuyla asıl ilişkisini belirlemek ve konu hakkında net bir açıklama yapabilmek için öncelikle vergi cezalarının niteliği hususuna bir açıklık getirmek gerekmektedir. Vergi cezaları niteliği gereği ne tam olarak suç ne de tam olarak kabahat kapsamında kabul edilmiştir. Vergi cezalarının nevi şahsına münhasır bir niteliği olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeptendir ki suç niteliğinden sıyrılarak içtima hükümlerine dahil olmamış ve kabahat hükümlerinden sıyrılarak da 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15.Maddesi'nin 1 ve 3. Fıkralarından muaf olarak tek fiil üzerinden birden fazla yaptırım uygulanması hususu gündeme gelmiştir.

Vergi suçlarını "idarî kabahat", bunlara ilişkin cezaları ise "idarî yaptırım" şeklinde nitelendirmek yanlış olmayacaktır. Vergi cezalarının gerçek ceza oldukları, tazmin niteliğini taşıdıkları ya da her ikisini de içermek üzere karma bir yapıya sahip buldukları yolunda doktrindeki çeşitli görüş ve tartışmaları anıp söz konusu fiilleri idari kabahat ve bunlara ilişkin cezaları da idari yaptırım kabul edildiği²⁷ görüşü öğretilmektedir.

Bu hükme karşın birçok ülkede Türkiye'de olduğu gibi aynı kişi tek fiili ile hem vergi kabahati hem de vergi suçu işlediğinde hem hapis hem de para cezası alabilmekte iki ayrı yargı kolunda farklı dönemler itibarıyla yargılanabilmektedir.²⁸

²⁵ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu (2nd edn, Beta Basım Yayın, 2005) 99

²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yücel Oğurlu, İdarî Yaptırımlar (1st edn, Seçkin Yayıncılık, 2000) 80

²⁷ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu and Nami Çağan, Vergi Hukuku (29.Bası, Turhan Yayınevi, 2020) 214

²⁸ Tosun (n 8) 99. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Michal Radvan and Johan Schweigl, 'Penalties in Tax Law in Light of the Principle Ne Bis in Idem' (2016) P. Etel, Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe, 399



Danıştay'ın bu husustaki görüşü; istikrar kazanmış kararlarında tarihi ve amaçsal yorum yöntemlerini bir arada kullanarak özel usulsüzlük kabahatinin sadece içinde bulunulan dönem nedeniyle yapılan olağanüstü tarhiyatlar nedeniyle kesilebileceği yönündedir.²⁹

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise bir kararında yalnızca ilk yaptırımın cezai nitelikte olmaması durumunda bir devletin aynı eylemlerden dolayı iki yaptırım uygulanabileceği belirtilerek vergi ve ceza örneği verilmiştir.³⁰

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise son dönemdeki kararlarında bir değişikliğe giderek Ne Bis İn İdem ilkesinin özellikle kaçakçılık suçlarında aktif olarak uygulanmasını yönünde hükümler tayin etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının getirmiş olduğu en önemli sonuç, artık Türkiye'de kaçakçılık fiillerinin mevcudiyeti halinde, aynı vergi mükellefi fail hakkında hem vergi ziyayı hem de hapis cezası uygulanmasının Ne bis in idem ilkesini ihlal etmediğini söylemenin mümkün olmadığıdır. Ayrıca bu karar ile bir harekete farklı cezalar uygulanması değil Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca birbirinden bağımsız yürütülen idari ve cezai usul de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırı hale gelmiştir. Artık vergi kabahatlerine ilişkin hükümler, vergi suçlarının yanında ikincil niteliktedir.³¹

Hukukumuzda vergi ile ilgili kanuni düzenlemeler;

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

Madde 335: "*Vergi ziyayı cezasında cezayı istilzam eden tek bir fil ile başka neviden birkaç vergi ziyaa uğramış olursa her vergi bakımından ayrı ayrı ceza kesilir.*" kuralı yer almıştır. Yazılı kanun maddesinde fiilin teklifine rağmen birden fazla suç -yahut kabahat- doğurması sebebiyle ilkenin açık ihlali oluşturması göz ardı edilmiştir.

Özellikle Vergi Yargılamalarında görülen ilkenin tam manasıyla ihlali durumu vergi suçlarının ne tam olarak suç ne de kabahat olarak kabul edilmesiyle yakından ilintilidir.

²⁹ Rençber (n 3) 4 . "...yasa yapıcı tarafından fatura ve benzeri belgelerin alınıp verilmemesi suretiyle mükelleflerin belge düzenine aykırı davranışlarının vergi kaybı doğup doğmamasına bakılmaksızın ve vergi kaybı doğmasını önleyici biçimde yaptırımı bağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 353. madde, takvim yılının kapanmasından sonra ve zamanaşımı süresi içinde vergi incelemesiyle belirlenen ve vergi kaybı doğuran olaylardan yola çıkılarak, yılı içinde belge düzenine de aykırı davranıldığı yaklaşımıyla ceza kesilmesini öngören bir düzenleme içermemektedir." Danıştay VDDGK 2009/404, 03.07.2009

³⁰ Selami Demirkol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları (1st edn, Beta Yayınevi, 2020) 225

³¹ Rençber (n 3) 11

Madde 340: “Bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez. Bu Kanunla vergi cezasiyle cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Madde 359: “Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.” kuralı öngörülmüştür.

Madde 363: “Bu Kanununun 6 ncı maddesinin son fıkrası gereğince mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılır. Bu hareketlerle vergi ziyasına neden olunması halinde, kişiye ayrıca bu Kanunun 344 üncü maddesine göre vergi ziyai cezası kesilir.” denilmiştir.

6. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN İLKEYE YAKLAŞIMI VE İÇTİHATLARI

Aynı suçtan ötürü iki kez yargılanmama ya da cezalandırılmama hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ ne Ek 7 numaralı Protokol ün 4. Maddesi ile garanti edilmiştir: Bu maddenin amacı kesin hüküm ile sona ermiş olan bir ceza yargılanmasının tekrarlanmasını yasaklamaktır. Bu hak, AİHS md.6’dan farklıdır ve ileri sürülebilmesi için şikayet edilecek devletin Protokol No.7’ye taraf olması gerekir.

Pro.7 md.4 üç paragraf içermektedir. İlk paragraf bu hakkın üç anahtar unsurunu düzenlemektedir:

- 1) Her iki yargılama da nitelik itibarıyla “*cezai*” mi?
- 2) Her iki yargılamadaki suç “*aynı*” suç mu?
- 3) Yargılamaların “*tekrarı*” var mı? (bu unsur şu üç alt hususu içermektedir:
 - i- İlk karar “kesin” mi?,
 - ii- Yeni bir yargılama var mı?,
 - iii- Md.4/2’de yer alan istisna uygulanabilir mi?

Bu hak, ulusal düzlemle sınırlı bir uygulamaya sahiptir. Dolayısıyla birden fazla ülkeyi kapsayan yargılamanın tekrarlanması, bu hak kapsamında yasaklanmış değildir. (Sarría v. Poland³² (dec.))

Md.4/3 uyarınca bu hakkın olağanüstü dönemlerde AİHS md.15 uyarınca askıya alınması mümkün değildir.

³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 80564/12, 2015



Non bis in idem yasağı sadece “ceza yargılaması” bakımından uygulanabilir. Bu nedenle, bir kişinin aynı eylemden ötürü hem ceza yargılamasına hem de disiplin işlemlerine tabii tutulması bu hak çerçevesinde mümkündür.

Yargılama işlemlerinin cezai olup olmadığının belirlenmesinde ulusal hukuklar tek başlarına belirleyici değildir. Md.4’teki “cezai işlemler” kavramı, AİHS md.6 ve md.7’deki “suç isnadı” ve “ceza” kavramlarına ilişkin genel ilkeler ışığında yorumlanmalıdır. Bu konuda AİHM’in daha önce geliştirmiş olduğu “Engel kriterleri” (Engel and Others v. The Netherlands³³) yol göstericidir.

Nitekim ilkenin AİHM kararlarında bulunduğu yansıma ile ilgili olarak aşağıdaki kararları kısaca aktaralım.

6.1. Disiplin işlemleri

*Kremzow v. Austria*³⁴ davasında, cinayet suçundan mahkum olan emekli bir hakimin disiplin yargılaması çerçevesinde emekli haklarında mahrum bırakılması non bis in idem yasağına aykırı bulunmamıştır. Çünkü ikinci yargılama, birinci yargılamanın mahkumiyet kararı üzerine başlatılmıştır ve emekli bir yargıcın ciddi bir suçtan mahkum olmasının aynı zamanda bir disiplin suçu oluşturup oluşturmadığıyla sınırlıdır. Bu nedenle, md.4 anlamında yeni bir cezai yargılama olarak değerlendirilemez.

*Kurdov and Ivanov v. Bulgaria*³⁵ davasında, Bulgar Ulusal Demiryolu Şirketinde çalışan başvuruçular, vagonlardan birinin içeriğinin yanmasından sonra önce idari işlemlere tabii tutulmuş ve güvenlik tedbirlerine uymadıkları gerekçesiyle para cezasına çarptırılmışlardır. Daha sonra haklarında değerli eşyaları kasten yakmak suçundan cezai işlem başlatılmıştır. AİHM, idari işlem çerçevesinde yaptırım uygulanan fiilin “cezai” bir fiil olma kriterlerini taşımadığını ve tipik bir disiplin suçu olduğunu belirterek md.4’ün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

6.2. Vergi ziyayı cezası

AİHM, vergi ziyayı cezasına ilişkin davalarda bunun md.4 anlamında “cezai” olduğuna karar vermiştir. Bu husustaki en yeni kararlar arasında A and B v. Norway (GC)³⁶ ve Johannesson and others v. Iceland³⁷ yer almaktadır.

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 1976

³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 12350/86, 1993

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 17599/07, 2018

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 24130/11 ve 29758/11, 2016

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 22007/11, 2017

6.3. Ceza mahkumiyetini takiben sürücü ehliyetinin alınması

Hangl v. Austria³⁸ davasında, başvuru hız sınırını aşmak suçundan mahkum edilmiş ve sonrasında ehliyeti geçici olarak alınmıştır. AİHM, bu olayda non bis in idem kuralının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

6.4. Lisans iptali

Palmen v. Sweden³⁹ davasında başvuru partnerine saldırmasından sonra silah taşıma lisansının iptal edilmesi AİHM tarafından md.4 anlamında bir “ceza” olarak görülmemiş idari bir işlem olarak kabul edilmiştir.

6.5. Oturum izinleri

Davydov v. Estonia⁴⁰ davasında, ceza yargılaması sonucunda mahkum edilen başvurucuya bu nedenle oturum izni verilmemesi idari bir işlem olarak görülmüştür AİHM tarafından. Pro. No.7 md.4 anlamında bir cezai yaptırım olarak görülmemiştir.

6.6. Cezaevinde uygulanan disiplin işlemleri

Toth v. Croatia⁴¹ davasında cezaevinde cezasını çekmekte olan başvuru cezaevi gardiyanına sözlü saldırıdan ötürü 21 gün hücre cezasına çarptırılmıştır ve daha sonra hakkında tehdit suçundan ceza davası açılarak mahkum edilmiştir. AİHM, hücre hapsine cezasının md.4 anlamında “cezai” nitelikte olmadığına karar vermiştir.

6.7. İdari işlemler ve cezalar

Ruotsalainen v. Finland⁴² davasında başvuru, bir trafik kontrolü esnasında kamyonunda vergisi daha yüksek olan akaryakıt yerine vergisi düşük olan bir akaryakıt kullandığı fark edilmiş ve vergi kaçakçılığından para cezasına çarptırılmıştır. Daha sonra idari yargılama da yapılmış ve ilave vergilere çarptırılmıştır. AİHM, ilk işlemin md.4 anlamında “cezai” olduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız Ne bis in Idem ilkesine uygulamada sıkça karşılaşılmamakla birlikte ceza hukukunun önemli ilkelerinden birisi olarak kabul görmektedir. Kaldı ki önemine binaen AİHS’ e EK 7 numaralı Protokolün 4. Maddesine konu edilmiş ve uluslararası bir korunma sağlanması

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 38716/97, 2001

³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 38292/15, 2016

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 16387/03, 2005

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 49635/10, 2012

⁴² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Başvuru no: 13079/03, 2009



garantisini tanınmıştır. Yani bir kişinin aynı suçtan ötürü iki kez yargılanması veya cezalandırılması meselesi uluslararası koruma kapsamına alınarak, insan hakları ihlali olarak öngörülmüştür. Ancak sözleşmenin asıl metninde yer bulamaması sebebiyle yalnızca 7 numaralı Protokol'ü imza eden devletlere karşı bu ihlal ileri sürülebilir. Tamamen hukuki güvenlik ilkesiyle temellendirilmiş olan bu ilke gerek ceza hukuku gerekse idare hukuku uygulamalarında gündeme gelebilmektedir.

İlkenin uygulanabilmesi için iki unsur gerekli bulunmuştur; aynı hareket ve aynı kişi. Yani aynı kişinin tek fiili üzerinden ortaya yaptırım uygulanması gereken durumlar ortaya çıkıyorsa birden fazla yaptırım değil yalnız bir yaptırım uygulanmalı ve kişi faili olduğu tek fiil sebebiyle iki ayrı yaptırımı tabii tutulmamalıdır.

Ancak aynı fiil deyiimiyle kastedilen bazı kararlar kapsamında farklılık göstermiş ve ülkeler tarafından kendi iç hukukları uyarınca yorumlanmıştır. Bu sebeptendir ki amaç ve hareket ayrımı ortaya çıkmıştır. İlkenin aslen amacının tek hareket üzerinde birden fazla yaptırımın yahut yargılamanın yapılmasını yasakladığı görüşünü savunmakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2011 sonrası kararlarında da sıkça bu hususun dikkate alındığı ve Ne bis İn İdem ilkesinin hareket üzerinden yorumlanarak hükme varıldığı görülmektedir. 2011 öncesi kararlarda ise genel olarak tek fiil olsa dahi yaptırımların amaçları farklı olduğu durumlarda kişinin birden fazla yaptırımı tabii tutulabileceği öngörülmüştür. Bu ayrım genel olarak hem cezai hem idari alanda uygulanan yaptırımları öngörmekte ve bu iki alandaki yaptırımların farklı amaçlar güttüğü temeline dayanmaktadır. Daha açık bir dille anlatılması gerekirse cezai yaptırımlar daha çok kişinin fiilinin sorumluluğunu üstlenmesini amaçlamakta ve kişi ıslahı üzerinde durmaktadır. Buna karşın idari yaptırımlar kamu düzenini korumak amacı üzerinde durmaktadır.

Gerek ülkemiz gerekse birçok ülkede amaç kapsamında yorumlanmaya devam edilen bu ilke aslen İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alarak ana amacının bireyin korunması yönünde olduğunu gözler önüne sermiştir. Amaç kapsamında yorum ise genel olarak hukuk güvenliği temelinde ele alınarak hukuka güveni artırma amacı gütmüş ve yaptırımın etkisini kamu nezdinde gözler önüne sererek caydırıcı bir etki uyandırmak için kullanılmıştır. Bu kapsamda yorumun bireyin korunmasından ziyade kamunun algısının korunması ve ikincil tutulması gereken yaptırım yahut yargılamanın da adeta farklı bir fiil sebebi ile gerçekleşmiş gibi ayrıca hükme ya da yargılamaya tabi tutulmasını sağladığı açıktır. Aslen hem kamunun hukuka güvenini sarsmamak hem de bireyleri koruma görevi amacıyla Anayasa sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan devlet bu tekrarlayan işlemler sebebiyle bu iki görevi dengede tutamamış ve Ne Bis İn İdem ilkesini birçok hukuk sahasında göz ardı ederek bireyin korunmasını ihmal etmiştir.

Bizim görüşümüz bu ilkenin her hukuk arenasında hareket temelinden yola çıkılarak yorumlanması ve kişi hakları ve güvenliğine azami önem verilerek tek hüküm oluşturulması yönündedir. Bu hususta yaşanan mağduriyetlerin önlenmesi asli amaç olarak görülmeli ve bu yönde düzenlemeler yapılmalıdır.

Ülkemizde özellikle kendine münhasır bir niteliği olan vergi kanunlarında ve cezai - idari yaptırım çatışması arasında görülen bu ihlaller amaçsal yoruma dayanarak yasallaştırılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu amaçsal yorum bireyleri ikinci plana atmakta ve kamunun hukuka güveni ile devletin vatandaşlarını koruma görevini ikinci plana atmaktadır. Bireylerin tek bir fiil ile meydana getirdikleri birden fazla yargılama ya da yaptırım sebebi fiil birden fazla yargılama ve/veya birden fazla yaptırıma tabii tutularak cezaların ölçülülüğü ilkesi alenen ihlal edilmekte ve bireyin omuzlarına işlenen fiilin karşılığı olan yaptırımdan daha ağır bir yük yüklenmektedir.

Bu durumun sonucu olarak da kamu güvenliğini sağlamayı hedefleyen bu uygulama bireylerin güvenini sarsarak hukuka güveni azaltmakta ve tek dayanak noktası olan kamu güvenliği ile hukuka güveni sağlama amacını ihlal etmektedir.

Belirttiğimiz sebeplerden kalkılarak amaçsal temellere dayandırılan uygulamanın verdiği zararların bireylerin haklarını ihlale yol açtığını açıklamış olduk. Bu hususta AİHM kararları ve 7.Ek Protokol uyarınca yeni düzenlemeler yapılarak uygulamadaki ihlallerin ortadan kaldırılmasının gerektiği inancında olduğumuzu belirtmek isterim.

Eylül, 2021-İstanbul

KAYNAKÇA

Coffey G, 'Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting Ne Bis in Idem in Conjunction With The Principle of Complementarity' (2013) 4 (1-2) New Journal of European Criminal Law

Conway G, 'Ne Bis in Idem in International Law' (2003) (3) International Criminal Law Review

Çağlayan R, Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (1st edn, Asil Yayıncılık, 2006)

Demirkol S, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İdari Davalarla İlgili Yargılama Ayrıntıları (1st edn, Beta Yayınevi, 2020)

Derdiman R.C, 'Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme(1)' (1997) 6 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi

Erdem M.R, Avrupa Birliği Hukukunun Üye devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri (1st edn, Seçkin Yayıncılık, 2004)



Gölcüklü F, ‘İdari Ceza Müeyyidesi ve Bunlara Karşı Kanun Yolları’(1963) 18 (2) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi

<https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf>

<<http://www.duhaime.org/LegalDictionary>>

Karabulut M, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (1st edn, Turhan Kitabevi, 2008)

Kunter N, Yenisey F and Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (16. Bası, Beta Yayınları, 2008)

Kutlu Gürsel M, ‘Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi’ (2005) 7 (0) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Livanelioğlu Ö.A, Memur Disiplin Hukuku (1st edn, Asil Yayıncılık, 2003)

Marino G, ‘Limitation of Administrative Penalties By The European Conventaion of Human Rights and The EU Charter of Fundamental Rights’ (2015) European Association Of Tax Law Professors (EATLP) Congress

Oğurlu Y, ‘Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi Ve Sorunu “Ne bis in idem” Kuralı’ (2003) 52 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Oğurlu Y, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, (1st edn, Seçkin Yayıncılık, 2000)

Öncel M, Kumrulu A and Çağan N, Vergi Hukuku (29.Bası, Turhan Yayınevi, 2020)

Özay İ.H, İdari Yaptırımlar (1st edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1985)

Özen M, ‘Non Bis In Idem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi’ (2010) 14 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Pauliat H, Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi (1998)

Radvan M and Schweigl J, ‘Penalties in Tax Law in Light of the Principle Ne Bis in Idem’ (2016) P. Etel, Tax Codes Concepts in the Countries of Central and Eastern Europe

Rençber A, ‘Ne Bis İn İdem İlkesi Uyarınca Vergi Suç Ve Kabahatlerinin Değerlendirilmesi’ (2017) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Seydel J, ‘Enforcement or no Enforcement?: Interpreting the “ne bis in idem” Principle in the European Union’(2011) Grin

Tosun A, 'Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası' (2017) 7 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Töngür A.R, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında "Ne Bis İn İdem" Prensibi' (2015) 19 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yurtcan E, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm (1st edn, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987)

Yurtcan E, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu (2nd edn, Beta Basım Yayın, 2005)



İTTİFAK SİSTEMİNİN VE MİLLETVEKİLİ SAYISININ ARTMASININ TEMSİLDE ADALETE ETKİSİ

*Impact of Electoral Alliance System and Increase in the Number of Members
of Parliament on the Fairness in Representation*

İbrahim YILMAZ*

Özet

24 Haziran 2018 tarihinde yapılan 27. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri, 1995-2015 tarihleri arasında gerçekleşmiş olan 7 milletvekili genel seçimlerinden en temelde iki bakımdan farklılaşmaktadır. Bunlardan ilki seçilecek olan milletvekili sayısı bakımındandır. İkincisi ise siyasi partilerin seçim ittifakı yaparak milletvekili genel seçimine katılabilecek olmaları hususudur. 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen Anayasa değişikliği referandumunun kabulü ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısı 550'den 600'e yükselmiştir. Kamuoyunda ittifak yasası olarak da bilinen 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı Kanunla, getirilen değişikliklerle siyasi partilerin ittifak yaparak milletvekili genel seçimlerine katılmasının hukuki yolu açılmıştır. Bu çalışma 2018 öncesinde gerçekleşen bu iki değişikliğin temsilde adalet üzerindeki etkilerini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu iki değişikliğin temsilde adaletle olan etkisi Gallagher orantısızlık derecesi temelinde ele alınacaktır. Bu bağlamda, çalışma ilk olarak 2018 genel seçimleri sonucu oluşan Gallagher orantısızlık derecesini, eğer milletvekili sayısı 550 olsaydı oluşacak olan orantısızlık derecesiyle mukayese etmektedir. Benzer şekilde 2018 seçimleri sonucu oluşan Gallagher orantısızlık derecesi eğer ittifak sistemi olmasaydı oluşacak olan orantısızlık derecesiyle karşılaştırılmaktadır. Sonuçlar hem milletvekili sayısının artmasının hem de ittifak sisteminin, 2018 milletvekili genel seçimlerinde temsilde adaleti artırıcı mahiyette olduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Temsilde Adalet, İttifak Sistemi, 7102 Sayılı Kanun, 2018 Milletvekili Genel Seçimleri,

Abstract

General election held in 24 June 2018 is different at least in two ways from the former 7 general elections held between 1995-2015, in Turkey. Firstly the number of members of parliament is different. Secondly there is a difference in terms of establishing an electoral alliance. The number of members of parliament increased from 550 to 600

> *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

> *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.08.2021*

> *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, Samsun Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı, ibrahim.yilmaz@samsun.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6081-6648>.



with the approval of constitutional referendum held in 16 April 2017. Amendments, in general known as the alliance system (the statute date 13.03.2018 and number 7102), enable the political parties to establish a legal electoral alliance, before the general elections. These two important amendments made before 2018 is likely to impact the fair representation (proportionality of seats to votes) of political parties. The aim of this paper is to analyze the impact of these amendments on the fairness in representation taking the Gallagher index into consideration. In this respect, paper compares the Gallagher index of 2018 general election which, 600 members of parliament were elected, with the Gallagher index of 2018 election result if 550 members of parliament were elected. Similarly paper compares the proportionality of seats to votes ratio of 2018 general election with the election result of 2018 if there were no electoral alliance. Paper concludes that both amendments, increase number of parliament members and the electoral alliance system has a positive impact on the fairness in representation.

Keywords: Fairness in Representation, Electoral Alliance, the Statute Date 13.03.2018 and Number 7102, 2018 General Elections

GİRİŞ

Günümüz modern temsili demokrasi anlayışının en temel kurumlarından biri seçimdir. Demokratik bir toplumun varlığı için zorunlu olan ama yeterli olmayan seçim, kanun koymak ve yönetmek için, adaylar arasında yapılan bir tercih olarak tanımlanabilir¹. Halk adına belli bir süre karar alacak temsilcilerin belirlenmesi için yapılan seçimler çoğunlukçu sistem, nispi temsil sistemi ve karma sistem olmak üzere üçe ayrılırlar². Donald L. Horowitz'e göre seçim sistemi birbiri ile karşılıklı uyum içerisinde olan veya olmayan altı farklı amaca sahiptir³. Bunlar içerisinde temsilde adalet olarak ifade edilebilecek olan, partilerin meclisteki sandalye dağılımı ile seçimde aldıkları oy oranları arasındaki orantı, seçim sisteminin amaçları içerisinde yer almaktadır⁴. Yakın zamanda yapılan çalışmalardan biri, farklı seçim sistemlerinin uygulandığı, Avusturya, İngiltere, İrlanda ve İsviçre'de, seçmenlerin temsilde adaleti

¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2019) 300.

² Seçim sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar)*, (2. Baskı, Seçkin 2019) 547; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 353; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (14. Baskı, Legal Yayıncılık 2019) 207; Şeref İba, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, 2017) 180; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar (Ders Kitabı)* (2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019) 131; Yasin Aydoğdu, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, (1. Baskı, Adalet, 2015) 40.

³ Donald L. Horowitz, seçim sistemlerinin ilk anda akla gelebilecek altı amacı olduğunu ifade eder. Yazara göre bu amaçlar; 1) meclisteki sandalye dağılımının oy dağılımına orantılı olması, 2) seçmenlere karşı sorumlu hissetme, 3) uzun ömürlü hükümet, 4) "Condorcet kazananı"nın zaferi, 5) etnik ve dini gruplar arası uzlaşma, 6) azınlıkların parlamentoda yer alması. Donald L. Horowitz, 'Electoral Systems: A Primer for Decision Makers' [2003] 14(4) *Journal of Democracy* 115, 116.

⁴ Horowitz (n ...) 116

oldukça önemsediklerini ortaya koymaktadır⁵. Bu ülkelerde hem büyük hem de küçük partilere oy veren seçmenler, oy oranı ile sandalye dağılımı arasında orantısızlık olmasını adaletli bulmamaktadır⁶.

Türkiye’de yakın zamanda seçim sisteminde getirilen iki önemli değişiklik; *ittifak sistemi ve milletvekili sayısının artması*, temsilde adaleti etkileme niteliğine sahiptir. Şöyle ki bu değişikliklerin neler olduğuna bakacak olursak, 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan 27. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, 1995-2015 tarihleri arasında yapılan 7 milletvekili genel seçimlerinden en aziki noktada farklılaşmaktadır. İlk olarak seçilecek milletvekili sayısı bakımından, ikinci olarak ise siyasi partilerin hukuki olarak ittifak⁷ yapabilmeleri bakımındandır. 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen Anayasa değişikliği referandumunun kabul edilmesiyle birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) üye tam sayısı 550’den 600’e çıkmıştır. Bununla birlikte kamuoyunda *ittifak yasası* olarak da bilinen⁸ 7102 sayılı *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*⁹’un 16 Mart 2018 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte seçim ittifakları hukuki olarak formel bir nitelik kazanmıştır. Yapılan bu değişiklikler Türkiye’de seçim sistemi olarak uygulanan ülke barajlı nispi temsil seçim sistemini ortadan kaldırmamıştır. Bununla beraberinde, bu değişikliklerin nispi temsil sisteminin amaçlarından olan temsilde adalet üzerinde, özellikle seçim barajının küçük partiler tarafından ittifak kurularak aşılmasına olanak sağlamasından ötürü, etkileri olduğu ileri sürülebilir.

Alan yazınına baktığımızda, Türkiye’de uygulanan seçim sistemleri ile ilgili çok sayıda çalışmanın yer aldığı görülmektedir. Yapılan çalışmalar genellikle tarihsel süreç içerisinde Türkiye’de uygulanan seçim sistemlerini¹⁰,

⁵ Carolina Plescia, Andre Blais ve John Högstöm, ‘Do People Want a ‘Fairer’ Electoral System? An Experimental Study in Four Countries’ [2020] 59(4) European Journal of Political Research 733.

⁶ Plescia, Blais / Högstöm (n 2) 733

⁷ 1946-2018 yılları arasında yapılan Milletvekili Genel Seçimlerinde ittifak arayışları olmuş fakat bunların bir kısmı çeşitli gerekçelerle kurulamamış bir kısmı ise partilerin farklı siyasi parti listelerinden aday gösterme yoluyla gerçekleşmiştir. Çok partili siyasal hayata geçildiği tarihten günümüze milletvekili genel seçimlerinde kurulan ve kurulamayan ittifaklar için bkz. Emre Savut, ‘Geçmişten Bugüne Türkiye Siyasetinde Seçim İttifakları: Tercih mi? Zorunluluk mu?’ [2020] 39 Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 33, 38.

⁸ Savut (n 7) 33, 41.

⁹ RG., 16.3.2018, S. 30362.

¹⁰ I. Meşrutiyet’ten 12 Eylül 1980’e kadar olan süreçte Türkiye’de uygulanan seçim mevzuatı hakkında bkz. Murat Güvenir ‘Seçim Sistemleri ve Ülkemizdeki Uygulama’ [1982] 37(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 215, 229; Ergun Özbudun, ‘Seçim Sistemleri ve Türkiye’ [1995] 44(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 528; Necmi Yüzbaşıoğlu, ‘Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi’ [1996] 55(1-2) İstanbul Üniversitesi

temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin önemini¹¹, seçim sistemlerinin temsilde adalet ve yönetimde istikrar bakımından değerlendirilmesini¹², ülke seçim barajının temsilde adalet ve yönetimde istikrar bakımından değerlendirilmesini¹³, seçim sistemi tercihinin misyon boyutu ve Türk demokrasisi üzerine etkisini¹⁴ ve Türkiye’de uygulanan seçim sistemleri ile siyasi parti sistemi arasındaki ilişkiyi¹⁵ konu edinmektedir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonra Türkiye’de seçim sistemleri ile ilgili yapılan çalışmalar ise daha çok seçim ittifakları¹⁶ ve temsilde adalet ilkesi¹⁷ üzerine yoğunlaşmaktadır. Türkiye’deki hükümet sistemi

Hukuk Fakültesi Mecmuası, 103; Kenan Olgun, ‘Türkiye’de Cumhuriyetin İlanından 1950’ye Genel Seçim Uygulamaları’ [2011] 27(79) Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 1.; Şükrü Nişancı, Abdülkadir Özdemir, ‘Dünyada Uygulanan Seçim Sistemleri Işığında Türkiye için Alternatif Seçim Sistemi Önerileri’ [2017] 21(2) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 723, 729.

- ¹¹ Temsilde adalet ilkesinin demokrasi, yönetimde istikrar ilkesinin ise yürütme açısından önemli olduğu görüşü için bkz. Sinan Kılıçoğlu, ‘1982 Anayasası’nın Bir İmkânsız: “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar” İlkesi’ [2016] 20(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 6.
- ¹² Erol Tuncer, ‘Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği’ [2006] 22(1) Anayasa Yargısı, 167.; Nihat Bulut, ‘Temsilde Adalet – Yönetimde İstikrar İkilemi Bağlamında 12 Haziran 2011 Seçimleri’ [2010] 14(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1.
- ¹³ Mesut Aydın, ‘Türkiye’de 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda Öngörülen Ülke Seçim Barajının ‘Temsilde Adalet’ ve ‘Yönetimde İstikrar’ İlkeleri ile Uyumu’ [2016] 20(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27.;
- ¹⁴ Mehmet Ö. Alkan, ‘Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri’ [2006] 22(1) Anayasa Yargısı, 133, 135.
- ¹⁵ İbrahim Yılmaz, ‘Seçim Sistemlerinin Etkin Parti Sayısı ve Orantısızlık Derecesine Etkisi: Türkiye Örneği, 1950-2018’ [2020] 491 Türk İdare Dergisi, 337.
- ¹⁶ Betül Aydoğan Ünal, ‘Türkiye’nin Yeni Sisteminde Seçim Öncesi İttifaklar’ [2019] 10(2) Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi, 321.; Taylan Barın, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve “Seçim İttifakı” Düzenlemesinin Değerlendirilmesi’ [2019] 1, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1; Çağrı D. Çolak, ‘Seçim İttifakı Sisteminin 2018 Milletvekili Genel Seçimlerine Etkileri’ [2020] 15(2) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 719.; Türkmen Göksel, Yetkin Çınar, Sefullah Yürük, ‘İttifaklı Seçim Sistemi ve Sandalye Dağıtım Mekanizmalarının Temsilde Adalet Açısından Sayısal Analizi: Türkiye Örneği’ [2018] 13(14) Electronic Turkish Studies, 99.; Çok partili siyasal hayata geçildiği andan günümüze kadar olan genel ve yerel seçimlerde yapılan ittifakların *zorunluluk* ve *tercih* kavramları üzerinden incelenmesi için bkz. Savut (n 7) 33.
- ¹⁷ Battal Yılmaz, ‘Türkiye’de Güncel Dar ve Daraltılmış Bölge Bağlamında Seçim Sistemi Tartışmaları’ [2020] 21(2) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 421. Batuhan Ustabulut, ‘Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye’de Ülke Seçim Barajı Uygulaması’ [2018] 5(18) İnsan ve İnsan 341.; Furkan Çirkin, ‘Temsilde Adalet İlkesi Açısından genel Seçimlerde İttifak’ [2019] 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 433; Barın (n 16) 1.; Göksel, Çınar / Yürük (n 16) 99.

değişikliği sonrasında, seçim sistemleri ile ilgili yapılan çalışmaların önemli bir kısmında, ittifak sisteminin, anayasal ilke olan temsilde adalet ilkesi üzerinde etkisine odaklanılmıştır. İttifak sisteminin hem temsilde adaleti artırıcı hem de azaltıcı olma ihtimali üzerinde durulmuştur. İttifak yasasının, küçük partilerin meclise girmelerine olanak sağlaması açısından, ilk bakışta temsilde adaleti sağlaması olumlu gözükmeyle beraber, seçmenlerin oylarının sandalyeye dönüştürülmesinde ülkemizde kullanılan d'Hondt sisteminin en fazla oy alan parti lehine sonuç doğurması¹⁸ sebebiyle, ittifak sistemi en fazla oy alan ittifakın aşkın temsil¹⁹ edilmesine olanak sağlayabileceği ileri sürülmüştür²⁰. Bununla birlikte, bu durumun ittifak içerisinde yer almayan partinin eksik temsiline²¹ yol açabileceği dile getirilmiştir²². Bu sebeple, ittifak sisteminin temsilde adaleti zedeleyebilecek sonuçlar çıkarmasının da mümkün olduğu üzerinde durulmuştur²³. İttifak sisteminin siyasi partilerin parlamentoda elde ettiği sandalye sayısına etki ettiği ileri sürülmüş ve bu doğrultuda 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim sonuçları ittifak olmasaydı partilerin çıkaracakları milletvekili sayısı ne olurdu sorusuna cevap aranmıştır²⁴. Ayrıca, oyların sandalyeye dönüştürülmesinde, mevcut seçim sistemi Türkiye'deki partilerin hipotetik olarak belirlenen oy oranları üzerinden farklı dağıtım metotları ile mukayese edilerek ittifak sistemi temsilde adalet bağlamında incelenmiştir²⁵.

Hükümet sistemi değişikliği, seçim sistemini de tartışılır hale getirmiş ve yapılan çalışmalarda, aksi yönde görüşler ileri sürülmekle birlikte²⁶, genellikle temsilde adalet ilkesinin öncelenmesi gerektiği bunun için de temsilde adalet

¹⁸ Teziç (n 1) 353

¹⁹ Bir siyasi partinin yasama meclisi sandalye oranı, seçimde elde ettiği oy oranından yüksekse aşkın temsil söz konusudur. Aşkın temsil kavramı için bkz. Tuncer, (n 12) 168.

²⁰ Çirkin (n 17) 433

²¹ Bir siyasi partinin yasama meclisi sandalye oranı, seçimde elde ettiği oy oranından düşükse eksik temsil söz konusudur. Eksik temsil kavramı için bkz. Tuncer, (n 12) 168.

²² Çirkin (n 17) 444

²³ Çirkin (n 17) 433

²⁴ 24 Haziran 2018 tarihinde gerçekleşen Milletvekili Genel Seçimlerinde İttifak Sistemi geçerli olmasaydı partilerin seçim çevrelerinden çıkaracakları milletvekili sayıları için bkz. Çolak (n 16) 735.

²⁵ Göksel, Çınar ve Yürük (n 16) 99.

²⁶ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte, temsilde adaletten ziyade yönetimde istikrarı önceleyen bundan ötürü dar bölgeli ya da daraltılmış bölge seçim önerisinde bulunan görüşler için bkz. Adnan Küçük, Yasin Aydoğdu 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri' [2018] 23(90) Liberal Düşünce Dergisi, 7, 23.; Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte Türkiye'de yönetimde istikrarı esas alan dar bölgeli çoğunluk sisteminin uygulanması gerektiği ve bu sistemin daha demokratik olduğu hakkındaki görüşler için bkz. Abdülkadir Yıldız, 'Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri' [2018] 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 113, 139.



anlayışı ile uyuşmayan dar bölge ya da daraltılmış bölge seçim sistemi uygulamasına geçilmemesi gerektiği²⁷ ileri sürülmüştür. Buna ek olarak, yüzde onluk ülke seçim barajının temsilde adalet anlayışı ile uyuşmadığı²⁸ ve buna istinaden kaldırılmasının gerekliliği vurgulanmıştır²⁹. Buna ek olarak, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlüğe girmesiyle birlikte yönetimde istikrar ilkesinin garanti edilmiş olduğu bundan ötürü seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerde temsilde adalet ilkesine öncelik verilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır³⁰. Benzer şekilde, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle birlikte yürütmenin yasama organından çıkmaması ve yürütme organının yasama organına karşı siyaseten sorumlu olmaması hasebiyle, getirilen ittifak sisteminin temsilde adalet ilkesi bağlamında ele alınmasının daha faydalı olacağı belirtilmiştir³¹.

Bu çalışma alan yazınında var olan Türkiye'deki seçim sistemlerinin temsilde adalet ilkesi bakımından değerlendirilmesi ile ilgili olmakla beraber, yukarıda sözü edilen çalışmalardan iki bakımdan farklıdır. İlk olarak ittifak sisteminin anayasal ilke olan temsilde adalet ilkesine etkisi daha önce ele alınmış olmakla birlikte, bu durum temsilde adaletin ölçüsü olarak en sık kullanılan Gallagher indeksi bağlamında henüz değerlendirilmiş değildir. Bu çalışma ittifak sisteminin uygulama alanı bulduğu 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim sonuçlarını, Gallagher indesi bağlamında değerlendirmektedir. Bununla birlikte, milletvekili sayısının artmasının³² temsilde adalete etkisi henüz akademik çalışmalara konu edinilmiş değildir. Bu çalışma, aynı zamanda milletvekili sayısında meydana gelen artışın temsilde adalete etkisini Gallagher indeksi üzerinden ele almaktadır.

Birinci bölümde, temsilde adalet kavramı ve temsilde adalet kavramının ne şekilde ölçüldüğü üzerine durulacaktır. İkinci bölümde, ittifak kavramı ele alınacak olup, ittifakın yasal çerçevesi, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na göre Milletvekili Genel Seçimlerinde partilerin aldıkları oyların

²⁷ Yılmaz, (n 17) 427.

²⁸ Çirkin, (n 17) 446.

²⁹ Yılmaz, (n 17) 427; Barın (n 16) 11. Bu yaklaşıma karşı olarak Küçük ve Aydoğdu temsilde adalet kadar yönetimde istikrarında önemli olduğunu, yasama istikrarı açısından seçim barajının tamamen kaldırılmasının doğru olmadığını ileri sürmektedirler. Seçim barajının düşürülmesini önermekle birlikte yasama istikrarı açısından en az %5 olması gerektiğini ileri süren görüşler için bkz. Küçük/Aydoğdu (n 26) 25, Adnan Küçük, 'Yüzde On Millî Seçim Barajı Ne Olmalı?' (TürkTime, 1 Eylül 2021) < <https://www.turktime.com/yazar/yuzde-on-milli-secim-baraji-ne-olmalı/15374/> > erişim tarihi 27 Ocak 2022

³⁰ Ustabulut, (n 17) 353.

³¹ Barın (n 15) 6.

³² Milletvekili sayısının 550'den 600'e çıkmasının çok partililiğe etkisi için bkz. İbrahim Yılmaz, 'Seçim Çevresi Büyüklüğünün Değişmesinin Çok-Partililiğe Etkisi' [2021] 12(31) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 766.

sandalyeye ne şekilde dönüştürüldüğü ve ittifak sisteminin temsilde adalete olası etkileri üzerinde durulacaktır. Bununla birlikte bu bölümde son olarak 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimlerinde uygulanan seçim ittifakının temsilde adalete etkisi Gallagher indeksi üzerinden değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde ise, öncelikle milletvekili sayısının artmasının temsilde adalete olası etkisi ele alınacak olup bu etki Gallagher indeksi üzerinden değerlendirilecektir. Bu bölümde son olarak ittifak sisteminin ve milletvekili sayısının artmasının temsilde adalete etkisi birlikte ele alınacaktır.

I. TEMSİLDE ADALET KAVRAMI VE ÖLÇÜLMESİ

Temsilde adalet ilkesi ilk olarak 1982 Anayasası'nda, 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yer almıştır. 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 67. maddesine “*Seçim kanunları, temsilde adalete ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*” (Anayasa, m. 67/6) hükmü eklenmiştir. Temsilde adalet ilkesi birbirini teyit eden, farklı tanımlara sahiptir. Temsilde adalet, demokratik temsil kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmış ve partilerin aldıkları oy oranlarıyla milletvekili sayıları arasındaki orantılılık³³ olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde, seçmenlerin iradesinin mümkün olduğu ölçüde meclise yansımaları anlamında, siyasi parti ya da bağımsız adayların aldıkları oy oranında mecliste temsili³⁴ ya da toplumda bulunan farklı görüşlerin olabildiğince aynı oranda meclise yansımaları³⁵ olarak da tanımlanmıştır. Bu tanımlamalar Anayasa Mahkemesinin temsilde adalet ilkesine ilişkin “...oyla orantılı temsilci sayısı³⁶ ...” şeklindeki tanımı ile uyum içerisindedir.

Temsilde adaleti etkileyen faktörlerin başında seçim sistemi gelmektedir. Şöyle ki alınan oyların parlamentoda sandalyeye dönüştürülmesinde nispi temsil sistemleri çoğunluk sistemine nazaran daha orantılı bir sonuç vermektedir³⁷. Bununla birlikte, nispi temsil sistemleri içerisinde seçimde alınan oyların sandalyeye dönüştürülmesinde farklı formüller kullanılmakta ve bunlar içerisinde Türkiye’de de uygulanan *D'Hondt* usulü, *En büyük Artık Usulü* (Largest Remainder) ve *Sainte-Lague* usulüne nazaran daha orantısız sonuçlar vermektedir³⁸. Temsilde adaleti etkileyen tek faktör seçim sistemi

³³ Bulut, (n 12) 3.

³⁴ Barın, (n 16) 9.

³⁵ Kılıçoğlu, (n 11) 4.

³⁶ Anayasa Mahkemesi 1995/54 E, 1995/59 K.

³⁷ Arend Lijphart, ‘Degrees of Proportionality of Proportional Representation Formulas’ içinde Bernard Grofman, Arend Lijphart (eds) Electoral Laws and Their Political Consequences (Agathon Press, New York, 2003) 170.

³⁸ Lijphart 2003, (n 37) 173.



olmayıp, seçim çevresi³⁹ büyüklüğü⁴⁰ ve ülke seçim barajı⁴¹ da temsilde adaleti etkileyen unsurlar içerisinde yer almaktadır.

Partilerin aldıkları oy oranları ile parlamentodaki sandalye dağılımı arasındaki orantılılığı ölçmek için bir diğer ifade ile seçim sonuçlarını temsilde adalet bakımından değerlendirmek için çeşitli yöntemler mevcuttur. Azami sapma indeksi (*the maximum deviation indeks*), Rae İndeksi, Grofman İndeksi, Loosemore-Hanby indeksi, eşit oran indeksi (*the equal proportion indeks*), d'Hondt indeksi ve Gallagher indeksi en yaygın olan yöntemlerdir⁴². Bu indeksler içerisinde, temsilde adaleti ölçmek için en fazla kullanılanı ise Gallagher İndeksi ya da En Küçük Kareler İndeksi (*Least Square index of disproportionality*) olarak bilinen indekstir⁴³. Gallagher indeksinin formülü şu şekildedir;

$$LS = \sqrt{\frac{1}{2} \sum_{i=1}^n (r_i - v_i)^2}$$

Formülde r_i seçime katılan siyasi partinin ülke çapında aldığı oy oranını, v_i ise bu partinin parlamentodaki temsil oranını göstermektedir. Bu indeks, her

³⁹ Özbudun, (n 10) 527.

⁴⁰ Seçim çevresi büyüklüğü kavramı coğrafi bölge ya da seçmen sayısı ile ilgili olmayıp, çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısı ile ilgilidir. Bu konu hakkında bkz. Özbudun (n 10) 527; Lijphart (n 37) 181.

⁴¹ Türkiye'deki yüzde on ülke seçim barajının Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre değerlendirmesi için bkz. Hatice Derya Osmanoğlu, 'Türkiye'de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi' [2020] 6(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387.; Türkiye'deki yüzde onluk ülke seçim barajıyla başta yönetimde istikrar olmak üzere ileri sürülen diğer amaçlar için bkz. Yavuz Sabuncu, 'Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları' [2006] 22(1) Anayasa Yargısı, 191; Ustabulut (n 17) 356.

⁴² Bahsedilen orantısızlık indekslerinin hesaplamaları için bkz. Fuad Aleskerov ve Vitaliy Platanov, 'Measuring Disproportionality in PR Systems' [2006] 60(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 23.

⁴³ Daniele Caramani, 'Party Systems' içinde Daniele Caramani (ed), Comparative Politics (Oxford University Press 2008) 337. Partilerin seçimlerde aldıkları oy oranı ile yasama meclisindeki temsil oranı arasındaki orantılılığı ölçmek için Gallagher İndeksini kullanan çalışmalar için bkz. Arend Lijphart, 'Australian Democracy: Modifying Majoritarianism?' [1999] 34(3) Australian Journal of Political Science, 313, 317.; Kenneth Benoit, 'Which Electoral Formula is the Most Proportional? A New Look with New Evidence' [2000] 8(4) Political Analysis, 381, 383.; Aina Gallego, Guillem Rico, Eva Anduiza, 'Disproportionality and Voter Turnout in New and Old Democracies' [2012] 31(1) Electoral Studies, 159,161.; Jean Guillaume Forand, Vikram Maheshri, 'A Dynamic Duverger's Law' [2015] 165(3-4) Public Choice, 285, 298.; Eric Linhart, Johannes Raabe, Patrick Statsch, 'Mixed-member Proportional Electoral Systems - the Best of Both Worlds?' [2019] 29(1) Journal of Elections, Public Opinion and Parties, 21, 28.

partinin seçimde aldığı oy oranı ile parlamentodaki temsil oranının farkının kareleri toplamının ikiye bölünüp karekökünün alınmasıyla hesaplanmaktadır⁴⁴. Lijphart, Gallagher indeksi ile ilgili olarak, belli bir seçim için bir partinin orantısızlığı, seçimde aldığı oy oranı ile parlamentoda elde ettiği sandalye yüzdesi arasındaki fark olarak hesaplanabilir. Fakat asıl önemli olan “bütün partiler açısından seçimlerde kazanılan oyla, elde edilen sandalye arasındaki dağılımda meydana gelen sapmaları bir bütün olarak ölçmektir”⁴⁵ demektedir. Gallagher İndeksi bu farkı bütün partiler açısından bir bütün olarak ölçebilen bir indekstir.

II. SEÇİM İTTİFAKI

A. Seçim İttifakı Kavramı ve Türkiye’de Seçim İttifakının Yasal Dayanağı

Siyasi partilerin seçim sonrası işbirliği yapması ile seçim öncesi işbirliği yapması alan yazınında farklı kavramlarla ifade edilebilir. Genel olarak ilkinde koalisyon ikincisine ise seçim ittifakı denilmektedir. Koalisyon kavramı ile genelde kastedilen hükümet koalisyonu olup, iki ya da daha fazla siyasi partinin aralarında bakanlıkların dağılmasını içeren resmi sözleşme şeklinde tanımlanabilir⁴⁶. Bununla beraber, seçim ittifakı kavramının tanımını yapmak ise daha güçtür⁴⁷. Seçim ittifakı, seçim öncesi ittifak, seçim koalisyonu ve seçim öncesi koalisyon kavramları kimi yazarlar tarafından eş anlamlı olarak da kullanılabilir⁴⁸. Seçim öncesi koalisyon kavramı Golder tarafından iki ya da daha fazla siyasi partinin seçim kampanyasını birlikte yürüteceklerini kamuya ilan ederek seçimde birbirleriyle bağımsız şekilde rekabet etmemesi durumu olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Golder seçim öncesi koalisyon kavramının objektif ve gözlemlenebilir olan iki kıstas içerdiğini belirtir⁵⁰. Bu kıstaslar tanımdan da çıkarılabileceği üzere, seçim koalisyonunun kamuya açıklanması

⁴⁴ Michael Gallagher, ‘Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems’ [1991] 10(1) Electoral Studies, 33, 39.

⁴⁵ Arend Lijphart, Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları (çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun) (2. Baskı, İthaki Yayınları 2016) 190.

⁴⁶ Andrew Heywood, *Siyasetin ve Uluslararası İlişkilerin Temel Kavramları* (çev. Fahri Bakırcı), (Genişletilmiş 3. Baskı, BB101 Yayınları 2016) 161.

⁴⁷ Elin Haugsgjerd Allern, Nicholas Aylott, ‘Overcoming the Fear of Commitment: Pre-electoral Coalitions in Norway and Sweden’ [2009] 44(3) Acta Politica, 259, 261.

⁴⁸ Raimondas Ibenskas, ‘Understanding Pre-electoral Coalitions in Central and Eastern Europe’ [2016] 46(4) British Journal of Political Science, 743, 743.

⁴⁹ Sona Nadenichek Golder, ‘Pre-Electoral Coalition Formation in Parliamentary Democracies’ [2006] 36(2) British Journal of Political Science, 193, 195.; Sona Nadenichek Golder, ‘Pre-electoral Coalitions in Comparative Perspective: A Test of Existing Hypotheses’ Electoral Studies, [2005] 24(4), 643, 652.

⁵⁰ Golder 2006 (n 49) 195; Golder 2005 (n 49) 652.



ve seçim koalisyonu içerisinde bulunan siyasi partilerin seçimde birbirinden bağımsız birimler olarak rekabet içerisinde bulunmamalarıdır⁵¹.

Türkiye’de kamuoyunda ittifak yasası olarak bilinen 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*⁵² ile dört farklı kanunda⁵³ değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklikler ile siyasi partilerin milletvekili genel seçimlerine partiler arası işbirliği yaparak girebilmeleri olanağı sağlanmış ve ittifak halinde seçime giren siyasi partilerin aldıkları oyların milletvekilliğine dönüşmede kullanılacak hesaplamada da düzenlenmeye gidilmiştir. 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı kanunla 2839 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanununda* yapılan değişiklikle siyasi partilerin ittifak oluşturarak milletvekili genel seçimlerine katılabilmeleri düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca siyasi partilerin ittifak halinde seçime katılabilmeleri için ittifak protokolü oluşturmaları öngörülmektedir. İttifak protokolü, ittifak içerisinde yer alan siyasi parti başkanlarının imzalarını ihtiva etmeli ve kanunda belirtilen süre içerisinde Yüksek Seçim Kuruluna teslim edilmelidir. Bununla birlikte, ittifak içerisinde yer alan siyasi partilerin milletvekili genel seçimlerine kendi aday listeleri ile katılmaları gerekmektedir⁵⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki seçimlere girme yeterliliğine sahip siyasi parti, milletvekili genel seçimlerine ittifak içerisinde yer alarak katılabileceği gibi ittifak içerisinde yer almadan da katılabilir.

Seçmenler milletvekili genel seçiminde ittifak içerisinde bulunan bir siyasi partiye oy verebileceği gibi doğrudan ittifaka da oy verebilmektedir. 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı kanunla 298 sayılı *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun*da yapılan değişikliğe göre seçmenin aşağıda belirtilen şekilde vereceği oylar ittifak içerisinde bulunan siyasi partiye verilmiş sayılır. Seçmen, birleşik oy pusulasında ittifak içerisinde bulunan siyasi partilerden birine ayrılmış olan alana “EVET” mührünü bastığı takdirde ilgili partiye oy vermiş sayılır. Seçmen birleşik oy pusulasında hem ittifak içerisinde bulunan siyasi partiye ayrılmış olan alana hem de siyasi partinin içinde bulunduğu ittifakın ittifak unvanı bölümüne “EVET” mührünü bastığı takdirde bu oy ilgili siyasi partiye verilmiş sayılır. Seçmen birleşik oy pusulasında, ittifak unvanı bölümünü taşıyacak biçimde bir siyasi parti alanına “EVET” mührünü bastığı takdirde bu oy ilgili siyasi partiye verilmiş sayılır. Seçmen, yukarıda belirtilen durumlar dışında örneğin ittifak unvanı bölümü

⁵¹ Golder 2006 (n 49) 195.; Golder 2005 (n 49) 652.

⁵² RG., 16.3.2018, S. 30362

⁵³ Değişikliğe gidilen kanunlar şunlardır; 298 sayılı *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun*, 2820 sayılı *Siyasi Partiler Kanunu*, 2839 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanunu* ve 2972 sayılı *Mahalli Idareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun*.

⁵⁴ RG., 16.3.2018, S. 30362

alanı dışına taşmayacak şekilde, yalnız ittifak alanı⁵⁵ içerisinde “EVET” mührünü bastığı takdirde bu oylar ittifakın ortak oyları sayılmaktadır. İttifakın toplam oyu, ittifak içerisinde bulunan siyasi partilerin tek başına aldığı oylar toplamına ittifakın ortak oylarının eklenmesiyle hesaplanır.

İttifak içerisinde yer alan bir siyasi partinin bir seçim çevresindeki oy toplamı, ilgili seçim çevresinde tek başına aldığı oylar ile o seçim çevresinde ittifakın ortak oylarından gelen payın toplanması ile elde edilir⁵⁶. İttifak içerisinde bulunan siyasi partinin ortak oylardan gelen payının ne olacağı 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda (m. 33) gösterilmiştir⁵⁷.

İttifak sistemi siyasi partilerin birlikte hareket ederek seçime katılmalarına olanak sağlamakla birlikte aynı zamanda siyasi partilerin milletvekili genel seçiminde aldıkları oyun parlamentoda sandalyeye dönüşmesinde de önem içermektedir. 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı kanunla 2839 sayılı *Milletvekili Seçimi Kanunu*’nda yapılan değişiklikle siyasi partilerin milletvekili genel seçimlerinde milletvekili çıkarabilmeleri için öngörülen ülke barajı ile ilgili yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca, ittifak halinde milletvekili genel seçimine katılan bir siyasi partinin parlamentoda milletvekili çıkarabilmesi için, ülke genelinde kullanılan geçerli oyların yüzde onunu tek başına alması gerekmeyip, ittifak halinde bulunan siyasi partilerin aldıkları toplam oyların yüzde onu geçmesi durumunda ittifakın içerisinde bulunan siyasi partiler ülke seçim barajını geçmiş sayılmaktadır⁵⁸. Bir diğer ifade ile yüzde onluk ülke seçim barajı ittifak halinde seçime katılmayan siyasi partiler bakımından geçerliliğini korurken, ittifak halinde seçime giren siyasi partiler bakımında ise seçim ittifakının yüzde onluk ülke seçim barajını geçmesi öngörülmektedir.

Türkiye’de, günümüzde siyasi partilerin milletvekili genel seçiminde aldıkları oyların parlamentoda sandalyeye dönüştürülmesinde d’Hondt sistemi⁵⁹ uygulanmaktadır. Bir seçim çevresinde siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayısı hesaplanırken, seçime ittifak olarak giren her bir seçim

⁵⁵ Birleşik oy pusulası üzerindeki ittifak alanı, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 26. maddesinde “ittifak unvanı bölümü ile aralarındaki boşluklar dâhil ittifak yapan siyasi partilerin sütunlarının tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵⁶ 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı Kanunla 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 29. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, RG., 16.3.2018, S. 30362.

⁵⁷ “İttifak yapan her bir siyasi partiye ortak oylardan gelen pay; ittifak yapan siyasi partilerin tek başına aldıkları oyun bu partilerin toplam oyuna bölünmesi ile elde edilen katsayının ittifakın ortak oyu ile çarpımı sonucu elde edilir.” (Milletvekili Seçimi Kanunu, m. 29/1). RG., 16.3.2018, S. 30362.

⁵⁸ 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı Kanunla 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, RG., 16.3.2018, S. 30362.

⁵⁹ d’Hondt sistemi hakkında bilgi için bakınız, Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Temel Esasları (Ders Kitabı)*, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 323, Teziç (n 1) 353.



ittifakı ile seçime ittifak içerisinde girmeyen her siyasi parti bir birim olarak algılanır. Böylelikle ilgili seçim çevresinde ilk olarak seçime ittifak halinde katılmayan siyasi partinin ve seçime ittifak halinde giren seçim ittifakının çıkaracağı milletvekili sayısı hesaplanır. Akabinde ise seçim ittifakı içerisinde yer alan siyasi partilerin kazandıkları milletvekillikleri gene d'Hondt usulüne göre ittifak içerisinde bulunan siyasi partilerin aldıkları oylara göre dağıtılır⁶⁰.

B. Seçim İttifakının Sandalye Dağılımına ve Temsilde Adalete Muhtemel Etkileri

Bir siyasi partinin aldığı oy oranında farklılık olmaksızın milletvekili genel seçimlerine ittifak halinde katılması çıkaracağı milletvekili sayısına etki edebilir⁶¹. İbenskas, bir siyasi partinin ittifak içerisinde seçime katılmasının çıkaracağı milletvekili sayısına olumlu etki yapacağını diğer tarafta da ittifak içerisinde yer almamasının çıkaracağı milletvekili sayısına olumsuz etki yapabileceğini ileri sürmektedir⁶². Türkiye’de *ittifak yasası* olarak bilinen yasa değişikliğinden sonra siyasi partilerin milletvekili genel seçimlerine ittifak halinde katılmasının, çıkaracakları milletvekili sayısına hem olumlu hem de olumsuz etki yapma ihtimali söz konusudur. Şunu belirtmek gerekir ki ittifak sistemi siyasi partilerin milletvekili çıkarmasına iki durumdan ötürü etki edebilir. İlk olarak ülke seçim barajının aşılması; ikincisi ise oyların sandalyeye dönüştürülmesinde uygulanan hesaplama yönteminden ötürüdür.

İttifak sistemi, yüzde onluk ülke seçim barajını tek başına aşamayıp seçime ittifak içerisinde giren partilerin mecliste sandalye elde etmelerine olanak sağlayabilir⁶³. Nitekim 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim Sonuçları ittifak sistemi olmadan düşünüldüğünde, İyi Parti’nin tek başına yüzde onluk ülke seçim barajını aşamadığı için milletvekili çıkarma durumu söz konusu olmayacaktı⁶⁴. İttifak sistemi yüzde ondan daha az oy alan siyasi partilerin seçim ittifak ile bu barajı aşmalarını mümkün kılması sebebiyle bu durum küçük partilerin parlamentoda sandalye elde etmelerine olanak sağlayabilir. Bu bakımdan ele alındığında ittifak sisteminin temsilde adaleti artırıcı bir etkisi olduğu ileri sürülebilir⁶⁵.

⁶⁰ 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı Kanunla 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 34. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, RG., 16.3.2018, S. 30362.

⁶¹ İbenskas (n 48) 744

⁶² İbenskas 2016 (n 48) 744

⁶³ Çirkin (n 17) 433

⁶⁴ 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimlerinde İyi Parti, %9.96 oy almıştır, 27. Dönem Milletvekili Seçim sonuçları için bkz. <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/KesinSecimSonuclari/2018MV-96C.pdf>, 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimlerinde Doğru Yol Partisi %9.54 oy almış fakat yüzde onluk ülke seçim barajının altında oy aldığı için milletvekili çıkaramamıştır, RG., 10.11.2002, S. 24932

⁶⁵ Çirkin (n 17) 433.

İttifak yasası ile siyasi partilerin aldıkları oyların parlamentoda sandalyeye dönüşmesinde değişikliğe gidildiği için bu durum ittifak halinde seçime katılan siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayısına hem olumlu hem de olumsuz etki yapma ihtimali söz konusudur. Bir diğer ifade ile ittifak sistemi bu bakımdan temsilde adalete hem pozitif hem de negatif etkisi olabileceği ileri sürülebilir. Türkiye’de siyasi partilerin milletvekili genel seçiminde aldığı oyların milletvekiline dönüştürülmesinde kullanılan d’Hondt sistemi seçimde en fazla oy alan siyasi parti lehine sonuç doğurmaktadır⁶⁶. İttifak sisteminin, büyük partiye aşkın temsil⁶⁷ olanağı sağlayan d’Hondt sistemi içerisinde uygulanmasının, temsilde adaletsizliğe sebebiyet verebileceği ileri sürülmektedir⁶⁸. Şöyle ki seçmenlerin oylarının sandalyeye dönüştürülmesinde d’Hondt sisteminin kullanılmasının seçimde en yüksek oy alan ittifak lehine sonuç doğurmasının yanında ayrıca oyların ittifak içerisinde sandalyeye dönüştürülmesinde gene d’Hondt sisteminin kullanılması ittifakın içerisinde en fazla oy alan parti lehine sonuç doğurabilme ihtimali söz konusudur⁶⁹.

C. 2018 Milletvekili Genel Seçimlerinde İttifak Sisteminin Temsilde Adalete Etkisi

İttifak sistemi en temelde siyasi partilerin aldıkları oyların mecliste sandalyeye dönüşümüne etki ederek temsilde adalete tesir etmektedir. Bir diğer ifade ile siyasi partilerin milletvekili elde edip etmemeleri veya elde ettikleri milletvekilleri sayısı, ittifak içerisinde yer alıp almamalarına göre değişebilmekte, bu durumda temsilde adaleti etkilemektedir. İttifak sisteminin temsilde adalete etkisini ölçebilmek için, 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi sonucu siyasi partilerin TBMM’de elde ettikleri sandalye sayıları sonucu oluşan orantısızlık derecesini, eğer ittifak sistemi olmasaydı siyasi partilerin TBMM’de elde edecekleri sandalye sayısı sonucu oluşan orantısızlık derecesi ile mukayese etmek gerekir. Bunun için ilk olarak eğer ittifak sistemi olmasaydı siyasi partiler kaç milletvekili çıkaracaktı bunun hesaplanması gerekmektedir⁷⁰. Aşağıda yer alan Tablo 1’de 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim sonuçları sonucu siyasi partilerin ittifaklı ve ittifaksız durumda TBMM’de elde edeceği milletvekili sandalye dağılımı ve orantısızlık dereceleri hakkında bilgiler yer almaktadır.

⁶⁶ Teziç 2019 (n 1) 353.

⁶⁷ Bir siyasi partinin yasama meclisi sandalye oranı, seçimde elde ettiği oy oranından yüksekse aşkın temsil söz konusudur. Aşkın temsil ve eksik temsil kavramları için bkz. Tuncer, (n 12) 168.

⁶⁸ Barın (n 16) 22

⁶⁹ Göksel, Çınar / Yürük (n 16) 103-4.

⁷⁰ 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel seçimlerinde eğer ittifak sistemi olmasaydı siyasi partilerin seçim çevrelerinde çıkaracakları milletvekili sayıları için bakınız, Çolak (n 16) 735.

Tablo 1: 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim Sonuçları: İttifak Durumuna Göre

Siyasi Parti Adı	AKP	CHP	HDP	MHP	İYİ Parti	Toplam	Gallagher Orantısızlık İndeksi
İttifak Var	295	146	67	49	43	600	5,71
İttifak Yok	322	145	75	58	-	600	10,71

Kaynak: İttifakın olmadığı durumda siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayıları için bakınız Çağrı D. Çolak, ‘Seçim İttifakı Sisteminin 2018 Milletvekili Genel Seçimlerine Etkileri’ (2020) 15(2) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 719, 735. Gallagher orantısızlık indeksi bu çalışmanın yazarı tarafından hesaplanmıştır.

Tablo 1 ittifak sistemi sonucu oluşan meclisteki sandalye dağılımının, ittifaksız durumda mecliste oluşacak sandalye dağılımına nazaran çok daha adil olduğunu ortaya koymaktadır. İttifak sistemi sonucu oluşan Gallagher orantısızlık derecesi 5,71 iken bu oran ittifakın olmadığı durumda oluşacak sandalye dağılımında 10,71 olmaktadır. Açıkçası bu durumun temel nedeni, ittifaksız sistemde İyi Partinin milletvekili elde edememesinden kaynaklanmaktadır. İttifak sistemi, yüzde onun altında kalan siyasi partiye, ittifak içerisinde yer almasından ötürü, TBMM’de temsil olanağı sağlamış ve bu durumda temsilde adaleti artırmıştır. İttifak sisteminin temsilde adaleti artırıcı olmasının temel gerekçesi yüzde onun altında oy alan bir siyasi partinin ittifak içerisinde olmasından dolayı mecliste sandalye elde etmesinden kaynaklanmaktadır.

İttifak sisteminin temsilde adalete etkisini daha iyi anlayabilmek için İyi Partinin ülke seçim barajını ittifak içerisinde yer almadan geçtiği varsayımı altında ittifaklı ve ittifaksız sistemde oluşan orantısızlık derecesini mukayese etmek gerekmektedir. Bu durumda eğer ülke seçim barajı yüzde beş olsaydı ittifak sistemi temsilde adaleti etkiler miydi sorusuna cevap vermek gerekmektedir.

Tablo 2: Ülke Seçim Barajı %5 olduğu durumda 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim Sonuçları Sandalye Dağılımı ve Orantısızlık İndeksi

Siyasi Parti Adı	AKP	CHP	HDP	MHP	İYİ Parti	Toplam	Gallagher Orantısızlık İndeksi
İttifak Var	295	146	67	49	43	600	5,71
İttifak Yok	306	132	73	52	37	600	6,85

Kaynak: İttifakın olmadığı durumda siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayıları ve Gallagher orantısızlık indeksi yazar tarafından hesaplanmıştır.

Ülke seçim barajı %5 olduğu ittifakın varlığı durumunda siyasi partilerin elde edecekleri milletvekili sayısında farklılık olmayacaktır ve bu durumda Gallagher Orantısızlık İndeksi de değişmeyecektir. Fakat ülke seçim barajı %5 olduğu ve ittifakın olmadığı durumda İyi Parti milletvekili elde edebileceği için parlamentodaki sandalye dağılımı değişecektir. Tablo 2’de seçime giren ve ittifak durumunda milletvekili elde eden siyasi partilerin, ittifaksız durumda da milletvekili elde edebiliyor olmalarından ötürü, ittifak sisteminin temsilde adalete etkisini ölçmek için daha anlamlıdır. Tablo 2 ittifakın varlığı durumunda Gallagher orantısızlık indeksinin 5,71; ittifaksız durumda ise 6,86 olduğunu göstermektedir. Bu değerler, ittifak sisteminin temsilde adaleti artırıcı etkiye sahip olduğunun altını çizmektedir.

24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçiminde ülke seçim barajı yüzde beş olsaydı dahi ittifakın temsilde adaleti artırıcı etkiye sahip olmasının temel gerekçesi, oyların sandalyeye dağılımında, ilk olarak ittifakların dikkate alınmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere d’Hondt sistemi en fazla oy alan birime aşkın temsil olanağı sağlamaktadır. İttifak sisteminin varlığı durumunda en fazla oy alan birim ile en fazla oy alan ikinci birimin oylarının birbirine oranı, ittifaksız sistemde en fazla oy alan siyasi parti ile en fazla oy alan ikincinin partinin oylarının birbirine oranından daha düşüktür. Bir diğer ifade, ittifak sisteminde, Cumhuri İttifakı⁷¹, Millet İttifakının⁷² aldığı oydan yaklaşık olarak 1,58⁷³ kat daha fazla oy almıştır. Fakat ittifakın olmadığı durumda, en fazla oy alan Adalet ve Kalkınma Partisi, en yakın rakibi olan Cumhuriyet Halk Partisinden yaklaşık olarak 1,88⁷⁴ kat daha fazla oy almıştır. Netice itibariyle, ittifak sistemi en fazla oy alan iki birimin birbirine olan oy oranında azalmaya sebebiyet verdiği için daha orantılı sonuç vermektedir. Bu durum hem Tablo 1’de hem de Tablo 2 yer alan orantısızlık indekslerinden açıkça görülmektedir. Her iki durumda da en fazla oy alan siyasi parti olan AK Partinin ittifaksız durumda çıkaracağı milletvekili sayısı ittifak sistemi ile çıkaracağı milletvekili sayısından daha fazla olmasının sebebi d’Hondt sisteminden kaynaklanmaktadır.

III. MİLLETVEKİLİ SAYISININ ARTMASININ TEMSİLDE ADALETE ETKİSİ

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği halk oylaması %51.41 “EVET” oyu ile kabul edilmesiyle birlikte 1982 Anayasasının 75. maddesi

⁷¹ Adalet ve Kalkınma Partisi toplamda %42,56 ve Milliyetçi Hareket Partisi toplamda %11,10 almıştır. Netice itibariyle, Cumhuri İttifakının Türkiye geneli toplam oy oranı %53,66’dır. YSK (64)

⁷² Cumhuriyet Halk Partisi toplamda %22,65, İyi Parti toplamda %9,96 ve Saadet Partisi toplamda %1,34 oy almıştır. Netice itibariyle Millet İttifakının Türkiye geneli toplam oy oranı %33,95’tir. YSK (64)

⁷³ %53,66 / %33,95= 1,58’dir

⁷⁴ %42,56 / %22,65= 1,88’dir.



değişti ve TBMM üye tam sayısı 50 artarak, 550'den 600'e çıkarıldı. Milletvekili sayısında meydana gelen artış seçim çevrelerinde çıkarılan milletvekili sayısında artış sağlaması sebebiyle, bu durumun da temsilde adalete etki etme ihtimali bulunmaktadır⁷⁵. Milletvekili sayısında meydana gelen artışın temsilde adalete etkisini ölçmek için milletvekili sayısı 550 olduğu durumda oluşan orantısızlık indeksini 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi sonucu oluşan orantısızlık derecesi ile mukayese etmek gerekmektedir.

Tablo 3: Milletvekili Sayısında Meydana Gelen Artışın Temsilde Adalete Etkisi:
%10 Ülke Seçim Barajının Varlığı Durumunda

Siyasi Parti Adı	AKP	CHP	HDP	MHP	İYİ Parti	Toplam	Gallagher Orantısızlık İndeksi
İttifak Var	295	146	67	49	43	600	5,71
İttifak Var	277	135	62	43	33	550	6,82

Kaynak: Milletvekili sayısının 550 olduğu durumda siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayıları ve Gallagher orantısızlık indeksi bu çalışmanın yazarı tarafından hesaplanmıştır.

Tablo 3 ittifak sisteminin varlığı durumunda milletvekili sayısında meydana gelen artışın temsilde adaleti olumlu şekilde etkilediğini göstermektedir. Milletvekili sayısında değişikliğe gidilmemiş olsaydı, bir diğer ifade ile 550 milletvekili seçilmiş olsaydı Gallagher orantısızlık indeksi 6,82 olacaktı. Bu değer, 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi sonucu oluşan orantısızlık indeksi olan 5,71'den daha yüksektir. Netice itibariyle milletvekili sayısında meydana gelen artış temsilde adaleti artırıcı mahiyette olmuştur.

Makalenin başında da ifade edildiği gibi, 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimini önceki yapılan 7 milletvekili genel seçimlerinden ayıran iki temel faktör ittifak sistemi ve milletvekili sayısında meydana gelen artıştır. Yukarıda bu iki durumun temsilde adalete etkisi tek tek ele alınmıştır. Aşağıda ise bu iki faktörün etkisi birlikte düşünülmüş ve bu durumun temsilde adalete etkisinin ne olacağı incelenmiştir.

Aşağıda yer alan Tablo 4'te 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçim sonuçları sonucu oluşan orantısızlık derecesi, eğer milletvekili sayısı 550 olsaydı ve ittifak sistemi olmasaydı oluşacak olan orantısızlık derecesi ile mukayese edilmiştir.

⁷⁵ Ergun Özbudun'un da ifade ettiği üzere "seçim çevresi küçüldükçe, sistemin orantılılık derecesi azalır" Özbudun (n 10) 527. Dolayısıyla seçim çevresi büyüdükçe seçimin orantılılık derecesinin artması beklenebilir.

Tablo 4: İttifak Sisteminin ve Milletvekili Sayısında Meydana Gelen Artışın Temsilde Adalete Etkisi: %10 Ülke Seçim Barajının Varlığı Durumunda

Siyasi Parti Adı	AKP	CHP	HDP	MHP	İYİ Parti	Toplam	Gallagher Orantısızlık İndeksi
İttifak Var	295	146	67	49	43	600	5,71
İttifak Yok	296	134	70	50	-	550	10,86

Kaynak: Milletvekili sayısının 550 olduğu durumda Siyasi partilerin çıkaracakları milletvekili sayıları ve Gallagher orantısızlık indeksi bu çalışmanın yazarı tarafından hesaplanmıştır.

İttifak sistemi ile milletvekili sayısında meydana gelen artışın birlikte ele alındığı Tablo 4; bu iki durumun birlikte temsilde adalete olumlu etki ettiğini ortaya koymaktadır. Milletvekili sayısının 550 olduğu ve ittifakın olmaması olduğu durumda ortaya çıkan Gallagher orantısızlık indeksi 10,86'dır. Bu oran 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi sonucu oluşan orantısızlık derecesi olan 5,71'den oldukça yüksektir. Orantısızlık derecesinin bu derece yüksek çıkmasının temel gerekçesi ittifak sisteminin yer almaması olduğu durumda İyi Partinin milletvekili elde edemeyecek olmasıdır.

SONUÇ

Seçim kurumu demokrasilerin vazgeçilmezleri arasında ilk sırada gelmektedir. 1982 Anayasasının 67'nci maddesi seçim kanunlarının "temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde" düzenlenmesini öngörmektedir. İttifak yasası olarak bilinen 13.3.2018 tarih ve 7102 sayılı kanun değişikliği ile siyasi partilerin milletvekili genel seçimine ittifak yaparak katılabilmeleri öngörülmüştür. Getirilen bu yeni düzenlemenin temsilde adalete etkileme ihtimali bulunmaktadır. Bununla birlikte 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen Anayasa değişikliği referandumunun kabulü ile milletvekili sayısı 550'den 600'e çıkarılmıştır. Milletvekili sayısında meydana gelen artışın da temsilde adalete etkileme ihtimali bulunmaktadır.

Sonuç olarak, 24 Haziran 2018 Milletvekili Genel Seçimi, öncesinde yapılan 7 milletvekili genel seçimlerinden en temelde iki noktada ayrılmaktadır. İlk olarak ittifak sisteminin varlığından dolayı ikinci olarak ise seçilecek milletvekili sayısının artmış olmasından dolayıdır. Bu çalışmada, bu iki durum göz önünde bulundurularak, ittifak sisteminin ve milletvekili sayısında meydana gelen artışın temsilde adalete etkisi, Gallagher indeksi ile ölçülerek analiz edilmiştir. Sonuçlar, bu iki değişikliğin temsilde adalete olumlu etkisi olduğunu göstermektedir. Bunun öncelikle sebebi, yüzde onun altında oy alan bir partinin ittifak içerisinde yer almasından ötürü milletvekili çıkarmasıdır. İkinci sebebi ise, ittifak sisteminde en fazla oy alan ilk iki birimin aldıkları



oyların birbirine oranının, ittifaksız sistemde en fazla oy alan ilk iki siyasi partinin aldıkları oyların birbirine oranından daha düşük olmasıdır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, ittifak sisteminde en fazla oy alan birim (Cumhur İttifakı⁷⁶) en yakın rakibinden (Millet İttifakı⁷⁷) 1,58⁷⁸ kat daha fazla oy almıştır. İttifaksız sistemde ise en fazla oy alan birim (Adalet ve Kalkınma Partisi) en yakın rakibinden (Cumhuriyet Halk Partisi) 1,88⁷⁹ kat daha fazla oy almıştır. Fakat belirtmek gerekir ki, Tuncer'in yapmış olduğu seçim simülasyonunda gösterdiği gibi ittifak sistemi her zaman temsilde adaleti artırıcı mahiyette olmayabilir⁸⁰. Bir diğer ifade ile ittifak sistemi 2018 seçimlerinde olduğu gibi en fazla oy alan ilk iki birimin aldıkları oyların birbirine oranını azaltıcı mahiyette ise temsilde adaleti artırıcı olabilir.

KAYNAKÇA

Aleskerov F ve Platanov V, 'Measuring Disproportionality in PR Systems' (2006) 60(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 23-34.

Alkan MÖ, 'Türkiye'de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri' (2006) 22(1) Anayasa Yargısı, 133-165.

Allern EH ve Nicholas A, 'Overcoming the Fear of Commitment: Pre-electoral Coalitions in Norway and Sweden' (2009) 44(3) Acta Politica, 259-285.

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar), (2. Baskı, Seçkin 2019)

Aydın M, 'Türkiye'de 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda Öngörülen Ülke Seçim Barajının 'Temsilde Adalet' ve 'Yönetimde İstikrar' İlkeleri ile Uyumu' (2016) 20(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27-82.

Aydoğdu Y, Seçim Sistemleri ve Türkiye, (1. Baskı, Adalet 2015)

Barın T, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Temsilde Adalet İlkesi ve "Seçim İttifakı" Düzenlemesinin Değerlendirilmesi' (2019) 1, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1-34.

Benoit K, 'Which Electoral Formula is the Most Proportional? A New Look with New Evidence' (2000) 8(4) Political Analysis, 381-388.

Bulut N, 'Temsilde Adalet – Yönetimde İstikrar İkilemi Bağlamında 12 Haziran 2011 Seçimleri' (2010) 14(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-18.

⁷⁶ YSK n (64)

⁷⁷ YSK n (64)

⁷⁸ Hesaplama için bkz dipnot 73

⁷⁹ Hesaplama için bkz dipnot 74

⁸⁰ Tuncer n (12) 181.

Caramani D, 'Party Systems' içinde Daniele Caramani (ed), Comparative Politics (1st, Oxford University Press, Oxford, 2008) 318-347.

Çirkin F, 'Temsilde Adalet İlkesi Açısından genel Seçimlerde İttifak' (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 433-449.

Çolak ÇD, 'Seçim İttifakı Sisteminin 2018 Milletvekili Genel Seçimlerine Etkileri' (2020) 15(2) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 719-742.

Fendoğlu HT, Anayasa Hukuku, (7. Baskı, Yetin Yayınları 2019)

Forand J G ve Maheshri V, 'A Dynamic Duverger's Law' (2015) 165(3-4) Public Choice, 285--306.

Gallagher M, 'Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems' (1991) 10(1) Electoral Studies, 33-51.

Gallego A, Rico G ve Anduiza E, 'Disproportionality and Voter Turnout in New and Old Democracies' (2012) 31(1) Electoral Studies, 159-169.

Golder SN, 'Pre-Electoral Coalition Formation in Parliamentary Democracies' 2006 36(2) British Journal of Political Science, 193-212.

Golder SN, 'Pre-electoral Coalitions in Comparative Perspective: A Test of Existing Hypotheses' Electoral Studies, 2005 24(4), 643-663.

Göksel T, Çınar Y ve Yürük S, 'İttifaklı Seçim Sistemi ve Sandalye Dağıtım Mekanizmalarının Temsilde Adalet Açısından Sayısal Analizi: Türkiye Örneği' (2018) 13(14) Electronic Turkish Studies, 99-124.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Temel Esasları (Ders Kitabı), (11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019).

Güvenir M, 'Seçim Sistemleri ve Ülkemizdeki Uygulama' (1982) 37(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 215-250.

Kaboğlu İÖ, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), (14. Baskı, Legal Yayıncılık 2019)

Heywood A, Siyasetin ve Uluslararası İlişkilerin Temel Kavramları (çev. Fahri Bakırcı), Genişletilmiş 3. Baskı, BB101 Yayınları, 2016.

Horowitz DL, 'Electoral Systems: A Primer for Decision Makers'(2003) 14(4) Journal of Democracy 115-127.

İba Ş, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), (3. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, 2017).

Ibenskas R, 'Understanding Pre-electoral Coalitions in Central and Eastern Europe' (2016) 46(4) British Journal of Political Science, 743-761.



Kılıçoğlu S, '1982 Anayasası'nın Bir İmkânsızı: "Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar" İlkesi' (2016) 20(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-14.

Küçük A, 'Yüzde On Milli Seçim Barajı Ne Olmalı?' (TürkTime, 1 Eylül 2021) <<https://www.turktime.com/yazar/yuzde-on-milli-secim-baraji-ne-olmalı/15374/>> erişim tarihi 27 Ocak 2022

Küçük A ve Aydoğdu Y. 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri' (2018) 23(90) Liberal Düşünce Dergisi, 7-33.

Linhart E, Raabe J ve Statsch P. 'Mixed-member Proportional Electoral Systems - the Best of Both Worlds?' (2019) 29(1) Journal of Elections, Public Opinion and Parties, 21-40.

Lijphart, A. 'Australian Democracy: Modifying Majoritarianism?' (1999) 34(3) Australian Journal of Political Science, 313-326.

Lijphart A, 'Degrees of Proportionality of Proportional Representation Formulas' içinde Bernard Grofman, Arend Lijphart (eds) Electoral Laws and Their Political Consequences (Agathon Press, New York, 2003) 170-179.

Lijphart A, Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları, (çev. Güneş Ayas, Utku Umut Bulsun) 2. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016.

Nişancı Ş, Özdemir A, 'Dünyada Uygulanan Seçim Sistemleri Işığında Türkiye için Alternatif Seçim Sistemi Önerileri' (2017) 21(2) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 723-745.

Osmanoğlu HD, 'Türkiye'de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi' (2020) 6(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387-410.

Olgun K, 'Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından 1950'ye Genel Seçim Uygulamaları' (2011) 27(79)Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 1-36.

Özbudun E, 'Seçim Sistemleri ve Türkiye' (1995) 44(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521-539.

Plescica C, Blais A ve Högström J, 'Do People Want a 'Fairer' Electoral System? An Experimental Study in Four Countries' (2020) 59(4) European Journal of Political Research 733-751.

Sabuncu Y, 'Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları' (2006) 22(1) Anayasa Yargısı, 191-197.

Savut E, 'Geçmişten Bugüne Türkiye Siyasetinde Seçim İttifakları: Tercih mi? Zorunluluk mu?' (2020) 39 Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 33-48.

Teziç E, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2019) 300.

Tuncer E, 'Türkiye'de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet-Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği' (2006) 22(1) Anayasa Yargısı, 167-182.

Tunç H, Anayasa Hukuku Genel Esaslar (Ders Kitabı) (2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019).

Ustabulut B, 'Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Çerçevesinde Türkiye'de Ülke Seçim Barajı Uygulaması' (2018) 5(18) İnsan ve İnsan 341-358.

Ünal BA, 'Türkiye'nin Yeni Sisteminde Seçim Öncesi İttifaklar' (2019) 10(2) Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi, 321-328.

Yıldız A, 'Seçim Sistemler ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri' (2018) 26(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 113-153.

Yılmaz B, 'Türkiye'de Güncel Dar ve Daraltılmış Bölge Bağlamında Seçim Sistemi Tartışmaları' (2020) 21(2) Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 421-429.

Yılmaz İ, 'Seçim Çevresi Büyüklüğünün Değişmesinin Çok-Partililiğe Etkisi' [2021] 12(31) Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 766-778

Yılmaz İ, 'Seçim Sistemlerinin Etkin Parti Sayısı ve Orantısızlık Derecesine Etkisi: Türkiye Örneği, 1950-2018' [2020] 491 Türk İdare Dergisi, 337-364.

Yüzbaşıoğlu N, 'Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi' (1996) 55(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 103-150.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180316-28.htm>, E.T.: 25.08.2019.

<https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/KesinSecimSonuclari/2018MV-96C.pdf> E.T.; 27.01.2022.



İDDİANAMENİN İADESİ İLE İLGİLİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Problems and Solution Recommendations on Return of Indictment
and Initiation of Public Prosecution*

Ramazan ARITÜRK*

Öz

Soruşturma evresinde delillerin yeterli seviyede toplanmaması ve iddianamede bulunması gerekli unsurlara yer verilmemesi gibi nedenlerle soruşturmanın tamamlanamaması veya etkin soruşturma yapılamaması kovuşturma evresinin uzamasına, adaletin geç tesis edilmesine ve sonuç olarak kişinin lekelenme hakkının ihlaline yol açmaktadır. Bu konulardaki rahatsızlıkları gidermek amacıyla kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile birlikte iddianamenin iadesi kurumunu ceza muhakemesine kazandırmıştır. Bu çalışmada, iddianamenin iadesi kurumunun karşılaştırmalı hukukla birlikte niteliği ve uygulamadaki karşılığı, eksikleri ile birlikte değerlendirilecek ve bu eksikliklerin giderilmesinden sonra söz konusu kurumun bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda ne kadar önemli olduğu önerilerimiz doğrultusunda ortaya koyulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İddianamenin iadesi, kovuşturma, soruşturma, lekelenme hakkı

Abstract

Completion of the investigation due to reasons such as insufficient collection of evidence during the investigation phase and not including the elements required to be included in the indictment lead to an inability to conduct an effective investigation, prolongation of the prosecution phase, delay in the establishment of justice and, consequently, a violation of the person's right not to be tainted. In order to eliminate the discomforts in these matters, the legislator brought the institution of return of indictment to the criminal procedure with the Criminal Procedure Law No. 5271. In this study, the institution of the return of the indictment will be evaluated together with its shortcomings in the light of the comparative law, its nature and its provision in practice, and after these deficiencies are eliminated, the importance of the institution in question in terms of protecting the rights and freedoms of individuals will be revealed in line with our suggestions.

Key Words: Return of indictment, right to prosecution, investigation, right not to be tainted

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.09.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ramazanariturk@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0898-2128>

GİRİŞ

Anayasasında hukuk devleti ilkesine yer veren ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan Türkiye Cumhuriyeti birey haklarını negatif ve pozitif şekilde korumakla mükelleftir. Hukuk kurallarının bireylerin haklarını korumada eksik kaldığı yerlerde kanun koyucu tarafından gerekli yeniliklerin gerçekleştirilmesi yasama iradesinin sorumluluğu altındadır. Bu doğrultuda 2004 yılında Avrupa Birliği ile uyum süreci neticesinde mevzuatın yenilenmesi yerine yeni kanun ihdasına ihtiyaç duyulmuş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kabul edilmiştir.

İddianamenin iadesi ceza muhakemesine yeni girmiş bir kurum olmakla birlikte aslında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) yürürlükte olduğu dönemde sorgu hâkimine ait denetimin, sorgu hakimliğinin kaldırılmasıyla ortaya çıkan boşluğunu dolduran bir müessesedir. Zira sorgu hâkimliği müessesesinin kaldırılması mahkemelere sunulan iddianamelerin fazlalığı sebebiyle kişilerin lekelenmeme haklarının zedelenmesine yol açmış ve yargılama sürecini yavaşlatarak duruşmanın tek celsede bitirilmesini imkânsız hale getirmiştir. Uygulamada karşılaşılan bu sorunlar iddianamenin iadesi kurumunu ihtiyaç haline getirmiştir.

Çalışmada iddianamenin iadesi kurumu incelenecek, Türk ve mehz hukuktaki muhakeme alanındaki yeri belirlenecek ve hukuki niteliği ortaya konacaktır. Kurumun işleyişinin daha iyi anlaşılması için muhakemenin özellikle soruşturma, kamu davasının açılması ve doktrinde bazı yazarlar tarafından ara muhakeme olarak görülen iddianamenin değerlendirilmesi aşamaları ayrıca incelenecektir. Sonuç kısmında ise kurumun işlerliği sorgulanacak, eleştiriler ve sorunlar ortaya konup çözüm önerileri getirilecektir.

1. CEZA MUHAKEMESİ, KAMU DAVASI VE İLKELER

1.1. Ceza Muhakemesi

Kanun koyucunun suç siyasetine göre bireylerin haklarını ihlal edecek veya toplum düzenini bozacak düzeydeki suç teşkil eden fiiller meydana geldikten sonra failinin bulunması ve adil bir şekilde yargılanması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması sonrası hak ettiği cezanın verilmesi için yapılan faaliyetin tamamı ceza muhakemesini oluşturur¹. Ceza muhakemesinin esas amacı şüphe duyulmayacak şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Suç teşkil eden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve suçlulara yaptırım uygulanması devletin temel bir görevi olsa da tek görevinin bu olduğu söylenemez. Modern hukuk devletlerinin aynı zamanda insanların temel hak ve özgürlüklerini tanıyıp güvence altına alma ve temel hukuk ilkelerine bağlı kalmak gibi zorunlulukları

¹ Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.77.

da bulunmaktadır. Bu sebeple ceza muhakemesinde esas amaç olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması faaliyeti, insan onuruna dayanan temel hak ve özgürlükler ve hukuk devleti ilkesi ile sınırlanmaktadır.

1.1.1. Kamusalılık ilkesi

Suç olarak kabul edilen eylemlerin araştırılması ve işleyenlerin cezalandırılması toplum düzeninin geleceği açısından bir zorunluluktur. Tarihi seyir incelendiğinde ilk dönemlerde suça ilişkin soruşturma ve yaptırımın şahsi intikam amacına yönelik olduğu görülmektedir. Ancak merkezi otoritelerin oluşması ve güçlenmesi ile birlikte toplumun suçtan korunması ve suçun önlenmesi bireysel etkisinden daha fazla toplumun düzenine zarar verdiği düşüncesine evrilmiştir. Bu nedenle kamu düzeninin koruyucusu olan devletin suçu kovuşturması devletin hem sorumluluğu hem de hakkı kabul edilmiştir². Ceza muhakemesinin temel ilkesi olan kamusalılık ilkesi bu şekilde ortaya konmuştur. Kamusalılık ilkesinin sınırlarını şikâyet, talep, izin ve yazılı başvuru şartına bağlı suçlar oluşturmaktadır³. Şikâyet örnek olarak ele alınırsa, soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar gören soruşturma veya kovuşturma talep etmedikçe kovuşturma yapılamaz.

1.1.2. Davasız Muhakeme Olmaz İlkesi

İddia ile muhakeme makamının ayrı olarak görev paylaşımı içinde muhakeme sürecini yönetmesine dayanan muhakeme sùjeleri ilişkisi “iş birliği sistemi” olarak adlandırılmakta olup tarihsel süreç incelendiğinde farklı dönemlerde sùjeler açısından 3 farklı sistem uygulandığı görülmektedir. İlk sistem itham sistemi olup bu sistemde suçlunun cezalandırılması için başka bir kimse tarafından itham edilmesi gerekir. Hâkimin harekete geçmesi ithama bağlanmıştır⁴. Ortaçağ’da ise merkezi otoritelerin güçlenmesi ve iradesinin mutlaklığı sonucunda tahkik sistemi ortaya çıkmıştır. Bu sistemde hâkim muhakemenin tamamına hâkim olup iddiayı da yargılamayı da kendisi üstlenmektedir. Son olarak iki sistemin birleşmesiyle oluşan iş birliği sisteminde ise hâkim iddia önüne getirilmedikçe davayla ilgilenememekte ancak itham hakkı bireylerle birlikte devlete tanınmaktadır. Sonuç olarak hâkim tarafından muhakeme yapılabilmesi için davanın önüne getirilmiş olması yani “davasız muhakeme olmaz” ilkesi günümüz ceza muhakemesinin ilkelerinden biri olarak

² Artuk, Mehmet E.; Yenidünya, Ahmet C., “Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 76, S. 1, Mart 2002, s.3.

³ Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.93.

⁴ Keyman, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.53; Aydın, Murat, “İddianamenin Unsurları ve İadesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2006, s.369.



kabul edilmiştir. Mahkeme, itham makamı olan savcı tarafından hazırlanmış (CMK 170) iddianamenin kabulü (CMK 175) ile başlayan kovuşturma içerisinde sadece iddianamede gösterilen eylem ve bu eylemin faili olarak gösterilen kişi hakkında yargılama yapabilmektedir (CMK 225).

1.2. Kamu Davası

Cezai bir uyuşmazlığın çözülmek üzere iddia makamı tarafından yargılama makamının önüne getirilmesine ceza davası denir. Ceza davasını açma hakkının bireylere tanınması halinde şahsi dava, devletin yetkili organlarına bağlanması halinde ise kamu davası söz konusudur⁵. 5271 sayılı CMK’da ceza iddiası hakkı sadece savcıya tanınmış olduğundan ceza iddiası suç fiilinin gerçekleşme anından itibaren doğmakla birlikte yargılama makamı ancak bu iddianın önüne getirilmesi ile harekete geçmektedir.

1.2.1. Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi

Kamu davasının açılmasında mecburilik ve takdirilik olmak üzere iki farklı sistem bulunmaktadır. Mecburilik ilkesine göre suçun soruşturulması ve yapılan araştırmalar sonucunda suç niteliğine sahip bir fiilinin belli bir fail tarafından gerçekleştiği hususunda yeterli şüphenin oluşması halinde kamu davasının açılması zorunludur. Takdirilik sisteminde ise yukarıda belirtilen koşulların varlığı halinde kamu davasının açmaya yetkili makamının ayrıca kamu davasının açılması hususunda takdirinin bulunması gerekir. Hukukumuzda mecburilik sistemi kabul edilmiş olmakla birlikte bazı durumlarda takdirilik ilkesine de yer verilmiştir⁶. CMK 170/2’ ye göre soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler. Bu maddenin savcıya koşulların oluşması halinde iddianameyi düzenlemesini açıkça zorunlu tutmaktadır. Yine ilkenin mefhumu muhalifinden yeterli şüpheye ulaşamaması halinde savcının kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermesi gerekmektedir. Mecburiyet ilkesi araştırma, kamu davasını açma ve kamu davasını yürütmek mecburiyetini de içinde barındırır⁷.

Bu ilkenin istisnası olarak savcının, maslahata uygunluk ilkesi ışığında CMK 171’de yer alan hallerde yeterli şüphenin varlığına rağmen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi mümkündür. Burada savcının iddianame düzenlemede

⁵ Keyman, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, s.89 vd.; Aydın, Murat, “İddianamenin Unsurları ve İadesi” s.371.

⁶ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, Ekim 2020, s.495.

⁷ Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020, s.151-152.

takdir yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalı⁸ olup baskın görüş takdir yetkisinin varlığı yönündedir. Takdir yetkisi, etkin pişmanlık sebeplerinin sadece cezaı kaldıran hallerini kapsamaktadır.

İkincisi ise uzlaştırma ve ön ödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesi halidir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki tüm koşulların gerçekleşmesi halinde savcı erteleme yönünde takdir hakkını kullanabilecektir.

1.2.2. Soruşturma ve Kamu Davasının Açılması

Kamu davasının açılmasına kadar muhakemenin merkezinde savcı olup savcı iddia görevini yerine getirmek, dolayısıyla suç şüphesini araştırmakla yükümlüdür. Soruşturma, bir suç işlendiğine ilişkin başlangıç şüphesinin savcı tarafından öğrenilmesi halinde şüphenin giderilmesi adına savcının yürüttüğü araştırma faaliyetidir. Bu yetkiyle paralel olarak kamu davasını açma görevi de Cumhuriyet savcısına verilmiştir (170/1).

Mevcut şüphenin tamamen giderilmesi ceza muhakemesinin bütününe yayılan bir amaç olup savcının merkezinde olduğu bölüm olan soruşturma evresi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ikinci maddesinin e bendine göre "*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" kapsamaktadır. Basit şüphe ile başlayan bu araştırma faaliyetleri neticesinde artık suç şüphesinin yeterli seviyeye ulaştığını takdir eden savcı iddianame düzenleyecektir (CMK 170/2). Başlangıç şüphesinden bahsedebilmek için kriminalistik biliminin ortaya koyduğu tecrübe kurallarına göre kovuşturulabilir nitelikte olan bir suç fiilinin mevcut bulunduğu ihtimalinin ortaya konması gerekir⁹. Basit şüphe dahi oluşturmayan bir eylemin, ihbar ve şikâyet konusu oluşturması halinde suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda

⁸ Takdir yetkisinin bulunmadığına ilişkin bkz. Feyzioğlu, Metin, "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S. 1, Ekim 2006, s.34.

⁹ Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.83.



soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir (CMK 158/6). Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir (CMK 172/1). Kovuşturma olanağının bulunmamasına şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı, uzlaşma ve ön ödemenin gerçekleşmiş olması örnekleri verilebilir.

2. 1412 SAYILI CEZA MUHADEMELERİ USULÜ KANUNU'NDA İDDİANAMENİN İADESİ

4.4.1929 tarihli 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1985 yılında yapılan değişikliklerden önce ceza muhakemesi ön soruşturma (soruşturma) ve son soruşturma (kovuşturma) olmak üzere iki aşamadan oluşmakta, ön soruşturma evresi ise hazırlık ve ilk soruşturma şeklinde ayrıca ikiye ayrılmaktaydı. Suçun önemine, dağınlığına, hâkim tarafından soruşturma yapılmasının gerekli olmasına göre savcı iddianame hazırlar (dava açan belge) ya da ilk soruşturma yapılması için bir "talepname" düzenlerdi (dava talep eden belge). Ağır ceza işlerinde ise şüpheli tarafından haklı sebeplerle ilk tahkikat talebi öne sürülmesi hali mecburi tahkikat işlemlerindendi (CMUK 171). Sorgu hâkimi, talepten reddine veya ilk tahkikatın açılmasına karar vermeden önce şüpheliyi isterse dinlerdi. Ancak şüpheli dinlenmemiş ise ilk tahkikat açma kararına itiraz edebilirdi. Sorgu hâkimi savcıdan tekrar mütalâa istemek zorunda değildi zira savcının talepten reddi ayrıca mütalâa niteliğindedir¹⁰. Sorgu hâkimi talepten reddi görev veya yetkisizlik (salâhiyetsizlik), kamu davasının kabule şayan olmaması veya işin ilk soruşturmayaya tâbi cinsten olmaması yahut fiilin cezayı müstelzim olmaması hallerinde reddedebilirdi (CMUK 173)⁵.

Salâhiyetsizlik hali dar manada olmayıp yer, madde ve şahıs itibariyle yetki aranmaktaydı. Kamu davasının kabule şayan olmamasından kasıt usûli engellerle sınırlıdır. Bu hallere, düşme sebebinin bulunması, şikâyet, izin veya talep gibi hallerin bulunması örnek gösterilebilir. İşin ilk soruşturmayaya tâbi olmaması ise sulh mahkemesine giren işler örnek verilebilir. Fiilin cezayı müstelzim olmaması ise fiilin suç teşkil etmesine rağmen failin cezalandırılmaması (cezayı ortadan kaldıran sebepler) veya fiilin suç teşkil etmemesi hallerini kapsamaktaydı¹¹.

Sanığın, ilk soruşturmanın açılmasına dair sorgu hâkiminin kararına karşı itiraz hakkı (CMUK 174), savcının ise talepten reddine karşı acele itiraz yoluna müracaat etme hakkı vardı (CMUK 176). İlk soruşturma talebine karşılık sorgu hâkimi talepten reddi kararı verir veya ilk tahkikatın açılması kararı ile hazırlık soruşturması tamamlanır ve ilk soruşturma başlatılırdı. Bu aşamada

¹⁰ Kunter, Nurullah, "Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1960, s. 924.

¹¹ Kunter, Nurullah, "Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar", s. 928 vd.

sanık hakkında son soruşturma için yeterli delil toplanmış ve muhafaza altına alınmış ise sorgu hâkimi ilk soruşturma dosyasını iddiasını bildirmek üzere Cumhuriyet savcısına gönderirdi (CMUK 189). Son soruşturma açılmasına elverişli delillerin toplanmış olması halinde sorgu hâkimi, savcı tarafından düzenlenen iddianameyi (davayı yürüten iddianame) sanığa tebliğ ederek son soruşturmaya geçmeden önce sanığın itirazlarını bildirmesini isterdi. Sanık bazı delillerin toplanmasını isteyebilir, son tahkikatın yapılmasına muhalefet edebilirdi (CMUK 194/1). Sorgu hâkimi re'sen soruşturmanın genişletilmesine veya ilk tahkikat yapılmamış ise ilk tahkikat yapılmasına karar verebilirdi (CMUK 195/1) Bu aşamada sorgu hâkimi tarafından tekemmül eden dosya incelenerek son soruşturma için yeterli sebebin varlığı araştırılır ve kamu davasının düşmesine, durmasına veya son soruşturmanın açılmasına karar verilir. Son tahkikatın açılması kararı verilebilmesi için ilk tahkikat sonunda sanığın “cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler” bulunması şartı aranmaktaydı (CMUK 196). Son soruşturmanın açılmasına dair karara karşı, sanık tarafından itiraz edilemez iken (CMUK 203/1), son soruşturmanın açılmaması, kamu davasının düşmesi, soruşturmanın geçici olarak durması veya davanın iddianamede gösterilenden daha alt görevli bir mahkemede açılması kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı itiraz edebilirdi (CMUK 203/2)¹². Gerekli şartların bulunmaması halinde ise muhakemenin men'i kararının verilir (CMUK 197). İlgili karara savcının itiraz hakkı bulunmaktaydı. Muhakemenin men'i kararının kesinleşmesi halinde yeni delil ve yeni vakıalar olmadıkça dava yeniden açılmaz veya görülemezdi (CMUK 204).

1412 sayılı Kanun'da yukarıda anlatılan şekliyle sanığa isnat edilmiş suçlamalara karşılık hem sanığın müdahalesine hem de mahkemenin tetkikine imkân sağlanmış idi. Ayrıca doktrinde bazı yazarlar, sorgu hâkimi suçun mevcudiyetini ve eldeki dosyanın yeterliliğini takdir edeceğinden eldeki delillere ilişkin de takdir yetkisi bulunduğunu savunmaktadır. Ancak bu delil incelemesi mahkûmiyet için değil, son tahkikat açmaya yeterlilik kapsamında sınırlıdır¹³. 1985 yılında yapılan değişikliklerle birlikte sorgu hâkiminin dâhil olduğu ilk soruşturma aşaması kaldırılmış ve muhakeme, hazırlık soruşturması ve son soruşturma temelinde düzenlenmiştir. Zira esas soruşturmaya yardımcı olması adına sonradan ihtiyaç olarak gelişen hazırlık soruşturması genişlemiş ve hazırlık soruşturması ile ilk soruşturmaya ihtiyaç

¹² Baykal, Mine G., “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2010, s.9-12.

¹³ Yazar, Adalet Bakanlığı'nın konuyla ilgili vermiş olduğu bir mütalâada (28/5/1938, n..67) sorgu hâkiminin maddi ve müsbet delilleri takdir etmeyerek işi mahkemeye sevk etmesi gerektiğini ifade etmiştir. (Kenter, Nurullah, “Sorgu Yargıcının Verebileceği Asli Kararlar”, s. 944 dipn.).



duyulmaksızın filtre yapılması mümkün hale gelmiştir. Savcının iyi yapılmış bir hazırlık soruşturması sonucunda yeterli bir hukuk bilgisiyle hukuki güvenirliliğe sahip bir karar vermesi pekâlâ mümkündür. Sonuç olarak, Adalet Komisyonu Raporu'nda belirtildiği üzere *“ilk soruşturma bir ihtiyaç olmaktan çıkmış bulunduğundan ilk soruşturmanın kaldırılması, muhakemenin daha basit bir şekil alması zorunluluk olarak kendini göstermiştir.*”¹⁴. Bu sebeple mehzaz hukuk ve diğer ülkelerde yapılan değişiklikler takip edilerek muhakeme sisteminin hızlandırmak adına ilk soruşturma aşaması kaldırılmış, sorgu hâkiminin kamu davasının açılmasına ilişkin yetkisi savcılara devredilmiştir¹⁵. Artık savcı tarafından yeterli delilin varlığının takdiri halinde hazırlanan iddianame ile kamu davası açılabilirdi.

5271 sayılı CMK'da ise ilk soruşturmanın yerini soruşturma, son soruşturmanın yerini ise kovuşturma kavramı almış olup iddianamenin iadesi kurumuyla birlikte, savcı tarafından hazırlanan iddianamelerle kamu davasının açılmasının önüne geçilmiş ve iddianamenin esasını muhakeme edecek mahkeme tarafından incelenmesi öngörülmüştür. Mahkeme bu inceleme sonucunda iddianameyi kabul ederek kovuşturma aşamasına geçecek veya iddianameyi iade edecektir. Ancak kurum sanığın katılımı, soruşturmanın genişletilmesi gibi unsurları öngörmediğinden sorgu hâkimliğinden uzak, belli sebeplerle sınırlıdır. Mehzaz hukukta ise ilk soruşturma aşamasının kaldırılmasının ardından ara soruşturma evresi düzenlenmiştir. Bu düzenleme, güncel CMK ile paralel olarak esas mahkemesinin iddianame üzerindeki denetimini barındırırken, farklı olarak sanığa son soruşturma açılması kararına itiraz etme ve delil toplanması talebinde bulunma hakkı sunmaktadır. Mahkemenin delil toplanması kararını re'sen genişletme hakkı da bulunmaktadır. Mahkemeye yeterli şüphenin denetimi ve sonucunda soruşturmanın açılmaması kararı verebilme yetkisi tanınmıştır. Mehzaz hukuk sisteminin ilk soruşturmayı “kaldırırken” kurumun yetkilerinin bir kısmını “devrettiği” anlaşılmakta, kurumun amacı olan muhakemenin kısılması sağlanırken kurumun getirilerinden en fazla şekilde yararlanabilmek adına, muhakeme ilkeleriyle tam uyuşmama pahasına bir çözüm getirilmiştir. Söz konusu kurumlara ilerleyen bölümlerde ayrıca değinilecektir.

3. İDDİANAME

Cumhuriyet savcısı soruşturma aşamasında elde edilen deliller neticesinde yeterli şüphenin tespitini takdir etmekte serbest iken bu tespitin sonucunda

¹⁴ TBMM, “1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu”, 1/676, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c016/tbmm17016101ss0312.pdf> (E.T. 14.05.2021).

¹⁵ “1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu”, Madde 30, s.4.

yeterli şüpheye kanaat getirdiğinde kamu davasının mecburiliği ilkesi gereğince iddianame düzenlemek zorundadır. İddianame, Cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturma faaliyeti sonucunda topladığı delillerden suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin varlığını takdir etmesi halinde kamu davasının açılması için düzenlediği belgedir. İddianamenin düzenlenebilmesi için (CMK 170/2) suç teşkil edebilecek fiilin suçun kanuni unsurlarını taşıması ve suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin varlığı aranmaktadır. Düzenlenecek iddianamenin unsurları ise CMK 170/3 (şekli unsurlar) ve CMK 170/4-5-6 (esaslı unsurlar) maddelerinde düzenlenmiştir.

3.1. Yeterli Şüphe

İddianamenin düzenlenebilmesi için savcı, araştırılan olayda suç fiilinin belli bir fail tarafından gerçekleştirilmiş olduğuna dair yeterli şüpheyi takdir etmesi gerekir. Şüphe kavramı ceza muhakemesinde sıklıkla değinilen bir kavramdır. Soruşturmaya basit şüpheyle başlanır ve yeterli şüpheye ulaşılması halinde iddianame düzenlenir.

Yeterli şüphe doktrinde, yargılama dosyasındaki delillerle şüpheli/sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olması olarak açıklanmıştır¹⁶. Yeterli şüphenin belirlenmesinde soruşturma esnasında toplanan delillerle ilişki kurulması beklenmekle birlikte araştırma sonucunda şüphenin varlığının takdiri savcıya yüklenmiştir. Yeterli şüphe, suçun işlendiği konusunun mahkemece tartışılabilmesi ve sonucunda mahkûmiyet hükmünün verilmesi ihtimali olması halinde mevcuttur.

Yeterli şüpheye ulaşılmasında değerlendirme şüphesiz toplanmış deliller üzerinden yapılacaktır. Savcı değerlendirmesini toplanan delillere dayandırmalıdır. Hukuka aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kullanılamaz. Ancak delil dosyaya girmiş ise çıkarılması da mümkün olmadığından savcının delilin hukuka aykırı olduğunu mutlaka belirtmesi ve değerlendirme kapsamının dışında bırakması gerekir¹⁷.

3.2. Kanuni Şartlar

İddianame düzenlenebilmesi için ortada bir suç olması gerekir. Suç; ceza normunun unsurlarını belirlediği haksızlık içeriğine sahip ve hukuka aykırı bir fiilin kast veya taksirle işlenmesidir. Diğer bir ifade ile ceza normunun yasakladığı, tipe uygun, kasten veya taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı

¹⁶ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 83; Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.485.

¹⁷ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 664; Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması gerektiğini savunan görüş için bkz. Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 558-559.



haksız bir harektir¹⁸. Soruşturma sonucunda suçun kanunda tanımlanan unsurlarının somut olayda gerçekleştiğinin tespit edilmesi gereklidir. Türk Ceza Kanunu'nun ikinci maddesinde düzenlenmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre suçun unsurları tipiklik, maddi ve manevi unsurlar ve hukuka aykırılık olmakla¹⁹ birlikte doktrinde farklı sınıflandırmalar da yapılmaktadır²⁰. Uygulamada ise suçun unsurlarının savcı tarafından takdiri ne yazık ki etkisiz kalmaktadır. Savcılar bu konulardaki yetkilerini mahkemenin takdirine bırakmakta ve doğrudan iddianame düzenlemeyi tercih etmektedirler.

Kural olarak suç işlendiği haberinin yetkili makamlara ulaşması ile birlikte harekete geçilmekte ise de soruşturma ve kovuşturmanın başlaması veya yürütülmesi bazı şartlara bağlanmış olabilir. Bu şartlar muhakeme şartlarıdır²¹. Muhakeme şartların olmadan suç hakkında muhakeme yapılamayacağından muhakeme şartlarının varlığı iddianamenin kanuni unsurlarından biridir.

Muhakeme şartlarının soruşturma evresinde gerçekleşme veya muhakeme engelinin ortadan kalkma ihtimali yok ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmelidir. İhtimal mevcut ise soruşturma süreci ilerletilirse iddianamenin değerlendirilmesi sürecinde mahkeme, muhakeme engeli sebebiyle iddianameyi iade edilebilecektir. İade sonucunda ya şartın oluşması beklenecek ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.

3.3. İddianamenin İçeriği

3.3.1. Şekli unsurlar

CMK 170/3, iddianamenin şekli unsurlarını belirlemektedir. Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;

a) Şüphelinin kimliği,

CMK 225/1 maddesinde yer verildiği üzere mahkeme hükmünü ancak iddianamede gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verebilir. Bu nedenle

¹⁸ Artuk, Mehmet E.; Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.261-263

¹⁹ Artuk, Mehmet E.; Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.152-153.

²⁰ Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.38; Tipiklik, hukuka aykırılık ve cezalandırılabilme şeklinde bir sınıflandırma için bkz. Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, 14. bs, Der Yayınları, 2016, s.277; Kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusur şeklinde bir sınıflandırma için bkz. Özgeçen, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 1. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2005, s.202; Maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık şeklinde bir sınıflandırma için bkz. Aydın, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", s.371.

²¹ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.552.

failin kimliği hususunda tereddüt bulunmaması gerekir. Şüphelinin sadece kendi beyanına dayanan kimlik bilgileri yeterli değildir²².

b) Müdafî,

İddianamede şüphelinin ve varsa müdafisinin ayrıca gösterilmesi gerekir. CMK'nın ikinci maddesine göre müdafî şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir. Tebligat Kanunu'na göre vekili vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılacağından müdafinin gösterilmesi gerekir. Ayrıca zorunlu müdafilik gerektiren kovuşturmalarda mahkemenin, sanığın müdafisinin olup olmadığını kontrol etmesi için de müdafinin gösterilmesi gerekir.

c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,

Suçun mağdurunun kimliğinin tespiti, zararın giderilmesi ve etkin pişmanlık açısından önem taşımaktadır. Suçtan zarar gören kişilerin ise duruşmaya katılabilmeleri ve kendilerine tanınan haklardan faydalanabilmeleri için iddianamede kimlik bilgilerinin yer alması gerekmektedir.

d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi,

Tebligat ve hakların kullanımına ilişkin belirtilen hususlar da mağdur ve suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisinin iddianamede gösterilmesini önemli kılmaktadır.

e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,

İhbar eden kişinin kimliğinin iddianamede yer alması şüphelinin hakkındaki suçlamayı öğrenmesi hakkı ve aradaki husumetin varlığının tespiti açısından önem taşımaktadır. Ancak bazı hallerde ihbarcının kimliğinin gösterilmesinin ihbarcı açısından tehlikeli olması ihtimali de bulunmaktadır. Bu hallerde ihbarcının kimliği gizli tutulabilir.

f) Şikâyette bulunan kişinin kimliği,

Şikâyet, TCK 73 ve CMK 158 maddelerinde düzenlenen ve suç teşkil eden bir fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması yönündeki bir irade açıklamasıdır²³. Şikâyet hakkının ilgilisi tarafından kullanımının denetimi için şikâyetçinin kimliğinin iddianamede gösterilmesi gerekir.

g) Şikâyetin yapıldığı tarih,

Şikâyet, TCK 73 kapsamında altı aylık hak düşürücü süreye tabidir. Bu sebeple şikâyet tarihinin iddianamede gösterilmesi önemlidir.

h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,

Şüphelinin kendisini savunabilmesi için karşı karşıya olduğu suçlama

²² Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 520.

²³ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s.517.



hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu nedenle mahkeme savcı tarafından isnat edilen suçlama ile bağlı olmasa da suçun iddianamede belirtilmesi gerekir. Aynı nedenle mahkeme farklı bir suç fiilinin gerçekleştiği kanaatindeyse CMK 226 uyarınca sanığa ek savunma hakkı tanınmaktadır.

i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,

Suçun işlendiği yer yetki kuralları gereği önemlidir. Muhakeme yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesindedir. Suç tarihi ise zamanaşımı, yaş küçüklüğü gibi hususlar açısından önem taşımaktadır. Zaman tespiti ise kimi suçlar için maddi unsurun oluşmasında önem kazanmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi nitelikli hal oluşturur.

j) Suçun delilleri,

Cumhuriyet savcısının yeterli şüphe oluşumunu sağlayan ve elde edilen deliller üzerinden iddianamenin yazımını gerçekleştirecektir. Mahkemenin bu husustaki denetimi ve şüphelinin savunması deliller üzerinden yapılacaktır.

k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri iddianamede gösterilir.

Sanığın mahkûmiyeti halinde tutuklu ve gözaltında geçirdiği süreden mahsup gerçekleştirilecektir (TCK 63). Ayrıca sanığın mahkûm olmaması halinde tazminat istemi (CMK 141) mümkün olduğundan sürelerin iddianamede gösterilmesi önemlidir.

3.3.2. Esasa ilişkin unsurlar

CMK 170/4 uyarınca iddianamede suçu oluşturan olayların delillerle ilişkilendirilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısının sadece olayları anlatması ve delilleri ortaya çıkarması yeterli şüpheyi ortaya koymaz. Savcı soruşturma evresinden sonuç çıkarmalıdır. Yani çıkarımlarını sonuca konu delillerle bağlantı kurarak açıklamalı, delillerle olayları ilişkilendirmelidir. Savcı suç şüphesine ilişkin yeterli şüphenin varlığına delilleri inceleyerek karar vereceğinden olayın delillerle ilişkilendirilmesi yeterli şüphenin gerekçesini oluşturmaktadır.

CMK 170/5 uyarınca şüphelinin hem lehine hem aleyhine olan hususların öne sürülmesi gerekir. Cezai uyuşmazlığa konu delillerin toplandığı evre soruşturma evresidir. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan bu evrede uyuşmazlığa ilişkin sanığın lehine ve aleyhine tüm delillerin toplanması gerekir. Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (CMK 160/2). Cumhuriyet savcısının iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine hususları değil lehine olan hususları da göstermesi gereklidir.

CMK 170/6 hükmüne göre ise suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiğinin gösterilmesi gerekir. İddianamede, ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilmesinin istenmesi zımni olarak “kamu davasının açılmasını” talep niteliğindedir²⁴.

Ayrıca kanunda yer verilme de Cumhuriyet savcısının iddianamede imzasının bulunması doktrin ve Yargıtay tarafından aranmaktadır²⁵. İmza bir belgenin yetkili kişi tarafından düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti için zorunlu bir husustur.

4. ARA MUHAKEME

4.1. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Ara Muhakeme

İddianamenin savcı tarafından hazırlanmasıyla birlikte Türk ceza muhakemesinde kamu davası açılmamaktadır. CMK 175/1 gereğince kamu davasının açılması, davanın açılma talebinin ilgilisi olan esas mahkemenin açık veya zımni kabulüne bağlı kılınmıştır. Savcının soruşturma faaliyeti iddianamenin hazırlanmasıyla tamamlanmakta ise de kamu davasının açılması ve kovuşturma evresinin başlaması iddianamenin kabulüyle mümkündür. Doktrinde, soruşturma ile kovuşturma arasında mahkemenin iddianameyi kabul edeceği, iade edeceği veya on beş gün içerisinde iade etmemesi halinde kabul etmiş sayılacağı seçeneklerini kapsayan ara muhakeme sürecinin mahiyeti tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre iddianamenin hazırlanması ile birlikte soruşturma evresi tamamlanır ve ara muhakeme evresi başlar. Bu evre mahkemenin iddianameyi kabul veya iade etmesini kapsar. İddianamenin kabulüyle kovuşturma evresine geçilir, iade halinde ise soruşturma evresine dönüş yapılır. Bu görüş dayanağını CMUK’a mehzaz kanun olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunundan almaktadır. Türk hukukunda da bu görüşün yansıması olarak CMK 170/2’de soruşturma evresinin sonunda iddianame düzenlendiği yer almakta ve kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başladığından aradaki sürece aynı tanımlamanın yapılması fikri öne sürülmektedir. Bu ayrım Alman ceza muhakemesi kanunu Strafprozessordnung (StPO)’da ara muhakeme ismiyle yer alması da doktrin ve uygulama tarafından Alman hukukunda varlığı kabul edilmektedir²⁶.

Karşıt görüşe göre ise Türk ceza muhakemesi soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreden oluşmaktadır. Tanımlar başlıklı CMK 2’ye göre soruşturma yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi, kovuşturma evresi de iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. CMK bir

²⁴ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 432.

²⁵ Yargıtay. 10. C.D., E. 2006/3429, K. 2007/674, T. 30.01.2007.

²⁶ Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.517 vd.

ara evreye işaret edecek bir aralık bırakmamaktadır. Bu sebeple ara muhakeme olarak nitelendirilen kısım soruşturmanın bir parçasıdır²⁷.

4.2. İddianamenin Değerlendirilmesi

Hazırlanan iddianame görevli mahkeme tarafından on beş gün içinde incelenir. Mahkeme incelemesinde CMK 174’te belirtilen hususlara uygun olarak incelemesini yapar ve iade sebebi bulunmaması halinde iddianameyi kabul eder. On beş gün içerisinde karar verilmemesi halinde iddianame kabul edilmiş sayılacaktır. Mahkemenin doğrudan işin esasına girmesi halinde de iddianamenin zımnen kabul edildiği Yargıtay tarafından ifade edilmektedir²⁸.

İddianamenin kabulü kararına karşı gidilebilecek kanun yolu öngörülmemiştir. İtiraz yolu olmamasının yanında mehz hukukta bulunan şüphelinin dinlenmesine yönelik bir hak tanınmaması da silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakkının kullanımı açısından eleştirilmektedir. Ayrıca gerek mehz hukukta gerekse Türk hukukunda iddianameyi değerlendiren mahkemenin esasa ilişkin incelemeyi yapacak mahkemeye aynı olması da mahkemenin davaya önyargılı yaklaşabileceği hususunda eleştiri toplamaktadır²⁹. İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında yeterli şüphenin varlığına kanaat getiren mahkemenin dava sonucuna ilişkin kovuşturmaya geçmeden esasa ilişkin fikir oluşturmuş olması nedeniyle ihsas-ı rey ihtimali bulunmaktadır³⁰.

4.3. Alman Ceza Muhakemesi

Alman ceza muhakemesi doktrinde ön (*Vorverfahren*), ara (*Zwischenverfahren*) ve ana (*Hauptverfahren*) aşama olmak üzere iki aşamada incelenir. Ön ve ara muhakeme aşamaları birlikte soruşturma aşamasını (*Ermittlungsverfahren*) tamamlar. § 160/1’e göre savcı suç şüphesine ilişkin bilgi eline ulaştığında kamu davası açılması hakkında karar verebilmek için olayı araştırır. Soruşturma aşaması, kamu davasının açılmasına ilişkin kararın hazırlık aşaması olup kovuşturma aşamasına temellendirilmemiş bir şüpheyle

²⁷ Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, 1. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 492; Feyzioğlu, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *TBB Dergisi*, S. 62, 2006, s. 38 vd.

²⁸ Yargıtay, 4. C.D., E. 2008/7404, K. 2008/16991, T. 17.09.2018.

²⁹ Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, s. 30; Özbek, Veli Ö.; Kanbur, M. Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.480; Alman hukukunda Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 7. Kapitel. Das Vorverfahren und das Zwischenverfahren § 42. Das Zwischenverfahren Rn. 3

³⁰ Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, s.40.

geçilmemesinin yanında delillerin toplanması ve gözetilmesi amacını taşır³¹. Soruşturma faaliyetinin başlaması için başlangıç şüphesi gerekli ve yeterlidir. Maddi olaya ilişkin her türlü delil araştırma konusudur. Savcı, araştırma konusunda kural olarak serbest olup elverişli gördüğü bir yöntemle delil araştırabilir. Ancak soruşturma evresindeki yaptırımlar konusunda savcının serbestliği söz konusu değildir. Arama, gözaltı gibi tedbirlerde savcı sadece gecikmesinde tehlike olan sınırlı durumlarda bu tedbirlere başvurma yetkisine sahiptir.³²

Savcı soruşturmayı tamamladığında kamu davasının açılmasına ilişkin değerlendirmede bulunur ve kararını sonuç kısmında belirtir. Soruşturma aşamasında olayın, savcının kamu davasının açılmasına veya açılmamasına karar verebileceği kadar aydınlanması gerekir³³. Savcı kamu davasının açılmasına veya soruşturmanın sonlanmasına karar verecektir.

Soruşturma faaliyetinin sonunda genellikle kamu davası açılmaz ve soruşturma sonlandırılır. Sonlandırma sebepleri çeşitlidir. Usule ilişkin sebepler (zamanaşımı, failin meçhul olması), maddi hukuka dayanan fiilî tipik suç eylemi olmaması, olaya ilişkin sebepler veya maslahata uygunluk sebebine dayanabilir. İlk üç halde alınan karar kesin hüküm içermez. Savcı soruşturmanın durdurulması kararından geri dönebilir³⁴.

Soruşturma aşamasında durdurma kararı ile sonlandırılmaz ise savcı yeterli suç şüphesi varsa kamu davasını açmakla yükümlüdür. Alman doktrininde baskın görüş, savcının kanaatinin ana soruşturma sonunda mahkûmiyete ilişkin karar çıkmasının muhtemel olması halinde iddianame düzenlemesinin de zorunlu olduğudur³⁵.

İddianamenin verilmesi ile birlikte kamu davası açılır ve derdestlik hali başlar. Artık sürecin hâkimiyeti mahkemeye geçer. Olay mahkemenin önüne gelmiştir ve mahkeme iddianamedeki olay ve faile bağlanmıştır. Son olarak şüpheli artık sanık adını alır. Böylece mahkemenin ana soruşturmaya geçilmesine ilişkin karar vereceği ara soruşturma bölümüne geçilir. Ara muhakemeye yapılan en sık eleştiri mahkemenin olaya ilişkin olarak kovuşturmaya geçilmeksizin karara varmış olmasıdır. Zira, mahkeme iddianame için esas soruşturmanın açılması (*Eröffnungsbeschluss*, StPO § 203) kararını vererek suçlunun yeterli derecede şüpheli olduğunu kabul etmektedir. Böylece mahkemenin tarafsızlığı ilkesi zarar görmektedir. Hâkim iddianameyi sanıkla ve diğer ilgililerle paylaşır, delil araştırılması talebinde veya son

³¹ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, §39, Rn. 1.

³² Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 630-631.

³³ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, §40, Rn. 1.

³⁴ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, §40, Rn. 3.

³⁵ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, §40, Rn. 7.



soruşturmaya geçişe ilişkin itirazda bulunmaları için süre verir ve gerekli ise zorunlu müdafî belirler. Sanığın delil araştırması talebinin uygunluğuna mahkemece karar verilir. Karar verecek mahkeme esas hakkında karar verecek mahkemedir (StPO § 199). Mahkeme, sanığın eyleminin suç olduğuna ilişkin yeterli şüphenin ön soruşturma aşamasında olup olmadığını denetleyecektir. Yüksek Mahkeme kararlarında (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (BGHSt)) yeterli şüphenin, olayda mahkûmiyet sonucunun çıkacağı düşüncesinin ağır gelmesi halinde mevcut olduğu belirtilmektedir³⁶. Mahkemenin kabul kararı, iddianamenin ana soruşturmaya geçilmesi için yeterli olduğunu ve kovuşturma yapılması gerekliliğini ifade eder (StPO § 207/1).

Mahkeme, kanuna veya olaya dayanan sebepleri açıklamak suretiyle kovuşturmaya izin vermediğine ilişkin karar da verebilir (StPO § 204/1). Ancak baskın görüş öncelikle iddianamenin savcıya iade edilmesi, savcının ısrarı halinde ret kararı verilmesi yönündedir³⁷. Eylemin tipik olmaması, muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi, yeterli suç şüphesinin oluşmaması hallerinde hâkim kovuşturma açılması talebini reddeder³⁸. Mahkeme, savcının takdir yetkisi sonucunda kamu davasının açılması yerine farklı hukuki kurumlara başvurması halinde, savcı ve sanığın onayıyla yine kovuşturmaya geçilmemesi kararı verebilir. Sanığın yokluğu halinde ise geçici olarak esas soruşturmaya geçilmemesi kararı verilebilir. Mahkeme ana soruşturmaya ilişkin kararını verirken ayrıca tutukluluğa veya mevcut tutukluluğun devamına ilişkin karar vermelidir (StPO § 207/4). Kovuşturma açılmaz ise tutukluluk hali derhal sonlandırılır.

Mahkeme kararlarından davanın açılması kararına fail de savcı da itiraz edemez. Ancak ret kararına karşı savcının itirazı mümkündür (StPO § 210/1-2). Davanın açılması kararı itiraz edilemez bir kararla reddedilmişse artık yeni bir delil veya olay gerçekleşmeksizin mevcut olayla ilgili yeniden iddianame düzenlenemez (StPO § 211). Yeni bir olay veya delilin ret kararı anında mevcut olmaması şart değildir. Öncesinde mevcut olan ancak mahkemenin önüne ilk defa getirilen bir delilde mahkeme için yenileme sebebi sayılmalıdır.³⁹

İddianamenin iadesi kurumunun ceza muhakemesindeki yerine ilişkin tartışma, kurumun esinlendiği mehzaz hukukta olduğu gibi hukukumuzda muhakemenin ilgili aşamasına ilişkin ayrı bir evre tanımı yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Binaenaleyh kamu davasının açılması ve soruşturma evresinin tamamlanmasına ilişkin olarak iki muhakeme sisteminin

³⁶ BGHSt 53, 238, 242f.

³⁷ Zimmermann, Frank, *Strafrecht 4*, Sommersemester, 2016.

³⁸ Volk/Engländer, *Grundkurs StPO*, 2021, 10. bs. C.H.Beck, s. 16; Das Zwischenverfahren Rn. 18.

³⁹ BGHSt 7, 64 (66). Volk/Engländer, *Grundkurs StPO*, s. 16.

muhakemesi farklı olduğu gibi muhakeme evreleri de farklı olduğundan tartışmaya yaklaşımları da farklı olması gerekmektedir. Ayrıca muhakemenin evrelerine ilişkin sınıflandırma ile muhakemenin hâkim süjesine ilişkin sınıflandırmanın kesişmekte olsalar da farklı bir sınıflandırma olduğu akılda bulundurulmalıdır.

5. İDDİANAMENİN İADESİ

Kamu davasının mecburiliği gereği Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi gerekmektedir. İddianame ile kamu davasının doğrudan açılmasının uygulamada yetersiz soruşturmaların kovuşturmaya dönüşmesi nedeniyle gereksiz dava yükü oluşturmasının yanında adalete erişim hakkına da hâlel getirdiği görüldüğünden, iddianameyi düzenleyen merciden farklı bir merciinin iddianameyi değerlendirmesi ihtiyacı doğmuştur. CMK kapsamında iddianamenin değerlendirilmesi, kovuşturma evresinde görevli ve yetkili mahkemeye verilmiştir. Makul sürede yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında adil yargılanma hakkının alt başlıklarındandır. Ayrıca Anayasanın 141/4 hükmü davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını işaret etmektedir. Soruşturma aşamasında lehe ve aleyhe tüm delillerin toplanması ve CMK 170. maddeye uygun bir iddianame düzenlenmesi halinde kovuşturma aşaması en verimli şekilde geçilerek, muhakemenin nihai amacı olan maddi gerçek ortaya çıkarılacaktır.

İddianamenin iadesi kurumunun amacı kanunun gerekçesinde “soruşturmanın tüm yönleriyle eksiksiz yapılmaması nedeniyle oluşan sakıncaları önlemek ve bu suretle davaların mümkünse bir günde sonuçlanmasını sağlamak”⁴⁰ şeklinde açıklanmıştır. Soruşturma evresinin, ceza muhakemesinin suç şüphesinin yetkili makamlara ulaşmasından kamu davasının açılmasına kadar olan süreci kapsadığı düşünüldüğünde, soruşturma aşamasının etkisiz olması muhakemeyi oldukça uzatmaktadır.

İddianamenin iadesi kurumu, iddianamenin iade edilmemesi için soruşturma makamını etkin soruşturma yapmaya teşvik etmektedir. İddianamenin kabulü olmaksızın şüpheli, sanık sıfatını alamayacağından kişinin haksız kovuşturma ile lekelenmesinin önüne geçilecektir. Son olarak delillerin toplanması ve yeterli şüphenin varlığının denetimi yoluyla kovuşturma aşamasının hızlı şekilde sonlanması ve yetersiz soruşturma sonucunda açılan ve beraat ile sonuçlanan kovuşturmaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

5.1. İade Süresi

Mahkemenin iade için on beş günlük süresi bulunmaktadır. Bu süre iddianamenin ve tüm soruşturma evrakının mahkemeye verildiği tarihten

⁴⁰ 178. Madde gerekçesi için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1653> (E.T. 27.08.2021).



başlar. İddianamenin değerlendirilmesi, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 140. Maddesine göre iddianame ve soruşturma evrakının UYAP'tan mahkemeye gönderildiği tarihten başlayıp mahkemece kabul veya iadesine karar verildiği tarihe kadar geçen süredir. Sürenin niteliği konusunda görüş birliği bulunmamakla⁴¹ birlikte on beş gün içerisinde iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılacaktır. Söz konusu hüküm, denetimden geçmemiş iddianameler ile kovuşturulma yapılması ihtimali yaratması nedeniyle iddianamenin iadesi kurumuna zarar verme riski taşımaktadır.

5.2. İade Sebepleri

CMK'nın 174. maddesinde mahkemenin iddianameyi hangi şartlar altında iade edeceği düzenlenmiştir. Mahkeme iddianamedeki tüm eksiklikleri tespit etmelidir; zira 174/4 hükmüne göre ilk kararda bahsedilmeyen sebeplerden dolayı mahkeme iddianameyi yeniden iade edemeyecektir. İade sebepleri, 170. maddeye aykırı iddianame düzenlenmesi, suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması ve ön ödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde ön ödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaması şeklinde genel olarak üç başlık altında toplanmıştır. Bu sebepler haricinde olan bir nedenle iddianame iade edilemez⁴².

5.2.1. CMK 170'e Aykırılık

Mahkemenin değerlendirmesi açısından CMK 170'te yer alan iddianamede bulunması gereken hususlar şekil ve esas yönünden olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli bakımdan inceleme, görev ve yetkiye ilişkin veya iddianamenin taşınması gereken CMK 170/3 hükmünde belirtilen unsurlar ve imzaya ilişkindir. Esas yönünden inceleme ise yeterli şüphenin bulunması, delillerin mevcut olaylarla ilişkilendirilerek açıklanması, iddianamede lehe ve aleyhe delillerin gösterilmiş olması ve iddianamenin sonuç kısmında suçla ilgili olarak uygulanmasını istediği ceza veya güvenlik tedbirini gösterilmiş olmasıdır.

5.2.1.1. Yeterli Şüphe

Yeterli şüpheye ilişkin olarak kanun maddesinin ilk halinde 170. maddede yer alan unsurlar denilerek sadece şekli unsurların kapsadığı, dolayısıyla yeterli

⁴¹ Hak düşürücü niteliğe ilişkin bkz. Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 647; Düzenleyici niteliğine ilişkin bkz. Feyzioğlu, Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", s. 39; Karakurt, Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", *TBB Dergisi*, S. 82, 2009, s. 22.

⁴² Yargıtay, 4.C.D., E. 2010/3200, K. 2010/5533, T. 29.03.2010.

şüpheli unsurunun değerlendirilemeyeceği savunulmaktaydı⁴³. Ancak yapılan değişiklikle 170. maddenin tamamına atıf yapılarak tartışma ortadan kalkmıştır. Fakat uygulamaya bakıldığında düzenlemenin işlevsiz kaldığı görülmektedir. Mahkemenin yeterli şüpheye ilişkin yapacağı incelemenin ihsas-ı rey durumunu gündeme getireceği Türk hukukunda da öne sürülmektedir⁴⁴. Yargıtay ise yeterli şüpheye ilişkin takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu ve kamu davasını açmanın yeterli şüphelinin takdir edilmesi halinde mecburi olmasını temel alan kararlar vermektedir⁴⁵. Ayrıca yeterli delilin bulunmadığı hallerde suç şüphesinin oluşamayacağı düşünülebilirse de Yargıtay’a göre yeterli delil olmasa da yeterli şüpheye ulaşıldığı takdirde bu durum iddianamenin iadesi sebebi değildir⁴⁶.

5.2.1.2. CMK 170/3’e Aykırılık

170. maddede yer alan ve iddianamede yer alması gereken hususların eksikliği iade nedenidir. Bu hususlar şüpheli, müdafî, maktul, mağdur veya suçtan zarar gören, şikâyette bulunan, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri gibi 170/3’de yer alan şekli unsurlardır. Bu unsurlar ve imzanın bulunmamasına ilişkin eksikler iade sebebidir.

Şüphelinin kimlik bilgisinin onu, başkalarından ayırt edecek şekilde açık olması gerekir. Kimlik bilgilerinin yer alması gerekirken ayrıntılı kimlik bilgisi olmasına gerek yoktur. Şüpheli, mağdur, suçtan zarar görenin kimliğine yer verilmesi gerekse de kimlik bilgilerini içeren diğer resmi evrakların (örneğin vukuatlı nüfus kayıt örneği) soruşturma evrakında yer almaması iade sebebi değildir⁴⁷. Yabancı uyruklu şüpheliler için beyana veya sahte pasaporta dayalı kimlik bilgileri iade sebebidir⁴⁸.

Maktul, mağdur veya suçtan zarar gören kişilerin kimlik bilgileri ile ilgili olarak bu kimselerin bilgileri için araştırma ve soruşturma yapılmış ve sonuçsuz kalınmışsa bu husus Yargıtay’a göre iade sebebi değildir⁴⁹.

⁴³ Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, s.43.

⁴⁴ Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, s.32; Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.537.

⁴⁵ Yargıtay, 2. C.D., E. 2009/10660, K. 2009/20519, T. 27.02.2009.

⁴⁶ Yargıtay, 1. C.D., E. 2008/429, K.2008/108, T. 21.01.2008.

⁴⁷ Yargıtay, 1. C.D., E. 2008/11004, K. 2009/457, T. 12.04.2009.

⁴⁸ Yargıtay, 7. C.D., E. 2007/11027, K. 2007/5997, T. 19.07.2007.

⁴⁹ Yargıtay, 14. C.D., E. 2011/14137, K. 2011/626, T. 11.10.2011.



Şikâyete bağlı suçlarda şikâyetçinin kimliğine ve şikâyet tarihine yer verilmesi gerekli olsa da Yargıtay şikâyetin süresinin geçirilmesi halini iade sebebi olarak görmemektedir⁵⁰.

İsnat edilen suçla ilgili hususların iddianamede yer alması gerekir. İddianame suçun nitelendirilmesi nedeni ile iade edilemeyeceğinden ancak suçun nitelendirmesinin hiç yapılmaması halinde iddianamenin iadesi düşünülebilir. Yargıtay sevk maddelerinin yanlış yazılması halini iddianamenin iadesi sebebi olarak görmemiştir. Yargıtay'a göre hâkim sevk maddeleriyle değil isnat edilen fiilin anlatımı ile bağlıdır⁵¹.

CMK 170/3 içerisinde yer alan şekli sebeplerde görev ve yetkili mahkeme hususu doktrinde ayrıca tartışılmıştır. Savcı görevli ve yetkili mahkemeyi suçun niteliği doğrultusunda belirler ve iddianameyi uygun gördüğü mahkemeye gönderir. Mahkeme hukuki nitelendirme sebebiyle iddianameyi iade edemez (CMK 174/2) ve değerlendirme açısından nitelendirme ile bağlıdır. Aynı şekilde soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izin veya talep şartını gerektirdiği durumlarda bu şartlar gerçekleşmeden iddianame düzenlenmesi de bir iade nedenidir (CMK 174/1). Ancak mahkemenin kendisini açıkça görevli olmadığını düşünmesi halinde ne yapılması gerektiği hususu tartışma konusu olmuştur. Mevzuat hukukta kanunen mahkemeye iddianamedeki nitelendirme ile bağlı olmayıp kendisi görev konusunda karar verme yetkisi tanınmıştır. Türk hukukunda öğretilerdeki hâkim görüşüne göre, mahkeme hukuki nitelendirme sebebiyle iddianameyi iade edemez olduğundan ancak açık bir görevsizlik nedeniyle iade kararı verilmelidir⁵². Yargıtay da bu görüştedir⁵³.

5.2.1.3. CMK 170/4-5-6'ye Aykırılık

Savcının iddianameyi düzenlerken delilleri ortaya koyması yeterli olmayıp eldeki delillerin olay ile ilişkisini kurması gerekmektedir. Ancak kurulacak ilişkinin seviyesi muğlaktır. Yargıtay'ın delillerin her bir olayla ilgili olacak şekil ayrıntılı şekilde gösterilmesini aradığı⁵⁴ kararları bulunduğu gibi suça ilişkin bilgilerin anlatımından delillerle olan ilişkinin anlaşılabilir olmasını yeterli saydığı⁵⁵ kararları da bulunmaktadır. Ancak belirli bir seviyede ilişkilendirmenin gerekliliği açıktır.

Şüphelinin sadece aleyhine hususların değil, lehine olan hususların da iddianamede gösterilmemesi ve kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği iddianamenin sonuç

⁵⁰ Yargıtay, 10. C.D., E. 2009/6171, K. 2009/16647, T. 02.11.2009.

⁵¹ Yargıtay, 6. C.D., E. 2015/8747, K. 2016/1268, T. 17.02.2016.

⁵² Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.431.

⁵³ Yargıtay, 3. C.D., E. 2007/8659, K. 2007/5291, T. 27.06.2007.

⁵⁴ Yargıtay, 6. C.D., E. 2007/18694, K. 2009/15252, T. 18.11.2009.

⁵⁵ Yargıtay, 6. C.D., E. 2008/15801, K. 2010/2560, T. 15.03.2010.

kısmında belirtilmemesi iade sebebidir. Tüzel kişiler hakkında kanunda cezai yaptırım öngörülmediği için tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanır. Uygulanması öngörülen güvenlik tedbirinin sonuç kısmında yer almaması iade nedenidir⁵⁶.

İddianamenin şekle ve esasa ilişkin unsurları incelenirken zorunlu unsurların somut olayla ilişkili olması gerekliliği önem taşımaktadır. Örneğin suç şikâyete tabi değilse şikâyetçinin kimliğine ihtiyaç yoktur. Şüpheli gözaltına alınmıyorsa gözaltı tarihi gösterilmemesi iade nedeni sayılamaz.

5.2.2. Suçun Sübutuna Doğrudan Etki Edecek Mevcut Bir Delilin Toplanmaması

Mahkemelerin suçun sübutuna doğrudan (ilk haliyle mutlak) etki edecek delile ilişkin incelemesi yeterli şüphede değindiğimiz eleştiri konusuna paralel olarak mahkemenin ihsas-ı rey de bulunması özelinde tartışılmıştır⁵⁷. İlgili 174/1-b maddesi 5271 sayılı CMK’da olmayıp sonradan eklenmiştir. Ancak ilk haliyle suçun sübutuna “mutlak” etki edecek ibaresini barındıran hüküm eleştiriler dikkate alınarak 17.10.2019 tarihli değişiklikle “mutlak” yerine “doğrudan” ifadesi getirilerek değiştirilmiştir. İfadenin daha kapsayıcı şekilde doğrudan şeklinde değiştirilmesiyle bu yargının önüne geçilmek istenmiş ise de mevcut haliyle de delilin suça doğrudan etki etmesi kavramının muğlaklığı eleştiri konusu olmaya devam etmektedir⁵⁸.

Madde kapsamında toplanması gerekli görülen delil savcının ulaşabileceği bir delil olmalıdır. Mahkeme delillere ilişkin tespitini yaparken soruşturma evrakı üzerinden bu incelemeyi yapacaktır. Zira soruşturma evrakı haricinde mahkemenin önüne getirilmemiş bir delilin toplanmadığını tespit edebilmesi mümkün değildir. Uygulamada doğrudan etki edecek delil, her olaya göre farklılık gösterecek olsa da özellikle şüphelinin ifadesinin alınmaması hususunun bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay’a göre sübuta mutlak etki edebilecek delilin toplanmamış olmasına rağmen, mevcut delillerle iddianamenin yeterli şüpheyi barındırması halinde iddianame iade edilemez⁵⁹. Yargıtay’ın mutlak derecede etkili delillerde dahi eksikliğe rağmen iddianameyi yeterli gördüğü düşünüldüğünde, doğrudan

⁵⁶ Yargıtay, 2. C.D., E. 2010/14732, K. 2010/15842, T. 12.05.2010.

⁵⁷ Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, s.32; Özbek, Veli Ö.; Kanbur, M. Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2020, s. 502; Aksi görüşte olanlar için bkz. Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 647; Karakurt, Ahu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, s. 10-11.

⁵⁸ Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, 2008, s.117.

⁵⁹ Yargıtay, 9. C.D., E. 2006/5556, K. 2006/7144, T. 10.04.2006.



etkili delillerin eksikliğinde görüşünü değiştirmesi beklenmemektedir. Güncel kararlar da bu yöndedir⁶⁰.

5.3. İade Sebebi Yapılamayacak Haller

Süre kısmında değinildiği üzere iddianamenin mahkemeye tesliminden itibaren on beş günlük sürenin geçmesinin ardından iddianamenin iadesi önlenmiştir. CMK 174 iade sebeplerini belirtmekle birlikte iade sebebi olamayacak hallere de değinmektedir. CMK 174/2'ye göre suçun hukuki nitelendirmesi sebebiyle iddianame iade edilemez. Mahkeme olayı kovuşturacak makam olarak eylemin hangi suç fiiline uyduğunu kendisi belirleyecektir. Bu husus CMK 225/2'de mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir hükmüyle vurgulanmıştır.

Mahkeme daha önce iade kararı vermişse yeniden iade kararı verebilmekle beraber ilk kararında değinmemiş olduğu sebeplere dayanamaz. Ancak iade sebebine dayanılarak yeniden iddianamenin iade edilmesinin önünde engel yoktur. Yargıtay kararlarında iddianamenin iadesi konusunda kanunda düzenlenen sebepler dışında iddianame iade edilemeyeceği belirtilmektedir⁶¹.

5.4. İade Kararının Sonuçları ve Karara İtiraz

Mahkemenin iddianameyi iade etmesiyle birlikte soruşturma evresine geri dönüş yapılmaktadır. Savcı bu aşamada iddianamede hem mahkemenin hem kendisinin gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Ancak mahkemenin işaret ettiği sebepler açısından soruşturmanın genişletilmesi kanun gereğidir. Yargıtay bu hususa aykırı olarak yeniden düzenlenmiş iddianameyi hukuka aykırı kabul etmektedir⁶². Savcı iade sebeplerine ilişkin olarak soruşturmayı genişlettikten sonra yeniden iddianameyi düzenleyebilir veya takipsizlik kararı verebilir. Savcı iddianamenin mevcut halinin iade gerektirmediği düşünüyor ise kanun kendisine itiraz hakkı tanımaktadır. CMK 174/4 uyarınca iade kararına karşı Cumhuriyet savcısı itiraz edebilir. İtiraz usulünde genel hükümler uygulanacak olup yedi gün içinde kararı veren mahkemeye başvurması gerekir (CMK 268-271).

6. SORUNLAR

İddianamenin iadesi kurumu CMUK döneminde yaşanmış aksaklıklar ve hak ihlallerine engel olmak amacını taşımakta olduğundan temas etmiş olduğu sorunların tespiti önem taşımaktadır.

6.1. 15 Günlük Sürenin Başlangıcı

CMK 174'e göre mahkeme, iddianamenin ve soruşturma evrakının "verildiği" tarihten itibaren 15 gün için iddianamenin iadesine karar

⁶⁰ Yargıtay, 16. C.D., E. 2020/2420, K. 2020/3111, T. 19.06.2020.

⁶¹ Yargıtay, 11.C.D., E. 2011/9661, K. 2012/17588, T. 17.10.2012.

⁶² Yargıtay, 10. C.D., E. 2006/8650 K. 2007/1430, T. 12.02.2007.

vermelidir. Ancak burada 15 günlük sürenin başlangıcı birtakım tereddütler uyandırmaktadır. Kanunun lafzında yer alandan “verildiği tarihten itibaren” ifadesinden 15 günlük sürenin evrakın teslim edildiği gün başladığı anlaşılmaktadır. Ancak gün sonunda mahkemeye ulaşan evrak hakkında aynı gün içerisinde mahkemenin karar verebileceği düşünülemez. Göre bu süre evrakın tesliminden sonraki gün başlamalıdır.

6.2. İddianamenin İadesi Kurumuyla İlişkili Önceden Var Olan Sorunlar

İddianamenin amacı kısmında değinildiği üzere, genel olarak iddianamenin iadesi kurumu ile savcıların suça ilişkin ithamları ve delilleri yeterli suç şüphesine ulaşmak amacıyla ayırarak elemesi, etkili bir kovuşturma için yetersiz soruşturma ve sonuçsuz iddianamelerin önüne geçilmesi ve adaletle süresinde ulaşma çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihdas edilmesi amaçlanmıştır.

Yaklaşık 16 yıllık süreçte ilerleme kat edilmiş olsa da bu ilerleme sadece iddianamenin iadesi kurumuna bağlı olmayıp kolektif bir sürecin sonucudur. Ancak soruşturmanın şüphe, delil vb. hususlarda usul ve esasına ilişkin denetimine olanak sağlayan böylesine bir kurumun soruşturmaların çok az bir kısmına etki etmesi kurumun etkili kullanılmadığını göstermektedir. Başka bir deyişle iddianamenin iadesi kurumu, tam kapasite ile kullanılması halinde, teoride yetersiz iddianame hazırlanmasının önüne tamamen geçebilecek güçte bir kurum olmasına rağmen uygulamada beklenen faydanın sağlanamadığı görülmektedir. Cumhuriyet savcıları tarafından “iade nedenlerinin genişletici bir yoruma tabi tutulduğu”, doktrin ve hâkimler tarafından ise “iade nedenlerinin daraltıcı bir yoruma tabi tutularak, bu kurumun işleminin bir hayli zorlaştırıldığı” şeklinde iki farklı eleştiri getirilmektedir⁶³.

6.2.1. Yeterli Şüphenin Takdiri

İddianamenin düzenlenmesinde yeterli şüphenin takdiri belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Savcı yeterli şüpheyi takdir edecek merci olup, şüpheye ulaşması halinde iddianameyi düzenlemek zorundadır. Ülkemizdeki uygulamalar ve tarihi süreç takip edildiğinde iddianamenin düzenlenmesine yeterli görülen şüphe kavramının eleştirildiği gözlemlenmektedir. CMUK döneminde bu eleştiriler sonucunda “yeterli belirti” yerine “yeterli delil” ölçütü getirilmiş ancak istenilen sonuca ulaşamamıştır⁶⁴.

Belirtmek gerekir ki yeterli şüphenin mahkeme tarafından incelenebilir olması tartışmalıdır. CMK 170’inci maddenin ilk halinde, maddede geçen

⁶³ Elmas, Birsen, “Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi”, *TAAD*, Y. 7, S. 28, 2016, s. 209.

⁶⁴ Yücel, Mustafa T., “Hukukun Sosyal Teorisi”, *TBB Dergisi*, S. 52, 2004, s.119.



unsurları içermeyen iddianamenin iade edilmesi öngörülmüştü ve yeterli şüpheye ilişkin bir incelemenin esasa girme ihtimali taşınması nedeniyle kapsam dışında olduğu savunulmaktaydı⁶⁵. 5353 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda atıf 170. maddenin tamamına yapılmış ve yeterli şüphe kapsam içine alınmıştır. Ancak Yargıtay 10. Ceza Dairesi 14.01.2013⁶⁶ tarih ve 27.05.2013⁶⁷ tarihli kararlarında ifade etmiş olduğumuz değişikliğe rağmen “*CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesini gerektiren sebepler sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar arasında gösterilen “170. maddeye aykırı olarak düzenlenen” ibaresi, iddianamenin bu maddede belirtilen şekil unsurlarını taşınmasını ifade etmekte olup, “yeterli delil bulunmaması” anlamını içermediğine*” karar vermiştir.

İddianamede yeterli şüphenin bulunduğuna ilişkin karar verilirken mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmeye girip girmediğini tespit etmenin yolu, iddianamenin kabulü kararlarının gerekçeli olmasıdır. Ancak iddianamenin kabulüne ilişkin karara bile gerek olmaksızın kovuşturmayaya geçmek mümkünken gerekçeli karar beklemek ülkemizin yargı pratiğinde anlamsız olacaktır.

Savcının yeterli şüpheye kanaat getirmesi delillerin yeterliliğiyle mümkündür. Bu nedenle iddianamenin düzenlenmesine yeterli şüpheyi inceleyecek olan mahkemenin dosyadaki delillerin de yeterli olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir⁶⁸. Ancak Yargıtay, yeterli delil bulunmamasına rağmen yeterli şüpheye ulaşan Cumhuriyet savcısının kamu davası açması zorunlu olduğundan yeterli delilin bulunmamasını iddianameni iade nedeni olarak görmemektedir⁶⁹. Yeterli şüphenin takdiri Cumhuriyet savcısında ise dosyadaki delillerin yeterliliği de savcının takdirinde olacağını düşünen Yargıtay, somut delillerin toplanmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilemeyeceğini kabul etmiştir⁷⁰.

Bu hususta yeterli şüphenin sadece savcının takdirine bırakıldığına ilişkin görüşe katılmıyoruz. İddianamenin düzenlenmesi için savcının yeterli şüpheye kanaat getirmesi gerekir ve yeterli şüphenin varlığı halinde iddianamenin düzenlenmesi zorunludur. Ancak kanun koyucu söz konusu şüphenin varlığının denetimini iddianamenin değerlendirilmesi yoluyla mahkemeye yüklemiştir. Mahkeme yeterli şüpheye kanaat getiremeyeceğinden uygulayabileceği yöntem, soruşturma dosyasına alınmış delillerle yeterli şüpheye varılıp varılamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapmaktır.

⁶⁵ Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 627.

⁶⁶ Yargıtay, 10. C.D., E.2012/16902, K. 2013/365, T. 14.01.2013.

⁶⁷ Yargıtay, 10. C.D., E. 2013/7637, K. 2013/4779, T. 27.05.2013.

⁶⁸ Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.698.

⁶⁹ Yargıtay, 10. C.D., E. 2013/7895, K. 2013/5910, T. 17.06.2013.

⁷⁰ Yargıtay, 23. C.D., E. 2015/20337, K. 2015/7830, T. 09.12.2015.

Ancak Yargıtay içtihatlarıyla bu yöntemin uygulanmasına engel olmakta ve iddianamenin iadesi kurumuna zarar vermektedir. Bu içtihatların altında yatan sebep genellikle delillerin kovuşturma aşamasında toplanabilmesi veya öne sürülebilecek olması olsa da iddianamenin iadesi kurumunun amacının, kovuşturmayı olabildiğince kısa tutmak ve delillerin soruşturma aşamasında mümkün mertebe toplanmasını sağlamak olduğu hatırlandığında içtihatların zararı daha iyi anlaşılacaktır. Ağırlıklı içtihat bu yönde olsa da Yargıtay'ın etkin soruşturma ilkesine paralel şekilde verdiği kararlar artmaktadır⁷¹. Bu görüşün ihsas-ı rey sonucu doğurması da mümkün olduğundan çözümler kısmında önereceğimiz üzere iddianamenin değerlendirilmesinin esas mahkemesinde değil farklı bir mahkeme tarafından yapılması uygun olacaktır.

6.2.2. Yetersiz Soruşturma ve İddianamelerin Önlenmesi

İddianamenin iadesi kurumunun diğer bir amacı da kanunda belirtilen şartları taşımayan iddianameler ile kovuşturmaya geçilmesini önlemek ve kovuşturmanın hızlanmasını sağlamaktır. CMK 170, ilk kısımda değinildiği üzere iddianamede bulunması gereken şekle ve esasa ilişkin unsurları içermektedir. İddianamenin iadesi kurumunun şekle ve esasa ilişkin denetim yapması öngörülerek sorunların çözülmesi amaçlanmıştır. Yargıtay kararları incelendiğinde Yüksek Mahkeme'nin şekli veya usûli eksiklik ya da hataları mahallinde giderilebilecek eksiklik olarak nitelendirerek iddianamenin iadesine konu olmayacağı yönünde değerlendirmeler yaptığı görülmektedir⁷². Bu kararlar karşısında mahkemelerin şekli anlamda eksiklik nedeniyle iddianameleri nasıl iade edeceği eleştiri konusudur⁷³.

Esasa ilişkin incelemede ise en göze çarpan husus mülga CMUK dönemindeki sorunlara tepki olarak deliller ile olayın ilişkilendirilmesi zorunluluğudur. Özellikle 1985 sonrası değişikliklerle savcılık kurumu görevlerini yerini getirmekten uzaklaşmış olduğu ve soruşturma evresinin doğru yapılmadığı, yeterli iz, bulgu, emare olmaksızın basit şüphayle davalar açıldığı tespit edilmiştir⁷⁴.

Zira uygulamada savcıların delilleri sıralayıp olay anlatımıyla birlikte ilişki kurmaksızın iddianameler düzenlediği görülmektedir. Bunun sebebi de kolluktan gelen bazı fezlekeler üzerinde yapılan kozmetik düzeltmeler ile iddianamelerin oluşturulmasıdır. Ancak bu konuda savcılara bir kusur

⁷¹ Yargıtay, 12. C.D., E. 2015/15916, K. 2016/765, T. 20.01.2016; Yargıtay, 16. C.D., E. 2018/989, K. 2018/4981, T. 06.11.2018.

⁷² Yargıtay, 12. C.D., E. 2012/26629, K. 2012/22780, T. 02.11.2012; Yargıtay, 9. C.D., E. 2005/6961, K. 2005/9421, T. 12.12.2005.

⁷³ Özbek, Veli Ö.; Kanbur, M. Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 500.

⁷⁴ Karakurt, Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", s.17.



atfetmekte mümkün değildir. Ülkemizde sürdürülebilir ihtisas ve kariyer planlamasından mahrum, doğrudan sicil amiri olarak savcıya bağlı olmayan bir adli kolluğun ideal anlamda savcıya yardımcı olması ve savcının yürüttüğü soruşturmada istenen nitelikli soruşturmayı yapabilmesini beklemek fazlası ile iyimser bir düşünce olacaktır⁷⁵.

Mahkemenin esasa dayanarak inceleme yapamayacağına ilişkin görüş baz alındığında⁷⁶ mahkeme, deliller ile olayın ilişkilendirilmesini değerlendirerek mevcut deliller ile suç unsurlarına ilişkin yeterli şüpheliyle olayla ilgili görüş sevk etmeksizin soruşturma dosyasındaki deliller üzerinden tespit edilebilecektir. Ancak Yargıtay kararlarına bakıldığında “*iddianamedeki deliller başlığı altında dayanılan kanıtların nelerden ibaret olduğunun gösterildiği ve sanığın eyleminin anlatıldığı bölümde sözü edilen kanıtların eylemin hangi aşamasına ilişkin olduğunun da anlaşılır durumda bulunduğu gözetildiğinde iade kararına dayanak yapılan yasal nedenlerin olayda gerçekleşmediği*”⁷⁷ denilerek delil-olay ilişkilendirmesi yerine eldeki delillerin eylemin hangi aşamasına ilişkin olduğunun “anlaşılır” olmasını iddianamenin iade edilmemesi için yeterli görülmüştür.

Esasa ilişkin inceleme, ayrıca iddianamede şüphelinin lehine olan hususların gösterilmesi gerekliliğidir. Burada hukuka aykırı elde edilen delillerin akıbetinin belirlenmesi gerekliliği yanında, cezada indirim yapılmasını sağlayan etkin pişmanlık hallerinin varlığının ortaya konulması beklenebilir. Ancak lehe ve aleyhe olan hususların tespitinin hâkim açısından maddi meselenin incelenmesi gerektireceği sebebiyle iadenin mümkün olmayacağını belirten aykırı bir görüş bulunmaktadır⁷⁸. Yargıtay, Cumhuriyet savcısının etkin pişmanlık hükümlerini hatırlatmamasının iade nedeni olamayacağı görüşündedir⁷⁹.

6.3. İddianame Yerine Geçen Belgeler

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri esnasında ya da görevleri nedeniyle işlemiş oldukları suçlardan dolayı yapılacak olan yargılama, cumhuriyet savcısı tarafından tanzim edilen iddianame ile değil, özel soruşturma usulü neticesinde düzenlenen belgelere dayanılarak yapılmaktadır. 765 sayılı TCK yürürlükte iken memurlarla ilgili son soruşturmanın açılmasına

⁷⁵ Arıtürk, Ramazan, *Fakülmeden Adliyeye Yargının Yeniden Yapılanması*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s.278-285.

⁷⁶ Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 625 vd; Özbek, Veli Ö.; Kanbur, M. Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 500 vd.

⁷⁷ Yargıtay, 4. C.D., E. 2006/6696, K. 2006/15398, T. 18.10.2016.

⁷⁸ Şirin, Alparslan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin İadesi Kurumu”, İstanbul, *Yüksek Lisans Tezi*, 2016, s. 60.

⁷⁹ Yargıtay, 2. C.D., E. 2013/37149, K. 2013/3729, T. 12.02.2014.

dair karar ve Lüzumu Muhakeme Kararları gibi kararlar, iddianame yerine geçmekte, bu belgelere istinaden memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kamu davaları açılabilen ve yargılama yapılabilen idi. 5271 sayılı CMK'nın 170/1. maddesine göre "Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir." CMK'nın 170/2. maddesi de "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" şeklindedir. Madde metninden anlaşılacağı üzere yeterli şüphenin olup olmadığı ile ilgili takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir. İddianame yerine geçen belgelerle yargılama yapıldığında ise bir suçun işlenip işlenmediğine ilişkin yeterli şüphenin olup olmadığı hususu ile ilgili takdir yetkisi de özel soruşturma usulüne yerine getiren idari kurula devredilmiş olacaktır.

CMK'nın 174. maddesinde iddianame yerine geçen ve iddianame hükmünde olan belgelerin iade edileceği konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. CMK'nın 2. ve 175. maddelerinde, kovuşturma evresinin iddianamenin kabulü ile başlayacağı açıkça belirtilmekle birlikte iddianame yerine geçen belgelerle kovuşturma aşamasına geçileceği, yargılamaya başlanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. 5271 sayılı CMK'nın Duruşmanın Başlaması başlıklı 191. maddesine göre, duruşmada sanığa "...İddianame veya İddianame yerine geçen belgenin..." okunacağı hükmü yer almaktadır. 5271 sayılı CMK ve 5237 sayılı TCK incelendiğinde bu hüküm dışında iddianame yerine geçen belgelerle yargılama yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK'nın belirtilen hükümleri uyarınca görülmekte olan bir davada iddianamenin bulunması bir zorunluluktur. İddianame yerine geçen belgelerle davaların açılması ve bu belgelerle mahkemelerin kovuşturma yapmasının yasal dayanaktan yoksun olduğu düşünülmektedir. Uygulamadaki bu durum Cumhuriyet savcılarının görevinin idari kurullara devredilmesi anlamına gelmektedir. Memurlar dışındaki şüpheliler hakkında soruşturma savcılık makamı tarafından yürütülüp tamamlanırken, memurlar hakkındaki soruşturmanın savcılık makamının üzerinde olmayan idari bir kurul tarafından yürütülmesi de Anayasanın 10. maddesine ve 5271 sayılı CMK'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Bir diğer açıdan soruşturmayı yürüten idari kurul, siyasi otoritenin emri ve etkisi altında olmasından dolayı siyasi bazı sebeplerle kişiler hakkında soruşturmalar yapılabilir ve bunun sonunda soruşturma kovuşturmaya dönebilir. Bu bağlamda idare tarafından kendi çalışanı ile ilgili olarak araştırma ve soruşturma yapma hakkına sahip olduğu görülmekle beraber yapılan bu soruşturmada elde edilen bulgularda suç şüphesinin olması halinde idari kurul tarafından tekemmül ettirilen ve savcılığa gönderilen dosyanın bir bütün olarak savcı tarafından ele alınıp 5271 sayılı CMK 171. madde bağlamında bir değerlendirilmeden geçerek sonuca bağlanması gerekmektedir.

6.4. İddianamenin İadesi Kurumuna İlişkin Eleştiriler

6.4.1. Suçun Sübutuna Doğrudan Etki Edecek Mevcut Bir Delil Toplanması Mahkemece Değerlendirilmesi

Kanun metni başlangıçta “mutlak sayılan mevcut bir delil” şeklinde olup mahkemelerin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde kavramın oldukça kısıtlayıcı yapısının etkisi fark edilmiş ve 7188 sayılı Kanun’la “mutlak sayılan mevcut bir delil” ibaresi “doğrudan etki edecek” şeklinde değiştirilmiştir. Sübut, “gerçekleşme, şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkma” anlamına gelmektedir⁸⁰. Dolayısıyla madde lafzına göre iddianamenin değerlendirilmesi esnasında suçun şüpheye yer vermeksizin oluşmasına doğrudan etki edecek delilin dosyada bulunduğu kanaat getiren mahkeme, iddianameyi kabul ederek suçun şüpheye yer olmaksızın oluştuğuna ilişkin kanıya varmaktadır. Böylece mahkemenin suçun eldeki delillerle sübuta vardığını davaya geçmeden değerlendirmiş olmaktadır. Dahası aynı sebeple iddianamenin iadesine karar verilmesinin ardından yeni delilin dosyaya eklenmesi sonucunda iddianamenin kabulü halinde, mahkemenin eklenen delille suçun oluştuğuna ilişkin kanaate varmadığını düşünmek adeta imkânsız hale gelmektedir. Bu görüşe göre mahkemenin bu yönde bildireceği görüş ihsas-ı rey anlamı çıkmaktadır⁸¹.

Mahkemenin sanığın suçu işlediği varsayımıyla kovuşturmaya başlaması, adil yargılanma hakkı kapsamında tarafsız mahkemede yargılanma ve mahkemenin ön yargısının oluşması anlamına gelmekte olması ceza muhakemesinden ayrı olarak insan hakları kapsamında da tartışılmıştır⁸².

Ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlasa da bu hususta temel hukuk ilkelerinden vazgeçilemez. Türk ceza muhakemesi bakımından Anayasa’nın 36. ve AİHS 6. maddeleri ile adil yargılama hakkı bağlayıcı niteliktedir. Adil yargılanma hakkı sadece kovuşturma aşamasını kapsayan bir ilke olmayıp yargılama öncesini de uygun düştüğü ölçüde etkileyecektir. 6. maddenin esas amacı her ne kadar yöneltilen suçlama hakkında karar vermeye yetkili bir mahkemede yargılanmayı sağlamak ise de bu 6. maddenin yargılanma öncesi takibatta hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, 6. madde ve özellikle de 3. fıkrası dava henüz açılmadan önce de geçerlidir. Zira bu hükümlere uyulmazsa yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir⁸³. Bu nedenle soruşturma aşamasında ihlal edilen

⁸⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 06.04.2021).

⁸¹ Bkz. 47. dipn.

⁸² Baykal, Mine G., “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, s. 164; Tanrıku, Sezgin, “Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliğ”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, s. 77 vd.

⁸³ Pnot Magee v. Birleşik Krallık, 6 Haziran 2000, Başvuru No. 28135/95, prg. 41. Bkz. Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar (Türkçe Çeviri)*, İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi Yayını, Nisan, 2005, s. 223.

hakkin yargılamayı sakat hale getireceği hallerde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği savunulabilecektir.

Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen başvurularda tarafsızlık sorununu nesnel ve öznel olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Öznel tarafsızlık hâkimin kişisel tarafsızlığını ifade ederken nesnel tarafsızlık için mahkeme ve üyelerinin kişide bıraktığı izlenim dikkate alınmaktadır. Hukuk tarihimizde de hâkimlerin sahip olması gereken vasıflar konusunda benzer hatta bunları da aşan, günümüz hakimlerinde sahip olması gereken vasıfları da açıklayan bir tanımlamanın yer aldığı da görülmektedir⁸⁴.

Mahkemenin nesnel olarak demokratik bir toplum için gerekli ve yeterli şekilde güvenilir olduğuna ilişkin duyguyu yaratması gerekir. Yani adil olmasının yanında adil olduğunu muhataplarına göstermesi gerekir. Tarafsızlık ilkesi açısından ceza yargılamalarında hâkimin soruşturma öncesi aşamalarda davaya ilişkin rol üstlenmesi başlı başına ayrı davaların konusu olabilmektedir. *Piersack/Belçika* ve *Du Cubber/Belçika* davalarında mahkeme soruşturma yargıçlığı yaptıktan sonra, son soruşturmayı sonuçlandıran ve kamu davasını açan yargıcın mahkeme heyetinde bulunmasının meşru kuşkular doğurduğunu kabul etmiş ve söz konusu durumu Sözleşme'nin 6/1 maddesine aykırılık olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre yargıcın yargılamalar öncesinde kararlar vermiş olması tarafsızlığa ilişkin iddiaları tek başına haklı göstermez. Mahkeme, bireyin yargılanma sürecine girmesini haklı kılacak delillere ilişkin bir ön değerlendirme ile sınırlı kalan yargıcın tarafsızlığına ilişkin iddia edilen şüphenin objektif olmadığını düşünmektedir^{85,86}. Bu nedenle esasa girmeden yapılan değerlendirmelerin tarafsızlığı ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

⁸⁴ Arıtürk, Ramazan, *Fakülteden Adliyeye Yargıcın Yeniden Yapılandırılması*, s. 169: “Ebu Mansur Es-Sealibi (M.S. 961-1038, Gazneliler ve Harzemşahlılar dönemi hukukçusu) kadı “*Helal ve haramın bütün şubelerini iyi bilmelidir. Düzgün ve tutarlı konuşmalı, kapısını herkese açmalı, perdeyi kaldırmalıdır. Umumun karşısında muhakeme yapmalı, hasımlar arasında adaleti gözetmelidir. Heybetli durmasına rağmen tevazuu elden bırakmamalı, acizlik derecesine düşmeden merhameti korunmalıdır; cebi tertemiz olmalı (rüşvet almamalı), alını lekesiz (onurlu), sırtı kambursuz (geçmişini temiz), donu ise kirsiz (zina yapmamış) olmalıdır. Sahipsiz kimselerin davasına bakarken hakkı gözetmeli, yetimin malına el sürmemelidir. Vakıfların toplum yararına açtıkları hayır kurumlarıyla (hashane, köprü, medrese, hamam, yol) ilgili davalarında titizliği elden bırakmamalıdır.”* ve Mecelle 1792. Maddesine göre “*Hakim; hakim (bilge), fehîm (zeki ve anlayışlı), müstakim (doğrulukta şaşmayan), emîn (güvenilir), mekîn (ağırbaşlı) ve metîn (sağlam ve dayanıklı) olmalıdır.*”

⁸⁵ Tanrıku, Sezgin, “Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliğü”, s. 100.

⁸⁶ Belçika sisteminde soruşturma yargıcının görev kapsamı soruşturma sürecinin tamamını kapsadığından iddianamenin değerlendirmek ile sınırlı olan hâkim ile birebir örtüşmesi savunulamaz. Ancak soruşturmaya katılmış bir hâkimin AİHM gözünde değerlendirilmesinde ele alınan kıstaslar bakımından ölçüt olabilir.

6.4.2. Silahların Eşitliği (Çelişmeli Yargı)

İddianamenin iadesi kurumu adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanma hakkının güçlendirilmesini amaçlamakta ise de farklı başlıklar altında aynı hakka zarar verebilmektedir. Türk ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında iddianamenin şüpheliye tebliğ edilmesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle şüpheli ancak kovuşturma evresinde sanık sıfatıyla iddianamede yer alan hususlardan haberdar olmaktadır. İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında mahkeme sadece Cumhuriyet savcısının iddialarını göz önünde bulundurmaktadır. Bu husus çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Değerlendirme sonucuna savcının itiraz hakkı olmasına rağmen şüphelinin, mağdurun, müştekinin veya suçtan zarar görenin ise itiraz hakkı bulunmamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre silahların eşitliği adil yargılanma hakkının sadece bir özelliği olmayıp ceza yargılamasının çelişmeli olması temel hakkını da içerir⁸⁷. Çelişmeli yargı ise hem savunma hem de iddia tarafının karşılıklı olarak dosyaya ilişkin bilgi alabilme ve görüş sunabilme hakkına sahip olmasını ifade eder. Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan hukuki dinlenilme hakkı açısından değerlendirilme yapıldığında, iddianamenin hâkim denetiminden geçme aşamasında şüphelinin hâkim tarafından dinlenilme hakkının bulunmaması hukuki dinlenilme hakkını da ihlâl etmektedir⁸⁸.

7. UYGULAMAYA YÖNELİK DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İddianamenin iadesi kurumunun sorunları olmakla birlikte iyileştirilmesi mümkündür ve gereklidir. Doktrinde belirtildiği üzere kurum 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun en önemli değişikliklerinden biri olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Kurum ve değerlendirme aşamasına ilişkin yapılacak düzeltmeler ile kovuşturmaların hızlı şekilde bitirilmesi ve etkin soruşturma yapılması oldukça kolaylaşmaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere uygulama aynı şekilde gelişmemiştir. Bu konuda bizce değişmesi veya eklenmesi gereken hususlar bulunmaktadır.

7.1. Yargıtay İçtihatları ve İddianamenin İadesi Kurumuna Yargıtay'ın Bakışı

İddianamenin iadesi kurumunun ceza muhakemesine girme amaçlarından birisi, soruşturma aşamasında mümkün mertebede delillerin toplanmasıdır. Bu

⁸⁷ Tanrıku, Sezgin, "Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliğ", s. 106.

⁸⁸ Meraklı, Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 1605.

⁸⁹ Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 622.

amaçla kanun yürürlüğe girmeden yapılan eklemeye suçun sübutuna mutlak etki eden delillerin toplanmamış olması hali özellikle ayrı bir iade nedeni olarak kanunda yer almıştır. Kanun koyucu, uygulamada istenen başarının elde edilemediğini gördüğü için “mutlak” delil kavramını “doğrudan” şeklinde değiştirerek bu husustaki amacını hem daha açık hem daha güçlü şekilde ortaya koymuştur. Kanun koyucu amacını bu denli açık şekilde ortaya koymuşken Yargıtay’ın Cumhuriyet savcısının yeterli şüpheye kanaat getirmesine yeten delil ile kovuşturma aşamasına geçilmesine izin vermesi kanun maddesinin ve kanun koyucunun amacına aykırıdır⁹⁰.

Mevcut delillerin iddianamede olaylarla ilişkilendirmesi hususunda uygulamanın oldukça yetersiz olduğu görülmektedir. Yargıtay, her bir delilin hangi olaya işaret ettiğinin gösterilmesine gerek olmadığını, deliller ışığında olayın genel olarak açıklanmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir. Bu husus iddianamenin hukuki içeriğini zayıflatmakta, adli kolluktan gelen bilgilerin kozmetik düzeltmeler ile aynen mahkemeye nakli sonucunu doğurmaktadır. Bu halde savcının yeterli şüpheye nasıl ulaştığı ortaya konulmamakta, eski uygulamanın devamının önü açılmaktadır.

Öte yandan normal şartlar altında Cumhuriyet savcısının, soruşturma sonunda takipsizlik kararı verebilecekken kamuoyu ya da teftiş baskısının tesiriyle iddianame düzenlemesi ve mahkemenin de aynı sebeplere dayanarak iddianameyi kabul etmesi masumiyet karinesinin ve lekelenmeme hakkının ihlâlidir. Bu şekilde oluşturulan iddianamelere karşı Yargıtay’ın yaklaşımı da oldukça tartışmalıdır. Örneğin; şüphelinin ifadesinin alınmaması/alınmaması⁹¹, şüphelinin nüfus kaydının alınmaması⁹², şüphelinin adli sicil kaydının alınmaması⁹³, şüpheli ya da mağdurun resmi görev yazısının aldırılmaması⁹⁴, keşif yapılmaması⁹⁵ veya etkin pişmanlık araştırmasının yapılmaması⁹⁶ gibi halleri iddianamenin iadesi nedeni olarak görmeyen pek çok Yargıtay içtihadı mevcuttur. Ancak daha yakın tarihli bazı içtihatlarında kişilerin lekelenmeme hakkı, eksik soruşturma ve tek celsede soruşma presipleri ışığında “*suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edilmesi gerektiğini, somut olayda, Cumhuriyet savcısının hırsızlık suçuna konu malın kime ait olduğunu araştırmadan, suçta konu malın nereden ve ne şekilde alındığını belirlemeden düzenlediği iddianamenin*”

⁹⁰ Sorun hakkında 6.1.1 ve 6.2.1 numaralı başlıklara tekrar bkz.

⁹¹ Yargıtay, 1. C.D., E. 2007/985, K. 2007/287, T. 09.02.2007.

⁹² Yargıtay, 2. C.D., E. 2006/4907, K. 2006/12064, T. 14.06.2006.

⁹³ Yargıtay, 6. C.D., E. 2005/16219, K. 2005/12658, T. 27.12.2005.

⁹⁴ Yargıtay, 4. C.D., E. 2008/11258, K. 2008/18473, T. 14.10.2008.

⁹⁵ Yargıtay, 3. C.D., E. 2006/5835, K. 2006/4982, T. 01.06.2006.

⁹⁶ Yargıtay, 6. C.D., E. 2005/16219, K. 2005/12658, T. 27.12.2005.



ıadesinin gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁷ Benzer şekilde bir başka kararında “... soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekir. ” demek suretiyle iddianamenin suçun sübutuna imkan verecek deliller toplanmadan düzenlenmesini bir iade nedeni olarak değerlendirmiştir.⁹⁸

Yargıtay, kanun koyucunun uygulamada yaşanan tartışmalar sonucunda mahkemenin değerlendirmesinin yeterli şüpheyi kapsadığını ortaya koyan ve madde metnini “170. maddeye aykırı” olma şeklinde değiştiren iradesini göz ardı ederek yeterli şüphenin denetimini kapsam dışında bırakmaktadır. Yeterli şüphenin takdirinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu kabul eden Yargıtay, esasa yönelik değerlendirme yapılmasına ilişkin eleştirilerden bağımsız olarak yeterli şüpheye ilişkin mahkemenin denetleme yetkisini kabul etmemektedir. Bu görüş hukuki temele sahip olsa da yukarıda belirtilen uygulamalarla birleştiğinde kurumu uygulanamaz hale getirmektedir.

Sonuç olarak iddianamenin iadesi kurumu, delillerin toplanması, etkin soruşturma yürütülmesi ve yeterli şüpheye ulaşan soruşturmalar ile kovuşturmaya geçilmesi (filtreleme) hususunda bazı eleştirilebilecek kısımları bulunmasına rağmen kanun koyucunun iradesiyle yürürlüğe konmuşken, kendisine zıt olan Yargıtay’ın iradesiyle bypass edilmektedir. Özellikle Yargı Reformu adı altında yapılan 7188 sayılı değişiklikle soruşturma aşamasında delillerin toplanması hususunda suçun oluşumuna doğrudan etki edecek deliller şeklinde kapsamın genişletilmesi Yargıtay açısından fırsat olarak değerlendirilmeli ve kanun koyucunun iradesi uygulamaya taşınmalıdır.

7.2. İddianamenin Değerlendirilmesi Aşamasında Çelişmeli Yargı İlkesinin Tahsisi

Sorunlar kısmında değinildiği üzere, iddianamenin değerlendirmesi aşamasında şüphelinin savcının beyanlarının karşısında söz hakkı bulunmamaktadır⁹⁹. Bu hususa paralel olarak mahkemenin kararına karşı savcının itiraz etme hakkı bulunmakla birlikte, şüphelinin, mağdurun, müştekinin veya suçtan zarar görenin itiraz hakkı bulunmamaktadır. Savcının şüphelinin hem lehine hem aleyhine delilleri toplaması gerekmele birlikte, mahkeme kendisi kovuşturma aşamasına geçmeden delil araştıramadığından denetim, soruşturma dosyasında var olan deliller üzerinden gerçekleşmektedir. Bu sebeple mahkemenin iddianamenin değerlendirmesi aşamasında re’sen,

⁹⁷ Yargıtay, 11. C.D., E. 2011/17629, K. 2011/6976, T. 30.11.2011.

⁹⁸ Yargıtay, 13. C.D., E. 2011/27923, K. 2012/2008, T. 02.02.2012.

⁹⁹ Sorun hakkında 6.2.2 numaralı başlığa tekrar bkz.

mağdurun, suçtan zarar görenin veya şüphelinin talebiyle delil araştırılmasını isteyebilmesi mümkün olmalıdır.

Şüpheli, silahların eşitliği ilkesi gereğince, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteme ve lehine olan hususları ileri sürme hakkına sahiptir (CMK 147/7). Ancak savcı iddianamede sadece delilleri göstermekle kalmayıp hukuki bir mülahaza beyan etmekte, delilleri olayla ilişkilendirerek şüphesini ortaya koymaktadır. Bu mülahazaya karşı olarak şüphelinin veya diğer tarafların görüşlerini öne sürmesi ve fikirlerin çarpışması muhakeme ilkesi iken şüphelinin veya diğer tarafların bu aşamada görüş belirtme hakkı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak adil bir şekilde yargılama için şüpheli veya diğer tarafların, soruşturma dosyasına girmemiş olan delillerin araştırılmasını mahkemeden talep edebilmeli veya mahkeme re'sen delil soruşturulmasını isteyebilmelidir. Ayrıca savcının iddianamenin sonucunda ortaya koyduğu hukuki mülahazaya karşı şüphelinin veya diğer tarafların cevap hakkı tanınmalıdır. Bu eksikliklerin giderilmesi için iddianamenin değerlendirilmesi aşamasına şüphelinin veya diğer tarafların katılımının sağlanması gereklidir. Örnek olarak alınabilecek Alman ceza muhakemesi uygulamasında, iddianame hazırlanmakla birlikte mahkeme tarafından şüpheliye gönderilmekte ve iddianameye ilişkin itirazları ve soruşturmanın genişletilmesi talepleri alınmaktadır. Kanımızca da benzer uygulamanın Türk ceza muhakemesine dâhil edilmesi ile iddianamenin kabulünün tarafların da katıldığı duruşmalı bir ara muhakemede değerlendirilmesine yönelik bir yöntem benimsenmelidir.

7.3. Mahkemenin Dosyanın Esası Hakkında Değerlendirme Yapması

Mahkemenin yeterli şüpheye ve suçun sübutuna ilişkin delilleri tespiti iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında gerçekleştiğinde ihsas-ı rey gündeme gelmektedir¹⁰⁰. Bu aşamada riskin önüne geçmek adına bir takım fikir veya uygulamalar ortaya çıkmıştır. Yargıtay, kararlarında yeterli şüphenin incelenmesinin kurumun kapsamında olmadığını belirtmiş; doktrin ise kurumun yalnızca dosyadaki delillerle olayların ilişkilendirilmesi yapıldığında yeterli şüpheye kanaat getirilmesinin mümkün olup olmayacağı ile sınırlı olduğunu ortaya konmuştur. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk bakımından, Alman hukukunda iddianameyi değerlendirmeye esas mahkemesinin görevli olmasına ilişkin olarak ara muhakeme için ayrı bir mahkeme kurulması fikri¹⁰¹ öne sürülmüştür.

7.4. Sorunlar ve Eleştiriler Işığında Bir Çözüm Önerisi

Mevcut iddianamenin değerlendirilmesi sürecinin kapsamının genişletilmesi gerekmektedir. Burada çelişmeli yargı ilkesinin tahsisi ile muhakeme

¹⁰⁰ 6.1.1 numaralı başlığa bkz.

¹⁰¹ Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, s. 39, Rn. 2.



süjelerinin kendi çıkarlarını koruması denetime katılımının sağlanmasıyla kolektif çaba sonucunda mahkemenin önüne kovuşturulmaya hazır yeterli bir soruşturma dosyası getirilmesi temin edilmiş olacaktır. Şüpheli veya taraflar, lehine olan delillerin toplanmamış olması, elindeki olaya ilişkin bulguların dosyaya eklenmemesi, soruşturmanın yeterli olmaması gibi hususları öne sürerek iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında muhakemenin daha nitelikli hâle gelmesine ve soruşturmayı yürüten savcılarının daha titiz olmasına katkı sunabilir.

Geçmiş Türk ve mehzaz ceza usul hukukunda bulunan ve sanığa iddianameye ilişkin hususlarda itiraz etme hakkı tanıyan düzenlemeler bu hususta dayanak olmalıdır. Suç şüphesine ilişkin nitelikli karar verecek kişi sayısında ve olayın aydınlatılmasında yıllar ilerledikçe görülen artış dolayısıyla ilk soruşturma aşaması çoğu ülkenin mevzuatından kaldırılmış olsa da mehzaz hukukta görülebileceği üzere, sanığın bu husustaki hakları korunmuştur. Bu alanda Türk hukukunda bulunan eksikliğin, şüpheliye ve diğer ilgililere iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında itirazlarını öne sürme hakkı tanınmasıyla giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu aşamada savcılık makamına da iddianamesini geri çekme yetkisi tanınmalıdır. Zira tüm tarafların katılımı ve gelecek itirazlar savcılık makamının da olayı değerlendirmesinde değişikliklere neden olabilecektir.

Muhakeme süjelerinin iddianamenin değerlendirme aşamasında kolektif katkıda bulunmasıyla iddianamenin değerlendirilmesi aşamasının, iddianameye ve soruşturmaya ilişkin itirazların incelenmesi açısından ön duruşmaya benzer bir kurum hale getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Mevcut hukuki düzenlemeler ele alındığında esas mahkemesinin önerdiğimiz ön inceleme aşamasında karar merci olmasını, davasız muhakeme olmaz ilkesinin yanında ihsas-ı rey ihtimalini oldukça artırması nedeniyle uygun bulmamaktayız. Bu husustaki ilk önerimiz, CMK'da öngörülen itiraz usulüne benzer şekilde iddianameye ilişkin itirazların numara olarak esas mahkemesini izleyen mahkeme tarafından görülmesi, tek mahkemenin bulunduğu yerde ise aynı bölgede ağır ceza mahkemesi varsa ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki mahkeme, ağır ceza mahkemesi yok ise en yakın yerdeki derece ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki ilgili mahkeme tarafından görülmesidir.

Alternatif olarak mevcut muhakememizde tutuklama kararlarına ilişkin olarak kuvvetli şüphe incelemesi yapan sulh ceza hâkimlikleri soruşturma dosyasında şüphe incelemesi yapmaktadır. Bu alanda tecrübeli olan derece mahkemelerinin bu alandaki iddianameleri değerlendirmesinin mümkün ve daha uygun olabileceğini düşünmekteyiz. Ancak iddianamenin değerlendirilmesi aşamasının, tarafların itirazlarını öne sürebileceği, soruşturmaların re'sen genişleyebileceği bir hal alması, yukarıda değindiğimiz şekliyle kurumun artık bir ön inceleme özelliği taşıması halinde aynı ağır

ceza bölgesindeki mahkemenin soruşturma işlemlerini incelemesi yönteminin sulh ceza hâkimliklerine olan ihtiyacı ortadan kaldıracak bir alternatif olabileceği böyle bir tercih yapılması halinde sulh ceza mahkemelerinin yeniden kurulmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunun doğal sonucu olarak Asliye Ceza Mahkemelerinin yükünün de hafiflemiş olacağını düşünüyoruz. Sulh ceza hâkimliklerinin kaldırılmasıyla birlikte soruşturma işlemleri görevli ve yetkili olay mahkemeleri tarafından yürütülebilecek, kovuşturmaya geçilmesi kararıyla birlikte aynı bölgedeki mahkemeye devredilerek hem ihsas-ı reyin önüne geçilmiş olunacak, hem de iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında tarafların tüm hak ve talepleri dinlenerek etkin bir soruşturmanın yürütülmesi sağlanacaktır¹⁰².

SONUÇ

Türk ceza muhakemesinde yetersiz şekilde düzenlenmiş iddianameler sürekli tartışma konusu olmuştur. Uygulamada soruşturma evresinde delillerin yeterli seviyede toplanamaması, yeterli şüphenin derecesinin düşürülmesi ile iddianame tanzim edilmesi, iddianamede bulunması gerekli unsurlara yer verilmemesi gibi nedenlerle soruşturmanın tamamlanması, etkin soruşturma yapılamamasına, kovuşturma evresinin uzamasına ve adaletin geç tesis edilmesine, kişinin lekelenmeme hakkının ihlaline yol açmaktadır. Bu konulardaki rahatsızlıkları gidermek amacıyla kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile birlikte iddianamenin iadesi kurumunu ceza muhakemesine kazandırmıştır. Böylece yetersiz iddianameler filtrelenecek, eksik iddianameler ile kovuşturmaya geçilmesi önlenecek ve kovuşturmanın mümkünse tek celsede bitmesi için elde edilmesi mümkün olan tüm deliller kovuşturmadan önce toplanacaktır.

İddianame hazırlandıktan sonra yönelmiş olduğu esas mahkemesi tarafından değerlendirilecek, kanunun iadesinin öngörüldüğü hallerde iddianame iade edilecektir. Ancak değerlendirme aşamasına şüphelinin veya ilgililerin katılımı veya karara itiraz hakkı bulunmamaktadır. Bu husus çelişmeli yargı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Tüm taraflar soruşturmanın genişletilmesini talep edebilmeli ve soruşturma hakkında görüşlerini ileri sürebilmelidir.

İddianamenin iadesi kurumu farklı zamanlarda değişikliklere uğramıştır. Özellikle delillerin soruşturma aşamasında toplanması, mahkemelerin delileri toplamakla zaman kaybetmemesi ve kovuşturmanın mümkünse tek celsede

¹⁰² Mahkemenin karşılaştığı olayla ilgili olarak pratik bilgiye sahip olması öngördüğümüz Türk yargı sistemi açısından oldukça önem taşımaktadır. Teorik ve pratik bilgi, eğitim yıllarından mahkemelerdeki görev aldıkları dönemler ve sonrasına kadar kariyerlerinin her aşamasında, uygun şekillerde hakimlerin kariyer planlarının bir parçası olmalıdır. Bu hususta ortaya koyduğumuz görüşler için bkz. Arıtürk, Ramazan, Fakülteden Adliye Yargının Yeniden Yapılandırılması, s. 197 vd.



bitirilmesi için kanun koyucu suçun sübutuna ilişkin mutlak delillerin toplanmış olmamasını ayrıca iddianamenin iadesi sebebi olarak eklemiştir. Uygulamada hala delillerin toplanması konusunda sorun yaşanması üzerine kapsamı genişletmek açısından hüküm suçun sübutuna doğrudan etki eden delillerin toplanması şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu hüküm, doktrinde mahkemeyi esasa ilişkin değerlendirme yapmaya zorlaması nedeniyle eleştirilmektedir. Yargıtay ise kanun koyucunun amacına zıt bir yorumla, geçmiş uygulamaların devam etmesine yol açan kararlar vermektedir.

Benzer endişeler yeterli şüphenin tespiti için de dile getirilmiştir. Burada ise oldukça farklı görüşler ortaya konmuş olsa bile yeterli şüpheye takdir yetkisinin savcıya ait olduğu, mahkemenin kendisinin yeterli şüpheyi tespit etmesinin uygun olmadığı her görüşün ortak noktasıdır. Bu sebeple esasa ilişkin değerlendirme yapmayacak bir mahkemenin iddianameyi değerlendirmesi tarafsızlık ve temel insan hakları bağlamında daha uygun gözükmemektedir.

İddianame yerine geçen belgelerle davaların açılması ve bu belgelerle mahkemelerin kovuşturma yapmasının da yasal dayanaktan yoksun olduğu düşünülmektedir. Uygulamadaki bu durum Cumhuriyet savcılarının görevinin idari kurullara devredilmesi anlamına gelmektedir. Bir diğer taraftan halen uygulamada görülen idare kurulu kararlarının “iddianame yerine geçen belgeler” den sayılmaya devam edilmesinin Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan Kanun Önünde Eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geleceği ve CMK 174. Madde de düzenlenen iddianamenin iadesine ilişkin düzenleme ile de çelişik bir durum yaratacaktır. Bu bağlamda CMK’nun ikinci kısmında düzenlenen “Kamu Davasının Açılması” bölümünde ki 170. ve devamı ve CMK 225. Madde ile çelişkiye düşülerek “davasız yargılama olmaz” ilkesine aykırı yargılamalar yapıldığı düşünülmektedir.

İddianamenin değerlendirilmesi, ülkemizdeki uygulamasıyla sorunlar taşımakla birlikte çalışmamızda sunduğumuz haliyle daha verimli hale gelebilir. İsnat edilen suçla ilgili olarak önüne gelen davalar ile bilgi sahibi olan bir mahkemenin iddianamenin değerlendirilmesini daha etkin şekilde sağlayabileceğini düşünerek, değerlendirmenin birinci derece mahkemelerinden birisinde yapılmasını ancak ihsas-ı rey ihtimalini göz önünde bulundurarak iddianamenin ağır ceza bölgesindeki başka bir derece mahkemesine gönderilmesi gerektiğini düşünüyoruz. İddianamenin değerlendirilmesi aşamasının genişlemesiyle kazanacağı önem neticesinde soruşturma aşamasından itibaren ilk derece mahkemelerini sürece dâhil etmek için sulh ceza hâkimliklerinin yerine derece mahkemelerine eklenecek güç ile kovuşturma sürecinin büyük ölçüde mahkemeler tarafından yürütülmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

İddianamenin iadesi kurumu sorunları olmasıyla birlikte etkin kullanılabilmesi halinde amacına pekâlâ hizmet edebilecek bir kurumdur.

Bu nedenle sorunların ortaya konması ve çözüm önerilerinin getirilmesi önemlidir. Ancak bu konuda tüm tarafların ortak çaba göstermesi zorunludur. Yeterli sayıda ve nitelikli personel olmaması, sınırlı kaynak ile en verimli sonuca ulaşılması için fazladan çabayı zorunlu kılmaktadır. Şu zamana kadar gelen uygulamadan rahatsız olunmakta ise de her bir süjenin daha fazla çaba göstermesi ile sorun aşılabilecektir. Zira bu şekilde bir çabanın sonunda nitelikli şekilde tamamlanmış soruşturmalar neticesinde mümkün olduğunca çabuk sonlanan davalar vardır ki, bu muhakeme tarafların işini sadece ve sadece kolaylaştıracaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Arıtürk, Ramazan, *Fakülteden Adliye Yargının Yeniden Yapılanması*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

Artuk, Mehmet E.; Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. bs., İstanbul, Beta Basım Yayım, Ekim 2020.

Claus Roxin, Bernd, Schünemann, *Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch*, 2017.

Keyman, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Klaus Volk, Armin Engländer, *Grundkurs StPO*, 2018.

Özbek, Veli Ö.; Kanbur, M. Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. bs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa R., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2020.

Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Makaleler

Artuk, Mehmet E.; Yenidünya, Caner, “Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 76, S. 1, Mart 2002.



Aydın, Murat, “İddianamenin Unsurları ve İadesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2006.

Elmas, Birsen, “Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi”, *TAAD*, Y. 7, S. 28, 2016.

Feyzioğlu, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *TBB Dergisi*, S. 62, 2006.

Feyzioğlu, Metin, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y.1, S. 1, Ekim 2006.

Karakurt, Ahu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, *TBB Dergisi*, S. 82, 2009

Meraklı, Serkan, “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 2013.

Tanrıkulu, Sezgin, “Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliği”, *TBB Dergisi*, S. 64, 2006.

Yücel, Mustafa T., “Hukukun Sosyal Teorisi”, *TBB Dergisi*, S. 52, 2004.

Tezler

Baykal, Mine G., “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2010.

Şirin, Alparslan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin İadesi Kurumu”, İstanbul, *Yüksek Lisans Tezi*, 2016.

Diğer Kaynaklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar (Türkçe Çeviri), İnsan Hakları Genel Direktörü Avrupa Konseyi Yayını, Nisan, 2005.

<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1653> (E.T. 27.08.2021).

PD Dr. Frank Zimmermann, Strafrecht 4, Goethe- Universität Frankfurt, Sommersemester 2019.

TBMM, “1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu”, 1/676, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c016/tbmm17016101ss0312.pdf> (E.T. 14.05.2021).

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 06.04.2021).

DİSİPLİN CEZALARININ ÖZLÜK DOSYALARINDAN SİLİNMESİ ve CEZALARA İLİŞKİN BİLGİLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE VERİLMESİ MESELESİ

*The Problem of Deleting University Students' Disciplinary Sanction Records
from Student Files and Giving the Information Regarding to the Sanction to
the Third Parties*

Özge Didem BOULANGER*

Özet

Yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilerin öğrenim süresinde almış oldukları disiplin cezalarının öğrencilerin sicillerinden silinmesine ilişkin mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta mevzuatta düzenleme olmaması nedeniyle öğrencilerin almış oldukları cezaların sonuçlarına ömür boyu katlanma ihtimali öğrenciler açısından mağduriyet yarattığı gibi hukuka da aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda söz konusu cezaların silinmesine ilişkin bir düzenleme olmaması Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesine aykırı olduğu gibi yorum kurallarından evleviyet (*argumentum a fortiori* / öncelikle uygulama) ilkesine de aykırıdır. Ayrıca disiplin cezalarının saklandığı söz konusu sicil kayıtlarının hangi şartlarda ve kimlere verileceğine ilişkin bir düzenleme de mevzuatta yer almamaktadır. Bu durumda yine öğrenciler mağduriyet yaşamaktadır. Ayrıca yine bu durum bazı kanuni düzenlemelere de aykırılık teşkil etmektedir. Bu makalede yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilerin öğrenim süresince almış oldukları disiplin cezalarının öğrencilerin sicillerinden silinmemesi ve disiplin cezalarına ilişkin bilgilerin hangi şartlarda kimlere verileceğinin belirlenmemesi meseleleri ile bu meseleler dolayısıyla meydana gelen hukuka aykırılıklar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari yaptırım, disiplin cezaları, özlük dosyası, evleviyet kuralı, kanun önünde eşitlik ilkesi,

Abstract

There is no regulation in Turkish legislation regarding the deletion of the disciplinary sanctions of students that are educating at higher institutions from the student files. The consequence of this lack of regulation is that the students are aggrieved and also this lack of regulation leads to violation of law.

> Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.10.2021

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, didem.boulanger@ozyegin.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9474-9471>



In this context, the lack of regulation regarding the deletion of the disciplinary sanctions from student files, is contrary to Article 10 of the Turkish Constitution which is about the equality before law, meantime it is also against the interpretation rule of argumentum a fortiori. In addition, there is no regulation or legislation regarding the conditions to whom the registry records where disciplinary penalties are kept, will be given. This situation effects students also negatively and it constitutes a violation of some legal regulations. In this article, the issues of not deleting the disciplinary sanctions from the students files and not determining under which conditions the information about the disciplinary sanctions will be given to whom will be reviewed with the illegality that occurred due to these issues .

Key words: Administrative sanction, disciplinary punishment, student files, argumentum a fortiori, equality before law.

GİRİŞ

Disiplin cezaları idari yaptırımların bir türüdür. Üniversitelerde eğitim gören öğrencilere yönelik disiplin cezaları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, 18.08.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile 25.04.1984 tarih ve 18382 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Yükseköğretim Üst Kuruluşları İle Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Mevzuat incelendiğinde, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde, öğrenci disiplin cezalarının öğrencilerin sicilinden silinmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Mevcut boşluğu bazı üniversiteler, takdir yetkileri çerçevesinde, öğrencilerin öğrenim süresi boyunca almış oldukları cezaları öğrenci statüsü devam ederken, bazı şartların gerçekleşmesi halinde öğrenci sicillerinden silinmesine ilişkin düzenlemeler gerçekleştirerek doldurmaktadırlar. Ancak konu ile ilgili mevzuatta boşluk bulunması üniversiteler arasında uygulama farklılıkları yaratarak Anayasal bir ilke olan “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca disiplin cezalarından daha farklı sonuçları olan adli cezaların kişilerin sicillerinden silinmesine ilişkin düzenlemeler kanunlarda ve yönetmeliklerde mevcuttur. Çok daha ciddi nitelikte cezalar içeren adli cezalara ilişkin böyle bir düzenleme mevcutken, öğrencinin yaptığı bir hata nedeniyle ömür boyu sorumlu olmasını beklemek hukuk kurallarının yorumunda başvuru mantık yürütme yöntemlerinden olan “evleviyet” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Yine üniversite öğrencilerinin disiplin cezalarıyla ilgili olarak bu cezalara ilişkin bilgilerin üçüncü kişilere hangi durumlarda verileceği konusunda mevzuatta boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk sonucu üniversitelerin gerçekleştirdikleri bazı uygulamalar Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na aykırılık taşımaktadır.

Bu çalışmada disiplin cezalarının öğrenci özlük dosyasında saklanma süresi ve üçüncü kişilere bu cezalara ilişkin bilginin verilmesi konularında

mevzuattaki eksikler ve bu konunun mevzuatımızda düzenlenmemesinin yarattığı hukuka aykırılıklar incelenmiştir.

I. İDARİ YAPTIRIMLAR VE DİSİPLİN CEZALARI

A. İDARİ YAPTIRIMLARIN TANIMI AMAÇLARI VE SINIFLANDIRILMASI

Yaptırım¹, Roma Hukuku'nda *sanctio* kelimesi ile ifade edilir, *sanctio* ceza ve zorlama kavramlarını içeren bir kelimedir². Yaptırım genel bir tanımla, kurallara uyulmamasına karşı gösterilen tepkidir³.

İdari yaptırımlar, idarenin toplumsal faaliyetleri yürüttüğü esnada ikincil ve resen gerçekleşen üçüncü kişiler üzerinde zor kullanma yetkisidir⁴. Bir başka deyişle idari yaptırımlar, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan bir idari işlemle uyguladığı yaptırımlardır⁵. Esasen idare tarafından verilmeleri ve idare hukuku usullerine göre uygulanmaları idari yaptırımların en önemli özelliklerindedir⁶.

İdari yaptırımların kaynağı Devlet egemenliğidir, Devlet toplumun huzur ve refahını sağlayabilmek için egemenlik gücüne dayanarak müeyyidelere başvurur. Bu bağlamda idari yaptırımlar, kamu düzenini sağlamanın yanı sıra idari faaliyetin etkin olmasını sağlama amacı da taşırlar. Zira idarenin yaptırım yoluna başvurması idarenin faaliyetleri ile ilgili olarak emir ya da yasaklara uyulmasını sağlamak niyetindedir⁷.

Kabahat, kanun ile karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü eylemdir. 5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'ndan (TCK) önce, yürürlükte olan 765 sayılı TCK yürürlükte bulunduğu sürede kanunda yazılı suçları cürümler ve cüce cürüm de denilen kabahatler olarak ikiye ayırmıştı⁸.

¹ Yaptırım ve müeyyide kavramları eş anlamlı olarak kullanılabilir. Sema Ayatar Kızılyar, "Ceza Yaptırım ile İdari Yaptırım Ayrımı" (2013), Yaşar Üniversitesi Dergisi, 8 (Özel) 1637.

² Burcu Erdinç, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması" (2012), Ankara Barosu Dergisi 2 242.

³ Yasin Aslan, "İdari Yaptırımlar" (2009), TBB Dergisi, (85), 174.

⁴ Hayrettin Kurt, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler" (2014), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (XVIII), 132.

⁵ AYM, 23.10.1996, E:1996/48, K:1996/41, Resmi Gazete Tarihi: 18.09.1997, Resmi Gazete Sayı:23114.

⁶ Aslan, (n 3) s.177.

⁷ Feyyaz Gölcüklü, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, (1963), 18, (02), AÜSBFD, 115, s.117.

⁸ "...geçen asrın başlangıcından beri İtalyan ve Fransız cezacıları cürüm ve kabahat ayırımını müzakere ederken, Alman doktrininde de cezacılarla kamu hukukçuları cezai suçlardan polis ve mali yani genellikle idari suçlar ayırımını arıyorlardı ve halen de arıyorlar". Guido Zanobini (Çeviren Dr.H.Yılmaz Günel), İdari Müeyyideler, (Sevinç Matbaası, 1964), 7.



Buna göre cürümler için ağır hapis, hapis ve para cezaları öngörülmüştü. Kabahatler için de genellikle hafif hapis ve hafif para cezaları öngörülmüştü.

5237 sayılı TCK ‘da cürüm ve kabahat ayrımı ortadan kaldırılmış, kabahatler TCK anlamında suç olmaktan çıkarılmıştır. TCK ile birlikte, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kabul edilmiş, Kanun TCK ile birlikte 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla karşılığında idari yaptırım uygulanacak olan kabahatlere özgü kanuni bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu kanunda bütün idari yaptırımlar düzenlenmemiş, örneğin disiplin cezalarına yer verilmemiştir. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu her bir idari yaptırım için başvurulacak referans bir Kanun niteliğinde değildir.

Her ne kadar yaptırım kavramı idari yaptırımlarla cezai yaptırımlar için kullanılsa da ve idari yaptırımlar da ceza yaptırımları gibi sosyal düzeni koruma ve sağlama amacına yönelmiş olsalar da aralarında verilmiş amaçları ve yaptırımın niteliği açılarından farklılıklar vardır. İdari yaptırımların cezalandırıcı özellikleri değil caydırıcılıkları ön plandadır. Gerçekten de ceza yaptırımları idari yaptırımlardan cezalandırma amacı itibarıyla ayrılır. Ceza yaptırımlarının ödetme, acı verme ve ıslah amacı varken idari yaptırımların amacı kişilere görev ve yükümlülüklerini hatırlatmaktır⁹. İdari yaptırım söz konusu olduğunda amaç ceza yaptırımlarından farklı olarak, kamu düzeninin ihlali nedeniyle oluşan kamu yararındaki eksilmenin ve dolayısıyla zararın giderilmesidir¹⁰. Bu bağlamda idari yaptırımlar söz konusu olduğunda yaptırımların amacının ıslah olduğundan söz etmek mümkün değildir. Ek olarak, cezai yaptırımlarla idari nitelikteki yaptırımların nitelikleri de farklıdır. Cezai yaptırımlar hapis ve adli para cezası olarak çok genel bir ayrıma tabi tutulabilirken aşağıda detaylı sınıflandırmasını vereceğimiz idari yaptırımlarla örneğin, kişilere özgürlüklerini kısıtlayıcı nitelikte yaptırım uygulanması mümkün değildir¹¹. Bu bağlamda cezai yaptırımların özellikle hapis cezası niteliğinde olanların, idari yaptırımlara oranla daha ağır olabileceğini söylemek mümkündür.

Çok çeşitli türleri olan idari yaptırımların da pek çok açıdan sınıflandırılması gerçekleştirilebilir. Özay, idari yaptırım türlerini sınıflandırmada aynen yasal düzenlemeleri saptamak gibi, türlerin de eksiksiz olarak belirlenmesinin güç olduğunu altını çizmektedir¹². Ulusoy, idari yaptırımları idari cezalar ve idari

⁹ Çevre Kanunu’nda bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin korunmasını sağlama amacı gibi bazı alanlarda özel amaçlarda da bulunabilir, Erdinç, s.260.

¹⁰ Erdinç, (n 2) s.266.

¹¹ Anayasa madde 38/10: “İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz”.

¹² Özay, idari yaptırımların belli başlılarının, etkin ve önemli olanlarının para ve trafik cezaları, meslek ve sanatın tatili, imar ve belediye mevzuatında öngörülmüş olanlar, Türk Parasının Kıymetini Koruma hakkındaki mevzuat ve diğer ekonomik yasal düzenlemelerden

tedbirler olarak iki temel ayrıma tabi tutmaktadır¹³. Ulusoy'un ayrımını esas aldığımızda idari cezalar ve idari tedbirler şu şekilde sınıflandırılır¹⁴:

A. İdari Cezalar

- Regülatif Cezalar
- Kabahat Cezaları
- Disiplin Cezaları

B. İdari Tedbirler

- Geçici Engelleme
- İdari İzinin Geri Alınması
- Eşyaya Geçici El Koyma
- Atipik İdari tedbirler

Ulusoy tarafından yapılan sınıflandırmada disiplin cezaları personel disiplin cezaları, mesleki disiplin cezaları ve öğrenci disiplin cezaları olarak üç başlıkta incelenebilir. Dolayısıyla çalışmamızın konusu olan öğrenci disiplin cezaları, disiplin cezaları altında idari ceza sınıfında yer almaktadır¹⁵ ve yine Ulusoy'un

kaynaklanan iktisadi alandaki yaptırımlar olarak sınıflandırılabileceğini söylemiştir. İl Han Özay, İdari Yaptırımlar Kurumsal Bir Deneme, (İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3326, Hukuk Fakültesi No: 691 Özdem Kardeşler Matbaacılık Tesisleri, 1985), 45.

¹³ Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2013), 33. Ulusoy her ne kadar Kabahatler Kanununda idari ceza- idari tedbir ayrımı yapılmamış da olsa da, bu ayrımı gerçekleştirmenin zorunlu olduğunu, zira idari ceza niteliğindeki yaptırımlara idare hukuku ilkeleri, kural ve esaslarını uygulamanın yanı sıra çekirdek ceza hukuku güvencelerinin de uygulanması gerekliliğini söylemektedir. Bu bağlamda idari tedbirlere idare hukuku ilke ve esasları dışında ceza hukuku ilkelerinin uygulanması gibi bir zorunluluk bulunmaz.

¹⁴ Ulusoy, (n 13) 33.

¹⁵ Disiplin cezaları her ne kadar Ulusoy'un ayrımıyla idari cezalar başlığı altında değerlendirilebilirse de, cezalar ve disiplin yaptırımları birbirinden farklıdır. Bu farklılıklar şu şekilde ifade edilebilir: İçerikleri farklıdır: disiplin cezaları belirli bir meslek düzeninin bozulması açısından uygulanırken, ceza kanunu anlamında cezalar toplum düzenine uymamanın, toplumun maddi düzeninin bozulması nedeniyle tatbik edilir. Muhatapları farklıdır: Disiplin cezalarının muhatabı belirli bir statünün içindeki kişiler olabileceken, ceza kanunu anlamında cezaların muhatabı herkes olabilir. Müeyyideleri farklıdır: Disiplin cezalarının müeyyidesi cezaların kanunundaki müeyyidelerle karşılaştırıldığında daha hafif niteliktedir ve mesleki hayata ilişkindir. Uygulayan merci açısından: Disiplin cezaları idari makamlar tarafından uygulanırken, ceza kanunu cezaları mahkemeler tarafından uygulanır. Yorum açısından: Disiplin cezalarını düzenleyen kurallarda kıyas yoluyla genişletici yorum yapılabilirken, suçları düzenleyen hukuk kurallarında kıyas yoluyla genişletici yorum yapılamaz. Amaç açısından: Cezaların amacı toplum düzeninin sağlanmasıyken, disiplin cezalarının amacı kurumda düzenin sağlanmasıdır. Yargısal denetim açısından: Disiplin cezaları yargısal denetime tabiyken, ceza kanunu kapsamındaki cezalar için kanun yollarına başvurulabilir. Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021), 527.



bu sınıflandırması temelinde cezai nitelikte olan idari yaptırımların iki belirgin özelliği mevcuttur, idari yaptırımlar idari işlemdir ve cezalandırıcı nitelik taşımaktadırlar¹⁶.

B. DİSİPLİN KAVRAMI VE DİSİPLİN CEZALARI

Fransızcadan dilimize geçmiş olan disiplin, kurumsal düzenin gerçekleşmesi amacıyla eylem ve davranışlara yön verme şeklinde tanımlanabilir¹⁷. Türk Dil Kurumu disiplin kavramını, “*Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturapt*” şeklinde tanımlamıştır¹⁸. Alikeşifoğlu disiplin kavramının bazı yazarlar tarafından üç ayrı anlamda açıklanmaya çalışıldığını söylemektedir¹⁹: Öncelikle, disiplin kişinin kendi kendisini düzenlemesi ve denetlemesidir. İkincil olarak disiplin düzenli davranış için gerekli koşulların yaratılmasıdır, üçüncü ve son olarak da istenilmeyen davranışlar sonucu yüklenen ceza türüdür. Disiplin kavramı bu çalışma da işte bu üçüncü anlamda kullanılmıştır.

Disiplin kavramının yasalarda tanımı bulunmamaktadır²⁰, kavramı hukuksal açıdan değerlendirdiğimizde kamu otoritesiyle belirli statüye sahip kişiler arasındaki kamusal ilişkiyi ifade ettiğini söyleyebiliriz. İç düzene ilişkin disiplin kuralları kamusal fonksiyon yürüten bir topluluğunun mensuplarına, mesleğini bağımsız olarak icra eden ancak bazı kurallara tabi kılınmış meslek mensuplarına veya kamu hizmetinden yararlanan bazı kişilere uygulanır²¹. Bu bağlamda disiplin hukuku kurumun iç düzenini korumayı amaçlar ve kurumda çalışanların mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine uymayan tutum ve davranışlarına ilişkin uygulanması gerekli yaptırımları ve yaptırımların uygulanmasındaki usul ve esasları düzenler²².

¹⁶ DANIŞTAY, 13. D, E:2010/367, K:2011/3019, T: 22.06.2011.

¹⁷ Çağlayan, cezanın ceza hukukuna ait bir kavram olduğunu, ceza hukuku ile disiplin hukukunu ayırt etmek için disiplin cezası yerine disiplin yaptırımı kavramının kullanılabileceğini, disiplin suçu yerine de disiplin fiili kavramını kullanmanın daha doğru olabileceğini ifade etmektedir. Çağlayan, (n 15) 526.

¹⁸ sozluk.gov.tr, s.e.t: 18.03.2021.

¹⁹ Kemalettin Alikeşifoğlu, “Disiplin Cezaları” (1977) Amme İdaresi Dergisi 10 (4) 32.

²⁰ Askerlik dışında disiplin kavramının yasal tanımı yoktur. Celal Işıklar, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, (1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019) 51.

²¹ Yunus Eraslan, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, (1. Baskı, Adalet Basım Yayın Dağıtım, 2018) 25.

²² Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Başvuru no: 2016/13566, R.G. Sayısı: 31280, R.G.Tarihi: 20.10.2020.

O halde hukuksal açıdan disiplin kavramının kamusal ilişki içerisinde bulunan bazı kişilere uygulanacak disiplin cezalarıyla suçlarına ilişkin düzenleme içerdiğini söylemek mümkündür. Disiplin suçları belirli bir kurumun iç düzenini ve kurumda hizmet sunanların statüsünü düzenleyen kurallara aykırı durum ve davranışları ifade eder. Disiplin suçu teşkil eden fiillerle ilgili olarak disiplin soruşturması yapılması ile bu soruşturmanın ve disiplin cezasına dair işlemin belirli usuller çerçevesinde gerçekleştirilmesi zorunludur²³.

Konumuz açısından önem arz eden disiplin cezalarıysa Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*Disiplin suçlarından birini işleyen kimseye davranışlarının ağırlık derecesine göre verilen ceza*” olarak tanımlanmıştır²⁴. “*Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmuş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır*”²⁵. Disiplin cezası disiplin suçlarının bir sonucu olarak uygulanır, doğal olarak bir suç olmalıdır ki cezadan bahsedilsin²⁶.

Onar disiplin cezalarını, memurun memurluk mesleği hayatında ve görevinde görülen yolsuzluklara ilişkin olarak memura uygulanan bazı zorlayıcı müeyyidelerdir şeklinde tanımlamıştır²⁷. Aslında disiplin cezaları idari yaptırımların ilki ve en eski uygulama alanıdır²⁸. Devlet toplum hayatına müdahale etmeye başladıkça, ilk zamanlar memurlar için getirilmiş olan disiplin hükümleri, bazı diğer vatandaşları da içine alacak şekilde genişlemiştir²⁹. Bu bağlamda Onar’ın tanımının kapsamı zaman içerisinde yetersiz kalmıştır. Esasen disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından idareyle kamusal ilişki içerisinde bulunan bazı kişilerin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlardır.

Disiplin cezalarının verilme süreci memur, akademisyen, öğrenci gibi özel bir statüye sahip bireylere ilişkin olarak adli suçlarla birbirinden

²³ DANIŞTAY, 12D, E:2012/12566, K:2016/2448, T: 26.04.2016.

²⁴ sozluk.gov.tr, s.e.t: 18.03.2021.

²⁵ DANIŞTAY, 12 D, E:2017/1922, K:2019/2009,T: 14.03.2019

²⁶ Gölcüklü, (n 7) 118.

²⁷ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, (Marifet Basımevi, 1952) s.833

²⁸ Gölcüklü, (n 7) 158.

²⁹ Gölcüklü, (n 7) 158.



bağımsız yürütülen bir süreçtir. Esasen kamu hizmetini yürüten kişilerin gerçekleştirdikleri görevler kamu hizmetinin gerekleri ile sınırlandırılmıştır, bu sınırlandırmaya uyulmadığında disiplin cezaları gündeme gelebilmektedir. Bu cezalar memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle subjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler³⁰. Disiplin cezaları doğrudan idare tarafından uygulanırlar ve bu anlamda idari işlem niteliğindedirler, yaptırıma tabi tutulan kişi vatandaş olarak değil, daha sınırlı bir statünün içinde bulunması nedeniyle veya daha sınırlı bir grubun üyesi olması nedeniyle cezalandırmaktadırlar.

Ek olarak disiplin hukuku ceza hukukuna en fazla yaklaşan alandır, ancak unutulmaması gerekir ki her ne kadar bir takım idari yaptırımlar cezalandırıcı nitelik taşıyalar da, idarenin uygulanmasına karar verdiği ve bilfiil uyguladığı yaptırımlar klasik anlamda bir ceza değildir, disiplin cezalarını doğuran işlemlerde bir yargısal işlem değildir³¹.

Bazı ülkeler disiplin hukukuna ilişkin kuralları disiplin ceza hukuku şeklinde kanunlarla düzenlemiştir³². Ülkemizde disiplin hükümlerini mevcut statülere bağlı olarak düzenleyen birçok yasa ve düzenleyici işlemler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde uyarma ve kınamadan ilişik kurumdan çıkartılmaya kadar çeşitli disiplin suçları yer almaktadır. Dolayısıyla her ne kadar yukarıda zikrettiğimiz üzere disiplin cezaları ceza yaptırımları gibi hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmasa da kişilerin meslek yaşantılarına ciddi suretle etki eder nitelikte disiplin yaptırımları mevcuttur. Çeşitli sayıda düzenlemelerin yanı sıra disiplin hukukunun kişi açısından da geniş uygulaması mevcuttur, zira memurlar, doktor, avukat gibi kamu görevlileri, öğrenciler disiplin hukukunun uygulamasına tabidirler³³.

³⁰ DANIŞTAY, 12D, E:2012/12566, K:2016/2448, T: 26.04.2016. Disiplin kudreti ise bazı yazarlar tarafından üç anlamda kullanılabilir, disiplin kudretinin ilk anlamı dar anlamda kullanılır ve amirin emrinde çalışan memura ceza verme yetkisini ifade eder. İkinci olarak idarenin özel şahıslara ceza verme yetkisidir ki bu geniş anlamda kullanımdır ve son olarak da dernekler gibi özel kuruluşların kendi üyelerine verdikleri disiplin cezaları da disiplin kudretinin üçüncü anlamını oluşturur. Hangi anlamda kullanılacağına kullanılınsın “disiplin cezalarına başvuran yöneticiler korkutma yerine, düzeltme, inandırma, yanlışların tekrarına engel olma yöntemini benimsemelidirler”. Nuri Tortop, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları” (1983) Amme İdaresi Dergisi 16 (3) 90.

³¹ Özay, (n 12) 73.

³² Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, (7. Baskı, Turhan Kitapevi, 2010) 1020.

³³ Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili, Danıştay Dergisi, 1994, (88), yıl: 24, 5, 6.

II. ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARINA İLİŞKİN MEVZUATTAKİ EKSİKLİKLER VE BU EKSİKLİKLER NEDENİYLE MEYDANA GELEN HUKUKA AYKIRI DURUMLAR

A. MEVZUATTA ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARI

Anayasamızın 130/9. maddesi hükmü uyarınca yükseköğretim kurumlarında disiplin ve ceza işleri kanunla düzenlenir. Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinde öğrenci disiplin işleri düzenlenmiştir. Söz konusu madde de öğrencilere verilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma olarak belirlenmiştir. Maddede ayrıca soruşturma yapmaya, disiplin kuruluna sevk etmeye veya doğrudan gerekli cezayı vermeye yetkili makamlar belirlenmiştir. Soruşturmaya başlama zamanı ile soruşturmanın sonuçlandırılma zamanı, öğrenciye verilecek savunma hakkı, cezaların bildirilme şekli ve cezaların duyurulacağı kurumlar düzenlenmiştir. Madde uyarınca cezalar öğrencinin dosyasına ve siciline işlenir.

Aynı Kanununun 65. maddesinde ise öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlarla öğretim elemanları; memur ve diğer personel ile öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Buna göre öğrenci disiplin cezaları³⁴, 18.08.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. 32 maddeden oluşan yönetmeliğin amacı yükseköğretim kurumları öğrencilerine verilecek disiplin cezaları ile soruşturma usul ve esaslarını düzenlemektir. Yönetmelikte disiplin suçları ve bu suçlara denk gelen disiplin cezaları sayılmış, disiplin suçlarının tekrarı düzenlenmiştir. Yönetmelikte soruşturma açmaya yetkili amirler fakülte, enstitü ve yükseköğretim kurumlarında belirlenmiştir. Yönetmelikte ayrıca soruşturmanın yapıldığı şekli, savunma hakkı, soruşturma raporu, ceza kovuşturması ve disiplin soruşturmasının bir arada yürütülmesi, disiplin kurulunun çalışma usulü, oylama ve karar, karar süresine ilişkin hükümler yer almaktadır. Disiplin cezası verilirken dikkat edilmesi gerekli hususlar yine yönetmelikte düzenlenmiştir.

Yönetmelik'te öğrencilere verilebilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, bir yarıyıl için uzaklaştırma, iki yarıyıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma olarak yukarıda zikredilen kanunla paralel şekilde düzenlenmiştir.

³⁴ Askerlik dışında disiplin kavramının yasal tanımı yoktur. Işıklar (n 20), 51.

Yönetmelikte soruşturma süresi ve zamanaşımına ilişkin hükümler yer almaktadır. Ayrıca yönetmelik cezaların bildirilmesi başlığı altında, verilen disiplin cezasının soruşturma açmaya yetkili amir tarafından öğrenciye burs veya kredi veren kuruluşa ve yükseköğretim kurumuna, üniversiteden çıkarma cezası verilmesi halinde öğrenciye burs veya kredi veren kuruluşa ve yükseköğretim kurumuna, tüm yükseköğretim kurumlarına; Yükseköğretim Kurulu'na, ÖSYM'ye, emniyet makamları ile askerlik şubesine bildirileceğini hüküm altına almıştır.

Söz konusu yönetmelik öğrenci sicillerinde disiplin cezalarının saklanma şekli, saklanma süreleri, hangi kurum ve kuruluşlara hangi şartlarda verileceği ve disiplin cezalarının hangi şartlarda öğrencinin sicilinden silineceğine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.

Disiplin cezaları ile ilgili olarak 24.05.1984 tarih ve 18382 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Sicil Yönetmeliği mevcuttur. Yönetmelik Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarında sürekli veya süreli görev yapan öğretim elemanları ile 657 sayılı Kanun'a göre çalışan memurların, diğer personelin ve öğrencilerin sicilleriyle ilgili esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır. Yönetmeliğin II. bölümü, öğretim elemanlarının, III. bölümü memurların siciline, IV. bölümü öğrenci sicillerine ayrılmıştır. Öğrenci sicilleriyle ilgili olarak Yönetmeliğin 10. maddesi "*Öğrencilerin öğrenimlerinin devamı sırasında aldıkları ödül ve cezalar sicil fişlerine işlenerek dosyasında saklanır*" hükmünü içermektedir. Bu hüküm dışında yönetmelikte sicillere ilişkin başkaca bir hüküm bulunmamaktadır.

Yukarıda yer alan kanun hükmü ve ilgili yönetmelik hükümleri dışında öğrenci disiplin sicillerinin saklanma şekli, süresi ve talep halinde hangi şartlarda III. kişilere verileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevzuatta yer almamaktadır.

B. ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARININ ÖĞRENCİ SİCİLİNDEN SİLİNMESİ SORUNU

Yukarıda zikredilen düzenlemelerde, özellikle yönetmelikte kanaatimizce temel sorunlardan biri disiplin cezalarının silinmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasıdır. Yine yönetmelikte cezaların saklanma süresine, bilgi istendiğinde hangi kurumlara disiplin cezasına ilişkin bilgilerin verilebileceğine ilişkin de hüküm bulunmamaktadır.

Öğrencilerin aldıkları disiplin cezalarının öğrencilerin dosyalarında ne kadar süre ile saklı tutulacağı belirlenmediğinden bu sicillerin, üniversite idaresi takdir yetkisi kullanarak bir düzenleme yapmadığı takdirde, hiçbir zaman silinmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu bağlamda örneğin öğrencilik hayatının herhangi bir yılında bir hata sonucu disiplin cezası almış

olan bir öğrenci, bu cezanın yükünü öğrencilik statüsü devam ederken ve mezun olduğunda da taşıyacaktır. Zira yukarıda aktarıldığı üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 65. maddesinde öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlarla öğretim elemanları; memur ve diğer personel ile öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Sicil Yönetmeliği de bu konuda genel bir düzenleme getirmiş, ancak konuyla ilgili sicilden silinme şartlarını ve cezaların sicilde kalma süresini belirleyen bir yaklaşım göstermemiştir. Bu bağlamda üniversitelerin takdir yetkisi kullanarak Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, sicile ilişkin uygulama esaslarını belirlemesi mümkündür kanaatindeyiz.

Buna göre, özellikle disiplin cezalarının silinmesi konusu mevzuatta düzenlenmediği için, farklı yükseköğretim kurumlarının cezaların silinmesine ilişkin farklı kararlar alabilmektedir, zira az evvel zikredildiği üzere bu duruma yasal bir engel bulunmamaktadır.

Örneğin Üsküdar Üniversitesi'nin internet sitesinde “*disiplin cezalarının sicilden silinmesi*” başlığında üniversitede ilk kez disiplin cezası almış öğrencilerin cezalarının silinme şartları düzenlenmiştir. Buna göre ilk kez disiplin cezası alan öğrencilerin siciline işlenmiş disiplin cezası uygulandıktan sonra mezuniyet aşamasına kadar başka hiçbir disiplin cezası almaması ve Üniversitenin tespit ve ilan edeceği Toplumsal Sorumluluk Projelerinde 40 saatten az olmamak kaydıyla görev üstlenmesi şartıyla öğrencinin normal öğrenim süresinin son yarısında cezasının sicilden silinmesi için bağlı bulunduğu Dekanlık veya Müdürlüğe başvuru yapılabilir. Disiplin cezası öğrencinin başvurusunu takiben Dekan veya Müdürün önerisi üzerine Üniversite Yönetim Kurulu Kararı ile silinebilir³⁵. Burada Üniversite Yönetim Kurulu'na karar verme noktasında takdir yetkisi verilmiştir.

Yine Bilkent Üniversitesi internet sitesinin 18.04.2018 tarihli duyurusunda ilk kez disiplin cezası alan öğrencilerin cezalarının sicilden silinmesi için Üniversitenin Toplumsal Duyarlılık Projesi kapsamında ceza sürelerinin bitiminden itibaren ceza türüne göre 80-60 veya 40 saatlik çalışma süreleri belirlenmiştir. Bu defa cezayı silme yetkisi Üniversite Rektörünün takdir yetkisine bırakılmış, cezası silinen öğrencilerin sicillerinde cezaların gösterilmeyeceği karar altına alınmış, öğrenciler ile ilgili yapılan resmî belge ve yazışmalarda almış oldukları cezaların gösterilmeyeceği hükme bağlanmıştır³⁶.

³⁵ <https://uskudar.edu.tr/assets/uploads/sayfa/18/file/uu-ogrenci-disiplin-sorusturmalarinda-uyulacak-esaslar-ve-yazisma-ornekleri.pdf?1>, s.e.t.:08.03.2021.

³⁶ <https://w3.bilkent.edu.tr/www/disiplin-cezalarinin-silinmesi-konusunda-senato-karari-18-04-2018>, s.e.t.:08.03.2021.



Buna karşılık Akdeniz Üniversitesi internet sitesinde disiplin işlerine ilişkin sıkça sorulan sorular başlığı altında “*disiplin suçundan alınan ceza ne zaman sicilden silinir*” sorusuna Üniversite tarafından “*disiplin suçu af kanunu çıkmadığı sürece öğrencinin sicilinden silinmez*” bilgisi verilmiştir³⁷.

Diğer üniversitelerin de benzer kararlar alıp almadıklarını bu kararların tek duyurulma yerinin internet siteleri olmaması nedeniyle tespit etmemiz mümkün değildir. Ancak üç üniversitenin uygulamasından, bu konuda mevzuatta boşluk olması nedeniyle farklı üniversitelerin farklı uygulamalarının mevcut olabileceği yorumunu yapmak mümkündür. İnternet üzerinde bulabildiğimiz kadarıyla yukarıda zikrettiğimiz üç üniversite de disiplin cezalarının silinmesi konusunda farklı yöntemler belirlemiştir. Bazı üniversitelerin ise bu konuda almış oldukları herhangi bir karar yoktur. Bu durumda farklı üniversiteler de öğrenim gören öğrenciler arasında eşitsizlikler ortaya çıkmakta, farklı üniversitelerde okuyan bir öğrencinin cezasının silinmesi için herhangi bir yol bulunmazken bir başka üniversite için cezanın silinmesi hususu belirli şartlarda mümkün olabilmektedir.

Disiplin cezalarının sicilden silinmesi hususu öğrenciler için düzenlenmemişken, disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin olarak disiplin hükümlerini düzenleyen çeşitli kanunlarda hüküm bulunmaktadır. Örneğin Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 133. maddesi uyarınca memurun özlük dosyasına işlenen disiplin cezaları, memur devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka³⁸ bir disiplin cezasına çarptırıldığı takdirde, uyarma ve kınama cezasının uygulanmasından itibaren beş sene, diğer cezaların uygulanmasından itibaren 10 sene sonra silinir. Memur disiplin cezalarının silinmesi için belirlenen süre geçtikten sonra, atamaya yetkili amire başvurarak, cezaların özlük dosyasından silinmesini ister. Burada memurun bu süreç içerisindeki davranışları da göz önünde bulundurularak memurun talebi değerlendirilir. Kademe ilerlemesi durdurulması cezasının özlük dosyasından silinmesinde, disiplin kurulunun mütalaası alınır.

³⁷ Disiplin İşlerine İlişkin Sıkça Sorulan Sorular | Akdeniz Üniversitesi | Öğrenci İşleri Daire Başkanlığı , s.e.t.:02.09.2021.

³⁸ Devlet memurluğundan çıkarma cezası, bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır . “*Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır. Disiplin cezası vermeye yetkili organlar; bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya ancak disiplin cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir.* DANIŞTAY, 8. D, E:1998/4988, K:1998/3015, T: 12.10.1998.

Adli sicil kayıtları ilgili olarak da hukuk sistemimizde düzenleme bulunmaktadır. Bilindiği üzere ülkemizde adli sicil sistemi bulunmaktadır, bu sistem adli sabıkların belgelenmesi, kaydı ve saklanması amacıyla kurulmuştur³⁹. TCK'da ceza hukuku yaptırımını olarak ceza ve güvenlik tedbiri yaptırımlarına yer verilmiştir ve cezalarda hapis ve adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Adli suç ve cezalara ilişkin olarak 25.05.2005 tarih ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu TCK'da benimsenen yaptırım sistemine uygun olarak kabul edilmiştir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 2. maddesi hükmüne göre “*Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye’de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adli Sicilde tutulur*”.

Aynı Kanunun 4. maddesinde adli sicile kaydedilecek bilgiler düzenlenmiştir, 9. madde de ise, adli sicil bilgilerinin silinmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Adli sicil kayıtları silindikten sonra adli arşiv kaydına alınır ve arşiv kaydı belirli koşulların gerçekleşmesi halinde silinebilir. Buna göre adli sicil kayıtlarının silinmesi 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 9, 12 maddesinde düzenlenmiştir⁴⁰. Ayrıca konuyu düzenleyen Adli Sicil Yönetmeliği bulunmaktadır. Yönetmeliğin 11. maddesinde adli sicil belgelerinin silinmesi düzenlenmiştir.

Adli Sicil Kanunu uyarınca adli sicil kayıtları cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması veya genel af, halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır. Bir mahkûmiyet gerçekleştiğinde, adli sicil kayıtlarının arşive alınması için mahkûmiyete ilişkin infazın tamamlanması yeterli olacaktır. Ayrıca ilgilinin ölümüyle de kayıt tamamen silinir. Adli sicildeki kayıtların tamamen silinmesi, kişinin ölümü, kanunun mülga olması ya da suçun idari niteliğe bürünmesi halinde mümkündür, bu sayılanlar dışındaki durumlarda kayıtlar sicilden silinir ve arşiv kaydına alınır⁴¹.

³⁹ İbrahim Çiçek, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, (3. Baskı, Seçkin Hukuk, 2013), s34.

⁴⁰ Ersan Şen, “*Oysa adli suç ve cezalara ilişkin “hükümlü” sicillerini düzenleyen 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 9 ve 12. maddelerinde bu konuların ayrıntılı düzenlendiği, hatta 5352 sayılı Kanunun diğer hükümlerinde de suç işleyen kişilerin ileride bu sıfatlarından kurtulmalarına yardımcı hükümlere yer verildiği ve yasak hakların iade edildiği anlaşılmaktadır*” Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi - Haber 7 Yazarı Prof. Dr. Ersan Şen, s.e.t.:25.09.2021..

⁴¹ Çiçek (n 39) 36.



Bu hususta 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "5352 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan istisnalar dışında, Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve adli sicile kaydedilmiş tüm mahkûmiyet hükümlerinin infaz edilmesinden sonra arşiv kayıtlarında ilgilinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi" hükmünün itiraz yoluyla Anayasa yargısı denetimine tabi tutulmasında Anayasa Mahkemesi şu hususlara dikkat çekmiştir:

*"arşiv kaydına alınmanın gerekçesini oluşturan kurumlar ilk mahkumiyet kararından belli bir süre geçtikten sonra kişi hakkında aleyhe bir sonuç doğurmadığı halde, söz konusu kayıtların kişinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının bu kadar uzun süre muhafaza edilmesi, suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesi, bu sürenin arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle Kural, adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde değildir"*⁴².

Bununla birlikte "Adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi" başlıklı 5/4/2012-6290/2 madde ile değişik 12.maddesinde yer alan

"Arşiv bilgileri; a) İlgilinin ölümü üzerine, b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren; 1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla on beş yıl geçmesiyle, 2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle, c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle, tamamen silinir." kuralını da vurgulamakta fayda görmekteyiz.

Yukarıda aktarılanlar ışığında, DMK'da getirilmiş düzenleme ve disiplin cezalarından çok daha ağır nitelikte olabilecek adli sicil kayıtlarıyla ilgili düzenlemeler göz önüne alındığında öğrenci disiplin cezalarının öğrenci sicilinden silinmemesi hususunda hukuk sistemimizde boşluk mevcut olduğu ve bu hususta düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir.

⁴² AYM, 20.01.2011, E:2008/44, 2011/21, Resmi Gazete Tarihi:14.04.2011, Resmi Gazete Sayısı:27905.

1. ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARININ SİCİLDEN SİLİNMESİ KONUSUNUN MEVZUAT İLE DÜZENLENMEMESİ NEDENİYLE MEYDANA GELEN ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

Anayasanın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi uyarınca; Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Anayasanın 10. maddesinde yer alan, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarına ilişkin kuralın amacı, birbirinin aynı durumda olan kişilere aynı kuralların uygulanmasını sağlamaktır, aynı durumda bulunan kişiler arasında farklı düzenlemeler gerçekleştirmek, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur⁴³. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz.

Özetle, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kurallar uygulanacak, bu şekilde bazı kişilere ayrıcalık tanınması engellenecektir. Kimi kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu, bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğünü söylemektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bazı durumlar bazı kişi veya topluluklar için değişik kurallar ve uygulamalar gerektirebilir. Az önce değindiğimiz üzere aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez⁴⁵.

⁴³ DANIŞTAY, 8. DAİRE, E:2010/2741, K:-, T: 20.10.2010.

⁴⁴ DANIŞTAY, 5. DAİRE, E:2009/2618, K:2011/476, T: 09.02.2011.

⁴⁵ AYM, 23.07.2009, E:2006/166, K:2009/113, Resmi Gazete Tarihi:19.03.2010, Resmi Gazete Sayısı:27526. Benzer şekilde; AYM, 08.12.2011, E:2010/77, K:2011/163,; “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı



Disiplin cezalarının uygulanmasında ve mezuniyet sonrası işlemler de üniversite öğrencileri ve mezunlar eşit statüde değerlendirilmelidir⁴⁶. Buna göre kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz. Bu bağlamda farklı üniversitelerde eğitim gören ancak aynı öğrencilik statüsünde ve mezun statüsünde bulunan kişiler arasında eşit olmayan durumların yaratılması Anayasa madde 10’da yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır kanaatindeyiz.

Eşitlik aynı zamanda kamu hizmetinin de temel ilkelerindedir. İdareler kamu hizmetlerini, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara farklı biçimde sunmak zorundadırlar. Ayrıca kamu hizmetlerinin tarafsızlığı gereğince de idare aynı konumda bulunanlar arasında farklı uygulamalar gerçekleştirmemelidir⁴⁷. Buna göre idare, kamu hizmetini eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır⁴⁸.

Ek olarak eşitliğin aynı zamanda hukukun da genel ilkelerinden olduğunu söylemek mümkündür. Aslında eşitlik ilkesi öncelikle bir haktır ve bu ilke hukuk devletine aittir ve hukuk devletinin gereğidir.

Bu bağlamda, disiplin cezalarının sicilden silinmesi sorununun tüm üniversite öğrencileri için ortak bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde öğrenciler hem tüm hayatları boyunca gerçekleştirmiş oldukları hatanın sonuçlarına katlanmak zorunda kalmayacaklardır, hem de farklı üniversitelerde okuyan ve aynı öğrencilik statüsü içinde bulunan kişiler arasında yaratılmış olan eşitsizlik giderilecektir. Anayasa’da zikredildiği üzere Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Oysa yukarıda aktarıldığı üzere bir yükseköğretim kurumu öğrencisi gerçekleştirmiş olduğu hatalı bir eylemin sonuçlarına bütün hayatı boyunca katlanmak zorunda kalabilecekken, bir başka öğrenci için bu durum söz konusu olamayabilecektir.

tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir”, AYM, 15.11.2002, E:1997/61, K: 1998/59, Resmi Gazete Tarihi: 15.11.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24937; AYM, 31.10.2013, E:2013/23, K: 2013/123, Resmi Gazete Tarihi: 15.03.2014, Resmi Gazete Sayısı: 28942.

⁴⁶ Şen, (n 40).

⁴⁷ DANIŞTAY, 12. DAİRE, E:2009/5045, K:2013/5796, T: 27.06.2013.

⁴⁸ DANIŞTAY, 12. DAİRE, E:2009/5045, K:2013/5796, T: 27.06.2013.

2. ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARININ SİCİLDEN SİLİNMEMESİ EVLEVİYET (ARGUMENTUM A FORTİORİ / HAYDİ HAYDİ / ÖNCELİKLE UYGULAMA) KURALINA AYKIRIDIR

Esasen bir mantık kuralı olan evleviyet, daha önemli bir durum için kabul edilen bir hüküm, daha az önemli durumlar için de doğal olarak kabul edilmesi demektir. Evleviyet, bütün için doğru olanın o bütünü oluşturan parçalar için de doğru olacağı, azı yasak olan şeyin çoğunun da yasak olacağı olgularına dayanan bir mantık kuralıdır. Bir başka şekilde evleviyet daha önemli bir durum için getirilen çözümün daha az önemli durum için de geçerli olacağı ya da çoğun içinde azın da bulunması hususlarıyla açıklanabilir. Bütün için doğru olan bütünün parçaları için de doğrudur kuralı evleviyettir⁴⁹. Evleviyet kuralının doğal sonucu azı yasak olanın çoğunun da yasak olacağı çoğu yapmaya yetkili olanın azı gerçekleştirme konusunda da yetkili olmasıdır. Evleviyetin kıyasın özel bir türü olduğunu söyleyen ve bağımsız bir yorum aracı olması hususunu tartışmalı bulan yazarlar da vardır, zira evleviyet de bir nevi kıyaslama gerçekleştirilmektedir⁵⁰.

Evleviyet kuralı açısından önemli olan nicelik açısından değil ancak nitelik açısından özde değişim olmamasıdır. Buna göre evleviyeti birkaç örnekle açıklayacak olursak, kamyonların girişinin yasak olduğu bir yola, bu konuda herhangi bir düzenleme olmasa ya da herhangi bir yasak koyulmamış olmasa dahi tırın girmesi evleviyetle (haydi haydi) yasaktır, ya da örneğin Medeni Kanunumuz da belirtilen belirli kişilerle evlenme yasakları (üst soy, alt soy gibi, amca, dayı, hala, teyze vb.) nişanlanmayla ilgili bir kural olmasa da nişanlanma için de haydi haydi geçerlidir⁵¹. Bir başka örnek insan yaralamayla ilgili verilebilir, insan yaralamanın suç sayıldığı bir hukuk sistemi, insan öldürmeyi öncelikle suç olarak kabul edecektir. Evleviyet yorum yöntemine başvurulduğunda iki ayrı durum söz konusudur, bu durumlardan birinde düzenleme varken, diğesinde yoktur.

Evleviyet ilkesinin iki görünümü söz konusudur⁵²: - Küçükten büyüğe sonuç çıkarma (*argumentum a minori ad maius*) : Daha azı için yasaklanın daha fazlası için de yasak olacağı kuralıdır. Örneğin özensizlik nedeniyle sorumlu tutulan şahsın kusuru nedeniyle haydi haydi sorumlu tutulmasıdır.

- Büyükten küçüğe sonuç çıkarma (*argumentum a maiori ad minus*): Daha fazlası için izin verilenin daha azı için de izin verilmesi kuralıdır.

⁴⁹ Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, (36. Bası, Doruk Kitapevi, 2019), 215.

⁵⁰ Ömer Anayurt, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, (20.Baskı, Seçkin Hukuk, 2020) 288.

⁵¹ Anayurt, (n 50) 288.

⁵² Vedat Dilberoğlu, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği” (2016) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65, (4), 1520



Adli sicil kaydına ilişkin yukarıda zikredilen hükümlerle disiplin cezalarına ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde çok daha ağır nitelikte olabilecek adli sicil kayıtlarının sicilden silinebilmesine karşın, disiplin cezalarının öğrenci sicilinden silinmemesi evleviyet kuralına aykırıdır.⁵³ Her ne kadar evleviyet kuralına kamu hukuku alanında ihtiyatlı yaklaşılması gerekliliği söylene ve idare hukukunda bu yorumdan kaçınılması gerektiği belirtirse de⁵⁴ disiplin cezalarının sicilden silinmesi söz konusu olduğunda, kişilerin haklarının korunması açısından ele aldığımız bu konuda adli sicil kaydı ve disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi konusunda evleviyet yorum kuralına açık bir aykırılıktan söz etmenin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bir başka deyişle kişilerin hakları ile ilgili olan bir durum söz konusu olduğu için idari yaptırımlara nazaran çok daha ağır bir durum olan adli sicil kayıtlarının sicilden silinmesi ancak idari bir yaptırım olan öğrenci disiplin cezalarının bir ömür boyu öğrenciyi takip etmesi konusunda evleviyet yorum yöntemine aykırılık söz konusudur yorumunu yapmak mümkündür.

C. ÖĞRENCİ DİSİPLİN CEZALARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE VERİLMESİ SORUNU

Bir diğer sorun öğrenci sicillerinde yer alan disiplin cezalarının hangi kurumlara hangi şartlarda verileceği hususudur. Mevzuatta bu hususta düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda bu cezalar sadece belirli kurumlara mı verilmelidir, yoksa her talep edildiğinde ilgili kamu veya özel tüm kurumlara verilmeleri mi gerekir, bu konular belirsizdir. Disiplin cezalarına ilişkin bilgiler genellikle öğrencilerin transkriptlerinde yer almaktadır.

1. 6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU'NA AYKIRILIK

Anayasamız da Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı II Bölümde yer alan 20/III maddesi;

“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

⁵³ Şen, “Oysa adli suç ve cezalara ilişkin “hükümlü” sicillerini düzenleyen 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 9 ve 12. maddelerinde bu konuların ayrıntılı düzenlendiği, hatta 5352 sayılı Kanunun diğer hükümlerinde de suç işleyen kişilerin ileride bu sıfatlarından kurtulmalarına yardımcı hükümlere yer verildiği ve yasak hakların iade edildiği anlaşılmaktadır” Şen, (n 40).

⁵⁴ Anayurt, (n 50) 288.

düzenlenir” hükmüne haizdir. Söz konusu hükümden kişisel verilerin temel hak ve hürriyetler olarak Anayasamızda düzenlendiğini söylememiz mümkündür.

Anayasa’da kişisel verilerin temel hak düzeyinde düzenlenmesinin ardından kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği temelinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kabul edilmiştir⁵⁵. Kanunun 3. maddesi uyarınca kişisel veri *kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi* ifade eder. Kanundaki tanımdan yola çıkarak disiplin cezalarının kişisel veri olarak sınıflandırılması gerekir.

Kanununun 3/e madde hükmü kişisel verilerin işlenmesini; *“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 işlem”* olarak tanımlamıştır. Kanunda yazılan tanımdan hareketle öğrenci disiplin cezalarının saklanması, açıklanması, elde edilebilir hale getirilmesi, kanun kapsamında kişisel verilerin işlenmesidir.

Kanun 5. ve 6. maddelerinde kişisel verilerin işleme şartlarını düzenlemiş, ayrıca veri işlerken 4. maddede belirtilen genel ilkelere uygunluğun sağlanması da öngörülmüştür. Bu iki hükmün yanında Kanun 10. maddesinde veri sorumlusunun, verinin elde edilmesi sırasında ilgili kişiye maddede belirtilen konularda bilgi vermesi gerektiği de belirtilmiştir. Buna göre veri sorumlusu ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verileri dışındaki verilerini işlerken 5. maddede belirtilen veri işleme şartlarından birine, özel nitelikli veriler için ise 6. maddede sayılan şartlardan birine dayanarak söz konusu verileri işlemelidir.

Disiplin cezaları ile ilgili bilginin işlenmesinin, özel nitelikli veri sayılıp sayılmayacağına göre, işlemenin hangi maddedeki veri işleme şartlarına dayanması gerektiğinin tespiti gerekir. Kanunun 6. maddesi lafzından anlaşıldığı gibi özel nitelikli verileri *numerus clausus* (sınırlı sayı) prensibine göre belirlenmiştir. Buna göre ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirlerle ilgili veriler 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 bilgilerinin yanı sıra özel nitelikli kişisel veri olduğu belirtmiştir. Ancak disiplin cezalarının özel nitelikli kişisel veri olarak kanun kapsamına dahil edilmemiş olduğunu söylemek mümkündür. Zira az önce bahsettiğimiz gibi maddede yer alan özel nitelikli kişisel verilerin

⁵⁵ 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu madde 1.



sınırlı sayıldığı ve istisna hükmü olduğu, dolayısıyla genişletici şekilde yorumlanamayacağı ve disiplin cezalarının madde kapsamına dahil edilmediğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla disiplin cezalarıyla ilgili bilginin hukuka uygun işlenmesi için işlemenin Kanunun 5. maddesinde belirtilen veri işleme şartlarından birine dayanması gerekir. Söz konusu 5. madde, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceğini ve açık rıza olmadan kişisel verilerin işlenmesi için 2. fıkrada 7 bent halinde sayılan şartlardan birinin gerçekleşmesi gerektiğini düzenlemektedir. Maddenin 2. fıkrasının ç bendinde veri işleme şartlarından biri olarak sayılan “*Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması*” yer almaktadır. Bu bağlamda yukarıda zikredilen yasal düzenlemeler kapsamında disiplin cezalarının üniversite tarafından sicile kaydedilmesi için öğrencinin açık rızası aranmayacaktır. Zira yasa maddesi açıkça hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesinden bahsetmektedir ve Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği’nin 10. maddesi Üniversitelerle böyle bir yükümlülük getirmektedir. Bu bağlamda disiplin cezalarının kaydedilmesi ve saklanması KVKK’na aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak disiplin cezasıyla ilgili verilerin 3. kişilere verilmesi noktasında, KVKK madde 5/a hükmüne uygun kanunlarda açıkça bir düzenleme bulunmadığı, KVKK madde 5/ç hükmüne uygun bir hukuki yükümden bahsedilemeyeceği için ya da 5. maddenin 2. fıkrasında sayılan diğer veri işleme şartlarından birinin varlığı söz konusu olmadan, öğrenciye verilen disiplin cezalarının düzenlenen her transkriptte öğrencinin açık rızası bulunmadan yer alması KVKK’na aykırılık teşkil edecektir.

SONUÇ

Öğrenci disiplin cezalarının öğrenci sicillerinden silinmesi ve kayıtların üçüncü. kişilere verilmesi hususunda mevzuatta boşluk bulunmaktadır. Bu durum Anayasa’ya, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na ve evleviyet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle mevzuatta boşluk olduğunu düşündüğümüz bu alanda düzenleme yapılması gerekmektedir.

Şen, öğrenci disiplin cezalarının yükseköğretim kurumunda öğrencinin okuduğu sürece saklanması ve mezun olduktan sonra da belirli bir süre saklanarak (asgari bir azami üç yıl) önceden belirlenmiş kurum ve kuruluşların bilgisine açık tutulmasını önermektedir.⁵⁶

Kanaatimizce öncelikle disiplin cezalarının silinmesiyle ilgili olarak, kınama, uyarma, yükseköğretim kurumundan bir aya kadar uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma, yükseköğretim

⁵⁶ Şen, (n 40).

kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezaları için ayrı ayrı koşullar saptanabilir. Bu bağlamda öğrencilik hayatı boyunca sicilde cezaların tutulması, öğrencilik hayatının sona ermesinin ardından sicilden silinme için farklı cezalar için farklı silinme süreleri belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda örneğin uyarma ve kınama için daha kısa sicilden silinme süreleri belirlenebilecekken, uzaklaştırma için daha uzun süreler belirlenebilir. Doğal olarak kurumdan çıkarmanın sonuçlarına öğrenci ömür boyu katlanacaktır. Aksi durumda söz konusu bilgilerin sicilde belirsiz bir zaman süresince tutulması hakkaniyet ve adalet duygusunu zedeleyeceği gibi, öğrenci açısından da mağduriyet yaratacaktır. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararlarında dijital hafızada yer alan bilgilerin silinmesini talep etme hakkı olarak geçen unutulma hakkı gibi “yeni bir sayfa açma” şansının öğrencilere verilmesi hem pozitif hukuk kurallarına uygunluk hem de hakkaniyet ve adalet gereğidir⁵⁷.

Disiplin cezaları ile ilgili kayıtların üçüncü kişilere verilmesi konusunda da mevzuatta düzenleme yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Örneğin bu bilgilerin transkriptte yer alması için öğrenci rızası aranmalı ve hangi kurumlara verileceği Kişisel Verileri Korunması Kanunu'na paralel olarak düzenlenmelidir, aksi durumda yine öğrenci açısından mağduriyet oluşabilecek ve haksız durumların yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

Anayurt Ö, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (20.Baskı, Seçkin Hukuk, 2020).

Alikaşifoğlu K, “Disiplin Cezaları” (1977), Amme İdaresi Dergisi, 10 (4) 32-45.

Aslan MY, “İdari Yaptırımlar”, (2009) TBB Dergisi, (85), 173-188.

Bilge N, Hukuk Başlangıcı, (36. Baskı, Doruk Kitapevi, 2019).

⁵⁷ “Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engelini takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır. Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir” YARGITAY HGK, E:2014/56, K:2015/1679, T:17.06.2015.



- Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021).
- Çiçek İ, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, (3. Baskı, Seçkin Hukuk, 2013).
- Dilberoğlu V, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği” (2016) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65 (4) 1517-1544.
- Eraslan Y, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu, (1. Baskı, Adalet Basım Yayım Dağıtım, 2018).
- Erdinç B, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması” (2012) Ankara Barosu Dergisi 2 239-276.
- Işıklar C, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Gölcüklü F, İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki (1963), AÜSBFD 18 (02) 115-182.
- Kızılyar SA, “Ceza Yaptırım ile İdari Yaptırım Ayrımı”(2013), Yaşar Üniversitesi Dergisi, 8 (Ozel) 1637-1667.
- Kurt H, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler” (2014) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVIII, (1) 131-178.
- Onar SS, İdare Hukukunun Umumi Esasları, (Marifet Basımevi, 1952).
- Özay, İH, İdari Yaptırımlar Kurumsal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3326, Hukuk Fakültesi No: 691 (Özdem Kardeşler Matbaacılık Tesisleri), 1985.
- Şen E, Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi, Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi - Prof. Dr. Ersan Şen (haber7.com).
- Ulusoy A, İdari Yaptırımlar, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2013).
- Tortop N, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları” (1983), Amme İdaresi Dergisi 16, (3), 89-100.
- Yüce TT, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili” (1994) Danıştay Dergisi 88, (24) 5-14.
- Zanobini G (Çeviren Dr.H.Yılmaz Günal), İdari Müeyyideler, (Sevinç Matbaası,1964).

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEN ÇEKİLMENİN ANAYASAL ESASLARI VE BAŞLICA TARTIŞMALAR

The Constitutional Procedure of Treaty Withdrawal

Tolga ŞİRİN*

Necdet Umut ORCAN**

Özet

Türkiye’de uluslararası sözleşmelerden çekilmenin hukuki usulü, bu konudaki anayasal sessizliğin de katkısıyla oldukça belirsizdir. Bu belirsizlik, özellikle 2021 yılı Mart ayında Cumhurbaşkanı kararıyla İstanbul Sözleşmesi’nin “Türkiye açısından feshedilmesiyle” daha da görünür olmuştur. Bu kararın ardından, söz konusu Cumhurbaşkanı kararının hukuka aykırılığına dair çok sayıda sav ortaya atılmıştır. Bu savlarda en çok dikkat çeken noktalardan biri, kararın *neden* hukuka aykırı olduğunu açıklarken sunulan gerekçelerin birbirlerinden ne denli farklı olduğudur. Bu çalışmada, Türkiye’de uluslararası sözleşmelerden çekilmenin doğru usulünün ne olduğu sorusu ele alınmaktadır. Çalışma ilk bölümde uluslararası sözleşmelerden çekilme usulü konusunda uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuktaki başlıca düzenlemeleri incelemektedir. Bu bölümde ayrıca ulusal hukuka ve uluslararası hukuka uygun, ikisine de aykırı, ilkinde uygun ama ikincisine aykırı, ve ikincisine uygun ama ilkinde aykırı çekilmelerin hukuki sonuçları örnekler çerçevesinde incelenmektedir. İkinci bölümde önce İstanbul Sözleşmesi’nden çekilme kararıyla başlayan tartışmada öne sürülen başlıca savlar incelenmekte, ele alınan savların hiçbirinin tam anlamıyla isabetli olmadığı öne sürülmektedir. Sonra Türkiye’de uluslararası sözleşmelerden çekilmenin hukuki usulüne dair yazarların görüşü açıklanmaktadır. Yazarlar uluslararası sözleşmelere katılma ve çekilmelerin, sözleşmelerin ilgilendirdiği alanda bir düzenleme yapmak olduğuna vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla bir sözleşmeden çekilme usulünün yasama ve yürütme erklerinden hangilerince düzenlenebileceği sorusuna verilecek yanıt, çekilmeyle düzenlenen alana göre değişmektedir. Çünkü Anayasa, yasama ve yürütme erklerinin düzenleme yapabileceği alanları ayırmıştır. Yazarlara göre usulü Cumhurbaşkanı kararnamesiyle (“CBK”) belirlenmiş bir çekilme, yalnızca Anayasa’nın yürütme tarafından düzenlenmesine olanak verdiği alanları düzenleyen sözleşmeler açısından hukuka uygundur. Temel hak ve özgürlüklerin

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.11.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tolga.sirin@marmara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7172-5426>

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Anabilim Dalı, necdetumutorcan@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9161-1928>



sınırlanması niteliğindeki çekilmelerin usulü Anayasa'nın 13'üncü, *düzenlenmesi* niteliğindeki çekilmelerin usulü ise (sadece sosyal hak ve özgürlükleri düzenleyenler hariç) Anayasa'nın 104'üncü maddesi gereği CBK ile düzenlenemez.

Anahtar kelimeler: sözleşmelerden çekilme, uluslararası sözleşmeler, anayasa madde 90, çekilme usulü, İstanbul Sözleşmesi.

Abstract

The Turkish legal procedure for treaty withdrawal is overly ambiguous, partly due to the constitutional silence on the matter. This ambiguity has become evident after a Presidential decision dated March 2021 had declared that the Istanbul Convention was “annulled in respect to Turkey”. Many argued that the Presidential decision was in breach of the proper legal procedure. One of the most interesting aspects of these arguments was how they diverge from each other on the question of what the proper procedure was. This study reviews these arguments and submits the authors' view on the proper legal procedure for treaty withdrawal in Turkey. In its first part, the study looks at international and comparative law and examines various possibilities and examples on treaty withdrawal. The second part begins with the review of the arguments raised upon the withdrawal from the Istanbul Convention, and concludes that none of them captures the whole picture. The authors emphasize that accession to (and withdrawal from) international treaties is a way of regulating the legal area that the given treaty covers. With that in mind, and since the Constitution provides different regulatory areas for legislative and executive branches, the proper branch to set out the legal framework for withdrawal depends on the scope of the treaty in question. The procedure for a withdrawal can be regulated by a Presidential decree only in respect to treaties that cover the area that has been constitutionally allocated to the executive branch's regulatory power. The procedure of withdrawal must be set forth by the legislative branch, if the given withdrawal has the effect of *limiting*, or *regulating* (except social and economic rights) fundamental rights.

Keywords: treaty withdrawal, international treaties, article 90, withdrawal procedure, Istanbul Convention.

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın dil itibarıyla en karmaşık hükmü 90'ıncı maddesidir. Maddenin ifade edilişindeki gelgitler, öteden beri karmaşa yaratır. Bu karmaşa, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nden (“İstanbul Sözleşmesi”) bir Cumhurbaşkanı Kararı'yla¹ çıkılması ve bunun yarattığı tartışmalarla beraber pratiğe de yansımıştır.

Bu çalışma, uluslararası sözleşmelerden çekilme usulünü ele alacaktır. Bu konudaki başlıca tartışmalar İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararıyla birlikte görünür hâle geldiğinden makale, özellikle bu süreçte öne sürülen savlar odağında bir tartışma yürütecektir.

¹ 3718 Sayılı ve 19 Mart 2021 tarihli Cumhurbaşkanı Kararı (31429 Sayılı ve 20 Mart 2021 tarihli Resmî Gazete) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf> (Son Erişim Tarihi: 10.7.2021)

Çalışma, uluslararası hukuktan ve karşılaştırmalı anayasa hukukundan hareket etmek suretiyle ulusal mevzuata doğru gidecek biçimde tasarlanmıştır. Dolayısıyla makale, ilk başlıkta uluslararası ve karşılaştırmalı hukuku ele alacak, ikinci başlıkta ise birinci başlıktaki veriler ışığında Türkiye'deki durumu analiz edecektir.

Metnin temel sorusu, "Türkiye'de uluslararası sözleşmelerden çekilmenin "doğru" usulü nedir?" biçimindedir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEN ÇEKİLME REJİMİ

İki taraflı sözleşmelerden çekilmeler oldukça yaygındır. Buna karşın çok taraflı ve insan haklarıyla ilgili sözleşmelerden çekilmeler çokça gerçekleşmemektedir. Ancak örnekleri yaşanmamış da değildir. Bunların içinde belki de en bilinen örnek, Yunanistan'daki cuntanın, 12 Aralık 1969 tarihinde yaptığı bildirimle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden çekilmesidir.² Yine insan haklarına ilişkin temel uluslararası sözleşmelerinden çekilme konusunda Trinidad ve Tobago³ ve Venezuela'nın⁴ İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nden; Jamaika, Guyana ve Trinidad ve Tobago'nun Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne Ek Seçimlik Protokol'den çekilmesi⁵ örnek gösterilebilir.⁶

Uluslararası sözleşmelerden çekilmenin ulusal ve uluslararası hukuk yönünden farklı usul ve sonuçları vardır. Bu ikisi arasında tam bir uyum sağlanabileceği gibi, uyumsuzluklar da ortaya çıkabilir. Bu başlıkta, uluslararası sözleşmelerden çekilme usulünü, önce (A) uluslararası hukuk yönünden, sonra (B) karşılaştırmalı anayasa hukuku yönünden, en sonunda da (C) uluslararası hukukla ulusal hukuklar arasındaki uyum ve uyumsuzluk örnek ve olasılıkları çerçevesinde ele alacağız.

² Yunanistan, 'Note Verbale dated 12 December 1969 from the Government of Greece Concerning the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (1970) 9(2) International Legal Materials 408-10.

³ Trinidad ve Tobago, 'Notice to Denounce the American Convention on Human Rights' (1998), ayrıca *bkz* Natasha Parassram Concepcion, 'The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights' (2001) 16(3) American University International Law Review.

⁴ Organization of American States, 'OAS General Secretary Communicates Venezuela's Decisions to Denounce the American Convention on Human Rights', 10.9.2012, https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-307/12 (Son erişim tarihi: 25.7.2021).

⁵ Laurence R Helfer, 'Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes' (2002) 102 Columbia Law Review 1832.

⁶ Daha fazla örnek için *bkz* Yogesh Tyagi, 'The Denunciation of Human Rights Treaties' (2009) 79(1) British Yearbook of International Law 86, 155-181.



A. Uluslararası Hukukta Çekilme Rejimleri

Uluslararası sözleşmelerden çekilme rejimine ilişkin başlıca hüküm, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ("Viyana Sözleşmesi") md. 42(2) hükmüdür. Bu hükme göre "Bir antlaşmanın sona erdirilmesi, feshedilmesi veya taraflardan birinin antlaşmadan çekilmesi, ancak söz konusu antlaşmanın veya bu Sözleşme'nin hükümleri uygulanarak gerçekleştirilebilir. Aynı kural bir antlaşmanın yürürlüğünün askıya alınması için de geçerlidir."

Görüldüğü üzere Viyana Sözleşmesi'ne göre bir uluslararası sözleşmenin tarafı olan devletler o sözleşmeden iki farklı yolla çekilebilir: (i) Eğer sözleşmede bir çekilme hükmü varsa, bu hüküm doğrultusunda; (ii) her hâlükârda, Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri doğrultusunda.⁷ Başka bir deyişle, kendisinden çekilme usulünü düzenleyen uluslararası sözleşmeler ile düzenlemeyen sözleşmeler arasında bir ayrım vardır.

Kendisinden çekilme usulünü düzenlemeyen sözleşmelerden çekilmek, ancak Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri doğrultusunda mümkündür. Viyana Sözleşmesi'nin 56'ncı maddesi ise böyle bir sözleşmeden çekilmenin ancak iki durumda mümkün olduğunu düzenlemektedir: (a) eğer tarafların fesih veya çekilme olanağını kabul etme niyetleri olduğu ortaya konabiliyorsa; veya (b) fesih veya çekilme hakkı antlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılabiliyorsa. Bu iki durumdan biri mevcut değilse, söz konusu uluslararası sözleşmeden çekilmek olanaksızdır. Çekilmenin olanaksız olduğu sözleşmeler bağlamında klasik örnek, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin (Kuzey Kore) 1997 yılında, bünyesinde bir çekilme hükmü bulunmayan Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nden (MSHS) çekilmek için Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine yaptığı 25 Ağustos 1997 tarihli bildirimdir.⁸ Yapıldığı dönemde bir ilk olan bu bildirim niteliği ve hukuksal sonuçları, İnsan Hakları Komitesinin bildirimden sonraki ilk toplantısında tartışılmış ve Komite, bu konuda bir Genel Yorum hazırlamaya karar vermiştir. Hazırlanan 26 no.lu Genel Yorum'da Komite, Viyana Sözleşmesi'nde yer alan çekilme şartlarının MSHS açısından mevcut olmadığı, dolayısıyla bu Sözleşme'den çekilmenin mümkün olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.⁹ Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Viyana

⁷ Viyana Sözleşmesi'nin 42'nci-45'inci ve 54-64'üncü maddeleri arasında, çeşitli durumlarda uluslararası sözleşmelerden çekilme usulü düzenlenmiştir. Çok farklı durumlar dahilinde çok geniş bir olasılıklar kümesini kapsayan bu hükümlerin tümüne burada yer vermek mümkün değildir.

⁸ Elizabeth Evatt, 'Democratic People's Republic of Korea and the ICCPR: Denunciation as an Exercise of the Right of Self-defence?' (1999) 5(1) Australian Journal of Human Rights 215; The Commission on Human Rights of the Philippines, 'On the Denunciation of and Withdrawal from International Treaties to Reimpose the Death Penalty' (2017) 3. <http://chr.gov.ph/wp-content/uploads/2018/03/Denunciation-of-and-Withdrawal-from-International-Treaties-to-Re-impose-the-Death-Penalty.pdf> (Son erişim tarihi: 25.7.2021).

⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 'Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası

Sözleşmesi'nin 56'ncı maddesi doğrultusunda MSHS'den çekilmek mümkün olmasa da Kuzey Kore'nin, Viyana Sözleşmesi'nin 54'üncü maddesi¹⁰ doğrultusunda Sözleşme'nin tüm taraflarının rızası hâlinde çekilebileceğini duyurmuştur. Bu rıza gerçekleşmemiş, Kuzey Kore de görünüşe göre MSHS'den çekilmenin mümkün olmadığını kabul ederek çok uzun bir süredir geciktirdiği ikinci periyodik raporunu 2000 yılında göndermiştir.¹¹

Bir çekilme hükmü içeren uluslararası sözleşmelerden ise, doğal olarak, o sözleşmede yer alan hüküm doğrultusunda çekilmek mümkün olacaktır. Çoğu uluslararası sözleşme bu sınıfa girmekte, yani kendi çekilme usulünü kendisi düzenlemektedir.¹² Bu usul, sözleşmeden sözleşmeye önemli farklar göstermektedir. Kimi sözleşmeler herhangi bir anda sözleşmeden çekilmeye olanak tanımakta, kimileri belirli bir süreden sonra çekilmeye izin vermekte, kimileri tarafların yalnızca belirli bir olay yaşandığında sözleşmeden çekilebileceğini düzenlemekte, diğer bazıları ise aynı konuda yeni bir sözleşme imzalanırsa tarafların sözleşmeden çekilmiş sayılacağını öngörmektedir.¹³

Burada her bir uluslararası sözleşmenin öngördüğü çekilme usulünü tartışmayı mümkün veya gerekli görmüyoruz. Çoğu uluslararası sözleşmenin kendi çekilme usulünü öngördüğünü ve buna uygun bir çekilmenin uluslararası hukuk nezdinde devletin o sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ileriye dönük olarak ortadan kaldıracığını belirtmek, yeterlidir.

B. Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Çekilme Rejimleri

1982 Anayasası, uluslararası sözleşmelerin onaylanması ve yürürlüğe girmesi sürecini ayrıntılı biçimde düzenlemişken, bu sözleşmelerden çekilme usulü konusunda sessiz kalmıştır. 1982 Anayasasının bu durumu, ayrıksı değildir. Karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmaları göstermektedir ki dünya anayasalarının çoğunluğunda durum benzerdir. Nispeten yeni bir çalışmada, incelenen 190 anayasanın 168'inin sözleşmelerin imzalanması ve onaylanmasına ilişkin hüküm içerdiği, ancak yalnızca 43'ünün uluslararası sözleşmelerden çekilmeye dair bir hüküm içerdiği saptanmıştır.¹⁴ Bu çıkarım, bazı küçük değişikliklere rağmen hâlâ geçerlidir.

Sözleşmesi'nden Doğan Yükümlülüklerin Devamlılığına Dair Sorunlara İlişkin 26 No.lu Genel Yorum' (1997) CCPR/C/21/RevI/Add8, § 5.

¹⁰ Viyana Sözleşmesi md. 54: "Bir antlaşmanın feshi veya antlaşmadan çekilmek şu yollarla mümkündür: a) antlaşmanın hükümleri doğrultusunda; b) herhangi bir zamanda, diğer taraf devletlerle istişare edildikten sonra tüm taraf devletlerin rızası ile."

¹¹ Laurence R Helfer, 'Terminating Treaties' içinde Duncan B. Hollis, *The Oxford Guide to Treaties* (OUP 2012) 634, 640.

¹² Barbara Koremenos ve Allison Nau, 'Exit, No Exit' (2010) 21 *Duke Journal of Comparative & International Law* 81, 106.

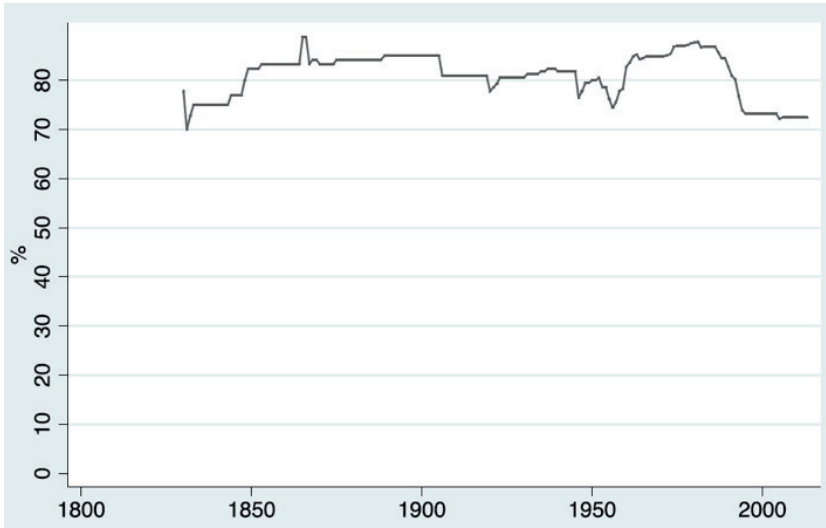
¹³ Helfer (n 11) 642.

¹⁴ Hannah Woolaver, 'From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal' (2019) 30(1) *European Journal of International Law* 75-76.



Anayasaların çoğunluğunda uluslararası sözleşmelerden çekilme hükmü yoktur. Uygulamayı da dikkate alan bir başka çalışmaya göre pek çok ülkede yürütme erki, yasamanın onayı olmadan uluslararası sözleşmelerden çekilmektedir.¹⁵ Sözü edilen çalışmanın yazarlarına göre “hükûmetler, kapsamlı müzakereler ve parlamento incelemesinden sonra varılan yasal taahhütleri bir kalem darbesiyle tersine çevirebilmektedir.”¹⁶

Yürütme erkinin tek başına çekilme yetkisinin yarattığı asimetri kimilerince eleştirilse de kimilerince uluslararası ilişkilerin kendine özgü doğası gereğince ulusal çıkarların ve acil gerekliliklerin sonucu sayılmaktadır. Hatta bu çevreler, tek başına çekilme yetkisiyle (böylesi bir tehdit olanağıyla) donatılmış yürütme erkinin uluslararası ilişkilerinde güçleneceğini dahi ileri sürmektedir.¹⁷ Bu tartışma tamamen sonuca bağlanmış değilse de dünyadaki eğilimin giderek yasama organını sürece dâhil etmek yönünde ilerlediğini söyleyebiliriz. Verdier ve Versteeg’in gözlemlerine göre yürütmenin tek taraflı olarak anlaşmalardan çekilebildiği ülkelerin oranı, 1970 lerde %89 gibi yüksek bir seviyede iken 2019 yılı itibariyle bu oran %72 seviyesine gerilemiştir.¹⁸ Bu gerileme, çalışmada (yatay doğrultu yıllar, düşey doğrultu yürütmenin tek taraflı çekilme yetkisine sahip olduğu ülke oranları olacak şekilde) şöyle grafikleştir:



¹⁵ Pierre-Hugues Verdier ve Mila Versteeg, ‘Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey’ içinde Curtis A Bradley (ed.) *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (OUP 2019) 14.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Barbara Koremenos, ‘Contracting Around International Uncertainty’ (2005) 99 *American Political Science Review* 549.

¹⁸ Verdier ve Versteeg (n 15) 14.

Anayasa altı metinlerdeki durum ve uygulama böyle olmakla beraber, konunun anayasalarda düzenlendiği durumlarda görüntü daha farklıdır.¹⁹

1. Anayasa Metinleri

Anayasaların büyük bir kısmı uluslararası sözleşmelerden çekilme konusunda sessizdir. Sözleşme'ye taraf olmayı ayrıntılı düzenleyen ama çekilme konusunda sessiz olan dikkat çekici örnek, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'dır.²⁰ ABD Anayasası bağlamında doktrin, Başkan'ın Kongre ve Senato onayı olmaksızın bir sözleşmeden çekilip çekilemeyeceği konusunda ikiye ayrılmış durumdadır. Bu konuda uygulamada da bir birlik yoktur. Başkan uluslararası sözleşmelerden bazen Kongrenin, bazen Senatonun onayından sonra, bazen tek başına çekilmiş; bazen çekildikten sonra Senato'ya veya Kongre'nin iki kanadına birden bildirim yapıp bunların onayını çekilme işleminden sonra almış, bazense yasamadan hiç onay almamıştır.²¹ Bazı anayasalarda bu konudaki sessizlik bozulmakta, ancak yetkinin kimde olduğuna dair somut bir belirleme yapılmamaktadır. Örneğin Arnavutluk (md. 121/1) ve Azerbaycan (md. 94/22, 95/1) anayasaları bu konuya değinse de yetkilendirme yapmadan meselenin yasama organınca düzenlenmesi gerektiğini öngörmektedir.²²

Diğer pek çok örnekte ise bu konuda yasama organının onayı düzenlenmiştir. Bunların çoğunluğu eski Doğu Bloku ülkeleridir. Örneğin Bosna Hersek (md. 5), Belarus (md. 97/2), Bulgaristan (md. 85/1), Estonya (md. 65/4, 87/4, 106), Gürcistan (md. 47/1, 52/2 ve 65), Kazakistan (md. 54/1) Kosova (md. 18/4), Litvanya (md. 67/16, 138), Polonya (md. 89/1) Rusya (md. 106/4), Slovakya (md. 102/1), Tacikistan (md. 57/5), Türkmenistan (md. 81/10) ve Ukrayna (md. 85) anayasaları böyle bir işlem için Meclis'in onayını aramaktadır. Gerçi bunların arasında bütün sözleşmeler için bu şartı arayanlar olduğu gibi, bazı sözleşmeler için arayanlar da vardır.²³

Bu türden düzenlemelere Angola (md. 161/1), Arjantin (md. 75/24), Danimarka (md. 19/1), Ekvador (md. 419 ve 420), Hollanda (md. 91/1), Kamboçya (md. 90), Lao (md. 53/18 ve 67/14), Meksika (md. 76/1 ve 89/10), Yeşil Burun (md. 12/2) anayasalarında görüldüğü gibi farklı kıtalardan ve geleneklerden devletlerde de rastlanabilmektedir. Kuşkusuz anılan örneklerin

¹⁹ *Ibid.*, 15-16. Anayasa altı metinlere doğrudan erişemediğimiz için atıf yaptığımız bu bilgiyi doğrulayamıyoruz.

²⁰ Law Review Editors, 'Presidential Amendment and Termination of Treaties: The Case of the Warsaw Convention' (1967) 34(3) University of Chicago Law Review 580, 589.

²¹ Green Hackworth, *Digest of International Law* (U.S. Government Printing Office 1943) 330, akt. Law Review Editors 589-90.

²² Çalışma boyunca anayasalar için tarih belirtmedikçe 2021 yılı itibarıyla yürürlükte olan anayasaları kastediyoruz.

²³ Örneğin Estonya'da sadece belli sözleşmeler için (md. 121'de sayılanlar) bu koşul vardır.



hepsi aynı formüllere dayanmamaktadır. Mesela Arjantin Anayasası sözleşme türüne göre özel nisaplar da öngörmüştür. Estonya Anayasası ise bu adım için halkoylaması yasağı öngörmüştür. Kosova ve Yeşil Burun anayasaları taraf olma ve çekilme yönünden yetkide ve usulde paralelliği bir anayasa hükmü hâline getirmiştir. Ayrıca kategorik yaklaşmayan veya kendine özgü nitelermelerde bulunan örnekler de vardır. Mesela İspanya’da çekilme rejimi sözleşmelerin niteliğine göre ayrılmıştır. Ekonomik külfet getiren veya ülke savunmasını ilgilendiren konularda uluslararası sözleşmelere taraf olmak ve bu sözleşmelerden çekilmek için parlamentonun iki kanadının da onayı gereklidir.²⁴ Şili’de 2005’te yapılan bir anayasa değişikliğiyle Başkan’a, uluslararası sözleşmelerden çekilmeden en az 15 gün önce parlamentoya bildirimde bulunma ve Senatonun görüşünü alma zorunluluğu getirilmiştir.²⁵

Çekilmenin anayasalarda düzenlendiği durumlarda yetkinin doğrudan yürütmeye tanınması oldukça nadirdir. Bu duruma örnekler, ayrıksı olarak, Çin (md. 81), Norveç (md. 26), Guatemala (md. 183), Peru (md. 57) anayasalarında vardır. Gelgelelim anayasal sessizlik hâlinde kanun tercihleri durumu farklılaştırmaktadır. Örneğin anayasanın sessiz olduğu Avusturya, Çekya, Etiyopya, İran, Japonya, Macaristan, Norveç, Slovakya ve Güney Afrika açısından kanun ve/veya uygulama, yürütmenin doğrudan çekilmesi yönündedir.²⁶

2. Mahkeme Kararları

Karşılaştırmalı hukukta uluslararası sözleşmelerden çekilme konusunda çok sayıda örnek olsa da bu örneklerin hepsi ulusal düzeyde yargı kararlarına konu olmamış veya olmuşsa da tarafımızca erişilememiştir.

Bu bağlamda, karşılaştırmalı anayasa hukuku literatüründe üç önemli kararı bulgulamış bulunuyoruz.

Bunlardan ilki, Güney Afrika Yüksek Mahkemesinin *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation* kararıdır. Karara konu olan çekilme, Güney Afrika Cumhuriyeti’nin, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü’nden çekilme işlemidir. Konu Yüksek Mahkeme’nin önüne geldiğinde Mahkeme, böyle bir tasarrufun yürütmenin tek başına yapacağı bir işlemle gerçekleştiremeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme’nin bu belirlemedeki temel dayanağı, “yetki ve usulde paralellik” ilkesi olmuştur:

²⁴ Ranhilio Callangan Aquino: ‘The denunciation and revocation of treaties’ (manilatimes.net, 24.2.2020) <https://www.manilatimes.net/2020/02/24/opinion/columnists/topanalysis/the-denunciation-and-revocation-of-treaties/695178> (Son erişim tarihi: 25.7.2021).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Verdier ve Versteeg (n 15) 16. Bu ülkelerin güncel mevzuatını doğrudan sınamadık.

Bir anayasal ya da yasal hüküm bir şeyi yapma yetkisi verdiğinde, onu geri alma yetkisi de vermiş olur. Ülkeyi Roma Statüsü'yle bağlama yetkisi açık bir hükümle parlamentoya tanınmıştır. Dolayısıyla bir uluslararası sözleşmenin ülke üzerindeki bağlayıcılığı kaldırma yetkisinin de parlamentoda olduğu söylenmelidir.²⁷

Bu konudaki yakın tarihli bir diğer örnek ise Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden çıkması (Brexit) ile ilgili *R v Secretary of State* davasıdır. Bu davada Yüksek Mahkeme, Brexit sürecinin köklü anayasal değişikliklere yol açacak olmasını ve temel hakların da bundan etkileneceğini gerekçe göstererek parlamento onayının zorunlu olduğuna hükmetmiştir.²⁸

Son olarak bu kararların dışında bir de henüz sonuca bağlanmamış bir dava vardır. Brezilya, 1997 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nden çekilmiştir. Bu çekilme ülkede etraflı tartışmalara neden olmuş ve konu Yüksek Mahkemeye taşınmıştır. Brezilya anayasa hukuku öğretisinde her iki yönde görüşler olsa da Yüksek Mahkeme, çeyrek asırdır davayı hâlâ sonuçlandıramamıştır.²⁹ Bu durum, bu konunun kolay bir mesele olmadığı göstermektedir.

C. Karşılaştırmalı Hukuk ile Uluslararası Hukuk Arasında Çakışma ve Çatışma

Yukarıda da görüldüğü üzere uluslararası sözleşmelerden çekilmelerde uluslararası hukuka uygunluk ile ulusal hukuka uygunluk birbirlerinden farklı konulardır. Bir uluslararası sözleşmeden çekilme, hukuka uygunluk açısından, dört farklı durum doğurabilir. Çekilme ulusal hukuka uygun ama uluslararası hukuka aykırı; uluslararası hukuka uygun ama ulusal hukuka aykırı; her ikisine de uygun; veya her ikisine de aykırı olabilir. Her bir olasılığı ayrı ayrı inceleyelim.

1. Ulusal ve Uluslararası Hukuka Uygun Çekilme

Ulusal ve uluslararası hukuka uygun bir çekilme, doğal olarak herhangi bir sorun barındırmaz. Böylesi durumlarda kategorileştirme, ulusal hukuktaki usullerdeki farklılıklara dayanılarak yapılabilir. Bu farklılıklar, doğrudan yasamanın veya doğrudan yürütmenin çekilme yetkisine sahip olduğu durumlar ile yasamanın yürütmeye yetki verdiği veya yargı organının yürütmeyi zorladığı örnekleri içerir.

²⁷ Güney Afrika Yüksek Mahkemesi (Gauteng Bölümü), *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation of Others*, 83145/2016, 22.2.2017, para.53, akt. Aquino (n 24).

²⁸ Aquino (n 24).

²⁹ Virgílio Afonso da Silva, *The Constitution of Brazil: A Contextual Analysis*, (Hart 2019), s. 53. Başvurunun numarası ADI 1625'tir.



a. Doğrudan Yasamanın İşlemiyle Çekilme

Bir sözleşmeden çekilme, ilk bakışta yürütmeye ilgili bir konu gibi düşünülebilir. Gelgelelim ayrıkça da olsa yasama organının bizzat inisiyatif alması mümkün olabilir. Ekvador deneyimi bunu örnekler. 2017 yılında Ekvador'un 12 farklı iki taraflı yatırım anlaşmasından çekilmesi, yürütme erkinin değil doğrudan yasamanın inisiyatifiyle gerçekleşmiştir.³⁰

b. Doğrudan Yürütmenin Çekilmesi

Yürütmenin doğrudan uluslararası sözleşmelerden çekilmesi mümkündür. Daha önce değinildiği üzere bunu açıkça Anayasa'nın öngörmesi dahi mümkündür. Böylesi bir usule, yani yürütmenin yasamanın onayına tabi olmaksızın uluslararası sözleşmelerden çekilmesi usulüne, her uluslararası sözleşme için olmasa da, rastlanabilmektedir. ABD'de "yürütme antlaşmaları" ("executive agreements") bu sınıfa girer. Başkan, bu tür sözleşmelere, yasamanın onayına gerek olmaksızın taraf olabilir ve icabında sözleşmeden çekilebilir.³¹ Bunun bir örneği kısa bir zaman önce gerçekleşmiştir. Birleşik Devletler, bir yürütme antlaşması olarak yürürlüğe giren (Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamındaki) Paris Sözleşmesi'nden, ABD Başkanı Donald Trump'un tek başına yaptığı işlemle 2019 yılında çekilme iradesini bildirmiş ve 2020 yılında da resmî olarak çekilmiştir.³²

c. Yasamanın Verdiği Yetkiyle Yürütmenin Çekilmesi

Yasamanın veya yürütmenin doğrudan çekilmesine nazaran daha yaygın örnek, yasamanın bu konuda yetki vermesi ve işlemi yürütmenin gerçekleştirmesidir. Bu kategoriye örnek olarak Bolivya'nın 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nden 29 Haziran 2011'de yaptığı bildiriyle çekilmesi³³ ve Romanya'nın 22 farklı iki taraflı yatırım anlaşmasından çekilmesini örnek gösterebiliriz.³⁴

Bu kategoride yasamanın yetki verme biçimi tek tip değildir. Yasama organı

³⁰ Kate Cervantes-Knox ve Elinor Thomas, 'Ecuador terminates 12 BITs – a growing trend of reconsideration of traditional investment treaties?' (dlapiper.com, 15.5.2017)
<https://www.dlapiper.com/en/mexico/insights/publications/2017/05/ecuador-terminates-12-bits-a-growing-trend/> (Son erişim tarihi: 26.7.2021)

³¹ Michael D Ramsey, 'Executive Agreements and the (Non)Treaty Power' (1998) 77 North Carolina Law Review 133, 139.

³² The Secretary-General of the United Nations, 'United States of America: Withdrawal' (2019) C.N.575.2019.TREATIES-XXVII.7.d, 4.11.2019.

³³ The Secretary General of the United States, 'Bolivia (Plurinational State of): Denunciation' (2011) C.N.421.2011.TREATIES-26, 30.6.2011.

³⁴ Volterra Fietta, 'Romania set to terminate its intra-EU BITs' (lexology.com, 27.3.2017)
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=89abdc5f-4749-4f27-9edb-a4714c09dfc4> (Son erişim tarihi 26.7.2021)

yürütmeye sözleşmeden çekilme yetkisini, sözleşmeyi iç hukuka aktaran ve onaylanmasını uygun bulan kanunda vermiş olabilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri ile Güney Kore arasında imzalanan serbest ticaret sözleşmesinin uygulama kanunu gereğince ABD Başkanı, sözleşmeden parlamentonun onayı olmaksızın çekilebilme yetkisine sahiptir.³⁵ Şili Anayasası da uluslararası sözleşmelerden çekilme için benzer bir yol öngörmektedir.³⁶

Diğer bir usul ise yasamanın, sözleşme yürürlüğe girdikten bir süre sonra bir yasa çıkararak yürütmeye yetki vermesi olabilir. Bu olasılıkta, böyle bir yetkilendirmenin yürütme için bir çekilme zorunluluğu getirip getirmeyeceği tartışmalıdır. Yasamanın yürütmeyi çekilmeye zorlayıp zorlayamayacağı konusu, 2013 yılında parlamentonun iki yasa çıkararak yürütmeye Roma Statüsü'nden derhâl çıkılması yönünde talimat verme girişimiyle Kenya'da etraflıca tartışılmıştır.³⁷ Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde Kongre'nin bunu sağlayabileceği öne sürülmüştür. Bu sava göre, çıkarılacak kanunda sadece yetkilendirme değil, yürütmeye (tarih de öngörmek suretiyle) belli yönde hareket etmesi yönünde talimat verilmesi gerekir. Başkan böyle bir yasayı veto ederek buna direnebilirse de veto karşısında yasamanın üçte iki çoğunlukla ısrarı, başkanı bunu yapmaya zorlayabilir.

d. Yargı Organının Zorlamasıyla Yürütmenin Çekilmesi

Bütün bu kategorilerin içinde en sıra dışı olanı ise yargı organlarının bir uluslararası sözleşmeye taraf olma iradesini ya da uluslararası sözleşmenin yürürlüğünü iç hukuka aykırı bularak yürütmeyi çekilmeye zorlamasıdır. Bu özgün durum, Gana'da ve Sri Lanka'da yaşanmıştır. 2017 yılında Gana Yüksek Mahkemesi Birleşik Devletler ile Gana arasında suçluların iadesine dair yapılan iki taraflı bir sözleşmeyi, anayasa gereğince sözleşmenin yasamanın onayına gönderilmesi gerekirken gönderilmemiş olmasını gerekçe göstererek anayasaya aykırı bulmuştur.³⁸ Yüksek Mahkeme yürütmeye, sözleşmeyi yasamanın onayına sunması ya da sözleşme gereğince yapılan iade işlemlerini

³⁵ Karla Jones, 'Withdrawal from the U.S. – Korea Free Trade Agreement is a Losing Proposition for America' (alec.org, 6.9.2017) <https://www.alec.org/article/withdrawal-from-the-u-s-korea-free-trade-agreement-is-a-losing-proposition-for-america/> (Son erişim tarihi: 26.7.2021).

³⁶ Laurence R Helfer, 'Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law' içinde Curtis A Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (OUP 2019) 7.

³⁷ Laurence R Helfer ve Anne E Showalter, 'Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy Against the ICC' (2017) iCourts Working Paper Series No. 83, 18 https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6404&context=faculty_scholarship (Son erişim tarihi: 26.7.2021). Başkan tarafından söz konusu yasaların resmî olarak yürürlüğe girmesi için gereken imza atılmadığından bu yasalar yürürlüğe girmemiştir.

³⁸ Helfer (n 36) 14.



geri alması için üç ay süre vermiş, sorun sözleşmenin yasamanın onayına sunulması ve yasamanın da onaylamasıyla çözülmüştür.³⁹ Sri Lanka'da ise devlet başkanının İnsan Hakları Komitesinin bireysel başvuru yetkisini tanıyan MSHS'ye Ek İhtiyari Protokol'e taraf olduğuna dair 1997 tarihli bildirisi ("declaration"), Sri Lanka Yüksek Mahkemesi tarafından, yürütmenin yasamanın onayını almadan yapmış olduğu bu bildiriyle yasama ve yargı yetkilerini gasp etmesi gerekçe gösterilerek anayasaya aykırı bulunmuştur.⁴⁰ Buna karşın yürütme organı İhtiyari Protokol'den çekilme yönünde bir girişimde bulunmamış, bireyler de İnsan Hakları Komitesine bireysel başvuru yapmaya devam etmiştir. Ancak Sri Lanka hükûmeti, yapılan başvurulara yanıt vermeyi Sri Lanka Yüksek Mahkemesinin 2006 tarihli bu kararına atf yaparak uzun bir süre reddetmiştir.⁴¹

2. Ulusal Hukuka Uygun, Uluslararası Hukuka Aykırı Çekilme

Bir çekilmenin ulusal hukukta öngörülen usullere uygun olması, çekilmeyi uluslararası hukuka uygun kılmak için yeterli değildir.

Bu tür sorunlu çekilmeler genellikle, devletlerin çekilme hükmü bulunmayan uluslararası sözleşmelerden çekilmeye çalışması durumlarında ortaya çıkar. Önceki sayfalarda Kuzey Kore'nin Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nden çıkmaya çalıştığı örnekten söz edilmişti. Bu örnekte Kuzey Kore'nin çekilme iradesi iç hukuka uygun biçimde gösterilmiş olsa dahi, uluslararası hukuka aykırı bulunmuştu.⁴²

Benzer bir durum, 1999 yılında Peru'nun İnsan Hakları Amerikalılararası Mahkemesi'nin ('İHAMM' ya da 'Amerikalılararası Mahkeme') yetki alanından çekilme girişimiyle doğmuştur.⁴³ Peru İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin ('İHAMs') tümünden değil, yalnızca Amerikalılararası Mahkeme'ye bireysel başvuruları görme yetkisi veren hükmünden çekilmek istemiştir. Ancak Amerikalılararası Mahkeme, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin sözleşmeden tümünden çekilmeye olanak vermesine karşın bazı bölümlerinden kısmen çekilmeye olanak vermediğine atf yaparak çekilme iradesini İHAMs'e aykırı bulmuş, Peru aleyhine yapılan başvuruları görmeye devam etmiştir.⁴⁴

³⁹ *Ibid.* 15.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, 16. Sri Lanka 2016 yılında bireysel başvurulara yanıt vermeye yeniden başlamıştır, bkz UN Human Rights Committee, 'Sixth periodic report submitted by Sri Lanka under article 40 of the Covenant, due in 2017' (2019) CCPR/CLKA/6, 25.4.2019, § 23.

⁴² Yukarıda dipnot 8 vd.

⁴³ Ximena Soley ve Silvia Steininger, 'Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights' (2018) 14 International Journal of Law in Context 237, 247.

⁴⁴ İHAMM, *Ivcher-Bronstein v Peru*, 24.9.1999, §§ 53-54.

Bu tür durumlarda çekilme her ne kadar ulusal alanda sonuçlarını doğursa da uluslararası olarak öne sürülememektedir. Dolayısıyla böyle durumlarda devletin uluslararası yükümlülükleri ortadan kalkmaz. Uluslararası hukuka aykırı bu tür çekilme çabalarının uzun vadeli sonuçlar doğurmadığı göze çarpmaktadır. Nitekim hem Kuzey Kore hem de Peru çekilme girişimleri uluslararası hukuk nezdinde başarısız olunca bu girişimlerinden vazgeçmiştir. Kuzey Kore, MSHS'den çekilme çabası başarısız olunca çok uzun yıllardır göndermediği ikinci periyodik raporunu göndermiştir.⁴⁵ Peru da 2001 yılında yaptığı bildirimle çekilme kararını geri aldığı açıklamıştır.⁴⁶

3. Ulusal Hukuka Aykırı, Uluslararası Hukuka Uygun Çekilme

Bir uluslararası sözleşme eğer çekilme usulünü bizzat öngörmüşse, çekilmelerin uluslararası hukuka uygunluğunda çoğu kez sorun olmaz. Gelgelelim bu sürecin iç hukukta usulüne uygun yapılmamış olması, durumu karmaşık hâle getirir.

Literatür tarandığında, uluslararası hukukta çok taraflı sözleşmelere ilişkin devlet tasarruflarında iç hukuka uygunluğun rolünün çoğunlukla *taraf olma* aşaması için tartışıldığı görülmektedir. Buna karşılık, uluslararası sözleşmelerden *çekilmelerde* ulusal hukuka uygunluğun rolü konusunda ise açık bir yasal düzenleme olmadığı gibi, yapılan doktrinel çalışmalar da çok sınırlı sayıdadır.⁴⁷ Dolayısıyla bu noktada, sözleşmelere taraf olma konusunda iç hukuka uygunluğun rolü konusundaki tartışmalardan söz etmek ve ulaşılan sonuçların çekilmelere de kıyasen uygulanabilir olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir.

Uluslararası sözleşmelere taraf olmada iç hukuka uygunluğun rolü sorunu fazlasıyla tartışılmış olsa da genel geçer bir çözüme kavuşturulamamıştır. Öyle ki, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (ILC) sözleşmeler hukuku özel raportörlerinin dördü de konu hakkında birbirlerinden önemli ölçüde farklı görüşler öne sürmüştür.⁴⁸ Bazıları iç hukuka uygun biçimde yetkilendirilmemiş bir işlemle uluslararası sözleşmeye taraf olmaya çalışan yürütme organı eylemlerinin o devlet açısından hiçbir hukuki sonuç doğuramayacağını;⁴⁹ diğerleri ise uluslararası sözleşmelere taraf olma açısından iç hukuk hükümlerinin önemsiz olduğunu, yürütme organının iç hukuka aykırı

⁴⁵ Yukarıda dipnot 11.

⁴⁶ Richard J Wilson ve Jan Perlin, 'The Inter-American Human Rights System: Activities from Late 2000 Through October 2002' (2003) 18(3) American University International Law Review 651, 654. Ancak Peru'nun sisteme dönüşü çekilme kararının hukuka aykırılığından çok, Fujimori hükümetinin sona ermesindedir.

⁴⁷ Woolaver (n 14) 74.

⁴⁸ *Ibid.*, 84.

⁴⁹ *Ibid.*, 85-87.



eylemlerle de uluslararası sözleşmelere taraf olabileceğini savunmuştur.⁵⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46'ncı maddesi, bu konudaki bir uzlaşının ürünüdür:

1. Bir Devlet, bir antlaşmayla bağlanma iradesini geçersiz kılacak bir gerekçe olarak bağlanma iradesinin iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı olgusuna başvuramaz, meğerki ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel öneme sahip bir kuralıyla ilgili olsun.
2. İhlal, söz konusu meselede olağan uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için nesnel olarak açık görünüyorsa, aşikârdır.

Dikkat edilecek olursa; Viyana Sözleşmesi'nde uluslararası hukuka ağırlık veren görüşün ağırlık kazandığı görülmektedir. Çünkü bu düzenlemeye göre uluslararası sözleşmelere taraf olma eyleminin geçerliliği esastır; geçersizliği ise ancak, iç hukukun "aşikâr" bir ihlali durumunda öne sürülebilir. İç hukuka aykırılığın "aşikâr" bir ihlal olması için gerekli eşik ise fazlasıyla yüksektir: İç hukuka aykırılık o kadar bariz olmalıdır ki, bu aykırılığa rağmen söz konusu taraf olma iradesine rıza gösteren diğer devletlerin iyi niyetli davranmış olabilecekleri savunulamaz olsun.⁵¹ Uluslararası sözleşmelere taraf olma konusundaki iç hukuk hükümlerine aykırılık bu konuda yeterli değildir, çünkü Uluslararası Adalet Divanı ('UAD') kararlarına göre devletler diğer devletlerin iç hukuktaki uluslararası sözleşmelere taraf olma usullerini bilmek zorunda değildir.⁵²

Ancak burada peşin hükümlü olmamak gerekir. Viyana Sözleşmesi uluslararası sözleşmelere taraf olma iradesinin iç hukuka aykırılık gerekçesiyle geçersizliğini öne sürebilmek olanağını düzenlemişken, çekilme iradesinin geçersizliği konusunda sessiz kalmıştır. Bu konuda bu Sözleşme'deki görece en önemli hüküm, çekilme iradesini ortaya koyan belgenin devlet başkanı, hükümet başkanı, dışişleri bakanı ya da yetki belgesini gösterebilen biri tarafından imzalanmış olmasını gerektiren 67'nci maddedir. İç hukukun çekilme iradesine etkisi konusunda ise bir boşluk söz konusudur. Eğer taraf olma için belirlenen iç hukuka uygunsuzluk istisnasının kıyasen çekilme için de geçerli olduğu kabul edilirse, *iç hukuka aykırılığı aşikâr* bir çekilme eyleminin uluslararası hukuk açısından geçersizliğinin öne sürülmesinin mümkün olduğu sonucu ortaya çıkar.⁵³ Fakat öğretinin çoğunluğunun bu görüşte

⁵⁰ *Ibid.*, 87-89.

⁵¹ *Ibid.*, 91.

⁵² UAD, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Kameron v Nijerya)*, 10.10.2002, ICJ Reports (2002) 303, 430, akt. *Ibid.*, 91.

⁵³ *Ibid.*, 96-102.

olmadığı görülmektedir. Egemen görüş, iç hukuka aykırılığın uluslararası sözleşmelerden çekilme iradesinin hukuki geçerliliği açısından herhangi bir etkisinin olmadığı yönündedir.⁵⁴

Bu durum, Türkiye'nin İHAS'a Ek Dördüncü Protokol nezdindeki aşağıda ayrıntısı açıklanacak olan duruma benzemektedir.⁵⁵ Orada da söz edildiği üzere bir uluslararası sözleşmenin iç hukukta bağlayıcı olup uluslararası hukukta bağlayıcı olmaması mümkündür. Dolayısıyla uluslararası hukuka uygun yapılmış bir çekilme işlemi, Viyana Sözleşmesi'nin 46'ncı maddesindeki şartları sağlamadığı sürece iç hukuka aykırı olsa da geçerlidir; ancak ulusal hukuk nezdinde sözleşmeye bağlayıcılık atfeden işlemler (Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gibi) hukuka uygun olarak kaldırılmadığı sürece sözleşme, iç hukuktaki bağlayıcılığını korur.

4. Ulusal ve Uluslararası Hukuka Aykırı Çekilme

Son olarak çekilmenin hem ulusal hem de uluslararası hukuka aykırılık olasılığından bahsedebiliriz. Bu tür çekilmeler de hem ulusal hem de uluslararası hukuka uygun çekilmeler gibi daha az tartışmalıdır. Böyle bir durumda çekilmenin ne iç hukukta ne de uluslararası hukukta geçerliliği öne sürülebilir.

Önceki sayfalarda görüldüğü üzere uluslararası hukuk, uluslararası sözleşmelere *taraf olma* iradesinin geçerliliği açısından iç hukuka uygunluğa da atıf yapmaktadır. İç hukuktaki temel bir kuralın aşikâr biçimde ihlaliyle gösterilen taraf olma iradelerinin, uluslararası hukukta geçersizliği öne sürülebilmektedir. Bu kuralın kıyasen sözleşmelerden çekilme iradelerine de uygulanabileceğini kabul edecek olursak, iç hukuka aykırı çekilmelerin bazı durumlarda çekilmeyi uluslararası hukuka da aykırı hâle getirebileceği ortaya çıkar. Dolayısıyla çekilmedeki ulusal hukuka aykırılığın, uluslararası hukuka aykırılığının da başlıca kaynağı olabileceğini kaydetmek gerekir.

II. TÜRKİYE'DE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEN ÇEKİLME REJİMİ

Türkiye'de uluslararası sözleşmelerden çekilme rejimine geçmeden önce, uluslararası sözleşmelere taraf olma usulünün üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Bu usulün bilinmesi, ileride yürütülecek tartışmalar açısından da önem taşıyacaktır. İlk başlıkta Türkiye hukukunda uluslararası sözleşmelere taraf olma usulünden, ikinci başlıkta ise somut bir tartışma konusu olarak yürütmenin İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararı doğrultusunda uluslararası sözleşmelerden çekilme usulünden söz edilecektir.

⁵⁴ *Ibid.*, 95.

⁵⁵ Aşağıda dipnot 64 vd.



A. Uluslararası Sözleşmelere Taraf Olma Usulü

Mevcut hukuki düzenlemelere göre Türkiye'nin uluslararası bir sözleşmeye taraf olması dört adımda gerçekleşir:

1-) İlk adım, yürütme erki tarafından atılır. Uluslararası sözleşmeye ilişkin görüşmeler, Cumhurbaşkanı veya onun görevlendireceği kişi tarafından gerçekleştirilir. Yine Cumhurbaşkanı veya onun görevlendireceği kişi, metni parafa eder, imzalar, nota teatisinde bulunur.⁵⁶

Bu imza, devleti daha hemen bu aşamada bazı yükümlülükler altına sokar.⁵⁷ Örneğin imzacı devlet, imzadan sonra, henüz onay belgelerini teati etmese bile, o “antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak eylemlerden kaçınma”⁵⁸ zorunluluğu altına girer. Dolayısıyla uluslararası bir sözleşmeye imza atan bir devlet, o sözleşme açısından ara bir statüye geçmiş olur. Sözleşme'nin hükümleri henüz kendisi açısından bağlayıcı değildir ama bu sözleşmenin konu ve amacını ortadan kaldırıcı eylemlerde bulunması da hukuka aykırı olacaktır.

2-) İkinci adım, bir uygun bulma kanunu çıkarmaktır. Bu, her sözleşme için geçerli bir adım değildir. Örneğin uluslararası sözleşmeye dayanılarak yapılan uygulama sözleşmeleri ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari veya teknik sözleşmeler; ekonomik, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan sözleşmelerden bazıları (Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmeyen, kişi hâllerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayanlar) bu adıma tabi değildir. Fakat kanunlarda değişiklik getirecekler ile bu istisnalar dışında kalanların hepsi için “onaylamayı uygun bulma” konusunda bir kanun çıkarılması zorunludur.

Dolayısıyla yürütmenin attığı ilk adımdan sonra gündeme gelen ikinci adım, TBMM tarafından bir kanun çıkarılmasıdır. 2017 Anayasa Değişikliği öncesinde bu yöndeki kanun tasarısını yürütme erki sunmaktaydı. Fakat “Cumhurbaşkanlığı sistemi” olarak adlandırılan yapıda, yürütme erkine kanun teklif etme yetkisi tanınmamıştır.⁵⁹ Dolayısıyla bu nokta belirsiz kalmıştır. Mevzuatta, bu noktada “Onaylanmanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunlu olan andlaşmalar, Cumhurbaşkanı

⁵⁶ Henüz iç hukukta gerekli kılınan diğer işlemler gerçekleşmemiş olmasına karşın imzanın kendisi uluslararası hukuk nezdinde bazı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bir uluslararası metni imzalamış devletler, gerekli ulusal ve uluslararası diğer işlemleri gerçekleştirilmeden önce dahi ara bir statüye geçmiş olurlar. Bu konuda bkz Martin A Rogoff, ‘The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty’ (1980) 32 Maine Law Review.

⁵⁷ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13. Baskı, Beta Yay. 2019) 34.

⁵⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 18.

⁵⁹ Bunun istisnası, bütçe kanunudur. Anayasa'nın 161'inci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifi sunar.

tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilir” hükmü yer almaktadır.⁶⁰ TBMM İçtüzüğü’nün 90’ıncı maddesi doğrultusunda uygulamada tartışmalı da olsa Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanlığına bildirimde bulunmakta, Meclis Başkanı da bu konuda bir kanun çıkarılması için süreci başlatmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken çok önemli bir nokta vardır: Çıkarılacak bu kanun, “onaylamayı uygun bulma” kanunudur, “onay kanunu” değildir. Söz konusu onaylamayı uygun bulma kanunlarının içi adeta boştur. İlgili uluslararası sözleşmenin metnine kanun metninde yer verilmez, ancak nadiren sözleşmenin Türkçesi Resmî Gazete ilanında kanunun ilişğine eklenebilmektedir.⁶¹ Genellikle sadece sözleşmenin “onaylanmasının uygun bulunduğu” ve bunu yürütecek olanın “yürütme” olduğu söylenir.

3-) Üçüncü adım, Cumhurbaşkanı’nın bu kanuna dayanarak onay işlemini gerçekleştirmesidir. Cumhurbaşkanı bu onayı gerçekleştirmek veya gerçekleştirmemek konusunda takdir yetkisine sahiptir. Eğer onaylarsa bunu şeklen bir “karar” ile yapar. Söz konusu kararın ekinde, uluslararası sözleşme metninin Türkçe çevirisi yer alır.⁶² Aslında burada bir düzenleme vardır, çünkü yürürlüğe sokulan uluslararası sözleşme iç hukukta uygulanacağı dilde ilk ve son kez *onay kararıyla* Resmî Gazete’de yayımlanır. Bu nedenle bu kararın maddi anlamda bir kararname olduğunu pekâlâ söyleyebiliriz.⁶³ Yayımlanan kararlar birlikte uluslararası sözleşme “kanun” olmaz ama “kanun hükmünde” sayılır.

4-) Dördüncü adım, Cumhurbaşkanı’nın bu sürecin tamamlandığını bir “depo belgesi” ile uluslararası muhataplarına iletmesidir. Ancak bu son işlemin yapılmamasının uluslararası sözleşmenin iç hukuktaki bağlayıcılığı üzerine

⁶⁰ Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 9 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, madde 6(1).

⁶¹ Örneğin “Kuşların Korunmasına Dair Milletlerarası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 797 Sayılı Kanun”, Resmî Gazete’de, Sözleşme metniyle birlikte yayımlanmıştır, bkz 17 Aralık 1966 tarihli, 12480 sayılı Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12480.pdf> (Son Erişim Tarihi: 12.7.2021). Bunun dışında da çok sayıda örnek bulunmaktadır.

⁶² Bu noktada sorunlar yok değildir. Örneğin “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’ye Ek 1967 Tarihli Protokol”ün ne uygun bulma kanununda ne de onay kararında Türkçe çevirisi yer almaktadır, bkz 5 Ağustos 1968 tarihli, 12968 sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12968.pdf>; 14 Ekim 1968 tarihli, 13026 sayılı Resmî Gazete <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13026.pdf>

⁶³ Uluslararası sözleşmeyi yürürlüğe sokan cumhurbaşkanı kararının maddi anlamda bir kararname olması, temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeleri yürürlüğe sokan cumhurbaşkanı kararlarının, temel hakların cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini yasaklayan Anayasa’nın md. 104/17 hükmüne aykırı olup olmadığı sorusunu akla getirebilir. Ancak Anayasa’nın 90’ıncı maddesi, genel nitelikli bir yasa getiren 104’üncü madde karşısında uluslararası sözleşmeler bakımından bir *lex specialis* (özel hüküm) niteliğindedir ve genel yasağa bir istisna eklemektedir.



etkisi oldukça tartışmalıdır. Türkiye'nin imzaladığı, uygun bulma kanunu ve onay kararını çıkardığı ancak depo belgesini tevdi etmediği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne dönük 4 no.lu Protokol, bu duruma bir örnektir.⁶⁴ Bu Protokol'ün 7'nci maddesinde, 'onaylama belgesinin depo edildiği tarihten başlayarak yürürlüğe gireceği' düzenlenmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuk açısından Protokol'ün yürürlük kazanmadığı görülmektedir.⁶⁵ Fakat Protokol'ün iç hukuktaki yürürlüğü tartışmalıdır. Biz, bu konuda, Protokol'ün iç hukukta uygulanabilmesi için gerekli tüm işlemlerin tamamlanması nedeniyle, uluslararası hukuk nezdinde bağlayıcı olmasa da, Protokol'ün ulusal hukuk açısından bağlayıcılık kazandığı görüşünün pekâlâ makul olduğunu görüşüyoruz.⁶⁶

Bu noktaya kadar uluslararası sözleşmelere taraf olma usulü üzerinde duruldu. Burada söylenenler, bir sonraki bölümde yürütülecek tartışma için önemli veriler oluşturmaktadır.

B. İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararı ve Bu Karardan Sonra Dolaşıma Giren Tartışmalı Söylemler

Cumhurbaşkanı Kararı'yla İstanbul Sözleşmesi'nin "Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesine" karar verilmesiyle beraber, bu Sözleşme'den çekilmenin hem usulü hem de yerindeligi yönünden eleştirel yaklaşan çok sayıda söylem dolaşıma girmiştir. Bu çalışmanın konusu İstanbul Sözleşmesi'nden veya başka herhangi bir uluslararası sözleşmeden çekilme kararının isabetliliği veya yerindeligi değil, uluslararası sözleşmelerden çekilme usulüdür. Dolayısıyla çalışmada yerindelik bakımından itirazlar üzerinde değil, usul bakımından itirazlar üzerinde durulacaktır. Bu noktada

⁶⁴ Bunun yarattığı özgün durumun Türkçe literatürde pek az ele alındığı göze çarpmaktadır. İki örnek için bkz Ece Göztepe, 'Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme' (2014) Legal Hukuk Dergisi-Rona Aybay'a Armağan; Didem Yılmaz, '6216 Sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Bu konuda yapılan bir bilgi edinme başvurusunda 4 no.lu Protokol'ün onay belgelerinin neden depo edilmediği sorulmuş ve idarenin yanıtı şu şekilde olmuştur: "Dışişleri Bakanlığı'nın asli görev ve yetkisi çerçevesinde yapılan değerlendirmeye bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Numaralı Protokol hakkında Avrupa Konseyi'ne onay bildiriminde bulunulmamıştır." Bu yanıtın anlaşıldığı üzere Dışişleri Bakanlığı, imzalanmış, uygun bulma kanunu çıkarılmış ve onaylanmış uluslararası sözleşmelerin depo edilmesini zorunluluk olarak görmemektedir: Göztepe, dipnot 14.

⁶⁵ Aynı yönde bkz Rona Aybay, 'Taraf mıyız, Değil miyiz? Tuhaf Bir Durum: Türkiye ve AİHS'ye Ek 4. Protokol' (2003) Açık Sayfa, 17; akt. Göztepe (n 64) 1146.

⁶⁶ Aynı yönde Göztepe (n 64) 1147.

önce, İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmenin usulüne yöneltmiş itirazlardan öne çıkan altı itirazı ele alacağız.⁶⁷

⁶⁷ Bu itirazlar için *bkz* İbrahim Özden Kaboğlu, içinde Cumhurbaşkanı'nın İstanbul Sözleşmesi'ni feshetme yetkisi yok, karar yok hükmünde' (evrensel.net, 20.3.2021) <https://www.evrensel.net/haber/428561/cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesini-feshetme-yetkisi-yok-karar-yok-hukmunde> (Son erişim tarihi: 17.7.2021); Ali Rıza Çınar, 'İstanbul Sözleşmesi' (Cumhuriyet Gazetesi, 20.5.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/istanbul-sozlesmesi-prof-dr-ali-riza-cinar-1837624> (Son erişim tarihi: 12.7.2021); İstanbul Barosu, 'İstanbul Sözleşmesi, Cumhurbaşkanı Kararı ile Neden Feshedilemez?' (istanbulbarosu.org.tr, 20.3.2021) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16262> (Son erişim tarihi: 17.7.2021); Ersan Şen, 'İstanbul Sözleşmesi'nin feshinin hukukiliği tartışması' (t24.com.tr, 20.3.2021) <https://t24.com.tr/haber/prof-dr-ersan-sen-yazdi-istanbul-sozlesmesi-nin-feshinin-hukukiliği-tartisması,940400> (Son erişim tarihi: 18.3.2021); Levent Köker, 'İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasa'ya Aykırılığı Üzerine' (birikimdergisi.com, 24.3.2021) <https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirme-kararinin-anayasaya-aykırılığı-uzerine> (Son erişim tarihi: 15.7.2021); Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, 'Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanı İstanbul Sözleşmesi'ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması' (anayasader.org, 23.3.2021) <http://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmaları-derneğinin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkındaki-aciklaması/> (Son erişim tarihi: 19.7.2021); Volkan Aslan, 'İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi' (Lexpera blog, 29.3.2021) <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkında-kararın-1982-anayasası-bakimindan-değerlendirilmesi/> (Son erişim tarihi: 12.7.2021); Ersan Şen, içinde 'İstanbul Sözleşmesi için neler yapılabilir?' (cumhuriyet.com.tr, 21.3.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/istanbul-sozlesmesi-icin-neler-yapilabilir-1822191> (Son erişim tarihi: 20.7.2021); Ali Dursun Ulusoy, 'İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmeye Hukuksal Gerçekler' (t24.com.tr, 24.3.2021) <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-çekilmeye-hukuksal-gerçekler,30338> (Son erişim tarihi: 12.7.2021); Turgut Tarhanlı, 'İstanbul Sözleşmesi yürürlükte' (bianet.org, 21.3.2021) <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/241126-istanbul-sozlesmesi-yururlukte> (Son erişim tarihi: 17.7.2021); Serap Yazıcı, içinde Deniz Barış Narlı, 'İstanbul Sözleşmesi'nin feshi: Bundan sonra ne olacak?' (dw.com.tr, 20.3.2021) <https://www.dw.com/tr/istanbul-sözleşmesinin-feshi-bundan-sonra-ne-olacak/a-56939678> (Son erişim tarihi: 19.7.2021); Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin Yay 2021) 1104; Kemal Gözler, 'Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler' (anayasa.gen.tr, 20.3.2021) <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-feshi.htm> (Son erişim tarihi: 17.7.2021); Mesut Gülmez, 'İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Kararı, Soy Zinciri ve Anayasa'ya Aykırılık Sorunu' (disk.org.tr, 1.4.2021) <http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/04/İST.SÖZ.FESHİ-SORUNUVE-ANAYASA-01.04.2021-1.pdf> (20.7.2021); Hikmet Sami Türk, 'Kadına Şiddeti Onaylayan Karar' (cumhuriyet.com.tr, 23.3.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/kadına-siddeti-onaylayan-karar-prof-dr-hikmet-sami-turk-1822533> (Son erişim tarihi: 17.7.2021). Bu konuda ayrıca *bkz* Ali Osman Karaoğlu, 'Türk Hukukunda Uluslararası Andlaşmalardan Tek Tarafı Çekilme' (2021) 16(203) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1083; Mustafa Taha Durmuş, 'Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf



1. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Temel Hak ve Özgürlük Sınırlanmaz”

Bilindiği üzere “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin” Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi, Anayasa’nın 104’üncü maddesi ile yasaklanmıştır. Bu noktadan yola çıkarak İstanbul Sözleşmesi’nden çekilme kararının bu bölümlerde düzenlenen temel hakların düzenlenmesi anlamına geldiği, bunun da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılamayacağı savunulmuştur.

Bu noktada bir tartışma yapmak gerekirse bu, böylesi bir çekilmenin Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleşeceğini söyleyen normun bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (9 sayılı) olmasıyla ilgili olabilir. Bu tartışmada ise bizi, ilgili yetkilendirmenin “yürütme” alanıyla ilgili olup olmadığı ve temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı sayılıp sayılmayacağı gibi sorular beklemektedir. Bu sorulara aşağıda yanıt vereceğiz.

2. “Doğrudan Anayasa Mahkemesine Dava Açılmalıdır”

Cumhurbaşkanının uluslararası sözleşmeleri “fesh” (Sözleşme’den çekilme ve/veya iradenin feshi kavramlarının ikisini de kullanabiliriz) kararına karşı Anayasa Mahkemesine dava açılması gerektiği savı tartışmalıdır. Az önce değinildiği gibi söz konusu işlem, görünürde bir Cumhurbaşkanlığı kararıdır. Bu kararlara karşı iptal davaları Anayasa Mahkemesine değil, Danıştay’a açılır. Gelgelelim bu davada söz konusu işlemin “idari” mi yoksa “siyasi” mi olduğu sorusu gündeme gelebilir. Öğretide bu ayrımı kabul etmeyenler olduğu gibi, “hükümet tasarrufu” veya “siyasal sorun doktrini” (ABD öğretisindeki ifadeyle *political question doctrine*) uyarınca siyasi sayılacak kararlara karşı yargısal denetim yapılmayacağını ileri sürenler de vardır.

Anayasal açıdan, bu durumda Danıştay’dan, olsa olsa, derhâl yürütmeyi durdurma kararı vermesi ve Cumhurbaşkanı’na bu yetkiyi tanıyan normun anayasallığını incelemesi için dosyayı AYM’ye (somut norm denetimi yoluyla) göndermesi istenebilir. Danıştay’ın bu yöndeki eğilimi ihtiyaridir. Gönderme olasılığında, AYM’nin geçmişte Türkiye İşçi Partisi tarafından açılan iptal davası üzerine verdiği karar göz önünde tutulmalıdır.⁶⁸

3. “Cumhurbaşkanı Kararı Yoklukla Maluldür”

Cumhurbaşkanı’nın çekilme kararının yoklukla malul olduğu öne sürülmüştür. Yokluk, hukukta çok ayrıksıdır. Yasama, yürütme ve yargı organlarından herhangi birisinin, bir diğerinin yetkisini, erkler ayrılığına

Yetkisi ve Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Ayrılmasının Hukuki Analizi’ (2021) 29(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1969.

⁶⁸ AYM, 4.3.1965; E. 1963/311, K. 1965/12.

aykırı biçimde/yetkisizce kullanması (fonksiyon gaspı) veya açık ve bariz yetki tecavüzünün bulunduğu hâllerde “yokluk” (eski deyişle keenlemeyekün) söz konusu olur. Bu, her şeyden önce işlem yapmaya dönük “yetki” bulunup bulunmadığıyla ilgili bir meseledir.

Somut durumda Cumhurbaşkanı'nın çekilme kararının pozitif bir temeli vardır. Bu temel, 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir. Bu Kararname'nin 3'üncü maddesine göre:

“Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve *bunları sona erdirmeye*, Cumhurbaşkanı kararı ile olur.”

Geçmişte bu yetki, Bakanlar Kuruluna bir kanunla (244 sayılı Kanun) verilmişti. Bu durum, yasamanın güvenoyuna tabi ve ona karşı sorumlu yürütme yönünden, bir bakıma anlaşılır bir durumdu. Oysa yeni rejimde eski düzenlemedeki yetkiler, sanki anayasal yapıda bir değişiklik yokmuşçasına salt Cumhurbaşkanı'na aktarılmıştır. Dahası, Cumhurbaşkanı bu yetkiye yine kendi çıkardığı bir kararnameyle sahip olmuştur.

Evet, bu bakımlardan çeşitli eleştiriler geliştirilebilir. Fakat şu nokta unutulmamalıdır: Hâlihazırda yürürlükte olan bir norm vardır. Cumhurbaşkanı da bu norma göre hareket etmiştir. Sözcüğün Kelsenci anlamıyla “Anayasa'ya uygunluk karinesi”nden yararlanan bir hükme dayanarak gerçekleştirilen, yani biçimsel olarak tanınan yetkiye dayanılarak tesis edilen bir işlemin “yok” hükmünde olduğu söylemek abartılıdır. Bu olsa olsa “iptal edilebilir” bir işlem olarak görülebilir.

4. “Cumhurbaşkanı Kararı, Bir Kanunu Değiştirmiştir”

Cumhurbaşkanı'nın kararı ile bir “kanun” değişikliği gerçekleştirildiği, dolayısıyla yürütme tarafından bir fonksiyon gaspı yapıldığı öne sürülmüştür. Bu savın, değiştirildiği iddia edilen kanunun ne olduğuna göre farklılaşan iki görünümü olduğu göze çarpmaktadır. Birinci görünüm, İstanbul Sözleşmesi'nin Anayasa md. 90 hükmü gereğince bir kanun hükmünde olduğu, bunu değiştirmenin veya yürürlükten kaldırmanın kanun değiştirmekle aynı şey olduğu yönündeki savdır. Görüldüğü üzere bu sav, Cumhurbaşkanı kararıyla değiştirildiği iddia edilen kanunun İstanbul Sözleşmesi olduğunu söylemektedir. Bu sav oldukça tartışmalıdır. Zira bir uluslararası sözleşmeyi iç hukukta uygulanabilir kılan işlemin uygun bulma kanunu olduğunu rahatlıkla söyleyemiyoruz. Uluslararası sözleşmenin Türkçe metni, uygun bulma kanunda değil, onay kararında yayımlanır. Dolayısıyla bir uluslararası sözleşmeyi iç



hukukta uygulanabilir kılan işlemin Cumhurbaşkanı kararı olduğu savı (md. 90 ile bağlantılı ek tartışmalar uyarınca aksini ileri sürebilecek de olsak) yabana atılır bir sav değildir. Hakkında uygun bulma kanunu ve onay kararı bulunan ama depo belgesi iletilmediği için Türkiye'nin hâlâ tarafı olmadığı kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 4 no.lu Protokol buna dönük pek bilinen bir örnektir. Konuya böyle bakınca “fesih” yönündeki karar da, önceki takdiri işlemin kaldırılması anlamına gelecektir. Biz, İstanbul Sözleşmesi'nin bir kanun olduğu ve cumhurbaşkanı kararı ile bir kanunun değiştirildiği savına katılmasak da, uluslararası sözleşmelerden çekilmelerin ilgili alanda bir hukuki düzenleme yapma niteliğinde olduğu savına katılıyoruz, aşağıda bu konuyu daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

İkinci sav ise, Cumhurbaşkanının çekilme kararının, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un md. 1/2(a) hükmünde Sözleşme'ye gönderme yapması nedeniyle bu kanunu değiştirdiği yönünde atılabilir. Bu akıl yürütme dikkate değerdir. Çünkü söz konusu Sözleşme'nin esas alınacağı, 6284 sayılı Kanun'un md. 1/2(a) hükmünde de açıkça ifade edilmektedir. Bu durum, Türkiye'nin tarafı olmayacağı bir sözleşmenin iç hukukta esas alınması gibi kendine özgü bir durum yaratabilir. Bu özgünlük ise ayrı ve uzun bir analiz konusudur. Konuyu dağıtmamak için bu konuya girmeyeceğiz.

5. “Bir Uluslararası Sözleşmeden Yürütme Kararıyla Çekilme Bir İlkdir”

Türkiye'nin uluslararası bir sözleşmeden çekilmesi ilk değildir. Geçmişte de buna benzer çok sayıda örnek vardır. Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesi, Hayvanların Uluslararası Nakliyat Sırasında Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 2007 Uluslararası Kahve Anlaşması, Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması, Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması, İhtira Beratlarının Milletlerarası Tasnifi Hakkında Avrupa Anlaşması ve Berat Taleplerinde Aranılan Formalitelere Müteallik Avrupa Anlaşması buna örnektir.

Bunlardan bazıları 1961 yılına çıkarılan 244 sayılı Kanun uyarınca, diğer bazıları ise 2018 yılında çıkarılan 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uyarınca gerçekleşmiştir. Bu sözleşmelerden bazıları insan haklarıyla ilgiliyken diğer bazıları değildir. Ayrıca bu tekdüzelik, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan veya icrai sözleşmeler arasında bir ayırım yapılmadığını göstermektedir. Bu bağlamda sözleşme içeriğine göre farklı analiz yapılması gerekliliği ortadadır. İlerleyen bölümde bu türden bir analize yer verilecektir.

6. “Yetkide ve Usulde Paralellik Gözetilmemiştir”

Anılan bütün tartışmaların içinde belki de en önemlisi bu başlıktadır.

Yetkide ve usulde paralellik, kamu hukukunun, yazılı olmasa bile herkesçe bilinen ve yerleşik hâle gelmiş bir ilkesidir. Bu ilkeye göre, mevzuatta aksine

hüküm olmadıkça bir işlem, hangi makam(lar) tarafından hangi usul(ler) ile kurulmuş ise bunu kaldırmada da aynılarının geçerli olması gerekir. Uluslararası sözleşmelere taraf olma usullerinden yukarıda söz edildi. Buna göre, çekilmede de aynı usulün gerçekleşmesi gerekeceğini düşünebiliriz. Bu durumda süreç TBMM'nin de dâhil olması, bu konuda bir kanun da çıkarılması gerekecektir.⁶⁹

Ne var ki burada da tartışma bitmez. Bu bağlamda da en az iki alt tartışma gündeme gelir:

Birincisi; “*expressio unius est exclusio alterius*” (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır) biçimindeki temel bir yorum ilkesine göre Anayasa koyucunun katılma usulünü özel olarak ifade etmişken, çıkma konusunda böyle bir ifadeye yer vermemiş olması, çekilme konusunu takdire bıraktığı anlamına gelmez mi?

İkincisi; yetkide ve usulde paralellik ilkesi açık bir düzenlemenin olmadığı durumlarda uygulanır. Oysa Türkiye'deki mevzuatta -öyle veya böyle- bir hüküm vardır. Belirtildiği gibi, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 3'üncü maddesi çekilme konusunda bir içerik barındırmaktadır. Durum böyleyken, anılan ilke yine de uygulanabilir mi?

Bu soruya verilecek yanıtlar da tek değildir.

Yürütmeye ağırlık veren yaklaşıma göre yetkide ve usulde paralellik ilkesi, böylesi açık bir düzenleme varken uygulanamaz. TBMM, uygun bulma kanunu çıkarmakla yürütme erkine Sözleşme'yi onaylama veya onaylamama konusunda bir takdir tanımaktadır. Dolayısıyla, çıkarılmış bir kanuna rağmen Sözleşme'yi “onaylamama” iradesi gösterebilecek bir makamın onay iradesini kaldırması da her zaman için mümkündür. Nitekim karşılaştırmalı hukukta da uygulama bu yöndedir. Bu uygulamaya göre; yürütme erkinin tek başına çekilme yapamayacağı düşünülüyorsa yasamadan bunu, uygun bulma kanununda ifade etmesi beklenmektedir.

Bunun karşısında, *yasamaya ağırlık veren* yaklaşım konulabilir. Bu yaklaşımın içinde ise iki alt görüş açabiliriz.

Yasamacı yaklaşım içindeki bir görüşe göre, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesindeki uluslararası sözleşmelerden çekilme yetkisini düzenleyen hüküm, Anayasa'ya aykırıdır.⁷⁰ Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararı değil

⁶⁹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin Yay 2021) 1104. Mesut Gülmez, ‘İstanbul Sözleşmesi’nin Feshi Kararı, Soy Zinciri ve Anayasa’ya Aykırılık Sorunu’ (disk. org.tr, 1.4.2021) <http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/04/İST.SÖZ.FESHİ-SORUNUVE-ANAYASA-01.04.2021-1.pdf> (20.7.2021).

⁷⁰ Gözler (n 69). Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimine ve anayasal sınırlarına ilişkin ayrıca bkz Murat Açıl, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) 76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725; Volkan Aslan, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine’ (2019) 36(1) 139; Yavuz Atar, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 241; Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve*

ama bu kararı verme yetkisi tanıyan kararname hükmünün, iptal veya ihmal edilmesi gerekir.

Yasamacı yaklaşım içindeki diğer bir görüşe göre ise; söz konusu düzenleme, Anayasa'ya aykırı değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bu yetkiyi yürütme ile ilgili kısmı yönünden düzenlemiştir. Başka bir deyişle Cumhurbaşkanı'nın uluslararası sözleşmeden çekilme yetkisi, konunun yürütmeye ilgili yönünü oluşturmaktadır. Oysa Anayasa'ya uygun yorum, konunun yasamayla ilgili yönünün de ele alınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu hüküm, yetkide ve usulde paralelliği ortadan kaldırmamakta, onun sadece bir kesitini ifade etmektedir.

İkincisi; yetkide ve usulde paralellik uygulanacak olursa, yazının başında değindiğimiz dörtlü sıralama acaba nasıl gerçekleşecektir? Bu konuda ilk adımı yürütmenin atması gerektiğini düşünenler olduğu gibi yasamaya öncelik veren görüşler de bulunmaktadır. Bunun siyasal rejimin kendine özgü özellikleri dikkate alınarak yanıtlanması gerekir.

C. Değerlendirme: Türkiye'de Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Güncel Rejimi

Şimdi tüm bu verileri aktardıktan sonra değerlendirmeye geçebiliriz. Öncelikle uluslararası hukukun bize bu tartışmaya dönük herhangi bir veri sunmadığını hatırlatmamız gerekiyor. Sözleşmeden çekilme konusunda hangi erk, kurum, kişi veya kişilerin yetkili olduğu konusunu belirlemek devletlerin kendi takdirinde kalan bir konudur. Hatta iç hukuktaki usullere uyulmamış olsa bile eğer uluslararası hukukun kendi biçimsel koşullarına uyulmuşsa bu durumda sözleşmeden çekilme söz konusu olur. Bu nedenle bu tartışmada uluslararası hukuka dayalı bir çıkarıma ulaşamıyoruz.

Anayasallık Denetimi (On İki Levha Yay. 2020); Vahap Coşkun, '16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi' (2017) 22(36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3; Bayram Doğan, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 965; Korkut Kanadoğlu, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 2018/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Seçkin Yay 2018); Salih Taşdöğen, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 937; Ali D Ulusoy, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal bir Değerlendirme' (2020) 37(2) Anayasa Yargısı 31; Özen Ülgen, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri' (2018) 2008/1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3; Özen Ülgen, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler' (2018) 2018/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 620; Turan Yıldırım, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2017) 23(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13; Turan Yıldırım, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293; Halit Yılmaz, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları' (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 225.

Bu bağlamda ikinci parametremiz karşılaştırmalı anayasa hukuku olabilir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunun normatif kaynaklarına baktığımızda ikircikli bir durumla karşılaşıyoruz. Konuyu anayasalarda düzenleyen ülkelerde yasama organının onayı baskınken, bu konuda “anayasal sessizliğin” geçerli olduğu yerlerde yürütmenin tek başına işlemi yaygındır.⁷¹ Bundan çıkarabileceğimiz sonuç, Anayasanın açık hüküm içermediği yerlerde çekilmenin katılma ile aynı usullerle yapılmasının mutlak bir zorunluluk sayılmadığıdır. Sessizlik, eğer başkaca anayasal hükümler yoksa yürütmeye takdir bırakır. Fakat bu koşulda dahi anayasanın diğer hükümlerini dikkate alan bir anayasal yorum gereklidir. Bu yorum, Birleşik Krallık ve Güney Afrika örneklerinde görüldüğü gibi, yasama organının sürece katılmasını gerekli kılabilir. Fakat böylesi bir yorum dahi “kolaylıkla” yapılamamaktadır. Brezilya Yüksek Mahkemesinin çeyrek asırdır bu konuda karar veremiyor olması bunun bir göstergesidir.

Öncelikle; bu noktada Türkiye özelinde “yetkide ve usulde paralellik” ilkesinin, bu tartışmada şu an için bir yerinin olmadığı düşüncesindeyiz. Çünkü bu yorum ilkesi, bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığında gündeme gelebilir. Örneğin; eğer 9 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi md. 3 gibi bir hüküm yürürlükte olmasaydı; bu durumda çekilme konusunda bir “boşluk” söz konusu olurdu. Yetkide ve usulde paralellik ilkesine bu boşluğu doldurmak için başvurmak gerekirdi. Fakat şu an için böyle bir durum yoktur.

Bir sözleşmeye katılma usulüne ilişkin ayrıntılı hükümlere rağmen çekilme konusundaki anayasal sessizlik, bu usulün nasıl düzenleneceği konusunu takdiri bir mesele kılmıştır. Bu takdirin tek sınırı Anayasa’nın lafzıdır.

Bir uluslararası sözleşmeye katılmak, maddi anlamda bir “düzenleme” yapmak demektir. Çünkü Sözleşme’ye taraf olmakla belli bir alan düzene sokulmaktadır. Bu normu iç hukukun parçası kılan işlem bir “karar” olsa da bu kararda Sözleşme’nin Türkçe metni yayımlandığı için bu işlem maddi anlamda bir kararnamedir. Bu kararnameler, kural olarak bir uygun bulma “kanun”una dayanmaktadır. “Uygun bulma kanunu”na tabi sözleşmelere *katılmak* açısından kanunilik ilkesi geçerlidir ve bu noktada sorun yoktur.

Buna karşılık Anayasa’nın uygun bulma kanunu koşulu aramadığı uluslararası sözleşmeler de vardır. Bunlar ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri (Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmeme, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmama kaydıyla) düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan sözleşmeler ile uluslararası bir sözleşmeye dayanan uygulama sözleşmeleridir. Bu kategorideki sözleşmeler için ise kanunilik koşulu geçerli değildir.

⁷¹ Anayasal sessizlik konusunda bkz Richard Albert ve David Kenny, ‘The challenges of constitutional silence: Doctrine, Theory, and Applications’ (2018) 16(3) International Journal of Constitutional Law 880-886.



Bir uluslararası sözleşmeden çekilmek de bir düzenlemeyi kaldırmak ve bu bakımdan yeni bir düzen getirmek, başka bir deyişle “düzenleme” yapmak anlamına gelmektedir. Bu noktada mesele, yürütmenin belli bir konuda kanun olmaksızın düzenleme yapmasının mümkün olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre yürütmenin doğrudan düzenleme yapabileceği alanlar, Anayasa'nın “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenlenir dediği konularla sınırlıdır.⁷² Bunlar ise kural olarak “yürütme yetkisiyle ilgili konular”dır. Bir dış işleri meselesinin yürütme yetkisiyle ilişkili sayılması abes değildir.⁷³ Nitekim Anayasa'nın 104'üncü maddesinin önceki hâlinde “Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak”, Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin yetkilerinden sayılmıştı.⁷⁴ Gelgelelim bu alanda dahi Anayasa'nın özellikle kanuna atıf yaptığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır.

Şu hâlde Anayasa'nın kanuna gönderme yapmadığı ve yürütme yetkisiyle ilgili olan bir konudaki uluslararası sözleşmelerden çekilme meselesi, bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu edilebilir. Örnek vermek gerekirse; merkezi idare bünyesindeki bir kurum binasının inşaatıyla ilgili bir uluslararası sözleşmeden çekilme usullerinin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, bu tür sözleşmelerden çekilme sürecine, takdire bağlı olarak, yasama organını da katabilir. Fakat bu bağlamda yasama organının dışlayan bir tercih, Anayasa'ya aykırı olmaz.

Buna karşılık; Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesine izin vermediği ve kanunilik ilkesini geçerli saydığı (md. 104/17) konulardaki uluslararası sözleşmelerden çekilmelere ilişkin usullerin (bu çekilme işlemleri bir düzenleme yapma yetkisi düzenlemesi olacağı için) mutlaka bir kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu kanunda TBMM, uluslararası sözleşmeden çekilme sürecinde bir uygun bulma kanunu çıkarmasını zorunlu sayabileceği gibi, bu yetkiyi doğrudan doğruya yürütmeye de bırakabilir.⁷⁵

⁷² Anayasa'nın idarenin kanuniliği ilkesini koruduğu, dolayısıyla her düzenlemenin hâlâ mutlaka kanuna dayanması gerektiği yönündeki savın sempatiyle farkındayız. Gelgelelim burada çok katmanlı bir tartışmada, konuyu daha da çetrefilli hâle getirmemek için Anayasa Mahkemesinin yorumuna dayalı çıkarım yapmanın uygun olduğu düşüncesindeyiz.

⁷³ Aksi yönde bkz. Gözler (n 69) 1103.

⁷⁴ Bu temelde “yürütme yetkisi” tanımlamaları için bkz. Tolga Şirin, ‘İşlemeyen Sistemin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi 305.

⁷⁵ Bu çıkarım, düzenlemenin esaslı noktalarının kanunla yapılması gerektiği (esaslılık teorisi ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi) gerçeği karşısında tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesinin 2017 sonrasındaki rejimde, yürütmenin düzenleyici işlemleri bağlamında, Anayasa'nın kanuna gönderme yaptığı/yapmadığı konular ayrımı konusundaki konumu kuşkuludur.

Son olarak, Anayasa, (md. 90/son) “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olan ve olmayan sözleşmeler yönünden bir ayrıma gittiği için konunun bu mercekte de ele alınması gerekebilir. Anayasa, temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlarda “düzenleme” ve “sınırlama” ayrımı yapar. Anayasa’ya göre “sınırlama”lar her hâlükârda kanunla yapılmalıdır. Buna karşılık, “düzenleme”ler, eğer konu ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin dışında kalıyorsa (yani ekonomik ve sosyal haklarla ilgiliyse) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabilir. Örneğin Anayasa’nın 13 ve 104/17’nci maddelerine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla sosyal ve ekonomik haklar alanında bir düzenleme yapılabilir fakat sınırlama yapılamaz.

Bu ayrımın üzerinde titizlikle durulan Almanca literatürde “düzenleme” (*Regelung*) ile “sınırlandırma” (*Beschränkung*) kavramlarının arasında dikkate değer bir fark vardır. Detlef Merten’e göre “sınırlandırma” bir hakkın dışsal yönden, yani dış dünyadaki diğer faktörler uyarınca kayıtlanmasıdır. Düzenleme ise temel hakkın koruma alanına ilişkin bir açıklık kazandırma ve ayrıntılandırma ve bu bakımdan pozitif edimin geçerli olduğu bir kategoriye ifade eder.⁷⁶ Örneğin bir kişinin okuldan atılma koşullarını öngören bir kural, eğitim hakkına dönük bir “sınırlama” hükmüdür. Buna karşılık, aynı kişinin sınıf geçmesi için hangi sınavları geçmesi gerektiğine dair kural bir “düzenleme” hükmüdür. Düzenleme, “kamu hizmeti gereklerinin zorunlu kıldığı sınırlamalar dışında, hakkın gereği gibi kullanılmasına olanak sağlayacak ortamın ve koşulların belirtilmesinden ibaret” olmalıdır.⁷⁷

Bir uluslararası sözleşmeye taraf olmak, temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirebilir. Her hak korumasının bir başka hakkın aleyhine sınırlama getirme olasılığı vardır.⁷⁸ Ayrıca bir uluslararası sözleşme, bir özgürlüğe Anayasa’da olmayan bir sınırlama nedeni getirebilir.⁷⁹ Hatta daha geniş anlamda, devlete pozitif yükümlülük getiren kuralların bir kısmı, vergi yükünü arttırmak suretiyle mülkiyet hakkına sınırlama getirir. Konuya buradan baktığımızda sınırlamada kanunilik kuralı, uluslararası sözleşmelere taraf olmak için bir “onaylamayı uygun bulma kanunu” çıkarılması gerekliliğiyle örtüşmektedir.

⁷⁶ Detlef Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Detlef Merten/Hand-Jürgen Papier (Hrsg.), (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), s. 201-208.

⁷⁷ AYM, 11.01.1969; E.1969/29, K.1969/64,

⁷⁸ Örneğin Cumhurbaşkanına hakareti suç olmaktan çıkaracak bir uluslararası sözleşme, ifade özgürlüğü lehine olsa da Cumhurbaşkanının kişilik haklarına dönük bir sınırlama sayılabilir.

⁷⁹ İHAS madde 9/2’nin din ve vicdan özgürlüğüne dönük getirdiği sınırlama nedenleri buna örnektir.



Bir uluslararası sözleşmeye taraf olmak, temel hak ve özgürlük güvencesini geliştirebilir. Bu geliştirmenin kişisel ve siyasal haklar açısından mutlaka kanunla yapılması gerekir. Fakat sosyal ve ekonomik haklar alanındaki geliştirmenin (yürütme erkiyle ilgili olması kaydıyla) bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması mümkündür. Fakat bu geliştirmenin bir uluslararası sözleşmeyle yapılması durumunda bu esneme geçerli değildir. Anayasa, temel hak ve özgürlükler alanındaki uluslararası sözleşmelerde böyle bir ayrıma gitmediği için ekonomik ve sosyal haklar lehine uluslararası sözleşmelerde de kanunilik (“onaylamayı uygun bulma kanunu”) geçerlidir.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir uluslararası sözleşme, eğer bir güvence getirmişse veya var olan güvenceyi yinelemiş veya pekiştirmişse, bu sözleşmeden çekilme bir sınırlama anlamına gelir. Çünkü ileri düzey korumadan geri düzey korumaya çekilmek, söz konusu koruma alanında gerilemeye yol açabilir. Bu bağlamda Anayasa md. 90’ın kanunilik koşulu bulunmasa da, Anayasa’nın 13’üncü maddesi varlığını korumaktadır. Bu nedenle çekilme sürecinde kanunilik koşulu geçerlidir.

Bir temel hak ve özgürlük alanının düzenleyen bir sözleşmeden çekilme, her düzenleme ilgası yeni bir düzenleme anlamına geldiği için, maddi anlamda bir düzenleme yapmak demektir. Anayasa md. 90, çekilme yoluyla düzenleme konusunda kanunilik kuralı getirmemiştir. Anayasa’nın 13’üncü maddesi de düzenleme konusunda kanunilik şartı getirmemiştir. Anayasa’nın 107/14’üncü maddesi ise ekonomik ve sosyal haklar dışındaki alanda kanunilik ilkesi getirmiştir. Sosyal ve ekonomik haklar alanında Anayasa’nın kanuna atıf yapmadığı konularda kanunilik ilkesi geçerli değildir. Sonuç itibarıyla ekonomik ve sosyal haklar alanında Anayasa’nın kanuna atıf yapmadığı konularla ilgili uluslararası sözleşmelerden çekilme usulünün kanunla düzenlenmesi gerekmez. Bu sürece TBMM’nin dâhil olması zorunlu değildir. Diğer hak ve özgürlüklerle ilgili olarak ise kanunilik ilkesi aynen geçerlidir.

Bu belirlemelerden sonra görüşümüzün net anlaşılması için sonucumuzu şöyle şematize edebiliriz:

ULUSLARARASI SÖZLEŞMENİN KONUSU	KATILMA USULÜNÜ DÜZENLEYECEK NORM	KATILMA SÜRECİNE DAHİL OLMASI ZORUNLU ERKLER	ÇEKİLME USULÜNÜ DÜZENLEYECEK NORM	ÇEKİLME SÜRECİNE DAHİL OLMASI ZORUNLU ERKLER
Ekonomik, Ticari veya Teknik İlişkiler*	Kanun veya CBK	Takdiridir	Kanun veya CBK	Takdiridir
Anayasa’nın Kanuna Atıf Yaptığı Konular	Kanun	Yasama ve Yürütme	Kanun	Yasama zorunludur Yürütme takdiridir
Anayasa’nın Kanuna Atıf Yapmadığı Konular	Kanun veya CBK	Yasama ve Yürütme	Kanun veya CBK	Takdiridir
Ekonomik ve Sosyal Haklarda Düzenleme	Kanun veya CBK	Yasama ve Yürütme	Kanun veya CBK	Takdiridir
Diğer Hak ve Özgürlüklerde Düzenleme	Kanun	Yasama ve Yürütme	Kanun	Yasama zorunludur Yürütme takdiridir
Temel Hak ve Özgürlüklerde Sınırlama	Kanun	Yasama ve Yürütme	Kanun	Yasama zorunludur Yürütme takdiridir

* Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmeme, kişi hallerine ve Türkerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmama kaydıyla

Bu şemada görüldüğü gibi Sözleşme tipine göre nüanslar vardır. Bir uluslararası sözleşme birden çok konuda olup aynı norm içinde bazen güvence bazen sınırlama bazen de düzenleme getirebilmektedir. Uluslararası sözleşmeyi parçalara ayırmak çoğu kez güç olduğu için katılma ve çekilme süreçlerinin en kapsayıcı ve temel normla yani bir kanunla düzenlenmesi ve bu kanunda da TBMM'nin her aşamaya dâhil edilmesinin olası sorunlara karşı kökten çözüm olacağı düşüncesindeyiz.

Bu düşüncenin muhatabı yasama organıdır. Buna karşılık, bir çekilme işlemine karşı idari yargıda açılacak davada çekilmenin dayanağı olan CBK md. 3'ün "davada uygulanacak norm" sayılıp somut norm denetimiyle AYM'ye gönderilmesi durumunda bu normun iptal edilmesi de mümkün olabilirdi. Ancak bu yazının yayım için hazırlandığı dönemde gelişen idari yargı süreci böyle işlememiştir. Önce Danıştay Onuncu Dairesi sonra da İdari Dava Daireleri Kurulu, İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmeye dair Cumhurbaşkanı Kararı'nın yürütmesinin durdurulması taleplerini geri çevirmiş, ayrıca hem Daire hem de Kurul bu yöndeki karşı oylara karşı konuyu iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine taşımayı reddetmiştir.⁸⁰ Yürütmenin durdurulması talebi reddedilirken şu tespitlere başvurulmuştur:⁸¹ "Anayasa'nın 90'ıncı maddesi ile Anayasa koyucu, milletlerarası antlaşmaların iç hukuka aktarılma (*sic*) konusunda "asıl yetki"yi yürütme organına tevdi etmiş"⁸² olması; özellikle 244 sayılı Kanun döneminde olmak üzere geçmişteki uygulamanın da milletlerarası andlaşmaların "yasama organının herhangi bir iştiraki olmaksızın Bakanlar Kurulu kararıyla feshedilme"⁸³ yönünde olması; Anayasa'nın 104'üncü maddesindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama yapma yasağından "Cumhurbaşkanlığı kararnamele ile doğrudan doğruya anılan hakların içeriğine ilişkin düzenleme yapılamaması, bu hakların sınırlandırılmaması veya ortadan kaldırılmaması[nın] anlaşılması"⁸⁴ gerektiği, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ise usuli düzenlemeler içerdiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 104. Maddesinin 17. fıkrasındaki "yasak alan" yönelik düzenleme getirdiğinden söz edilemeyeceği"⁸⁵; Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5. fıkrasının uluslararası sözleşmeleri "organik olarak" değil "işlevsel anlamda" yasa gücüne kavuşturduğu, dolayısıyla bu madde yönünden de bir Anayasaya

⁸⁰ Danıştay 10. Dairesi, E. 2021/1514, K. 2021/1747, T. 28.6.2021; Danıştay İDDK, İtiraz No. 2021/698, 4.11.2021 T.

⁸¹ Anılan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararının metni, bu yazının yazıldığı tarih itibarıyla kamuya açık bir şekilde internette (yaygın olarak kullanılan içtihat veritabanları dahil) yer almamaktadır. Biz bu karara, kişisel temaslarımız sonucunda ulaşabildik.

⁸² Danıştay İDDK, İtiraz No. 2021/698, 4.11.2021 T.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*



aykırılık olmadığı gerekçeleridir. Bu gerekçelerin çoğuna yukarıda yanıt verildi. Geriye 244 sayılı Kanun döneminde yürütme tarafından yapılan tek taraflı fesihlerin, İstanbul Sözleşmesi'nden Cumhurbaşkanı kararıyla çekilmeyi haklı göstermek için kullanıldığı sav kalıyor. Karşı oyda da belirtildiği üzere 244 sayılı Kanun uygulaması ile Cumhurbaşkanı kararıyla çekilme arasında davaya konu itiraz bakımından herhangi bir benzerlik yoktur.⁸⁶ 9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle benzer bir yetkiyi Bakanlar Kuruluna veren 244 sayılı Kanun, adı üzerinde, bir “kanun”dur. Danıştay’ın ilgili bölümde yürüttüğü tartışma ise, karşı oyda yine vurgulandığı üzere, “uluslararası andlaşmaları feshetme yetkisinin yasayla düzenlenip düzenlenemeyeceği değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenip düzenlenemeyeceğidir.”⁸⁷ Diğer gerekçelere ilişkin yukarıda yaptığımız belirlemeler, 244 sayılı Kanun dönemindeki uygulama yönünden de o uygulamanın CBK ile düzenlenmeye dayanak oluşturamayacak olması nedeniyle, anılan Danıştay kararına katılmıyoruz.

SONUÇ

Bu çalışmada “Türkiye hukukunda uluslararası sözleşmelerden çekilmenin hukuka uygun usulü nedir?” sorusuna yanıt aranmıştır. Uluslararası sözleşmeler öncelikle uluslararası hukukun konusu olduğundan, önce bu soruyu yanıtlamakta uluslararası hukukun bize yardımcı olup olamayacağı araştırılmıştır. Bu soruya verilen yanıt, büyük ölçüde olumsuzdur. Çoğu uluslararası sözleşme kendisinden çekilme usulünü düzenlemiş ve düzenlemeyen sözleşmeler açısından da Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi düzenlemeler getirmiş ise de, sözleşmelerden çekilmenin *iç hukuk* rejimi, devletlerin kendi tercihlerine bırakılmış durumdadır.

Daha sonra bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapılmıştır. Bu bölümün amacı, eğer karşılaştırmalı hukukta belli noktalarda fikir birlikleri ya da ortak sorunlara rastlanmış ise, bu fikir birliklerinden ya da olası sorunlardan çıkarımlar yapabilmektir. Ancak karşılaştırmalı hukuk incelemesi, bu konunun farklı devletlerde oldukça farklı şekillerde düzenlendiği ve bunun da etkisiyle sorunların da önemli ölçüde farklılaştığını görmemizi sağlamıştır.

Yapılan uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk incelemelerinin bir karara varmakta bize önemli ölçüde yardımcı olamayacağı sonucuna vardığımızdan, anılan soruya Türkiye hukukunun bütüncül incelemesiyle yanıt verilebileceği görüşüdeyiz.

⁸⁶ Aynı yönde, Kemal Gözler, ‘İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı)’ (anayasa.gen.tr, 30.6.2021) <https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm> (Erişim tarihi: 7.1.2021)

⁸⁷ Danıştay İDDK, İtiraz No. 2021/698, 4.11.2021 T, birinci karşıoy.

Bu doğrultuda ulaştığımız sonuçlar şöyle sıralanabilir:

Birincisi, Anayasa'nın çekilme konusunda açık bir hüküm içermediği durumlarda çekilmenin katılmayla aynı usulde yapılması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Burada yasama ve yürütmeye bir takdir alanı bırakılmış demektir. Ancak bu takdir alanı, Anayasa'nın diğer hükümleriyle çevrelenmiş durumdadır.

İkincisi, bir uluslararası sözleşmeye katılmakla ve bu sözleşmenin Türkiye'de uygulanacağı Türkçe metnini yayımlamakla, o sözleşmenin etki ettiği alan "düzenlenmiş" olur. Bir alanı *düzenleyen* uluslararası sözleşmeden çekilmek de o alanı *düzenlemek* anlamına gelir. Dolayısıyla uluslararası sözleşmelere katılma ve bunlardan çekilmelere ilişkin cumhurbaşkanı kararları, maddi anlamda birer kararnamedir ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli olan anayasal sınırlara tabidir.

Üçüncüsü, Anayasa Mahkemesine göre yürütmenin doğrudan düzenleme yapabilme yetkisi, yürütme yetkisiyle ilgili olan ve Anayasa'nın açıkça kanunla düzenleneceğini emretmediği konularla sınırlıdır. Bu konularda yürütme, uluslararası sözleşmelerden çekilme usulünü istediği şekilde düzenleyebilir. Yürütme, yaptığı bu düzenlemede çekilme yetkisini yürütme organına vermek zorunda değildir, isterse bir düzenlemeyle sürece yasamayı da dâhil edebilir, hatta yasamayı çekilme konusunda tek yetkili kılabilir. Ancak yetkiyi kendinde bırakırsa da Anayasa'ya aykırı davranmış olmaz.

Dördüncüsü, Anayasa'nın yürütmeye doğrudan düzenleme yapma yetkisi vermediği diğer konularda ise yürütmenin işlem yapabilmesi yasama organının bir kanun çıkarmasına bağlıdır. Bu kanunun içeriğini de yasama kendisi takdir eder. Yasama organı katılmayla aynı süreci tersten işletebilir veya yürütmeye çekilme konusunda herhangi bir yetki vermeyebilir; hatta icabında tüm yetkiyi yürütmeye verebilir. Önemli olan, yürütmeye doğrudan düzenleme yapma yetkisi verilmeyen konularda, bu usulün yasama organınca belirlenmiş olmasıdır.

Beşincisi, yukarıda söylenenlerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler bakımından çekilme rejimi bakımından sonucu şudur: Eğer çekilme sonuçları itibarıyla temel hak ve özgürlüklere *sınırlama* getiriyorsa, çekilmenin usullerinin yasayla belirlenmiş olması zorunludur. Çünkü temel hak ve özgürlüklere getirilecek *sınırlamalar*, Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca kanunilik ilkesiyle kayıtlıdır. Çekilme sonuçları itibarıyla temel hak ve özgürlüklere *sınırlama* getirmiyorsa ancak bu hak ve özgürlüklerin *düzenlenmesi* niteliğindeyse, ortada Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasının yarattığı ikili bir rejim vardır. Bu hüküm ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hakların cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini yasaklamaktadır. Yani ekonomik ve sosyal hakların düzenlenmesi niteliğindeki



çekilmelerin usulü, cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenebilir. Öte yandan, ekonomik ve sosyal haklar dışında kalan ya da ekonomik ve sosyal hakların yanında diğer temel hak ve özgürlüklerin de düzenlenmesi niteliğinde olan çekilmeler, yasama tarafından çıkarılacak bir kanunla belirlenmiş usulle yapılmak zorundadır.

Son olarak, tüm bu bulgular karşısında en “yerinde” yöntemin çekilmenin (kanunun, yürütmenin düzenleyici işlemleri karşısında kapsayıcılığı uyarınca) bir kanunla düzenlenmesi ve bu kanunda da (her konunun temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir düzenleme veya sınırlama niteliği taşıma riskine binaen) yasama organının sürecin parçası kılınmasını öneriyoruz.

KAYNAKÇA

Açıl M, ‘2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’ (2018) 76(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 725.

Albert R ve D Kenny, ‘The challenges of constitutional silence: Doctrine, Theory, and Applications’ (2018) 16(3) International Journal of Constitutional Law.

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, ‘Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması’ (anayasader.org, 23.3.2021) <http://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari-derneginin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkindaki-aciklamasi/> (Son erişim tarihi: 19.7.2021)

Aquino RC, ‘The denunciation and revocation of treaties’ (manilatimes.net, 24.2.2020) <https://www.manilatimes.net/2020/02/24/opinion/columnists/topanalysis/the-denunciation-and-revocation-of-treaties/695178> (Son erişim tarihi: 25.7.2021).

Aslan V, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine’ (2019) 36(1) 139.

Aslan V, ‘İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi’ (Lexpera blog, 29.3.2021) <https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi/> (Son erişim tarihi: 12.7.2021).

Atar Y, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi’ (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 241.

Aybay R, 'Taraf mıyız, Değil miyiz? Tuhaf Bir Durum: Türkiye ve AİHS'ye Ek 4. Protokol' (2003) Açık Sayfa.

Barın T, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi* (On İki Levha Yay. 2020).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 'Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nden Doğan Yükümlülüklerin Devamlılığına Dair Sorunlara İlişkin 26 No.lu Genel Yorum' (1997) CCPR/C/21/RevI/Add8.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 'Sixth periodic report submitted by Sri Lanka under article 40 of the Covenant, due in 2017' (2019) CCPR/CLKA/6, 25.4.2019.

Cervantes-Knox K ve E Thomas, 'Ecuador terminates 12 BITs – a growing trend of reconsideration of traditional investment treaties?' (dlapiper.com, 15.5.2017) <https://www.dlapiper.com/en/mexico/insights/publications/2017/05/ecuador-terminates-12-bits-a-growing-trend/> (Son erişim tarihi: 26.7.2021).

Concepcion NP, 'The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights' (2001) 16(3) American University International Law Review 847.

Coşkun V, '16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi' (2017) 22(36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3.

Çınar AR, 'İstanbul Sözleşmesi' (Cumhuriyet Gazetesi, 20.5.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/istanbul-sozlesmesi-prof-dr-ali-riza-cinar-1837624> (Son erişim tarihi: 12.7.2021).

Da Silva VA, *The Constitution of Brazil: A Contextual Analysis* (Hart Publishing, 2019).

Doğan B, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 965.

Durmuş MT, 'Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeler Üzerindeki Tasarruf Yetkisi ve Türkiye'nin İstanbul Sözleşmesi'nden Ayrılmasının Hukuki Analizi' (2021) 29(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1969-2007.

Evatt E, 'Democratic People's Republic of Korea and the ICCPR: Denunciation as an Exercise of the Right of Self-defence?' (1999) 5(1) Australian Journal of Human Rights, 214.



Fietta V, 'Romania set to terminate its intra-EU BITs', (lexology.com, 27.3.2017) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=89abdc5f-4749-4f27-9edb-a4714c09dfc4> (Son erişim tarihi 26.7.2021).

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin Yay 2021).

Gözler K, 'Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkan Kararı Üzerine Eleştiriler' (anayasa.gen.tr, 20.3.2021) <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> (Son erişim tarihi: 17.7.2021).

Gözler K, 'İstanbul Sözleşmesinin Feshine İlişkin Danıştay Kararı Hakkında Eleştiriler (Danıştay Onuncu Dairesinin 28 Haziran 2021 tarih ve 2021/1747 Sayılı Kararı)' (anayasa.gen.tr, 30.6.2021) <https://www.anayasa.gen.tr/danistay-istanbul-sozlesmesi.htm> (Son erişim tarihi: 7.1.2021)

Göztepe E, 'Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme' (2014) *Legal Hukuk Dergisi-Rona Aybay'a Armağan*, 1121.

Gülmez M, 'İstanbul Sözleşmesi'nin Feshi Kararı, Soy Zinciri ve Anayasa'ya Aykırılık Sorunu' (disk.org.tr, 1.4.2021) <http://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2021/04/İST.SÖZ.FESHİ-SORUNUVE-ANAYASA-01.04.2021-1.pdf> (20.7.2021).

Hackworth G, *Digest of International Law* (U.S. Government Printing Office, 1943).

Helfer LR, 'Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes' (2002) 102 *Columbia Law Review* 1832.

Helfer LR, 'Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law' (ed.) Bradley CA, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019) 355.

Helfer LR, 'Terminating Treaties' (ed.) Hollis DB, *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press 2012) 624.

Helfer LR ve AE Showalter, 'Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy Against the ICC' (2017) *iCourts Working Paper Series No. 83*, 18 https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6404&context=faculty_scholarship (Son erişim tarihi: 26.7.2021)

İstanbul Barosu, 'İstanbul Sözleşmesi, Cumhurbaşkanı Kararı ile Neden Feshedilemez?' (istanbulbarosu.org.tr, 20.3.2021) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=16262> (Son erişim tarihi: 17.7.2021)

Jones K, 'Withdrawal from the U.S. – Korea Free Trade Agreement is a Losing Proposition for America' (alec.org, 6.9.2017) <https://www.alec.org/article/withdrawal-from-the-u-s-korea-free-trade-agreement-is-a-losing-proposition-for-america/> (Son erişim tarihi: 26.7.2021)

Kaboğlu İÖ, 'Cumhurbaşkanı'nın İstanbul Sözleşmesi'ni feshetme yetkisi yok, karar yok hükmünde' (evrensel.net, 20.3.2021) <https://www.evrensel.net/haber/428561/cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesini-feshetme-yetkisi-yok-karar-yok-hukmunde> (Son erişim tarihi: 17.7.2021).

Kanadoğlu K, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 2018/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 637.

Karaoğlu AO, 'Türk Hukukunda Uluslararası Andlaşmalardan Tek Taraflı Çekilme' (2021) 16(203) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1083-1106.

Koremenos B, 'Contracting Around International Uncertainty' (2005) 99 American Political Science Review 549.

Koremenos B ve A Nau, 'Exit, No Exit' (2010) 21 Duke Journal of Comparative & International Law 81.

Köker L, 'İstanbul Sözleşmesi'nin İptalinin Anayasa'ya Aykırılığı Üzerine' (birikimdergisi.com, 24.3.2021) <https://birikimdergisi.com/guncel/10531/istanbul-sozlesmesini-sona-erdirme-kararinin-anayasaya-aykiriligi-uzerine> (Son erişim tarihi: 15.7.2021)

Law Review Editors, 'Presidential Amendment and Termination of Treaties: The Case of the Warsaw Convention' (1967) 34(3) University of Chicago Law Review, 34(3), 580.

Merten D, 'Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken' *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, (Detlef Merten/Hand-Jürgen Papier (Hrsg.), C.F. Müller 2009)

Organization of American States, 'OAS General Secretary Communicates Venezuela's Decisions to Denounce the American Convention on Human Rights', 10.9.2012, https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-307/12 (Son erişim tarihi: 25.7.2021).

Ramsey MD, 'Executive Agreements and the (Non)Treaty Power' (1998) 77 North Carolina Law Review 133.

Rogoff MA, 'The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty' (1980) 32 Maine Law Review 263.



Soley X ve S Steinger, 'Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights' (2018) 14 International Journal of Law in Context 237.

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (13. Bası, Beta Yay 2019).

Söyler Y, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Seçkin Yay 2018).

Şirin T, 'İşlemeyen Sistemin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi' (2018) 7(14) Anayasa Hukuku Dergisi.

Şen E, 'İstanbul Sözleşmesi'nin feshinin hukukiliği tartışması' (t24.com.tr, 20.3.2021) <https://t24.com.tr/haber/prof-dr-ersan-sen-yazdi-istanbul-sozlesmesi-nin-feshinin-hukukiligi-tartismasi,940400> (Son erişim tarihi: 18.3.2021).

Şen E, içinde 'İstanbul Sözleşmesi için neler yapılabilir?' (cumhuriyet.com.tr, 21.3.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/istanbul-sozlesmesi-icin-neler-yapilabilir-1822191> (Son erişim tarihi: 20.7.2021).

Taşdöğen S, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 937.

Tarhanlı T, 'İstanbul Sözleşmesi yürürlükte' (bianet.org, 21.3.2021) <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/241126-istanbul-sozlesmesi-yururlukte> (Son erişim tarihi: 17.7.2021).

The Commission on Human Rights of the Philippines: 'On the Denunciation of and Withdrawal from International Treaties to Reimpose the Death Penalty' (2017) <http://chr.gov.ph/wp-content/uploads/2018/03/Denunciation-of-and-Withdrawal-from-International-Treaties-to-Re-impose-the-Death-Penalty.pdf> (Son erişim tarihi: 25.7.2021)

The Secretary General of the United Nations, 'Bolivia (Plurinational State of): Denunciation' (2011) C.N.421.2011.TREATIES-26, 30.6.2011.

The Secretary General of the United Nations, "United States of America: Withdrawal' (2019) C.N.575.2019.TREATIES-XXVII.7.d, 4.11.2019.

Trinidad ve Tobago, 'Notice to Denounce the American Convention on Human Rights' (1998).

Türk HS, 'Kadına Şiddeti Onaylayan Karar' (cumhuriyet.com.tr, 23.3.2021) <https://www.cumhuriyet.com.tr/yazarlar/olaylar-ve-gorusler/kadina-siddeti-onaylayan-karar-prof-dr-hikmet-sami-turk-1822533> (Son erişim tarihi: 17.7.2021).

Tyagi Y, 'The Denunciation of Human Rights Treaties' (2009) 79(1) British Yearbook of International Law 86.

Ulusoy AD, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal bir Değerlendirme' (2020) 37(2) Anayasa Yargısı 31.

Ulusoy AD, 'İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilmede Hukuksal Gerçekler' (t24.com.tr, 24.3.2021) <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/istanbul-sozlesmesi-nden-cekilmede-hukuksal-gercekler,30338> (Son erişim tarihi: 12.7.2021).

Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri' (2018) 2008/1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3.

Ülgen Ö, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler' (2018) 2018/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 620.

Verdier PH ve M Versteeg, 'Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey' (ed.) Bradley CA, *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019) 135.

Wilson RJ ve J Perlin, 'The Inter-American Human Rights System: Activities from Late 2000 Through October 2002' (2003) 18(3) American University International Law Review 651.

Woolaver H, 'From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal' (2019) 30(1) European Journal of International Law 73.

Yazıcı S, içinde Deniz Barış Narlı, 'İstanbul Sözleşmesi'nin feshi: Bundan sonra ne olacak?' (dw.com.tr, 20.3.2021) <https://www.dw.com/tr/istanbul-sozlesmesinin-feshi-bundan-sonra-ne-olacak/a-56939678> (Son erişim tarihi: 19.7.2021).

Yıldırım T, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri' (2017) 23(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13.

Yıldırım T, 'İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı' (2019) 36(1) Anayasa Yargısı 293.

Yılmaz H, 'Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları' (2020) 78(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 225.

Yunanistan, 'Note Verbale dated 12 December 1969 from the Government of Greece Concerning the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (1970) 9(2) International Legal Materials.



YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ HAKKINDAKİ ŞİKAYETLER ÜZERİNE VERİLEN CEZA SORUŞTURMASI AÇILMAMASI KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

*Legal Quality and Jurisdiction of Decisions not to Open A Criminal
Investigation on Complaints about Higher Education Staff*

İlhami ÖZTÜRK*

Arif Emre SÜMER**

Öz

Yükseköğretim personeli hakkında, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada suç işledikleri iddiası içeren şikâyetler üzerine yapılacak olan ceza soruşturması; genel soruşturma ve kovuşturma hükümlerini içeren Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre değil, Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde düzenlenen özel hükümlere göre yürütülmektedir. Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin önceki hâli uyarınca, yükseköğretim personelinin işlediği ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca doğrudan soruşturma başlatılmakta iken, anılan maddede 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda idari mercie soruşturma açmama yönünde karar verme noktasında takdir yetkisi tanınmıştır. Bu çalışmada, yükseköğretim personeli hakkında, suç işledikleri iddiasıyla yapılan şikâyet ya da ihbarlar üzerine herhangi bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi uyarınca verilen kararların hukuki niteliği ve bu kararların yargısal denetiminin nasıl yapılacağı hususu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yükseköğretim personeli, Ceza soruşturması, Soruşturma açmama, İtiraz, İptal Davası

Abstract

Criminal investigation to be carried out on higher education personnel, on complaints containing the allegation that they have committed crimes in the course of their duties or while performing their duties; It is carried out not according to the Criminal Procedure Code, which includes general investigation and prosecution provisions, but according to the special provisions regulated in Article 53/c of the Higher Education

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 11.11.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Doç. Dr., Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü,
ilhami.ozturk@boun.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9828-8861>

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı, arifemre.sumer@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7382-4922>



Law. In accordance with the previous version of Article 53/c of the Higher Education Law, while a direct investigation is initiated by the competent authorities regarding the crimes alleged to have been committed by the higher education personnel, as a result of the amendment made in the aforementioned article with the Law No. discretion has been granted. In this study, the legal quality of the decisions made pursuant to Article 53/c of the Higher Education Law No. 2547, and how the judicial review of these decisions will be made, that there is no need to open an investigation against the higher education personnel on the allegations of committing crimes or denunciations are examined.

Key Words: Higher education staff, Criminal investigation, No need for investigation, Objection, Annulment case

GİRİŞ

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri, yükseköğretim kurumları yöneticileri, yükseköğretim kurumlarında görevli kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanları ve bu kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na (DMK) tabi memurlarının, bu çalışmada kullanımı tercih edilen ifadesiyle “yükseköğretim personeli”nin, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yapılacak ceza soruşturması usulü 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre yükseköğretim personelinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yürütülen ceza soruşturmalarını Cumhuriyet savcılarını değil, kanunda belirtilen yetkili makamlar yerine getirmektedir.

İlgili hükmün ilk hâline göre, yükseköğretim personeli hakkında görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada bir suç isnadının ileri sürülmesi hâlinde yetkili makamlarca soruşturma başlatılması zorunlu idi. Buna göre, söz konusu personel hakkında yapılacak tüm suç isnatlarıyla ilgili olarak doğrudan ceza soruşturması yapılması öngörülmüş, isnadın soyut veya ciddi olup olmadığı konusunda yetkili makamlara bir değerlendirme, inceleme yapma yetkisi tanınmamıştır. 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle yapılan değişiklik ile yetkili makamlara yükseköğretim personeline yönelik bir suç isnadı söz konusu olduğunda doğrudan soruşturma açmak yerine konuyla ilgili inceleme yapılmasına, bu inceleme sonucunda da ceza soruşturması açılmamasına karar verme olanağı tanınmıştır.

Bu çalışmada, yükseköğretim personelinin ceza soruşturması usulü hakkında genel bilgiler verildikten sonra, 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile getirilen ve soruşturma sürecinde tatbik edilebilecek “inceleme aşaması”, bu inceleme aşaması sonucunda verilebilecek olan soruşturma açılmaması kararlarının hukuki niteliği analiz edilecek; soruşturma açılmaması kararlarının hukuki tartzihinin yanı sıra bu kararlarının yargısal denetiminin hangi usul ve esaslara göre yürütüleceği hususu da tahlil ve tetkik edilecektir.

I. YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ HAKKINDA YÜRÜTÜLEN CEZA SORUŞTURMASINDA USUL

Kanun koyucu belirli bazı niteliklere sahip kişilerin yargılanmasında, herkes hakkında geçerli olan soruşturma ve kovuşturma hükümlerini içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda¹ (CMK) öngörülen düzenlemelerden farklı kurallar sevk edebilmektedir. Bu kişiler hakkında farklı soruşturma ve kovuşturma usullerinin uygulanması onlara tanınan bir imtiyaz olmayıp, bu kişilerin ifa ettiği görevlerin gereksiz şikâyetlere maruz kalınmadan etkin bir şekilde yerine getirilmesi amacını taşımaktadır². Bu gerekçelerle kamu görevlileri hakkında diğer kişilerden farklı ceza soruşturması ve kovuşturması usullerine yer verilmesi sıklıkla rastlanılan bir durumdur³. Türk hukukunda bu nitelikteki düzenlemelerin dayanağını Anayasa'nın 129'uncu maddesinin altıncı fıkrasında yer alan; “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır*” hükmü oluşturmaktadır⁴. Bu amaçla yürürlüğe koyulan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun⁵; Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevleri yerine getiren memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanan

¹ Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673

² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018) 580; Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2018) 72; Bahri Öztürk (editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) 763

³ “...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk, anlaşmalar ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlara ilişkin ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyecek, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır”, Anayasa Mahkemesi, E. 2013/58, K:2013/114, 10.10.2013, RG. 09.05.2014, S. 28995

⁴ İlgili Anayasa hükmüne göre, Türk hukukunda kamu görevlilerinin ceza yargılamaları bakımından “izin sistemi” bir kural olarak kabul edilmiştir. Kamu görevlilerinin bazı suçların şüpheli olması hâllerinde genel hükümlere tabi olmaları istisnai özellik arz etmektedir. Bkz. Abdurrahman Eren, ‘Memurların Muhakemesi Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması’ (2000) 55(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 55,60-61

⁵ Kanun Numarası: 4483, Kabul Tarihi: 2.12.1999, RG. 4.12.1999, S. 23869



genel nitelikte bir kanundur⁶. Söz konusu Kanun'un 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında da ifade edildiği üzere, bazı kamu görevlileri için farklı kanuni düzenlemeler öngörülmesi hâlinde bu özel hükümler uygulanacaktır.

4483 sayılı Kanun'a tabi olmayıp haklarında özel soruşturma ve kovuşturma hükümleri öngörülen kamu görevlisi gruplarından birisi de yükseköğretim⁷ üst kuruluşları⁸ başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları⁹ yöneticileri, yine bu kurumların kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanları¹⁰ ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı DMK'ya tabi memurlarıdır. Bu çalışmada "yükseköğretim personeli" olarak ifade edilen bu kişilerin, ceza soruşturması usulü 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun¹¹ 53/c maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yükseköğretim personelinin görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları

⁶ "...inceleme konusu kanun, memurlara, bir zümre, bir sınıf olarak imtiyaz tanımakta değildir. Kanunun sağladığı, bir çeşit teminattır. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş düzenlenmiştir. Memur gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve ifturlara uğrayabilir. Kendisine memuriyetle ilgili suç isnat edilen her memurun, hemen adliyeve sevk edilmesi hem memurları tedirgin ederek hizmeti aksatır; hem de hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabilir. Bu çeşit iddiaların önce kamu hizmetinin gereklerini ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmayla değer bir eylem kalırsa, o zaman işin mahkemenin eline bırakılması, kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir ve kanunun sağladığı da budur", Anayasa Mahkemesi, E. 1967/14, K:1967/36, 14.11.1967, R.G. 29.04.1698, S. 12886

⁷ Yükseköğretim, milli eğitim sistemi içinde, ortaöğretime dayalı, en az dört yarı yılı kapsayan her kademedeki eğitim-öğretimin tümüdür (2547 sayılı Kanun, md.3/a).

⁸ Üst kuruluşlar, Yükseköğretim Kurulu ve Üniversitelerarası Kuruldur (2547 sayılı Kanun, md.3/b).

⁹ Yükseköğretim kurumları, üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır (2547 sayılı Kanun, md.3/c).

¹⁰ Öğretim elemanları, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir (2547 sayılı Kanun, md.3/1). Öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleridir. Profesör, en yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişidir. Doçent, Üniversitelerarası Kurul tarafından verilen doçentlik akademik unvanına sahip kişidir. Doktor öğretim üyesi, doktora çalışmalarını başarı ile tamamlamış, tıpta, dış hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olan akademik unvana sahip kişidir (2547 sayılı Kanun, md.3/m; 2914 sayılı Kanun, md.3/A). Öğretim görevlisi, yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim elemanıdır (2547 sayılı Kanun, md.3/n). Araştırma görevlileri, yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır (2547 sayılı Kanun, md.33).

¹¹ Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG. 6.11.1981, S. 17506

sırada işledikleri suçlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanacaktır¹². Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde 4483 sayılı Kanun hükümleri, 4483 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde ise bu Kanun'un yaptığı yollama uyarınca CMK hükümleri tatbik olunacaktır¹³.

Yükseköğretim personeli hakkında yapılacak olan ceza soruşturması ilk soruşturma aşaması ve son soruşturmaya karar verme aşaması olmak üzere iki evreden oluşmaktadır. Kanun, bu özel soruşturma usulünü aşamalara ayırıp isimlendirirken kabul edildiği dönemde yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda¹⁴ (CMUK) yer alan kavramlardan yararlanmışır¹⁵.

İlk soruşturma aşaması yetkili makamın kararıyla, aşağıda açıklanacak olan inceleme aşaması sonucunda ya da doğrudan başlatılabilir. İlk soruşturmanın başlatılması hâlinde yetkili makam¹⁶ ya da görevlendireceği soruşturmacı¹⁷ eliyle yapılacak soruşturma işlemleri sonucunda bu ilk

¹² Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan personelinin ceza soruşturması usulü hakkında 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi değil, genel hükümler uygulanır. Bkz. Berkan Ayturan, 'Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması' (2018) 9(35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429,438; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 501

¹³ Gökcan ve Artuç (n 12) 1088; Enver Salihoğlu ve Selami Demirkol, 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler (3. Baskı, Beta Yayınevi 2010) 20; Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli, İcra ve İflas Kanunu'nun 357'nci maddesindeki suçlar, disiplin suçları, Atatürk aleyhine işlenen suçlar, adli görevlerden doğan suçlar, seçim suçları, savcı veya mahkemenin istediği bilgileri vermeme suçu, Çocuk Koruma Kanunu'na giren suçlar ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamına giren suçların varlığı hâlinde genel soruşturma usulleri uygulanır. 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçları Yükseköğretim Kurulu başkanı ile rektörlerin işlemesi hâlinde yine Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi hükümleri uygulanacaktır.

¹⁴ Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 4.4.1929, RG. 20.4.1929, S. 1172

¹⁵ Ayturan (n 12) 431; 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde yer verilen "ilk soruşturma" tabiri 5271 sayılı CMK'daki "soruşturma" aşamasına, "son soruşturma" tabiri ise CMK'daki "kovuşturma" aşamasına karşılık gelmektedir.

¹⁶ Yetkili makam; Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurul, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya diğer disiplin amirleridir (2547 sayılı Kanun, md.53/c). Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin; rektör, üniversitenin; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; dekan, fakültenin; enstitü ve yüksekokul müdürleri, enstitü ve yüksekokulların; kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amirleridir (2547 sayılı Kanun, md.53/a).

¹⁷ Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi hâlinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır (2547 sayılı Kanun, md.53/c).



soruşturma aşaması tamamlanır ve soruşturma sonucunda hazırlanan rapor son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek olan ilgili kurullara¹⁸ iletilir. Bir başka deyişle, yükseköğretim personelinin göreviyle ilgili işlediği suçların soruşturma işlemleri CMK’da olduğu gibi Cumhuriyet savcılığı tarafından değil kanunda belirtilen yetkili makamlar ya da bu makamların görevlendireceği soruşturmacılar eliyle yerine getirilir¹⁹. Rapor üzerine yetkili kurullar üye tam sayısı ile toplanarak lüzum-u muhakeme (son soruşturmanın açılması) ya da men-i muhakeme (son soruşturmanın açılmaması) kararlarını salt çoğunluk ile verirler²⁰.

Bu kurulların vereceği men-i muhakeme kararları kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararları ise itiraz üzerine Danıştay tarafından incelenir ve bu inceleme sonucunda verilecek kararlar üzerine kesinleşir²¹.

¹⁸ Lütfi Gürgen, ‘2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü’ (2018) 6(11) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 145, 159-160; 2547 sayılı Kanun’un 53/c maddesinin ikinci fıkrasına göre son soruşturmanın yapılmasına karar verecek olan kurullar şu şekilde belirlenmiştir: “a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesi, b) Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul, c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcılığı ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul, d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul, e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili idare kurulu”

¹⁹ Burada olduğu gibi bazı kimselerin işlediği suçlar bakımından soruşturmanın idari makamlarca yapıldığı yargılama düzenine “tahkik sistemi” denir. Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın yürürlükten kalkması ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasında “izin sistemi”ne geçilmiş olmakla birlikte, Yükseköğretim Kanunu’nda olduğu gibi “tahkik sistemi”nin devam ettiği soruşturma usullerine de hâlen rastlanılmaktadır. Tahkik ve izin sistemleri hakkında bkz. Sabri Başköy, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması (4. Baskı, Anıl Matbaa ve Ciltevi 2006) 30-31

²⁰ İlgili kurulların kararı ya da itiraz makamının incelemesi sonucunda kesinleşen lüzum-u muhakeme kararları yargılamanın yapılacağı mahkemeye sunulmak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilir. Doktrinde, tartışmalı olmakla birlikte, başsavcılığa gönderilen bu kararın iddianame yerine geçtiği, savcının ayrıca bir iddianame düzenlemesine gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 41; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası, Beta Yayınevi 2012) 580; Ayturan (n 12) 461

²¹ Bu incelemeyi yapma görevi; soruşturulan kişinin Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri olması hâlinde Danıştayın İdari İşler Kurulu’na, diğer kimseler bakımından ise Danıştay İkinci dairesine aittir.

II. YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİ HAKKINDA CEZA SORUŞTURMASI AÇILMASI ÖNCESİNDEKİ İNCELEME AŞAMASI

A. Genel Olarak

4/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (a) ve "Ceza soruşturması usulü" başlığındaki (c) bentleri birlikte değerlendirildiğinde, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı DMK'ya tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabileceği, inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde; Yükseköğretim Kurulu Başkanı için kendisinin katılmadığı Milli Eğitim Bakanının başkanlığında bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca; üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürleri için Yükseköğretim Kurulu Başkanınca; üniversite için rektörce; bağımsız vakıf meslek yüksekokulu için bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürünce; fakülte için dekanca; enstitü ve yüksekokullar için enstitü ve yüksekokul müdürlerince; uygulama araştırma merkezi ile enstitü için uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürlerince; bağlı birim personeli için bu birimlerin genel sekreter veya sekreterlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından ilk soruşturmanın yapılacağı anlaşılmaktadır.

Mezkur Kanun'un (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay İkinci Dairesi; Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edecek üç kişilik kurul; üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve müdür yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşturulacak üç kişilik kurul; öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul; 657 sayılı DMK'ya tabi memurlar hakkında mahal itibarıyla yetkili il idare kurulu tarafından son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verileceği, (c) bendinin (4) numaralı alt bendinde, Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay İkinci Dairesinde verilen lüzum-u muhakeme kararına itiraz ile men-i muhakeme kararlarının



kendiliğinden incelenmesinin Danıştay İdari İşler Kuruluna ait olduğu, diğer kurullarca verilen lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden Danıştay İkinci Dairesince incelenerek karara bağlanacağı²², (c) bendinin (8) numaralı alt bendinde²³ de, bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacağı kuralına yer verilmiştir.

Yükseköğretim Kanunu'nun ilk hâlinde, yükseköğretim personelinin ceza soruşturmaları bakımından yapılan ihbar veya şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması, suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebilmesi, ihbar veya şikâyetlerin soyut nitelikte olması, ihbar veya şikâyetin yersiz olduğunun başkaca bir araştırmaya gerek kalmadan anlaşılması gibi hâllerde 4483 sayılı Kanun'dakine benzer bir şekilde başvuru veya ihbarların işleme konulmamasına ilişkin hükümlere yer verilmiş değildi. 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile bu konuda hükümler sevk edilmiş olup, aşağıda bu Kanun öncesi ile sonrası durum ve bu değişiklik sonrasında uygulamada yaşanan duraksama ve tereddütler incelenecektir.

B. 6764 Sayılı Kanun Değişikliğinden Önceki Durum

2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun ile Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde değişiklik yapılmadan önce hükmün ilk fıkrası şu şekilde idi: *“Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.”* Görüleceği üzere burada, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da olduğunun aksine, yükseköğretim personelinin görevi sırasında ya da görevi dolayısıyla suç işlediğine yönelik bir ihbar veya şikâyetin bulunması hâlinde doğrudan işin esasının araştırılmasına başlanılmadan önce, ihbar veya şikâyetin genel ve soyut nitelikte olması ya da başkaca bir araştırmaya ihtiyaç bulunmadan suçun işlenmediğinin anlaşılması gibi hâllerde yükseköğretim personelinin gereksiz soruşturmalara tabi olmasının engellenmesi maksadıyla başvurunun işleme konulmaması yönünde bir karar verme mekanizması sevk edilmiş değildir.

²² 2/6/2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun'un 12'nci maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesindeki İkinci Daireye verilen görev Danıştay Birinci Dairesine verilmiştir.

²³ 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle, bu benette yer alan *“4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun”* ibaresi *“2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”* şeklinde değiştirilmiştir.

Söz konusu hükmün lafzına göre ilgili kanun değişikliğinden önce, yükseköğretim personelinin görevi sırasında ya da görevi dolayısıyla bir suç işlediğini ileri süren ihbar veya şikâyetlerin gerek Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla gerekse doğrudan yetkili mercilere ulaşması hâlinde, son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verilmesi için ilk soruşturma başlatmak zorunluydu.

Kanun'un açık hükmüne rağmen bu dönemde yetkili makamlara ulaşan ihbar veya şikâyetler hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da olduğu gibi ilk olarak ihbar veya şikâyetin ciddi olup olmadığına yönelik bir inceleme yapılması, bu incelemenin sonunda ilk soruşturmanın başlatılmasına gerek olup olmadığına karar verilmesi yönünde uygulamalara rastlanılmakta olduğu, ancak bu uygulamanın hukuka uygunluğu konusunda yargı kararlarının ise istikrar kazanmadığı²⁴, Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin sekizinci fıkrasında yer verilen *"Bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır"* hükmü uyarınca yükseköğretim personeli hakkında yapılacak ceza soruşturmaları bakımından da 4483 sayılı Kanun'un soruşturma öncesi hükümlerinin uygulanmasının hukuki zorunluluk olduğu, dolayısıyla da yükseköğretim personelinin görevi dolayısıyla ya da görevi sırasında suç işlediğini ileri süren ihbar veya şikâyetlerin 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki şartları sağlaması gerektiği, aksi durumda söz konusu ihbar veya şikâyetin aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince işleme konulmaması gerektiği²⁵ yönünde doktrinde görüşler bulunmakta idi.

C. 6764 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonraki Durum

2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi ile Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin ilk fıkrası; *"Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir, inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar*

²⁴ Abdullah Uz, 'Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanunun Ön İnceleme ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu' (2014) 2(1) International Anatolia Academic Online Journal 73,75

²⁵ Dilşat Yılmaz, 'Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri' (2013) 17(1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 105; Uz (n 24) 76: Yazara göre böylesi bir uygulamaya yükseköğretim personelinin diğer kamu görevlilerine nazaran daha fazla himaye sağlandığı yönünde bir eleştiri getirilebilirse de Yükseköğretim Kanunu'nun 4483 sayılı Kanun'a yaptığı yollamalar dikkate alındığında bu nitelikteki eleştirilerin hukuki geçerliliği olmayacaktır. Bkz. Uz (n 24) 86



verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde aşağıdaki hükümler uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere bu kanun değişikliği ile yükseköğretim personelinin ceza soruşturmasına başlanmadan önce, 4483 sayılı Kanun’da olduğu gibi gelen ihbar ve şikâyetlerin soruşturulmaya değer olup olmadığının belirlenmesi maksadıyla bir inceleme aşaması ihdas edilmiştir. İlk soruşturmadan önce inceleme başlatılıp başlatılmaması noktasında yetkili makamlara takdir yetkisi tanınmıştır. Yetkili makamlar yükseköğretim personelinin görevi dolayısıyla ya da görevi sırasında bir suç işlediğini öğrendiğinde incelemeye gerek duymadan ilk soruşturmanın başlatılmasına karar verme yetkisine bu değişiklik sonrasında da sahiptir.

Söz konusu değişikliğin yapılmasının sebebi kanun gerekçesinde; “2547 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında yapılan değişikliklerle; yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Kanuna tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada suç işlediklerinin iddia edilmesi halinde, buna ilişkin ihbar veya şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer hallerde bir inceleme yapılmasının ardından ceza soruşturması başlatılmamasına karar verilebilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.”²⁶ şeklinde açıklanmıştır. Gerekçeden de görüldüğü üzere, yükseköğretim personeli hakkında ceza soruşturmasına başlanmadan önce tatbik edilmesi mümkün olan inceleme aşamasının ihdas edilmesinin sebebi; bu kişilerin somut bilgi ve belgelere dayanmayan, başka bir deyişle soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler üzerine soruşturma tehdidi altında kalmaması dolayısıyla yerine getirdikleri hizmetlerin aksamamasıdır²⁷. Benzer şekilde suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça anlaşılması hâllerinde de soruşturmanın başlatılmamasına karar verilerek hem yükseköğretim personelinin gereksiz bir soruşturma geçirmesi önlenmiş hem de bu kişilerin yerine getirdiği kamu hizmetinin aksamaması sağlanmış olacaktır²⁸.

²⁶ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=200537&pkanunnumarasi=6764>> Erişim Tarihi: 11.08.2021.

²⁷ Bahattin Duman, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 93; Hatice Mesci ve Vahdettin Aydın, ‘Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usûlü’ (2017) 7(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1,80: Yazarlara göre ayrıca bu yöntem ile soruşturmaya karar vermeye yetkili makamlar ile yargının yükü de hafiflemiş olacaktır.

²⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin bir kararında bu değişikliğin amacı yukarıda yazılanlara paralel olarak şu şekilde ifade edilmiştir: “Böylece, yetkili makamlar tarafından suç işlendiğinin iddia edilmesi halinde, buna ilişkin ihbar ve şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer hallerde bir inceleme

Bu değişikliğin sonucunda ilk soruşturmanın yapılmasına karar vermeye yetkili olan merciler yükseköğretim personelinin görevi sebebiyle veya görevi dolayısıyla bir suç işlediğini öğrendiğinde ya ilk olarak inceleme başlatıp bu incelemenin sonucuna göre ilk soruşturmanın yapılıp yapılmayacağına karar verecek ya da doğrudan ilk soruşturmanın yapılmasına karar verecektir. Yetkili makamlarca ya da onlar tarafından görevlendirilen kişiler tarafından yapılan inceleme sonucunda, yetkili makamların doğrudan ya da Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla öğrendiği fiiller ile ihbar veya şikâyet aracılığıyla ulaşan fiillerin soruşturulmasına gerek görülüyor ise ilk soruşturmanın başlatılmasına gerek olmadığı kararı verilebilecektir²⁹.

2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde aynı madde kapsamındaki personelle ilgili bir suç ileri sürülmesi hâlinde ilgililer hakkında ilk soruşturma açılması öngörülmüşken söz konusu (c) bendinin birinci fıkrasında 2.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle değişiklik yapılarak doğrudan soruşturma yolu saklı tutulmakla birlikte soruşturma açmadan önce yetkili mercilere ayrıca bir "inceleme" yapma yetkisi de verilmiştir.

Yapılacak inceleme sonucunda yetkili merci soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecek, soruşturma açılmasına karar verilmesi hâlinde yine (c) bendinin alt bentlerinde belirtilen usuller uygulanacaktır.

III. İDARİ MERCİLERİN CEZA SORUŞTURMASI AÇMAMA, BAŞLATMAMA KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (c) bendindeki, "...ileri sürülen suçlar hakkında..." ibaresinden sonra gelmek üzere 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle, "... yetkili makamlarca inceleme başlatılabilir; inceleme sonucunda soruşturma açılmasına karar verilmesi ya da doğrudan soruşturma başlatılması hâlinde..." ibaresi eklenmesi sonucunda, yükseköğretim personeli hakkındaki şikâyetler üzerine herhangi bir soruşturma yapılmasına gerek olmadığı yönünde karar tesisine imkân sağlayacak yasal dayanak oluşturulmuştur. Oysa ki 2547 sayılı

yapılmaksızın ardından ceza soruşturulması başlatılmamasına karar verilebilecektir. Sonuç olarak, önceden 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki personelin bir suç işlediğinin ileri sürülmesi halinde ilgililer hakkında ilk soruşturma açılması öngörülmüşken, söz konusu (c) bendinin birinci fıkrasında 02/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi ile yapılan değişiklikle, doğrudan soruşturma yolu saklı tutulmakla birlikte, soruşturma açılmadan önce yetkili mercilere ayrıca bir inceleme yapma yetkisi de verilmiştir. Yapılacak inceleme sonucunda, yetkili merci soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecek; soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde yine (c) bendinin alt bentlerinde belirtilen usuller uygulanacaktır", Ankara BİM 4 İDD, E.2019/3148, K.2019/2943, 25.10.2019.

²⁹ Mesci ve Aydın (n 27) 80



Kanun'un 53/c maddesinin 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâlinde, yükseköğretim personeline yönelik bir suç isnadının "ileri sürülmesi hâlinde" yetkili makamlarca ceza soruşturması başlatılacağı hüküm altına alınmış, böylece söz konusu personel hakkında yapılacak tüm suç isnatlarıyla ilgili olarak doğrudan ceza soruşturması yapılması öngörülmüş, isnadın soyut veya ciddi olup olmadığı konusunda yetkili makamlara bir değerlendirme, herhangi bir ön inceleme yapma yetkisi tanınmamıştır.

Buna rağmen, uygulamada yetkili makamlar tarafından bazı isnatlarla ilgili olarak önce inceleme, araştırma yaptırıldığı, bu inceleme, araştırma sonucunda da ceza soruşturması açılmasına yer olmadığı, ceza soruşturmasına gerek bulunmadığı gibi çeşitli kararlar verildiği böylece bazı isnatlar yönünden ceza soruşturmasının başlatılmadığı müşahede edilmiştir.

Uygulamada ceza soruşturması açılmaması şeklinde ortaya çıkan bu kararlar üzerine geçmişte söz konusu kararlara karşı bazı şikâyetçiler tarafından Danıştay'ın ilgili Dairesine itirazda bulunulmuş, bazı şikâyetçiler tarafından da idare mahkemelerinde iptal davası açılmıştır. Gerek Danıştay ilgili Dairesince gerekse idare mahkemelerince anılan kararlara karşı itiraz yolunun mu, yoksa iptal davası yolunun mu kullanılması gerektiği hususunda kısa bir dönem tereddüt ve duraksamalar yaşanmış, daha sonra söz konusu kararlara karşı dava yolunun kullanılması gerektiği, bu kararların niteliği gereği bir idari işlem olduğu yönünde içtihat birliği oluşmuştur.³⁰ Nitekim, Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 9.12.2005 tarih ve E.2005/1425, K.2005/5059 sayılı kararında, "*ancak yetkili kurulca verilmiş lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararlarına itiraz edilebileceği, soruşturma açılmamasına ilişkin işlemlere karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmediği, bu nedenle bu kararların kesin, doğrudan uygulanabilir ve hukuki sonuç doğuran nitelikleri itibarıyla idari davaya konu olabilecek işlemler olduğu*" vurgulanmış, bu konudaki hukuki tartışmalara son veren İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.1.2010 tarih ve E.2007/704, K.2010/83 sayılı kararında da, "*...soruşturma açılmamasına ilişkin kararlar hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olup, ...Yasada bu kararların incelenebileceği bir merci öngörülmediği gibi bu nitelikteki bir işleme karşı yargı yolunu kapayan bir yasa hükmü de olmadığından, ...söz konusu işlemin idari davaya konu edilebileceği açıktır.*" denilmiştir.

Görüldüğü üzere, yargı makamlarınca idari merciin ceza soruşturması açmamak, cezai işlem başlatmamak yolundaki kararlarının iptal davasına konu edilebileceği, hususunda içtihat birliğine varılmış, Danıştay Birinci Dairesi'nce de 2008 yılından beri söz konusu işlemlere karşı itiraz yolunun değil, iptal

³⁰ Danıştay 1 D., E.2021/1329, K.2021/1222, 22.9.2021.

davası yolunun kullanılması gerektiği yolundaki görüş benimsenerek bu doğrultuda kararlar verilmiştir.³¹

2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle yapılan değişiklikte ise, yetkili makamlara, yükseköğretim personeline yönelik bir suç isnadı söz konusu olduğunda doğrudan soruşturma açmak yerine konuyla ilgili inceleme başlatma, bu inceleme sonucunda da ceza soruşturması açılmamasına kararı verme olanağı tanınmıştır. Böylece uzun yıllardır uygulamada görülen, fakat yasal dayanağı olmayan ceza soruşturması açılmaması kararlarına yasal dayanak getirilmiştir. Ancak bu düzenlemenin devamında söz konusu kararlara karşı izlenecek yolla ilgili herhangi bir kural getirilmemiştir. Maddenin devamında yetkili makamlar tarafından ceza soruşturması açılmasına karar verilmesi hâlinde uygulanacak hükümler korunmuş, ceza soruşturması açılmaması kararlarına karşı şikâyetçinin başvurulabileceği herhangi bir "itiraz yolu" öngörülmemiştir. Dolayısıyla söz konusu değişiklik, "ceza soruşturması açılmaması" kararlarının yasal dayanağını oluşturmakla sınırlı kalmış, bu kararların idari işlem olduğu yolundaki geçmişte oluşan içtihat birliğini ortadan kaldıracak ya da tartışmalı hâle getirecek herhangi bir yasal düzenleme getirmemiştir.³²

Her ne kadar 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinin (8) numaralı alt bendinin ilk hâlinde, bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de 2547 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 6.11.1981 tarihinde memur yargılama hukuku bakımından yürürlükte olan 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinin gerek soruşturma usulü, gerekse personel rejimi açısından birbiriyle uyumlu Kanunlar oldukları, ancak 4 Şubat 1329 sayılı Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırıldığı, 4483 sayılı Kanun ile memur yargılama hukuku bakımından Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'tan çok farklı bir sisteme geçildiği, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ta memurlar bakımından ceza soruşturması niteliğinde öngörülen soruşturma usulünün, 4483 sayılı Kanun ile kaldırıldığı, 4483 sayılı Kanun ile de "ceza soruşturması" evresinden çok daha önce gelen, kamu görevlisine yöneltilen isnadın suç şüphesi taşıyıp taşımadığı hususunda inceleme ve araştırma içeren, suç şüphesinin varlığı hâlinde bu suçla ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının "ceza soruşturması" yapma yetkisi tanıyan bir sisteme geçildiği, böylece Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın öngördüğü sistemden

³¹ Danıştay 1 D., E.2021/1195, K.2021/1167, 15.9.2021; Danıştay 1 D., E.2021/903, K.2021/916, 9.6.2021.

³² Danıştay 1 D., E.2021/961, K.2021/906, 9.6.2021.



tamamen farklı, hukuki sonuçları bambaşka bir sistemin uygulamaya konulduğu görülmüştür. Bu bağlamda, yükseköğretim personeli yönünden 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesindeki ceza soruşturması usulü ile memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden 4483 sayılı Kanunla getirilen izin sistemi şeklinde hukuki sonuçları ve izlenecek yöntem bakımından birbirlerinden tamamen farklı iki sistem mevzuatımızda yer almıştır.³³

4483 sayılı Kanunda, soruşturma izni vermeye yetkili merci tarafından ön inceleme yapılmakta veya yaptırılmakta, bu ön inceleme sonucunda da hakkında suç isnat edilen memur veya kamu görevlisi hakkında Cumhuriyet savcılarının ceza soruşturması yapmalarına izin verilmekte ya da verilmemektedir. 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde ise, yetkili makamlara hakkında suç isnat edilen yükseköğretim personeli hakkında ceza soruşturması açıp açmaması hususunda takdir yetkisi tanınarak ancak bir soruşturma emri verilmesi durumunda ceza soruşturması başlatma, bu soruşturma sonucunda da 53/c maddesinde sayılan kurullar tarafından şüphelinin/şüphelilerin men-i muhakemesi ya da lüzum-u muhakemesi yolunda karar verilmesi öngörülmektedir.³⁴

Böylece 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmesi hâlinde ilgililer hakkında Cumhuriyet savcılarının ceza soruşturması yapma yetkisi verilirken, 2547 sayılı Kanununun 53/c maddesi uyarınca artık şüpheli sıfatını haiz personel hakkında ceza davası açılmasına veya açılmamasına bir başka ifadeyle ceza kovuşturması açılmasına karar verilmektedir. Nitekim, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesi uyarınca yetkili kurullar tarafından verilen ve kamu davasının açılmasına esas olan "yargılamanın gerekliliği"ne ilişkin kararlar "iddianame" niteliği³⁵ taşımaktadır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre, izin vermeye yetkili merci bu Kanun kapsamına giren bir suçun işlendiğini bizzat ya da Kanunda yazılı şekilde öğrendiğinde soruşturmaya gerek olup olmadığına karar verilmesi için bir ön inceleme başlatır. Ön inceleme sonucu düzenlenen raporu değerlendiren yetkili soruşturma yapılmasına gerek görür ise soruşturma izni verecektir³⁶. Aynı Kanun'un 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olması, ihbar ve şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmemesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanmaması ve ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru adı, soyadı, imzası ve ikametgâh adresinin bulunmaması durumlarında ihbar ve

³³ Danıştay 1 D., E.2021/76, K.2021/37, 20.1.2021.

³⁴ Danıştay 1 D., E.2021/915, K.2021/902, 9.6.2021.

³⁵ Danıştay 2 D., E.2001/1032, K.2002/3415, 10.10.2002.

³⁶ Buradaki "izin" müessesesi bir muhakeme şartı olduğu için izin verilmemesi yargılamayı (kovuşturmayı) engeller. Centel ve Zafer (n 20) 580

şikâyetler işleme konulmaz ve durum ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir³⁷. Görüleceği üzere burada kanun koyucu, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmeleri adına her türlü ihbar ve şikâyet üzerine, ön inceleme yapılmasına izin vermemiştir. İhbar veya şikâyetlerin Kanun'da belirtilen kriterleri sağlamaması durumunda ön inceleme aşamasına geçilmeyecek, memurlar ve diğer kamu görevlileri yersiz ihbar veya şikâyetler nedeniyle soruşturma tehdidi altında kalmayacaktır³⁸. Başvurunun işleme konulmadığı ihbar veya şikâyet sahibine bildirilecektir. İhbar veya şikâyet sahibinin başvurusunun işleme konulmadığına dair karara karşı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca itiraz etme hakkı saklıdır³⁹.

Yükseköğretim personelinin ceza soruşturmasına ilişkin usul hükümlerini düzenleyen 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesi ile başlı başına bir usul kanunu olan 4483 sayılı Kanun'un, her iki sistemin farklılıkları nedeniyle birbirine alternatif olması hukuken olanaksızdır. En yalın hâliyle 4483 sayılı Kanunda, münhasır yetki verilen ve sadece Kanunda belirtilen Cumhurbaşkanı, Bakan, Vali, Kaymakam gibi bir yetkili merci tarafından ilgili kamu görevlisi için sadece soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi yolunda bir karar verilebilirken, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde Yükseköğretim Kurulu Başkanı, rektör, dekan gibi birden fazla olan yetkili makamlar tarafından ceza soruşturması başlatılmasına, bu soruşturma sonucunda, en az üç kişiden oluşan kurullarca ilgili yükseköğretim personeli için ceza soruşturması safhası da aşılarak ceza davası açılıp açılmamasına karar verilmektedir. 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinin (8) numaralı alt bendindeki atıf maddesinin uygulanması hâlinde ise, 4483 sayılı Kanundaki sisteme, yani ceza soruşturmasından çok önceki

³⁷ İddiaların sıhhati şüpheden uzak belgelerle ortaya koyulması hâlinde, ihbar veya şikâyetçinin adının, soyadının, imzasının ve ikametgâh adresinin ihbar veya şikâyet dilekçesinde doğru olarak belirtilmiş olması aranmaz (4483 s. Kanun m.4/4). Ayrıca, aynı Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması durumunda, daha önceki incelemenin sonucunu etkileyecek yeni belge sunulmadıkça bu ihbar veya şikâyetler de işleme konulmayacaktır (4483 s. Kanun m.5/2).

³⁸ İlyas Şahin, '4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliği Hakkında Değerlendirme' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249,271

³⁹ 4483 sayılı Kanun'un ilk hâlinde "itiraz" başlıklı 9'uncu maddede işleme konulmayan ihbar ve şikâyetlere karşı bu hüküm uyarınca itiraz edilebileceği düzenlenmemiş olsa da doktrinde bir görüş bu hâllerde de 9'uncu madde uyarınca on gün içinde Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebileceğini savunmaktaydı (Bkz. Faruk Şahin, '4483 Sayılı Yasaya Göre İşleme Konulmayacak İhbar ve Şikâyetler ve Haksız İsnatta Bulunanlara Karşı Açılacak Olan Ceza ve Tazminat Davaları' (2003) 75(440) Türk İdare Dergisi 89,101). Nitekim, 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanununun 44'üncü maddesi ile 4483 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine "izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da" bu hüküm uyarınca itiraz edilmesi imkânı getirilmiştir.



bir safhaya gelinmektedir. Her ne kadar yetkili makamlar tarafından verilen ceza soruşturması açılmaması kararlarının ceza soruşturmasından önceki bir safhaya ilişkin olduğu, bu nedenle 4483 sayılı Kanun'un bu kararlar yönünden uygulanabileceği ileri sürülebilirse de bu kez de yoruma imkân tanımayan kesin hükümler içermesi nedeniyle 4483 sayılı Kanun'un anılan kararlara uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Şöyle ki, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesi uyarınca yetkili makamlarca verilen ceza soruşturması açılmamasına dair kararların, aynı maddenin (8) numaralı alt bendindeki Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'a atıf yapan hükmünden hareketle 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen "işleme konulmama" kararı ile benzer nitelikte olduğu, yetkili merciler tarafından verilen işleme konulmama kararlarına 4483 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca itiraz mümkün olduğuna göre, yetkili makamlarca verilen ceza soruşturması açılmaması kararlarına da itirazın mümkün olduğu şeklindeki yorumların, öncelikle usul hükümlerinde kıyas olamayacağı yolundaki hukukun genel prensibiyle çeliştiği açıktır. Usul kanunlarında açıkça düzenlenmeyen hususlarda benzer usul hükümlerinin uygulanması, usul hükümlerine ilişkin kıyas yasağı nedeniyle hukuken mümkün değildir. 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca verilen "işleme konulmama" kararları, suç isnat edilen kamu görevlisi hakkında soruşturma izni vermeye yetkili merciler tarafından verilmekte, soruşturma izni vermeye yetkili merciler de 4483 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde, kaymakam, vali, Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkin kuruluşların ve bakanlıkların en üst idari amiri, Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı olarak tek tek sayılmakta, ayrıca anılan maddede bu yetkinin sayılanlar tarafından bizzat, yokluklarında ise vekilleri tarafından kullanılacağı belirtilmektedir. Ayrıca bu maddede yetkili merciler bakımından "gibi", "benzer" şeklinde bir niteleme yapılmamakta, böylece maddede sayılanlar dışında yetkili merci bulunmasına imkân tanınmamaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesi uyarınca verilebilecek ceza soruşturması açılmaması kararları ise disiplin amirleri tarafından, örneğin Yükseköğretim Kurulu Başkanı, rektör, dekan, enstitü veya yüksekokul müdürleri tarafından, hatta uygulamada rektör yardımcıları, dekan yardımcılığı gibi disiplin amiri olmayan makamlar tarafından da verilebilen kararlardır.⁴⁰

Buna göre, 2547 sayılı Kanun uyarınca disiplin amiri sıfatı taşıyan ve ceza soruşturması açılmaması yolunda karar verme yetkisini haiz yetkili makamlar, 4483 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde tek tek sayılan ve soruşturma izni verip vermemeye ya da şikâyetin işleme konulmamasına karar vermeye yetkili

⁴⁰ Danıştay 1 D., E.2021/683, K.2021/867, 3.6.2021.

merciler arasında yer almamaktadır. 4483 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde yetkili merciler yönünden herhangi bir esneklik tanınmadığından, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde sözü edilen disiplin amirlerinin kıyasen bu maddedeki yetkili merciler arasında olduklarının kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla 4483 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde sayılan yetkili merciler arasında bulunmayan 2547 sayılı Kanunda belirtilen disiplin amirlerinin vereceği ceza soruşturması açılmaması kararlarının, 4483 sayılı Kanundaki işleme konulmama kararları ile eşdeğer kabul edilerek işleme konulmama kararlarıyla ilgili itiraz hakkının kıyasen ceza soruşturması açılmaması kararlarına da uygulanması gerektiğini ileri sürmenin mümkün olmadığı açık olup⁴¹ 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinin (8) numaralı alt bendinde yer alan "4 Şubat 1329 tarihli MemurinMuhakematıHakkında Kanun" ibaresi "2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilerek doğrudan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a gönderme yapılmış olması da varılan bu sonucu değiştirici mahiyet taşımamaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (c) bendinde 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle yapılan değişikliğin bir benzeri daha önce 20/8/2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesiyle 4483 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde yapılmıştır. 4483 sayılı Kanun'un, yetkili merciler tarafından verilen kararlara itirazları düzenleyen 9'uncu maddesinin ilk şeklinde soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi şeklinde iki çeşit karar düzenlenmişken, 6745 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra yetkili mercilere işleme koymama kararı verme yetkisi de tanınmıştır. Böylece daha önce 4483 sayılı Kanun kapsamında ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bir ön inceleme başlatılmadan önce idarece yapılan bir araştırmaya dayalı olarak verilen işleme koymama kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma yoluna gidilebilirken 6745 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra bu kararlara karşı sadece 4483 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde belirtilen itiraz yolu kullanılabilir olup, iptal davası açılması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin (c) bendinde 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle yapılan değişiklikle, 4483 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin aksine, böyle bir itiraz müessesesi, itiraz süresi gibi açık bir düzenleme getirilmemiş olmasından hareketle kanun koyucunun soruşturma açılmaması yönündeki kararların iptal davası yoluyla yargı denetimine tabi tutulması yönünde bir irade taşıdığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁴².

⁴¹ Danıştay 1 D., E.2021/76, K.2021/37, 20.1.2021.

⁴² Danıştay 1 D., E.2021/961, K.2021/906, 9.6.2021.



Bu doğrultuda söz konusu kanun değişikliği yapılmadan önce, Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin sekizinci fıkrasında yer verilen *"Bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır"* hükmü uyarınca, yükseköğretim personeli hakkında yapılacak ceza soruşturmaları bakımından da 4483 sayılı Kanun'un soruşturma öncesi hükümlerinin uygulanmasının hukuki zorunluluk olduğu ve dolayısıyla da yükseköğretim personelinin görevi dolayısıyla ya da görevi sırasında suç işlediğini ileri süren ihbar veya şikâyetlerin 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki şartları sağlaması gerektiği, aksi durumda söz konusu ihbar veya şikâyetin aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince işleme konulmaması gerektiği yönündeki doktrin görüşünde isabet bulunmamaktadır. Nitekim kanun koyucu böylesi bir uygulamanın işletilebileceğini öngörse idi söz konusu kanun değişikliğini yapma gereği duymayacaktı. Aynı husus yetkili makamlarca soruşturma yapılmamasına ilişkin karar verilmesi hâlinde, bu kararlara karşı yapılacak başvurular bakımından da geçerlidir. Eğer kanun koyucu bu kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceğini mümkün görse idi, yapılan kanun değişikliğinde bu doğrultuda bir hükme de yer vermesi kaçınılmaz olacak idi. Daha açık bir ifadeyle Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin sekizinci fıkrası ile 4483 sayılı Kanun'a yapılan *"gönderme"* 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olan işleme koymama müessesini, bu işleme koymama kararına karşı yapılacak itirazı, itirazın yapılacağı merci ve itiraz süresini *"Bu Kanunda yer almamış hususlar"* kapsamında yükseköğretim personeline ilişkin yapılan soruşturmalara uygulanmasını da mümkün kılmış olsaydı, kanun koyucu "soruşturma açılmamasına ya da başlatılmamasına" karar verme konusunda ilgili idari mercilere kanun ile münhasıran takdir yetkisi vermek zorunda kalmayacak idi. Söz konusu göndermenin 4483 sayılı Kanunda yer alan işleme koymama kararını ve itiraz müessesini kapsamına almadığı hukuk tekniği bakımından açık olduğundan, "soruşturma açmama" kararı verilebilmesini mümkün kılmak için zorunlu olarak kanun düzenlenmesi yapılmıştır. Bu itibarla 4483 sayılı Kanundaki işleme koymama kararını 2547 sayılı Kanun kapsamındaki personel hakkındaki soruşturmalara tatbik etmeye imkân sağlayamayan "göndermenin" işleme koymama kararlarına yapılacak "itiraz" müessesesini 2547 sayılı Kanun kapsamındaki personel hakkındaki soruşturmalara tatbik etmeye imkân sağladığı yönündeki bir görüş hukuki isabetten yoksun olacaktır.

Diğer taraftan, 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde işleme koymama kararlarının ihbar veya şikâyette bulunana bildirileceği hükme bağlanmış iken, 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin (c) bendinde 2/12/2016 tarih ve 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle yapılan değişiklik sonrasında soruşturma açılmaması/başlatılmaması kararlarının ihbar ve şikâyette

bulunana bildirimini yönünde bir hüküm sevk edilmemiştir. Buna göre, ihbar ve şikâyetle bulunana bildirimini, kanuni dayanağa sahip bulunmayan soruşturma açılmaması kararlarının kanunla ihbar ve şikâyetle bulunana bildirileceği hüküm altına alınan izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararı ile aynı itiraz yoluna tabi olduğunu ileri sürmek hukuki manada çelişki doğuracaktır.

Kaldı ki, 4483 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme konulmama kararına karşı şikâyetçinin yetkili merci kararının tebliğinden itibaren on gün içerisinde itiraz yoluna gidebileceği, itiraza, 3'üncü maddenin (e), (f), (g) (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi (2/6/2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi gereğince bu görev Danıştay Birinci Dairesine aittir.) diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi tarafından bakılacağı düzenlenmiştir. Bu açık hüküm uyarınca Danıştay Birinci Dairesinin görevlerinin, Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı ve İçişleri Bakanı tarafından verilen işleme konulmama kararlarına karşı şikâyetçiler tarafından yapılacak itirazları incelemekle sınırlı olduğu, bunların dışındaki yetkili merciler tarafından verilen işleme konulmama kararlarına karşı yapılacak itirazların ise yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesinin görevleri arasında olduğu şüphesizdir. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurulu Başkanı, rektör, dekan, enstitü veya yüksekokul müdürleri tarafından verilecek ceza soruşturması açılmaması kararlarına yapılacak itirazların Danıştay tarafından incelenmesine yasal olanak bulunmadığı, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinin (8) numaralı alt bendinde yer alan atıf hükmünün uygulanması ve ceza soruşturması açılmaması kararlarının itirazın incelenebilmesi durumunun kabulü hâlinde de söz konusu kararların yetkili makamların yargı çevresinde bulunan bölge idare mahkemelerince incelenmesi gerekeceğini söylemek mümkündür. Öyle ki, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde Danıştay'ın görevleri açıkça belirtilmiş, yapılacak bir ceza soruşturması üzerine Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Kurulu Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay Birinci Dairesi tarafından men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararı verilebileceği, maddede sayılan kurullarca verilecek lüzum-u muhakeme kararlarına ilgilinin itirazı olması hâlinde, men-i muhakeme kararlarının ise kendiliğinden inceleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde Danıştay Birinci Dairesinin görevleri tek tek sayılmış, sonunda bu görev alanını genişletecek hiçbir hükme yer verilmemiştir. Bu açıklamalardan hareketle, yargı yerlerinin görev ve yargılamada kullanılan usul kurallarının kamu düzeninden olduğu, göreve ve usule ilişkin düzenlemelerin

|||||||

ancak kanunla yapılabileceği⁴³, hiçbir yargı yerinin açıkça kanunla kendisine verilmeyen yargı yetkisini kullanamayacağı, göreve ilişkin kuralların da kıyasen genişletilerek uygulanamayacağı, kaldı ki, soruşturma izni verilmemesi durumunda başvurulacak yolun belirlenmesi hususunda, 4483 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektiren, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde doldurulması gereken bir boşluk da bulunmadığı, 6764 sayılı Kanunun 26'ncı maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde yapılan değişikliğin, sadece yetkili makamlara idari işlem tesis etmek noktasında "takdir hakkı" tanıyan bir düzenleme olduğu, yetkili makamlarca bu takdir hakkının, yetki, şekil, konu, amaç ve sebep öğelerinden oluşan tipik bir idari işlem tesisi ile kullanılacağı, bu idari işlemin yargısal denetiminin de görevli ve yetkili idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, soruşturma açılmaması, soruşturma başlatılmaması yönündeki bahse konu işlemlerin idare tarafından yapılması, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç öğelerini barındırması bunların da idari yargı denetimine tabi olduğu sonucunu doğurur. Her yönüyle bir idari işlem niteliğindeki ceza soruşturması açılmaması kararlarına karşı 2547 sayılı Kanunda bir itiraz yolu öngörülmemiş olmasının, doldurulması gereken bir yasal boşluk oluşturduğu söylenemeyeceği gibi söz konusu işlemin iptal davasına konu edilmek yerine kıyas yoluyla başka bir kanunda yer alan itiraz yoluyla incelenmesinin de hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimi anlamını taşıyacağı kuşkusuzdur.⁴⁴

4483 sayılı Kanunda ön inceleme yapılmaksızın ihbar ve şikâyetin işleme konulmaması sonucunu doğuran sebepler tek tek sayılmıştır. Bunların genişletilmesi mümkün değildir. Ancak, Yükseköğretim Kanunu'nda inceleme aşaması sonucunda soruşturma yapılmasına gerek olmadığı kararı verilmesini gerektiren sebeplere yer verilmemiştir. Yalnızca kanun gerekçesinde, "ihbar veya şikayet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği" durumlarda yetkili makamlarca bu kararın verilebileceği düzenlenmiştir. Burada izin vermeye yetkili makamlara geniş bir takdir yetkisinin verildiği savunulabilir. Nitekim, suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile anlaşılması kavramı oldukça geniş kapsamlıdır. Hangi fiillerin bu kapsamda olup olmadığını değerlendirecek makam soruşturma açılmasına karar vermeye yetkili makamlardır. Dolayısıyla, içerik olarak farklılık arz eden bu iki kanundaki kurumları birbirlerine benzeştirerek, Yükseköğretim Kanunu'nda olmayan hükümler bakımından 53/c maddesinin sekizinci fıkrasında yapılan yollama sebebiyle 4483 sayılı Kanundaki itiraz müessesinin uygulanmasının hukukiliği tartışmalı olacaktır.

⁴³ Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir (Anayasa, md.142/1).

⁴⁴ Danıştay 1 D., E.2021/76, K.2021/37, 20.1.2021.

Anayasası'nın 125'inci maddesinin ilk fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 129'uncu maddesinin son fıkrasında da memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davaların "iptal davaları" olduğu belirtilmiş, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde de vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki "iptal davaları"nın idare mahkemelerinde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, idari merciin soruşturma açmamak, cezai işlem başlatmamak yolundaki kararlarının iptal davası şeklinde yargı denetimine tabi olduğu açıktır.

En genel anlamıyla idari işlem, idarenin kamu gücünü kullanarak hukuk düzeninde bir etki doğurmaya yönelik yaptığı tek taraflı hukuki işlemler olarak tanımlanabilir⁴⁵. Bu tanım doğrultusunda, yetkili idari makamın yükseköğretim personelinin görevi dolayısıyla ya da görevi sırasında suç işlediği ihbar veya şikâyeti üzerine inceleme başlatıp bu incelemenin sonucunda verdiği soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararının idari işlem olduğu kuşkusuzdur. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁴⁶ (İYUK) 7'nci maddesinin birinci fıkrasına göre ihbar veya şikâyet eden kimsenin idarenin bu kararına karşı iptal davası açma süresi, idari işlemin kendisine yazılı olarak tebliğ edildiği günden itibaren genel dava açma süresi olan 60 gündür. Ayrıca, soruşturma açılmaması kararına karşı aşılınan iptal davalarının istinaf yoluna tabi olduğu, 4483 sayılı Kanun kapsamında itiraz üzerine bölge idare mahkemesi ve Danıştay Birinci Dairesi tarafından verilecek kararlarının ise kesin olduğunu, istinaf ya da temyize tabi olmadığını hatırlatmakta yarar vardır.

Soruşturma açılmaması yönünde verilen kararların itiraza tabi kılınmayıp

⁴⁵ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 419; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 276; Doktrindeki başka bir tanıma göre idari işlem; "*idari makamlarca kamu gücü kullanılarak bir idari görevin veya işlevin yerine getirilmesi için yapılan, hukuk aleminde bir yenilik veya değişiklik meydana getiren, idarenin tek yanlı iradesi ile hukuki sonuç doğuran irade açıklamalarıdır.*" Tanım için bkz. Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 269; Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın idari işlem için yaptığı tanımlar için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2014) 361-362

⁴⁶ Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6/1/1982, RG. 20/1/1982, S. 17580



iptal davası yoluyla yargısal denetime tabi tutulduğu benzer bir durum da avukatlık mesleğini icra edenlerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların soruşturulması noktasında mevcuttur. Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesine göre avukatların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı ceza soruşturması yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın vereceği izne bağlıdır. Aynı Kanun'un 69'uncu maddesine göre, Adalet Bakanlığı'nın yapacağı inceleme sonucunda söz konusu iddianın kovuşturmaya değer görülmesi hâlinde dosya suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcılığına gönderilecektir. Ancak, Adalet Bakanlığı'nın suç iddiasını kovuşturmaya değer görmeyerek soruşturma izni vermemesi hâlinde ne şekilde hareket edileceğine ilişkin açık bir hükme Kanun'da yer verilmemiştir. Bu durumda da ilgili makamların verdiği soruşturma yapılmaması yönündeki kararların idari işlem niteliğinde olduğu ve bu idari işlemlere karşı iptal davası açmanın Anayasa'nın 125'inci maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında mümkün olduğunu ve yargı içtihatlarının da bu istikamette istikrar taşıdığını⁴⁷ belirtmekte yarar vardır.

Oysaki Kanun koyucu, soruşturma açılmaması kararlarına karşı bir itiraz müessesesi sevk etmek istediğinde, bunu açık bir kanun düzenlemesi ile yapabilecektir. Nitekim, kanun koyucunun tercihinin "itiraz" müessesesi ihdası yönünde olduğu durumlarda gerekli kanun düzenlemesini yaptığı ve bir boşluk ya da belirsizliğe mahal bırakmadığı görülmektedir. Örneğin; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 104'üncü maddesi⁴⁸, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 133'üncü maddesi⁴⁹ ve bu maddelere ilişkin müstakar

⁴⁷ Danıştay 8 D., E.2020/8084, K.2021/3104, 10.06.2021, Danıştay 8 D., E.2016/9958, K.2021/1242, 25.02.2021, Danıştay 8 D., E.2017/4904, K.2021/985, 17.02.2021.

⁴⁸ "Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar; Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Bakanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Kurum personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilişkili Bakana aittir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma izni verilmesi için, bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin olması gerekir. Soruşturma izni verilmesi hâlinde bu durum ilgililere tebliğ olunur. **Soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde Danıştay nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir.** İzin verilmiş olsa dahi, itiraz süresi geçene kadar veya Danıştaya yapılan itiraz sonucunda hüküm tesis olunana kadar soruşturma başlatılamaz."

⁴⁹ "Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar; Kurul Başkan ve üyeleri için ilgili Bakanın, Kurul personeli için ise Bakanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Kurul üyeleri

Danıştay kararlarından⁵⁰ da görüleceği üzere anılan Kurul Başkan ve üyeleri ile personeline ilişkin soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine Danıştay nezdinde bir “itiraz” yolu öngörölmüş, idare mahkemesi ya da Danıştay nezdinde genel hükümlere göre açılacak bir iptal davasına imkân tanınmamıştır.

Açıklanan tüm bu nedenlerle, yükseköğretim personeli hakkında şikâyet üzerine ceza soruşturması açılmamasına ilişkin kararların 2547 sayılı Kanun’un 53/c maddesi gereğince “itiraz” üzerine Danıştay Birinci Dairesince ya da ilgili Bölge İdare Mahkemesince incelenebilecek nitelikte kararlar olmadığını söylemek mümkündür. Danıştay Birinci Dairesince, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uyarınca inceleme yapabilmesi için anılan şikâyet üzerine bir soruşturma emri verilerek bir ceza soruşturması yaptırılmış, bu soruşturma sonucunda da yetkili kurullar tarafından “lüzum-u muhakeme” ya da “men-i muhakeme” niteliğinde bir karar verilmiş olması gerekir. Bunun dışındaki, şikâyet üzerine ilgililer hakkında ceza soruşturması başlatmamak yönünde irade ortaya koyan ve ceza soruşturması yapılmasına engel olan, niteliği itibarıyla kesin ve yürütülmesi gerekli, iptal davasına konu edilebilecek bir idari işlem olan, dolayısıyla men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararı niteliğinde olmayan bir idari işlemin itiraz yoluyla incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Nitekim, Danıştay Birinci Dairesi’nin müstakar kararlarında⁵¹ da yükseköğretim personeli olan kişiler hakkında suç işledikleri iddiası ile yapılan şikâyetler üzerine herhangi bir soruşturma yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kararlara karşı şikâyetçi tarafından yapılan itirazların incelenmesine hukuki imkân bulunmadığı ve bu tür başvuruların incelenmeksizin reddi gerektiği yönünde hüküm tesis edilmektedir.

ile Kurul personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Kurul personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilgili Bakana aittir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurul personeli hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma izni verilebilmesi için, bu kişilerin kendilerine çıkar sağlamak veya Kurula zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine çıkar sağlamış oldukları hususunda açık ve yeterli emarelerin bulunması gerekir. Soruşturma izni verilmesi hâlinde bu durum ilgililere tebliğ olunur. Soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Danıştay nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir. İzin verilmiş olsa dahi, itiraz süresi geçene kadar veya Danıştaya yapılan itiraz sonucunda hüküm tesis olunana kadar soruşturma başlatılamaz.”

⁵⁰ Danıştay 1 D., E.2020/1060, K.2020/1172, 29.9.2020, Danıştay 1 D., E.2021/972, K.2021/947, 15.6.2021, Danıştay 1 D., E.2019/1705, K.2019/1665, 11.2019, Danıştay 1 D., E.2019/2024, K.2019/2104, 26.12.2019.

⁵¹ Danıştay 1 D., E.2018/165, K.2018/268, 7.3.2018; Danıştay 1 D., E.2021/1397, K.2021/1345, 5.10.2021; Danıştay 1 D., E.2021/961, K.2021/906, 9.6.2021.

SONUÇ

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri, yükseköğretim kurumları yöneticileri, yükseköğretim kurumlarında görevli kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanları ve bu kurumların 657 sayılı DMK'ya tabi memurlarını kapsayan yükseköğretim personelinin görevleri dolayısıyla ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yapılacak ceza soruşturması 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesindeki hükümlere tabidir. Söz konusu düzenlemenin ilk hâline göre yükseköğretim personelinin suç işlediğine yönelik bir ihbar veya şikâyetin yetkili makamlara ulaşması durumunda başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın ceza soruşturması başlatılmaktaydı.

2/12/2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanun ile Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda yükseköğretim personelinin ceza soruşturmasına başlanmadan önce tatbik edilebilecek bir "inceleme aşaması" ihdas edilmiştir. Buna göre; yükseköğretim personelinin suç işlediğine yönelik bir iddiayı öğrenen yetkili makamlar doğrudan soruşturma başlatabilecekleri gibi, soruşturma öncesinde inceleme yaptırıp bu incelemenin sonucuna göre soruşturmanın yapılmasına ya da yapılmamasına karar verebilecektir. Bu değişikliğin gerekçesi, yükseköğretim personelinin her ihbar veya şikâyet üzerine gereksiz soruşturmalara tabi tutulup yıpranmasının ve bu kişilerin yerine getirdiği kamu hizmetinin sekteye uğramasının önlenmek istenmesi olarak açıklanmıştır.

Söz konusu kanun değişikliği ile yükseköğretim personelinin ceza soruşturmalarında geçerli olmak üzere bir inceleme aşaması ihdas edilmiş olsa da bu inceleme aşaması sonucunda verilen soruşturma başlatılmaması kararlarına karşı başvurulacak yasal yol konusunda herhangi bir hüküm ihdas edilmemiştir. Daha açık bir ifade ile söz konusu soruşturma başlatılmaması kararlarına karşı itiraz yolunun mu iptal davası yolunun mu açık olduğu hükme bağlanmamıştır. Doktrindeki, Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinin sekizinci fıkrasında yapılan yollama uyarınca 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı yönündeki görüşlere rağmen, 4483 sayılı Kanun'daki ihbar veya şikâyetlerin işleme konulmaması müessesesinin amaç ve kapsamı itibarıyla farklılığı nedeniyle bu görüşlere itibar edilememiştir. Nitekim yerleşik yargı içtihatları da Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesi kapsamında verilen soruşturma açılmaması yönündeki kararlara karşı itiraz yolunun değil iptal davasının öngörüldüğü yönünde istikrar kazanmıştır.

Soruşturma izni verilmemesi durumunda başvurulacak yolun belirlenmesi hususunda, 4483 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektiren, 2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesinde doldurulması gereken yasal bir boşluk bulunmadığı, 6764 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesiyle 2547 sayılı

Kanun'un 53/c maddesinde yapılan değişikliğin, sadece yetkili makamlara idari işlem tesis etmek noktasında takdir hakkı tanıyan bir düzenleme mahiyeti taşıdığı, yetkili makamlarca bu takdir hakkının, yetki, şekil, konu, amaç ve sebep öğelerinden oluşan tipik bir idari işlem tesisi ile kullanılacağı, çeşitli kanunlarda olduğu gibi kanun koyucunun münhasıran itiraz yolunu öngörmediği soruşturma izni verilmemesi yönündeki kararların özel bir hükme ihtiyaç duyulmaksızın, Anayasa'nın 125'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükmüne istinaden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesi kapsamında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığının bu idari işlemin yargısal denetimi ile görevli ve yetkili idari yargı yerlerince menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davası üzerine yargı denetimine tabi kılındığı açıktır.

KAYNAKÇA

Ayturan B, 'Yükseköğretim Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Soruşturulması' (2018) 9(35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 429-467

Başköy S, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Uygulaması (4. Baskı, Anıl Matbaa ve Ciltevi 2006)

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası, Beta Yayınevi 2012)

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)

Duman B, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)

Eren A, 'Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması' (2000) 55(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 55-79

Gökcan HT ve Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2016)

Gözübüyük AŞ ve Tan T, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar (10. Bası, Turhan Kitabevi 2014)

Gürgen L, '2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü' (2018) 6(11) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 145-168

Mesci H ve Aydın V, 'Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü' (2017) 7(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-91



Öztürk B (editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2014)

Salihoğlu E ve Demirkol S, 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler (3. Baskı, Beta Yayınevi 2010)

Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Turhan MK ve Seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019)

Şahin C, Ceza Muhakemesi Hukuku I (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2018)

Şahin İ, '4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-319

Şahin F, '4483 Sayılı Yasaya Göre İşleme Konulmayacak İhbar ve Şikayetler ve Haksız İsnatta Bulunanlara Karşı Açılacak Olan Ceza ve Tazminat Davaları' (2003) 75(440) Türk İdare Dergisi 89-111

Toroslu N ve Fezyioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2018)

Ulusoy AD, Yeni Türk İdare Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)

Uz A, 'Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanunun Ön İnceleme Ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu' (2014) 2(1) International Anatolia Academic Online Journal 73-86

Yenisey F ve Nuhoglu A, Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018)

Yılmaz D, 'Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri' (2013) 17(1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-125

SPONTANE İZOMORFİZM PERSPEKTİFİNDEN BAKAN YARDIMCILIĞI VE MÜSTEŞARLIK POZİSYONLARININ KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ*

Comparative Evaluation of the Deputy Ministry and Undersecretary Positions from the Perspective of Spontaneous Isomorphism: The Case of Turkey

Yusuf COŞKUN**

Cemal YORGANCIOĞLU***

Öz

Kamu sektörü örgütlerinin genellikle ticari firmaları ve kâr amacı gütmeyen kuruluşları yapı bozuma uğrattığı görülse de devlet kurumlarının kendileri sadece ara sıra kurumsal baskıların öznesi olarak incelenmiştir. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ni, kurumsal izomorfizm kuramına dayalı uygulamalarını, zorlayıcı izomorfizm, mimetik süreçler ve normatif baskılarla ele alarak inceleme ve Türkiye'deki değişen bakanlık idari uygulamalarını göz önünde bulundurarak 'bakan yardımcılığına' uygun bir uyum modeli bulma amaçlanmaktadır ve çalışmanın metodolojisinde nitel bir yaklaşım kullanılmıştır. Sonuç olarak bakan yardımcılığını modellemek için ne mimetik, normatif izomorfizm ne de zorlayıcı izomorfizm yeterli değildir. Bunun yerine çalışmada 'spontane izomorfizm' (Sağsan ve diğ., 2011) kavramı kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yeni Kurumsalcılık, Kurumsal İzomorfizm, Kamu Sektörü, Bakan Yardımcılığı, Müsteşarlık, Spontane İzomorfizm

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.11.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Bu makale Yakın Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yürütülen "Kurumsallaşma Kuramı Perspektifinden Bakan Yardımcılığı Pozisyonunun Meşruiyet Sorunu: Türkiye Örneği" isimli doktora tezi çalışmasından üretilmiştir.

** Yakın Doğu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi, yusufcoskun.12700@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4154-9166>

*** Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi, cemal.yorgancioglu@baucyprus.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2885-7853>

**** Teşekkür: Değerli katkıları için Prof. Dr. Mustafa Sağsan'a ve makalenin anonim hakemlerine teşekkür ederiz.



Abstract

While public sector organizations often appear to deconstruct commercial firms and nonprofits, government agencies themselves have only occasionally been studied as subjects of institutional pressures. This study aims to examine the Presidential Government System, its applications based on institutional isomorphism theory, by dealing with coercive isomorphism, mimetic processes and normative pressures and to find a suitable adaptation model for the 'deputy minister' by considering the changing ministerial administrative practices in Turkey and used a qualitative approach in its methodology. Consequently, 'neither mimetic, normative isomorphism nor coercive isomorphism is sufficient to model' the deputy minister. Rather, the concept of 'spontaneous isomorphism' (Sağsan et al., 2011) was used in the study.

Keywords: New institutionalism, Institutional isomorphism, Public sector, Deputy Minister, Undersecretariat, Spontaneous isomorphism

GİRİŞ

Kurumsal izomorfizm, bir alandaki örgütlerin homojenliğini açıklamak için kurumsal kuramın merkezinde yer alan bir kavramdır. DiMaggio ve Powell (1983), izomorfizmin meydana geldiği zorlayıcı, mimetik ve normatif dâhil olmak üzere farklı mekanizmaları sunan bir çerçeve geliştirmiştir.¹ Bu çalışmanın amacı, Türkiye'deki değişen idari sistem uygulamalarını göz önünde bulundurarak 'bakan yardımcılığına' uygun bir uyum modeli bulmaktır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde bakanlıklar arasında idari anlamda güçlü ilişkiler vardır. Makalenin temel araştırma konusu, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin en iyi uygulamaları modellenerek bakanlıklar özelinde bakan yardımcılığına geçişin nasıl başarılı bir şekilde gerçekleştirilebileceğidir. Değişikliklerin doğasının idari bağlamda değerlendirilmesini sağlayan temel örgütsel kuramlardan biri de yeni kurumsal kuramdır. Yeni kurumsalcılık, meşrulaştırma ve toplumsal yeniden üretim süreçlerine en çok dikkat eden kuramlardan biridir. Örgütsel ortamlar, kültürel öğelerden yani doğal kabul edilen inançlardan ve örgütlenme için şablon görevi gören kuralları yaygın olarak ilan edenlerden oluşmaktadır. Kurumsal yeniden üretim; devlet, meslek veya örgütsel alanlardaki baskın aktörler gibi güçlü merkezî aktörlerin talepleriyle ilişkilendirilmiştir. Örgütsel alanlarda gücün elde edilmesi ve sürdürülmesi, egemen örgütlerin sürekli olarak, özellikle de yeni gelenlerin ortak bir dünyaya sosyalleşmesi yoluyla ya da devletin ve onun yargı kolunun desteği yoluyla kontrol stratejilerini yürürlüğe koymalarını gerektirmektedir.²

¹ Paul J. DiMaggio and Walter W. Powell, 'The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields' (1983) *American sociological review*, 48, no. 2, s.147 vd.

² Paul J. DiMaggio and Walter W. Powell (eds), *Introduction* in Walter W. Powell and Paul J. DiMaggio (eds), *The new institutionalism in organizational analysis*, (University of Chicago Press, 1991), s.26 vd.

Kuramın temel araştırma konusu, örgütleri bu kadar benzersiz kılan şeydir. Kuram, örgütsel biçimler ve uygulamalar arasında neden bu kadar şaşırtıcı bir homojenlik olduğunu bulmaya çalışmaktadır. Örgütler, kendi alanlarında daha meşru veya başarılı olduğunu düşündükleri benzer örgütlerden sonra kendilerini modelleme eğilimindedir. Kuram, benzer kurum biçimlerinin çok farklı sosyal ve politik ortamlarda ortaya çıktığını savunmaktadır.

1. YENİ KURUMSAL KURAMDA KAMU SEKTÖRÜ

Örgütsel analizde yeni kurumsallık, çok çeşitli kuramsal, metodolojik ve maddi çıkarları barındırmaktadır.³ Birçok kurumsal araştırma alanını sıralamak ve sınıflandırmak için çok fazla çalışma yapılmış olmasına rağmen kuram, bilimsel bir kuramdan çok, bir yönelim olmaya devam etmektedir. Kurumsal argümanlar arasındaki farklılıklar dikkate değerdir ancak birkaç merkezî konu ve tema, yaklaşımı birleştirmektedir. Kuramın öncül ifadeleri, örgütlerin uğradığı sembolik ve törensel dönüşümü, ayrı bir maliyet ve fayda hesabı yerine kurumsal ortamdaki mitleri yansıtan değişimleri vurgulamıştır.⁴ Diğer erken çalışmalar; izomorfik dönüşüm,⁵ çelişkiler,⁶ sebat/kalıcılık,⁷ yayılma/difüzyon⁸ ve kurumsallaşma⁹ gibi süreçlere odaklanmıştır. Bu kuram; açık ve kesin ifadelerin birçoğunda ve bugüne kadar yürütülen kurumsal vaka incelemelerinde, devlet kurumları ve kâr gayesi gütmeyenle kâr etmeyen örgütlerde, kurumsal değişimin tetiklenmesinde ve başlatılmasında bazen finansman kontrolleri yoluyla baskı uygulayarak bazen de düzenleme yetkilerinin kullanılmasyla kritik bir rol oynamaktadır.

Meşruiyet, tatmin edici davranış, yapısal ayrışma ve sembollere verdiği önemle yeni kurumsallık; az ya da çok, rasyonel eylem modeline dayanan

³ W. Richard Scott, 'Unpacking institutional arguments' in Walter W. Powell and Paul J. DiMaggio (eds), *The new institutionalism in organizational analysis*, (University of Chicago Press, 1991), s.164 vd.

⁴ John W. Meyer and Brian Rowan, 'Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony' in Walter W. Powell and Paul J. DiMaggio (eds), *The new institutionalism in organizational analysis*, (University of Chicago Press, 1991), s.41 vd.

⁵ Pamela S. Tolbert and Lynne G. Zucker, 'Institutional sources of change in the formal structure of organizations: The diffusion of civil service reform, 1880-1935' (1983) *Administrative science quarterly*, 28, no. 1, s.22 vd.

⁶ Roger Friedland and Robert R. Alford, 'Bringing society back in: Symbols, practices and institutional contradictions' in Walter W. Powell and Paul J. DiMaggio (eds), *The new institutionalism in organizational analysis*, (University of Chicago Press 1991), s.232 vd.

⁷ Lynne G. Zucker, 'Where do institutional patterns come from? Organizations as actors in social systems' (1988) *Institutional patterns and organizations: Culture and environment* 20, no. 3, s.23 vd.

⁸ Pamela S. Tolbert and Lynne G. Zucker, (1983).

⁹ Scott, (1991).



işlem maliyetleri ekonomisi,¹⁰ nüfus ekolojisi¹¹ ve kaynak bağımlılığı kuramı¹² gibi rakip kuramlardan büyük bir uzaklaşmayı temsil etmektedir. Gerçekten de yeni kurumsal araştırmalar boyunca ortak bir konu, örgütleri verimliliği en üst düzeye çıkarmakla çok az ilgisi olabilecek uygulamaları takip eden olarak görme ve yapının örgütsel amaçtan ayrılabilceğini anlama taahhüdüdür. Örgütler her zaman performanslarını artıran stratejileri, yapıları ve süreçleri benimsemezler. Bunun yerine dış inceleme ve düzenlemeyi takiben baskılara tepki verirler ve bunlara uyum sağlamanın yollarını ararlar.

Kurama yapılan daha belirgin katkılardan üçüne dayanarak, hükümet eyleminin veya daha genel ifadeyle devlet müdahalesinin sürekli olarak diğer örgütlerin yapısal dönüşümünü başlatmada merkezi bir işlev oynayacak şekilde tasarlandığı ileri sürülebilmektedir. Yeni kurumsalcılık genellikle örgütlerin kültürel bir kuramı olarak düşünülse de ritüellerin ve rollerin örgütler arası yayılımını vurgulamaktadır. Yeni kurumsalcılık, kurumsallaşmanın itici güçleri ve tetikleyicileri olarak kamu sektörü örgütlerine işaret eden siyasi bir çekirdeğe sahiptir. Devlet; ruhsatlandırma (lisanslama), denetim ve düzenleme yoluyla kâr amacı gütmeyen ve ticari örgütler üzerinde hareket eden kollar gibidir. Kurumsalcılık'ın üç ufuk açıcı formüllemesi, kamu sektörü örgütlerinin bu örgütlerin geçirdiği sembolik ve izomorfik değişimleri körüklemeye merkeziliğinin anlaşılmasına yönelik yavaş bir ilerlemeyi bir araya getiren bir formülleme olarak görülebilir.

Meyer ve Rowan'ın (1991) ilk çalışmaları, örgütsel yapıyı iş faaliyeti ile gevşek bir şekilde bağlantılı olarak tasvir etmiş ve rolleri, mitleri ve törenleri örgütsel alanlarda ortaya çıkan ve yayılan olarak görmüştür.¹³ Yoğun ilişkisel ağlar ve yerel örgütlerin liderliği de dâhil olmak üzere çeşitli kurumsallaşmış efsane kaynakları vardır. Bununla birlikte kurumsal mitlerin yayılmasını hızlandıran tek faktör bunlar değildir. Siyasi ve hukuki kısıtlamalar tüm bu süreçte merkezi bir rol oynamaktadır: “Belirli örgütsel uygulamalar tarafından üretilen ve ilişkisel ağlar aracılığıyla yayılan mitler, rasyonel olarak etkili oldukları varsayımına dayalı meşruiyete sahiptir. Ancak birçok mitin yasal zorunluluklara dayalı meşruiyeti de vardır”.¹⁴ Örgütsel uygulamalar sahneye çıkabilir ve kamu sektörü örgütlerinden gelen dış baskılar nedeniyle kabul görebilir: “Yasama ve yargı makamları yasal yetkileri yaratır ve yorumlar;

¹⁰ Oliver E. Williamson, ‘The economics of organization: The transaction cost approach’ (1981) *American Journal of Sociology*, 87, no.3, s.548 vd.

¹¹ Michael T. Hannan and John Freeman, *Organizational ecology* (Harvard University Press, 1989).

¹² Jeffrey Pfeffer Gerald Salancik, *The external control of organizations: A resource dependence perspective* (Harper & Row, 1978).

¹³ Meyer and Rowan, (1991).

¹⁴ Meyer and Rowan, (1991), s.48.

eyalet ve federal hükümet, liman yetkilileri ve okul bölgeleri gibi idari kurumlar uygulama kurallarını belirler; meslekleri icra etmek için ruhsatlar ve ehliyetler gerekli hale gelir".¹⁵ Yasal ve düzenleyici baskılar arttıkça kâr amacı gütmeyen ve ticari örgütler, artan düzeyde kurumsallaşmış kural ve izleklerle yanıt verirler. Mitler ve törenler bakımından zengin örgütsel alanlar, çevredeki güçler tarafından örgütlere baskı uygulandığında inşa edilir. Devlet kurumları, bir düzeyde (yasalar veya yönetmelikler yoluyla) çoğu kuruluşla temas hâlinde olan en güçlü ve etkili çevresel aktörlerden bazılarıdır.

Aynı sorunlardan bazılarını bakarak DiMaggio ve Powell (1983), kurumsallaşmayı yönlendiren üç güç belirlemiştir: Siyasi etkiden ve meşruiyet ihtiyacından kaynaklanan zorlayıcı izomorfizm, belirsizliğe verilen standart tepkilerden kaynaklanan mimetik izomorfizm ve profesyonelleşme ile ilişkili normatif izomorfizm.¹⁶ Bu üç mekanizma örtüşebilir ve iç içe geçebilir ancak farklı koşullardan kaynaklanma eğilimindedir. Analitik düzeyde yalnızca zorlayıcı izomorfizm, örgütsel alanı çevreleyen çevre ile bağlantılıdır. Mimetik ve normatif süreçler alanın içindedir, rollerin ve yapıların yayılmasını açıklamaya yardımcı olur. Örgütler dışarıdan zorlayıcı incelemeye, değerlendirmeye ve düzenlemeye tabi tutulduklarında savunmacı bir şekilde tepki verme ve izomorfik dönüşüme yönelme eğilimi gösterirler. Dışarıdan gelen baskılar arttıkça örgütler, uygulamalarını değiştirerek bu baskıyı dağıtmanın ya da ortadan kaldırmanın yollarını bulmaya yönlendirilmektedirler. Değiştirmenin en kolay yollarından biri, yasalar veya devlet kurumları tarafından meşru olarak tanımlanan bu rutinleri ve yapıları benimsemektir. Bunu yapmak, çatışmayı en aza indirerek hayatta kalmayı sağlayabilir. Kurumsallaşma süreci, örgütsel bir alan fikriyle yakından bağlantılıdır. Sadece örgütlerin doğal etkileşiminin bir ürünü olarak ortaya çıkmaktan ziyade, alanlar bir amaç için inşa edilir. Alanlar; zorlayıcı, taklitçi ve normatif izomorfizmin nihai ürünleridir ve örgütsel biçimlerin yavaş homojenleşmesini ve yakınsamasını yansıtır. DiMaggio ve Powell (1983), alanların ortaya çıkışı konusunda güçlü bir pozisyon alarak, bunların inşa edildiğini ve standardizasyon ve profesyonelleşmeyi besleyen bilgi ağları olarak hizmet ettiklerini öne sürmektedirler.¹⁷ DiMaggio ve Powell (1983), örgütleri izomorfizm ve yakınsama yönünde zorlamada devletin rolünü vurgulayarak Meyer ve Rowan'ın (1991)¹⁸ önceki formülasyonuna önemli bir katkı sağlamaktadırlar.

Kamu sektörü örgütleri, diğer örgütleri müteakip bir kurumsal hesapta yakınsamayı teşvik eden daha da merkezi aktörler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu, iki parçalı bir kurumsal değişim kuramına yol açacaktır: Bunlardan

¹⁵ Meyer and Rowan, (1991), s.48.

¹⁶ DiMaggio and Powell, (1983).

¹⁷ DiMaggio and Powell, (1983).

¹⁸ Meyer and Rowan, (1991).



birincisi, örgütler hükûmet baskısına maruz kalmakta ve kurumsal mitleri benimsemektedir. İkincisi ise stratejiler ve yapılar yayılır ve homojenleştirilmiş bir örgütsel alan yaratılır.¹⁹ Büyük yeni düzenlemeler ve yasalar her yürürlüğe konduğunda tüm süreç yeniden başlar. Böylece, düzenleyici devlet ve örgütsel alan karşılıklı olarak güçlendirici bir hamle ve karşı hamle oyununa kilitlenecektir. Özetle kurumsal kuramın gelişimindeki üç erken ve önemli ifade, devletin meşru örgütsel biçimlerin üretilmesi ve yayılmasındaki rolünün tutarlı bir şekilde takdir edildiğini ifade ediyor olarak görülebilir. Meyer ve Rowan (1991), hükûmetin kurumsallaşmada oynadığı işlevi tartıştılar.²⁰ Powell ve DiMaggio (1991)²¹ ise devlet güdümlü zorlayıcı izomorfizmin merkeziliğini kabul etmişlerdir ancak mimetik ve normatif izomorfizme eşit derecede vurgu yapmışlardır.

Fligstein'in (1990) çalışmasında, kamu sektörü nihayet kurumsal plan çizgisinde merkezî aktör olarak ortaya çıkmış ve düzenlemeler, örgütleri homojenleştirmeye ve farklı kurumsal kontrol kavramlarını benimsemeye yönlendirmiştir.²² Kamu sektörü örgütleri, kurumsallaşmanın itici güçlerinin açıklamalarında önemli bir yer tutsa da bu örgütler, başlatmalarına yardımcı oldukları aynı türden baskılara tabi olarak yeterince kavramsallaştırılmamıştır. Kamu sektörü örgütlerinin temel özelliklerinin onları yalnızca kurumsal baskılar yaratma yeteneğine sahip olmakla kalmayıp, aynı zamanda bu baskılara karşı potansiyel olarak çok savunmasız hâle getirdiği görülmektedir.

2. KURUMSAL İZOMORFİZM

'İzomorfizm', bir varlığı diğerine benzer yapan şeydir. Örgütler; paylaşılan kaynaklar, tüketiciler ve ürün türü aracılığıyla ilişkili olduklarında izomorfizme uğrama (eş biçimliliğe maruz kalma) ve bir sektördeki diğer kuruluşlarla homojen olma eğilimindedir.²³ Kurumsal kuram, yeni modellerin bir örgüt tarafından benimsendiğini ve başarılı olduğu doğrulandıktan sonra modelin tüm endüstriye yayıldığını ve tüm firmaların birbirine benzer şekilde büyümesine neden olduğunu öne sürmektedir.²⁴ Kurumsal izomorfizmin belki de en önemli destekçileri ve kuramcıları DiMaggio ve Powell'dır (1991). Onlar, örgütlerin bürokratikleşme ve rasyonelleşme yoluyla daha homojen hâle gelirken öte yandan örgütlerdeki yapısal değişimlerin rekabet veya verimlilik ihtiyacı nedeniyle giderek daha az yönlendiriliyor gibi görüldüğünü iddia etmektedirler. Ayrıca Meyer ve Rowan (1991), örgütlerin, toplumun

¹⁹ Neil Fligstein, *The transformation of corporate control* (Harvard University Press, 1990).

²⁰ Meyer and Rowan, (1991).

²¹ Powell and DiMaggio, (1991).

²² Neil Fligstein, (1990).

²³ DiMaggio and Powell, (1983); Meyer and Rowan, (1991).

²⁴ Jens Beckert, 'Institutional isomorphism revisited: Convergence and divergence in institutional change' (2010) *Sociological theory*, 28, no.2, s.150 vd.

öngördüğü normları ve düzenlemeleri benimseyerek, onları eş biçimli hâle getirerek meşruiyet elde ettiğini öne sürmektedirler.²⁵ Bu anlamda toplumların gelişmesiyle birlikte bürokrasi için rasyonel-yasal bir format etrafında yakınlaşma eğilimi olacağını savunan Max Weber'e kadar uzanacak bir yazın ile de karşı karşıya kalılabilmektedir.²⁶

Modern örgüt kuramlarının çoğu, çeşitli ve farklılaşmış örgütler dünyası varsaymaktadır. Kuramın metodik yaklaşımı da aynı şekilde varyasyonu açıklamaya yöneliktir. Bunun yerine DiMaggio ve Powell, örgütsel biçimler ve uygulamalarda neden bu kadar şaşırtıcı bir homojenlik olduğunu sormaktadır ve çeşitliliği (varyasyonu) değil, homojenliği açıklamaya çalışmaktadırlar.²⁷ Gerekece olarak ise yaşam döngülerinin ilk aşamalarının örgütsel alanlar yaklaşım ve biçim açısından önemli çeşitlilik gösterebileceğini, bununla birlikte bir alanın yeterince kurulduktan sonra homojenleşmeye doğru amansız bir itmenin gerçekleşeceğini varsaymaktadırlar. Bu bağlamda çeşitli örgütlerin faaliyetlerinin bir sonucu olarak, bir örgütsel alanın ortaya çıkışı, yapılandırılması ve devamında bu örgütlerin ve yeni girenlerin de alan kurulduktan sonra homojenleştirilmesi olarak değerlendirilebilir.

Örgütsel alan; kurumsal yaşamın tanınan bir alanını oluşturduğunu varsaymakla önemli (kilit) tedarikçileri, kaynak ve ürün tüketicilerini, düzenleyici kurumları ve benzeri hizmet veya ürünleri üreten diğer örgütleri kapsamaktadır. Bağlanırlık/bağlantısallık (*connectivity*) hem resmî sözleşme ilişkilerini hem de personel akışları gibi gayri resmî örgütsel düzey bağlarını içeren işlemlerin varlığıdır.²⁸ Yapısal denklik (*structural equivalence*)²⁹ bir ağ yapısındaki konumun benzerliğini ifade etmektedir. Meşruiyet (*legitimacy*),³⁰ kuramın bir diğer önemli kavramıdır ve örgütün, böyle bir örgütün ne yapması gerektiği konusunda toplumsal olarak öngörülen diktelere karşılık gelen eylemleri hakkında hikâyeler inşa etmeye eğilimli olduğunu savunmaktadır. Hikâyeler, potansiyel olarak etkili halkı değiştirmek için sembolik güvence biçimleri şeklinde kullanılmıştır.³¹

²⁵ Meyer and Rowan, (1991).

²⁶ B. Guy Peters, *Institutional theory in political science: The new institutionalism* (Continuum, 2001), s.103.

²⁷ DiMaggio and Powell, (1983), s.148.

²⁸ Edward O. Laumann, Joseph Galaskiewicz, and Peter V. Marsden. 'Community structure as interorganizational linkages' (1978) *Annual review of sociology* 4, no. 1, s.455 vd.; Michael T. Hannan and John Freeman, 'The population ecology of organizations' (1977) *American journal of sociology* 82, no. 5, s.929 vd.

²⁹ Harrison C. White, Scott A. Boorman and Ronald L. Breiger. 'Social structure from multiple networks. I. Blockmodels of roles and positions' (1976) *American journal of sociology* 81, no. 4, s.730 vd.

³⁰ Meyer and Rowan, (1991).

³¹ Mark S. Mizruchi and Lisa C. Fein. 'The social construction of organizational knowledge: A



Meyer ve Rowan (1991); örgütlerin, toplumun öngördüğü normları ve düzenlemeleri benimseyerek, onları eş biçimli hâle getirerek meşruiyet elde ettiğini öne sürmektedir.³² Bürokratikleşme ve rasyonalizasyon, bireylerin rasyonel davranmasını sağlayan ve tüm örgütleri homojen bir şekilde şekillendiren iki tarihi kavramdır.³³ Bu homojenleşme; sahadaki kuruluşların aynı kaynaklar, tüketiciler ve ürünler aracılığıyla etkileşime girmesi veya birbirine bağımlı olması, bireylerin benzer rasyonel kararlar alması ve kuruluşların çevresel koşullara benzer tepki vermesiyle gerçekleşir. Bir organizasyonun başlangıcından olgunluğa kadar olan bu homojenleşme sürecine ‘kurumsal izomorfizm’ denir. DiMaggio ve Powell’a (1983) göre kurumsal izomorfizmin üç mekanizması vardır. Örgütler sadece kaynaklar ve müşteriler için değil, siyasi güç ve kurumsal meşruiyet, sosyal ve ekonomik uygunluk için de rekabet ederler. Kurumsal izomorfizm kavramı, modern örgütsel yaşamın büyük bir kısmını saran siyaseti ve törenleri anlamak için de yararlı bir araçtır. Bu bağlamda “*kurumsal izomorfik değişimin meydana geldiği, her biri kendi öncüllerine sahip üç mekanizmayı belirleriz: Siyasi etkiden ve meşruiyet sorunundan kaynaklanan zorlayıcı izomorfizm; belirsizliğe verilen standart yanıtlardan kaynaklanan mimetik izomorfizm ve profesyonelleşme ile ilişkili normatif izomorfizm[dir]*”³⁴ sonucu ortaya çıkar.

Üç izomorfizm kavramı belirli durumlarda örtüşebilir veya karışabilir ancak bunları etkileyen çevresel koşullar farklıdır.³⁵ Örgütler, gelecek iş planlarını geliştirmede mimetik ve zorlayıcı eş biçimlilikten etkilenirken³⁶ meslek birliklerine mensup üyeleri olan örgütlerde normatif eş biçimlilik not edilmiştir.³⁷ Kurumsal izomorfizm; örgütlerin benzer yapıları, stratejileri, süreçleri benimsemelerine yol açar.³⁸ İzomorfizm, bir nüfustaki bir birimi aynı çevresel koşullar kümesiyle karşı karşıya kalan diğer birimlere benzemeye zorlayan bir süreci gösteren homojenlik kavramından ortaya çıkmıştır.³⁹ İzomorfizm kuramı, aktörlerin rasyonel veya ihtiyatlı olarak algıladıkları

study of the uses of coercive, mimetic, and normative isomorphism’ (1999) *Administrative science quarterly* 44, no. 4, s.656.

³² Meyer and Rowan, (1991).

³³ M. Tina Dacin, ‘Isomorphism in context: The power and prescription of institutional norms’ (1997) *Academy of management journal* 40, no. 1, s.46 vd.

³⁴ DiMaggio and Powell, (1983), s.150.

³⁵ Peter Frumkin and Joseph Galaskiewicz, ‘Institutional isomorphism and public sector organizations’ (2004) *Journal of public administration research and theory* 14, no. 3, s.283 vd.

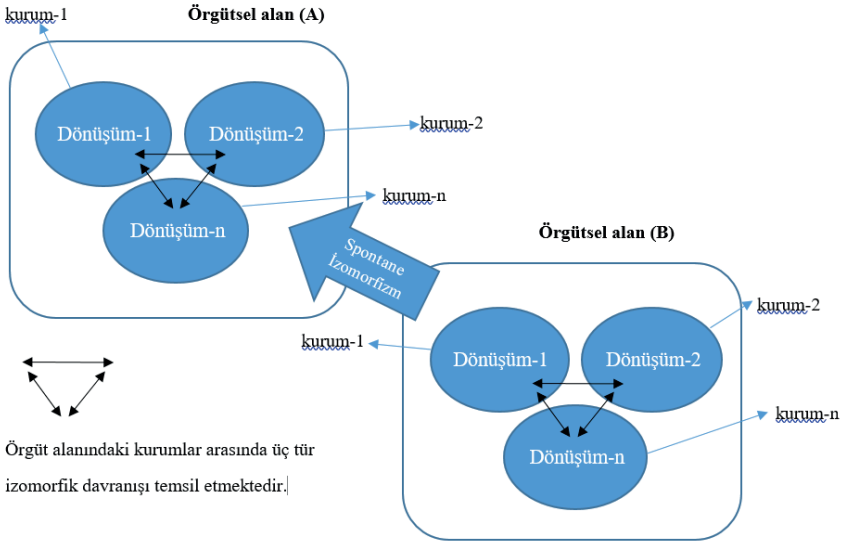
³⁶ Benson Honig and Tomas Karlsson, ‘Institutional forces and the written business plan’ (2004) *Journal of management* 30, no. 1, s.29 vd.

³⁷ Frumkin and Galaskiewicz, (2004).

³⁸ Meera Srinivasan and Liane V. Davis, ‘A shelter: An organization like any other?’ (1991) *Affilia* 6, no. 1, s.38 vd.; DiMaggio and Powell, (1983).

³⁹ Roderick D. McKenzie and Amos H. Hawley, *On human ecology: Selected writings edited and with an introduction by Amos H. Hawley* (University of Chicago Press, 1968).

seçim aralığının yapısal belirleyicilerini de ele almaktadır.⁴⁰ Bu anlamda, yazında iki tür “rekabetçi ve kurumsal” (*competitive and institutional*) eş biçimlilik bulunmaktadır.⁴¹ Rekabet; piyasa rekabetini, niş değişimini, zindelik önlemlerini vurgulayan bir sistem rasyonelliği varsayarak rekabetçi izomorfizmle ilgilidir.



Şekil 1. Spontane İzomorfizm Modeli⁴²

Öte yandan yazında bahsi geçen üç izomorfizm örneğinin vakayı tam olarak veya yalnız başına açıklayamadığı durumlar için “*Spontane İzomorfizm*” modeli (Sağsan ve diğ., 2011, s. 130)⁴³ önerilmiştir. Bu tür bir izomorfizm, çıkar davranışı (finansal, sosyal veya ekonomik) için değildir ve ortak tarihsel kökleri olan alanlardan (ortak milletlerden, ortak dinlerden, ortak kültürlerden vb.) ortaya çıkabilir. Alanlar ile ‘alandaki kurumlar arasında’ herhangi bir beklenti olmaksızın güçlü bir bağ ve karşılıklı bağ vardır.⁴⁴

⁴⁰ DiMaggio and Powell, (1983), s.149.

⁴¹ John W. Meyer, ‘The Impact of the Centralization of Educational Funding and Control on State and Local Organizational Governance’ (Stanford University, Program report No: 79-B20, 1979); Mary L. Fennell, ‘The effects of environmental characteristics on the structure of hospital clusters’ (1980) *Administrative science quarterly* 25, no. 3, s.485 vd.

⁴² Mustafa Sağsan, Şerife Eyüpoğlu and Tülen Saner, ‘Institutional isomorphism between the TRNC and Turkey for e-government strategy: What encourages spontaneous isomorphism?’ (2011) *International Journal of eBusiness and eGovernment Studies* 3, no. 1, s.130.

⁴³ Sağsan, Eyüpoğlu and Saner, (2011), s.130.

⁴⁴ H. Cenk Sozen and Mustafa Sağsan, ‘Social networks versus technical networks: How different social interaction patterns effect information system utilization in the organizations’

Örgütsel sadakat en üst düzeydedir ve hâkimiyet aktörü yoktur. Bu nedenle (A) ve (B) arasındaki ilişkinin uzun süre devam edebilmesi için yapısal denklik ilkesine uyulmalıdır çünkü ilke, herhangi bir örgütsel alanda dönüşüm sürecinin sonunda bir kurumun diğerine eşit olduğunu göstermektedir. Yapısal eş değeriğin en yaygın tanımı, aynı mahalle veya sosyal niş fikrine dayanmaktadır. İki kurum, aynı çevrelere sahipse yapısal olarak eş değer kabul edilir. Bir başka deyişle aynı dışsallıklara bağlıdırlar. Kurumların özelliklerinin sosyal çevreleri tarafından şekillendirildiği ölçüde, yapısal olarak eş değer kurumların benzer özellikler geliştirmesi beklenmektedir. Yapısal denklik; inanç ve tutumlardaki benzerlikleri, yeniliğin (*innovation*) benimsenmesini, müdahale ağlarının evrimini, siyasi bağlılığı, uluslararası ticaretin yapısını ve teknoloji değişiminin etkilerini açıklamak için kullanılabilir.⁴⁵

Bakan Yardımcılığı bağlamında bu tür bir izomorfizm herhangi bir aşamada benimsenebilir. Bakanlıkların bu anlamda olgunluğuna dayalı yeni bir model oluşturmasına gerek yoktur. Bunun yerine Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin en iyi uygulamaları, kurumlar arası iş birliğinden yararlanarak kendiliğinden izomorfik davranışlar benimseyebilir.

Sonuç olarak kurumsal örgüt kuramı, aynı endüstride veya örgütsel alanlarda faaliyet gösteren örgütlerin aynı yapılarla, davranışlara ve faaliyetlere nasıl uyum sağlama eğiliminde olduğunu açıklamaktadır. Bu anlamda örgütsel alan, örgütsel formları, süreçleri ve inançları şekillendirmede bir anahtar olarak değerlendirilir. Kurumsal kuram, örgütün faaliyet gösterdiği çevredeki koşullar ve çevrenin örgüt üzerindeki etkisi ile karakterize edilmektedir. Uygulanan sınırlamalar, arzu edilen davranışın bağlamsal şekillenmesini etkilemekte ve örgütsel alana göre farklılık göstermektedir. Örgütler, davranışlarını örgütsel alanlarda izomorfik olarak oluştururken meşruiyet kazanmakta ve böylece hayatta kalma şansını artırmaktadırlar. Belirsizlikle karakterize bir ortamda iş yapmak, örgütler arasında izomorfizm için verimli bir zemin olduğunu kanıtlamıştır. Örgütler, çevredeki değişikliklerle ilgili eksik bilgilerle desteklenen stratejik bir karar alma ile karşı karşıya kaldıklarında çoğu zaman sorularına cevap bulmaya çalışan rakiplere bakmaktadırlar, rakiplerinin davranış ve tepkilerini yakından takip etmektedirler. Örgüt, rakiplerin kararlarına dayalı stratejik kararlar almaya hazır olduğunda (ancak bunlar her zaman başlangıçta belirlenen hedeflerle uyumlu olmadığında) daha önce bahsedilen insan faaliyetinin sınırlandırılması sadece belirsizlik açısından

(2009) *Journal of US-China Public Administration* 6, no. 7, s.69 vd.

⁴⁵ Oxford: Elsevier Science Ltd. Stephen P. Borgatti and Travis J. Grosser, 'Structural equivalence: Meaning and measures' (2015) *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, (2nd edn, vol 23), s.621 vd.

görülebilir.⁴⁶ Çalışmanın sonraki bölümünde izomorfizm türleri ayrıntılı olarak tartışılacaktır. Makalenin üçüncü bölümünde ise izomorfizmin her biri bakanlıklar özelinde ‘bakan yardımcılığı’ müessesesi ve Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi’nin çabaları dikkate alınarak analiz edilecektir.

2.1. Zorlayıcı İzomorfizm

Zorlayıcı izomorfizm, firmaların bağımlı olduğu diğer örgütler tarafından firmalara uygulanan doğrudan ve dolaylı baskılardan, firmaların faaliyet gösterdiği toplumların beklentilerinden kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Bu baskılar, firmalar tarafından eylem veya ikna gücü olarak görülmektedir. Böylesi bir zorlayıcı gücün hükûmeti de içermesi muhtemeldir. Düzenleme ve mevzuat gibi mekanizmalar aracılığıyla mal ve hizmet alımı, kaynakların kontrolü, maliye politikası gibi örnekler vermek mümkündür. Güçlü müşterilerin veya tedarikçilerin varlığı, yöneticilerin stratejik seçimlerini kısıtlayarak firma stratejilerinde benzerliklere yol açabilmektedir. Yöneticiler çok güçlü bileşenlere cevap verme zorunluluğu ile karşı karşıya kaldıklarında strateji geliştirmede çok az seçeneğe sahip olabilirler ancak bu talepleri kabul etmekte ve bu güçlü aktörlerin beklentileriyle tutarlı stratejiler benimsemektedirler. Yüksek düzeyde kurumsallaşmış örgütler arası ağlardaki asimetrik bağımlılıkların doğası, örgütlerin stratejilerinin homojen hâle gelmesiyle birlikte stratejik davranışları güçlü bileşenlerin taleplerine uygun hâle getirmek için örgütleri baskılara maruz bırakabilmektedir. DiMaggio ve Powell’a göre (1983) zorlayıcı izomorfizm, bağımlı oldukları diğer örgütler tarafından örgütler üzerinde uygulanan hem resmî hem de gayri resmî baskılardan ve örgütlerin içinde faaliyet gösterdiği toplumdaki kültürel beklentilerden, politik etkilerden ve meşruiyet sorunundan kaynaklanmaktadır.⁴⁸ Bu tür baskılar güç ve ikna olarak veya gizli anlaşmalara katılma davetleri olarak hissedilebilir. Sonuç olarak örgütler, belirli alanlarda daha homojen hâle gelmekte ve daha geniş kurumlara uyum ritüelleri etrafında daha fazla örgütlenmektedir. Aynı zamanda kuruluşlar, teknik faaliyetlerin getirdiği kısıtlamalar tarafından yapısal olarak daha az belirlenmekte ve çıktı kontrolleri tarafından giderek bir arada tutulmaktadır. Bu koşullar altında örgütler, kimlik ve grup dayanışmasının ritüelleştirilmiş denetimlerini kullanmaktadırlar. Standart işletim izleklerinin, meşrulaştırılmış kuralların ve yapının doğrudan dayatılması da hükûmet alanı dışında gerçekleşmektedir.

⁴⁶ DiMaggio and Powell, (1983); Joseph Galaskiewicz and Stanley Wasserman, ‘Mimetic processes within an interorganizational field: An empirical test’ (1989) *Administrative science quarterly* 34, no.3, s.454 vd.; Danny O’Brien and Trevor Slack, ‘The emergence of a professional logic in English rugby union: The role of isomorphic and diffusion processes’ (2004) *Journal of Sport Management* 18, no. 1, s.13 vd.

⁴⁷ DiMaggio and Powell, (1983).

⁴⁸ DiMaggio and Powell, (1983), s.150 vd.



2.2. Mimetik Süreçler

Hedef belirlemedeki belirsizlik gibi belirsiz çevre koşullarında örgütler, sektörde başarılı olmuş diğer örgütlerin modellerini bilinçli veya kasıtsız olarak taklit etme eğilimindedir. Bununla birlikte tüm kurumsal izomorfizm, zorlayıcı otoriteden kaynaklanmamaktadır.⁴⁹ Stratejide homojenlik için ikinci bir güç belirsizlikten doğmaktadır. Bir örgütün hedefleri belirsiz veya yeterince anlaşılmadığında, çevresel burgaç veya dinamizm belirsizlik yarattığında örgütler stratejilerini diğer örgütlere göre modellemeye çalışabilirler. Bu süreç, diğer örgütlerin stratejilerini “*taklit etmeye*” çalıştıkları için mimetik izomorfizm olarak adlandırılır.⁵⁰ Bu tür modelleme, eylem için bir gerekçe sağlayabilmekte ve karar verme, strateji formülasyonu için öncüller oluşturabilmektedir. Durumlarının çalkantısı, dinamizmi ve karmaşıklığı karşısında bunalmış hissedebilen yöneticiler, diğer örgütlerin yaptıklarının iyi olmasını umarak, ne yapacaklarını bulduklarını zannederek, onları kopyalama duygusuyla kopyalamayı tercih edebilirler. Bu tür stratejik modeller, örgütler arasında çalışan transferleri gibi mekanizmalar aracılığıyla veya danışmanlar, ticaret birlikleri ve kıyaslama veya en iyi uygulamalar gibi araçlar aracılığıyla dolaylı ve kasıtsız olarak yayılabilmektedir.⁵¹ Bazı çalışmalar, bu tür taklitlerin firma stratejisindeki etkilerine dikkat çekmiştir.⁵² Bu çalışmalar, taklidin sadece en içten biçimi olmadığını, aynı zamanda samimi bir strateji biçimi olduğunu kanıtlayabileceğini öne sürmektedir.

2.3. Normatif Baskılar

Normatif izomorfizm, kurumsal izomorfik süreçlerin üçüncü ve sonucusudur. Normatif izomorfizmin büyük ölçüde “bir mesleğin üyelerinin çalışmalarının koşullarını ve yöntemlerini tanımlama, ‘üreticilerin üretimini’ kontrol etme ve mesleki özerklikleri için bilişsel bir temel ve meşrulaştırma oluşturma”⁵³ konusundaki kolektif mücadelesi olarak tanımlanan profesyonelleşmeden kaynaklandığı düşünülmektedir. Meslekler, örgütlerle aynı zorlayıcı ve mimetik baskılara maruz kalmaktadır. Bir örgüt içindeki çeşitli profesyoneller, birbirinden farklılıkları olsa da diğer örgütlerdeki profesyonel meslektaşlarıyla birçok benzerlik gösterebilmektedir. Ayrıca birçok durumda mesleki güç, mesleklerin faaliyetleri tarafından yaratıldığı kadar devlet tarafından da tahsis edilmektedir. Profesyonelleşmenin iki

⁴⁹ DiMaggio and Powell, (1983).

⁵⁰ DiMaggio and Powell, (1983).

⁵¹ DiMaggio and Powell, (1983), s.151.

⁵² Heather A. Haveman, ‘Follow the leader: Mimetic isomorphism and entry into new markets’ (1993) *Administrative science quarterly* 38, no.4, s.593 vd.; Peter Tingling and Michael Parent, ‘Mimetic isomorphism and technology evaluation: Does imitation transcend judgment?’ (2002) *Journal of the Association for Information Systems* 3, no. 1, s.5.

⁵³ DiMaggio and Powell, (1983), s.152.

yönü, önemli izomorfizm kaynaklarıdır. Bunlardan ilki, örgün eğitim gereksinimlerinin kullanılmasıdır. Bu anlamda okullar ve eğitim, izomorfizm kaynağı olarak hizmet vermektedir. Daha fazla örgüt, okullardan yönetici işe almak suretiyle ortak davranış normları, analitik modeller ve stratejik karar verme çerçevelerinin örgütler genelinde yayılması eğilimindedir. Bir diğer profesyonelleşme kaynağı, örgütleri kapsayan, bilgi ve modellerin hızla yayılmasına olanak sağlayan profesyonel ağların büyümesidir. Bunlar; personelin örgütler arası transferleri, ticari birlikleri, ortak danışmanların kullanımı ve yönetim kurulları arasındaki bağlantıları içermektedir. Bu ve benzeri mekanizmalar sayesinde sağlam stratejiler ve stratejik davranışlar için normlar, kuruluşlar arasında yayılır.⁵⁴ Sonuç olarak yöneticilerin benzer anlayış çerçevelerinden faaliyet gösteriyor olması, benzer analitik araçları kullanması, örgüt stratejilerinin geliştirilmesinde benzer süreçleri kullanması ve bu nedenle ortaya çıkan stratejiler genellikle ağdaki diğer örgütlerinkiyle dikkate değer bir benzerlik göstermektedir.

Sonuçlar bu anlamda daha genel bir model önermektedir. Profesyonel olarak eğitilmiş büyük bir iş gücünü içeren örgütsel alanlar, öncelikle statü rekabeti tarafından yönlendirilecektir. Kurumsal saygınlık ve kaynaklar, profesyonelleri cezbetmede kilit unsurlar olacaktır. Bu süreç, örgütlerin rakipleriyle aynı faydaları ve hizmetleri sağlamaya çalıştıkları için homojenleşmeyi teşvik edecektir.

Bu üç kurumsal izomorfik sürecin her biri, bunların iç örgütsel verimliliği artırdığına dair herhangi bir kanıt bulunmasa bile gerçekleşebilir ve gerçekleşecektir.⁵⁵ Bu tür stratejik benzerlikler, firmaların birbirleriyle işlem yapmalarını, meşru ve saygın olarak kabul edilmelerini kolaylaştırabilmektedir. Bu tür “*kurumsal sermayeye*” erişimin örgütlerin performansını artırmasına olanak sağlaması mümkün olabilmektedir.⁵⁶ Bu tür örgütler; yatırımcılar, müşteriler, tedarikçiler ve çalışanlar tarafından meşruiyet endişesi nedeniyle çok riskli görülebileceği için hâkim beklentilerden sapma olarak görülen stratejilerin izlenmesinde de risk oluşabilmektedir.

İzomorfizm için üç kurumsal gücün her biri ayrı kaynaklardan türemiş olsa da -bağımlılıktan zorlayıcı, belirsizlikten mimetik ve profesyonelleşmeden normatif- pratikte bunlar genellikle iç içe geçmiştir ve ayrılması zordur. Her biri kavramsal olarak farklıdır ancak karmaşık örgütler arası ağlarda bunlar çeşitli şekillerde etkileşime girebilmektedir. Bahsedilen mekanizmaların her biri; işletim varsayımlarında, biçimsel yapılarında ve günlük operasyonlarında

⁵⁴ Thomas B. Lawrence, ‘Institutional strategy’ (1999) *Journal of management* 25, no. 2, s.169.

⁵⁵ DiMaggio and Powell, (1983).

⁵⁶ Rudi KF Bresser and Klemens Millonig, ‘Institutional capital: Competitive advantage in light of the new institutionalism in organization theory’ (2003) *Schmalenbach Business Review* 55, no. 3, s.220 vd.



oldukça homojen örgütsel alanlar oluşturmaya hizmet edebilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla gözlemlenen kurumsallaşma düzeyi, meşru görünme arzusundan daha fazlasının ürünü olabilir. Kurumsallaşma düzeyi; uygun örgütsel uygulamaları destekleyen güçlü normatif sistemlerden (*normatif*), devlet tarafından uygulanan yasal gerekliliklerden (*zorlayıcı*) ya da etkin örgütsel izleklerin yarı-rasyonel değerlendirmesi ve bu kanıtlanmış yöntemleri bir kuruluş içinde (mimetik) uygulamaya yönelik sistematik bir çabadan kaynaklanıyor olabilir.

3. BAKAN YARDIMCILIĞI MÜESSESESİ

Bakan yardımcıları, hükûmet dairelerinin (bakanlık bölümleri) yöneticileridir. Bakanlarına bağlı olarak mali ve insan kaynaklarının yönetimini yönetirler. Politika konularında ve yönetim reformlarında Bakana tavsiyelerde bulunurlar. Hükûmetin çalışmalarını koordine etmek ve yönlendirmek için ekip olarak çalışması gereken bir topluluk oluştururlar. Çoğu politika girişimi, birkaç bölümlle keşisebileceği gibi birkaç bölümde birden politika oluşturmanın koordinasyonunu talep edebilirler. Bakan yardımcılarının bunlardan öte kapsamlı yönetim ve diğer sorumlulukları da vardır. Bakan yardımcılarında insan yönetiminde liderliğe özel önem vermeleri, kamu hizmeti değerlerini ve etiği hükûmetin işlerinde günlük gerçekliğin bir parçası hâline getirmeleri beklenmektedir. Bakan yardımcısı, kendi bölümü için kuruluş genelinde paylaşılan ve yaşanan kurumsal bir vizyonu ifade etmektedir. Bakan yardımcıları, bakanlığın başarısını artırmak için doğru insanlara, çalışma ortamına ve kapasiteye sahip olmalarını sağlar. Bakana hizmet etmek ve hükûmet çapındaki öncelikleri etkin bir şekilde desteklemek için gereken politika kapasitesini güvence altına alırlar.⁵⁸

Bakan yardımcılığı müessesesi, bölüm içinde güven yaratır ve sonuçlara ulaşmaya odaklanmış bir örgüt ortamını teşvik eder. Bakan yardımcısı, etkili stratejik yönlendirme ve hükûmetin gündemini destekleyen sonuçların sunulması için temel koşulları -iç tutarlılık, kurumsal disiplin ve stratejik sonuçlara uyum- ortaya koyar. Bakan yardımcılığı, kaynaklar ve yeteneklerle tutarlı sonuçlar için elbette sorumluluklar ve yetkiler atamaktadır. Bakan yardımcısı, kamu kaynaklarının yönetiminde bölüm kontrol rejiminin entegre ve etkili olmasını, temel ilkelerinin tüm personel için açık olmasını sağlamakla en üst düzeyde görevlidir. Bakan yardımcıları, eylemleriyle inisiyatif ve yeniliği teşvik eder, örgütsel öğrenmeyi destekler. Bakan yardımcılığı müessesesi,

⁵⁷ David Jaffee, *Organization theory: Tension and change* (McGraw-Hill Humanities, 2001).

⁵⁸ Halit Uyanık, 'Bakan yardımcılığı statüsünün idare hukuku açısından değerlendirilmesi' (2012) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 15, no. 2, s.101 vd; Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, 'Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemindeki bakan yardımcısı ile önceki sistemdeki bakan yardımcısı ve müsteşarın kıyaslanması, (2021) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1, s. 287 vd.

yürütme ekibiyle birlikte kurumsal riski proaktif bir şekilde yönetmek için kurumsal bağlamı ve uygulamaları tanımlamaktadır.⁵⁹

3.1. Parlamenter Sistem Müsteşarlığının (PSM) Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'nde Bakan Yardımcılığına (CHSBY) Evrilmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihsel serüveni hükûmet (kabine) tartışmaları ve münakaşalarıyla meşgul olmuştur. Seçimlerden sonra vuku bulan bu çapı küçük ama etkileri siyasi krizlere yol açabilme kapasitesi taşıyan olaylar, istemsiz bir şekilde siyaset kurumu içinde çözüm arayışlarına vesile olmaktadır. Bu hararetli tartışmaların tek adresi daima bakanlıklar üzerine olmuştur. Bu bağlamda bakanlık sayısının artırımı veyahut elde bulunan bakanlıkların iki veya daha fazla sayıya bölümü gibi meseleler gündemi işgal etmiştir. Bu siyasi ihtiyaçlar bazen ekonomik programlara dair bir zemini oluştururken bazen de parti içi olabilmektedir. Dönemin şartlarıyla ekonomik kökenli bakanlıkların sayısı önemli ölçüde artmıştır.⁶⁰

Bakan yardımcısı 19. yy.dan itibaren Avrupa'da siyasi konjonktüre bağlı olarak tahsis edilmiş bir müessesedir. Cumhuriyetin ikinci on yılı içinde düşünce boyutunu aşmış ve bizzat tecrübe edilmiş bir müessesedir. Bununla beraber müessese, dönemin ağır politik münazaraları içinde kaynayan ve özü itibarıyla tartışılma imkânı bulamayan bir husustur. 2011 yılında başlayan kamudaki büyük değişimin getirilerinden biri de güçlü başbakan yardımcısı mekanizmasına ek olarak dikkate alınmış ve tüm bakanlıklara birer bakan yardımcılığı atanmıştır. Özü kadar pozisyonu da yazında yoğun bir şekilde tartışılmış ve çeşitli fikirlerin gelişimine aracılık etmiştir.⁶¹ 6223 sayılı "Yetki Kanunu" ile sağlanan yasal dayanaktan faydalanarak 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede (KHK) "3046 sayılı Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" (2011) ile "Bakan Yardımcılığı" müessesesi oluşturulmuştur.

8 Şubat 1937 tarih ve 3117 sayılı "Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasi müsteşarların vazifeleri hakkında kanun" Trabzon milletvekili Hasan Saka Bey tarafından toplamda 11 madde hâlinde bir yasa tasarısı olarak TBMM'de teklif edilmiş ve oy birliği ile kabul edilmiştir. O gün itibarıyla "vekâletsiz vekil veya siyasi müsteşarlık" olarak da adlandırılan yöntemin böylece uygulanmasına geçilecektir.⁶² Hasan Saka Bey'in teklifi içinde adı

⁵⁹ Bölükbaşı, (2022), s.295 vd.

⁶⁰ Gencay Şaylan, 'Türkiye Cumhuriyeti'nde devlet yapısının evrimi' içinde *Cumhuriyet dönemi Türkiye ansiklopedisi*, (İletişim Yayınları, vol 2, 1983), s.399 vd.

⁶¹ Yusuf Coşkun ve Cemal Yorgancıoğlu, 'Westminster Modeline ve Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemine Dayalı Bakan Yardımcılığı için Karşılaştırmalı Analiz' (2021) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 46, s.78 vd.

⁶² TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, III. Yasama Yılı, C. XVI, 34. İnikad (8 Şubat 1937). Trabzon



açıkça yazılmasından dolayı modelin ismi “*parlâmentaire* müsteşarlıklar” olarak kayda geçmiştir. Buna karşın model, politik münazaraların kurbanı olmaktan kendini kurtaramamıştır. Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk ve Başbakan Celal Bayar’ın ortak tasarrufu ile “29 Kasım 1937 tarihli kanun” teklifiyle uygulama son bulacaktır. Türk devlet bürokrasisi, çok partili hayata geçiş noktasında yaşadığı sosyo-siyasal ve ekonomik dönüşüm dalgasıyla birlikte değişime uğramıştır. Bu değişimin en belirgin kurumlarından biri de başbakan yardımcılığı ve devlet bakanlığıdır. Burada izlenen amacın, başbakanlığı daha kudretli yapmak olduğu açıkça görülmektedir. 1960’lı yıllardan itibaren Türk Kamu Yönetimi ‘*bakan yardımcılığı*’ konusunu tekrar tekrar tartışmıştır.⁶³ Koalisyon ya da parti içinde yaşanan zor dönemlerde bu ve benzeri konuların daha sık gündeme gelmişliğini ya da devlet bakanları ve başbakan yardımcılarının sayılarının arttığını belirtmekte fayda vardır. Ecevit ile Özal kabinelerinde 10 devlet bakanına kadar atamalar yapılmıştır. 1990’larda bu hesaplar çok daha ciddi boyutlara erişecektir.

Başbakan Turgut Özal’ın daha merkezî bir hâl içinde tutma maksadı olarak ortaya koyduğu durum, kamu yönetimi için “*koltuksuz bakanlar*” ibaresi altında yeni bir oluşum fırsatı bulmuştur. Hükûmet programını hazırlamakla görevlendirdiği danışmanlara, bizzat partisi tarafından sandalyesi olmayan bakanlar denildiği görülmüştür.⁶⁴ Dönemin Tarım Orman ve Köy işleri Bakanı Hüsnü Doğan’ın beyanatlarına göre “bakan yardımcılığı uygulamasına yeşil ışık yakıldığını, Başbakan Turgut Özal’ın ABD dönüşünde konunun açıklık kazanacağını belirterek, ‘*adına ister devlet bakanı, ister bakan yardımcılığı deyin, bu iş fayda sağlar*’” demiştir.⁶⁵ Konu devlet krizine dönüşmesine ramak kalmışken (Anayasa değişikliği gerekmesiyle) Özal, bakanlıkların adedini artırmak suretiyle krizden çıkmış ve “*bakan yardımcılığı*” konusunu rafa kaldırmıştır.

3 Kasım 2002 tarihi, Türk siyasi tarihi için yeni bir eşiğin geçildiği tarih olmuştur. Dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan başkanlık istediğini açıkça deklere etmiştir ve “siyasetteki tek arzum başkanlık ya da yarı başkanlık modelidir. Bunun ideali de Amerika’da uygulanan sistemdir” demiştir.⁶⁶ Çakırözer ve Karakuş’un “*Kabineye giremeyen küskünler için*

mebusu Hasan Sakanın, Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasi müsteşarlıklar teşkili hakkında kanun teklifi ve Teşkilâtı esasiye ve Bütçe encümenleri mazbataları (2/46), s.108 vd. <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c016/tbmm05016034.pdf>> (ET: 18.11.2019); ‘Orman, siyasî müsteşarlık kanunları kabul edildi’ *Ulus*, (9 Şubat 1937), <<http://gazeteler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1647/24391.pdf>> (ET: 17.11.2019)

⁶³ ‘Bazı bakanlıkların bölünmesi isteniyor’ *Milliyet* (24 Haziran 1963), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

⁶⁴ ‘Kahveci, Keçeciler, Aksoy bakanlarla çalışacaklar’, *Milliyet* (20 Aralık 1983), s.7.

⁶⁵ ‘Siyasi otoritenin yetkisi artacak’ *Milliyet* (12 Aralık 1987), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019)

⁶⁶ Fikret Bila, ‘Başkanlık istiyor’ *Milliyet* (21 Nisan 2003), s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019)

“yeni formül...” olarak bahsettikleri şey Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın “2. hayali: Her bakana yardımcı” idi.⁶⁷ Haber, müsteşarlık makamı ile her bakanlığa bakan yardımcısının atanacağını belirtmekteydi. Haberin içeriğinde ise atanacak olanların bilindik uygulamalardan (Avrupa ve Amerika) farklı olarak milletvekilliği olacağını belirtmesiydi. 2004 yılı tıpkı 1937 yılı gibi aynı münazaralara şahitlik etmiştir: “siyasi müsteşar ya da bakan yardımcılığı” ismi ile yeni bir makam yaratılmak istendiği iddiaları tekrar gündeme gelmiştir.

16 Nisan 2017, Türkiye Cumhuriyeti için yeni bir siyasi sisteme referandum yolu ile ulaştığı tarih olmuştur. Parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’ne (başkanlık sistemi) geçiş yapılmış ve anayasa bu gereklere göre yeniden şekil almıştır. Bu anlamda başbakanlık sistemi lağvedilmiş, bununla birlikte bakanlıkların da bazıları ya ilga edilmiş veya başka bakanlıklarla birleştirilmiştir. Yeni sistemin bakanlıklardaki yansımaları öncelikle nicel olmuştur ve 24 bakanlık, 16 bakanlık altında yeniden yapılandırılmak suretiyle oluşturulmuştur.⁶⁸ Yeni sistem ile birlikte ‘Bakan Yardımcılığı’ müessesesinin yeri korunmakla kalmamış, aynı zamanda pek çok kurgunun konusu hâline gelen ‘yetki devri’ meselesi de müsteşarlık makamının ilgasıyla ortadan kaldırılmıştır. Eski sistemin yeni sisteme geçişini öngören 703 sayılı KHK yoluyla bakanlıklara ilişkin teşkilat kanunları değiştirilmiştir.⁶⁹ “1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile bakanlıkların teşkilat yapısı düzenlenmiştir.⁷⁰ Buna bağlı olarak “4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile de bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlara dair düzenlemeler yapılmıştır. Yeniden yapılandırılan bakanlıklardaki teşkilat yapıları sonuç olarak müsteşarlık makamını lağvetmiş, “merkez, taşra ve yurt dışı” yanı sıra “bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlardan” oluşmak aracılığıyla değiştirilmiştir. Buna mukabil, ortak çalışma havuzunun oluşumu adına “kurul, konsey ve komisyonlar” da oluşturulmuştur.⁷¹

⁶⁷ Utku Çakırözer ve Abdullah Karakuş, ‘Erdoğan’ın 2. hayali: Her bakana yardımcı’ *Milliyet*, (22 Nisan 2003), s.16, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 19.11.2019)

⁶⁸ Mustafa Turan, ‘Türkiye’nin yeni yönetim düzeni: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ (2018) *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 7(3), s.42 vd.

⁶⁹ 703 Sayılı Anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun hükmünde kararname (Yürürlük Tarihi: 09.07.2018), md. 215: “Bu maddenin yayımlandığı tarihte bu Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin hükümler sonucunda kapanan bakanlık ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki cetvellerin ilgili sıralarından çıkarılmıştır”.

⁷⁰ Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 1), [10 Temmuz 2018] RG S:30474.

⁷¹ 4 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi: “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Onsekizinci Bölüm: İdari Kurul, Konsey ve Komisyonlar, Md. 521: ‘Amaç ve



“Yenilenen şekli ile Türkiye Cumhuriyeti merkezî yönetimi başkanlık tipi örgütlenmeye yönelmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatı çevresinde yeni şekillerini alan ofisler, kurullar ve kabine şeklinde düzenlenmiştir. Buradan kolaylıkla yapılabilecek çıkarım ise, ofisler tarafından yapılacak bilgi üretiminin, kurullar aracılığı ile siyasete evrileceği ve bakanlıklar aracılığı ile de icra edileceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ‘Bakan Yardımcılığı’ müessesesinin artık kilit bir konumda olduğu görülmektedir. Bakanlık teşkilatlarının en üst idari makamı işgal etmesi hasebiyle müessese için ‘sözün konumuna uygun’ (mutâbık-ı makam) veya ‘uygun yer ve konum’ (mevki-i münâsib) olarak adlandırılabilir”.⁷²

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi içinde bakanlıklara ait görev ve işlevlerinde de zaruri bir değişiklik yaşanması bu anlamda doğaldır. “Bunun temel nedeni, yeni sistemde cumhurbaşkanı ve yakın ekibinin genel olarak birincil politika yapma işlevine sahip olması ve bakanlıkların daha düşük düzeyde politika oluşturma ve daha ağırlıklı olarak uygulama ve denetleme işlevine sahip olmasıdır”.⁷³ Bulgular gösteriyor ki devletin yeni sisteme dönüşüm çabalarına merkezî konum, Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi’ne haizdir. Bakanlıkların dönüşüm anlamındaki noksanlığı (personel, eğitim, bütçe, yetki vb.), bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi’ne izomorfik davranışlar sergilemesine neden olmaktadır.

3.2. Bakan Yardımcılığı İçin Yeni Bir İzomorfik Davranış Arayışı

Bakan yardımcılığı müessesesi yeni sistemde (Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi) bakanlıkların tepe yönetimi anlamında kilit bir konumdadır. Bakan yardımcılığı müessesesi, ayrı ve bağımsız bir müessese değildir ve sistemin ürettiği siyaset güçlü bir şekilde desteklenmektedir. Bu bağlamda yeni sistemin çalışmaları da aynı kapsamda değerlendirilebilir. Netice itibarıyla CHSBY müessesesi ile PSM arasında sadece ekonomik ve sosyo-politik açıdan değil, teknolojik ve kültürel dönüşüm açısından da izomorfik davranışların yüksek olduğu söylenebilir. Ataman’a göre “politika ve meşruiyet aracılığıyla zorlayıcı izomorfizm, belirsizliğe standart cevap verme ve taklit etme sonucunda taklitçi

Kapsam’: “Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu, Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, Ekonomik İşler Olağanüstü Hal Koordinasyon Kurulu, 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanununun 7 nci maddesinde belirtilen Kurul, İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu, Bireysel Emeklilik Danışma Kurulu, Asgari Ücret Tespit Komisyonu, 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 16 ncı maddesinde belirtilen Komisyon, Toptancı Hal Konseyi ile Göç Kurulu” (15 Temmuz 2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).

⁷² Coşkun ve Yorgancıoğlu, (2021), s.98 vd.

⁷³ M. Zahid Sobacı, Nebi Miş ve Özer Köseoğlu, ‘Türkiye’nin yeni yönetim modeli ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı’ (2018) *Seta Perspektif* 206, s.4.

izomorfizm, profesyonelleşmenin bir sonucu olarak da normatif izomorfizm ortaya çık[maktadır].⁷⁴ Bu izomorfizm, bakan yardımcılığı müessesesi için yeni sistemin dönüşüm süreçlerinde görülebilmektedir.

Zorlayıcı izomorfik değişim; bir kuruluş üzerinde bağımlı oldukları diğer kuruluşlardan, toplumdan ve kültürel beklentilerden kaynaklanan baskıları içermektedir. Bazıları hükümetin verdiği yetkileri, bazıları ise sözleşme kanunlarından veya finansal raporlama gerekliliklerinden türetilmiştir. Örgütler, belirli alanlarda giderek daha homojen hâle gelmekte ve daha geniş kurumlara uyum ritüelleri etrafında giderek daha fazla örgütlenmektedir.⁷⁵ Siyasi örgütler, bu kavramı kesin olarak normalleştirmektedir. Zorlayıcı izomorfizm, belirsizliğin taklidi teşvik ettiği mimetik izomorfizmin aksine ve profesyonel standartların veya ağların değişimi etkilediği normatif izomorfizme benzemektedir. Bu tıpkı büyük şirketlerin, yan kuruluşları üzerinde benzer bir etkiye sahip olabilmesi gibi değerlendirilebilir. Bu bağlamda Bakanın yardımcısı olan “PSM”⁷⁶ ile yeni ihdas edilen “CHSBY”⁷⁷ makamı aynı kültür ve siyasi evrenin bir parçasıdır. Bu anlamda değişen atama şekli, özlük hakları, yetki ve sorumlulukları olsa da icra edilen işler bakımından değil, sadece nicel bir değişim yaşanmıştır.

Hanson (2001) göre mimetik süreçler bağlamında izomorfizm bir “örgüt[ün] bilinçli olarak kendini birbiri ardına modellediğinde, halkın gözünde daha yüksek bir başarı veya başarıyı temsil ettiğine inandığında ortaya çıktığını” belirtmektedir.⁷⁸ Bu anlamda belirsizliğe örgütsel yanıtın bir sonucu olan

⁷⁴ Göksel Ataman, ‘Örgüt tasarımında yeni tekniklerin yayılım dinamikleri’ (2003) *Öneri Dergisi* 5, no. 19, s.13 vd.

⁷⁵ DiMaggio and Powell, (1983).

⁷⁶ 3046 sayılı Kanunun mülga 22. maddesi: “Müsteşar, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.” Müsteşar yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden bakana karşı sorumludur.

⁷⁷ “1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 504. maddesi:

(1) Bakan Yardımcıları, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, bakanlığın amaç ve politikalarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara, stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine, mevzuat hükümlerine uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.

(2) Bakan Yardımcıları yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden Bakana karşı sorumludur.”

⁷⁸ Mark Hanson, ‘Institutional theory and educational change’ (2001) *Educational administration quarterly* 37, no. 5, s.637 vd.



davranışları kopyalamak veya taklit etmek şeklinde değerlendirilebilir. Oxford Learners Sözlüğüne göre mimetik davranışlar “Yunanca *mimētikos*’tan ‘taklit [*imitation*]’, *mimeisthai*’den ‘taklit etmektir [*to imitate*]’”. Mimetik izomorfik değişim, özellikle yöneticilerin belirsizliğe yanıt vermeye çalıştığı bir zaman dilimi içinde örgütsel bir alanda meydana gelmektedir.⁷⁹ Yöneticilerin bazen bunu yapmasının arkasında yatan sebeplerden biri de sıkıntı karşısında yön bulmak için yaratıcılıklarına güvenememeleridir. Mimetik izomorfizm, yeni bir iş modelinin geliştirilebileceği hâlihazırda var olan iş modellerinin taklit edilmesini içermektedir. DiMaggio ve Powell (1983), mimetik değişimi, bir kuruluşun diğer kuruluşların niteliklerini taklit ettiği bir süreç olarak tanımlamaktadır.⁸⁰ Örgütsel alan bu güçlerin varlığı açısından incelendiğinde, bu güçlerin zamanla çeşitli noktalardan homojenize uygulamalar ve kurumsallaşmış davranışlar üzerinden yakınsama veya bir örgütsel alanın belirli bir fikir veya uygulama etrafında nasıl kurumsallaştığını daha iyi anlayabildiği kuramsallaştırılır. Bu bağlamda, CHSBY ile PSM arasında, aynı kurum çatısı altında ikisinin de bakan yardımcısı olması hasebiyle mimetik süreçlere maruz kalmaları ve benzer davranışlar sergilemeleri kaçınılmazdır. Ayrıca mimetik süreçlerin tek tek bakanlıklar dâhilinde olmayıp farklı bakanlıklar içinde vuku bulan en iyi uygulamalarının da CHSBY için ideal bir rol model olabileceğidir.

Mizruchi ve Fein’e göre (1999) normatif izomorfizm, bir hizmetin veya uygulamanın profesyonelleşmesi gibi koşullar altında ortaya çıkan örgütlerin benzerliğini açıklamaktadır.⁸¹ Aynı zamanda üstün kabul edilen ve profesyonelleşme ile ilişkili yapı ve kalıpların benimsenmesi olarak görülmektedir.⁸² Normatif izomorfik değişimin tipik bir örneği, hastanenin adı veya konumundan bağımsız olarak ulusal sınırların ötesindeki bir hastaya belirli bir ilacı uygulamadan önce doktorların klinikte hastalara bakarken takip ettikleri benzer prosedürlerde yansıtılır. Bunun nedeni, bir meslekteki bireylerin meslekleri tarafından oluşturulan standartlara doğru çaba göstermeleri ve uluslararası standartlara daha yüksek uyum sağlamak için organizasyonlarını sürekli olarak yeniden düzenlemeleridir.⁸³ Örneğin bir bakanlığın alacağı herhangi bir karara ilişkin bir başka bakanlığın aldığı karar etki ediyorsa bu, normatif baskıdan kaynaklanan bir izomorfik davranıştır. Normatif sütun,

⁷⁹ John W. Meyer and Ronald L. Jepperson, ‘The ‘actors’ of modern society: The cultural construction of social agency’ (2000) *Sociological theory* 18, no. 1, s.100 vd.

⁸⁰ DiMaggio and Powell, (1983).

⁸¹ Mizruchi and Fein, (1999).

⁸² Silvio Popadiuk, Edward Rivera Rivera and Walter Bataglia, ‘Heterogeneity of isomorphic pressures: Intertwining the resource-based view and the neoinstitutional approach’ (2014) *BAR-Brazilian Administration Review* 11, s.455 vd.

⁸³ Timothy J. Fogarty and Mark W. Dirmsmith, ‘Organizational socialization as instrument and symbol: An extended institutional theory perspective’ (2001) *Human Resource Development Quarterly* 12, no. 3, s.247 vd.

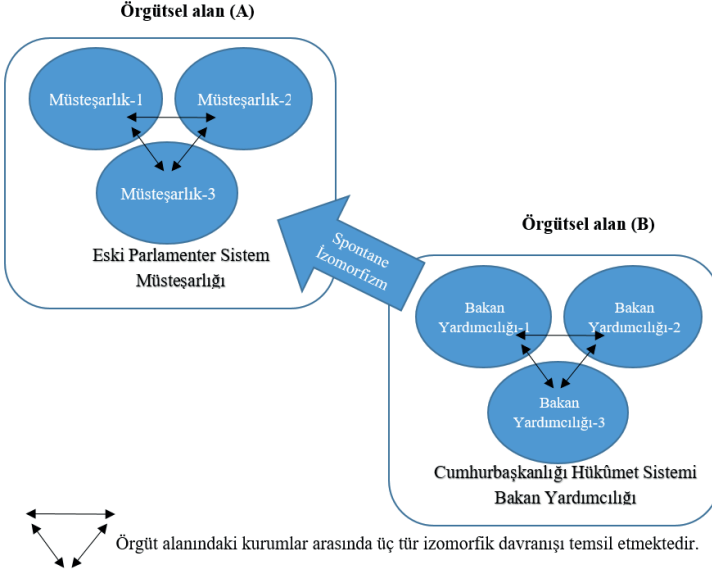
yöneticilerin meşru yollarla değerli amaçları nasıl takip etmeleri gerektiğine ilişkin değerleri ve normları vurgulamaktadır. Bu kurumsal homojenleşme sürecini pekiştiren de bakanlıkların sürekli olarak sürdürdüğü meşruiyet mücadelesidir. Örgütler, toplum nezdinde meşrulaştırmayı tesis etmek amacıyla dışarıdan tanımlanan bu hedef ve süreçleri seçici olarak benimsemektedir. Bir başka deyişle dışarıdaki büyük paydaşların yapmasını beklediklerini yaparak toplumsal güven kazanmaya çalışmaktadırlar. Bir kuruluş, meşrulaştırma yoluyla toplumsal kaynaklar üzerinde bir iddia için gerekçe oluşturur ve faaliyetlerine, prosedürlerine yönelik saldırılara karşı kendini korur. Böylece CHSBY; devletin gerektirdiğini, “en iyi araştırmanın” neyi gösterdiğini, meslek toplumlarının ne beklediğini, mahkemelerin ne gerektirdiğini vb. yaptıklarını iddia edebildiklerinde, uygunlukları için ödüllendirilmektedir.⁸⁴ Öte yandan Bondy ve diğ. (2009), kuruluşların rakiplerinin stratejilerini yalnızca toplumun beklentilerini yansıtılmalarını sağlamak için değil, aynı zamanda sektör içinde rekabetçi bir konumu sürdürmek ve nihayetinde varlığını sürdürmek için rakip faaliyetlerine ayak uydurmak veya aşmak için kopyalamadıklarını savunmaktadır.

Şekil 2, CHSBY müessesesi ve PSM arasındaki ilişkiyi örgütsel yazındaki izomorfik kurama dayanarak kavramsallaştırmaya çalışmaktadır. Model, yeni kurumsal kuram içinde örgütsel alan olarak tanımlanabilecek PSM’a ait en iyi uygulamalarından örnekler olarak CHSBY müessesesi için ‘yeni uygulamalara ilişkin benimseme açığını’ doldurmaya çalışmaktadır. Üç tür izomorfik davranış, bir örgütsel alandaki kurumlar arasındaki ilişkileri açıklayabilir. Ne yazık ki bu izomorfik davranış, örgüt alanı (A) ile örgüt alanı (B) arasındaki ilişkileri yeterince göstermemektedir çünkü kurumlar arasında çok az farklılık vardır. Örneğin eski PSM sisteminin en iyi uygulamalarını içeren organizasyon alanı (A) içinde birçok kurum bulunmaktadır. Kurumların her biri, eski parlamenter sistemdeki kamu kurumlarının en iyi uygulamalarını simgelemektedir çünkü eski parlamenter sistem kayda değer değişiklikler yapmıştır. Kamu kurumları arasındaki izomorfik davranışların belirlenmesinde sadece en iyi uygulamalar değil, değişikliklere yönelik başarılı uygulamalar da önemli rol oynamaktadır. Her tür izomorfik davranış, yerel veya resmî kurumlar arasında da meydana gelebilir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi içinde yer alan ‘Kurullar’ “daha çok danışma ve tavsiye işlevlerini üstlenen yapılardır ve tam bir kurmay birim olarak hareket etmektedir”.⁸⁵ Keza ‘Ofisler’ “kendi politika uzmanlığında kamu politikalarının oluşturulması için gerekli veri ve bilgiyi topladığı, saha bilgisinin üretimini gerçekleştirdiği, buna dayalı olarak uygun politika alternatiflerini geliştirerek politika ve karar taslakları oluşturduğu ve raporladığı görülmektedir”. Başarıyla uygulanan dönüşümler en iyi uygulama

⁸⁴ Howard Aldrich, *Organizations evolving*, (Sage, 1999), s.50.

⁸⁵ Sobacı, Miş ve Köseoğlu, (2018), s.3.

olarak değerlendirilebilir ve diğer bazı en iyi uygulamalar aynı örgütsel alanından (A) ortaya çıkabilir. Aynı alandaki (A) bu en iyi uygulamalar arasında mimetik, normatif veya zorlayıcı gibi bazı izomorfik davranışlar da olabilir.



Şekil 2. Eski PSM ile CHSBY arasında spontane izomorfizm

Bakan yardımcılığı müessesesi için Şekil 2'ye dayanarak örgütsel alanı (B) belirtilir. İyileştirilmesi gereken bazı dönüşümler (uygulamalar) vardır ve bu dönüşüm sürecinde ilk uygulama mimetik, normatif veya zorlayıcı bir izomorfik davranışa işaret edebilmektedir. Ancak örgütsel alan (B), örgütsel alan (A) dönüşüm süreçlerini en iyi uygulama aşamalarını göz önünde bulundurarak takip etmelidir. Bu noktada, örneğin alanlar arasında yasal ve idari farklılıklar olduğu için mimetik izomorfizm (A)'nın en iyi uygulamalarını takip etmek için yeterli olmayabilir. (A) ve (B) arasındaki kamu idari yapısındaki farklılıklar nedeniyle normatif izomorfizm de sağlanamamaktadır. Ayrıca (B)'deki profesyonelleşme derecesi, kamu kurumlarında görevlerin yerine getirilmesi ve ücretlendirme sistemlerinin uygulanması bakımından da (A)'dan farklıdır. Dolayısıyla tüm bu dezavantajlar, (A) ve (B) arasında oluşturulacak yeni bir izomorfik davranış aramaya izin vermektedir. Sağsan ve diğ. (2011), bu izomorfik davranışa “*spontane izomorfizm*” (kendiliğinden eş biçimlilik-öykünmecilik) adı vermişlerdir.⁸⁶

⁸⁶ Sağsan, Eyüpoğlu and Saner, (2011).

SONUÇ

İzomorfizm, örgütleri homojenliğe doğru biçimlendirmeye veya kendilerini yeniden yaratmaya ikna eden ve tetikleyen güçleri açıklamaktadır. Kurumsal kuramın birçok kökü ve varyantı vardır ve kamu sektörü de dâhil olmak üzere birçok çalışma alanında uygulanmıştır (Powell ve DiMaggio, 1991). Zorlayıcı izomorfik değişim genellikle belirli bir örgüt alanını düzenleyen mevcut yasalar ahlaki veya işlevsel olarak ve aynı zamanda yeni bir kurumsal düzeni uygulayabilecek ancak güçlü bir dış aktör varsa gerçekleşmektedir. Benzer şekilde zorlayıcı izomorfizmin örgütler üzerindeki hem parçası oldukları toplumun hem de bağımlı oldukları örgütlerin kültürel beklentileri doğrultusunda faaliyet göstermeleri için hem resmî hem de gayri resmî baskıların bir yansıması olduğunu savunmaktadır. Kuruluşlar, çalışma ortamları tarafından kendilerine uygulanan dış baskılar nedeniyle bu tür bir izomorfik değişimi benimsemektedir ve bunlar genellikle mevcut kurallar ve yönetmelikler aracılığıyla günün hükümeti tarafından iletilmektedir. Hannan ve Freeman'ın (1977) öne sürdüğü gibi mimetik süreçler bağlamında örgütlerin nüfuslarında yapı, strateji, kaynaklar ve kısıtlamalar açısından benzer olan başkalarını taklit ettiği varsayımıyla hareket edildiği zaman benzer büyüklükteki örgütler yapı ve strateji açısından benzerdir, aynı çevresel kaynaklara güvenirlir ve benzer yapısal kısıtlamalardan etkilenirler. Büyüme aşamaları ve örgüt yaşam döngüleri üzerine yapılan çok fazla araştırma, kuruluşlar büyüdükçe süreksizlikleri tanımlar. Bu durum, birçok örgüt popülasyonunda büyük kuruluşların küçük kuruluşlardan temelde farklı formlara sahip olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle örgüt boyutu dağılımının farklı segmentleri, farklı nişlerde yaşayan farklı formlar oluşturmaktadır. Sonuç olarak örgütler, aynı nişte faaliyet gösteren benzer biçimde (veya boyutta) diğerleriyle en yoğun şekilde etkileşime (çalışmanın odak noktasında yer alan PSM ile CHSBY) girmektedir.

Normatif baskıdan kaynaklanan izomorfik değişim, bir örgütün hayatta kalmasının ve bir örgüt alanı içindeki kurumsal yakınsamanın kapsamının belirlenmesinde de önemli bir rol oynamaktadır. Beckert (2010) göre bu ilkeler ve profesyonel kurumların etik kodları gibi kültürel modeller sonra etkinliğini çevreleyen belirsizliklere rağmen iş uygulamaları artan benzerlikler için elverişli bir ortam yaratan kurum oluşturma işlemlerinde genel şablonlar sağlamaktadır. Bunun hayatta kalma üzerindeki etkisi, belirlenen mesleki standartları benimseyerek ve doğrultusunda faaliyet göstererek bir kuruluşun en iyi uygulamaları benimsediği görülmekte ve meşrulaştırılmaya çalışılmasıdır. Benzer şekilde rekabetin teşvik ettiği mimetik izomorfizm de örgütsel hayatta kalma eğilimini etkilemektedir. Bu nedenle bu tür bir değişiklik, diğer kuruluşlara avantaj ve meşruiyet kazandıran stratejileri benimseyerek veya taklit ederek örgütü daha iyi performans için yeniden konumlandırmayı amaçlamaktadır.



Bu makale, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin stratejisini kurumsal kuram perspektifinden modelleyerek Bakan yardımcılığı müessesesine yönelik bir sistemin nasıl geliştirilebileceğini ve uyarlanabileceğini incelemiştir. Kurumsal kuramın merkezinde, zaman ile örgütler içinde veya örgütler arasında izomorfizmi veya tutarlılığı ortaya çıkaran üç boyut bulunmaktadır. Bunlar; zorlayıcı, mimetik (taklit edici) ve normatiftir (DiMaggio ve Powell, 1983). Bu üç boyut, bağımsız ve alternatif örgütsel yapılanma kaynakları olarak görülmektedir ve bir örgütün yeni bir sistem veya yenilik başlatması (normatif), etkilemesi (zorlayıcı) ve bir model (mimetik) sağlaması için temel oluşturmaktadır. Ancak Bakan yardımcılığı müessesesi örneğinde bu makale, çeşitli nedenlerle kurumsallaşma izomorfizminin normatif, zorlayıcı ve mimetik boyutlarının Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin stratejisine dayalı bir stratejinin benimsenmesinde yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Buna karşılık "spontane izomorfizm" adı verilen yeni bir izomorfik davranış biçimi önerilmektedir. Bu makale, önerilen izomorfik davranışın başlangıç aşamasında olduğunun farkındadır. Sonunda kurumsal kuramın perspektifinde dönüşüme ve pratiğine katkıda bulunacak etkileri hakkında daha fazla bilgi sağlamak için daha çok araştırma gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- Aldrich, H. (1999). *Organizations evolving*. Sage.
- Ataman, G. (2003). Örgüt tasarımında yeni tekniklerin yayılım dinamikleri. *Öneri Dergisi*, 5(19), 13-19.
- Beckert, J. (2010). Institutional isomorphism revisited: Convergence and divergence in institutional change. *Sociological theory*, 28(2), 150-166.
- Bondy, K., Matten, D., & Moon, J. (2009). Isomorphism in the practice of corporate social responsibility: Evidence of an institution and its decline. *University of Bath School of Management Working Paper Series*, 10, 1-43.
- Borgatti, S. P., & Grosser, T. J. (2015). Structural equivalence: Meaning and measures. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, (2nd ed., Vol. 23), 621-625. Oxford: Elsevier Science Ltd.
- Bölükbaşı, M. O. (2021). Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki bakan yardımcısı ile önceki sistemdeki bakan yardımcısı ve müsteşarın kıyaslanması. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 287-303.
- Bresser, R. K., & Millonig, K. (2003). Institutional capital: Competitive advantage in light of the new institutionalism in organization theory. *Schmalenbach Business Review*, 55(3), 220-241.

Coşkun, Y., ve Yorgancıoğlu, C. (2021). Westminster modeline ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine dayalı bakan yardımcılığı için karşılaştırmalı analiz. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), 75-122.

Dacin, M. T. (1997). Isomorphism in context: The power and prescription of institutional norms. *Academy of management journal*, 40(1), 46-81.

DiMaggio, P. J., & Powell, W. W. (1983). The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American sociological review*, 147-160.

Edwards, J. R., Mason, D. S., & Washington, M. (2009). Institutional pressures, government funding and provincial sport organisations. *International Journal of Sport Management and Marketing*, 6(2), 128-149.

Fennell, M. L. (1980). The effects of environmental characteristics on the structure of hospital clusters. *Administrative science quarterly*, 25(3), 485-510.

Fligstein, N. (1990). *The transformation of corporate control*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Fogarty, T. J., & Dirsmith, M. W. (2001). Organizational socialization as instrument and symbol: An extended institutional theory perspective. *Human Resource Development Quarterly*, 12(3), 247-266.

Friedland, R., & Alford, R. R. (1991). Bringing society back in: Symbols, practices and institutional contradictions. In Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio (Eds.), *The new institutionalism in organizational analysis*, (ss.232-263). Chicago: University of Chicago Press.

Frumkin, P., & Galaskiewicz, J. (2004). Institutional isomorphism and public sector organizations. *Journal of public administration research and theory*, 14(3), 283-307.

Galaskiewicz, J., & Wasserman, S. (1989). Mimetic processes within an interorganizational field: An empirical test. *Administrative science quarterly*, 454-479.

Hannan, M. T., & Freeman, J. (1977). The population ecology of organizations. *American journal of sociology*, 82(5), 929-964.

Hannan, M. T., & Freeman, J. (1989). *Organizational ecology*. Harvard university press.

Hanson, M. (2001). Institutional theory and educational change. *Educational administration quarterly*, 37(5), 637-661.

Haveman, H. A. (1993). Follow the leader: Mimetic isomorphism and entry into new markets. *Administrative science quarterly*, 593-627.

Honig, B., & Karlsson, T. (2004). Institutional forces and the written business plan. *Journal of management*, 30(1), 29-48.

Jaffee, D. (2001). *Organizational theory: Tension and change* (1st. ed.). UK: McGraw-Hill Higher Education.

Laumann, E. O., Galaskiewicz, J., & Marsden, P. V. (1978). Community structure as interorganizational linkages. *Annual review of sociology*, 4(1), 455-484.

Lawrence, T. B. (1999). Institutional strategy. *Journal of management*, 25(2), 161-187.

McKenzie, R. D., & Hawley, A. H. (1968). *On human ecology: Selected writings edited and with an introduction by Amos H. Hawley*. University of Chicago Press.

Meyer, J. W. (1979). The impact of the centralization of educational funding and control on state and local organizational governance. Stanford University, Program report No: 79-B20.

Meyer, J. W., & Jepperson, R. L. (2000). The 'actors' of modern society: The cultural construction of social agency. *Sociological theory*, 18(1), 100-120.

Meyer, J. W., & Rowan, B. (1991). Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. In Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio (Eds.), *The new institutionalism in organizational analysis*, (ss.41-62). Chicago: University of Chicago Press.

Mizruchi, M. S., & Fein, L. C. (1999). The social construction of organizational knowledge: A study of the uses of coercive, mimetic, and normative isomorphism. *Administrative science quarterly*, 44(4), 653-683.

O'Brien, D., & Slack, T. (2004). The emergence of a professional logic in English rugby union: The role of isomorphic and diffusion processes. *Journal of Sport Management*, 18(1), 13-39.

Peters, B. G. (2001). *Institutional theory in political science: The new institutionalism*. London: Continuum.

Pfeffer, J., & Salancik, G. R. (1978). *The external control of organizations: A resource dependence perspective*. New York: Harper & Row.

Popadiuk, S., Rivera, E. R., & Bataglia, W. (2014). Heterogeneity of isomorphic pressures: Intertwining the resource-based view and the neoinstitutional approach. *BAR-Brazilian Administration Review*, 11, 455-475.

Powell, W. W., & DiMaggio, P. J. (Eds.). (1991). *The new institutionalism in organizational analysis*. University of Chicago press.

Sağsan, M., Eyüpoğlu, Ş., & Saner, T. (2011). Institutional isomorphism between the TRNC and Turkey for e-government strategy: What encourages spontaneous isomorphism?. *International Journal of eBusiness and eGovernment Studies*, 3(1), 121-132.

Scott, W. R. (1991). Unpacking institutional arguments. In Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio (Eds.), *The new institutionalism in organizational analysis*, (ss.164-182). Chicago: University of Chicago Press.

Sobacı, M. Z., Miş, N., & Köseoğlu, Ö. (2018). Türkiye'nin yeni yönetim modeli ve Cumhurbaşkanlığı teşkilatı. *Seta Perspektif*, 206, 1-6.

Sozen, H. C., & Sagsan, M. (2009). Social networks versus technical networks: How different social interaction patterns effect information system utilization in the organizations. *Journal of US-China Public Administration*, 6(7), 65-72.

Srinivasan, M., & Davis, L. V. (1991). A shelter: An organization like any other?. *Affilia*, 6(1), 38-57.

Şaylan, G. (1983). Türkiye Cumhuriyeti'nde devlet yapısının evrimi. İçinde *Cumhuriyet dönemi Türkiye ansiklopedisi*, 2 (ss. 388-410). İstanbul: İletişim Yayınları.

Tingling, P., & Parent, M. (2002). Mimetic isomorphism and technology evaluation: Does imitation transcend judgment?. *Journal of the Association for Information Systems*, 3(1), 5.

Tolbert, P. S., & Zucker, L. G. (1983). Institutional sources of change in the formal structure of organizations: The diffusion of civil service reform, 1880-1935. *Administrative science quarterly*, 22-39.

Turan, M. (2018). Türkiye'nin yeni yönetim düzeni: Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi. *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 7(3), 42-91.

White, H. C., Boorman, S. A., & Breiger, R. L. (1976). Social structure from multiple networks. I. Blockmodels of roles and positions. *American journal of sociology*, 81(4), 730-780.

Williamson, O. E. (1981). The economics of organization: The transaction cost approach. *American journal of sociology*, 87(3), 548-577.

Zucker, L. G. (1988). Where do institutional patterns come from? In Lynee G. Zucker (Ed.), *Institutional patterns and organizations*, (ss.3-21). Cambridge, MA: Ballinger.



Gazeteler

Bazı bakanlıkların bölünmesi isteniyor. (1963, 24 Haziran). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019).

Bila, F. (2003, 21 Nisan). Başkanlık istiyor. *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 18.11.2019).

Kahveci, Keçeciler, Aksoy bakanlarla çalışacaklar. (1983, Aralık 20). *Milliyet*, s. 7. <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019).

Siyasi otoritenin yetkisi artacak. (1987, 12 Aralık). *Milliyet*, s.1, <<http://gazetearsivi.milliyet.com.tr/>> (ET: 25.11.2019).

Yasal düzenlemeler

643 nolu KHK; 3046 sayılı kanun ile bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun hükmünde kararname RG: 8 Haziran 2011, Mükerrer S:27958.

703 nolu KHK; anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun hükmünde kararname, RG: 9 Temmuz 2018, S:30473 (3. Mükerrer).

Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar ile ilgili 2018/1 sayılı cumhurbaşkanlığı genelgesi, R.G.: 15 Temmuz 2018, S: 30479.

Bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşların teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 4), RG: 15 Temmuz 2018, S:30479.

Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (kararname numarası: 1), RG: 10 Temmuz 2018, S:30474.

Orman, siyasî müsteşarlık kanunları kabul edildi. (1937, 9 Şubat). *Ulus*. <http://gazeteler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1647/24391.pdf>, 17 Kasım 2019, kaynağından alınmıştır.

TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, III. Yasama Yılı, C. XVI, 16. İnikad, S.Sayı 95. (4 Şubat 1937). Trabzon mebusu Hasan Sakanın Devlet dairelerinin vekâletlere tefriki ve siyasî müsteşarlıklar teşkili hakkında kanun teklifi ve teşkilâtı esasiye ve bütçe encümenleri mazbataları (2/46), <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c016/tbmm05016034.pdf>> (ET: 17.11.2019).

TBMM Zabıt Ceridesi, V. Dönem, IV. Yasama Yılı, C. XX, 11. İnikad, S.Sayı 13. (24 Kasım 1937). İzmir mebusu Celal Bayar ve 152 arkadaşının, teşkilâtı esasiye kanununun 44, 47, 48, 49, 50 ve 61 nci maddelerinin değiştirilmesi hakkında kanun teklifi ve Teşkilâtı esasiye encümeni mazbatası (2/59), s.1 vd.<<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c020/tbmm05020011.pdf>> (ET: 18.11.2019).

ÖZEL HUKUK

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA YAPAY ZEKÂ ROBOTUN SORUMLULUĞU VE SİGORTALANMASI HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of Liability and Insurance of the Artificial Intelligence Robots
under the Liability of the Man Employee*

Atakan Adem SELANİK*

Özet

Günümüzde yaşanan Kovid-19 salgını çok sayıda kişinin ölümüne sebep olmuştur. Bu etkinin devam edeceği ve yeni salgın dalgaları ile insanlığın yeni bir düzene geçeceği tahmin edilmektedir. Yapay zekâ kullanımının artması; çalışma hayatında daha çok yapay zekâ robotlarının yer alması ile yapay zekâ robotların çalışma esnasında üçüncü kişilere vereceği zararlardan sorumluluk hususu daha çok gündeme gelecektir.

Hukuk sistemleri, genel olarak kusur esasına dayalı sorumluluk halleri üzerine kurulmuştur. Borcun kaynağı açısından sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan borçlar olarak ayırma gidilmiş olup, bazı hukuk sistemlerinde sebepsiz zenginleşme, akit benzeri veya haksız fiil benzeri sorumluluk halleri eklenmiştir. Kusursuz sorumluluk halleri daha çok kanundan veya iş ve oluşun doğasından kaynaklı özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle uğranılan zararın tazmininde ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumluluk hali olarak sayılan adam çalıştıran sorumluluğunu, sorumlu olunan kişiyle arada akdi ilişki olmaması sebebiyle akit dışı kusursuz sorumluluk hali olarak tanımlamak mümkündür. Adam seçmede, denetlemede ve talimat vermede özensizlik, adam çalıştıran açısından sorumluluk doğurmaktadır. Kanunen yazılı olmasa da işin doğası gereği, özen yükümlülüğüne aykırılığın, haksızlık olarak ortaya çıktığı da söylenebilir. Adam çalıştıranın sorumluluğu, büyük işletmelerde organizasyon sorumluluğu olarak da anılmaktadır. Robotlaşan dünyada tehlike boyutlarının artması, zararın meydana gelme olasılığını artıracığından, kimin sorumlu tutulması gerektiği konusunun, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında tartışılması gerekmektedir. Tehlikenin büyük olması sebebiyle böyle bir riskin sigortalımasının da kanunen zorunlu tutulması hususu değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Çalışan, Yapay Zekâ, Robot, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Organizasyon Sorumluluğu, İşveren Sorumluluk Sigortası.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/ This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 31.03.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Dr., Avukat, İstanbul Barosu, atakanselanik@selanik.av.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4713-2081>



Abstract

The COVID-19 pandemic has killed many people. It is estimated that effect of Covid-19 will continue and humanity will move to a new order with new epidemic waves. As a result of increasing usage of AI with AI robots taking more part in working life, the topic of responsibility for the damages caused by AI robots to third parties during working will come to the fore.

Legal systems are generally built on liability cases which based on fault. In terms of the source of debt, a distinction is made as debts arising from contract and tortious act, also in some other legal systems, unjust enrichment, contract-like or tort-like liability situations are added. The cases of strict liability mostly arise in the compensation of the damage suffered due to the failure to fulfill the duty of care arising from the law or the nature of the business and the event. It is possible to define the employer's liability, which is considered as a state of strict liability, as a state of non-contractual strict liability, since there is non contractual relationship with the responsible person.

Carelessness in selecting, inspection and giving instructions creates responsibility for the employer. Although it is not legally written, it can also be said that due to the nature of the work, the violation of the duty of care emerges as an injustice. The responsibility of the employee is also named as the organizational responsibility in large enterprises. Since the increase in the dimensions of danger in the robotized world will increase the possibility of harm, the issue of who should be held responsible should be discussed within the scope of the responsibility of the employer. Due to the great danger, it should be considered that the insurance of such a risk is required by law.

Key words: Employee, Artificial Intelligence, Robot, Man Employee Responsibility, Organization Responsibility, Employer Liability Insurance.

Extended Summary

Employment is a subject that changes and develops in direct proportion to technology. The working life that started with the agricultural revolution has evolved into a different situation with the industrial revolution. With the rapid advancement of today's technological developments, the issue of responsibility has expanded and complicated in a new industrial revolution (Industry 4.0- 4th Industrial Revolution).

Thanks to the impressive technological advances of recent years, today's robots not only perform certain simple activities (such as bottling, packaging a product), but also work with the development of certain autonomous and cognitive features, and interact with the environment by making semi-independent decisions using the ability to learn from experience. In such a context, the legal responsibility arising from the harmful action of a robot has become a very important issue. The European Parliament has issued a "Recommendation to the Commission on Civil Law Rules on Robotics" on the Legal Status of Artificial Intelligence and Responsibility for Damages Caused by Artificial Intelligence Use. With the autonomy and unique features of the robots, many questions arise about whether to create a new category. It is predicted that artificial intelligence robots can work in areas such as driverless vehicles, drones, aged care robots, medical robots, education and employment.

Under the current legal framework, robots cannot be held responsible for actions or omissions that harm third parties. On the contrary, it will be considered that the manufacturer, operator, owner or users should be held strictly responsible for the actions or shortcomings of a robot in terms of current responsibility rules. It will be

necessary to discuss whether this responsibility should be interpreted as flawed or flawless, in which category it should be in existing legal regulations.

When looking at the historical process of the concept of perfect responsibility, it will be seen that it has developed in direct proportion with the increase in mechanization. As machines increase, hazards and flawless responsibility areas increase.

In this study, the responsibility of the artificial intelligence robot will be tried to interpret from the window of the responsibility of the man. In the legal systems, how the responsibility of the employer has developed historically and how it has been handled in common law and civil law systems will be evaluated. It will be discussed whether the Turkish Code of Obligations will be sufficient to resolve disputes. In the sense we know, the possibilities of keeping the damages of robots working with artificial intelligence in the same scope will be discussed with the provisions of the responsibility of the man. Considering the dimensions of the hazard, it will also be evaluated in terms of insuring the liability as it can cause harm to the body. Legal evaluation of these issues can also be a guide in disputes that may arise.

GİRİŞ

Adam çalıştırma, teknolojiyle doğru orantılı şekilde değişen ve gelişen bir konudur. Tarım devrimi ile başlayan çalışma hayatı, sanayi devrimiyle daha başka bir duruma evrilmiştir. Günümüz teknolojik gelişmelerinin hızlı ilerlemesi ile yeni bir endüstri devrimi (Endüstri 4.0- 4. Sanayi Devrimi) içerisinde sorumluluk konusu daha da genişlemiş ve karmaşıklaşmıştır. Son yılların etkileyici teknolojik gelişmeleri sayesinde, günümüz robotları sadece belirli basit faaliyetleri (bir malın şişelenmesi, paketlenmesi gibi) gerçekleştirebilmekle kalmayıp; aynı zamanda belirli özerk ve bilişsel özelliklerin geliştirilmesi ile çalışmakta, deneyimlerden öğrenme yeteneğini kullanarak yarı bağımsız kararlar alarak çevresiyle etkileşime girmektedir. Bu bağlamda, bir robotun zararlı eyleminden doğan yasal sorumluluğu çok önemli bir konu haline gelmiştir. Robotik faaliyetlerden kaynaklanan zarar, robotun hatalı üretiminden, hatalı kullanımından veya tehlikeli bir faaliyet içerisinde olmasından kaynaklanabilir. Tehlikeli faaliyet içerisinde çalışan robotun meydana getirdiği zararlar tehlike sorumluluğu kapsamında çözülebilir veya hatalı üretilen robotun verdiği zarar ile ilgili üretici veya imalatçının sorumluluğuna gidilebilir.

Avrupa Parlamentosu '*Yapay Zekânın Hukuki Statüsüne ve Yapay Zekâ Kullanımının Verdiği Zararlardan Sorumluluğa İlişkin Tavsiye Raporu*' (recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics¹) düzenlemiştir. Robotların özerkliği ve kendine özgü özellikleri ile yeni bir kategori oluşturulup oluşturulmayacağı konusunda da birçok soru gündeme gelmektedir. *Sürücüsüz araçlar, dronlar, yaşlı bakım robotları, tıbbi robotlar,*

¹ 16 Şubat 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu kararı, 2015/2103 (INL) bknz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim tarihi: 28.10.2021).



eğitim ve istihdam gibi alanlarda yapay zekâ robotların çalışabileceği öngörülmektedir. Mevcut yasal çerçeve uyarınca, robotların üçüncü taraflara zarar veren fiil veya ihmallerden kendileri sorumlu tutulamaz. Buna karşılık mevcut sorumluluk kuralları, açısından **üretici, operatör, sahip veya kullanıcıların bir robotun eylemlerinden veya eksikliklerinden kesinlikle sorumlu tutulması ihtiyacı** doğmaktadır. Salgın sebebiyle ortaya çıkan yeni çalışma düzeninde yapay zekâ robot kullanımları sırasında ortaya çıkacak sorumluluk, daha sık karşılaşılabileceğimiz bir konu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

İfa yardımcısı sorumluluğu yerine kusur esasına dayanmayan, aynı zamanda işletmelerin organizasyon sorumluluğunu da kapsayan, adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlemesi ele alınmıştır. Hukuk sistemlerinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun tarihsel olarak nasıl geliştiği, common law ve civil law hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığı hususu değerlendirilerek; Türk Borçlar Kanunu'nun uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olup olmayacağı ortaya konulmalıdır. Bildiğimiz anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri ile yapay zekâ ile çalışan robotların verebileceği zararların da aynı kapsamda tutulabilmesinin olanakları tartışılmalıdır. Diğer yandan üretim hatası, uygun olmayan ürün sebebiyle zarara uğranılması halinde organizasyon sorumluluğu yanında doğrudan imalatçı sorumluluğuna da gidilebilir. Robotik faaliyetlerin tehlikeli içermesi hali, tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirme yapma olanağı sağlamaktadır. Tehlikenin boyutları göz önüne alınarak bedeni zararlara da sebebiyet verebileceğinden, sorumluluğun sigortalanması hususu yönünden de değerlendirilmelidir.

I. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Hukuki sorumluluk ilkeleri, zaman içerisinde değişim göstererek sosyal, ekonomik ve kültürel değişimlere uyarlanmaktadır. **Kusursuz sorumluluk kapsamında zararın giderilmesi borcu, zarar ile sorumluluğu doğuran olay arasında illiyet bağının kurulması ile** doğar. Sonucun meydana gelip gelmediğine bakıldığından, sonuç (netice) sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır. Kusura dayalı sorumluluk kapsamında ise kusur ile birlikte sorumluluk söz konusu olacaktır. Zararın meydana gelmesi ile borçlunun kusuru arasında bağ aranmaktadır. Kusur yoksa sorumluluktan da bahsedemeyiz. Zarar ile borçlunun kusuru arasında illiyet bağı kurulmalıdır².

Sanayileşme sonucu, makineye bağlı kazalar ile yapılan bilinmeyen olaylar artmaya başlamış, teknik gelişmeler neticesi makineleşme ile kazaların daha

² Bülent Tahiröglü, Roma Borçlar Hukuku (Der 2016) 42-43; Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku (13. Bası, Filiz 2016) 39 vd.

da artması kusur sorumluluğu ilkesinin yetersiz kaldığı düşüncesini ortaya çıkarmıştır³. Objektif sorumluluk alanındaki ilk tartışmalar, demiryolu kazalarının meydana gelmesiyle, **yüksek kârdan faydalanan işletmelerin zararlarından da sorumlu tutulması gerektiği** yönündeki sosyal düşüncelerle başlamıştır⁴. Toplumların, ihtilallerin etkisiyle değişmesi, iktisadi ve sosyal ilişkilerin belirli temellere oturmasını sağlamıştır. Birçok reform ile iktisadi ve sosyal ilişkilerde temel değişiklikler yaşanmış; kişisel hukuktan kollektif hukuka geçiş oluşmaya başlamıştır. Modern çağ ile kusur sorumluluğunun yetersiz kaldığı alanlarda, kusursuz sorumluluk ilkesi güçlenmiştir. **Ulaşım, enerji ve üretim araçlarının artması, makineleşme, kimyasal ve biyolojik buluş ve değişiklikler, birçok tehlikeyi beraberinde getirmiştir**. Bu hususlar kusursuz sorumluluk ilkesinin gelişmesinin ana etkenleridir⁵. Endüstri devriminin etkisi ile adam çalıştırma kavramı daha geniş yelpazede tartışılmaya başlanmıştır. Yapay zekâ robotların çalıştırılma alanlarının artması ile üretici ve adam çalıştırmanın sorumluluk alanları, birbirleriyle iç içe geçecektir.

B. Roma Hukuku Dönemi

Roma Hukuku'nda da en eski devirlerde objektif sorumluluk, daha geniş bir yer tutmuştur. Özellikle eski hukuk döneminde gerek sözleşme gerekse sözleşme dışı sorumlulukta borçlunun ya da zarar verenin kusuru olup olmadığı araştırılmıyor, davranışı ile bir başkasına zarar veren, kusuru olmasa dahi sorumlu tutuluyordu. Sonuca bakılarak, kendisinden beklenen sonuç meydana gelmemiş veya beklenenden daha ağır bir sonuç meydana gelmiş ise sorumluluk doğmaktaydı. Klasik hukuk ve Iustinianus dönemi ile kusur sorumluluğunun alanı genişlemeye başlamıştır⁶. Iustinianus Hukuku'nda

³ Marle-Helene Renaut, Histoire du droit des obligations, (Français, Ellipses, 2008) 8; Tahiroğlu (n 1) 44-45.

⁴ Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri (çev: Bülent Davran) I (İstanbul, 1948) 101-102; Tahiroğlu (n 1) 45.

⁵ Tahiroğlu (n 1) 45-46.

⁶ Rado (n 1) 37; Tahiroğlu (n 1) 39 vd; Zilelioğlu 241 vd; Şahin Akıncı, Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK. ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli (7. Bası, Sayram 2017) 34 vd; Belgin Erdoğan, In Diem Addicto (Daha iyi teklif kaydı) (İstanbul, 1972) 25 vd; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları (Ankara 1975) 197 vd; Gai. İnst.3, 88: 'Omnis enim obligatio ve lex contractu nascitur ve lex delicto'; 'Her borç ya bir akitten veya haksız fiilden doğar.' düzenlemesi ile yapılan sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu ayırımına bütün hukuk sistemlerinde rastlanmaktadır ki bu ayırım, Kıta Avrupa sistemlerinde olduğu kadar Anglo Sakson borçlar hukuku sistemlerinde de önemli yer tutmaktadır. Zamanla sadece haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ayırımı, bir kimseyi başkasına karşı borçlandırmakta; sorumlu tutmakta yeterli görülmemiştir. Gaius metninde daha sonraları D.44, 7, 1, pr. Gaius. 'Obligaciones aux et contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris'; 'Borçlar ya bir akitten ya bir haksız fiilden veyahut da diğer çeşitli sebeplerden doğarlar' ifadesine dönüşmüştür. Justinianus metninde ise akit benzeri



geçerli olan kusur sorumluluğunun etkisi günümüze kadar gelmiştir. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Alman ve İsviçre Hukuku'nun iktibas edilmesi sebebiyle, kusur kaynaklı sorumluluk konusunda Roma Hukuku'nun derin etkisi altında kalmıştır. Roma Hukuku, *Iustinianus* derlemesinde (Corpus Iuris Civilis) modern hukuklarda akdi sorumluluk sistemini kuran unsurlar bulunmaktadır⁷. Haksız fiil benzerleri 'quasi delictum' haksız fiillerde olduğu gibi bir takım ceza borçları doğuran sorumluluk türüdür. Haksız fiilde olduğu gibi yine zararın varlığı aranmaktadır. Kusur açısından bazen hafif bir ihmal veya hiçbir kusur olmadan da sorumluluğun doğduğu durumlar söz konusu olmuştur. Roma Hukuku'nda **kusursuz sorumluluk halleri arasında aile evlatlarının ve kölelerin fiillerinden sorumluluk** sayılabilir. Bir dönem köle veya aile evladı tarafından haksız fiil gerçekleştirilmişse, ceza davası Aile reisi (pater familias) veya malike açılırdı. Bunlar da suçluyu zarar görene vererek sorumluluktan kurtulabilirlerdi. Her ne kadar ceza davası olarak görülse de haksız fiil zararının tazmini ile neticelenen bir tarafı da bulunmaktadır. Bu nedenle burada kusursuz sorumluluk kapsamında zararın giderimi söz konusudur; diğer bir deyişle tazminat davasıdır⁸.

Gemicilere, hancılara ve ahırcılara tevdi (*receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*) edilen mallara gelen zararlardan sorumluluk kapsamında **gemicî, hancı ve ahırcı, kusurları olmadan da meydana gelen, beklenmedik haller dahil, meydana gelen zararlardan sorumluydu**. Iustinianus döneminde bu sorumluluk, kanuni sorumluluk haline getirilmiştir⁹. Gemi, han ve ahır işletenler, yanlarında **çalıştırdıkları kişilerin eylemleri sebebiyle (hırsızlık) meydana gelen zararlardan da kusursuz olarak sorumlu** tutulmuşlardır¹⁰. Aslında adam çalıştıranın sorumluluğu yanında 'custodia' sorumluluğu kapsamında da **gözetim sorumlusu olarak kendisine bırakılan şeyin dikkatli ve devamlı nezarette (gözetimle) önlenmesi mümkün olan zararlardan sorumlu** tutuluyordu. Otelciler, gemiciler, genel ahır sahipleri custodia sorumluluğu idi¹¹. Roma Hukuku'nda da ifaya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olunacağını

(quasi contractus) ve haksız fiil benzeri (quasi maleficium veya quasi delictum) ifadeleri eklenmiştir (Ins.3, 13, 2.) bknz. Rado (n 1) 39 vd.

⁷ Tahiroğlu (n 1) 46-47.

⁸ Tahiroğlu (n 1) 335; Rado (n 1) 158-159; Roma dönemi (Iustinianus dönemi) hatalı karar veren hakimlerin kasıtları olmasa dahi sorumlu olduklarını öngören kusursuz sorumluluğu (casus sorumluluğu) söz konusu olmuştur. Bknz. Tahiroğlu (n 1) 324; Rado (n 1) 158-159; diğer kusursuz sorumluluk halleri: "*Aktio de deiectis vel effusis*" geçilen bir yere, bir binadan bir şeyler dökülür veya atılırsa bundan zarar gören binada oturana dava açmakta idi. Bina maliki sorumluluğu gibi burada da sorumluluk ölçütü kusursuz sorumluluk (casus)' tur. Bknz. Tahiroğlu (n 1) 323-324; Rado (n 1) 158-159;

⁹ Tahiroğlu (n 1) 272.

¹⁰ Erdoğan (n 5) 145-149.

¹¹ Koschaker ve Ayiter (n 5) 197; Akıncı (n 5) 34-35.

gösteren metinler de mevcuttur. “*Gaius bir sütunun naklini üstlenen kişinin kendisi veya yardımcıları yükleme veya nakliye sırasında sütunun kırılmasına sebep olmuşlarsa, kusurları olması halinde sorumluluğun doğacağı belirtilmiştir*” (D.19, 2, 25, 7 pr.). **İşverenin yardımcı şahıs seçmedeki ve onu iş sırasındaki gözetmedeki kusuru gerekçe** gösterilmiştir (D.13, 6, 11 pr.). İşin yapılmasını üstlenen kişi bunu bir taşeronla havale edebilecektir (D.19, 2, 48 pr.) Adam çalıştıranın sorumluluğu Roma Hukuku’na dayanan köklü bir sorumluluk türüdür. **Bir kimse menfaat elde ettiği şahsın fiilinden sorumlu olmalıdır (Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet)**¹².

Çalıştıran zararı bizzat vermediği ve bir kusuru olmadığı halde zararın mevcudiyeti ile sorumlu tutulmaktaydı. Sadece zararın mevcudiyetinden dolayı bir suç (delictum) işlemiş gibi sorumlu tutulmaktadır. Bu hallerin quasi delictum şeklinde nitelendirilmesi sebebi de budur. Adam çalıştıranın sorumluluğunda, sorumluluğun sebebi **kişilerin seçilmesindeki kusurdur** (culpa in eligendo)¹³.

C. Civil Law Hukuk Sistemi

İsviçre Hukuku’nda, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (OR)’nda karşılık gelen madde (Art) 55 başlığı ‘iş yaptırmanın’ veya ‘iş gördürenin’ (geschäftsherrn) sorumluluğudur. **‘İş yaptırın, işçilerinin veya diğer yardımcı kişilerin işlerini gördükleri sırada verdikleri zarardan sorumludur; şu kadar ki böyle bir zararın doğmaması için koşulların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz (f.1). İş yaptırın, ödediği tazminat için, zarar verene, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (f.2)’**¹⁴.

Yardımcı kişinin davranışı yapma (dare) veya yapmama (facere) şeklinde olabilir. Zarar fiili zarar (damnum emergens) veya yoksun kalınan kar (lucrum cessans) şeklinde veya mala ya da eşyaya verilmiş bir zarar veyahut da manevi zarar olabilir. Sorumluluğun adam çalıştıran kişiye yöneltilebilmesi için adam çalıştıranın, **böyle bir zararın doğmaması için hâl ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini yahut dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zararın doğmasına engel olamayacağını ispat edememiş olması** gerekir. Sorumluluk için **adam çalıştıranın veya yardımcı kişinin kusuruna gerek yoktur.** Adam çalıştıranın kusuru, ek kusur olarak kabul edilir¹⁵.

¹² Tahiroğlu (n 1) 48.

¹³ Rado (n 1) 159.

¹⁴ Kadriye Bakırcı, ‘İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açısından “Adam” Çalıştıranın Sorumluluğu’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2018) 44.

¹⁵ Hans Nater, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-



İsviçre Hukuku'nda hâkim görüş, *adam çalıştırmanın sorumluluğunun* yardımcı kişinin ve de adam çalıştırmanın kusurunu şart koşmaması nedeniyle, kusursuz sorumluluk (sebepl sorumluluğu) türlerinden olup *olağan sebep sorumluluğu olduğu yönündedir*. Kurtuluş kanıtı, kusursuzluğu ispattan daha katı düzenlenmiştir. Kusur sorumluluğunda belirlenen salt ortalama özen değil, **somut olarak hal ve şartların gerektirdiği tüm objektif özenin gösterilmesi** aranmaktadır. Adam çalıştırmanın özensizliği, kusur sorumluluğuna göre daha fazla objektifleştirilmiştir. **Adam çalıştırın, ayırt etme gücüne sahip olmasa bile sorumlu olduğu ifade edilmektedir**¹⁶. OR Art.55 özen yükümlülüğü ihlaline dayalı bir sorumluluktur. Adam çalıştırın böyle bir zararın meydana gelmemesi için hal ve şartların gerekli kıldığı önlemleri aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Yardımcı kişiyi seçme (cura in eligendo), denetleme (cura in custodiendo) ve ona talimat verme (cura in instruendo) gerekli özeni gösterme, adam çalıştırının sorumluluğunu belirlemektedir. Bunun yanında **adam çalıştırın, işin görülmesi için elverişli araç gereç ve malzemenin temini**, işletme söz konusu ise **işletmenin amacına uygun organizasyonunda da sorumlu tutulmaktadır**¹⁷. OR Art.55 uygulanırken bazı uyumsuzlukların çözümünde geniş yorumlanmıştır; bu genişletmenin getirdiği ihtiyaç, bazı reform çalışmalarına sebep olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında getirilen organizasyon yükümlülükleriyle adam çalıştırının sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. 1984 tarihli (menfez olayı) kararında, menfez yerleştirilirken menfez çevresinde bulunan taşıma halkasının sökülmesi ile menfezin işçilerden birini yaralaması olayında, üretim esnasında taşıma halkasının çerçeveye yanlış yerleştirilmesini, **işletmenin eksik organizasyonu sağlama yükümlülüğü kapsamında üreticinin üretim hatası ürünleri** kontrolü böyle bir kontrol mümkün değilse üretimin en güvenli türü seçme yükümlülüğüne aykırılık olarak, sorumluluğa bağlamıştır. Buna karşılık diğer bir (fritöz olayı) kararında da yine fritözün içine termostatın hatalı yerleştirilmesi olayında üretici şirketin fritözü bizzat kontrol etmekle

technischen Entwicklung (Zurich, 1970) 7-13; Zarife Şenocak, 'Adam çalıştırının Sorumluluğunda (TBK mad 66) Özel Sorunlar' Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018) 52-53.

¹⁶ Nater (n 18) 5; Şenocak (n 18) 52-53; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht I (3.Aufl.,Basel-Genf-München 2003) Art.55 OR, n.1; Heinz Rey, Ausservortragliches Haftpflichtrecht (4.Aufl., Zurich-Basel-Gent 2008) N.881, N.901; BGE 97 II 221, (223); 110 II 456, (460) E.2; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (20. Bası, Ankara 2020) 643-644; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası, Seçkin 2019) 258; Karl Oftinger, and Emil W Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II (Teil bd.I, Besonderer teil, 4.Aufl., Zürich, 1987) 20 N 3; Max Keller and Sonja Gabi, Haftpflichtrecht (2.Aufl., Basel et al.1988) 166.

¹⁷ Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Beta 2004) 698-706; Mustafa Ünlütepe, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/3) (Legal 2016) 20 vd; Şenocak (n 18) 54-55.

yükümlü olmadığını, çalışanı özenle seçtiğini, doğru talimatlandırıldığını, organizasyonun uygun yapıldığından bahisle sorumlu olmadığına karar verilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'na yönelik reform önerilerinde, tehlikeleri yaratanın eylemlerin bireylerden çok, işletmelerden kaynaklandığı, büyük işletmelerde bireysel kusurun tespitinin zor olması sebebiyle, organizasyondaki eksikliğin zarara sebebiyet verdiği, objektif ve kollektif özensizlik ve işletme ayıbı gibi kavramlarla sorumluluğun tanımlanması gerektiği savunulmuştur. İsviçre Medeni Kanunu ön tasarısı (OR 2020 taslağı) ile iki başlıkta (49, 49a) düzenlenmesi ön görülmüş, 49 ile bildiğimiz anlamda ekonomik ve mesleki faaliyette işletme dışında kalan hizmetçi, bahçıvan gibi kişilerin eylemleri, 49a ile ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmede bir veya daha fazla yardımcı kişiden yaralanan kişinin bu faaliyetler kapsamında sebep olunan zararlardan, o işletmenin organizasyonunun zararı önlemeye elverişli olduğu ispat edilmediği sürece sorumlu tutulması gerektiği düzenlenmiştir¹⁸.

Alman Hukuku'nda, Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 831, **gerçekleştirme görevlisinin**, işi gerçekleştirdiği sırada hukuka aykırı bir şekilde üçüncü bir tarafı zarara uğrattığı taktirde adam çalıştıran bu zararı telafi etmekle yükümlüdür. **Gerçekleştirme görevlisinin tanımı nispeten dar tutulmuştur.** Gerçekleştirme görevlisi, sadece **adam çalıştıranın talimatlarına bağlı olan kişidir.** Genel anlamda veya somut olayda, gerçekleştirme görevlisine, belirli bir bağlılık ilişkisinde olduğu, **başka bir kişi tarafından bir görev verilmiş olması gereklidir. Burada belirleyici olan, bu görevin örgütsel olarak bağımlı bir konumda gerçekleştirilmesidir.** Bu bağlamda adam çalıştıranın, gerçekleştirme görevlisini bu görevden mahrum bırakabilmesi veya kısıtlayabilmesi ve görevin zamanını ve kapsamını belirleyebilmesi gerekir. Serbest çalışanlar da yani serbest meslek sahipleri de zarara neden olan somut olayda, gerçekleştirme görevlisi olarak sınıflandırılabilirler. Adam çalıştıranın, işletme görevlisini görevlendirmede etkili olması gereklidir bu sebeple **bağımsız bir işletme, gerçekleştirme görevlisi değildir.** Sorumluluğun doğması için, gerçekleştirme görevlisinin, eyleminin yasaya aykırı olması yeterlidir, kusurunun bulunmasına gerek yoktur¹⁹.

¹⁸ Ünlütepe (n 20)19, 38-39 ve 49; Şenocak (n 18) 54-57; Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Seçkin 2005) 56; Seda Kara Kılıçarslan, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Turhan 2017) 42-47; Pierre Widmer and Pierre Wessner, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht (Bern 2000) 124-126; Nater (n 18)117-118; Peter Jaggi, Beitrage zum Schweizerischen Juristentag (2. Halbbd. 1967) 754 vd.

¹⁹ Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II2 (13. Aufl.1994) 79 III 1c (S.476 f.) ve 2 c (S.479); Georg Caspers, 'Alman Hukukunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Gerçekleştirme Görevlisinin Mali Sorumluluğu)' Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği



Hukuka aykırı eylem, adam çalıştırmanın, **gerçekleştirme görevlisini görevlendirdiği işin görülmesi sırasında meydana gelmiş olması** gerekir. Gerçekleştirme görevlisi, görevlendirdiği işi gördüğü sırada işten bağımsız farklı bir eylemle, kasıt ile örneğin hırsızlık gibi, bir eylemle zarar verirse, bu durumda da adam çalıştırmanın, gerçekleştirme görevlisini dikkatli seçerek ve izleyerek zararı önleme durumu söz konusu olacağından, sorumlu tutulması söz konusu olacaktır²⁰. Sorumluluktan kurtulma, gerçekleştirme görevlisinin **özenle seçilmiş olması ve gerçekleştirme görevlisinin davranışının hukuka uygun olması** gereklidir²¹. Olayın özü, **gerçekleştirme görevlisinin seçiminde, bilgilendirilmesinde veya denetlenmesinde veya gerekli teçhizatın sağlanmasında adam çalıştırmanın kusuru** aranmaktadır. Gerçekleştirme görevlisinin hukuka aykırı eyleminden adam çalıştırmanın sorumlu tutulmasının asıl sebebi budur. Dikkatli seçime ek olarak, gerçekleştirme görevlisinin, mesleki nitelikleri, kişisel yetenekleri ve güvenilirliği açısından görevi yapıp yapamayacağı hususunda **sürekli denetim** gereklidir. Eyalet Yüksek Mahkemesi²², **üçüncü şahısların yaşamı, sağlığı veya mülkiyeti için kamu güvenliğine veya ciddi riskler içeren işlerde denetimin daha katı uygulanması görüşündedir**. Adam çalıştırın, seçim ve denetleme kusuru olmadığını ispatlamalıdır. Zarar gören hem gerçekleştirme görevlisinden hem de işverenden uğradığı zarar için tazminat talebinde bulunabilir; talep müteselsilen sorumluluk esasına dayanır (BGB 840/1). Eğer, zarar sadece adam çalıştırandan talep edilmişse, adam çalıştırın, zararın tamamını gerçekleştirme görevlisine rücu eder (BGB 840/2)²³.

D. Common Law Hukuk Sistemi

Common Law hukuk sisteminde adam çalıştırın, çalışanın fiilinden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur²⁴. Roma hukukunun etkileri denizcilik mahkemeleri ve lex mercatoria etkisi ile common law hukuk sisteminde de görülmektedir²⁵. İngiliz Hukukunda işçinin haksız fiilinden sorumluluk hali düzenlenmiştir. **İşçinin fiilinden faydalanan işverenin, sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir**. Civil law hukuk sistemlerinin aksine **işverene kurtuluş imkânı tanınmamıştır**. İşverenin, işçiyi seçme ve denetlemede gerekli özeni göstererek

Yayınları, 2018) 74-76.

²⁰ Larenz / Canaris (n 22) 79 III 2 d (S.480f); Caspers (n 22) 76-77.

²¹ Caspers (n 2276).

²² BGH 8.10.2002-VI ZR 182/01, NJW 2003, 288 (289f); “Yüksek gerilim hatları için şalter işlerinin yapılması” Caspers (n 22) 76.

²³ Caspers (n 22)78-79.

²⁴ Reinhard Zimmermann The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition (New York, 1996) 1130 vd.

²⁵ Sir William Holdsworth, A History of English Law, VIII (London, 1966) 470vd.

sorumluluktan kurtulması düzenlenmemiştir. İşçinin kusuru ile sorumlu tutulup tutulmaması konusu ön plandadır. **İşçi sorumlu tutulabiliyorsa işveren işçinin çalışmasından menfaat elde ettiği için sorumlu tutulacaktır**²⁶. Zarar verenin çalışan (employee) olma şartı getirilmiştir. İşin nasıl yapılacağı, işin işletmeyle ilgili olması, çalışılırken kullanılan aletlerin kime ait olduğu gibi ölçütler ile somut olay nezdinde bağımlılık belirlenmektedir²⁷. Ortaya çıkan zararda işçinin kusuru ve illiyet bağı, yani çalışanın fiili ile işverene ait olan iş arasında sıkı bağlantı aranmaktadır. İşçi ve işveren müteselsilen sorumludur²⁸.

E. Türk Hukuk Sistemi

1. Genel Olarak

Özen ifadesi, TBK 66. maddesi özen sorumluluğu başlığı içerisinde yer bulmuştur. **Özen ve gözetim yükümlülüğü, hakkaniyet, hakimiyet, tehlike, nimet-külfet esasları**, adam çalıştırmanın sorumluluğunun ortaya çıkmasını destekleyen, neden adam çalıştırmanın da sorumlu tutulması gerektiğini anlatan hususlardır. Özen esası içerisinde, adam çalıştırmanın **gözetim sorumluluğu** da söz konusudur. Ancak bu sorumluluk kanunda açıkça özen ödevinin yüklenmemiş olması durumunda da tartışılmalıdır. Hakkaniyet esası açısından ele alındığında, işini başkasına yaptırmanın, üçüncü tarafların zarara uğrama ihtimalini artırmasıdır. Özellikle, **teknik araçların sebep olduğu kusurların tespiti zor olduğundan, hakkaniyet esası ile sorumluluğun adam çalıştırana yüklenmesi** adil olacaktır. Başkasını istihdam etme ekonomik yönden güçlülük karinesi olarak görülür. **İş ve oluştan menfaati olan kişinin ondan kaynaklanacak zararları karşılaması da hakkaniyet ilkesinin gereğidir**²⁹.

Nimetten faydalanan, külfetine de katlanmalıdır. Çalışanın kusurunun olmaması, ayırt etme gücünden yoksun olması, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Hukuka aykırı eylemin gerçekleşmiş olması neticesinde sorumluluk doğacaktır³⁰. Adam çalıştırmanın sorumlu tutulmasında diğer bir neden de çalışan adam ve **kullanılacak malzeme üzerindeki hakimiyetidir**. Adamın belirlenmesi, onun komuta edilmesi, kullanılacak malzeme ve **aletlerin seçiminde hakimiyet**, adam çalıştırandır³¹. Adam çalıştırmanın sorumluluğunu belirleyen bir diğer etken tehlikedir. Adam çalıştırana, kurtuluş beyyinesi

²⁶ Şebnem Akipek ve Erkan Küçükgüngör, 'İngiliz Hukukunda İşçilerin Haksız Fiilleri Dolayısıyla İşverenin Kusursuz Sorumluluğu' Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 741-751 (Dokuz Eylül 2000) 739.

²⁷ ibid 739.

²⁸ ibid 739.

²⁹ Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Turhan 1981) 43vd.

³⁰ Eren (n 19) 470 vd.

³¹ Eren (n 19) 560 vd.



imkanının sağlanmasında amaç kusursuzluğun ispatının sağlanması değil, iş sahiplerinin sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle, onları zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek bu şekilde sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir³².

1926 tarihli 818 sayılı mülga BK madde 55 ‘Başkalarını çalıştıran kimse, yanında çalıştırdığı kimselerin ve işçilerin işlerini gördükleri sırada yaptıkları zarardan sorumludur; şu kadar ki böyle bir zararın doğmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın doğmasına engel olamayacağını kanıtlarsa sorumlu olmaz. Çalıştıranın ödenince olarak verdiği şeyi, zararı yapan kimseye dönüp isteme hakkı vardır.’³³ Mülga BK madde 55³⁴ ‘istihdam edenlerin mesuliyeti’ başlığı yerine ‘**Adam çalıştıranın sorumluluğu**’, metnin içerisinde yer alan ‘maiyyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amele’ terimleri yerine ise ‘**çalışan**’ terimi kullanılmıştır. Kusursuz sorumluluk diğer bir ifadeyle netice sorumluluğu, ancak hukuki düzenlemesi açıkça belirtilen hallerde söz konusudur. Adam çalıştıranın sorumluluğu, ‘(B) Kusursuz Sorumluluk, (II) Özen Sorumluluğu’ başlığında TBK madde 66³⁵ ile düzenlenmiştir. TBK kapsamında adam çalıştıranın sorumluluğu, eBK ve dolayısıyla İsviçre Hukuku etkisi kısmen korunarak, organizasyon sorumluluğunun eklenmesi açısından İsviçre Hukuku’nda tartışılan (İsviçre Federal Mahkemesi’nin Menfez Kararı) organizasyon sorumluluğu ve çalışana rücu hakkının sınırlandırılması konusunda Alman Hukuku’nda düzenlenen rücu hükmünün eleştirileri dikkate alınarak düzenlendiğini söyleyebiliriz.

³² YİBK, 1/3, 27.03.1957; YHGK, 4-824/134 <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Murat Topuz, ‘Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018) 108.

³³ 818 sayılı mülga BK’nun, Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından Türkçeleştirilmiş ve Türk Dil Kurumu tarafından basılmış olan metni, bknz Bakırcı (no 16) 39 dpt.5.

³⁴ 818 sayılı mülga BK madde 55 “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.”

³⁵ TBK madde 66 “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

TBK 66'ya organizasyon sorumluluğunun eklenmesi ile *adam seçme, denetleme ve talimat vermede özen yükümlülüğüne* dördüncü bir yükümlülük eklenmiştir. *İşletmede adam çalıştıranlar için çalışma düzenine ilişkin özen borcu* doğmuştur. *Yeterli sayıda eleman çalıştırmak, çalışanlar arasındaki işletme faaliyetine ilişkin bilgi akışı, amaca uygun etkili bir iş bölümü, çalışma saatlerinin ayarlanması konuları organizasyon sorumluluğu* arasında sayılabilecektir³⁶. Organizasyon sorumluluğunun, Türk Borçlar Kanunu'na eklenmesinde, İsviçre Hukuku'nda yaşanan tartışmalar neticesinde meydana getirilen görüş ve hazırlanan değişiklik tasarısının etkisi olmuştur³⁷. Adam çalıştıranın, üretim, seyahat, taşıma, sağlık vb alanlarda yürütülen, birden çok kişinin iş bölümüyle gerçekleşen ekonomik ve mesleki faaliyetlerin söz konusu olduğu işletmelerde organizasyon etkinliğinden dolayı olağan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir³⁸. Bu hüküm, objektif organizasyon eksikliğine dayalı organizasyon sorumluluğunu düzenlemektedir. İşletmeler açısından genel bir organizasyon sorumluluğunu öngörmektedir. *Ürün hatalarının sebep olduğu zararlar alanında uygulanma imkanına sahiptir*. Basit anlamda, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen, adam çalıştıranın sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için çalışanın kusuru aranır. Organizasyon sorumluluğu, zarara çalışanın sebep olmadığı durumlarda da sorumluluk söz konusu olabilecektir. Örneğin *araç, makine, malzeme, taşınır veya taşınmaz maddi unsurlar, işletme çıktısı ürün kullanımı veya verilen hizmet sırasında uğranılan zararlar* TBK 66/3 kapsamında organizasyon sorumluluğu içerisinde sayılabilecektir³⁹. Bu görüşün, madde 66/3 'ün yorum yoluyla genişletilmesine yol açacağı⁴⁰, TBK gerekçesinde yasa koyucunun böyle bir amacının olmadığı, *zarar veren çalışanın tespit edilememesi, kollektif özensizlik meydana getireceğinden bu yönüyle de sorumluluğun zaten doğacağı*, İsviçre Borçlar Kanunu, mevcut hükümlerinde çalışanın kusurunun ispatının şart olmaması, zararın kaynağının *adam çalıştıranın iş sahasından kaynaklandığının ispatının yeterli olması*, bu sebeple İsviçre Federal Mahkemesinin geniş yorumuyla üründen kaynaklanan zararın da işletmeye mal edilmesini sağladığı⁴¹, mevcut TBK hükümlerinin bu haliyle

³⁶ Şenocak (n 18) 59.

³⁷ Ayşe Havuççu, 6402 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası kongre, TBB, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 309, Ocak 2016, Ankara, 99.

³⁸ Kara Kılıçarslan (n 21) 66; Şenocak (n 18) 59-60.

³⁹ Ünlütepe (no 20)167-169 ve 193-195; Şenocak (n 18) 62.

⁴⁰ Atilla Altop, 'Değerlendirme Konuşması 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (2. Bası, İstanbul 2012) 203-204.

⁴¹ Şenocak (n 18) 63-64.



geniş yorumlanmasının, kusursuz sorumluluk hallerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşüne aykırı olacağı sebepleriyle eleştirilmiştir.

Çalışan, kendisine tevdi edilen işi yerine getirirken işletme tarafından kendisine tevdi edilen malzeme veya araç gereçle zarara sebebiyet vermiş olabilir. Adam çalıştırın / işletme o malzemenin ve/veya araç gerecin eksikliğinden, bakım ve onarımından da mesul olacaktır. İşletme altında adam çalıştırmanın sorumluluğu ek yükümlülük getirmektedir. İşleten **sıfatına sahip adam çalıştırın, kurduğu işletmenin organizasyon ve çalışma düzeni amaca uygun ve zararın doğmasını önlemeye elverişli** bulundurma yükümlülüğünün getirilmesidir⁴².

Çalışma düzeninin oluşturulmasında özen yükümlülüğü, **iş akışının, ekonomik iş bölümünün, iş planlamasının, insan, araç gereç ve malzeme, çıktı olarak kullanılan ürün ve hizmetin işletmenin amacına ulaşmasına uygun nitelik ve nicelikte** olması gerekecektir⁴³. Çoğu durumda TTK anlamında işletme, söz konusu olacağından tacirin, basiretli tacir kuralına uygun hareket etmesi gerekecektir. Buradaki objektif özen, basiretli tacirin objektif özen ölçüsüne göre belirlenecektir. Tacirler arasındaki objektif özen ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Yani, tacir yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp, **kendisiyle aynı sınıfa dâhil tedbirli, sağduyulu ve becerikli bir tacirin** benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır⁴⁴.

Hukuka aykırı fiil, adam çalıştırmanın sorumluluğunda zarar ve illiyet bağı sonrası gerçekleşmesi gereken üçüncü genel şarttır. Sorumluluk hukuku açısından **hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde koruma amacı güden, yazılı veya yazılı olmayan emredici kuralların ihlali hukuka aykırılıktır**⁴⁵. Hukuka aykırı eylem⁴⁶, zarar ve illiyet bağını zarar gören ispatlayacakken, gerekli özeni gösterdiğini, adam çalıştırın ispatlamalıdır. **Hukuka aykırı durumun ortaya çıkmasında çalışanın kusuru aranmamaktadır**. Sorumluluğun ortaya çıkması için şartları

⁴² Fikret Eren, 'Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda İşletmenin Çalışma Düzeni ile Zarar Arasındaki İlişki' Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018) 25-26.

⁴³ Eren (n 19) 654.

⁴⁴ YHGK, 7.5.2003 tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁴⁵ Keller/Gabi (n 19) 36; Kaneti (n 51) 39; Antalya (n 19) 425; Eren (n 46) 31.

⁴⁶ 'Bir eylem, başka bir kişinin mutlak hakkına zarar veriyorsa hukuka aykırıdır. Mülkiyet hakkı, kişilik hakları, aynı haklar kişilerin mutlak haklarıdır. Birinin mal veya şahıs varlığına zarar gelmesine sebep olacak eylem, hukuka aykırıdır. İhlal edilen hukuk kuralı, yazılı veya sözlü olabilir. İhlal edilen hukuk normu, zarar görenin hakkını korumaya yönelik ise haksız eylem oluşturmaktadır.' bkz Fikret Eren 'Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi' Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70.Yaş Armağanı (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1975) 461vd.

genel ve özel şartlar olarak ayırmak daha yerinde olacaktır. Zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırı fiil sorumluluğunun genel şartlarıdır. Özel şartlar ise **zararın adam çalıştırmanın çalışana verdiği iş veya işletmenin faaliyeti sırasında gerçekleşmiş olmasıdır**. Kurtuluş kanıtı da çalışanı seçme, denetleme ve çalışana talimat vermede özenin yerine getirildiğinin, adam çalıştırın tarafından ispat edilmesidir. İşletme açısından bunlara ek, işletmenin organizasyonunda gerekli özenin gösterilmesidir. Sorumluluğun ortaya çıkması için öncelikle zararın meydana gelmiş olması gerekecektir. **Zarar, kişinin malvarlığında veya kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmedir**. Diğer şart, uygun illiyet bağıdır. **Uygun illiyet bağı, olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre, gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan sebep**, sorumluluğu doğuran uygun sebeptir⁴⁷. İsviçre Federal Mahkemesi, bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu yüzden de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine bağlıdır⁴⁸. Yargıtay da kökleşmiş kararlarında, **'bir olayın hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli olması, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusuyken diğer olayın meydana gelmesiyle kolaylaşması'** olarak tanımlamıştır⁴⁹.

Özel şartlar açısından, işletmenin tanımını yapmak gerekecektir. **Müşterilerine mal ve hizmet sağlamaya yönelik, kazanç elde etme veya ideal amaçla kurulmuş, sürekli faaliyette bulunan her türlü organizasyon, adam çalıştırmanın sorumluluğu alanında işletme kavramı** kapsamına girecektir. İşletme tanımı açısından TBK kapsamında sınırlama yapılmamıştır. İşleten, adam çalıştırın, gerçek veya tüzel kişi, kamu tüzel kişisi, vakıf, dernek veya sendika olabilir. Ticari işletme olabileceği gibi, avukatlık, hekimlik, diş hekimliği, mühendislik, mimarlık, borsa işleri, bankerlik, yüklenicilik, mali müşavirlik, muhasebecilik, simsarlık, emlakçılık gibi meslekler de olabilecektir. İşletme sayılması için, işletmede en az bir bağımlı çalışan olması gerektiği yönünde görüşler⁵⁰ ve aksini savunan görüşler⁵¹ mevcuttur.

⁴⁷ Eren (n 46) 29-30.

⁴⁸ BGE 89 II 232; Selim Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1968); 1055-1964, I, 116; BGE 95 II 107; 91 II 210.87 II 127; 83 II 411; 81 II 445; 80 II 397; 98 II 291; 101 II 69; 102 II 237; Keller/Gabi (n19) 27.

⁴⁹ YHGK, 538, 09.04.1968 <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Sevinç 1981) 285-286; YHGK, 508/D-4/481, 24.06.1964, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Eren (n 46) 30.

⁵⁰ Ünlütepe (n 20) 230.

⁵¹ Antalya (n 19) 282; Ayşe Nur Kılınç, Adam Çalıştırının Organizasyon Sorumluluğu (Legal 2018) 294.



Bağımlı çalışanın tespitinin yapılması, **bağlı çalışmanın ölçütlerinin konuyu daha da karmaşıklaştırmasına sebebiyet vereceğinden, böyle bir ayrıma gidilmemesi** gerekir. SGK yapılmaksızın, örneğin yabancı uyruklu birden fazla çalışana sahip işletmelerin, işletme sayılmaması gibi bir durumu hakkaniyete aykırı olacaktır. Somut olaya göre değerlendirilmelidir. Tek başına çalışan kişi açısından, çalıştırdığı adam dışında organizasyon, iş bölümü gibi yükümlülükler doğmayacağından, işletme gibi değerlendirilmeyebilir. Ancak, ürün çıktısının vereceği zararların da kapsama alınması açısından, daraltılmaması gerekecektir. Faaliyeti meydana getiren olgular, işletmede çalışan bir kişinin fiil veya davranışı, kullanılan araç gereç, malzeme, üretilen hizmet veya ürün olabilir⁵². Yargıtay, adam seçme, talimat ve denetim sorumluluğu kapsamında işletmenin organizasyonun esaslı ve doğru şekilde kurulması zorunluluğunu da saymıştır. Doktrindeki görüşlere paralel olarak, **çalıştırdığı adamlara teslim ettiği malzeme, araç, gerecin bozuk, hatalı olması da organizasyon sorumluluğu arasında** sayılmıştır⁵³. İşletmenin sorumluluğunun doğması için yer ve zaman açısından, zararla bağlantı olması yeterlidir. TBK 66/1 de arandığı şekilde fonksiyonel bağ aranmamaktadır⁵⁴.

Fabrikada açılacak artezyen kuyusunun, gerekli özen gösterilmeden açılması sebebiyle, etraftaki arazilere su sızdırması sonucu komşu tarım alanlarının zarar görmesi, Kum ocağından kum taşıyan aracın, sürekli kum ve toza sebebiyet vererek komşu arazideki evlere zarar vermesi gibi örnekler verilebilir. Kamyonun işletme alanının dışına çıkması sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. İşletme alanına gidiş geliş sırasında olması yeterlidir. **Çalışanın yetkisini aşması, yeni yetkiler ihdas etmesi, verilen talimatlara uymaması, mevcut çalışma talimatını genişletmesi, yanlış yorumlaması da organizasyon eksikliği** kabul edilmektedir. İşletme dışı adam çalıştırmanın sorumluluğunda, **adam çalıştırma, mesleki faaliyet veya ev işleri** olabilecektir. Yapılan **iş devamlı veya geçici, ivazlı veya ivazsız** olabilecektir. Aynı zamanda, yapılan işle zarar arasında işlevsel bakımdan bağ olması gerekecektir. **İstihdam eden, işveren kavramını da içine alan geniş bir kavram olarak kabul edilmektedir. Hizmet akdi ilişkisinin varlığı aranmayacaktır. Sosyal bir ilişki ile çalışanın hizmetinden yararlanmış olabilir.** İşin görülmesi sırasında talimat verme, gözetim ve denetim yetkisini kapsayan bir bağımlılık aranmaktadır⁵⁵.

⁵² Antalya (n 19) 281; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14. Bası, Beta 2015) 173; Ünlütepe (no 20) 309; Eren (n 46) 33.

⁵³ Yargıtay 4 HD, 11751/10809, 02.10.1978 <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Turgut Uygur Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3 (Ankara 2003) 2665.

⁵⁴ Ünlütepe (n 20) 366-367; Antalya (n 19) 282.

⁵⁵ Fikret Eren Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4.Bası, Sevinç, 1991) 165 vd; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, (Beta 1995) 500 vd.

Ödünç iş ilişkisi olsa bile istihdam edilen kişiyi ödünç alan ve kendi işini yaptıran sorumlu olacaktır. Sorumluluk yapılan iş sırasında verilen zararlarla bağlanmaktadır. Dolayısıyla, ödünç veren işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. **Denetim ve gözetim kimin yetkisinde ve iş kim için yapılıyorsa, istihdam eden o sayılacaktır. İktisadi faaliyet olmasa bile kendi işi amaçlı adam çalıştıranında sorumluluğu mevcut olacaktır.** Çalışanın iş ve işletmeyle hiçbir ilgisi olmayan, adam dövme, adam öldürme, hırsızlık ve terör gibi kasta dayalı suç teşkil eden eylemlerinde, adam çalıştıranın veya işletmenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, bir çalışanın başka bir çalışanın veya müşterinin evini gezerken parasını veya başka bir eşyasını çalması, kavga edip yaralaması, işletme faaliyeti ile işlevsel ilişki içinde olmayıp tamamen arizi ve tesadüfi bir bağlantı içinde olunan durumlarda, adam çalıştıran sorumlu tutulmayacaktır⁵⁶.

2. Adam Çalıştıranın Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

Adam çalıştıran, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. İşletme olmayan adam çalıştıran açısından, adam seçme, talimat verme ve denetlemede gerekli özeni göstermiş olduğunu kanıtlamış olması gerekir. İşletme açısından ise bu üç unsura ek olarak organizasyonun zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispatlamalıdır. Kanunun, adam çalıştıranın sorumlu olacağına ilişkin özensizlik karinesinin aksi, adam çalıştıran/işletme tarafından ispat edilecektir⁵⁷. Adam çalıştıranın göstermesi gereken özenin ölçütünün değerlendirilmesine ihtiyaç vardır. **Özen ölçütü objektif olarak değerlendirilir. Zararı önlemek için durum ve koşulların gerektirdiği tüm özenin gösterilmiş olması gerekecektir**⁵⁸. İşletme açısından ek olarak, **objektif özeni gösterebilecek, bilgi, deney, öğrenim, beceri ve ahlaki formasyona sahip olmak, işletme faaliyetlerinin üçüncü kişilere zarar vermesini engellemek için çalışma ölçütlerinin bilim, teknoloji ve fenne göre ileri düzeyde olması** gerektiği belirtilmektedir⁵⁹. İliyet bağıni kesecek derecede, mağdur ağır kişisel kusuru, üçüncü kişinin kusuru, mücbir sebep halleri de somut olaya göre değerlendirilecektir⁶⁰.

Yardımcı kişiyi seçme (cura in eligendo); çalışanın, cinsiyeti, yaşı, almış olduğu eğitim, işe alınmada hangi belgelerin esas alındığı, işe uygunluğu, özenli, dürüst ve güvenilir olması, diploma, sertifika, ehliyet, kurs belgesi, tavsiye mektubu, savcılık belgesi, kurtuluş kanıtının getirilmesi noktasında

⁵⁶ Eren (n 46) 34-35; Keller/Gabi (n 19)170.

⁵⁷ Eren (n 46) 35-36; Tandoğan (n 32) 65; Eren (n 19) 652; Antalya (n 19) 392; Kılınc 330; Kara Kılıçarslan (n 21) 149.

⁵⁸ Topuz (n 35) 101.

⁵⁹ Yargıtay HD, 17982/6600, 04.05.2017 <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Eren (n 46) 36.

⁶⁰ Eren (n 46) 37; Topuz (n 35) 111-112.



etkili olacaktır. Adam çalıştıran, *ek bir araştırma yaparak teorik ve uygulamalı sınav icra etmeli, deneme süresi tayin etmeli, iş için gerekli eğitim ve kurs sağlanmış olmalı, üçüncü kişiler için risk teşkil edecek işlerin, çalışana test edilmeksizin* bırakılmaması gerekir⁶¹. Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. *Sececeği kişi, göreceği iş için vasıfta, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş* olmasını arayacaktır⁶². Yargıtay bir kararda uluslararası nakliyat işi yapan firmanın, trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek anlayışı gösterebilecek kişiyi şoför olarak seçmesi gerektiğini belirtmiş⁶³, *banka çalışanının imza incelemesini dikkatli yapmama ve en basit tedbirlere başvurmamasını*⁶⁴, *çalışanın önceki işten ayrılma sebebini gizlemiş olmasına rağmen gerekli araştırmanın yapılmamasını*⁶⁵, işletme açısından sorumluluk olarak belirlemiştir⁶⁶.

Talimat verme (cura in instruendo); adam çalıştıran, iş ile ilgili bilgileri vermeli, uyarılarda bulunmalıdır. Çalışanın bilgi seviyesine göre, talimatların içeriği ve açıklığı belirlenecektir. Yargıtay, vincin çalışma alanına geçilmez levhası yazılmasına rağmen geçişin yapılmaması için adamlarına kesin talimat verilmemesi⁶⁷, doktorun şok yapması olasılığı bulunan bir ilacı verirken, hastayı ve yardımcı personeli uarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiği⁶⁸ konusunda talimat verme açısından örnek alınabilecek ölçütler belirlemiştir⁶⁹.

Denetleme (cura in custodiendo); denetlemenin ölçütü belirlenirken, somut faaliyet bakımından *sahip olduğu tecrübe, bilgi, işin niteliği, büyüklüğü ve ağırlığı* göz önüne alınacaktır. Adam çalıştıran *denetim görevini yerine getirirken işi yapan kişi kadar uzman olmasa dahi bir uzmandan yardım almalıdır*. Yargıtay, özel hastane işletmesinin basiretli tacir olduğunu, yaşama hakkını doğrudan ilgilendiren konuda hizmet verdiğini, bu hususlara dikkat edilerek çalışanlarını denetlemesi gerektiğini⁷⁰, belirtmiştir.

⁶¹ Topuz (n 35) 102-104.

⁶² Yargıtay 3.HD, 23133/3, 14.01.2013, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶³ Yargıtay 4.HD, 9216/10886, 20.10.2011, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶⁴ Yargıtay 11.HD, 8627/468, 04.02.1999, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶⁵ Yargıtay 4.HD, 2062/4389, 04.05.2000, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶⁶ Topuz (n 35) 102-104.

⁶⁷ Yargıtay 4.HD, 11751/10809, 10.02.1978, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶⁸ Yargıtay 4.HD, 2684/2978, 13.03.1973, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

⁶⁹ Topuz (n 35) 104-106.

⁷⁰ YHGK, 13-291/370, 23.06.2004, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021).

Adam çalıştırana, kurtuluş beyyinesi imkanının sağlanmasında amaç kusursuzluğun ispatının sağlanması değildir. **Asıl amaç, iş sahiplerinin sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle, onları zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir.** Buradaki amaç, yasa metnine kusur unsurunu sokmak değildir. Kusur ögesi hariç, haksız eylemin diğer üç unsuru bir zararlandırıcı olayda birleşirse, sorumluluk doğacaktır⁷¹.

F. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ve İmalatçının Tazminat Sorumluluğu

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğimiz 'menfez' kararı ile adam çalıştıran sorumluluğunun genişletilmesiyle ortaya çıkan organizasyon sorumluluğu kapsamında, İsviçre Medeni Kanunu (OR) taslağından yola çıkılarak; Türk Borçlar Hukuku'nda da yer verilen organizasyon sorumluluğu hükümleri, hatalı/ uygunsuz ürünlerin üçüncü kişilere verdiği zararların giderilmesi konusunda gri alanı tam olmasa da doldurmaktaydı.

12 Mart 2020 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğü bir yıl ertelenen 7223 Sayılı *Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu* (ÜGTDK) ile **uygunsuz ürünün bedene ve mala verdiği zararlar için tazminat yükümü** getirilmiştir. **Üründen kasıt tüketici işlemlerine konu olsun olmasın her türlü üründür.** İmalatçının sorumluluğu ile ilgili en önemli husus, zarar görenin **uygunsuz ürünle** ilgili bir hukuki işleme taraf olması mecburiyeti bulunmamasıdır, diğer bir ifadeyle **tüketici veya alıcı gibi kavramlar zorunlu değildir.** Üçüncü kişi herhangi bir üçüncü kişi olabilir. İmalatçıdan malı satın alması veya tüketicisi olması zorunluluğu yoktur. 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile tüketici mevzuatında düzenlenen imalatçının sorumluluğu genel bir düzenlemeye kavuşmuştur. **İmalatçının, sadece tüketiciye karşı değil, tüm üçüncü kişilere karşı kusursuz sorumluluğunun düzenlenmesi ihtiyacına yönelik boşluk doldurulmuştur**⁷².

'Ürün Sorumluluğu Tazminatı' başlığını taşıyan 6. maddesine göre: '(1) *Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.* (2) *İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın üründeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıni ispat etmesi zorunludur.* (3) *Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen*

⁷¹ YİBK, 1/3, 27.03.1957; YHGK, 4-824/134, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> (erişim tarihi: 29.10.2021); Topuz (n 35) 108.

⁷² Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, Serozan Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, 2019, N. 786.



sorumlu tutulurlar. (4) İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür. (5) Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. (6) Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır. (7) Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır’.

İmalatçının sorumluluğu kapsamında hatalı veya ayıplı ürün kavramı yerine uygun olmayan ürün kavramını kullanmıştır; ‘uygunsuzluk’ ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği gereklerine uygun olmama hâlini ifade etmektedir. Zarar gören, zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispat etmekle yükümlüdür. **Uygunluğun ispatı, imalatçıya ait olacaktır.** Bir ürün, teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ise karine olarak güvenli kabul edilmiştir (ÜGTDK m.5). Güvenli olmayan ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür (ÜGTDK m.6). İmalatçı ve ithalatçının **tazminat sorumluluğundan kurtuluş sebepleri**, a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini, b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını, c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını, ispatlamaları hâlinde tazminat sorumlulukları kalkacaktır. (ÜGTDK m. 21/II). İmalatçı veya ithalatçı, ürünün teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygunluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Ürün sorumluluğuna ilişkin düzenleme olmasa idi adam çalıştıran sorumluluğu kapsamında organizasyon sorumluluğu içerisinde hatalı üretilen robotun üreticisine karşı sorumluluğa gidilebilecekken, 7223 sayılı yasa ile hatalı üretilen yapay zekâ robotun vereceği zarardan sorumlu kişiler, ürünün imalatçısı veya ithalatçısı olabilecektir. İmalatçı, ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi; ithalatçı ise ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (ÜGTDK m. 3).

II. YAPAY ZEKÂ SAHİBİ ROBOTLARIN HUKUKA AYKIRI FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Türk hukukunda da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 49’ da haksız fiil sorumluluğu, fiilin hukuka aykırılığına ve failin kusuruna dayandırılmış olsa da kusur aranmaksızın istisnaen sorumluluğun doğacağı hâllere de yer verilmiştir. Yapay zekâ sorumluluğunun haksız fiil veya kusursuz sorumluluk hükümleri ile ele almak gerekmektedir.

Yapay zekâyı *imal eden, satan, kullanan, idare eden, programlayan, işleyen kişiler bakımından sorumluluk değerlendirilmelidir*. Hatalı/uygunsuz ürün durumu var ise imalatçının ve/veya ithalatçının sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmiştik. Türk Hukuku'nda ÜGTDK kapsamında sorumluluk için üç ila on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Bu süreler geçtikten sonra gerçekleşen bir zarar olması, imalatçının ve/veya ithalatçının ticari faaliyetine son vermiş yani ortaya çıkacak zararı karşılayamayacak durumda olması ihtimallerinde de yapay zekâ robotun kullanıcısı veya hizmet ettiği gerçek ya da tüzel kişiye de sorumluluğun yükletilebilmesi gerekmektedir. Ayrıca uygun ürün sayılabilecek robot da gördüğü iş sırasında zarara sebebiyet vermiş olabilir; yine imalatçının kurtuluş karinesine dayandığı diğer durumlar da söz konusu olabilir.

Aşağıda açıklanacak görüşlere bakıldığında, söz konusu sorumluluğun türünün tespitinde, yapay zekâyı verilen hukukî nitelik belirleyici olmaktadır. Buna göre, *yapay zekânın hukukî nitelik açısından eşya, tüzel kişi, köle, elektronik kişi olarak nitelendirilmesine yönelik çeşitli alternatifler getirilmektedir*. Yapay zekâ (Artificial Intelligence-AI), *algılama, öğrenme, yorumlama, geliştirme, iletişim kurma, karar verme ve sonuç çıkarma* gibi fonksiyonlara sahip olabilmektedir. Kendi kararını kendisi veren, herhangi bir sistem üzerinden emir talimat almayan yapay zekâ robotun, hatalı üretilmesinden değil de eylemleri ile gerçekleştireceği zararın tazmini konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yapay zekâ robot taşınır mal kabul edilerek herhangi bir kişinin mülkiyetinde değerlendirilebileceği savunulmaktadır⁷³; ancak akıl yürüten, değerlendirme veya tahmin yapan bir yapay zekâ robottan sıradan bir eşya olarak söz edemeyiz⁷⁴. Diğer bir görüş yapay zekânın köle sayılması gerektiğidir⁷⁵; bu halde de modern yasalar kapsamında çözüm üretmek mümkün gözükmemektedir. Tüzel kişi statüsünde görülmesi de çözüm olarak öne sürülmüşse de imal eden, programlayan veya idare edenler farklı olabileceğinden tek bir tüzel kişilikten bahsedilemeyecektir. Kullanıcı kişi ile yapay zekâyı üreten kişi arasında bir bağ kurulamayacaktır⁷⁶.

⁷³ Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk (On İki Levha Yayınları İstanbul 2018) 85; Armağan Ebru Yüksel Bozkurt and Başak Bak, 'Yapay Zekâ' Futurist Hukuk (Aristo Yayınları, İstanbul 2018) 18; Fatih Burak Uzun 'Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi) 6.2 (2016) 16.

⁷⁴ Başak Bak, 'Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk' (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi) (Y. 9) 35 (Temmuz 2018) 217 vd.

⁷⁵ Ersoy (n 76) 94; Bozkurt Yüksel and Bak (n 76) 18.

⁷⁶ Emre Bayamlioğlu, 'Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme', Uğur Alacakaptan'a Armağan (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008) 139.



Yapay zekâ robota hukuki kişilik verilemeyeceğinden haksız fiil hükümleri ile konusun çözülemeyeceği kanaati sebebiyle, köle sayılması halinde de modern hukuk sistemlerinde kullanılmayan bir kavram olması sebebiyle, çözüm sağlamamayacaktır. Fiil ehliyetinden yoksunluk, yapay zekâ donanımlı robot, cihaz, makine, program, yazılım sistemlerinin, zarara yol açmasından kaynaklı olarak, uyumsuzlukların kusursuz sorumluluk halleriyle çözülebileceği fikrini ortaya çıkarmaktadır.

Hayvan sahibi sorumluluğu⁷⁷ ile çözüm arama yine, yapay zekânın emir talimat almaksızın kendi kendine karar verme özelliğine sahip olması durumunda yetersiz kalacaktır. Tehlike sorumluluğunda ise “*önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*” hükmü önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramına yer vererek günlük kullanım için kullanılan robotların verdiği zararı kapsam dışında tutmaktadır. Ancak tehlike arz eden bir işletme tarafından robotun kullanılması halinde ortaya çıkan zararlarda tehlike sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Yapay zekâ robot ile imalat yapılan fabrikalarda üretilen ürünün hatalı olması veya üretilen yapay zekâ robotun güvenli olmaması, güvenli olmayan üründen kaynaklanan sorumluluk, ÜGTDK kapsamında çözülebilecektir. Gerek imalatçı gerekse ithalatçının sorumluluğu söz konusudur.

Yapay zekâ robotların fiilleri ile meydana gelen zararlardan sorumluluğun da üzerinde durmak gerekecektir. Bilindiği üzere robotların ayırtım gücüne haiz olup olmadıkları hususu netlik kazanmamıştır. Ayırtım gücüne sahip olmayanın fiilleri hukuki sonuç doğurmamaktadır. Dolayısıyla robotların kendi kararı ile doğrudan verdiği zararlarda kusur isnadının zor olması; borç ilişkisi içerisinde olmayan üçüncü kişilerin de kapsam içerisine alınabilmesi ve makinelerin yarattığı riskin kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi sebebiyle, ***adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında çözüm yolları üzerinde durulabilir***. Öncelikle belirtmek gerekir ki *robot*, adam veya çalışan tanımına girmez iddiası haklı olarak ortaya atılacaktır. Amacımız robotu adam veya çalışan kavramı içerisine almaya çalışmak değildir. Bu kapsamda sayılmasa da sorumluluk kime yönlendirilmelidir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun devreye girmesi nasıl sağlanmalı, işin özü daha genel bir düzenleme nasıl yapılmalıdır. Üç başlıkta ele alacağız, (A) robotun adam veya çalışan sayılmama durumu, (B) robotun adam veya çalışan kavramına dahil edebilme olanakları (C) yasal düzenleme yapılması halinde, nasıl ve hangi başlık içerisinde yer almalıdır.

⁷⁷ Bak (n 77) 223.

A. Robot ‘adam’ ve ‘çalışan’ tanımı içerisinde alınmazsa mevcut yasal düzenlemeler kapsamında sorumluluğun tartışılması;

Yapay zekâ sahibi robot tarafından verilen zarar söz konusu olduğunda, ortaya çıkan haksızlığın faalinin haksız fiili meydana getiren robot mu yoksa robota talimat veren, onu kullanan kişi de mi olacağı tartışılacaktır. Örneğin robota talimat yükleyen veya onu kullanan kişi, kusuru ile haksız bir eylemin ortaya çıkmasına sebebiyet vermişse sorumlu olabilecektir. Kullanacağı robotun uygunluğu, kullanacağı işe yatkınlığı konusunda özenli davranması gerekecektir. Robotu araç olarak düşündüğümüzde somut olaya göre hâkim herhangi bir kişiliğe sahip olmasa da robotun verdiği zarara katılan, talimat veren, robota program kuran şahsın da sorumluluğunu kusuru ölçüsünde değerlendirebilecektir. ***Ancak robot üzerinde herhangi bir hakimiyeti olmayan kişinin robotun kendi kendine karar vermesiyle meydana getirdiği zarardan sorumluluk açısından boşluk devam etmektedir.*** Yapay zekânın kendi gelişimi ile aldığı kararın fiile etkisi olması halinde, programlayan, üreten kişilerin doğrudan sorumluluğundan söz etmek mümkün olmayabilir. Bu durumda robotun yaptığı işten menfaat sağlama olgusu kapsamında aşağıda açıklayacağımız üzere çalışanın verdiği zarar üzerinde durabiliriz.

B. TBK m.66 kapsamında yapay zekaya sahip robotun verdiği zararlar da sorumluluğun kime ait olacağı hususunda ‘adam’ ve ‘çalışan’ ifadesinin içeriğinin yorumlanması.

Yapay zekâ robotun kullanıcılarının sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından ele alındığında öncelikle *adam* kavramının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu ifadenin seçilmesi TDK’ nın yer verdiği gibi *‘birinin yanında bulunan ve işini yapan kimse’*, *‘birinin yararlandığı, kullandığı kimse’*, *‘görevli kimse’* olarak yorumlanabilir. İş yapan, yararlanan, görevlendirilen her kimseye ‘adam’ diyebiliriz. Türk Borçlar Kanunu ile ‘adam’ ifadesini kullanılmasının amacı, kapsamı genişletmektir. Diğer bir ifadeyle birinin kullandığı, yararlandığı, işini yapan kimse adam olarak tanımlanmaktadır. Bu yorumdan hareketle, yapay zekâ sahibi robot, kendisinden yararlanan, işi yapan olarak yorumlanabilir. Özellikle belirtmek gerekir ki adam kelimesi, ilk anlamında değil, TDK’ da yer alan alt anlamlar ile yorumlanacaktır. Bu yorumu sınırlayan tek husus ‘yararlanan her kimse’ ifadesinden, *kimse* kelimesinin insan için kullanılabilmesi hususudur. Buradaki boşluk, hâkime TMK madde 1 *“Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”* kapsamında davranma yükümlülüğü vermektedir. Hâkim, hakkaniyete göre karar vermeli, zararın giderimi hususunda kendisinden yararlanan olarak, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerini uygulamalıdır. Diğer yandan ***adam çalıştırmanın,***



çalışanın ayırtım gücüne sahip olup olmaması veya kusurunun olmaması halinde de zarardan sorumlu olduğunu belirtmiştik.

Adam çalıştıran sorumluluğu düzenlemesi ile çözüm aranmasına olanak sağlayacak diğer bir yorum da düzenlemenin devamında yer alan *çalışan* ifadesidir. **Çalışan, ifadesinin günümüzde sadece insan için kullanılmasını öngören ya da zorunlu kılan bir düzenleme mevcut değildir;** bu haliyle TBK m. 66 içerisinde geçen ‘çalışan’ ifadesi geniş yorumlanarak, yapay zekâ sahibi robotlar da dahil edilebilecektir. **Dolayısıyla çalışanın yani yapay zekâ robotun seçimi, ona talimat verilmesi ve denetlenmesi menfaatine iş yapılan kişi tarafından yapılacaktır. Sorumluluk da bu kişiye ait olacaktır.**

Yapay zekâ robotun verdiği zararlarda, kullanıcısının, çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıran sorumluluğuna gidilmesinde ciddi çözüm yolları elde edilmektedir. Yapay zekâ **kendisini geliştirerek, yetkisini aşmış olabilir veya talimatlara uymamış olabilir. Mesleki faaliyet veya ev işlerinde kullanılmış olabilir. Yaptığı iş karşılığında ivaz almamış olabilir ve kullanıcı ile arasında istihdam ilişkisi de olmayabilir. Bütün bu hallerde TBK kapsamında adam çalıştıran sorumluluğu devreye girebilmektedir.** Diğer yandan **kullanıcı / menfaat sağlayan, yapay zekâ robotu seçerken işe uygunluğu konusunda her türlü testi yapmak zorundadır. Yapay zekanın yapacağı işin tehlikesi, göstereceği özenin derecesini de artıracaktır. Yani özen derecesi, somut olaya göre de yorumlanabilecektir. Yeteri kadar test yapmalı, bilgi ve yeteneğe sahip olduğundan emin olmalıdır. Yapay zekâ robotun daha önce verdiği hataların işe etkisi olup olmayacağını da araştırmak** zorundadır; yani tıpkı adam çalıştıranda olduğu gibi önceki hatalarını da araştırmalıdır. Yine talimat verme ve denetlemede tüm yükümlülük, adam çalıştıranda yani yapay zekâ robotu kullanan, ondan menfaat sağlayandır. Eğer büyük bir işletme ve **yaptığı iş hayati önem arz ediyor ise örneğin sağlık kuruluşunda kullanılan yapay zekâ robot, yaşam hakkı ile ilgili bir hususta faaliyet göstereceğinden, bu hususta talimat verme ve denetleme yükümlülüğü, menfaat sağlayan, hastane sahibi ve/veya işletmecisindedir.** Adam çalıştıran sorumluluğunda kurtuluş beyyinesi sağlanması, kusursuzluğun sağlanmasına olanak getirmek değil, sosyal tehlikenin azaltılması yönünde olduğunu belirtmiştik. **Kullanımı sosyal tehlike arz edecek yapay zekâ robotları, seçmede, denetlemede, talimat vermede özen yükümlülüğü de bu kapsamda yorumlanabilecektir.** İşletme faaliyetlerinin üçüncü kişilere zarar vermesini engelleme ölçütlerinin, **bilim, teknoloji ve fenne göre ileri düzeyde olması gerektiğine de yine değinmiştik. Tüm hususlar birlikte düşünüldüğünde yapay zekadan menfaat sağlayan, kullanıcısı, çalıştırana, işletmecisi bu kapsamda sorumlu tutulabilecek; işletmenin büyüklüğü, faaliyet konusu, tehlike arz etmesi hususlarına göre özen derecesi somut olaya göre** belirlenecektir.

C. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Konusunda Kapsayıcı Bir Düzenleme İhtiyacı

Mevcut düzenlemeler ele alındığı da her ne kadar adam çalıştırın sorumluluğu kapsamında çözüm yolu aranmış olsa da kapsayıcı bir düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır. Özellikle fiil ehliyeti konusunu ele alırsak ‘Fiil ehliyetine *sahip olan kimse*, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.’ (TMK m.9); ‘Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, *ayırık etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri* hukukî sonuç doğurmaz.’ (TMK m.15). Yapay zekanın ayırık etme gücünün olup olmaması hususunu değerlendirmede ortaya çıkacak zorluklar; adam/kimse/çalışan ifadelerinin insan varlığı için kullanılması yorumu ile ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir

Yapılan işten menfaat elde eden kişinin sorumlu tutulması anlayışından hareket edilerek, yapılan işin kim tarafından yerine getirildiğine bakılmaksızın, iş sebebiyle zararın meydana gelmesinden sorumluluk doğmasını öngören düzenleme üzerinde durulabilir. Kökeni Roma Hukuku’na dayanan ‘*Bir kimse menfaat elde ettiği şahsın fiilinden sorumlu olmalıdır (Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet)*’ anlayışı doğrultusunda şahsın fiili değil, işin yerine getirilmesi sırasında zararın oluşması, yönünde hüküm eklenmelidir. Türk Borçlar Kanunu madde 49 aynen ‘*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür*’ düzenlemesine ilaveten madde devamına ‘*Her kimse (gerçek veya tüzel kişi), kendisi menfaatine yapılan iş esnasında, meydana gelen zararları, menfaati ölçüsünde gidermekle yükümlüdür*’ şeklinde hüküm eklenmesi ile de sorun çözülebilecektir. Genel anlamda haksız fiil sorumluluğu yanında, menfaatine iş yapılan kişi de menfaati ölçüsünde uğranılan zarardan sorumlu tutulabilecektir. İş yapanın ‘adam’ olması veya emri verenin ‘adam çalıştırın’ olması hususunda ayrıma gidilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

D. Robotlaşan Dünyada Riskin Sigortalanması Zorunluluğu

Robotlaşan dünya ile tehlikenin boyutları artmakta buna bağlı olarak zarar riski de artmaktadır. Riskin sigortalanması konusunda zorunluluk, tehlike ve zararın büyüklüğü ile açıklanabilir. Zira, çalışmamızda bahsettiğimiz *Avrupa Birliği Hukuk İşleri Komitesinin hazırladığı bildiride de robotların sigortalanması hususuna* değinilmiştir. Kara yollarında faaliyet gösterecek olan sürücüsüz araçlar dahil insan müdahalesi gerekmeksizin yapay *zekâ ile çalışabilen her cihazın zorunlu sigorta kapsamına alınması gerekecektir*. İnsan tarafından idare edilen aracın trafikte yarattığı riskin sigortalanması nasıl zorunluysa sürücüsüz aracın riski de zorunlu sigortalanmalıdır. Aynı



durum tıbbi müdahale robotları için de geçerli olacaktır. Tıbbi müdahale hizmeti sunan hekimin yanlış tedavi riski, işin yapay zekâ tarafından yapılması halinde de aynen devam eder. Yapay zekaların kullanımının artması, insanlar üzerinde meydana gelebilecek bedeni zararların riskini artırmaktadır. Robotları üreten veya kullanan şahısların maddi yetersizlikleri sebebiyle karşılanamayan zararların artması hususu sosyal açıdan olumsuz sonuçlara sebebiyet vereceğinden, devletlerin tedbir alması, zorunlu sigorta yapılması ve bu hususun fon kurularak organize edilmesi gereklidir.

SONUÇ

Yapay zekâ robotların uygunsuz ürün olması, uygunsuz ürün sorumluluğu kapsamında çözülebilmektedir; yine tehlike içeren bir faaliyetse tehlike sorumluluğu ile sonuca gidilmelidir. Ortaya çıkan boşluk ürünün uygunluğu olmakla birlikte, tehlike içermeyen işlerde, kullanım hatası veya görülen iş sırasında yapay zekanın kullanıcılarının talimatı olmaksızın kendi vereceği karar ile meydana gelecek haksız fiil ile oluşacak zararlardır. Yapay zekanın kendi kendini geliştirerek bağımsız karar alabilmesi, kullanıcı açısından sorumluluk kurulmasını zorlaştırmaktadır. Bu durumda da **menfaat olgusu ile çalışanın verdiği zararlardan sorumluluk yolu ile sorun çözülmelidir.**

Yapay zekânın karar ve eylemleriyle verdiği zarardan kimin hangi gerekçeyle sorumlu tutulacağı hususu, birden fazla açıdan ele alındığında yapay zekâ robot, imal edilen, ithal edilen bir ürün olarak değerlendirilebileceği gibi, çalıştırılan, talimat verilen, kullanılan, faydalanılan, menfaat sağlanan olarak da değerlendirilebilmektedir. **Yapay zekâ robotlar zamanla adam çalıştırmanın yerini alacağından tıpkı adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi menfaat olgusunu öne çıkartmak gereklidir.** Yapay zekânın malvarlığının olmaması halinde zararın muhatabı olarak elektronik kişilik verilse dahi uğranılacak zararın tazmini noktasında boşluk devam edecektir. Üretim hatası olmayan durumlarda veya üretim hatası olsa dahi bu hususu iyice araştırmadan veya **işine uygun olduğu konusunda seçici davranmayan kullanıcının da sorumluluğuna gidilmesi gereklidir.** Ürünü satarak menfaat elde eden üretici veya ithalatçının yanı sıra **ürünü kullanarak, işini gördüren menfaat elde eden kullanıcının, çalıştırmanın da zarara katlanması gerekecektir.** Tıpkı adam çalıştıranda olduğu gibi belirli bir işini yaptırmak üzere yapay zekâ sahibi robot kullanan menfaat sahibi, **işe uygun yapay zekâ seçmeli, gerekli testleri yapmalı, uygun teçhizat sağlamalı, denetlemelidir.** Zira üretici, robotu uygun üretmiş ancak menfaat sahibi kullanıcı, amacına uygun kullanmamış veya gerekli özeni göstermemiş olabilir. Bu durumda ortaya çıkan zarardan sorumlu olmalıdır. Yapay zekanın kendi kendine karar vermesi söz konusu olabileceğinden, haksız fiil meydana gelen durumda, kullanıcısı doğrudan haksız fiil sahibi olmayacağından sorumluluktan kurtulması söz konusu

olabilecektir. Ürünün hatalı üretimi de söz konusu olmayabilir. Burada ortaya çıkan boşluğun adam çalıştıran sorumluluğu ile kapatılabileceği kanaatindeyiz. Adam ifadesi, yukarıda da belirttiğimiz gibi TDK ikinci anlamında ‘*birinin yanında bulunan ve işini yapan kimse*’, ‘*birinin yararlandığı, kullandığı kimse*’, ‘*görevli kimse*’ olarak ele alınmalı; sorumluluk kurulmalıdır. Çalışmada, adam çalıştıranın sorumluluğu tarihsel süreç içerisinde ele alınmış, iç hukuk sistemlerine yön veren genel hukuki sistemler içerisinde değerlendirilmiştir. Robotların, eylemlerinden sorumluluk, onları kullanan, üreten aktörlere yüklenebilecektir.

Robotların sorumluluğunun boyutları, zamanla daha da artacaktır. Yapay zekanın ulaşacağı boyutlar, robotları kasten zarar verme noktasına da getirebilecektir. Bu bağlamda, kötü niyetli üretimlerin engellenmesi için ölçütler getirilmeli; bu ölçütlere aykırılığın ceza kanunları kapsamında suç teşkil etmesi sağlanmalıdır. Diğer yandan trafikte araçların yarattığı tehlikenin benzeri bir tehlike yapay zekanın kullanımıyla kontrolsüz olarak artacaktır. Bu bağlamda sigorta endüstrisi devreye sokulmalı, bu yönde poliçeler üretilmeli, zorunlu sigorta yapılmayan hallerde zararı giderecek güvence hesabı benzeri fon kurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Akipek, Şebnem ve Küçükgüngör, Erkan, ‘İngiliz Hukukunda İşçilerin Haksız Fiilleri Dolayısıyla İşverenin Kusursuz Sorumluluğu’ Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, 741-751 (Dokuz Eylül 2000).

Altop, Atilla, ‘Değerlendirme Konuşması 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan (2. Bası, İstanbul 2012).

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası, Seçkin 2019).

Bak Başak, ‘Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk’ (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi) (Y. 9) 35 (Temmuz 2018).

Bakırcı, Kadriye, ‘İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açısından “Adam” Çalıştıranın Sorumluluğu’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2018).

Bayamlıoğlu, Emre, ‘Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme’, Uğur Alacakaptan’a Armağan (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008) 139.



Caspers, Georg, ‘Alman Hukukunda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (Gerçekleştirme Görevlisinin Mali Sorumluluğu)’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2018).

Erdoğan, Belgin, In Diem Addicto (Daha iyi teklif kaydı) (İstanbul 1972).

Eren, Fikret, ‘Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda İşletmenin Çalışma Düzeni ile Zarar Arasındaki İlişki’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2018).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25.Bası, Seçkin 2020).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4. Bası, Sevinç 1991).

Eren, Fikret, ‘Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi’ Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70.Yaş Armağanı (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1975).

Ersoy, Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk (On İki Levha Yayınları, 2018).

Havutçu, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Seçkin 2005).

Havutçu, Ayşe, 6402 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası kongre, TBB, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 309, Ocak 2016).

Holdsworth, Sir William, A History of English Law, VIII (London 1966).

Honsell, Heinrich /Vogt Nedim Peter /Wiegand Wolfgang, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, I (3.Aufl.,Basel-Genf-München 2003).

Jaggi, Peter, Beitrage zum Schweizerischen Juristentag (2. Halbbd. 1967).

Kaneti, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1968).

Kara Kılıçarslan, Seda, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (Turhan 2017).

Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku (Beta 1995).

Karahasan, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku (Sevinç 1981).

Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Beta 2004).

Keller, Max and Gabi, Sonja, Haftpflichtrecht (2.Aufl., Basel et al.1988).

Kılınç, Ayşe Nur, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu (Legal 2018).

Larenz, Karl und Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II2 (13.Aufl.1994).

Nater, Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemass OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung (Zurich 1970).

Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (14.Bası, Beta 2015).

Oftinger, Karl and Stark, Emil W, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II (Teil bd.I, Besonderer teil, 4.Aufl., Zürich 1987).

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku (Filiz 2016).

Renaut, Marle-Helene, Histoire du droit des obligations, (Français, Ellipses, 2008).

Rey, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (4.Aufl., Zurich-Basel-Gent 2008).

Schwarz, Andreas B, Borçlar Hukuku Dersleri (çev: Bülent Davran) I (İstanbul 1948).

Serozan, Rona, Baysal Başak and Sanlı Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul, 2019).

Şenocak, Zarife, ‘Adam çalıştırmanın Sorumluluğunda (TBK mad 66) Özel Sorunlar’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2018).

Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku (Der 2016).

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Turhan 1981).

Topuz, Murat, ‘Adam Çalıştırmanın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek Hukuki İmkanlar’ Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar Uluslararası Kongresi (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2018).

Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3 (Seçkin 2003).

Uzun, Fatih Burak: ‘Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti’, (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi) 6.2 (2016).

Ünlütepe, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/3) (Legal 2016).

Widmer, Pierre and Wessner, Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht (Bern 2000).

Yüksel Bozkurt, Armağan Ebru and Bak, Başak ‘Yapay Zekâ’, Futurist Hukuk (Aristo Yayınları 2018).



Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the
Civilian Tradition (New York 1996).

TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI SORUNU

The Problem of Consumer Status of Trader

Yakup BAL*

Özet

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici ve tüketici işlemi tanımlarının yeniden yapılması ve eski Kanun'da bulunmayan, tüketiciye yönelik uygulamaların da kapsama dâhil edilmesi ile birlikte Kanun kapsamı oldukça genişlemiştir. Bu durum uygulamada bazı sorunlara sebebiyet vermiştir. Bu sorunlardan biri de tacirin tüketici sayılıp sayılmayacağı ve eğer sayılacaksa hangi durumlarda tüketici olarak nitelendirileceği sorunudur. Zira bir yanda Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanan ticari iş ve ticari iş karinesi ile öbür tarafta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde yapılan tüketici tanımı birbiriyile çelişen iki hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada bu soruna çözüm aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tacir, Tüzelkişi Tacir, Ticari İş, Ticari İş Karinesi, Tüketici, Tüketici İşlemi.

Summary

The scope of the Law has expanded considerably with the re-definition of consumer and consumer transactions in the Protection of the Consumer Law No. 6502 and the inclusion of consumer-oriented applications not included in the old Law. This situation caused some problems in practice. One of these problems is whether the trader can be a consumer and if so, in what circumstances. Because, on the one hand, the presumption of commercial business and commercial business accepted in the Turkish Commercial Code and on the other hand, the definition of consumer made to cover all real and juristic persons in the Protection of the Consumer Law appear as two contradictory provisions. In this study, solutions to these problem were sought.

Keywords: Trader, Juristic Person Trader, Commercial Business, Commercial Business Presumption, Consumer, Consumer Transaction.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.07.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022

* Avukat, İstanbul Barosu, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, yyakup.bal@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8038-1004>.

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ (TKHK), getirdiği yenilikler bakımından çok büyük önemi haiz olmasının yanında, yürürlüğe girmesi ile birlikte birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Özellikle mülga Kanun'a göre tüketici ve tüketici işlemine yönelik tanımlarda yapılan değişiklikler ve mülga Kanun'da bulunmayan, tüketiciye yönelik uygulamaların da Kanun kapsamına alınması ile birlikte Kanun'un kapsamı oldukça genişlemiş, bunun yanında kimlerin tüketici olabileceği veya hangi işlemlerin tüketici işlemi sayılacağı hususlarında hukuk uygulayıcılarında bazı tartışmalara sebebiyet vermiştir. Gelinek noktada, başlangıçta meydana gelen kafa karışıklığı ve tartışmalar gerek yargı içtihatları ve gerekse doktrinsel çalışmalar ile nispeten giderilmiş olsa da, halen tam olarak çözüme kavuşturulamayan bazı tartışmalar da güncelliğini korumaktadır. İşte bu tartışmalardan biri de tacirin, özellikle de tüzel kişi tacirin tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı, şayet olabiliyorsa hangi durumlarda tacir, hangi durumlarda tüketici olarak nitelendirilmesi gerekeceği sorudur. Zira bir yanda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² (TTK) yer alan ve tacirin bütün faaliyetlerinin ticari olması esasına dayanan ticari iş ve ticari iş karinesine ilişkin hükümler, öbür tarafta ise TKHK'da bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde yapılan tüketici tanımı ile bütün sözleşmeleri ve sözleşme dışı uygulamaları kapsayacak şekilde yapılan tüketici işlemi tanımı birbiri ile çelişen hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Biz de çalışmamızda anılan hükümlerden yola çıkarak bu sorunları tartışacak ve mümkün oldukça çözüm önerileri getirmeye çalışacağız.

1. KONUNUN ÖNEMİ

TKHK m. 2'de; *"Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar."* denilmekle Kanun'un kapsamı belirlenmiştir. Bu maddeden hareketle tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaların varlığı halinde TKHK hükümlerinin ve tüketicinin korunmasına ilişkin esasların öncelikli olarak uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılabilmektedir³. Buna karşın TTK m. 1/1, c. 2'de; *"Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir."* dendiikten sonra, m. 1/2'de ise; *"Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir."* denilmekle, ticari işlerin varlığı halinde ticari hükümlerin öncelikli olarak uygulama alanı bulacağı hüküm altına

¹ RG, T: 28.11.2013, S: 28835.

² RG, T: 14.02.2011, S: 27846.

³ Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2015), s. 14.

alınmıştır. Yine Kanun'a göre, hakkında ticari hüküm bulunmayan ticari işlerde öncelikli olarak ticari örf ve adet, bu da yoksa ancak o takdirde genel hükümler uygulanacaktır. Dikkat edilecek olursa, burada ticari işlere özgü olarak ticari örf ve âdete, genel hükümler karşısında üstünlük tanınarak klasik normlar hiyerarşisinin dışına çıkmıştır.

Bir konuda birden çok kanunda farklı düzenlemeler bulunması halinde, o konuya ilişkin uyumsuzlukların çözümü için hangi hükümlerin öncelikli olarak uygulanacağını tespit etmek büyük önemi haiz olmakla birlikte, bu tespite bağlı olarak birbirinden çok farklı sonuçlara da ulaşılabilmektedir⁴. Yukarıda belirtmiş olduğumuz hükümler birlikte değerlendirildiğinde, tacirin tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine göre öncelikli olarak uygulanacak hükümlerin de farklılık arz edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak, yapılacak tespite göre birçok farklı sonuç doğabilecektir. Örneğin; tacirin tüketici olarak nitelendirilmesi halinde TKHK'da yer alan ayıp hükümleri, tüketici sıfatını haiz olmadığı sonucuna ulaşıldığında TTK'da ve TBK'da yer alan ayıp hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır. TKHK m. 73/1 uyarınca tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak davalarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacak iken, ticari nitelikteki davalar ve çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme TTK m. 5/1 uyarınca asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁵. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Görüldüğü üzere tacirin tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı, şayet olarsa hangi durumlarda tüketici olarak kabul edileceğinin tespiti en başta uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından, daha sonra ise uygulanacak hükümlerin sonuçları bakımından büyük önemi haizdir.

2. TÜKETİCİ KAVRAMI

A. Tanım

TKHK m. 3/1-k'da tüketici tanımı yapılmış olup, anılan maddede “*tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.*” denilmiştir. Bununla birlikte TTK m. 864/5'te; “*Tüketici, sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan*

⁴ Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, “*Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi*”, (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, 1. Cilt), (s. 395-436 arası), s. 395.

⁵ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Mustafa Taşkın, “*Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüzel Kişilik Vasfı*”, (1997) (S: 1), Ankara Barosu Dergisi, (s. 30-37 arası), s. 35-36; Ayrıca tacir olmanın hüküm ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Aslan Kaya ve N. Füsün Nomer-Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (5. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015), s. 270 vd.; Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, (26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2020), s. 145 vd.; Tüketici olmanın hüküm ve sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. İ. Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku*, (5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015), s. 311 vd.



bir gerçek ya da tüzel kişidir.” şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Doktrinde de çeşitli tüketici tanımları yapılmış olmakla birlikte, yapılan tüm tanımlar kanuni tanım ile genel itibariye paralellik teşkil ettiğinden bu tanımlara ayrıca değinmenin gereksiz olacağı kanaatindeyiz. Tanımdan anlaşıldığı üzere ticari veya mesleki amaçla hareket etmemek şartıyla tüketicinin yaptığı her türlü sözleşme, tipik veya atipik olup olmamasına ya da hangi kanunda düzenlenmiş olduğuna bakılmaksızın tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilecektir⁶. Yine tanım gereği bir kimsenin tüketici sıfatını haiz olup olmadığının saptanmasında öncelikli olarak sözleşme yaparken hangi amaçla hareket ettiğine bakılması gerekmektedir⁷.

B. Unsurlar

Kanuni tanımdan hareketle tüketicinin unsurlarını “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etme” ve “gerçek veya tüzel kişi olma” şeklinde iki başlık altında sayabiliriz⁸.

i. Ticari veya Mesleki Olmayan Amaçlarla Hareket Etme

Kanuni tanımdan da görüleceği üzere bir kimsenin tüketici olarak nitelendirilebilmesi için evvela o kişinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir⁹. Dikkat edilecek olursa, kanun koyucu burada tarafların niteliğinden ziyade, yapılan işlemin hangi amaçla yapıldığına, yani hukuki işlem iradesine, başka bir deyişle “amaç unsuruna” üstünlük tanımıştır¹⁰. Doktrinde “amaç teorisi” olarak da isimlendirilen¹¹ bu teoriye göre, bir kimsenin tüketici sıfatı sözleşmenin zayıf tarafı olması dolayısıyla değil, işlemi yaparken hedeflediği amaç ile belirlenmektedir¹². Bu nedenle bir kişinin

⁶ İlhan Kara, *Tüketici Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021), s. 165.

⁷ Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 399-400; Kara, (n. 6), s. 73-74.

⁸ Mehmet Akçaal ve Alper Uyumaz, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, (2013) 4 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 241-276 arası), s. 246; Osman Levent Özay, “6502 sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, (2017) 4 (12) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, (s. 257-272 arası), s. 261.

⁹ Kanun koyucunun ticari faaliyetlerin yanında mesleki faaliyetleri de tüketici kapsamının dışında tutmasının nedeni, doktrinde mesleki faaliyet yürüten şahısların da bu alana özgü olarak alanında uzman oldukları, bu sebeple korunmalarını gerektirecek bir husus bulunmadığı ön kabulünden ileri geldiği şeklinde yorumlanmıştır. Bu hususta bkz. Sezer Çabri *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021), s. 83.

¹⁰ Özay, (n. 8), s. 264; Çabri, (n. 9), s. 86-87.

¹¹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, (2001) 50 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 55-90 arası), s. 59.

¹² Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 402: Yazara göre tüketicinin tespiti için amaç teorisinin benimsenmiş olması, tüketici hukukunun doğmasına neden olan en önemli unsur olan zayıf

tüketici olarak nitelendirilebilmesi için, bu kişinin niteliğinden önce hukuki işlem iradesinin ne yönde olduğunun tespiti önem arz etmektedir¹³. O halde öncelikli olarak ticari veya mesleki amaçla hareket etme ve ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etme ayrımının tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu amaç tespit edilirken satıcının değil alıcının işlemin yapıldığı sıradaki hukuki işlem iradesine bakılmalıdır¹⁴. Bununla birlikte Kanun'un açık bir şekilde tüketici sözleşmelerinin kapsamı dışında bıraktığı sözleşmeler hariç olmak üzere sözleşmenin türü de bu tespitin yapılmasında dikkate alınmamalıdır. Zira Kanun'un kapsam dışı bıraktığı sözleşmeler hariç bütün sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir¹⁵.

Bir tanıma göre ticari veya mesleki amaç, işletme ekonomisinin esaslarına uygun olarak planlı şekilde hareket ederek ve söz konusu faaliyetin piyasada faaliyet gösteren diğer müteşebbislerle birlikte rekabet ortamında yerine getirilmesi; ticari veya mesleki olmayan amaç ise ticari veya mesleki amaçlar dışında güdülen tüm amaçlardır¹⁶. Bu tanımdan hareketle bir kimsenin tek seferlik kazanç elde etmek amacıyla hareket etmesi, örneğin; uygun fiyata bulunduğu bir evi ileride daha yüksek bir fiyata satmak amacıyla alması halinde işletme esaslarına uygun bir hareketten söz edilemeyeceğinden, bu işlemin ticari veya mesleki amaçla yapıldığı söylenemeyecektir¹⁷.

tarafın korunması prensibini yumuşatmış olup dolayısıyla zayıf olanı koruma olgusu her zaman göz önünde tutulmamalıdır. Zira bu teoriye göre kişinin ekonomik gücü, tüketici hukukundaki bilgi ve tecrübesi tüketici sıfatını etkilememektedir. Yazar, bu hususa örnek olarak bir kişinin şahsi kullanımı için yat alması ve küçük sermayeli bir tacirin kredi ile ticari kamyonet almasını göstermektedir. Bu örnekte ekonomik bakımdan güçlü olan yat sahibi tüketici sıfatını haiz olabileceken, kredi ile ticari kamyonet alan tacir tüketici sıfatını haiz olamayacaktır. Bu hususta bkz. aynı eser, s. 402-403; Benzer görüş için bkz. Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 22.

¹³ Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 27.

¹⁴ Aslan, (n. 5), s. 4; Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 26; İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", (2016) XX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 103-128 arası), s. 112.

¹⁵ Şebnem Akipek Öcal, "Madde 3/Akipek Şerhi", Milli Şerh, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2016), (Editörler: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), (s. 40-60 arası), s. 57; Kara, (n. 6), s. 74; Ozanoğlu, (n. 11), s. 60 ve s. 66.

¹⁶ Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 26-27.

¹⁷ Çabri, (n. 9), s. 140, dn. 96; Ticari faaliyetin sürekli, bağımsız ve planlı bir faaliyet olduğu görüşü için bkz. Özay, (n. 8), s. 265; Ozanoğlu da bu görüşte olmakla birlikte, bu görüşe ilaveten burada tüketici işleminin de söz konusu olmadığını, bu satışın adi satış olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu hususta bkz. Ozanoğlu, (n. 11), s. 84-85; Bir kimsenin birden fazla konut satın aldığı durumlarda Yargıtay, alınan konutun sayısından ziyade alıcının tüketim amacı mı yoksa yatırım amacı mı güttüğüne bakıp, amaç doğrultusunda kişinin TKHK hükümlerinden istifade edip edemeyeceğine karar verme eğilimindedir. Nitekim Yargıtay 13. HD, T: 10/07/2012, E: 2012/10605, K: 2012/17689 sayılı kararında; "(...) Davacı ile davalılar arasında 3 adet dairenin satımına ilişkin sözleşme bulunup, sadece dairelerin sayısal çokluğu davacıyı kanunda belirtilen tüketici tanımının



Ticari veya mesleki amacın belirlenmesinde, ticari veya mesleki faaliyet yürütmeyen kişiler bakımından tartışmaya değer bir sorun bulunmamaktadır. Ancak ticari veya mesleki faaliyet yürüten kişilerin hangi faaliyetlerinin ticari veya mesleki faaliyet kapsamında, hangi faaliyetlerinin ticari veya mesleki olmayan faaliyet kapsamında değerlendirilmesi gerektiği noktasında doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bu hususta doktrindeki bir görüşe göre, satın alınan mal veya hizmet tüketim amacı güdülmeksizin, bir mesleğin icrası, üretimde kullanma, yeniden satma gibi şekillerle doğrudan ya da işlenerek ticari hayata tekrar döndürülüyor, mal veya hizmetin maliyeti alıcı tarafından sonradan yeniden kazanılabiliyor, alıcı da sonradan satıcı konumuna geliyor ise bu durumda ticari veya mesleki amacın varlığı kabul edilmelidir¹⁸. Bir diğer görüşe göre, bir kişinin tüketici sayılabilmesi için o kişinin mal veya hizmeti özel ihtiyaçların giderilmesi için alması, bu amaçla malı tüketmesi, azaltması ya da mal veya hizmetin maddi değerini yitirmesi gerekmektedir¹⁹. Benzer başka bir görüşe göre, ticari veya mesleki olmayan amaçtan, alıcının mal veya hizmetin nihai kullanıcısı olması, o mal veya hizmeti kâr amacı gütmeksizin kendisinin veya başkasının özel ihtiyacı veya tüketimi için kullanması anlaşılmalıdır²⁰.

Kanaatimizce ticari veya mesleki amacın tespitinde belli bazı prensipler bulunmakla beraber, tüm olaylara uygulanabilecek genel geçer bir prensibin

dışına çıkarmaz, somut uyuşmazlıkta taraflar arasında, 4077 sayılı kanunda belirtilen şekilde bir alım satım ilişkisi bulunmaktadır (...)" denilmek suretiyle birden fazla konut satın alınması halinde de TKHK hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Buna karşın Yargıtay 13. HD, T: 17/01-2012, E: 2011/15055, K: 2012/354 sayılı kararında ise; "(...) Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gereklidir. Somut uyuşmazlıkta ise, tasarruf ve geleceğini garanti altına almak amacıyla beş adet bağımsız bölüm satın alındığından davacı tüketici tanımına girmedikten, olayda 4077 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. Bu duruma göre uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisinde. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Öyle olunca mahkemece davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılması gerekirken yazılı şekilde Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir." denilmek suretiyle yatırım amacıyla birden fazla konut alınması halinde bu işlemin TKHK kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E. T.: 26.12.2021).

¹⁸ Aslan, (n. 5), s. 4; Karakocacı ve Kurşun, (n. 3), s. 27; H. Ebru Töremiş, "Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi", (2020) XXIV (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 227-262 arası), s. 241-242; Özge Yenice, "Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği", (2015-Aralık) 13 (156), Legal Hukuk Dergisi, (s. 71-86 arası), s. 74.

¹⁹ Taşkın, (n. 5), s. 31; Ozanoğlu, (n. 11), s. 70.

²⁰ Yücer Aktürk, (n. 14), s. 114; Çabri, (n. 9), s. 151-152; Murat Aydoğdu, *Türetici Hukuku Dersleri*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2015), s. 61.

kabul edilmesi isabetli olmayıp, bu tespit her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, o somut olaya özgü olarak yapılmalıdır. Öte yandan amacın tespiti noktasında katı sınırlar çizilmesinin kanun koyucunun amacıyla da bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Zira yukarıda benimsenen kriterlerin tamamının, ticari veya mesleki olan ya da olmayan amacın tespitinde bir ölçüt olarak kullanılabilmesi mümkün olmakla beraber, mutlak bir surette uygulanması somut olayın durumuna göre isabetli olmayan sonuçlar da doğurabilecektir. Söz gelimi, malın ticarete yeniden kazandırılması ve alıcının maliyeti yeniden kazanması kriterlerini göz önünde bulunduracak olursak: beyaz eşya dükkânı olan bir gerçek kişi tacirin, evi için almış olduğu bir beyaz eşyayı, aldıktan sonra beğenmemesi üzerine kendi dükkânında kâr elde ederek satması örneğinde, alınan beyaz eşya ticarete yeniden kazandırılmış ve maliyet -üstelik de kâr elde edilerek- karşılanmış olmasına rağmen tacirin burada tüketici olarak nitelendirilmesi gerekir. Örneği tam tersinden düşünecek olursak, tacirin dükkânında satmak ve kâr elde etmek amacıyla aldığı bir beyaz eşyayı çok beğenmesi üzerine kendi evine getirmesi durumunda, herhangi bir kâr elde etmediği, malı ticarete yeniden kazandırmadığı ve malın maliyetini karşılayamadığı halde yine de tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır²¹.

Bazı durumlarda mal veya hizmetin kısmen mesleki veya ticari amaçla, kısmen de mesleki veya ticari olmayan amaçla, yani karma amaçlarla edinilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda alıcının tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususuna da açıklık getirilmesi gerekir. Ancak burada en başta şu ayrımı yapmak gerekir ki; bir mal veya hizmet ticari veya mesleki amaçla ya da ticari veya mesleki olmayan amaçla alındıktan sonra, o mal veya hizmetin istisnai olarak ticari veya mesleki faaliyette ya da özel amaçlarla kullanılmış olması alınan mal veya hizmetin niteliğini etkilemeyecektir²². Dolayısıyla karma amaç ifadesinden istisnai kullanım değil, her iki amacın birlikte var olduğu kullanımlar anlaşılmalıdır.

Mal veya hizmetin karma amaçlarla edinilmesinde bu amacın nasıl yorumlanması gerektiği noktasında da doktrinde görüş birliği

²¹ Benzer yönde görüşler için bkz. Yücer Aktürk, (n. 14), s. 115; Töremiş, (n. 18), s. 237-238: Yazar savunduğumuz görüşü açık bir şekilde benimsememekle beraber, kendi kanaatini belirtirken doktrinde benimsenen tüm kriterleri saymış olmakla kanaatimize benzer bir görüş ortaya koymuştur.

²² Nitekim Yargıtay 13. HD, T: 24.06.2009 E: 2009/4799, K: 2009/8756 sayılı kararında hususi plakalı aracın tüketici tarafından ara ara ticari işlerde kullanılmasının, aracın hususi niteliğini değiştirmeyeceğine ve görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Çabri, (n. 9), s. 151, dn. 127. Yargıtay 11. HD, T: 26.06.1997, E: 1997/1815, K: 1997/5112 sayılı kararında ise tam tersi olarak bir ticari işletmenin kendi adına araç olarak bu aracı zaman zaman hususi işlerde kullanmasının, aracın ticari niteliğini değiştirmeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Çabri, (n. 9), s. 156, dn. 139.



bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, muhasebe tekniği bakımından bölünme mümkün olmayacağından ticari veya mesleki amaçla ticari veya mesleki olmayan amacın birlikte varlığı halinde ticari veya mesleki amaca üstünlük tanınmalı ve kişi tüketici olarak değil tacir olarak nitelendirilmelidir²³. Benzer bir görüşe göre, mal veya malların maliyetinin alıcıya geri dönüp dönmeyeceği kriter olarak belirlenmeli, şayet malın maliyeti alıcıya geri dönüyor ise işlem tüketici işlemi olarak sayılmamalıdır²⁴. Başka bir görüşe göre, böyle bir durumda miktar, sayı ve ölçü olarak bölünme mümkün ise her bir bölüme kendi hükümleri uygulanmalı, bölünme mümkün değil ise durumun özelliklerine ve dürüstlük kuralına göre bir tespit yapılmalıdır²⁵. Bir diğer görüşe göre, hangi amacın daha ağırlıkta olduğu objektif kıstaslara göre tespit edilmeli ve varılacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır²⁶. Nihayet başka bir görüşe göre ise, TKHK'nın temel amacının zayıf konumdaki tüketiciyi korumak olduğu göz önünde bulundurularak böyle durumlarda TKHK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir²⁷.

Kanaatimizce burada da ticari veya mesleki amacın tespitinde olduğu gibi her somut olayın kendine has özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalı, hangi amacın daha ağırlıkta olduğu tespit edilerek ağırlıklı amaca üstünlük tanınmalı ve buna göre hüküm kurulmalıdır. Örneğin; bir araç ruhsata hususi olarak işlenmişse, onun ağırlıklı olarak ticari veya mesleki amaca özgülendiği somut delillerle ortaya konulamıyorsa bu durumda aracın hususi özelliğinin daha ağırlıklı olduğu, tam tersi olarak ruhsata ticari olarak işlenmişse ağırlıklı olarak hususi amaca özgülendiği somut delillerle ortaya konulamıyorsa bu durumda da ticari özelliğinin daha ağırlıkta olduğu sonucuna ulaşılmalı ve buna göre hüküm kurulmalıdır. Yargıtay'ın bu hususta farklı kararları bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında²⁸ ruhsata “arazi taşıtı” olarak işli olan bir aracın ticari veya mesleki amaca özgülendiği yönünde bir delil bulunmaması ve alıcının ev hanımı olması münasebetiyle ticari veya mesleki bir faaliyetinin bulunmadığı gerekçeleri ile davanın

²³ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016), s. 95.

²⁴ Aslan, (n. 5), s. 5.

²⁵ Aydoğdu, (n. 20), s. 62-63; Yücer Aktürk, (n. 14), s. 115.

²⁶ Ozanoğlu, (n. 11), s. 61: Yazar bu görüşte olmakla birlikte ayrıca sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanması halinde tüketici sözleşmesinin varlığının esas kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir; Vahit Doğan, “*Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, (1996) 5 (1-2), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), (s. 153-179 arası), s. 157 ve orada dn. 17.

²⁷ Çabri, (n. 9), s. 156: Yazar bu görüşte olmakla birlikte, ticari veya mesleki amacın ağırlığının özel kullanıma göre çok daha fazla olması halinde işlemin genel hükümlere tabi olması gerektiğini belirtmektedir.

²⁸ Yargıtay 13. HD, T: 27.02.2007, E: 2006/15796, K: 2007/2720 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 27.12.2021).

tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Buna karşın başka bir kararında²⁹ ise dava konusu taşınmazın, tapu kayıtlarında “dükkân” olarak kayıtlı olması nedeniyle uyumsuzluğun TKHK kapsamında olmadığına hükmetmiştir.

ii. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma

TKHK’da yapılan tüketici tanımından hareketle ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen her gerçek ve tüzel kişinin tüketici sıfatını haiz olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlığı tanımlamakta olup gerçek kişi ile insanlar, tüzel kişi ile de belirli bir amaç etrafında toplanmış insanların ya da belirli bir amaca özgülenmiş mal topluluklarının oluşturduğu soyut varlıklar kastedilmektedir³⁰. Tüzel kişiler; kamu tüzel kişileri, kazanç paylaşma amacı güden şahıs ve sermaye şirketi gibi tüzel kişiler, kazanç paylaşma amacı gütmeyen dernek, vakıf, siyasi parti gibi topluluklar ile kamu iktisadi teşebbüslerinden oluşmaktadır³¹.

Gerçek kişiler bakımından bir kimsenin tüketici sayılabilmesi için o kişinin bir mal veya hizmeti alırken güttüğü amaca bakılmalıdır. Şayet kişi mal veya hizmeti ticari veya mesleki bir amaç gütmeksizin alıyorsa bu durumda tüketici olarak kabul edilebilecektir. Buna karşın mal veya hizmetin ticari veya mesleki amaçla alınması durumunda gerçek kişi, tacir olmasa bile tüketici olarak nitelendirilemeyecektir³². Ancak tacir sıfatı bulunmayan ya da bir ticari veya mesleki faaliyeti sürekli olarak icra etmeyen bir kimsenin yapmış olduğu işlemin karine olarak tüketici işlemi olarak kabul edilmesi ve aksini iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlaması gerektiği kanaatindeyiz³³. Elbette böyle bir karinenin söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin karşı tarafının, tüketicinin aksine ticari veya mesleki faaliyet yürüten bir kimse olması gerektiği hususu gözden kaçırılmamalıdır. Zira her iki tarafın da ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi durumunda tüketici işleminden söz edilemeyeceği gibi, her iki tarafın ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etmesi durumunda da aynı şekilde tüketici işleminin varlığından söz edilemeyecektir³⁴.

Gerçek kişi ve tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı konusuna aşağıda “*Tacirin Tüketici Sıfatı*” başlığı altında daha detaylı olarak değineceğimiz için burada

²⁹ Yargıtay 14. HD, T: 19.09.2018, E: 2016/1963, K: 2018/5788 (Çabri, (n. 9), s. 157, dn. 141).

³⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020), s. 2; Mustafa Dural ve Tufan ÖGÜZ, *Türk Özel Hukuku Cilt II (Kişiler Hukuku)*, (21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020), s. 5; Taşkın, (n. 5), s. 33.

³¹ Bu kavramlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n.30), s. 219 vd.; Dural ve Öğüz, (n. 30), s. 231 vd..

³² Çabri, (n. 9), s. 142; Karşı görüş için bkz. aynı sayfada dn, 104.

³³ Aynı yönde görüş için bkz. Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 401; Aydoğdu, (n. 20), s. 62.

³⁴ Çabri, (n. 9), s. 140-141; Kara, (n. 6), s. 84.

üzerinde durmayacağız. Ancak tacir olmayan tüzel kişilerin tüketici sıfatı konusuna kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Bu hususta ilk önce kamu tüzel kişileri ve kamu iktisadi teşebbüslerini ele alacak olursak; TKHK'nın temel amacının satıcı veya sağlayıcıya nazaran daha zayıf konumda olan tüketiciyi korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, elinde kamu gücü gibi bir güç bulunduran kamu tüzel kişileri ve kamu iktisadi teşebbüslerinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı söylenebilecektir³⁵. Doktrinde bir görüşe göre, satıcı veya sağlayıcı tanımında kamu tüzel kişileri açık bir şekilde belirtilmişken, tüketici tanımında kamu tüzel kişilerinin ayrıca belirtilmemiş olması kanun koyucunun bilinçli susması şeklinde yorumlanmalı ve kanun koyucunun kamu tüzel kişilerine tüketici sıfatı tanımadığı sonucuna ulaşılmalıdır³⁶. Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarda³⁷ kamu tüzel kişilerinin tüketici olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Biz de bu görüşlerin isabetli olduğu ve kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatını haiz olamayacağı kanaatindeyiz³⁸.

Bilindiği üzere dernek ve vakıflar (kural olarak) kazanç elde etme amacı dışında belirli bir amaca özgülenmiş şahıs veya mal toplulukları olmakla beraber, kanun koyucu dernek ve vakıfların özgüledikleri gayenin gerçekleşmesine yönelik olarak ticari faaliyette bulunmalarına olanak tanımıştır³⁹. Nitekim TTK m. 16'da amaçlarına ulaşmak için ticari faaliyette bulunan dernek ve vakıfların tacir sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle dernek ve vakıfların tüketici sıfatını haiz olup olmayacağı incelenirken ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir: Dernek ve vakıfların ticari faaliyetleri dışında ideal amaçlarına uygun olarak yaptıkları mal ve hizmet alımlarında tüketici sıfatını haiz olacakları, ticari faaliyetleri ile alakalı mal ve hizmet alımlarında ise tacirler için öngörülen hükümlerin akıbetine tabi olacakları kabul edilmelidir⁴⁰. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar⁴¹ TTK m. 16/2'de yer

³⁵ Töremiş, (n. 18), s. 243.

³⁶ Töremiş, (n. 18), s. 243; Özay, (n. 8), s. 262.

³⁷ Yargıtay 13. HD, T: 15.06.2005, E: 2005/4061, K: 2005/10142, Yargıtay 13. HD, T: 09.03.2007, E: 2007/512 K: 2007/3377. Bu kararlar için bkz. Çabri, (n. 9), s. 146, dn. 115.

³⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 404; Kara, (n. 6), s. 163; Yenice, (n. 18), s. 83; Aksi yönde görüş için bkz. Çabri, (n. 9), s. 146-147: Yazara göre kamu tüzel kişilerinin TKHK kapsamında olmasını engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmadığından kamu tüzel kişileri de tüketici olarak kabul edilebilir; Taşkın, (n. 5), s. 31.

³⁹ Dernekler hakkında bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n. 30), s. 280 vd.; Vakıflar hakkında bkz. aynı eser, s. 324 vd.

⁴⁰ Taşkın, (n. 5), s. 34; Töremiş, (n. 18), s.242; Çabri, (n. 9), s. 145-146; Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 24; Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 404; Yenice, (n. 18), s. 83; Dernek, vakıf ve kooperatiflerin de tüketici tanımı içinde yer alacağı hususunda bkz. Yargıtay 11. HD. T: 29.12.1997, E: 1997/8979, K: 1997/9841 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 05.01.2021); Dernek ve vakıfların çok sınırlı olmak üzere tüketici olabileceği görüşü için bkz. Akipek Öcal, (n. 15), s. 56.

⁴¹ Kamuya yararlı dernekler hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-

alan açık hüküm gereğince bir ticari işletme işletseler dahi tacir sıfatını haiz olamayacaklarından, bu tür dernek ve vakıflar her zaman tüketici sıfatını haiz olabilmelidirler.

3. TACİRİN TÜKETİCİ SIFATI

A. Genel Olarak

TTK m. 19/1'de; *“Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır.”* denilmekle tacir sıfatını haiz bir gerçek veya tüzel kişinin borçlarının karine olarak ticari olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla tacirin yapmış olduğu bir işlemin ticari olduğu, her ne kadar gerçek kişiler bakımından bazı istisnalar söz konusu olsa da, hüküm gereğince karine olarak kabul edilmelidir. Bir yanda TKHK'da bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde bir tüketici tanımının yapılmış olması, öbür yanda ise TTK m. 19'da düzenlenmiş olan ticari iş karinesi, tacirin tüketici sıfatının tespitini ve bu hususta bir çerçeve çizilmesini zorunlu kılmaktadır. Biz de çalışmamızın bu kısmında mümkün olduğunca bu çerçeveyi çizmeye çalışacağız.

B. Gerçek Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı

TTK m. 19/1, c. 1'de bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu şeklinde bir karine getirildikten sonra, c.2'de gerçek kişi tacirlerin ticari faaliyetlerinin dışında özel yaşam alanlarının (adı alan) bulunduğu ve ticari faaliyetten bağımsız olarak özel yaşam alanlarına ilişkin de faaliyetlerinin bulunabileceği ön kabulünden hareketle bu tacirler bakımından karineye iki istisna getirilmiştir. Bu istisnaların varlığı halinde söz konusu karine işlemeyecektir⁴². Getirilen bu istisnalar, gerçek kişi tacirlerin tüketici sıfatının belirlenmesi hususunda yol gösterici nitelikte olup⁴³, bu nedenle gerçek kişi tacirlerin tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı konusunda doktrinde dikkate değer bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak yine de sözünü ettiğimiz karine nedeniyle, gerçek kişi tacirin yapmış olduğu işlemi hangi amaçla yaptığının tespiti, TKHK hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, gerçek kişi tacirin yapmış olduğu işlemin ticari faaliyet kapsamında yapıldığı somut olayın özelliklerinden açık bir şekilde anlaşılıyorsa bu durumda gerçek kişi tacirin tüketici olarak

Özdemir, (n. 30), s. 332 vd.; Dural ve Ögüz, (n. 30), s. 276 vd.; kamuya yararlı vakıflar hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n. 30), s. 399 vd.; Dural ve Ögüz, (n. 30), s. 339 vd..

⁴² Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer-Ertan, (n. 5), s. 65 ve s. 270.

⁴³ Yücer Aktürk, (n. 14), s. 109; Ticari veya mesleki olmayan amacın tespitinde TTK m. 19'un kıyasen uygulanabileceği görüşü için bkz. Aydoğdu, (n. 20), s. 61; Aslan, (n. 5), s. 4-5.



nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, çimento fabrikası olan bir tacirin yüklü miktarda kum sipariş etmesi halinde bu siparişin tacirin ticari faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi son derece tabiidir. Hakeza beyaz eşya dükkânı olan bir tacirin fabrikadan yüklü miktarda beyaz eşya sipariş etmesi örneğinde de bu değerlendirme yapılabilir. Ancak TTK m. 19/1, c. 2'de de belirtildiği üzere tacir bu işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça bildirmesi halinde işlemde kaynaklanan borç adı borç sayılacak ve tacir bu durumda tüketici olarak nitelendirilebilecektir. Kanaatimizce bu istisna bakımından ispat yükünün gerçek kişi tacirde olması gerekir. Zira vermiş olduğumuz örneklerde yüklü miktarda kumun ve yüklü miktarda beyaz eşyanın tacirin ticari faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi son derece tabii olduğundan, ispat yüküne ilişkin bu kabul hakkaniyete daha uygun bir durum olacaktır. Bu istisna kanun koyucunun gerçek kişi tacirler bakımından öngörmüş olduğu birinci istisnadır.

Kanun koyucunun gerçek kişi tacirler bakımından öngörmüş olduğu ikinci istisna ise, işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması halidir. Bu duruma örnek olarak çimento fabrikası sahibi veya beyaz eşya dükkânı sahibi tacirin çocuklarının eğitimi için eğitim materyalleri almasını gösterebiliriz. Bu örnekte, alınan eğitim materyallerinin tacirin ticari faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi halin icabına uygun olmayacaktır. Kanaatimizce bu istisnanın varlığı halinde ise ispat yükünün tacirde değil, satıcıda olması gerekir. Zira bu örnekte tacirin aldığı materyallerin ticari faaliyet kapsamında değerlendirilmesini en azından ilk görünüş olarak haklı gösterecek bir durum bulunmadığından, satıcının bu materyallerin ticari faaliyet kapsamında alındığını ispat etmesi daha hakkaniyetli bir durum olacaktır.

C. Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı

Ticari iş karinesine gerçek kişi tacirler bakımından getirilen istisnaların, tüzel kişi tacirler bakımından geçerli olmaması, doktrinde tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı, eğer olarsa hangi durumlarda bunun mümkün olacağı sorularını gündeme getirmiştir.

Belirtmemiz gerekir ki bu sorunun cevaplanması, ancak tüzel kişi tacirlerin ticari veya mesleki amaç dışında hareket edebilecekleri bir alanın bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplanması ile mümkün olacaktır⁴⁴. Bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmayıp, farklı görüşler benimsenmiştir.

Bir görüşe göre, gerçek kişi tacirler bakımından öngörülmüş olan istisnaların tüzel kişi tacirler bakımından öngörülmemiş olması ile bu konuda bir mutlak karine kabul edilmiş olup bu sebeple tüzel kişi tacirlerin yapmış olduğu tüm iş ve işlemlerin ticari faaliyet kapsamında olduğu ve tüzel kişi

⁴⁴ Yücer Aktürk, (n. 14), s. 116.

tacirlerin gerçek kişi tacirlerde olduğu gibi adi alanı bulunmadığı, dolayısıyla tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatını haiz olamayacağı kabul edilmelidir⁴⁵. Doktrinde ağırlıklı görüş bu yönde olduğu gibi Yargıtay'ın da ağırlıklı olarak bu görüşü benimsediği görülmektedir⁴⁶. Başka bir görüşe göre, ancak bu hususta özel bir kanun hükmünün bulunması halinde tüzel kişi tacirler tüketici sıfatını haiz olabilecek, bunun dışında tüzel kişi tacirler bakımından böyle bir imkân söz konusu olmayacaktır⁴⁷. Başka bir görüşe göre, TKHK m. 3'te yer alan tüketici tanımında geçen "tüzel kişiler" ifadesinden yalnızca kâr amacı gütmeyen dernek, vakıf ve tüketici örgütleri anlaşılmalıdır. Bunların dışındaki tüzel kişiler ve dolayısıyla ticaret şirketleri tüketici sıfatını haiz olamazlar. Bu kuralın tek istisnası ise TKHK m. 51/9'dur⁴⁸. Nihayet üçüncü bir görüşe göre ise, TTK m. 19'da düzenlenen ticari iş karanesi, yapılan işin ticari işletmeyle ilgili olduğunun varsayıldığı durumlar için geçerli olup yapılan işin ticari işletmeyle bağlı olmadığı, aksine tüketim amacı taşıdığı tespit edilmesi durumunda tüzel kişi tacir de olsa kişinin tüketici sıfatını haiz olması gerekir. Buna ilaveten TKHK'da yapılan tüketici tanımında gerçek ve tüzel kişiler sayılmış olup bu konuda herhangi bir istisna öngörülmemiş olduğundan tüzel kişi tacirlerin de bazı durumlarda tüketici sıfatını haiz olabileceği kabul edilmelidir⁴⁹. Yargıtay'ın istisnai de olsa tüzel kişi tacirleri tüketici olarak kabul ettiği kararlarına rastlamak mümkündür. Nitekim Yargıtay bir kararında⁵⁰ bu

⁴⁵ Akipek Öcal, (n. 15), s. 56; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer-Ertan, (n. 5), s. 65 ve s. 270; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (16. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2019), s. 34 ve s. 62; Arkan, (n. 5), s. 74; Aydoğdu, (n. 20), s. 60; Aslan, (n. 5), s. 5 ve s. 8; Akçaal ve Uyumaz, (n. 8), s. 245; Yenice, (n. 18), s. 79 ve s. 82.

⁴⁶ Yargıtay HGK, T: 11.10.2000, E: 2000/19-1255, K: 2000/1249 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T.: 05.01.2021); Yargıtay HGK, T: 21.09.2011, E: 2011/19-500, K: 2011/550 (kararara.com – E.T.: 05.01.2021); Yargıtay HGK, T: 11.10.2006, E: 2006/19-684, K: 2006/647; Yargıtay 11. HD, T: 26.06.1997, E: 1997/1815 K: 1997/5112 (turkhukusitesi.com – E.T.: 05.01.2021); Yargıtay 20. HD, E: 2002/8260, K: 2002/9761 (karararama.yargitay.gov.tr – E.T.: 05.01.2021).

⁴⁷ Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 404.

⁴⁸ Kara, (n. 6), s. 72.

⁴⁹ Yücer Aktürk, (n. 14), s. 119-120 ve s. 124; Töremiş, (n. 18), s. 240; Taşkın, (n. 5), s. 36-37: Yazara göre ticari iş karanesi tacirin yaptığı tüm iş ve işlemlerin ticari sayılması şeklinde değil, objektif kriterlere göre ticari işletme ile ilgili olduğu tespit edilen iş ve işlemlerin ticari sayılması şeklinde yorumlanması gerekir.; Aslan, (n. 5), s. 5, dn. 6'da sayılan yazarlar; Çabri, (n. 9), s. 148-149; Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 406, dn. 37'de sayılan yazarlar; Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 26: Yazar tüzel kişi tacirleri her halükarda tüketiciye sağlanan korumadan mahrum bırakmanın doğru bir yaklaşım olmayacağını belirtmektedir; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (10 Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014), s. 102: Yazar tüzel kişi tacirler bakımından ticari iş karanesinin mutlak olduğunu belirttiikten sonra, yine de tüzel kişi tacirin kendi ihtiyacı için mal satın alması halinde bu kuralın uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir.

⁵⁰ Yargıtay 19. HD, T: 06.07.1999, E: 1999/3932, K: 1999/4621 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – E.T.: 03.01.2021); Benzer bir şekilde Yargıtay 20. HD, T: 06.10.2015, E: 2014/9043, K: 2015/6309 sayılı kararında bir ticaret şirketi olan kooperatif ile üyesi arasında ticari ilişki



görüşü benimsemiş ve bir ticari şirketin nihai kullanıcı olarak başka bir şirketten aldığı aracın ayıplı çıkması nedeniyle açtığı davada TKHK hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu hususta öncelikle belirtmek gerekir ki, tüzel kişi tacirlerin tüketici olabileceği kabul edilse bile, bu kabulün istisnai bir durum olacağı, tüzel kişi tacirlerin gerçek kişi tacirler kadar geniş bir adi alanının bulunmasının mümkün olmayacağı peşinen kabul edilmelidir. Bununla birlikte, tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak nitelendirilmesini gerektirecek özel bir kanun hükmü bulunması halinde, bu kanun hükmüne istinaden tüzel kişi tacirin tüketici olarak nitelendirilmesi gerekeceği muhakkaktır. Nitekim TKHK m. 51/9'da; "*Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.*" denilmekle, paket tur sözleşmeleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün tacirlerin tüketici olarak nitelendirilmesine olanak tanınmıştır⁵¹. Kanaatimizce bu hüküm tüzel kişi tacirlerin hiçbir şekilde tüketici olamayacağı görüşünü çürütmekte olup, kanun koyucunun istisnai bazı durumlarda tüzel kişi tacirlerin de tüketici olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünde olduğunun apaçık göstergesidir. Buna ilaveten kanaatimizce özel bir kanun hükmü bulunmasa bile, tacirin tüketici olarak nitelendirilmesini gerektirecek haklı sebeplerin varlığı halinde de tüzel kişi tacire tüketici sıfatı atfedilmeli ve TKHK'nın koruyucu hükümlerinden yararlanması sağlanmalıdır. Bu kanaatte olmamızın birden çok sebebi bulunmaktadır. Şöyle ki;

Bir defa TTK önceki tarihli genel kanun, TKHK ise TTK'ya göre sonraki tarihli özel bir kanun olup, iki kanunda farklı hükümler bulunması halinde sonraki tarihli özel Kanun olan TKHK öncelikli olarak uygulanacaktır⁵². Dolayısıyla TTK m. 19/1 hükmü karşısında, herhangi bir ayırım yapmaksızın bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde tüketici tanımı yapan TKHK'ya üstünlük tanınmalıdır. Kanaatimizce kanun koyucunun çok basit bir iki kelimeyle bu tartışmayı ortadan kaldırma imkânı var iken bu konuda sessiz kalmış olmasını ihmalkârlık olarak değil, bilinçli bir boşluk oluşturarak bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımak şeklinde yorumlanması isabetli bir yaklaşım olacaktır⁵³.

bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. Arkan, (n. 5), s. 74, dn. 3.

⁵¹ Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliğinde (RG, T: 14.01.2015, S: 29236) "tüketici" kavramı yerine "katılımcı" kavramı kullanılmıştır. Ancak Yönetmelik m. 4/1-ç'de yer alan katılımcı tanımı incelendiğinde, katılımcının her halükarda tüketici olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Yönetmelikte böyle bir tercih yapılmış olmasının ayrı bir yorum yapmayı gerektirmeyeceği kanaatindeyiz.

⁵² Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 396 ve s. 417; Yücer Aktürk, (n. 14), s. 125; Kanunların çatışması halinde hangi kanuna üstünlük tanınacağı konusunda detaylı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (25. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019), s. 86 vd..

⁵³ Benzer görüş için bkz. Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 24.

TKHK m. 3/1-1’de yer alan; “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.*” hükmü ile TKHK m. 83/2’de yer alan; *Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılması ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” hükmü birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun tüketici sözleşmelerinin kapsamını oldukça geniş tutmak ve bu kapsamı daraltıcı yorumların önüne geçmek eğiliminde olduğu söylenebilecektir⁵⁴. Buna rağmen tüzel kişi tacirlerin hiçbir surette tüketici olamayacağını kabul etmek kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Nitekim yukarıda da izah ettiğimiz üzere paket tur sözleşmeleri bakımından (bütün tacirleri kapsayacak şekilde) tacirlerin de tüketici sıfatını haiz olduğuna yönelik açık hüküm (TKHK m. 59/1), kanun koyucunun istisnai bazı hallerde tüzel kişi tacirlerin de tüketici sıfatını haiz olabileceği kanaatinde olduğunun göstergesidir⁵⁵.

Her ne kadar bugün nispeten zayıflamış olsa da tüketici hukukunun temel prensibinin zayıf olanı korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda⁵⁶, tüzel kişi tacirler arasında hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün tacirlerin aynı statüde değerlendirilmesi de kanunun amacına uygun olmayacaktır. Örneğin, sermayesi milyon dolarlarla ifade edilen bir şirket ile sermayesi asgari düzeyde olan bir şirketin aynı kategoride değerlendirilmesi her zaman hakkaniyetli sonuçlar doğurmayabilir. Bu bakımdan somut olayın durumuna göre bazen tüzel kişi tacirin de zayıf konumda olabileceği ve korunması gerekebileceği

⁵⁴ Bahtiyar ve Biçer, (n. 4), s. 397-398; 6502 sayılı Kanun ile kapsamın tüketiciler lehine genişletildiği görüşü hakkında bkz. Murat Aydoğdu, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, (2013) 15 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 1-62 arası), s. 7, (Aydoğdu, *Yenilikler*); TTK m. 3’e göre bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılmakla beraber, TTK m. 19/2 gereğince taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan işler, Kanun’da aksi hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticari iş sayılır. TKHK m. 3/1-1’ye göre ise bir kimsenin TKHK’nın koruyucu hükümlerinden istifade edebilmesi için satıcı veya sağlayıcının ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi zorunluluk teşkil etmektedir. Bu hükümlerin tamamı birlikte değerlendirildiğinde TKHK kapsamına giren sözleşmelerin çoğunlukla ticari iş olarak nitelendirilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu hususta bkz. Kara, (n. 6), s. 86-87. Dolayısıyla bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesi, başlı başına o işi TKHK kapsamı dışına çıkarmamalıdır. Aksi takdirde TKHK’nın kapsamı oldukça daralacaktır.

⁵⁵ Paket tur sözleşmelerine ilişkin bu hükmün Kanun’un kapsamını genişlettiği görüşü hakkında bkz. Aydoğdu, *Yenilikler*, (n. 54), s. 14.

⁵⁶ Bu hususta bkz. Karakocalı ve Kurşun, (n. 3), s. 22.



durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda tüketici sıfatını haiz olabilmek için aranan diğer şartlar da mevcutsa tüzel kişi tacirin de tüketici olarak nitelendirilmesi tüketici hukukunun temel prensibine de uygun bir durum olacaktır⁵⁷.

Bu tespitleri yaptıktan sonra tüzel kişi tacirlerin hangi durumlarda tüketici olarak nitelendirilebileceği sorusuna cevap aramak gerekecektir. Bu hususta öncelikle, sorunun cevabı için mutlak bir çerçeve çizilmesi mümkün olmayacağı gibi bunun doğru da olmayacağı, her somut olayın durumuna göre hâkimin değerlendirme yaparak bir sonuca ulaşması gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Ancak yine de bu sorunun çözümü için “de lege feranda” bir çözüm önerisi olarak, bir kişinin tüketici sayılabilmesi için aranan şartlara ilaveten, tüzel kişi tacirlere özgü olarak “işletme faaliyeti ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilişkili olmama” ya da aynı anlama gelecek şekilde “işletme faaliyetine yabancı olma” gibi bir şart getirilebilir⁵⁸. Bu şart aranırken, yapılan işlemin işletme faaliyeti ile doğrudan ilişkisinin tespit edilmesi halinde artık tüzel kişi tacirin tüketici sıfatını haiz olduğundan söz edilemeyecektir. Başka bir deyişle “doğrudan ilişkili olmama” mutlak bir şart olarak kabul edilmelidir. Ancak dolaylı ilişkinin dar yorumlanması gerekir. Zira geniş yorumlanması halinde aynı mantıkla gerçek kişi tacirlerin birçok faaliyetinin de işletme faaliyeti ile ilişkisi kurulabilecektir. Örneğin; ülkemizde dış görünüşün pazarlama gücünü artıran bir unsur olduğu gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, gerçek kişi tacirin aldığı lüks bir arabayı, pahalı kıyafetleri de işletmesi ile ilgili pazarlama gücünü artıracığı gerekçesi ile dolaylı ilişkili statüsüne sokup TKHK kapsamının dışına çıkarmak mümkün olacaktır ki, bu durum kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz. Vereceğimiz şu örnek bu konudaki kanaatimizi daha da somutlaştıracaktır: Bir tacirin çalışanlarının performansını ve deneyimini artırmak için işletme faaliyeti ile ilgili, alanında uzman olan kişilerden eğitim alması halinde bunun işletme faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi tabiidir. Zira bu halde işletme faaliyetinin gelişmesi amaçlanmakla birlikte, çalışanların performansının ve deneyiminin artması da doğrudan işletme faaliyetine yansiyacaktır. Ancak bugün uygulamada da sıklıkla karşılaştığımız, tacirin çocuklu çalışanlarına yönelik olarak kreş açması ve bu kreşin işlemesi için eğitim materyalleri alması halinde bu işlemler bakımından tüketici olarak nitelendirilmesi ve örneğin

⁵⁷ Töremiş, (n. 18), s. 240; Bu husustaki sorunlara ilişkin bkz. Başak Baysal, “*Çayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri*”, (2017) LXXV (1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (s. 273-292 arası), s. 287 vd.; İngiliz Hukukunda benzer bir görüş için bkz. aynı eser, s. 289, dn. 82’ye atfen Francis Reynolds, Protection of Small Businesses in English Law, in Law and the Weaker Party, (Vol. IV, 1989, s. 203-213).

⁵⁸ Ozanoğlu, benzer bir şekilde “ticari veya mesleki faaliyete ya da uzmanlık alanına yabancı olma” ifadesini kullanmıştır. Bu hususta bkz. Ozanoğlu, (n. 11), s. 72.

daha ağır koşulları olan TTK'daki ayıp hükümlerinden değil, daha koruyucu nitelikte olan TKHK'daki ayıp hükümlerinden istifade etmesinin sağlanması daha hakkaniyetli sonuçlar doğurabilecektir. Bunun gibi tüzel kişi tacirin sosyal sorumluluk bilinciyle fakir ailelere yardımda bulunmak amacıyla mal alması, fakir çocuklar için giyim-kuşam ve eğitim malzemeleri satın alması, bir sivil toplum kuruluşuna karşılıksız olarak yardımda bulunmak amacıyla faaliyet dışı işlemlerde bulunması örneklerinde de tacirin tüketici sıfatını haiz olması ve tüketiciye yönelik korumalardan istifade edebilmesine olanak sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

TKHK'da tüketici tanımının herhangi bir sınırlama getirilmeksizin bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde geniş yapılmış olması tacirin, özellikle de tüzel kişi tacirin tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı veya hangi hallerde bu sığıta sahip olacağı sorununu gündeme getirmiştir. Özellikle TTK m. 19'da düzenlenen ticari iş karinesi karşısında TKHK'da yapılan bu tanımın akıbetinin ne olacağı akıllarda soru işareti bırakmıştır. Bu sorulara verilecek cevap, olaya uygulanacak hükümleri ve hükümlerin uygulanması neticesinde varılacak sonuçları doğrudan etkileyecek olması hasebiyle büyük önemi haizdir.

TKHK'da yapılan tüketici tanımından hareketle tüketicinin, "ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeme" ve "gerçek veya tüzel kişi olma" şeklinde iki unsuru olduğu söylenebilecektir. Gerçek veya tüzel kişi olma unsuru bakımından doktrinde dikkate değer bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır, ancak ticari veya mesleki amaçla hareket etmeme unsuru bakımından kişilerin sahip oldukları statü önem arz etmektedir. Ağırlıklı görüşe göre, tacir sıfatını haiz olmayan ve kamu tüzel kişisi statüsü bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin yapmış oldukları işlemlerin tüketici işlemi olduğu karine olarak kabul edilmekte ve yapılan işlemin ticari veya mesleki amaç güttüğü iddiasında olan kişinin bu iddiasını ispat etmesi beklenmektedir. Yine ağırlıklı görüş olarak, tüketici hukukunun temel prensibinin zayıfı korumak olmasından hareketle elinde kamu gücü bulunduran kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatını haiz olamayacağı kabul edilmektedir. Ancak söz konusu tacir olduğunda ticari veya mesleki amaç ile ticari veya mesleki olmayan amacın hangi kriterlere göre tespit edilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Bu tartışma özellikle tüzel kişi tacirler bakımından yapılmaktadır.

Gerçek kişi tacirlerde TTK m. 19/1, c. 2'de ticari iş karinesine getirilen istisnalar, kriterlerin belirlenmesi ve gerçek kişi tacirin tüketici sıfatının tespit edilmesi bakımından yol gösterici olmaktadır. Ancak gerçek kişi tacirler bakımından öngörölmüş olan istisnalar tüzel kişi tacirler bakımından öngörölmemiş olduğundan, tüzel kişi tacirin ticari veya mesleki olmayan



amaçla hareket edip edemeyeceği ve dolayısıyla tüketici sıfatını haiz olup olamayacağı noktasında doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bizim görüşümüz doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine, istisnai bir durum olmakla beraber haklı sebeplerin varlığı halinde tüzel kişi tacirlerin de tüketici sıfatını haiz olabileceği yönündedir. Ancak hangi durumlarda tüzel kişi tacire tüketici sıfatı atfedilebileceği noktasında mutlak bir çerçeve çizmenin mümkün ve doğru olmayacağı, her somut olayın durumu göz önünde bulundurularak hâkimin bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Yine de “de lege feranda” bir çözüm önerisi olarak, bir kişinin tüketici olması için aranan şartlara ilaveten, tüzel kişi tacirlere özgü olarak “işletme faaliyeti ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilişkili olmama” ya da aynı anlama gelecek şekilde “işletme faaliyetine yabancı olma” gibi bir şart getirilebileceği görüşündeyiz. Ancak “doğrudan ilişkili olmama” şartının mutlak bir şekilde uygulanması gerektiği, fakat “dolaylı ilişkili olmama” şartının mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği, aksi takdirde bu şartın uygulama alanı kalmayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, M. ve UYUMAZ, A., “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, (2013) 4 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 241-276 arası).
- AKİPEK ÖCAL, Ş., “Madde 3/Akipek Şerhi”, Milli Şerh, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2016), (Editörler: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), (s. 40-60 arası).
- ARKAN, S., *Ticari İşletme Hukuku*, (26. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2020).
- ASLAN, İ. Y., *Tüketici Hukuku*, (5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015).
- AYDOĞDU, M., *Türetici Hukuku Dersleri*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2015).
- AYDOĞDU, M., “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, (2013) 15 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 1-62 arası), (Aydoğdu, Yenilikler).
- BAHTİYAR, M. ve BİÇER, L., “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, (2016) 22 (3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, 1. Cilt), (s. 395-436 arası).
- BAYSAL, B., “Çayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, (2017) LXXV (1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (s. 273-292 arası).

- BİLGİLİ, F. ve DEMİRKAPI, E., *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (16. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2019).
- ÇABRİ, S., *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021).
- DOĞAN, V., “*Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, (1996) 5 (1-2), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan), (s. 153-179 arası).
- DURAL, M. ve ÖĞÜZ, T., *Türk Özel Hukuku C. II (Kişiler Hukuku)*, (21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020).
- KARA, İ., *Tüketici Hukuku*, (2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021).
- KARAKOCALI, A. ve KURŞUN, A. S., *Tüketici Hukuku*, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2015).
- OĞUZMAN, M. K. ve BARLAS, N., *Medeni Hukuk*, (25. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019).
- OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö. ve OKTAY-ÖZDEMİR, S., *Kişiler Hukuku*, (19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020).
- OZANOĞLU, H. S., “*Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)*”, (2001) 50 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 55-90 arası).
- ÖZAY, O. L., “*6502 sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi*”, (2017) 4 (12), Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, (s. 257-272 arası).
- TAŞKIN, M., “*Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüzel Kişilik Vasfı*”, (1997) (S:1), Ankara Barosu Dergisi, (s. 30-37 arası).
- TÖREMİŞ, H. E., “*Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sifatının Belirlenmesi*”, (2020) XXIV (4), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 227-262 arası).
- ÜLGEN, H., HELVACI, M., KENDİGELEN, A., KAYA, A. ve NOMER ERTAN, N. F., *Ticari İşletme Hukuku*, (5. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015).
- YAVUZ, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (10 Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014).
- YENİCE, Ö., “*Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği*”, (2015-Aralık) 13 (156), Legal Hukuk Dergisi, (s. 71-86 arası).
- YÜCER AKTÜRK, İ., “*Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı*”, (2016) XX (2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 103-128 arası).
- ZEVKLİLER, A. ve ÖZEL, Ç., *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016).

Cevrimici Kaynaklar

- kararara.com
- Kazancı İçtihat/Mevzuat Bilgi Bankası (kazanci.com)
- Türk Hukuk Sitesi (turkhukuksitesi.com)
- Yargıtay Karar Arama (karararama.yargitay.gov.tr)

Kısaltmalar

- a.e. : Aynı eser.
Bkz./bkz. : Bakınız.
C. : Cilt.
c. : Cümle.
Dn./dn. : Dipnot.
E. : Esas.
E.T. : Erişim Tarihi.
HD : Hukuk Dairesi.
HGK : Hukuk Genel Kurulu
K. : Karar.
Karş. : Karşılaştırınız.
m. : Madde.
n. : Dipnot numarası.
RG : Resmi Gazete.
s. : Sayfa.
S. : Sayı.
T. : Tarih.
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.
TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.
Vb./vb. : ve benzeri.
Vd./vd. : ve devamı.
Y. : Yıl.

TÜRK İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA İKALE SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ VE “MAKUL YARAR” KAVRAMI*

*Legality Criteria of Mutual Rescission Agreements and Concept of “Reasonable Benefit”** within the Context of Turkish Labour Law*

Serkan Taylan KARAÇ***

Özet

Özellikle iş güvencesi hükümlerinin mevzuatımızda yer almasının ardından sıklıkla karşılaşılan ikale (bozma sözleşmesi), mevcut bir iş sözleşmesinin sona erdirilmesini amaç edinir. İş ilişkisi taraflarının karşılıklı olarak anlaşmasıyla, türü ne olursa olsun halihazırdaki bireysel iş sözleşmesi sona ermektedir. İş ilişkisinde zayıf konumda bulunan işçiyi koruma prensibi çerçevesinde şekillenen iş mevzuatımız içerisinde söz konusu sözleşmenin ne şekilde yapılacağı hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. İkale (bozma sözleşmesi), her ne kadar hukuki temelini sözleşme özgürlüğünden alsa da işçi bakımından doğuracağı olumsuz neticeler nedeniyle özel bir denetlemeye muhtaç görülmüştür. Genel olarak sözleşmeler bakımından göz önünde bulundurulmuş geçerlilik ölçütlerinin yanı sıra öğreti tarafından geliştirilen “makul yarar (menfaat)” ölçütü de ikalenin geçerliliği bakımından değerlendirmede bir kriter olarak dikkate alınmaktadır. Hatta geçerli bir ikalenin varlığından bahsedebilmek için söz konusu yararın sağlanmış olması en fazla önem atfedilmiş ölçüt olmuştur. Çalışmamızda ikale konusunda genel bilgiler verildikten sonra söz konusu sözleşmenin geçerlilik ölçütleri, ikale özelinde değerlendirilecek ve makul yarar kavramı ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İkale, iş sözleşmesinin sona ermesi, makul yarar, makul menfaat, iş sözleşmesi, geçerlilik ölçütleri.

Abstract

Mutual rescission agreements, which is frequently encountered especially after job security provisions are included in our legislation, aspire to terminate a labour contract. Regardless of the type, the current individual labour contract is terminated by mutual agreement of the employment relation parties. In our labour legislation, which

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.08.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Bu makale, yazarın yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Öğreti ve Yargıtay kararlarında “makul yarar” ya da “makul menfaat” olarak ifade edilen kavramın motamot çevirisidir.

*** Arş. Gör., Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, stkarac@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0003-3060-5142>



is shaped within the framework of the principle of protecting the employee who is in a weak position in the employment relation, there is no regulation on how the mentioned contract will be formed. Despite mutual rescission agreements take their legal infrastructure from the freedom of contract, they were deemed in need of a particular assessment due to the negative consequences for the employee. In addition to the legality criteria generally considered in respect to contracts, the “reasonable benefit” criterion developed by the doctrine is also taken into consideration as a criterion in the evaluation in terms of the legality of the rescission. In fact, in order to be able to speak of the existence of a valid rescission, the provision of the mentioned benefit has been the most significant criterion. In our study, after giving general information about the mutual rescission, the legality criteria of the said contract will be evaluated in terms of the mutual rescission and the concept of reasonable benefit will be examined under a separate heading.

Keywords: Mutual rescission, termination of labour contract, reasonable benefit, contract of employment, legality criteria.

GİRİŞ

Kişilerin, hür iradeleri ile serbest bir biçimde kural koyma veya uygulanmasını istedikleri kuralları belirleme yetkisi, irade serbestisi olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kişiler, aralarındaki özel ilişkileri hukuki işlemler vasıtasıyla serbestçe kurabilmekte ve muhteviyatını özgürce belirleyebilmektedir. Söz konusu kavram, Türk borçlar hukuku bakımından “sözleşme özgürlüğü” olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem gerçek hem de tüzel kişilerin, aralarındaki özel borç ilişkilerini, söz konusu özgürlük bağlamında ve hukuk düzenimizin çizdiği sınırlar içerisinde özgürce belirlemesi imkân dahilindedir.

Anayasamızın 48. maddesi, “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlığı altında sözleşme özgürlüğünü düzenleme altına almıştır. Bahsedilen hüküm ilk cümleye göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.”. Temelini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndan alan sözleşme özgürlüğü, ayrıca TBK.’da da düzenleme altına alınmıştır. TBK. m.26 hükmü gereği, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”. O halde sözleşme özgürlüğünün şu şekilde tanımlanması mümkündür: Kişinin hür iradesiyle dilediği konuda ve dilediği koşullarda sözleşme yapma, kendi adına hak ve borç yaratabilme özgürlüğüdür. Söz konusu hükümlerin değerlendirilmesiyle de sözleşme özgürlüğünün kapsamı belirlenebilir. Bu bağlamda sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma ve yapmama, sözleşmenin tarafını belirleme, sözleşme konusunun, içeriğinin ve şeklinin belirlenmesi ile sözleşmenin değiştirilmesi ve sonlandırılması özgürlüğünü bünyesinde barındırır.

Konumuz bakımından önem arz eden nokta ise, sözleşme özgürlüğü kapsamında mevcut bir sözleşmenin tümüyle ya da kısmi olarak sonlandırılabilmesidir. Zira ikalenin hukuki dayanağını oluşturan bu özgürlük

sayesinde sözleşme tarafları, ortak bir irade ile halihazırda var olan bir sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.

Yasalarımız içerisinde, iş hukuku bakımından sıklıkla gündeme gelen ve tarafların anlaşması olarak da ifade edilen ikale uygulamasına yönelik herhangi özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak yoğunlukla karşılaşılan bu hukuki müessesenin, hem uygulaması hem de geçerlilik ölçütleri, öğreti ve Yargıtay kararları ile şekillendirilmiştir.

I. KAVRAM OLARAK İKALE VE İKALE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

A. İkale Kavramı

Kelime anlamı bakımından ikale kavramı, temelde “*kaldırılma, pazarlığı bozma*” manası taşımaktadır¹. Diğer yandan İslam Hukuku sistemi içerisinde ise kelime karşılığı özelinde “*bir şeyi iptal etmek, feshetmek*” anlamında kullanılmaktadır. İslam borçlar hukuku bağlamında ikale sözleşmesi, “*bir akdın hüküm ve neticelerinin tarafların rızasıyla ortadan kaldırılması*” ya da “*iki tarafın, önceden gerçekleştirmiş oldukları akdi feshetmek üzere yaptıkları yeni bir anlaşma*”² olarak ifade edilmiştir.

Hukukumuz bakımından ikale ya da bozma (contrarius actus) sözleşmelerini, işçi ve işveren arasında meydana getirilen iş sözleşmesinin, yine aynı taraflarca sözleşme hürriyeti kapsamında karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirmek üzere kurdukları sözleşme olarak tanımlamak mümkündür³. Yüksek mahkemenin bir kararında da ikale, “*sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem*” olarak tanımlanmıştır⁴.

¹ “İkale” kelimesinin Arapça/Osmanlıca kökene sahip olduğu belirtilmektedir. Savaş Taşkent, ‘İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi’ (2011) 4 Kamu-İş 1, 1; Serkan Taylan Karaç, *Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri* (1st edn, On İki Levha 2020) 64; Mustafa Nihat Özön, *Küçük Osmanlıca Türkçe Sözlük* (4th edn, İnkılap 1988) 349.

² Taşkent (n 1) 1.

³ Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmeleri)* (2nd edn, Turhan 2016) 6; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (6th edn, Turhan 2014) 784; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (20th edn, Beta 2020) 517; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (12th edn, Seçkin 2021) 224 vd.; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku* (1st edn, Seçkin 2020) 221; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (3rd edn, Seçkin 2016) 116-117; Mustafa Kılıçoğlu, *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar* (1st edn, Turhan 2009) 226; Hasan Nüvit Gerek, ‘İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi’ (2011) 31 Çalışma ve Toplum 43, 44; Hakan Keser, ‘Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İkale (Bozma Sözleşmesi) ve Bildirim Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi Ayrımına İlişkin Bir Değerlendirme’ (2017) 54 İSGHD 633, 635; K. Ahmet Sevimli, ‘İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler’ (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi 84, 85.

⁴ Yargıtay 22 HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, T. 26.06.2018. Aynı yönde: Yargıtay 9 HD., E. 2017/24377, K. 2018/8696, T. 16.04.2018 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.



Birçok hukuk sistemi açısından “*en belirsiz*” konular arasında gösterilen⁵ ikale ile ilgili olarak mevzuatımız içerisinde doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukuk sistemi bakımından da söz konusu boşluk 2000 yılına kadar devam etmiş, 01 Mayıs 2000 tarihinde yapılan düzenleme ile Alman Medeni Kanunu içeriğinde kavramsal olarak yer almıştır⁶. Ayrıca yapılan değişikliklerle ikale sözleşmesi, yazılı şekil şartına bağlanmıştır⁷.

Genel olarak özel hukuk ayrımı içerisinde yer alan kişilerin, birbirleriyle tümüyle eşit konumda oldukları değerlendirilir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafını oluşturacak kimselerin korunması gerekliliği yönünde bir ihtiyaç yoktur. Ancak bazı sözleşmeler vardır ki, her ne kadar özel hukuk ayrımı içerisinde yer alsada bu sözleşme taraflarının güçlü ve zayıf konumlara ayrıldığı görülür. Bu tür sözleşmelere kira sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri örnek verilebilir. Yapılacak teknik değerlendirme ile ikalenin, borçlar hukuku içerisinde yer alan bir uygulama olduğu düşünülse de özellikle iş ilişkilerinde gündeme gelen ikale sözleşmesi taraflarının işçi ve işveren olduğu unutulmamalıdır. Zira Türk hukuku bakımından işçi, zayıf taraf olarak kabul edilmiş ve Türk iş hukuku da işçiyi koruma prensibi çerçevesinde şekillenmiştir. Dolayısıyla ikale sözleşmelerinde işçi ve işverenin eşit konumda bulunmadığı, bu doğrultuda söz konusu ilişkide de işçinin korunmasının gerektiği ifade edilmektedir⁸. Hatta Yargıtay da bir kararında iş sözleşmesinin yorumunda başvurulduğu gibi ikale sözleşmelerinin yorumunda da “*işçi yararına yorum ilkesi*”nin dikkate alınması gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁹.

İş hukuku açısından ikale sözleşmeleri ile amaçlanan temel husus, halihazırda var olan iş sözleşmesi taraflarının, ortak irade sonucu meydana getirecekleri bir diğer sözleşme ile mevcut iş ilişkisini sonlandırmasıdır. Özellikle belirtilmelidir ki, bireysel iş hukuku kapsamına giren iş sözleşmeleri bakımından gündeme gelebilen ikale sözleşmelerinin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹⁰ kapsamı dahilinde olan toplu iş sözleşmeleri açısından söz konusu kanun m.35/f.2 hükmü gereği uygulanması mümkün değildir¹¹.

⁵ Michael Bryan, ‘Rescission, Restitution and Contractual Ordering: The Role of Plaintiff Election’ in Andrew Robertson (ed), The Law of Obligations: Connections and Boundaries (1st edn, UCL Press 2004) 59.

⁶ Astarlı (n 3) 6; Alpay Hekimler, ‘Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması -İkale- Yoluyla Sonlandırılması’ (2019) 61 İSGHD 23, 28.

⁷ Hekimler (n 6) 28.

⁸ Astarlı (n 3) 18-27; Mahmut Kabakçı, ‘Sözleşme Özgürlüğü ve İkale’ (2012) 25 Sicil İş Hukuku Dergisi 121, 125.

⁹ Yargıtay 9 HD., E. 2017/22500, K. 2018/7220, T. 02.04.2018 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021. Sevimli (n 3) 94.

¹⁰ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG 07.11.2012, 28460.

¹¹ Karaç (n 1) 63.

B. İ kale Sözleşmelerinin Hukuki Değerlendirmesi

“Sözleşme zgrlğ”, yukarıda da bahsedildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹² m.48 hükmünün yanı sıra TBK.¹³ m.26 hükmünde de düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemelere binaen kişiler, serbest iradeleri ile aralarında sözleşme meydana getirebilmektedir. İfade edilen bu hükümler, ikale sözleşmelerinin temel hukuki dayanaklarını oluřturmaktadır¹⁴. Daha açık bir ifade ile sözleşmeyi sonlandırma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü kapsamında yer almakta ve sözleşme tarafları da mevcut sözleşmelerini bu doğrultuda iradeleri ile sona erdirebilmektedir¹⁵. Taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi olması veya sürekli ya da süreksiz bir iş olması önem arz etmez¹⁶. Bu tür iş ilişkileri bakımından da ikale gündeme gelebilir, taraflar anlaşarak belirli süreli iş sözleşmesini de sürenin dolmasından önce sona erdirebilmektedir¹⁷.

Hukuki işlem, yasalarla çizilen sınırlar dahilinde bir ya da birden fazla kişinin hukuki netice yaratmak üzere yneltilikleri irade açıklamalarından oluşan hukuki bir kurumdur¹⁸. Bahsi geçen bu irade beyanlarının temel hedefi, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin meydana getirilmesi, değişiklik yapılması, devri veya sonlandırılmasıdır. Buradan hareketle söz konusu işlemleri taahhüt ve tasarruf işlemleri olarak iki temel ayırmda incelemek mümkündür.

¹² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982, 17863.

¹³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011, 27836.

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19th edn, Yetkin 2017) 316 vd.; Taşkent (n 1) 1; Süzek (n 3) 517; Ali Güzel, ‘İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)’ in *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu* (1st edn, Legal 2014) 240; Mustafa Alp, ‘İş Hukukunda İ kalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları’ (2008) 17 *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İ lişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi* 26, 29; Sevimli (n 3) 85; Nuri elik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (33rd edn, Beta 2020) 460-461; E.Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (10th edn, Gazi 2019) 260. “(...) Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme zgrlğnn bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesi mümkündür. Sözleşmenin, doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır. (...)” Yargıtay 22 HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, T. 26.06.2018 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021. Alman Medeni Kanunu m.311 hükmüne göre taraflar diledikleri zaman aralarındaki iş ilişkisini sona erdirebilmektedir. İş ilişkisini sona erdirme yönündeki irade ise sözleşme özgürlüğü ile ilişkilendirilmektedir. Hekimler (n 6) 27-28.

¹⁵ Hugh Collins, K.D. Ewing and Aileen McColgan, *Labour Law* (1st edn, Cambridge University 2012) 815.

¹⁶ Taşkent (n 1) 1; elik, Caniklioğlu and Canbolat (n 14) 46; Akyiğit (n 3) 224; Senyen-Kaplan (n 14) 259.

¹⁷ Güzel (n 14) 240; Keser (n 3) 637.

¹⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18th edn, Turhan 2020) 62 vd.



Borçlandırıcı işlemler olarak da anılan taahhüt işlemleri; borç ilişkisi yaratan, alacaklı karşısında borçlu tarafı, üstlenilen yükümlülük doğrultusunda uygun davranma mükellefiyeti altına sokan işlemler olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Tasarruf işlemleri ise, bir hak veya hukuki ilişkinin tarafını veya içeriğini sınırlayan, değiştiren ya da sonlandıran işlemlerdir²⁰. İkale sözleşmeleri bağlamında yapılacak bir değerlendirmede de, söz konusu işlemin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır²¹. Zira ikalede de, iş sözleşmesi taraflarının mevcut iş ilişkisi gereği var olan alacakları ve talebe konu hakları sonlandırılmaktadır. Dolayısıyla ikale sözleşmelerinde hak ve borçlar kesin suretle sonlandırıldığı ve var olan iş ilişkisi de tümüyle ortadan kaldırıldığı için tasarruf işlemi niteliğindedir.

İş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği, işverenin ise işçinin iş görme ediminin karşılığı olarak ücret ödemeyi üstlendiği bir iş görme sözleşmesidir²². İkale sözleşmelerinin de karşılıklı borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü ikale ile işçi, işinden vazgeçerek iş sözleşmesinin sonlanmasını sağlamaktadır. İşveren ise, ileride ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere işçiye işinden vazgeçmesine karşılık olarak öğreti ve Yargıtay kararları çerçevesinde şekillenen makul yararı sağlamakla yükümlüdür. Ancak işveren tarafından sağlanacak makul yarar, her zaman parasal bir değer taşıyan, tazminat ya da tazminata benzer nitelikte olan bir ödeme şeklinde olmayabilir. Böyle bir durumda, meydana getirilen ikale sözleşmelerinin, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğundan bahsedilemeyecektir²³. Dolayısıyla genel olarak ikale sözleşmesini iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul etmek mümkün olsa da istisnai durumlarda tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde ikale kurulması da ihtimal dahilindedir.

Uygulamada ve teoride ikale ile benzer nitelikte olan ancak farklı yapılara sahip birçok hukuki işlem de bulunmaktadır. Temel anlamda fesih, feragat, sulh sözleşmesi, ibra sözleşmesi, tasfiye sözleşmesi, yenileme sözleşmesi ve arabuluculuk süreci açısından birtakım benzerlikler taşısa da ikale sözleşmeleri, sayılan bu kurumlardan farklı niteliğe sahiptir²⁴.

¹⁹ Astarlı (n 3) 30.

²⁰ Astarlı (n 3) 30; Kılıçoğlu (n 18) 74.

²¹ Astarlı (n 3) 31; Mehtap Bozkurt, İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi (Bahçeşehir Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 7.

²² Süleyman Başterzi, ‘Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması’ (2010) 17 Sicil İş Hukuku Dergisi 175, 178.

²³ Astarlı (n 3) 35-36.

²⁴ Benzer hukuki işlemlerle detaylı karşılaştırmalar için bkz. Karaç (n 1) 73 vd.

II. İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. İrade Beyanları, Ehliyet ve Şekil

Her sözleşme gibi ikale sözleşmesinin de kurulması, TBK. m.1 hükmü gereği karşılıklı ve birbiriyle uyumlu irade beyanını gerekli kılar. Uygun irade beyanı ise, sözleşme taraflarının gerçek iradelerinin ve beyanlarının, sözleşme içeriği bakımından birbirine uymasındır²⁵. Söz konusu uygunluk açık bir şekilde belirlenemiyorsa irade beyanları arasındaki uygunluk güven teorisi temel alınarak belirlenir²⁶. Her ne kadar sözleşmelerin açık irade beyanları ile kurulmasının yanında örtülü²⁷ olarak da kurulabileceği kabul edilse de ikale sözleşmelerinin işçinin zararına yönelik sonuç yaratma ihtimali göz önüne alındığında irade beyanlarının uyumu bağlamında şüpheden arınmış bir açıklık ve kesinlik söz konusu olmalıdır²⁸. Yüksek mahkeme de bir kararında, sözleşme taraflarının kısmi de olsa anlaşamaması hâlinde ikalenin varlığından bahsedilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur²⁹.

Bir sözleşmenin meydana getirilmesi için zamansal olarak önce olan irade beyanı öneri olarak adlandırılmaktadır. Yöneltilen ilk iradeye uygun olacak biçimde verilen sonrasındaki irade beyanı ise kabuldür. İşveren tarafından yapılan ikale önerisi, tek bir işçiye yönelecek biçimde olabileceği gibi birçok işçiyi de kapsamına alacak şekilde yapılabilir. Söz konusu durum, aleni öneri niteliğindedir. İ kale açısından önerinin, objektif ve sübjektif bütün esaslı unsurları bünyesinde barındırması gerekir. Kabul bakımından önemli olan ise, öneride yer alan tüm hususların kabul edilerek herhangi bir değişikliğe uğratılmamasıdır. Aksi durum, bir kabulü değil yeni bir öneriyi gündeme getirir ki bu durumda da yeni bir kabule ihtiyaç duyulur. Diğer yandan taraflarca akdedilmiş bir ikalenin, yine aynı tarafların anlaşması ile geri alınması da mümkündür. Her ne kadar ikalenin örtülü irade beyanları ile kurulması durumunda ispat güçleşse de hem öğreti hem de yüksek mahkeme, ikalenin örtülü irade beyanları ile de kurulabileceğini³⁰ belirtmiştir.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (12th edn, Vedat 2016) 69; Eren (n 14) 244; Cevdet İlhan Günay, ‘İkale Sözleşmesi’ (2009) 5 Çimento İşveren 4, 6.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n 14) 246 vd.

²⁷ Örnek için bkz. Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (14th edn, Seçkin 2019) 97.

²⁸ Astarlı (n 3) 60. Benzer yönde: Sevimli (n 3) 86.

²⁹ Yargıtay HGK., E. 2013/2016, K. 2015/14, T. 14.01.2015 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

³⁰ Taşkent (n 1) 2; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 3) 786; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 14) 461; Senyen-Kaplan (n 14) 260; Münir Ekonomi, ‘İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesinden Feragat ve Sulh’ (2006) 1 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 40; A. Murat Demircioğlu and Tankut Centel, *İş Hukuku* (19th edn, Beta 2016) 164; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı and E. Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku* (6th edn, Gazi



Diğer yandan ikalenin kurulduğu sırada sözleşme taraflarının tam ehliyetli olması gerekir. Fakat sınırlı ehliyetli kimseler, tıpkı iş sözleşmesinin tarafı olabildikleri gibi ikale sözleşmelerinde de taraf konumunda bulunabilirler³¹.

TBK. m.12/f.1 hükmü uyarınca hukukumuzda sözleşmeler bakımından şekil serbestisi öngörülmüştür. İkale konusunda mevzuatımız içerisinde herhangi bir düzenleme de yer almadığından bu tür sözleşmeler bakımından da şekil serbestisinin söz konusu olduğu söylenebilir³². Ancak öğretilerde yer alan bir görüşe göre, TBK. m.13 hükmü gereği, yazılı şekle uygun olarak meydana getirilen bir iş sözleşmesinin ikale ile sonlandırılmasında da yazılı şekle uygun davranılması gerektiği ifade edilmiştir. Böyle bir yolun izlenmesi; taraf iradelerinin daha net ortaya konulmasını, ikalenin ispatının daha kolaylaşmasını sağlayacak ve iş ilişkisini sona erdirmeye konusunda işçiyi tekrar düşünmeye sevk edecektir³³. Ancak yine öğretilerde yer alan bir diğer görüşe göre ise, TBK. m.13 hükmünün sözleşmenin değiştirilerek devam ettirilmesine yönelik olduğu, dolayısıyla ilişkinin sonlandırılması ile ilgisi bulunmadığından ikale sözleşmelerinde herhangi bir şekil şartı aranmayacağı ifade edilmiştir³⁴. İş ilişkisinde, işçinin zayıf tarafta bulunması ve işçiyi koruma prensibi göz önüne alındığında tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi³⁵ hukukumuzda da ikale uygulamasının yazılı şekle tabi olmasının özellikle işçinin yararına olacağı kanaatindeyim.

B. Sözleşmenin İçeriği

Her şeyden önce geçerli bir biçimde ikale kurulabilmesi, halihazırda geçerli olarak kurulmuş bir iş sözleşmesinin mevcudiyetine bağlıdır. Var olan bir iş ilişkisi, ne suretle olursa olsun sonlandırılmamış olmalıdır. Zira ikale ile amaçlanan, mevcut iş ilişkisinin sonlandırılmasıdır. Farklı nedenler dolayısıyla sona erdirilmiş bir iş sözleşmesi bakımından sonrasında ikale kurulması amaçlansa da meydana getirilen yeni hukuki işlem ikale niteliğinde olmayacaktır. Ancak yapılacak içerik değerlendirmesinin ardından sulh sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür³⁶.

TBK. m.19 hükmünde yer alan yorum kuralı gereği, taraflarca sözleşmenin hangi isimle adlandırıldığına da önemi bulunmamaktadır. Uygulamada çeşitli

2013) 172.

³¹ O. Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt: I* (4th edn, Seçkin 2021) 215 vd.

³² Keser (n 3) 639.

³³ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 3) 787; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I* (5th edn, Beta 2014) 336; Sevimli (n 3) 86.

³⁴ Yürekli (n 3) 123.

³⁵ Astarlı (n 3) 6.

³⁶ Ufuk Aydın, ‘İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi’ (2004) 3 Çimento İşveren 4, 4-5.

isimlerle³⁷ anılan ancak esasen ikale kurulması amaç edinilen hukuki işlem, gerekli şartları taşıması şartıyla ikale sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

İkalenin de bir sözleşme niteliğinde olmasından dolayı şekil, içerik ve geçerlilik bakımından genel hükümlere göre değerlendirilmesi icap eder. Hemen belirtelim ki ikale sözleşmelerinde bulunması zaruri en temel içerik, iş ilişkisinin son bulacağı tarihtir³⁸. Objektif esaslı unsur olan bu tarih bakımından iş ilişkisi taraflarının mutabakata varmış olması zorunlu ve yeterlidir. Ancak söz konusu tarih kararlaştırılmamışsa, TBK. m.90 hükmü uyarınca iş ilişkisinin sona erme zamanı, ikale tarihi olarak kabul edilir. Bu zorunlu unsur dışında kalan diğer hususların ikale sözleşmelerinde yer almaması ya da diğer konuların gelecekte belirlenmesi öngörülmüşse bu durum, ikale sözleşmesinin kurulmasını ve geçerliliğini etkilemeyecektir. Fakat özellikle belirtilmelidir ki, ikale sözleşmesi tarafları, ikinci derecede önem arz eden birtakım konuları ikalenin esaslı unsuru niteliğinde kabul edebilirler. Böyle bir durumda söz konusu hususlar sübjektif esaslı unsur niteliğinde olacağından ikalenin kurulmamış sayılması sonucunu doğuracaktır.

Son olarak işverenin, koruma (gözetme) borcu kapsamında değerlendirilen bilgilendirme/aydınlatma borcu paralelinde işçiye, ikalenin içeriği ve olası sonuçları konusunda bilgi vermesi de gerekir³⁹. Ancak burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. İ kale önerisinin işçi tarafından yapıldığı durumlarda işverenin bilgilendirme borcunun bulunmadığı⁴⁰ fakat işverence yapılan öneri söz konusu olduğunda dürüstlük kuralı, işverenin koruma borcu ve özellikle işçinin eğitim durumu dikkate alınarak konu ile ilgili bilgi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴¹. Aksi durum söz konusu olduğunda işçi uğradığı zararların karşılanmasını talep edilebilecek ancak kurulan ikale sözleşmesine herhangi bir etkisi olmayacaktır⁴².

III. İKALENİN GEÇERLİLİK ÖLÇÜTLERİ

A. Genel Olarak

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin ikale yolu ile sona erdirilmesinin sonuçları düşünüldüğünde özellikle ihbar ve kıdem tazminatlarının söz konusu

³⁷ Astarlı (n 3) 57.

³⁸ İbid 51.

³⁹ Süzek (n 3) 518; Ekonomi (n 30) 42; Alp (n 14) 41. Birleşik Krallık hukukunda ikalenin geçerliliği için işçinin ikalenin hüküm ve sonuçları noktasında gerekli bilgiyi edinmiş olmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Simon Honeyball, *Honeyball and Bowers' Textbook on Employment Law* (13th edn, Oxford University 2014) 137; Sevimli (n 3) 96.

⁴⁰ Gülsevîl Alpagut, ‘İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi’ (2007) İstanbul Barosu 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı 19, 49.

⁴¹ Astarlı (n 3) 131; Ekonomi (n 30) 42-43.

⁴² Ekonomi (n 30) 42-43; Alp (n 14) 41.



olmayışı ile işsizlik sigortasından faydalanamama gibi durumların gündeme gelmesi, kurulan ikale sözleşmesinin ayrıca denetlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. İş ilişkisinin, tarafların anlaşması ile sonlandırılması durumunda ortaya çıkacak bu ve bu gibi durumların genel itibariyle işçi aleyhine olması dolayısıyla her ne kadar ikale sözleşmesinin şekil, kuruluş, geçerlilik ve kapsam bakımından değerlendirilmesi borçlar hukuku hükümleri ekseninde yapılırsa da taraflarının işçi ve işveren olduğu gerçeğinden hareketle iş hukuku ile olan doğrudan bağlantısı gereği söz konusu hukuki müessesenin yorumunda işçi lehine yorum ilkesinin dikkate alınması gerektiği Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir⁴³.

İkale sözleşmelerinin işçi aleyhine olan sonuçlarının önlenmesi amacıyla özellikle Yargıtay kararları ve öğretide yer alan görüşler çerçevesinde şekillenen geçerlilik ölçütleri aşağıda tasnif edilen başlıklar bünyesinde değerlendirilecektir.

B. Emredici Hükümler ile Ahlak Kurallarına Uygunluk ve Dar Yorum İlkesi

Yukarıda bahsedilen sözleşme hürriyetinin sınırları, TBK. m.27 hükmünde belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre, yasanın emredici hükümlerine aykırılık barındıran sözleşmeler, kesin hükümsüzdür. Buradan hareketle, işçi ve işveren arasında akdedilen sözleşme, içeriği itibariyle hukuk düzenimizin emredici nitelikteki kurallarına aykırılık içeriyorsa geçersiz sayılacaktır⁴⁴. Söz konusu aykırılığın dolaylı olarak kanuna karşı hile mantığı çerçevesinde yapılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir⁴⁵. Ayrıca ehliyet ve şekli kurallarına aykırılık da aynı sonuca bağlanmıştır.

Diğer yandan TBK. m.27 hükmü, ahlaka aykırılığın söz konusu olduğu hallerde de butlan yaptırımı ile karşılaşılacağını düzenleme altına almıştır. Söz konusu hükmün devamında düzenleme altına alınan aşırı yararlanma (gabin) hususunun da bu ekseninde değerlendirilmesinin uygun olacağı söylenebilir. Kurulan ikale içeriğinde yer alan borçlar arasında ciddi bir orantısızlık mevcutsa ve bu orantısızlık, işçinin zor durumda bulunmasından, deneyimsizlik ya da düşüncesizlik halinden fayda sağlamak şeklinde ortaya çıkmışsa ahlak kurallarına aykırılığın bulunduğu değerlendirilmelidir⁴⁶. Yüksek mahkeme de

⁴³ “(...) Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki “işçi yararına yorum” ilkesi de göz önünde bulundurulacaktır. (...)” Yargıtay 9 HD., E. 2017/22500, K. 2018/7220, T. 02.04.2018 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁴⁴ Ekonomi (n 30) 38.

⁴⁵ Astarlı (n. 3) 160.

⁴⁶ ibid 161.

bir kararında işçiye, kurulan ikale sözleşmesinin değerlendirilmesi ve konu üzerinde düşünülmesi için fırsat verilmemesini, işçi aleyhine bir baskı olarak değerlendirmiş ve aralarında kurulan ikale ilişkisini geçersiz saymıştır⁴⁷.

Son olarak ikale sözleşmelerinin, işverenler tarafından iş güvencesi hükümlerini dolanma (bertaraf etme) kastıyla gündeme getirmeleri uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlar arasındadır. Burada ikale, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için bir araç olarak kullanılmakta yani TMK.⁴⁸ m.2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralına aykırı işlemlerin meydana gelmesi ve kanuna karşı hile söz konusu olmaktadır⁴⁹. Yüksek mahkeme de önüne gelen bir hadisede işverenin, işçilik haklarının ödenmesini ikale yapma şartına bağlamasını, sahip olduğu mevcut ekonomik ve sosyal konumunu iş güvencesi hükümlerini dolanma gayesiyle kullandığını belirterek sözleşmeyi geçersiz kabul etmiştir⁵⁰. Söz konusu ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda ikale sözleşmesi ile muhtevasında başvurulacak yorumunun, dar yorum ilkesi bağlamında yapılması yerinde olacaktır⁵¹.

C. İrade Bozukluğu Ölçütü ve Sözleşmenin İptali

Bir hukuki işlemin temelini oluşturan iradenin meydana gelmesinde var olan bozukluk veya normal şartlarda oluşmuş iradenin beyanında istem dışı bir durumun ortaya çıkması irade bozukluğu halini gündeme getirir. Bu tür durumların varlığı halinde, meydana getirilen hukuki işlem niyetlenen hukuki sonucu doğurmayacaktır. TBK. m. 30-39 arasında düzenleme altına alınan irade bozukluklarına dair hükümler, özellikle işçinin ikale yapması durumunda iş güvencesi hükümleri dışında kalması sonucu doğurması nedeniyle değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır⁵².

⁴⁷ “(...) Mahkemece, taraflar arasında ikale sözleşmesi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de tanık beyanından da anlaşılacağı üzere davacının baskı altında ve şok halinde anlaşmayı kabul ettiği, davacıya sözleşmeyi okuma, düşünüp değerlendirme fırsatının verilmemesi, davacının davalı işverence iradesinin bu şekilde fesada uğratıldığı, davalı işyerinde 3 vardiya sistemi ile gün boyunca aralıksız çalışıldığı, geçici işçi alımının yapıldığı, fesihle son çare ilkesine uyulmadığı, ikale sözleşmesinin davacının iradesinin fesada uğratılması sebebiyle geçersiz olduğu anlaşılmakla davanın kabulü yerine yanılığın değerlendirilmesi ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.(...)» Yargıtay 9 HD., E. 2016/12695, K. 2017/9516, T. 01.06.2017 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁴⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001, 24607.

⁴⁹ Alp (n 14) 37-38.

⁵⁰ Yargıtay 22 HD., E. 2011/1201, K. 2011/3034, T. 18.10.2011 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁵¹ Sevimli (n 3) 93-94.

⁵² Bektaş Kar, ‘İş Hukukunda Yorum’ (2012) 28 Sicil İş Hukuku Dergisi 72, 78.



İrade bozukluklarının oluşum aşaması da önemli konular arasındadır. Zira sözleşmenin kurulması sırasındaki sakatlık, irade beyanlarındaki uyumsuzluk nedeniyle meydana getirilen sözleşmenin hiç kurulmamış sayılmasına neden olacaktır⁵³. Fakat ikale bakımından, birbiriyle uygunluk taşıyan irade beyanları neticesinde bir sözleşmenin meydana getirildiğinden bahsedilse de bu sözleşme taraflarından birine ait iradenin, oluşum ve beyan zamanında sakatlığı söz konusudur. Bu türde bir durumun varlığı halinde, iradesi sakatlığa uğrayan kişi dilerse geçerli olan söz konusu sözleşmeyi geçmişe etkili olacak şekilde iptal edebilecektir⁵⁴. Ancak yüksek mahkemeye göre, bahsi geçen irade sakatlıklarının somut olaylarla ispatı gerekmektedir. Aksi durumda ikalenin geçerli olduğu sonucuna varılacağı ifade edilmiştir⁵⁵. İspat bakımından ise tanık, ses ve video kaydı ile yazılı delil dahil her türlü delille ispatının mümkün olduğu belirtilmiştir⁵⁶.

İrade sakatlığı ölçütü kapsamında değerlendirmeye tabi durumlardan ilki yanılmadır. *Yanılma*, bir olay ya da konu ile ilgili yanlış veya eksik düşünce durumu yahut konu hakkındaki bilgisizliktir⁵⁷. Fakat önemle belirtilmelidir ki, yanılma kapsamında yer alan tüm hususlar değil yalnızca esaslı niteliğe sahip yanılmalar sözleşmenin iptal edilmesi sonucunu doğurmaya elverişlidir. Bahsi geçen esaslı yanılmayı, beyanda ve sebepte yanılma temel ayrımı ile incelemek mümkündür. *Beyanda yanılma* halinde, iradenin sakatlanması söz konusu olmamakla birlikte istemsiz olarak gerçekte olan iradesinden farklı bir beyan söz konusu olur. Bu duruma, tazminata konu parasal miktara ilişkin 50 bin TL yerine 5 bin TL ifadesi örnek gösterilebilir. *Sebepte yanılma* ise, kişinin yapmak istediği hukuki işlemin, gerçek dışı yanlış düşünceler sonucunda meydana gelmesidir⁵⁸. Burada irade ile beyan arasında uyum olsa da iradenin, gerçeğe uymayan düşünce dolayısıyla oluşması nedeniyle temelde iradenin saikinde bir yanılma bulunmaktadır⁵⁹.

Aldatma ise, sözleşme taraflarından birinin diğerini hukuki işlem yapmaya yönlendirmek amacıyla söz, davranış ya da her iki durumun birlikte kullanılarak bilinçli bir biçimde karşı tarafta yanlış bir düşünce uyandırmasıdır⁶⁰. Bir

⁵³ Astarlı (n 3) 165.

⁵⁴ Eren (n 14) 425 vd.

⁵⁵ “(...) İş sözleşmesinin ikale yoluyla sonlandırılmasına yönelik iddiaların, başka bir anlatımla ikalenin (sözleşmenin feshi sözleşmesinin) ispatı yazılı şekle bağlı değildir. Her türlü delille ispat edilebilir. (...)” Yargıtay 22 HD., E. 2012/2235, K. 2012/16652 T. 12.07.2012 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁵⁶ Erdem Özdemir, ‘İstifa ve İkale İşçinin Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği’ (2009) İstanbul Barosu Yayınları 13, 15; Yargıtay 22 HD., E. 2012/2235, K. 2012/16652, T. 12.07.2012 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

⁵⁷ Oğuzman and Öz (n 25) 92; Eren (n 14) 393-394; Kılıçoğlu (n 18) 250.

⁵⁸ Eren (n 14) 395.

⁵⁹ Astarlı (n 3) 171.

⁶⁰ Oğuzman and Öz (n 25) 109; Eren (n 14) 413; Kılıçoğlu (n 18) 271 vd.

kimsenin konu hakkındaki yanlış düşüncesini devam ettirmek ya da bu yanlış düşünceyi güçlendirmek amacıyla olması da aldatma kapsamında değerlendirilir. Söz konusu aldatma eyleminin, aktif ya da pasif bir davranışla gündeme gelmesi mümkündür⁶¹. TBK. m.36 uyarınca, aldatılan kimse sözleşme ile bağlı olmayacaktır. İkale açısından, işverence işçinin işsizlik sigortasından yararlanamayacağını bildiği halde aksini söyleyerek işçiyi ikaleye yönlendirmesi buna örnek teşkil eder. Bu halde, işçinin kurulan ikale sözleşmesini iptal etmesi mümkün olacaktır. Yüksek mahkeme de önüne gelen benzer bir hadise için aynı yönde görüş beyan ederek ikaleyi geçersiz saymış ve iş sözleşmesinin işverence geçersiz nedenle feshedildiği yönünde hüküm kurmuştur⁶². Ancak bir başka kararında ise işçinin aldatıldığını ispatlayamadığı gerekçesiyle kurulan ikale sözleşmesini geçerli saymıştır⁶³. Diğer yandan aldatmada kastın varlığı da gerekir. Aldatan kimse, sözleşmenin diğer tarafını, söz konusu hukuki işlemi meydana getirme kastıyla gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak aldatma eylemini gerçekleştirmiş olmalıdır. Böyle bir kast yoksa aldatmanın varlığından da bahsedilemeyecektir. Aldatma eylemi ile diğer tarafın kabulü arasında illiyet bağının bulunması da şarttır⁶⁴. Ayrıca aldatma fiili üçüncü bir kişi tarafından yapılmışsa bu durumda da işveren, söz konusu aldatmayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, söz konusu aldatma eylemi işverence yapılmış sayılacaktır⁶⁵.

İrade sakatlıkları bakımından dikkate alınan son hal ise korkutma halidir. *Korkutmada*, bir kimsenin esasında yapmayı istemediği bir hukuki işlemi, eğer yapmazsa zarar göreceği endişesiyle yapması söz konusu olur. Söz konusu korkutma (TBK. m.37), manevi cebir niteliğindedir. Çünkü maddi cebirin söz konusu olduğu bir sözleşmede, birbirine uymayan irade beyanları var olacaktır. Bu nedenle de sözleşme, kurulmamış sayılacaktır⁶⁶. TBK. m.38 hükmü gereği, korkutmanın ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehlikeyi içermesi gerekir. Ayrıca korkutmaya konu olan durum, hukuka uygun bir durum ise bu halde korkutma olarak değerlendirme yapılamaz. Zira işyerinde disiplinsiz davranan bir işçinin, davranışları dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedileceğinin belirtilmesi korkutma olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak böyle bir durumda da aşırı yararlanmanın söz konusu olup olmadığı dikkate alınmalıdır. İkale sözleşmesinde korkutma işverenin haksız ve geçersiz feshi nedeniyle gündeme gelmişse bu durumda irade sakatlığından bahsedilebilecek ve ikale

⁶¹ Eren (n 14) 414; Kılıçoğlu (n 18) 272.

⁶² Yargıtay 9 HD., E. 2012/16013, K. 2012/34430, T. 15.10.2012 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁶³ Yargıtay 9 HD., E. 2016/32009, K. 2017/21166, T. 13.12.2017 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁶⁴ Eren (n 14) 416; Kılıçoğlu (n 18) 275.

⁶⁵ Astarlı (n 3) 181-182.

⁶⁶ Eren (n 14) 418-419.



sözleşmesinin iptali istenebilecektir⁶⁷. Korkutmada da, eylem ile ikalenin kabul edilmesi arasında illiyet bağının varlığı aranır. Diğer yandan korkutma fiilinin, mutlak suretle işveren tarafından yapılması gerekmemekte ve hatta üçüncü kişi tarafından yapılan bu eylemin işverence bilinmesi ya da bilinebilir olmasına da ihtiyaç duyulmamaktadır. Tüm bu ihtimaller dahilinde ikale sözleşmesinin iptali talep edilebilir. Yüksek mahkeme de bu hususlar dahilinde değerlendirme yaparak hüküm kurmaktadır⁶⁸.

Taraflardan iradesi sakatlığa uğramış kimse, TBK. m.39/f.1 hükmünde ifade edilen süre dahilinde bahsi geçen sözleşmenin iptalini isteyebilir. Bu durumda da iş ilişkisinin işverence tek taraflı olarak feshedildiği kabul edilir. Bu aşamada feshin, geçerli olup olmadığı değerlendirilecek ve sonuca göre iş sözleşmesinin feshi bağlamındaki hükümler uygulanacaktır⁶⁹.

Ç. Muvazaa

Uygulamada karşılaşılan durumlardan bir diğeri de TBK. genel hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken muvazaa konusudur. Örnek olarak, bir işçinin, maaş haczi gibi işlemlerden kaçınma gayesiyle iş sözleşmesini sona erdirmesi söz konusu olmakta ancak işçinin, aynı işverene tabi biçimde çalışmasını sürdürdüğü gözlemlenebilmektedir. Bu durum, mutlak muvazaaya örnek teşkil eder. Esas amaç icra işlemlerinin önüne geçilmesi olup görünürdeki işlem olan ikale, muvazaalı bir işlemdir. Bu tür durumlarda, alacaklı olan üçüncü kişiler yapılan muvazaalı işlem dolayısıyla zarar görmektedirler. Söz konusu zararın önlenmesi için alacaklı konumunda bulunan üçüncü kişilerin, ikalenin muvazaalı olduğunun tespit edilerek geçersizliğine hükmedilmesini yargı makamlarından talep etmesi gerekir. Ayrıca geçici iş ilişkileri bakımından da muvazaanın söz konusu olması ihtimal dahilindedir. Bu tür ilişkilerde devreden işveren, işçisi ile ikale yapmakta ve aralarındaki iş sözleşmesini görünürde sonlandırmaktadır. Ancak buradaki esas amaç, İşK. m. 7 hükmünde düzenleme altına alınan sınırlamaların dolanılmasıdır⁷⁰.

D. Aşırı İfa Güçlüğü

Taraflar arasında bir sözleşmenin yapılmasından sonra sözleşme içeriğine uygun davranışlarda bulunmaları beklenir. Söz konusu durum, ahde vefa / pacta sunt servanda ilkesi gereğidir. Meydana getirilen bir sözleşme içeriğinde bulunan edimlerin icrası, imkânsız olmasa bile bazen söz konusu yükümlülüğün

⁶⁷ Alp (n 14) 37.

⁶⁸ Yargıtay 9 HD., E. 2015/32376, K. 2015/36622, T. 23.12.2015 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁶⁹ Günay (n 25) 17.

⁷⁰ Şahin Çil, ‘İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu’ (2013) 29 Sicil İş Hukuku Dergisi 77, 85.

yerine getirilmesi borunun neden olmadığı sebepler yüzünden ciddi manada zorlaşmış olabilmektedir. Bu tür durumların gündeme gelme ihtimali dolayısıyla TBK. m.138/f.1 hükmü düzenleme altına alınmıştır. Hükme göre, tarafların aşırı ifa güçlüğünün mevcut olması dolayısıyla aralarındaki sözleşmeyi ve sözleşmede kararlaştırılmış yükümlülükleri uyarlama veya sona erdirme talep hakları bulunmaktadır. Ancak bahsedildiği üzere, bozulan dengenin sebebinden borunun sorumlu olmaması diğer bir ifadeyle dengenin bozulmasına borunun neden olmaması gerekir⁷¹. Ayrıca yine borçlu tarafından sebebiyet verilmemiş olmak üzere bozulan bu dengenin, sözleşmenin yapıldığı esnada öngörülemeyen ve öngörmenin ihtimal dahilinde olmadığı olgular nedeniyle bozulmuş olması gerekmektedir⁷².

Aşırı ifa güçlüğü nedeniyle TBK. m.138/f.1 hükmüne başvurulması, ifaya başlanmamış olma şartına bağlıdır. Fakat başvuru hakkının saklı tutulmuş olması da mümkündür. Böyle bir durumda ifaya başlanmışsa bile söz konusu hüküm kapsamında başvuru yapılabilir. Hüküm gereği, borçlu tarafça öncelikle aralarında akdedilen sözleşmenin uyarlanması mahkemeden talep edilmelidir. Ancak uyarlama mümkün değilse borçlu tarafından dönme hakkı kullanılabilir.

Aşırı ifa güçlüğü, ikale sözleşmeleri bakımından da söz konusu olabilir. Mevcut bir iş sözleşmesinin, ikale ile sona erdirilmesinde iş ilişkisinin ortadan kalkacağı tarih olarak ileri bir tarih esas alınmış ise aşırı ifa güçlüğü hükümleri bağlamında başvuru imkân dahilindedir. Ancak burada söz konusu olan ileri tarih belirlemede, kanuna karşı hile amacı gdlmemiş olmalıdır. Ayrıca ikale yapılmasına neden olan durumun da mevcut iş sözleşmesi sonlanmadan önce ortadan kalkması bir kořuldur⁷³. İ kale bakımından sözleşmenin uyarlanması mümkün olmadığından işçi esasen sözleşmeden dönme hakkını kullanarak ikale yoluyla sonlandırılması amaç edinilen iş ilişkisinin devamını talep edebilir⁷⁴.

E. İ kalenin şarta Bağlanması

Sözleşmede bulunacak bir hüküm ile sözleşme hükümlerinin, ileride ortaya çıkması ve gerçekleşmesi şüpheli bir hadiseye bağlanması şart denilmektedir. İ kale bakımından da şart müessesesi, iş ilişkisinin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi müphem bir hadiseye bağlanması şeklinde gündeme gelebilmektedir. İ kale sözleşmelerinde, iş ilişkisinin sona ermesinin bir koşula bağlanması durumunda öngörülen şartın geçerliliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunsa da hâkim görüş, iş sözleşmesinin bozucu bir şarta bağlanması

⁷¹ Hasan Ali zyrk, *İ kale Sözleşmesi* (1st edn, Seçkin 2017) 304.

⁷² İsmail Kayar, *6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, zel Borç İlişkileri* (11th edn, Seçkin 2019) 197.

⁷³ Astarlı (n 3) 267.

⁷⁴ zyrk (n 71) 308.



halinde mevzubahis koşulun geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁷⁵. Zira iş ilişkisinin sona ermesi, bozucu yenilik doğuracak söz konusu şarta bağlanır ve bu şart da gerçekleşirse, mevcut iş ilişkisi herhangi bir işleme ihtiyaç duyulmaksızın sonlanacak, işveren tarafından bildirim sürelerine uyulması beklenmeyecektir. Ayrıca sözleşmenin feshedilmesinde de haklı bir sebebin varlığı aranmayacak ve işçi bakımından da iş güvencesi hükümlerinden yararlanma söz konusu olmayacaktır.

Tanım yaparken de belirtildiği üzere şartta, ileride gerçekleşmesi şüpheli bir hadise söz konusudur. İkale özelinde yapılacak değerlendirmede de söz konusu sözleşmenin hem erteleyici hem de bozucu şarta bağlı olarak yapılacağı ve bu nedenle de iş ilişkisinin sonlanacağı tarih açısından bir belirsizliğin olacağı açıktır. Burada oluşan belirsizlik, işçinin ummadığı anda işini kaybetmesi neticesini doğuracağından İŞK.⁷⁶ hükümlerinde yer alan feshe karşı koruyucu düzenlemeler bakımından bir tezat oluşturacaktır. Zira İş Kanunu, feshin kural itibarıyla belirli bir süreye bağlanmasını ve derhal fesih durumlarını sınırlamıştır. Bunun temelinde yatan sebep ise hem işçi hem de işverenin, beklenmedik bir anda fesihle karşılaşma ihtimalinin önüne geçilmesi ve tarafların, fesihten sonraki sürece yönelik kendilerini hazırlamalarını temin etmektir⁷⁷. Dolayısıyla ister erteleyici ister iradi isterse bozucu şarta bağlanmış ikaledeki koşul, kanuna karşı hile nedeniyle hükümsüz sayılacaktır. Böyle bir durumda yalnızca söz konusu şart değil aynı zamanda ikale de bütünüyle hükümsüz olacaktır⁷⁸.

F. İşçinin Eğitim Seviyesi ve İşletmedeki Konumu

İkalenin geçerlilik ölçütleri bakımından yüksek mahkemeye, işçinin eğitim seviyesi ve işletmede işgal ettiği konumun da öneme sahip olduğu belirtilmekte ve bu durumun da dikkate alınarak geçerli bir ikale sözleşmesinin yapıp yapılmadığı dikkate alınmaktadır. Söz konusu ölçüt, ikale sözleşmesinin tarafı olan işçinin halihazırdaki durumunun göz önünde bulundurulması esasına dayanmaktadır. Mevcut durumu itibarıyla, ikalenin içerik ve neticeleri bakımından yorum yapmasına engel bir durumu bulunmuyorsa Yargıtay kurulmuş olan ikale sözleşmelerinin geçerli olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ Astarlı (n 3) 267; Ekonomi (n 30) 39.

⁷⁶ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003, 25134.

⁷⁷ Astarlı (n 3) 250.

⁷⁸ Astarlı (n 3) 252-253; Ekonomi (n 30) 39.

⁷⁹ “(...) Davacının işyerinde idari ve mali işler müdürü olarak yaptığı görev nazara alındığında imzaladığı belgelerin mahiyetini ve sonuçlarını takdir ve tahmin edebilecek durumda olduğu açıktır. Bu yön davacının görevini gereği gibi yapmadığına ilişkin işyeri yazışmaları ve belgelerle değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesi yönünde taraf iadelerinin birleştiğinin ve davacının iradesini sakatlayan bir durumun bulunmadığının kabulü ile ikaleye değer verilmesi gerekir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken kabulü doğru bulunmamıştır. (...)” Yargıtay 22 HD., E. 2011/4305, K. 2011/7213, T. 12.12.2011 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

Fakat önemle belirtilmelidir ki, belirli bir eğitim seviyesine sahip kişilerin tümünün kurulan ikalenin hüküm ve sonuçlarını yorumlayacak seviyede olduğunu düşünmek kadar eğitim seviyesi daha düşük olan kimselerin konu hakkında gerçek yorum yapamayacak seviyede olduğunu düşünmek de adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Örnek olarak, bir işçinin yüksek öğrenim görmüş olması, ikale sözleşmeleri bakımından gerekli ve yeterli bilgiye sahip olduğunu göstermezken diğer yandan yıllarca bir işverene bağlı olarak özel bir alanda çalışan ve benzer yöndeki konuları daha öncesinde deneyimleme ya da en azından tanık olma şansına sahip lise mezunu bir işçinin ikalenin hüküm ve sonuçları bakımından daha tecrübeli ve bilgi sahibi olduğu açıktır⁸⁰. Dolayısıyla mahkeme tarafından yapılacak değerlendirme, her somut olay özelinde incelenmelidir.

G. İşverenin Eşit İşlem Borcu

İşverenin yükümlülüklerinden biri olan eşit işlem borcu, haklı bir neden bulunmaksızın işçileri arasında hakka dayanmayan bir ayırım yapmamasını ve keyfi davranışlarda bulunmamasını ifade eder⁸¹. İkale önerisi bakımından işveren, işçilere karşı eşit işlem yükümlülüğü altında bulunmamaktadır. Ancak iş sözleşmelerini, ikale sözleşmesi ile sona erdirenler ve ikale yolunu tercih etmeyenler arasında eşit işlem borcuna aykırı davranabileceği düşünülmemelidir. Yüksek mahkeme de, bu anlamda işveren tarafından söz konusu borca uygun davranılıp davranılmadığını denetlemektedir⁸².

Son olarak, iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi neticesinde işçilere ödenen tazminatların, işyeri uygulaması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile söz konusu durumun işçiye talep hakkı kazandırıp kazandırmayacağı da gündeme gelebilecek konular arasındadır. Bir durumun işyeri uygulaması kapsamında değerlendirilebilmesi, söz konusu uygulamanın tekrarlanması, hesaplanabilir nitelikte olması ve buna uygun davranmanın da hukuki bir zorunluluk olduğu doğrultusunda bir inanç bulunmasına bağlıdır⁸³. Buradan hareketle, sayılan hususların varlığı halinde tazminat karşılığı iş ilişkisinin sonlandırılabilmesi bir işyeri uygulaması haline gelebilmektedir⁸⁴.

⁸⁰ Mahmut Kabakçı, ‘İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleyle İlişkin İçtihatla Bir Yumuşama mı?’ (2011) 3-4 Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179, 202-203.

⁸¹ Kübra Demir, *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (1st edn, On İki Levha 2021) 139-140.

⁸² Yargıtay 9 HD., E. 2008/9781, K. 2009/996, T. 02.02.2009 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

⁸³ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 3) 85.

⁸⁴ Örnek için bkz. Astarlı (n 3) 397.

Ğ. Makul Yarar (Menfaat) Ölçütü

1. Makul Yarar Kavramı

Her ne kadar tarafların ikale yapabilmesinin hukuki zeminini anayasada temin edilen sözleşme özgürlüğü oluştursa da bunun doğrudan kabulü, işçiyi koruma ilkesine zarar verici nitelikte olabilir⁸⁵. Gerçekten de ilave hususlar dikkate alınmaksızın geçerliliği kabul edilen ikale sözleşmeleri, esasında işveren tarafından işçi lehine getirilen bazı hükümlerin dolanılması niteliği taşıyabilmektedir. Uygulamada da işverenlerin, işçileri feshe karşı koruyan ve fesih hakkını sınırlandıran hükümleri bertaraf etmek maksadıyla ikale sözleşmelerini kullandıkları gözlemlenmektedir. Bu uygulama ile işçileri koruma amacı güden hükümler etkisizleştirilmeye çalışılmakta ve işçi koruma dışında bırakılarak mağdur olmasına yol açılmaktadır.

İş ilişkisinin mevzuat hükümleri çerçevesinde fesih ile sona ermesi durumunda işçi, şartlar oluşmuşsa ihbar ve kıdem tazminatlarına ilişkin hak iddia edebilmektedir. Yine şartlar mevcut ise iş güvencesine yönelik hükümler gereği işe iade davası açabilmekte ve işsizlik ödeneğinden faydalanabilmektedir⁸⁶. Sayılan bu genel imkânlardan mahrum kalan işçi bakımından ilave hususların gözetilmemesi, işçiyi koruma prensibi çerçevesinde şekillenen iş hukukunun ruhuna da aykırılık teşkil edecektir. Zira işçinin, yaşamın olağan akışı⁸⁷ içerisinde sayılan bu haklardan vazgeçerek ikale ile iş ilişkisini sonlandırması mantığa dayanmayan bir karar olacaktır.

Kısaca izah edildiği üzere, tarafların anlaşması ile iş ilişkisinin sona erdirilmesi halinde işçi, işe iade davası bakımından iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışına çıkmaktadır. Bu nedenle uygulamada işverenler tarafından, işe iade davalarının önüne geçmek maksadıyla iş ilişkisinin ikale ya da işçinin istifası suretiyle sona erdiğinin iddia edildiği sıklıkla görülmektedir. İşçi bakımından son derece önemli koruma sağlayan hükümlerin işverenlerce bertaraf edilmesinin önüne geçilmesi bakımından bir ölçüt olarak “makul yarar” kavramı geliştirilmiştir. Bu kavram, esas olarak öğreti tarafından geliştirilen ancak yargı makamlarınca da kabul gören bir ölçüttür⁸⁸. Söz konusu ölçüt, öğretilerde etraflıca incelenerek uygulamasına yönelik örnekler de

⁸⁵ Sözleşme özgürlüğünün gerçek anlamda uygulandığı hallerde akdedilen sözleşmeye müdahaleden kaçınılmalıdır. Ancak ikalenin amacına uygun bir biçimde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi bakımından somut olayın özelliklerinin yanı sıra İsviçre ve Amerikan hukuklarında uygulandığı üzere objektif bir ölçüt olan “makul yarar ölçütü”ne başvurulması isabetli olacaktır. Alp (n 14) 37.

⁸⁶ Astarlı (n 3) 215-218.

⁸⁷ Tanım için bkz. Keser (n 3) 640; Ali Nazım Sözer, ‘Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum Eşyanın Tabiatı ve Hayatın Olağan Akışı’ (2016) 50 İSGHD 631, 638.

⁸⁸ Sevimli (n 3) 95.

verilmiştir⁸⁹. Kanuna karşı hilenin önlenmesi ve işçi aleyhine doğan olumsuz neticelerin önüne geçilmesi bakımından yüksek mahkemenin de, işçinin ikale önerisini özgür iradesi ile kabul etmesi için işveren tarafından makul seviyede bir menfaatin sağlanmasının gerektiğini, aksi halde söz konusu önerinin kabul edilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmayacağını ifade ettiği görülmektedir. Bahsi geçen makul menfaat sağlanmadan meydana getirilen ikale sözleşmelerinde, işverence yapılan feshin gizlenmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesinin hedeflendiği ve bu nedenle de yapılan ikalenin, kanuna karşı hile oluşturduğundan hareketle geçersizliğine hükmedilmektedir⁹⁰.

Makul yarar kavramı ile, mevcut iş ilişkisinin tarafların anlaşması ile sona ermesi durumunda sözleşme tarafları olan işçi ile işveren arasındaki karşılıklı menfaatin dengelenmesi kastedilir. Bu noktada yukarıda da kısaca ifade edildiği üzere, ikale sözleşmesinin kanuna karşı hile içerip içermediğinin tespiti için menfaat değerlendirmesi yapılacak ve halihazırdaki iş sözleşmesinin ikale ile sonlandırılmasında feshe kıyasla makul bir yararının olup olmadığı belirlenecektir⁹¹. Söz konusu bu değerlendirme de makul yarar ölçütü olarak anılmaktadır.

Halihazırdaki uygulama göz önünde bulundurulduğunda, yüksek mahkeme kararlarının özellikle altını çizdiği nokta, makul yararın belirlenmesi açısından ön şartın karşılıklı, özgür ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması ile kanuna karşı hile niteliği taşımayan bir ikalenin akdedilmiş olmasıdır⁹². İkalenin geçerliliğinin tespitinde yalnızca irade bozukluk halleri değil bunların yanı sıra işverence yapılan ikale teklifinin işçi tarafından kabul edilmesinin makul bir sebebe dayanıp dayanmadığı hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirilecek ve teklifin kabulünü mantıklı kılacak makul bir menfaatin sağlanmış olması da aranacaktır⁹³.

İşçiyi korumayı amaçlayan bir kavram olarak karşımıza çıkan makul yarar ölçütünün dayanağı olarak işverenin işçiyi gözetme borcu gösterilmektedir⁹⁴. Gerçekten de bu yükümlülük gereği, işveren tarafından işçiye söz konusu sözleşmenin meydana getirilmesi noktasında bir baskı yapılmamalı⁹⁵, işçinin

⁸⁹ Alp (n 14) 34 vd.; Erdem Özdemir, “Sulh Sözleşmesi” İ kale Uygulamasının Olumsuzluklarına Çözüm Olabilir mi? (2017) Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 378.

⁹⁰ Yargıtay 9 HD., E. 2015/27608, K. 2016/7212, T. 24.03.2016, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021.

⁹¹ Astarlı (n 3) 218-220.

⁹² Alp (n 14) 44.

⁹³ Kabakçı (n 80) 183-184.

⁹⁴ Alp (n 14) 37-38.

⁹⁵ Tarafların anlaşması ile iş ilişkisinin sona erdirilmesi, işverenin baskısı dolayısıyla gerçekleşmişse söz konusu işlemin esasında işveren tarafından yapılan bir fesih olarak



ihtiyaç duyduğu bilgilere ulaşması için gereken imkân ve zaman tanınmalı ve ikalenin hüküm ve sonuçları konusunda gereken tüm bilgilendirme yapılmalıdır⁹⁶.

2. Menfaat Dengesi ve Sağlanacak Parasal Değer

Taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanıp sağlanmadığı bu ölçütün öncelikle belirlenmesi gereken noktasını oluşturmaktadır. Bunun için de sağlanan menfaatlerin somutlaştırılması önem arz eder. Yüksek mahkeme, söz konusu ölçütü değerlendirirken öncelikle ikale önerisinin kimden geldiğini tespit etmekte ve sonrasında her olay özelinde bir incelemeye tabi tutmaktadır⁹⁷. Gerçekten de her hadise birbirinden farklı hususları ihtiva ettiğinden her somut olay ekseninde ayrı bir değerlendirmenin yapılması hükmün isabeti bakımından bir gerekliliktir.

a. İkale Önerisinin İşçi Tarafından Yapılması

İş ilişkileri bakımından işçinin sadakat borcunun karşısında işverenin gözetme borcu yer alır. İşçinin korunmaya ihtiyaç duyduğu iş ilişkileri bakımından işverenin bilgilendirme yükümlülüğü de gözetme borcunun kapsamına tabidir. Bu yükümlülük ekseninde ikalenin olası sonuçları açısından işçinin bilgi sahibi olmasının sağlanması da gerekir. Bahsedilen bilgilendirme yükümlülüğü, hem gözetme borcunun hem de dürüstlük kuralının bir gereğidir. Ancak genel anlamda ikale önerisinin işçiden geldiği durumlarda, işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir⁹⁸. Zira ikale önerisinde bulunan işçinin olası sonuçlar bakımından da bilgi sahibi olduğu değerlendirilir. Genel kural bu olmakla birlikte, istisnai bazı hallerde işçinin ikalenin sonuçları bakımından bilgiye ihtiyacı olabilir. Bu tür durumlarda dürüstlük kuralı gereği işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁹. Alman öğretisinde ise somut olayın niteliğine göre işverenin bu yönde bir yükümlülüğünün olduğunu kabul eden görüşler bulunduğu gibi aksi yönde görüşler de bulunmaktadır¹⁰⁰.

nitelendirileceği ifade edilmektedir. Deborah J. Lockton, *Employment Law* (4th edn, Palgrave Macmillan 2003) 220.

⁹⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 3) 786; Alp (n 14) 38; Collins, Ewing and McColgan (n 15) 815; Lockton (n 95) 220. Alman hukukunda işverenin, ikalenin sonuçları hakkında işçiyi yanlış yönde bilgilendirmesi halinde işçi hile dolayısıyla hukuki işlemin iptalini talep edebilmektedir. Bkz. Alp (n 14) 33, dn.16; Güzel (n 14) 251; Hekimler (n 6) 35-36.

⁹⁷ Sevimli (n 3) 95.

⁹⁸ Astarlı (n 3) 126.

⁹⁹ Alpagut (n 40) 49.

¹⁰⁰ Astarlı (n 3) 126-127.

İkale önerisinin işçi tarafından yapıldığı birtakım durumlarda söz konusu bozma sözleşmesinin işçi yararına olabileceği söylenebilir. Daha iyi koşullarda bir iş bulan ve bu fırsatı kaçırmak istemeyen işçinin ya da tazminatlarını alma amacıyla ikale teklifinde bulunan işçinin durumu buna örnek gösterilebilir¹⁰¹. Diğer yandan işverenin haklı nedenle fesih imkânının bulunduğu bir durumda (örneğin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller dolayısıyla) iş ilişkisinin fesih yerine ikale ile sona erdirilmesi işçi yararınadır. Bu ve benzer nitelikteki ikale sözleşmelerinde makul yarar, iş ilişkisinin fesih yerine ikale ile sonlandırılmasıdır. Bu şekilde sonlandırılan iş ilişkisi neticesinde verilecek çalışma belgesinde sona erme nedeni olarak ahlaka aykırı davranış yerine ikale yazılacaktır¹⁰². Böylelikle işçinin sonrasında yeni bir iş bulma olasılığı artırılmış ve makul bir yarar sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla bu tür durumlarda işçiye ilave bir yararın sağlanması aranmamaktadır¹⁰³.

Yukarıda açıklananlara benzer nitelikte bir yararın bulunmadığı haller de söz konusu olabilir. Yüksek mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta ikale teklifinin işçi tarafından yapıldığını ve işveren ile tazminat kapsamında bir miktar parayı ihtiva eden tutar noktasında anlaşmaya vardıklarını tespit etmiştir. Ancak anlaşma sonrasında işçi tarafından ayrıca ihbar tazminatının talep edilmesini haksız bulmuş ve konunun araştırılmasına gerek olmaksızın ikale sözleşmesini geçerli kabul etmiştir¹⁰⁴. Yüksek mahkeme bir başka kararında makul bir yarar sağlanması bakımından iki aylık ücret tutarına isabet eden ek ödemenin yeterli olduğuna hükmetmiş¹⁰⁵, diğer bir kararında ise ikale teklifinin işverence yapıldığı bir uyuşmazlıkta işçinin üç aylık ücreti tutarına isabet eden ek ödemeyi yetersiz bulmuştur¹⁰⁶. Yine başka bir uyuşmazlık bakımından ise ikale teklifinin işçiden geldiği bir ihtimalde yasal tazminatlar haricinde ayrıca bir yararın sağlanmamış olmasının ikaleyi olumsuz yönde etkilemeyeceği ve geçerli olacağı neticesine varmıştır¹⁰⁷. İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı varken işçi ile ikale sözleşmesi yapması ve sözleşmede karşılıklı olarak kararlaştırılan tutarın işçiye ödenmesini makul menfaat olarak kabul eden ve ilave bir yarar sağlanmasının aramayacağına yönelik kararı da

¹⁰¹ Alp (n 14) 29.

¹⁰² Astarlı (n 3) 225.

¹⁰³ Kabakçı (n 8) 123.

¹⁰⁴ Yargıtay 22 HD., E. 2014/5656, K. 2015/16878, T. 11.05.2015 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹⁰⁵ Yargıtay 22 HD., E. 2011/876, K. 2011/1287, T. 27.09.2011 (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹⁰⁶ Yargıtay 22 HD., E. 2013/3340, K. 2013/3675, T. 25.02.2013 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021. Benzer yönde: Yargıtay 9 HD., E. 2106/29504, K. 2017/17925, T. 09.11.2017 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

¹⁰⁷ Yargıtay 22 HD., E. 2011/1723, K. 2011/4286, T. 14.11.2011 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.



bulunmaktadır¹⁰⁸. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, makul yarar ölçütü bakımından önceden belirlenmiş oranlarda net bir tutarı esas almak mümkün değildir. Yüksek mahkeme, isabetli olarak her bir somut olay ekseninde yaptığı değerlendirme neticesinde, sağlanan menfaatin yeterli olup olmadığına hükmetmektedir¹⁰⁹.

b. İkale Önerisinin İşveren Tarafından Yapılması

İkale önerisinin işverence yapıldığı hallerde ise yüksek mahkeme, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde *işçi tarafın bir menfaati bulunmuyorsa* makul yararın sağlanması bakımından işçiye bir miktar parayı ihtiva eden tazminatın ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Böylelikle işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesinin kurulacağı kabul edilmektedir. Zira iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda işçi kıdem ve ihbar tazminatı alabilecek, işsizlik sigortasından faydalanabilecek ve iş güvencesine tabi ise işe iade davası açabilecektir¹¹⁰. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda genel itibariyle ikalenin işveren yararına olduğu neticesine ulaşılmaktadır¹¹¹.

İkale önerisinin işveren tarafından yapıldığı hallerde işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Bir görüşe göre, dürüstlük kuralı ve işverenin gözetme borcu kapsamında ikale konusunda işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir. Özellikle ikalenin işçi bakımından yaratacağı olumsuz sonuçlar, işverene karşı talep hakkından mahrum kalacağı ve işsizlik sigortasından yararlanamayacağı noktasında bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir¹¹². Fakat işçinin ikale konusundaki bilgi ve tecrübesinin yeterli seviyede olması halinde ikalenin olası sonuçlarını bilmediğini ileri süremeyeceğinden bu noktada işverenin bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹³. Alman hukukunda ise, aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte ikalede genel anlamda işverenin menfaati ağır basıyorsa ikalenin olumsuz sonuçları bakımından işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün olabileceği ifade edilmektedir¹¹⁴. Alman Federal İş Mahkemesi de genel olarak ikalenin sonuçları bakımından bilgi sahibi olunmasını işçinin kişisel sorumluluğunda kabul etmektedir. Ancak somut olay incelendiğinde dürüstlük kuralları gereği işverenin işçiyi

¹⁰⁸ Yargıtay 22 HD., E. 2011/18618, K. 2012/14136, T. 21.06.2012 akt. Astarlı (n 3) 226.

¹⁰⁹ Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 22 HD., E. 2014/22359, K. 2014/25557, T. 25.09.2014; Yargıtay 22 HD., E. 2013/34057, K. 2014/5502, T. 11.03.2014 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹¹⁰ İkale, fesih niteliğinde olmadığından feshe dair sonuçlar doğmayacaktır. Güzel (n 14) 241-244; Sevimli (n 3) 85.

¹¹¹ Alp (n 14) 29.

¹¹² Ekonomi (n 30) 42; Sevimli (n 3) 96; Astarlı (n 3) 131.

¹¹³ Ekonomi (n 30) 43.

¹¹⁴ Astarlı (n 3) 128.

aydınlatmasını gerektirecek bir hal bulunuyorsa ve bu bilgilendirmenin yapılmaması halinde işçi zarara uğrayacaksa işverenin eksik bilgi noktasında bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir¹¹⁵.

Bu açıklamalar ışığında, genel kural olarak ikale konusunda bilgi sahibi olunmasının kişinin kendi sorumluluğunda olduğu söylenebilir. Dolayısıyla işverenin ikale konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün olmadığı ifade edilebilir. Ancak istisnai birtakım hallerde dürüstlük kuralı ve gözetme borcu kapsamında işverenin işçiyi bilgilendirmesi gerekebilir¹¹⁶. Örneğin işveren, işçi tarafından konu ile ilgili olarak kendisine yöneltilen soruları doğru bir biçimde cevaplamalıdır¹¹⁷. Diğer yandan işveren tarafından ikale önerisi yapılmış ve işçiye kabulü için makul bir süre tanınmış da olabilir. Bu durumda işçinin tanınan süre içerisinde konu hakkında bilgi sahibi olması ve konuyu değerlendirmesi mümkün olduğundan ayrıca bir bilgilendirmenin yapılması gerekmemektedir¹¹⁸. Ancak sürenin de bilgi sahibi olmak ve değerlendirebilmek için yeterli seviyede olması gerekir. İ kale görüşmeleri sırasında işçinin avukatının bulunması ya da sendika temsilcisi ile temsil ediliyor olması gibi durumlarda bu kişilerce konu hakkında bilgi sağlanabileceğinden işverenin bu noktada da bilgilendirme yükümlülüğünün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır¹¹⁹.

c. İş Güvencesi Hükümleri Kapsamı Bakımından Değerlendirme

4857 sayılı İş Kanunu m.18 hükmü gereği otuz ve üzerinde işçi çalıştıran işveren, en az altı aylık kıdeme sahip belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerinin sözleşmesini ancak geçerli bir nedenin varlığı halinde süreli olarak feshedebilmektedir. Aynı hükümde belirlenmiş olan işçinin yeterliliği, davranışları ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri de geçerli sebebi oluşturur. Diğer yandan feshin son çare (ultima ratio) ilkesi¹²⁰ de göz önünde bulundurulurken m.19 hükmünde belirlenmiş usule uygun olacak şekilde iş ilişkisinin sona erdirilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, yasada belirlenmiş şartlara sahip iş ilişkileri bakımından işverenin fesih hakkı sınırlandırılmıştır. İşçi ile aralarındaki iş ilişkisini sonlandırmak isteyen işverenler tarafından, yukarıda ifade edilen geçerli bir nedeninin bulunmadığı hallerde anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirmesi tercih edilen bir yöntemdir. Bu sayede, işveren ile işçi anlaşılırsa geçerli bir nedene dayanmadan iş ilişkisi sonlandırılabilir ve işe iade davaları bertaraf

¹¹⁵ Astarlı (n 3) 128 dn. 326.

¹¹⁶ Alpagut (n 40) 49; Alp (n 14) 41.

¹¹⁷ Astarlı (n 3) 133.

¹¹⁸ Astarlı (n 3) 135.

¹¹⁹ ibid 135 dn.355.

¹²⁰ Kapsamlı bilgi için bkz. Esra Başkan, *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi* (1st edn, Legal 2021) 50 vd.; Sami Narter, *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar* (3rd edn, Adalet 2018) 79 vd.



edilebilecektir. Zira işe iade davaları, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitini ve bu nedenle de işe iadesini talep ettiği bir dava türüdür¹²¹. Ayrıca feshin geçerli nedene dayandığını işveren ispat etmek durumundadır¹²². Ancak ikale ile iş ilişkisinin sonlanması halinde ikalenin geçersizliğini, geçersizliği iddia eden işçinin ispat etmesi gerekir¹²³. Bu yönleriyle de ikalenin işveren yararına olduğu söylenebilir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce sona erdirilmesi için haklı bir nedenin varlığı gerekir. Bu tür sözleşmelerin, süresinin dolmasından önce ikale ile sona erdirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Sürenin tamamlanmasından önce işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi, TBK. m.438/f.1 hükmü gereği işvereni temerrüde düşürür. Böyle bir durumda iş ilişkisi seyrinde devam etseydi işçinin kazanacağı parasal değere karşılık gelecek miktarı işveren ödemek durumunda kalır. Diğer yandan hâkim tarafından belirlenen ve işveren tarafından ödenmesi gereken haksız fesih tazminatı da gündeme gelecektir. Ancak ikale ile iş ilişkisi sonlandırıldığı takdirde işveren bahsedilen tazminatları ödemek zorunda kalmaz. Zira ikale, bir fesih niteliğinde değildir.

ç. Sağlanacak Parasal Değer

Menfaat dengesinin sağlanması bakımından işçiye bir tazminatın ödenip ödenmeyeceğinin tespiti gerekir. İş ilişkisinin sona ermesinde işçinin bir menfaati yoksa bahsedilen parasal değer, işçinin işini kaybetmesi ve bu nedenle karşılaşacağı zararları telafi amacı güden bir ödeme niteliğindedir. Yargıtay, özellikle ikale önerisinin işveren tarafından yapıldığı durumlar bakımından, işçiye ilave bir menfaatin sağlanması gerektiğini belirtmektedir¹²⁴. Söz konusu menfaatin sağlanmaması, özellikle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması olarak yorumlanacak ve kanuna karşı hile niteliğinde kabul edilerek ikalenin geçersizliği sonucunu doğuracaktır¹²⁵.

Hukukumuzda makul yarar kapsamında belirlenecek parasal değer miktarının tespitine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar, bahsedilen miktarı serbestçe belirleyebilirler. Ancak işçinin, işverene kıyasla zayıf konumda yer aldığı gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda bu noktada tam bir serbestiden de söz edilemez. Öğretide makul yarar ölçütü kapsamında değerlendirilecek parasal değer nasıl belirlenmesi gerektiği yönünde farklı görüşler yer almaktadır. Özel olarak yasal bir düzenleme bulunmayan ikale bakımından makul yarar kapsamında belirlenecek parasal değere dair asgari ya

¹²¹ Süzek (n 3) 617. Nezihe Binnur Tulukçu, *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade* (1st edn, Seçkin 2017) 306 vd.

¹²² Süzek (n 3) 619; Narter (n 120) 324; Tulukçu (n 121) 312.

¹²³ Astarlı (n 3) 10.

¹²⁴ ibid 343 dn. 853.

¹²⁵ ibid 344.

da azami bir sınır da bulunmamaktadır. Bir görüş, söz konusu parasal tutarın hesabı için kıdem ve ihbar tazminatları ile ie balatmama ve çalışılmayan süre için dört aylık creti tutarındaki ödemenin dikkate alınması gerektiđini¹²⁶, diğer bir görüş i güvencesi hükümleri kapsamı dışında yer alan işçiler bakımından kıdem ve ihbar tazminat tutarlarının yeterli olacağını ancak i güvencesi kapsamında yer alan işçiler bakımından ayrıca i güvencesi tazminat tutarının da ödenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁷. Bir başka görüş ise, kıdem ve ihbar tazminatları ile işsizlik sigortasından verilecek ödeneklerin bir ölçüt olarak kullanılabilereği ifade edilmitir¹²⁸. Yüksek mahkeme ise, parasal değere ölçüt olarak kıdem, ihbar ve i güvencesi tazminatları, boşta geçen süreye ait ücret ile diğer haklardan bir kısmını ya da tümünü kararlatırmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir¹²⁹. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere, ikale önerisinin ii tarafından yapıldığı ve işveren ile bir miktar parayı ihtiva eden tutar noktasında anlamaya vardıkları ikale sözleşmesini geçerli sayan¹³⁰, yine işçinin iki aylık ücret tutarına isabet eden ek ödemeyi yeterli gören kararları¹³¹ bulunduğu gibi, ikale teklifinin işverence yapıldığı bir uyuşmazlıkta işçinin üç aylık creti tutarına isabet eden ek ödemeyi yetersiz bulduđu¹³² ve ikale teklifinin iiden geldiği bir ihtimalde yasal tazminatlar haricinde ayrıca bir yararın sağlanmamı olmasının geçerliliğe etki etmeyeceğini ifade ettiği kararları da bulunmaktadır¹³³. Yargıtay tarafından ikale kapsamında belirlenen parasal değerin yeterli olup olmadığı özellikle ikale önerisinin kim tarafından yapıldığı, işçinin eğitim seviyesi, tecrübesi ve kıdemi gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki, kıdem ve ihbar tazminatı olarak belirtilen parasal değerler, sayılan tazminatların kendileri değildir. Belirtilen değerler karılığındaki demeler yani parasal tutarlardır¹³⁴.

¹²⁶ Gerek (n 3) 50.

¹²⁷ Alp (n 14) 39-40.

¹²⁸ ibid 41; Ekonomi (n 30) 37-38.

¹²⁹ “(...) Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile i güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlatırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir. (...)” Yargıtay 9 HD., E. 2015/20354, K. 2015/29742, T. 22.10.2015 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹³⁰ Yargıtay 22 HD., E. 2014/5656, K. 2015/16878, T. 11.05.2015 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹³¹ Yargıtay 22 HD., E. 2011/876, K. 2011/1287, T. 27.09.2011 (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹³² Yargıtay 22 HD., E. 2013/3340, K. 2013/3675, T. 25.02.2013 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021. Benzer yönde: Yargıtay 9 HD., E. 2106/29504, K. 2017/17925, T. 09.11.2017 (www.legalbank.net) Erişim Tarihi 20 Kasım 2021.

¹³³ Yargıtay 22 HD., E. 2011/1723, K. 2011/4286, T. 14.11.2011 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹³⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 3) 788.

3. Makul Yarar Ölçütünün Yorumu

Makul yarar ölçütü, ikale önerisinin kim tarafından yapıldığına bağlı olarak farklı yoruma tabi tutulmaktadır¹³⁵. İş ilişkisinin ikale ile sona erdirilmesi teklifinin işçiden geldiği durumlarda söz konusu ölçüt daha dar yorumlanmaktayken işveren tarafından teklif yapıldığı takdirde geniş yorumlanmaktadır. Yüksek mahkeme kararlarında da net bir şekilde görüldüğü üzere, ikale teklifinin işçiden geldiği durumlarda somut olaya daha hassas yaklaşılarak herhangi bir irade sakatlığının var olup olmadığı ayrıca incelenmektedir¹³⁶. Gerçekten de her somut olay kendine has olduğundan ve farklı şartları bünyesinde barındırdığından kesin bir geçerlilik ölçütünün kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi halde hatalı sonuçlara ulaşma ve hatalı hüküm kurma kaçınılmaz olacaktır¹³⁷.

Kanımcıca makul yarar ölçütünün amaçla paralel olacak biçimde somut olay özelinde geniş yorumlanması, söz konusu hukuki kurumun işlerliği açısından da yararlı olacaktır. Makul yarar veya makul menfaat olarak ifade edilen bu kavramdan yalnızca parasal olarak sağlanacak menfaatler anlaşılmalıdır. Parasal menfaatlerin yanı sıra doğrudan ve dolaylı olarak tarafları ikale yapmaya sevk eden menfaatlerin de bu ölçüt kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla bir işçinin, halihazırdaki işine kıyasla daha olumlu şartlara (daha yüksek ücret, sosyal imkânları daha fazla olan bir iş vb.) sahip yeni bir işte çalışma imkânı bulması halinde söz konusu yeni iş imkânını değerlendirmesi bakımından ikale ile iş ilişkisini sona erdirebiliyor olması işçi lehine yarar sağlayacak bir uygulamadır¹³⁸. Zira bu hukuki müessese sayesinde ihbar süresini ya da belirli sürenin dolmasını beklemeden¹³⁹ yeni işine başlayabilecek ve makul seviyede bir menfaat elde etmiş olacaktır. Ancak bu durumun da makul yarar ölçütü bakımından doğrudan kabul edilebilir nitelikte bir kriter olmadığı, hâkimin her somut olay özelinde bir değerlendirme yapmasının gereklilik arz ettiği önemle ifade edilmelidir.

SONUÇ

İkale ya da bozma sözleşmesi olarak anılan hukuki kurum, işçi ve işveren arasında meydana getirilen iş sözleşmesinin, yine aynı taraflarca sözleşme hürriyeti kapsamında karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirmek üzere kurdukları sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

İkale sözleşmelerinin borçlar hukuku kapsamında bulunan bir uygulama olduğu düşünülse de özellikle iş ilişkilerinde gündeme gelmesi nedeniyle

¹³⁵ Yargıtay 9 HD., 21.04.2008, 18.10.2020 akt. Güzel (n 14) 244.

¹³⁶ Yargıtay 9 HD., E. 2009/39904, K. 2010/37228, T. 10.12.2010 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi 10 Ağustos 2021.

¹³⁷ Kabakçı (n 80) 185.

¹³⁸ Benzer yönde: Sevimli (n 3) 94.

¹³⁹ Sümer (n 27) 97.

tarafklarının iŒi ve iŒveren olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla ikale szleŒmelerinde taraflar eŒit konumda bulunmadığından söz konusu iliŒkide de iŒçinin korunması gerekir. Yüksek mahkeme de aynı kanaattedir.

Alman hukukundaki uygulamanın aksine, uygulamamızda ikale szleŒmeleri bakımından bir Œekil Œartı ngrlmemiŒtir. Dolayısıyla kural olarak Œekil serbestisinin, ikale bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Her ne kadar aksi yönde grŒler varsa da TBK. m.13 hükmü gereği, yazılı Œekle uygun olarak meydana getirilen bir iŒ szleŒmesinin ikale ile sonlandırılmasında da yazılı Œekle uygun davranılması gerektiği kanaatindeyim.

Tarafların anlaşması ile iŒ iliŒkisinin sona erdirilmesi halinde iŒçi, iŒe iade davası bakımından iŒ güvencesi hükümlerinin kapsamı dıŒına çıkmaktadır. IŒçi bakımından son derece önemli koruma sağlayan hükümlerin iŒverenlerce bertaraf edilmesinin önüne geçilmesi bakımından ise bir ölçüt olarak “makul yarar” kavramı geliŒtirilmiŒtir. Makul yarar kavramı ile, tarafların anlaşmasıyla mevcut iŒ iliŒkisinin sona ermesi durumunda iŒçi ile iŒveren arasındaki karŒılıklı menfaatin dengelenmesi kastedilir. İkalenin geçerliliğinin tespitinde yalnızca irade bozukluk halleri değil bunların yanı sıra iŒverence yapılan ikale teklifinin iŒçi tarafından kabul edilmesinin makul bir sebebe dayanıp dayanmadığı hayatın olağan akıŒı içerisinde değerlendirilecek ve teklifin kabulünü mantıklı kılacak makul bir menfaatin sağlanmış olması da aranacaktır.

Yargıtay makul yarar ölçütünü değerlendirirken öncelikle ikale önerisinin kimden geldiğini tespit etmekte ve sonrasında her olay özelinde bir incelemeye tabi tutmaktadır. İ kale önerisinin iŒçi tarafından yapıldığı birtakım durumlarda ikale szleŒmesinin iŒçi yararına olabileceği söylenebilir. Bu nitelikte kabul edilen durumlar bakımından iŒverence ilave bir parasal menfaatin sağlanması aranmaz. Her hadise birbirinden farklı hususları ihtiva ettiğinden her somut olay ekseninde ayrı bir değerlendirmenin yapılması hükmün isabeti bakımından bir gerekliliktir. İ kale teklifinin iŒverence yapıldığı hallerde ise yüksek mahkeme, iŒ iliŒkisinin sona erdirilmesinde iŒçi tarafın bir menfaati bulunmuyorsa makul yararın sağlanması bakımından iŒçiye bir miktar parayı ihtiva eden değerin ödenmesi gerektiğini ifade etmekte olup böylelikle iŒçi ve iŒveren arasındaki menfaat dengesinin kurulacağını belirtmektedir.

Makul yarar ölçütü kapsamında değerlendirilecek parasal değerin nasıl belirlenmesi gerektiği yönünde öğretide farklı grŒler, Yargıtay tarafından ise farklı yönde verilmiŒ kararlar bulunmaktadır. ÖĞretide yer alan bir grŒ, söz konusu parasal tutarın hesabı için kıdem ve ihbar tazminatları ile iŒe baŒlatmama ve alıŒılmayan süre için dört aylık creti tutarındaki ödemenin dikkate alınması gerektiğini, diğer bir grŒ iŒ güvencesi hükümleri kapsamı dıŒında yer alan iŒçiler bakımından kıdem ve ihbar tazminat tutarlarının yeterli olacağını ancak iŒ güvencesi kapsamında yer alan iŒçiler bakımından ayrıca iŒ güvencesi tazminat tutarının da ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay ise, parasal değere ölçüt olarak kıdem, ihbar ve iŒ güvencesi tazminatları,

boşta geçen süreye ait ücret ile diğer haklardan bir kısmını ya da tümünü kararlaştırmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir. Burada kıdem ve ihbar tazminatı olarak belirtilen parasal değerler, sayılan tazminatların kendileri olmayıp belirtilen değerler karşılığındaki ödemelerdir.

Makul yarar ölçütünün ikalenin temelinde yer alan amaçla paralel olacak biçimde somut olay özelinde geniş yorumlanması, söz konusu hukuki kurumun işlerliği açısından yararlı olacaktır. Bu kavramdan yalnızca parasal olarak sağlanacak menfaatler anlaşılmalı, tarafları doğrudan ve dolaylı olarak ikaleye yönelen menfaatler de bu ölçüt bağlamında değerlendirilmelidir.

Kısaltmalar

akt.	: aktaran
Bkz. / bkz.	: Bakınız/bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ed.	: Editör
edn	: Edisyon / Basım
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İşK.	: İş Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TL	: Türk Lirası
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

- Aktay N, Arıcı K, Senyen-Kaplan E.T, *İş Hukuku* (6th edn, Gazi 2013)
- Akyiğit E, *İş Hukuku* (12th edn, Seçkin 2021)
- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (1st edn, Seçkin 2020)
- Alp M, ‘İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları’, (2008) 17 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 26
- Alpagut G, ‘İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi’ (2007) İstanbul Barosu 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı 19
- Antalya O. G and Topuz M, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt: I* (4th edn, Seçkin 2021)
- Astarlı M, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmeleri)* (2nd edn, Turhan 2016)
- Aydın U, ‘İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi’ (2004) 3 Çimento İşveren 4
- Baskan E, *İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi* (1st edn, Legal 2021)
- Başterzi S, ‘Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması’ (2010) 17 Sicil İş Hukuku Dergisi 175
- Bozkurt M, ‘İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi’ (Bahçeşehir Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017)
- Bryan M, ‘Rescission, Restitution and Contractual Ordering: The Role of Plaintiff Election’ in Andrew Robertson (ed), *The Law of Obligations: Connections and Boundaries* (1st edn, UCL Press 2004)
- Collins H, Ewing K.D and McColgan A, *Labour Law* (1st edn, Cambridge University 2012)
- Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri* (33rd edn, Beta 2020)
- Çil Ş, ‘İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu’ (2013) 29 Sicil İş Hukuku Dergisi 77
- Demir K, *İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (1st edn, On İki Levha 2021)



- Demircioğlu A. M and Centel T, *İş Hukuku* (19th edn, Beta 2016)
- Ekonomi M, ‘İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesinden Feragat ve Sulh’ (2006) 1 Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19th edn, Yetkin 2017)
- Gerek H. N, ‘İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi’ (2011) 31 Çalışma ve Toplum 43
- Günay C. İ, ‘İkale Sözleşmesi’ (2009) 5 Çimento İşveren 4
- Güzel A, ‘İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)’ in *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu* (1st edn, Legal 2014)
- Hekimler A, ‘Alman İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Tarafların Anlaşması -İkale- Yoluyla Sonlandırılması’ (2019) 61 İSGHD 23
- Honeyball S, *Honeyball and Bowers’ Textbook on Employment Law* (13th edn, Oxford University 2014)
- Kabakçı M, ‘Sözleşme Özgürlüğü ve İkale’ (2012) 25 Sicil İş Hukuku Dergisi 121
- Kabakçı M, ‘İşçinin Eğitim Düzeyi ve İşyerindeki Konumunun İkalenin Geçerliliğiyle İlişkisi İkaleye İlişkin İçtihadta Bir Yumuşama mı?’ (2011) 3-4 Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179
- Kar B, ‘İş Hukukunda Yorum’ (2012) 28 Sicil İş Hukuku Dergisi 72
- Karaç S. T, *Türk İş Hukukunda İkale (Bozma) Sözleşmeleri* (1st edn, On İki Levha 2020)
- Kayar İ, *6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri* (11th edn, Seçkin 2019)
- Keser H, ‘Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İkale (Bozma Sözleşmesi) ve Bildirim Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi Ayrımına İlişkin Bir Değerlendirme’ (2017) 54 İSGHD 633
- Kılıçoğlu A. M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18th edn, Turhan 2020)
- Kılıçoğlu M, *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar* (1st edn, Turhan 2009)
- Lockton D. J, *Employment Law* (4th edn, Palgrave Macmillan 2003)
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M and Baysal U, *İş Hukuku* (6th edn, Turhan 2014)

- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I* (5th edn, Beta 2014)
- Narter S, *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar* (3rd edn, Adalet 2018)
- Oğuzman M. K and Öz M. T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (12th edn, Vedat 2016)
- Özdemir E, “‘Sulh Sözleşmesi’ İkale Uygulamasının Olumsuzluklarına Çözüm Olabilir mi?’ (2017) Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi
- Özdemir, E, ‘İstifa ve İkale İşçinin Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği’ (2009) İstanbul Barosu Yayınları 13
- Özön M. N, *Küçük Osmanlıca Türkçe Sözlük* (4th edn, İnkılap 1988)
- Özyörük H. A, *İkale Sözleşmesi* (1st edn, Seçkin 2017)
- Senyen-Kaplan E. T, *Bireysel İş Hukuku* (10th edn, Gazi 2019)
- Sevimli K. A, ‘İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler’ (2009) 14 Sicil İş Hukuku Dergisi 84
- Sözer A. N, ‘Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum Eşyanın Tabiatı ve Hayatın Olağan Akışı’ (2016) 50 İSGHD 631
- Sümer H. H, *İş Hukuku* (14th edn, Seçkin 2019)
- Süzek S, *İş Hukuku* (20th edn, Beta 2020)
- Taşkent S, ‘İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi’ (2011) 4 Kamu-İş 1
- Tulukçu, N. B, *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade* (1st edn, Seçkin 2017)
- Yürekli S, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (3rd edn, Seçkin 2016)

İnternet Kaynakları

<https://www.karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.legalbank.net>



ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ DAVASI VE ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HUSUSLAR

Case for Correction of the Land Share and Some Situations Characterised

Coşkun ÇALDAĞ*

Öz

Arsa payı, kat mülkiyeti sürdüğü zaman da sona erdikten sonra da etki doğurduğu için arsa payının belirlenme usulü ve doğru belirlenmesi çok önemlidir. Arsa payının belirlenmesinde dönem dönem farklı usuller benimsenmiştir. Pozitif hukukumuza göre bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa payları, bağımsız bölümlerin değerlerine göre hesaplanarak proje müellifince belirlenecektir. Başlangıçta arsa payının hatalı belirlenmesi halinde, arsa payının düzeltilmesi davası her zaman açılabilir. Bu imkan arsa payının doğru tespitini sağlayarak mülkiyet hakkını korumaya yöneliktir. Arsa payının düzeltilmesi davasında her ne kadar süre sınırı bulunmasa da bu dava hakkı ancak dürüstlük kuralına uygun kullanılabilir. Bununla birlikte hatalı belirlenmiş arsa payına ilişkin iyiniyetli aynı hak kazanımının mümkün olup olmayacağı da incelenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti, Arsa Payı, Arsa Payının Belirlenmesi, Dürüstlük Kuralları, İyiniyet.

Abstract

The method of determining the land share and the correct determination of the land share is very important, as the land share has an effect when the property ownership continues and after it ends. Different procedures have been adopted from time to time in determining the land share. According to our positive law, the land shares to be allocated to independent sections will be calculated according to the values of the independent sections and will be determined by the project author. In case of the land share is determined incorrectly at the beginning land share correction case can always be opened. This opportunity is for protecting the property right by ensuring the correct determination of the land share. Although there is no time limit in the case for the

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.08.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, caldagcoskun@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1050-3624>

correction of the land share, this right of action can only be used in accordance with good faith. At the same time, it is also necessary to examine whether it is possible to bona fide gain real rights regarding the wrongly determined land share.

Keywords: Condominium Ownership, Land Share, Determination of Land Share, Principles of Good Faith, Good Faith (Bona Fides).

GİRİŞ

İnsan nüfusunun şehirlerde yoğunlaşmasıyla birlikte, artan konut ve işyeri talebinin mevcut arsalar aracılığıyla karşılanabilmesi için bir binanın bağımsız bölümleri üzerinde ayrı mülkiyet hakkı kurulması kaçınılmaz hale gelmiştir¹. Bu sebeple kat mülkiyeti kurumu düzenlenmiştir. Kat mülkiyeti Kanunu² (KMK) m. 1/1'e göre kat mülkiyeti, bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyettir. Kat mülkiyeti, bağımsız bölümler üzerinde kurulmakla birlikte *arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir* (KMK m. 3/1). Bu yolla eşyaya bağlı bir paylı mülkiyet düzeni kurulmaktadır. Bağımsız bölüme sahip olan kimse arsa paylarına ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet paylarına da sahip olur³.

Kat mülkiyetinin kurulmasıyla birlikte her bir bağımsız bölüm ayrı bir taşınmaz niteliği kazanır⁴. Her bir bağımsız bölümün arz ile arasındaki bağlantısını sağlamak için de arsa payı tahsisi zorunludur⁵. Nasıl ki üzerinde yalnızca bir bağımsız bölüm olan arsa ile bağımsız bölüm ancak birlikte devrolunabiliyor; kat mülkiyeti kurulmuş

¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (21. Baskı, Filiz 2018) 604 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti* (3. Bası, Filiz 1991) 1; Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı* (3. Bası, On İki Levha, 2017) 1.

² RG T. 2/7/1965, S. 12038

³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 611.

⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 611; Safa Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti* (4. Bası, Sevinç 1976) 28; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (13. Baskı, Barış 2017) 430-431; Tekinay, (n 1) 8. Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre kat mülkiyeti bağımsız bölüm üzerinde kurulan bir mülkiyet hakkı olmayıp özel olarak biçimlenmiş bir paylı mülkiyettir: İsmet Sungurbey, *Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları* (İstanbul Cumhuriyet Gazetesi, 18.7.1966, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. 2, 1970) 110 vd. Görüşlerin değerlendirilmesi ve paylı mülkiyet hükümlerinin ihtiyaca cevap vermekten uzak olduğuna dair fikir için bkz. M. Kemal Oğuzman, *Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi* (İsmail Akgün Matbaası 1958) 167 vd. Öğretide baskın görüş kat mülkiyetinin bağımsız bölüm üzerinde kurulan mülkiyet olduğu yönündedir. KMK m. 1/1'de bağımsız mülkiyet hakkından bahsetmektedir ayrıca 1978 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında her bir bağımsız bölümlerin ayrı bir taşınmaz niteliği kazanacağı ifade edilmiştir: (Y. İBK, E. 1978/3, K. 1978/4) (RG: T. 10.6.1978, S. 16312).

⁵ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 102-103. "Arsa payı, bağımsız bölüm mülkiyetinin bütünleyici parçası gibidir." Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. Bası, Bilge 2015) 42.

bağımsız bölümler de ancak kendilerine tahsis edilen arsa paylarıyla birlikte devrolunabilecektir (KMK m. 5/1).

Arsa payının nasıl belirleneceği, önemi ve özellikleri birinci bölümde incelenmiştir.

Arsa payının belirlenmiş olması, sonradan düzeltilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Tüm kat maliklerinin rızasıyla arsa payı düzeltilebileceği gibi arsa payının düzeltilmesi davası yoluyla da bu mümkündür⁶. Arsa payının düzeltilmesi davasının hukuki niteliği, şartları ile yetkili ve görevli mahkeme ikinci bölümde incelenmiştir.

Arsa payı üzerindeki hak, bağımsız bölümün kaderine bağlı olup, onunla bütünlük arz eden bir haktır⁷. Arsa payının düzeltilmesi için açılacak davanın da mülkiyet hakkına dayanması sebebiyle süre sınırıyla kayıtlanmaması hakkın niteliği gereğidir. Bu davanın açılma süresinin dürüstlük kuralıyla ilişkisi ve arsa payının TMK m. 1023 gereği iktisabının mümkün olup olmayacağı ise son bölümde incelenmiştir.

I. ARSA PAYI

Bu bölümde arsa payı kavramı, arsa payının nasıl belirleneceği ve arsa payının özellikleri incelenecektir.

A. Arsa Payı Kavramı

Arsa payı; bir arsa üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulabilmesi için her bir bağımsız bölüme arsa mülkiyeti üzerinde tanınan paydır⁸. Nitekim Kat Mülkiyeti Kanunu'nda⁹ da (KMK) arsa payı, “*Arsanın, bu Kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına verilen isim*” olarak tanımlanmıştır (KMK m. 2/1-d).

Arsa payından söz edebilmek için arsa üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş olması gerekir. Çünkü arsa payı, bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet payıdır ve bağımsız bölümden bahsedebilmek için KMK'ya göre, bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerin bulunması gerekmektedir. Bu ise ancak kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulmasıyla mümkün olur¹⁰.

⁶ İlknur Arslan ve Mustafa Kırmızı, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (Bilge 2012) 51 vd.; Nergiz Durmazgezer, *Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Arsa Payı* (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 68 vd.; Peren Sanrı Arslan, *Arsa Payı Düzeltme Davası* (Seçkin 2018) 68.

⁷ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (7 Baskı, Mimoza 2014) 460; Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2017) 76; Durmazgezer, (n 6) 19; Sanrı Arslan, (n 6) 48.

⁸ Tekinay, (n 1) 12; Sanrı Arslan, (n 6) 47.

⁹ RG: T. 2.7.1965, S. 12038.

¹⁰ Kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulabilmesi için arsanın birden fazla kimseye ait

B. Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Arsa payının belirlenmesinde dönem dönem farklı usuller benimsenmiştir. 1965-1983 yılları arasında arsa payı, kat malikleri tarafından irade özgürlüğüyle belirlenmiş ve düzeltilmesi için dava yolu imkanı tanınmamıştır¹¹. 1983 yılında 2814 sayılı Kanunla¹² yapılan değişiklikle arsa payı, kat maliklerinin irade özgürlüğüyle belirlenmiş ve düzeltilmesi için dava yolu imkanı getirilmiştir¹³. 2007 yılında ise KMK m. 3/2 hükmünde 5711 sayılı Kanunla¹⁴ yapılan değişiklikle arsa payı, proje müellifi mimar veya mühendis tarafından belirlenmekte ve düzeltilmesi için dava yolu bulunmaktadır¹⁵.

2. Arsa Payının Belirlenmesinde Dikkate Alınan Hususlar

Her bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı hesaplaması, KMK m. 3/2 hükmüne göre yapılır. Anılan maddeye göre, bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre arsa payı belirlenir. Ancak arsa payının belirlenmesinde sadece bu iki ölçüt değil bağımsız bölümün değerini etkileyen tüm ölçütler dikkate alınmalıdır¹⁶. Kısaca, her bir bağımsız bölümün değeri, anagayrimenkulün değerine kıyaslanarak elde edilen orana göre arsa payları da belirlenir. Öğreti ve uygulamaya göre bağımsız bölümün değerinin belirlenmesinde esas alınacak kriterler şunlardır¹⁷:

- Konum
- Büyüklük

olması gerekmez: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 617; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 105; Tekinay, (n 1) 4; Durmazgezer, (n 6) 11.

¹¹ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 108; Durmazgezer, (n 6) 12.

¹² RG: T. 14.4.1983, S. 18018.

¹³ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 108; Durmazgezer, (n 6) 12.

¹⁴ RG: T. 28.11. 2007, S. 26714.

¹⁵ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 108; Durmazgezer, (n 6) 1; Etem Saba Özmen ve Berna Çakmak, “6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar” (2013), 87(5), İBD, 731.

¹⁶ Emrehan İnal, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı* (On İki Levha 2017) 41; Neslihan Yıldırım, *Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011) 48.

¹⁷ Maddeler halinde sayılan kriterler için bkz. Y. 20. HD, E. 2019/5696, K. 2019/7038, T. 2.12.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>); Y. 20. HD, E. 2017/9521, K. 2019/2651, T. 16.4.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>); Y. 20. HD, E. 2017/2387, K. 2018/7153, T. 7.11.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>); Y. 20. HD, E. 2017/10873, K. 2018/6104, T. 1.10.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>), Y. 18. HD, E. 2014/21458, K. 2014/18927, T. 25.12.2014 (<https://www.kazanci.com.tr>). Bağımsız bölümün değerini etkileyecek başka unsurlar varsa bunlarda kriter olarak değerlendirmeye alınmalıdır. Yukarıda sayılı kriterler, sınırlı sayıda değildir. Ancak kriterler mutlaka objektif olmalıdır: İnal, (n 16) 41-42.

- Cins
- Biçim
- Bulunduğu kat
- Cephe
- Manzara, güneşten yararlanma, rüzgar ve dış etkilerden etkilenme durumu
- Isınma sistemi
- Eklentileri

Bağımsız bölümün değeri, yukarıdaki kriterlere göre belirlenecek olup bu belirleme kat irtifakı kurulmuşsa kat irtifakının kurulduğu ana göre¹⁸, kat irtifakı kurulmaksızın kat mülkiyeti kurulmuşsa kat mülkiyetinin kurulduğu ana göre¹⁹ yapılacaktır²⁰. Bu kriterlere ve ilgili tarihe göre belirlenen arsa payı kural olarak sonradan meydana gelen değer yükselmesi veya kaybı sebebiyle değiştirilemeyecektir (KMK m. 3/2).

Bağımsız bölümün değeri objektif olarak hesaplanır²¹, satım bedelinin bu değerlendirmede herhangi bir önemi bulunmamaktadır²². Arsa payları, bağımsız bölümlerin değerleri esas alınarak proje müellifi mimar veya mühendis tarafından belirlenir²³. Arsa payı belirlemesi, özel hukuk sahasını ilgilendirdiği için projeyi onaylama yetkisi olan idari merciler arsa payının doğru tespit edilmediği gerekçesiyle projeye müdahale imkanına sahip değildirlir²⁴.

¹⁸ Kat irtifakının kurulabilmesi için bu belirleme KMK m. 14/2 gereği zorunludur. Henüz kat irtifakında olan, tamamlanmamış yapılar için maddeler halinde sayılan kriterler, tapu müdürlükleri ve belediye müdürlüklerine teslim edilen projelere üzerinde değerlendirilir ve buna göre arsa payı belirlenir: Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 110; Durmazgezer, (n 6) 14-15; Sanrı Arslan, (n 6) 17-18.

¹⁹ Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için KMK m. 12/1-a gereği arsa payının belirlenmesi zorunludur. Bu belirleme yukarıda maddeler halinde sayılan kriterlere göre yapılacaktır. Kat mülkiyeti kurulduğu an yapı tamamlanmış olacağı için kriterlerin uygulanması daha kolay olacaktır.

²⁰ “Taşınmazda kat irtifakı ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarih tam olarak belirlenerek, dava konusu bölüme ayrılan arsa payının bağımsız bölümün kat irtifakı tarihindeki değeri ile orantılı olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Mevcut bilirkişi raporunda soyut biçimde değerlendirme yapılarak arsa payları yeniden belirlenmiş olup ayrıca bu değerlendirme kat irtifakı tesisi tarihi esas alınarak yapılmamıştır.” (Y. 20. HD, E. 2019/5696, K. 2019/7038, T. 2.12.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>).

²¹ Sanrı Arslan, (n 6) 67; Durmazgezer, (n 6) 12; Haluk Saruhan, *Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikleri* (Adalet 2018) 26-27.

²² Özmen ve Çakmak, (n 15) 728.

²³ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 106-107.

²⁴ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 109.

C. Özellikleri

1. Her Bir Bağımsız Bölüm İçin Arsa Payı Ayrılması

Kat irtifakı yahut kat mülkiyetinin kuruluş aşamasında, her bir bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payları belirlenir. Arsa payı tahsis edilmeyen bir bağımsız bölüm söz konusu olamaz. Bu durum, eşya hukukuna hakim olan üst arza tabidir ilkesinin sonucudur. Bir bağımsız bölüm malikinin, mutlaka anagayrimenkulün arsasından pay oranına sahip olması gerekir ki üst ve arz mülkiyetler arasında bağlantı kurulabilsin²⁵. Bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet hakkı olan kişi, o anagayrimenkulün arsası üzerinde de paylı mülkiyete sahip olacaktır²⁶.

Her bir bağımsız bölüm için arsa payı tahsisi zorunlu olduğu gibi, bağımsız bölümler dışında, örneğin ortak yer²⁷ ve eklenti²⁸ için, arsa payı tahsisinin mümkün olmaması da zorunluluktur. Her iki kuralın dayanağı da KMK m. 3/2'dir.

2. Arsa Payının Bağımsız Bölümlerin Değerleriyle Orantılı Olması

Arsa payının bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı olma gereği, arsa payının belirlenmesi başlığında incelenmiştir²⁹.

²⁵ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 103; Sanrı Arslan, (n 6) 47.

²⁶ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (4. Bası, Vedat 2014) 218; Ayan, (n 7) 460. “Müşterek mülkiyetsiz kat mülkiyeti olamaz.” Safa Reisoğlu, *Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları* (Sevinç 1963) 27; Murat Tezcan ve Beyza Canbolat, “*Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi*” (2018), 138, TBB, 116.

²⁷ KMK m. 2/1-b: “Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarıyan yerlerine Ortak yerler denir.” KMK m. 4: “Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir. Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır. a) Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırlık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri. Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer.” Ayrıca bkz: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 612 vd.; Ertaş, (n 4) 430; Germeç, (n 7) 70.

²⁸ KMK m. 2/1-a: Bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere eklenti denir. Ayrıca bkz: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 614 vd.; Ertaş, (n 4) 428-429; Germeç, (n 7) 68-69.

²⁹ Bkz. Bölüm I/B.

3. Açıkta Arsa Payı Bırakılmaması

Kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulma aşamasında, bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa payları toplamı, anagayrimenkulün tamamını karşılamalıdır³⁰. “Anagayrimenkulde, kat mülkiyetine bağlanmamış veya lehine kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılamaz” (KMK m. 5/2). Bu kural, üzerinde kat mülkiyeti kurulan arsanın tapu kütüğü sayfasının işleme kapatılmasını öngören KMK m. 13/2’nin doğal bir sonucudur. Aksi halde, açıkta kalan arsa payının tapu kütüğünde işlem imkanı bulunmaz.

4. Arsa Payının Bağımsız Bölüme Tabi Olması

“Arsa payının kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devri mümkün değildir” (KMK m. 5/1). Anılan maddeye göre, kat mülkiyetinin veya kat irtifakının başkasına devredilmesi yahut miras yoluyla geçmesi halinde, arsa payı da bununla birlikte geçecektir. Kısaca, arsa payı ve bağımsız bölüm üzerinde, birbirlerinden ayrı olarak tasarrufta bulunma imkanı yoktur³¹.

Arsa payının bağımsız bölümün kaderine tabi olması, sadece mülkiyetin devriyle sınırlı değildir. Bağımsız bölümü kayıtlayan diğer aynı haklar da arsa payını kendiliğinden kayıtlayacaktır (KMK m. 5/3). Örneğin; bağımsız bölüm üzerinde intifa veya süknâ hakkı kurmak ya da ipotek tesis etmek gibi tasarrufi işlemler kendiliğinden arsa payını da kayıtlayacaktır³².

II. ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ DAVASI

Bu bölümde, arsa payının düzeltilmesi davasının hukuki niteliği, tarafları ve şartları incelenecek; ardından yetkili ve görevli mahkeme açıklanacaktır.

A. Genel Olarak

Bir proje kapsamında yapılan ve birçok bağımsız bölümü içeren yapıların önemli bir bölümü, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduktan sonra yani arsa payı belirlendikten sonra satılmaktadır. Bu sebeple, çoğu kere arsa payının tayini gerekli özen gösterilmeksizin yapılabilmektedir. Bu durum, arsa payının yeniden düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu yüzden arsa payının düzeltilmesi davasının esas amacı, hatalı belirlenmiş arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı olarak yeniden belirlenmesini sağlamaktır.

Ayrıca Kentsel Dönüşüm Kanunu olarak bilinen Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi kanunuyla³³ birlikte kat irtifaklı yahut kat mülkiyetli

³⁰ Sanrı Arslan, (n 6) 18; Durmazgezer, (n 6) 21.

³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 610-611; Ayan, (n 7) 460, Germeç, (n 7) 76; Durmazgezer, (n 6) 19; Sanrı Arslan, (n 6) 48; Ertaş, (n 4) 430-431; Reisoğlu, (n 4) 33.

³² Durmazgezer, (n 6) 22; Sanrı Arslan, (n 6) 48.

³³ RG: T. 16/5/2012, S. 28309



yapıların yıkılmasından sonra elde edilecek hakların arsa payı oranına bağlı olması da bu konuda açılan dava sayısını artırmıştır³⁴.

Arsa payının, kat maliklerinin tümünün rızasıyla düzeltilmesi mümkündür³⁵. Bu imkan, arsa payının baştan hatalı belirlenmesi sebebine veya sonradan bağımsız bölüm ilavesi sebebine dayanabilir³⁶. Sonradan bağımsız bölüm ilavesi, ancak kat maliklerinin tümünün rızasıyla mümkündür (KMK m. 44/1-a). Çalışma konumuzun temeli olan arsa payının dava yoluyla düzeltilmesi, arsa payının düzeltilebilmesinin ikinci ve son yoludur. Arsa payının düzeltilmesi davası, bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payının düzeltilmesi talebiyle açılan davadır. Bu talep, arsa payının artırılması için olabileceği gibi azaltılması içinde olabilecektir³⁷. Çünkü arsa payının sağladığı haklar kadar getirdiği yükümlülükler de bulunmaktadır.

B. Hukuki Niteliği

Arsa payı, kat irtifakı ve mülkiyetine bağlı, onunla bütünlük arz eden bir hak³⁸. Bağımsız bölümden ayrı devri mümkün olmamakla birlikte kaderi de bağımsız bölüme bağlıdır. Bununla birlikte arsa payı, arsa üzerindeki mülkiyetle bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet arasında bir bağlantı kurar ve arsanın mülkiyeti üzerinde sahip olunan payı gösterir³⁹. Bu yüzden arsa payının yanlış hesaplanması durumunda tapu sicili gerçek hak durumunu yansıtmayacaktır. Gerçek hak durumunu yansıtmayan tescil öğretide yolsuz tescil olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Bir bağımsız bölümün arsa payı yanlış hesaplanmış ise

³⁴ Özmen ve Çakmak, (n 15) 725.

³⁵ Arsa payının kat maliklerinin rızasıyla düzeltilmesi halinde artık dava yoluyla düzeltme imkanının olmayacağı savunulmaktadır. Durmazgezer, (n 6) 68, Germeç, (n 7) 79. Ancak bu şart KMK m. 3/2'de aranmamaktadır. Arsa payının değiştirilmesine rıza gösteren bağımsız bölüm maliklerinin sonradan arsa payının düzeltilmesi davası açmaları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Bununla birlikte bağımsız bölümü sonradan devralan malikler bu ihtimalde dahi arsa payının düzeltilmesi davası açabilmelidir. Benzer şekilde Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 116 vd.

³⁶ Durmazgezer, (n 6) 68 vd.; Sanrı Arslan, (n 6) 68.

³⁷ Özmen ve Çakmak, (n 15) 734; Durmazgezer, (n 6) 73; Tekinay, (n 1) 25; Ayan, (n 7) 459-460.

³⁸ Açıklamalar için bkz. Bölüm I/C.

³⁹ "Arz üzerindeki mülkiyet, kat maliklerine ait paylı mülkiyettir." Özmen ve Çakmak, (n 15) 729. "Arsa payı bağımsız bölüm mülkiyetinin bütünleyici parçası gibidir." Ertaş, (n 5) 42. "Arsa payının düzeltilmesi mülkiyet hakkıyla ilgilidir." Ertaş, (n 5) 77. "Bağımsız bölümün maliki, o bağımsız bölüme tekabül eden arsa payının da malikidir." İnal, (n 16) 37.

⁴⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 232-233; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2019) 176; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2019) 233; Görkem Çetin, *Yolsuz Tescil Kavramı ve Türleri* (On İki Levha 2019) 7; Ş. Barış Özçelik, *Tapu Siciline Güvenin Korunması*, (Yetkin 2016) 69.

tescil gerçek hak durumunu yansıtmadığından yolsuz olacaktır⁴¹. Çünkü tescil, arsa payı oranına ilişkin kayıt da kapsamaktadır⁴².

Yukarıdaki açıklamalara göre arsa payının düzeltilmesi için açılacak davanın mülkiyet hakkına dayandığı açıktır⁴³. Tapu sicilinin aleniyeti gereği de mülkiyet hakkına dayalı bu talebin herkese, yani bağımsız bölümü sonradan devralan maliklere karşı da yöneltilebilmesi mümkündür. Bu sebeple davanın hukuki niteliğinin yolsuz tescilin düzeltilmesi sebebine dayandığı savunulmaktadır⁴⁴. Baskın görüş bu olmakla birlikte öğretide buradaki durumun yolsuz tescil olarak değil yanlış kayıt olarak nitelendirildiği de görülmektedir⁴⁵. Fikrimizde sicildeki bu yolsuzluk başlı başına bir mülkiyet hakkı ihlali oluşturur ve arsa payının olması gerektiğinden az tayin edilmesi arsa payına bağlı hakları doğrudan azaltma sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında zilyetliğe hali hazırda bir saldırı bulunması da şart değildir.

Hukuki niteliğin sebepsiz zenginleşme olabilme ihtimali üzerinde de durmak gerekebilir. Sebepsiz zenginleşme davasının bir şartı, zenginleşmenin sağlanması yani ilgili şeyin mülkiyetinin karşı tarafa intikalidir⁴⁶. Ancak yanlış hesaplanarak tahsis edilmiş arsa payı üzerinde, kazanılmış bir mülkiyet hakkından bahsetmek mümkün olamayacaktır. Çünkü arsa payının düzeltilmesi

⁴¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 233; Özmen ve Çakmak, (n 15) 732; Sanrı Arslan, (n 6) 69.

⁴² Özçelik, (n 40) 113.

⁴³ “Taraflar arasındaki uyuşmazlık; kat irtifakının kurulması sırasında, puanlamada yanlışlık sonucunda arsa payının sözleşmeye uygun olarak belirlenip belirlenmediği noktası üzerinde toplanmaktadır. Arsa paylarının bağımsız bölümlerinin gerçek değerleri ile orantılı olarak düzeltilmesi isteminden ibarettir. O halde dava, aynı mahiyette bir uyuşmazlık niteliğindedir.” (Y. 3. HD, E. 2012/12160, K. 2012/16687, T. 3.7.2012) (<https://www.kazanci.com.tr>). Benzer şekilde: Barış Akpınar, Gayrimenkul Değerlemesinde Arsa Payı Kavramı Önemi ve Hesaplanması (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 64.

⁴⁴ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 113; Durmazgezer, (n 6) 77; Sanrı Arslan, (n 6) 69; Özmen ve Çakmak, (n 15) 727. Arsa payı yanlış hesaplanmışsa tescil yolsuzdur: Özmen ve Çakmak, (n 15) 722; Sanrı Arslan, (n 6) 69. Ancak arsa payının düzeltilmesi davasını, yolsuz tescile nazaran kendine özgü özellikleri de bulunduğu savunulmakta örnek olarak arsa payının yanlış belirlenmesi sebebiyle bağımsız bölümün kullanılması sırasında mülkiyet hakkına ve zilyetliğe bir saldırı olmadığı söylenmektedir (Özmen ve Çakmak, (n 15) 734).

⁴⁵ İnal, (n 16) 43. Yazara göre arsa payının düzeltilmesi davası TMK m. 1025 gereği bir yolsuz tescilin düzeltilmesi sebebine dayanmayıp TMK m. 1027 gereği yanlışlıkların düzeltilmesi sebebine dayanmaktadır.

⁴⁶ Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Beta 2020) 293 vd.; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (13. Basım, Dora 2019) 132 vd.; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 212 vd.; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin 2016) 343; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II* (Legal 2018) 576-577; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan 2017) 643.



davasıyla bu yanlışlık giderilecek, yolsuz tescil düzelecektir. Sebepsiz zenginleşme davası sadece zenginleşene karşı açılabilir, zamanaşımına bağlı, nispi karakterli, alacak davasıyken⁴⁷; arsa payının düzeltilmesi davası aynı bir dava olup, her zaman açılabilir. Ayrıca arsa payının düzeltilmesi davasında sadece pay oranının yükseltilmesi değil azaltılması da talep edilebileceği için bu imkanın sebepsiz zenginleşme davasıyla sağlanamayacağı açıktır. Sayılan sebepler gereği, arsa payının düzeltilmesi davasının sebepsiz zenginleşme davası niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

Arsa payının düzeltilmesi davası, dava çeşitlerine ilişkin yapılan ayrıma göre tespit davası niteliğindedir⁴⁸. Çünkü davacının talebi bir hakkın tespitidir. Bizce de bağımsız bölümdeki mülkiyet hakkına yahut zilyetliğine yönelik bir müdahale olmadığı için eda niteliğini düşünmek mümkün gözükmemektedir⁴⁹.

C. Şartları

Arsa payının düzeltilmesi davasının açılabilmesi için arsa payının hatalı belirlenmiş olması, kat irtifakı veya kat mülkiyetinin devam ediyor olması ve talep aranan olumlu şartlardır. Bununla birlikte kat mülkiyetinin mahkeme kararıyla kurulmamış olması da aranan olumsuz şarttır.

1. Arsa Payının Hatalı Belirlenmiş Olması

Arsa payının düzeltilmesi davasının açılabilmesinin ilk şartı arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle orantılı olarak belirlenmemiş olmasıdır⁵⁰.

⁴⁷ Seza Reisoğlu, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları* (Ajans 1961) 40 vd.; Nomer, (n 46) 306-307; Antalya, (n 46) 574; Kılıçoğlu, (n 46), 644; Kürşad Nuri Turanboy, “*Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*” (1997) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101-102.

⁴⁸ Özmen ve Çakmak, (n 15) 734. Bir malın mülkiyetinin kime ait olduğunun tespiti, tespit davasının konusunu oluşturur: Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Bası, On iki levha 2019) 213. Öğretide yolsuz tescilin düzeltilmesi davası çoğunlukla tespit davası olarak kabul edilmektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 263; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku, C. I*, (Filiz 2017) § 36, N. 72 dn. 117. Öğretide yolsuz tescil davasının eda davası niteliğinde olduğu da savunulmaktadır: Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atila Altop, *Eşya Hukuku, C. I* (5. Bası, Filiz 1989) 416-417.

⁴⁹ Özmen ve Çakmak, (n 15) 734.

⁵⁰ “Arsa payı düzenlemesinin yeniden yapılabilmesinin ilk şartı, arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oransız olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu hususa dayalı istemlerde mahkeme tüm kanıtları değerlendirerek bağımsız bölümün değeri ile bölüme özgülenen arsa payını karşılaştırıp denklik sağlamaya çalışmalıdır.” (Y. 20. HD, E. 2019/5696, K. 2019/7038, T. 2.12.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>). Öğretide savunulan bir görüşe göre, sonradan yapılacak değerlendirmeler kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulduğu ana göre yapılacağı için ciddi güçlük ortaya çıkabileceği için sonradan yapılacak değerlendirme ile tapuda kayıtlı oranlar arasında makul ve hoş görülebilir ölçüyü aşan fark olmadıkça

Bu sebeple açılacak davada, kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulduğu ana göre⁵¹ bağımsız bölümün değerinin tespiti yapılmalıdır⁵². Bu değer ile yine bu değer tespit edildiği ana göre anagayrimenkulün de değeri tespit edilmeli ve değerler oranlanmalıdır. Eğer tapuda kayıtlı bulunan arsa payı oranı bu tespite göre ulaşılan orandan farklı ise ilk şart sağlanmış olacaktır⁵³. Arsa payının özelliği olarak daha önce⁵⁴ zikredilen, açıkta arsa payı bırakmama ve ortak yer ve eklentiler için arsa payı ayırmama kurallarına aykırılık olması halinde de arsa payının düzeltilmesi davası açılabilir⁵⁵.

2. Kat İrtifakı veya Kat Mülkiyetinin Devam Ediyor Olması

Davanın açılabilmesi için ikinci şart, kat irtifakı veya kat mülkiyetinin devam ediyor olmasıdır⁵⁶. Arsa payı kavramı, kat mülkiyeti ve kat irtifakıyla birlikte

yeniden arsa payı belirlenmemelidir: İnal, (n 16) 45-46. Bizce bu davanın açılmasından sonra kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulduğu ana göre yapılan değerlendirme sonucu varılan arsa payı oranları her halükarda esas alınmalıdır. Ancak değerlendirmeyi yapan uzman tarafından sapma payı da tespit edilmeli ve öğretilerdeki makul, kabul edilebilir fark bu şekilde objektifleştirilmelidir. Buna göre tapuda kayıtlı arsa payı oranı eğer sonradan yapılan değerlendirmeye aynı veya sapma payı içerisindeyse tapuda kayıtlı arsa payı oranı değiştirilmemeli aksi durumda yeniden belirlenmelidir.

⁵¹ “Dava arsa paylarının düzeltilmesi istemine ilişkindir. Somut olayda arsa paylarının tekrar düzenlenmesi için haklı nedenler var ise bu incelemenin kat irtifakı yahut kat irtifakı kurulmaksızın kat mülkiyetine geçilmiş ise kat mülkiyeti tarihine göre yapılması gerekmektedir. Bu nedenle dava konusu taşınmazın öncelikle kat irtifakı yahut kat mülkiyetine geçiş tarihi tespit edilmelidir.” (Y. 20. HD, E. 2019/2005, K. 2019/3843, T. 10.6.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁵² Bağımsız bölümün değerinin tespitinde kullanılan kriterler için bkz. Bölüm I-B/2.

⁵³ “Somut olayda dava konusu taşınmazda 20/11/1984 tarihinde kat irtifakı kurulduğu, bilirkişi raporunda kat irtifakına geçiş tarihi olan 20/11/1984 tarihinde arsa paylarının orantılı olarak dağıtılmadığı belirtilmişse de; bağımsız bölümlerin değerinde ve dolayısıyla arsa paylarının tespitinde dikkate alınmayan bu nedenle arsa payları arasında orantısızlığa yol açan somut ve haklı nedenler ortaya konulmamıştır.” (Y. 20. HD, E. 2019/3770, K. 2019/5558, T. 7.10.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>). “Dosya daki bilirkişi raporunda bağımsız bölümlerin binada buldukları yerleri ve yüzölçümleri açıkça belirtilmesine karşın her bir bağımsız bölümün kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduğu tarihteki değerlerine etkili olabilecek diğer unsurlar tek tek yazılıp açıklanmamış ve bu bağımsız bölümlerin değerleri ayrı ayrı hesaplanmamış, soyut bir biçimde dava tarihi itibarı ile değerlendirme yapılarak arsa payları yeniden belirlenmiştir.” (Y. 20. HD, E. 2019/2005, K. 2019/3843, T. 10.6.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>). “Bağımsız bölümlerin -kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki herbirinin alanı, konumu, biçimi ve diğer farklılıkları gözönünde bulundurulmalı, bu bağlamda herbir bağımsız bölümün yüzölçümü, kaçınıcı katta yer aldığı, cadde veya sokağa cephesi olup olmadığı, manzarası, güneşten yararlanma, rüzgar ve diğer dış etkenlerden etkilenme oranları gibi unsurlar gözönünde tutulmalı, buna göre dava konusu edilen bağımsız bölümlerin tapuda yazılı arsa payları ile saptanacak olan arsa payları arasında bir oransızlık bulunması halinde davanın kabulü gerekir.” (Y. 20. HD, E. 2017/9521, K. 2019/2651, T. 16.4.2019) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁵⁴ Bkz. Bölüm I/C.

⁵⁵ Durmazgezer, (n 6) 73; Sanrı Arslan, (n 6) 68.

⁵⁶ “Dava konusu anataşınmaz yıkıldığına göre, kat mülkiyetli veya kat irtifaklı bağımsız



var olan bir kavramdır. Arsa payının düzeltilmesi davası açabilmek için, işin doğası gereği arsa payının varlığına yol açan kat irtifakı veya kat mülkiyetinin sürüyor olması gerekir. Aksi halde zaten teknik olarak mevcut olmayan arsa payının düzeltilmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çalışmanın konusu gereği kat irtifakının ve kat mülkiyetinin sona erme halleri üzerinde durulmayacaktır.

3. Kat Mülkiyetinin Mahkeme Kararıyla Kurulmamış Olması

Davanın açılabilmesi için üçüncü ve olumsuz şart, kat mülkiyetinin mahkeme kararıyla kurulmamış olma şartıdır⁵⁷. Kat mülkiyetinin mahkeme kararıyla kurulması halinde, arsa payı da mahkeme kararıyla belirleneceği için artık kesin hüküm sebebiyle arsa payının maliklerin rızasıyla veya mahkeme kararıyla değiştirilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁸.

4. Talep

Arsa payının düzeltilmesinin dördüncü ve son şart, arsa payının düzeltilmesini talep etmek yani dava açmaktır (KMK m. 3/2). Arsa payının düzeltilmesi davasını, yalnızca kat maliki veya kat irtifakı sahibi olanlar açabilir (KMK m. 3/2). Kiracılar, sınırlı ayni hak sahipleri ve kat maliki olmayan yöneticiler bu davayı açamazlar⁵⁹. Açılan dava, tüm kat maliklerinin arsa paylarını etkileyebileceğinden davanın, davacı haricindeki tüm kat maliklerine karşı açılması zorunludur⁶⁰.

bölümlerden bahsedilemeyeceğinden, uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesini uygulamak mümkün değildir. Arsa paylarının yeniden belirlenmesine ilişkin davalar, ana yapının kat irtifakı veya kat mülkiyeti statüsünü koruduğu sürece açılabilir.” (Y. 18. HD, E. 2007/9977, K. 2008/2372, T. 3.3.2008) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁵⁷ Kat mülkiyeti üç şekilde kurulabilmektedir: Birincisi, henüz kat irtifakı kurulmamışsa arsanın maliki veya tüm paydaşlarının istemi üzerine KMK m. 10/1 gereği resmi senet düzenlenmesi ve bunun tapuya tescilidir. İkincisi, kat irtifakı kurulmuşsa KMK m. 3/3 gereği yapı kullanma izin belgesi düzenlenmesinden sonra kat irtifakının resen kat mülkiyetine tapu idaresi tarafından çevrilisidir. Bu işlem pek tabii kat irtifakı sahiplerinin istemiyle üzerine de yapılabilir. Üçüncüsü ise kat mülkiyetinin yargı kararıyla kurulmasıdır. KMK m. 10/6 gereği ortaklığın giderilmesi davalarında mirasçı veya ortak maliklerden biri kat mülkiyetinin kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesini isterse hakim o gayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine karar verebilir. Bu ihtimalde de kat mülkiyetinin kurulabilmesi için KMK m. 12'de aranan koşullar sağlanmalı ve her bir bağımsız bölümün arsa payı belirlenmelidir.

⁵⁸ Akpınar, (n 43) 64; Erkan Alpöğünç, “Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması Düzeltme Davası” (2019) 89, *TBB*, 501.

⁵⁹ Germeç, (n 7) 77; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 112; Durmazgezer, (n 6) 77; Sanrı Arslan, (n 6) 78; Ali Haydar Karahacıoğlu ve Ahmet Cengiz Ergin, *Açıklamalı – İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (8. Baskı, Adalet 2011) 75; Arslan ve Kırmızı, (n 6) 53.

⁶⁰ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 1) 112; Tekinay, (n 1) 99; Durmazgezer, (n 6) 78. “Dava, arsa paylarının değiştirilmesi istemine ilişkindir. Davada verilecek karar bağımsız bölümlerin arsa paylarında artma ya da azalmaya neden olacağından mülkiyet hakkının özünü etkileyen

Dava, yöneticiye, yönetim kuruluna veya tapu sicil müdürlüğüne karşı açılmaz.

D. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda Sulh Hukuk Mahkemeleri görevlidir⁶¹ (KMK Ek m. 1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶² m. 12 gereği bu davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Arsa payının düzeltilmesi davası taşınmaz üzerinde aynı hakka ilişkin bir dava olması sebebiyle bu davada mahkemenin yetkisi kesindir.

III. ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ DAVASIYLA İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HUSUSLAR

Bu bölümde, arsa payının düzeltilmesi davasının açılma süresiyle ilgili genel değerlendirme yapılacak, dava açma zamanı dürüstlük kuralıyla birlikte değerlendirilecek ve son olarak arsa payının iyiniyetli kazanımının mümkün olup olmayacağı incelenecektir.

A. DAVANIN SÜREYE TABİ OLMAMASI

1. Davanın Süreye Tabi Olmaması Hakkında Genel Değerlendirme

Arsa payı ortak mülkiyet payını gösterdiği için arsa payının düzeltilmesi için açılacak dava aynı bir dava olup, her zaman açılabilir. Çünkü aynı

bu durumun bütün kat maliklerinin hukukunu ilgilendirdiği gözetilerek husumetin bütün kat maliklerine yöneltilmesi ve buna göre taraf teşkilinin sağlanması gerektiği dikkate alınarak; müşterek paydaşlardan 3 numaralı, 6 numaralı, ve 7 numaralı bağımsız bölümdeki kat maliklerinin davaya yöneminde dahil edilip taraf olarak katılımı sağlanmadan davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Y. 18. HD, E. 2013/1269, K. 2013/5378, T. 2.4.2013) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁶¹ “Dava, arsa paylarının yeniden düzenlenmesine ilişkindir. Taşınmaz üzerinde kat irtifakının kurulduğu anlaşılmaktadır. *Uyuşmazlık Kat Mülkiyeti Yasası'ndan kaynaklandığından sulh mahkemesinde çözümlenir.* Görevsizlik kararı verilmesi hukuka aykırıdır.” (Y. 18. HD, E. 2011/11790, K. 2012/564, T. 26.1.2012) (<https://www.kazanci.com.tr>). “Dava konusu taşınmazlarda kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulduğu açık olup söz konusu taşınmazların birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve kooperatif yönetimi tarafından hazırlanan teknik heyet raporu faturalarda yer alan değerlere dönüştürülmesi talebinden ibaret olup bu durumda olayda 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanması gerektiği hususu kuşkusuz olup ancak davaya konu taşınmazların birden çok parseli ilgilendirdiği toplu yapı yönetimine geçilip geçilmediğinin dosya kapsamından anlaşılamadığı görülmekle öncelikle bu hususun araştırılıp *Kat Mülkiyeti Kanunu* 66. maddesi gözönünde bulundurulurken, toplu yapı yönetimine geçilmiş ise asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağı aksi halde ise şimdi olduğu gibi sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu gözönünde bulundurulurken buna göre görevsizlik kararı verilmesi gerekirken bu husus açıklığa kavuşturulmadan görevsizlik kararı verilip dosyanın sulh hukuk mahkemesine gönderilmiş olması doğru görülmemiştir.” (Y. 20. HD, E. 2017/905, K. 2017/10114, T. 5.12.2017) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁶² RG: T. 4.2.2011, S. 27836.



haklar için kural olarak zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu değildir⁶³. Kat Mülkiyeti Kanunu da arsa payının düzeltilmesi davası hakkında herhangi bir süre şartı öngörmemiştir⁶⁴. Ancak süreye tabi olmaması sebebiyle KMK m. 3 hükmünün somut norm denetimi yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurulmuştur. Başvurunun gerekçesi kısaca; arsa payının düzeltilmesi davasının herhangi bir zamanaşımına bağlı olmamasının kat maliki veya kat irtifakı sahiplerini sürekli dava tehdidi altında bırakarak onların mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasıdır. Yerel mahkeme iptal istemini Anayasanın (AY)⁶⁵ 10. ve 35. maddeleriyle gerekçelendirmiştir⁶⁶. AYM ise iptal başvurusunu reddetmiştir⁶⁷. Anayasa mahkemesinin gerekçesine önemine binaen kısaca yer vermek gerekebilir. Anayasa mahkemesi, arsa payının düzeltilmesi davasının herhangi bir süreyle sınırlanmamış olmasının, lehine fazladan arsa payı ayrılan bağımsız bölüm maliklerini sürekli dava tehdidi altında bırakacağı için, onların mülkiyet hakkını ihlal ettiğini kabul etmiştir. Ancak bununla birlikte AYM, mülkiyet hakkının AY m. 35/2 gereği kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini belirterek, kendisine olması gerekenden az arsa payı ayrılan bağımsız bölüm malikinin mülkiyet hakkını korumak amacıyla, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesinde (arsa payının düzeltilmesi davası imkanını sağlayarak) kamu yararı bulunduğunu, iptal talebinin reddine gerekçe olarak göstermiştir⁶⁸.

⁶³ Özmen ve Çakmak, (n 15) 732.

⁶⁴ Davanın temelinde yatan aynı hak, davanın süreye bağlı olmamasını gerektirir: Özmen ve Çakmak, (n 15) 732.

⁶⁵ RG: T. 9.11.1982, S. 17863.

⁶⁶ AYM başvurusu ilgisi nedeniyle AY m. 13 ve 36 yönünden de incelemiştir.

⁶⁷ AYM T. 10.9.2015, K. 2015/81, E. 2015/25; RG: T. 21.10.2015, S. 29509.

⁶⁸ “4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir. 5. Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, bir binanın üzerinde bulunduğu arsanın, kat malikleri arasında, bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerlerine oranlı bir şekilde tahsis edileceği ifade edildikten sonra, itiraz konusu ikinci cümlesinde, arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibinin, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabileceği hüküm altına alınmıştır. 6. Anayasa'nın 35. maddesinde “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir, Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz hükmüne yer verilerek, mülkiyet hakkı, miras hakkıyla birlikte bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. 7. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır, Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığında sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir. 8. Anayasa'nın 35. maddesiyle Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına saygı gösterme ve haksız müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğün yanında, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleleri önleme şeklindeki

Arsa payının düzeltilmesi için açılan davalarda paylı mülkiyete ilişkin hüküm-

pozitif bir yükümlülük de yüklenmektedir. 9. İtiraz konusu kuralla, arsa paylarının, bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre oranlı bir şekilde tahsis edilmemesi durumunda, kat maliklerinin veya kat irtifak sahiplerinin, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilmeleri herhangi bir süre sınırlamasına tabi tutulmaksızın mümkün hâle getirilmektedir. Kat maliki veya kat irtifak sahiplerine tanınan dava hakkının belli bir süreyle sınırlandırılmaması, lehine fazladan arsa tahsisi yapılan kişiyi sürekli bir şekilde dava tehdidi altında bırakacağından mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. 10. Ayrıca Anaasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmüştür. Kanun koyucunun, arsa paylarının bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre oranlı bir şekilde tahsis edilip edilmediğinin tespiti talebiyle kat maliklerine veya kat irtifak sahiplerine süresiz şekilde dava açma hakkı tanınması Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının Devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün ifası amacına dayanmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalede kamu yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. 11. Ancak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük ilkesi nedeniyle kanun koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, kanun koyucu, tahsisin lehine sonuç doğurduğu malik ile aleyhine sonuç doğurduğu malikin menfaatleri arasında adil bir denge kurmalıdır. 12. Birden fazla bağımsız bölüme sahip olan çok katlı yapılar umumiyetle arsa paylarının bağımsız bölümlere tahsis işlemleri yapıp kat mülkiyetine geçirildikten sonra satılmaktadır. Bu durumda yapı nihayete erdiği ve kat mülkiyeti veya kat irtifakı tesis edildiği esnada bağımsız bölümlere kimlerin malik olacağı bilinmemektedir. Bu sebeple bina sahibi açısından bir önem teşkil etmemesi dolayısıyla, kat mülkiyeti veya kat irtifakı tesis edilirken bağımsız bölümlere arsa payı özgülenmesi işlemleri özensiz bir şekilde yapılabilmektedir. Bağımsız bölümlere daha sonradan malik olan kişiler ise bunların konum ve büyüklüklerine göre ücret Ödemekte, ancak arsa paylarının bağımsız bölümlerin değeriyle oranlı bir şekilde tahsis edilmemesi durumunda mağduriyet yaşamaktadırlar. 13. Kanun koyucu, İtiraz konusu kuralla tahsis İşleminin aleyhine sonuç doğurduğu kişinin mülkiyet hakkı ile lehine fazladan tahsis yapılan kişinin mülkiyet hakkı arasında bir dengeleme yapmış ve değinilen sakıncalar nedeniyle tahsisin aleyhine sonuç doğurduğu malikin mülkiyet hakkını gözeterek bir süre sınırı olmaksızın dava açabilme imkânı tanımıştır. Böylece arsa paylarının hakkaniyete uygun bir şekilde tahsis edilmemesi neticesinde oluşan mağduriyetin süre şartı öngörülmeksizin giderilmesine ilişkin bir çözüm yolu getirilmiş ve arsa payı olması gerekenden daha düşük tahsis edilen kişinin mülkiyet hakkı korunmaya çalışılmıştır. Bütün bunlar göz önünde bulundurulduğunda, tahsis işleminin aleyhine sonuç doğurduğu malikin mülkiyet hakkının gözetilerek, kat maliklerine arsa paylarının yeniden belirlenmesi amacıyla tanınan dava açma hakkının herhangi bir süreyle sınırlandırılmaması mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil etmemektedir. 14. Öte yandan Türk hukukunda, mülkiyet hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması ilke olarak benimsenmemiştir. Ancak kanun koyucu istisnai olarak, haklarını uzun zaman kullanmayan bir kişinin bu haklarından feragat etmiş olduğunun kabul edilmesi veya fiili durumun bir müddet sonra hukukileştirilmesi gerektiği gibi bazı gerekçelerle bu yolu kabul etmiştir. Gayrimenkullere ilişkin zamanaşımı müessesesi, uzun bir süre devam eden ve itiraza uğramayan ziyetlik sonucu bir taşınmazın iktisabını mümkün hâle getirmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu gayrimenkullere ilişkin zamanaşımı yoluyla mülkiyeti istisnai

lerinin de uygulanarak bir süre sınırı tayini mümkün değildir⁶⁹.

2. Davanın Açma Hakkının Dürüstlük Kuralıyla Sınırlanması

Her hak gibi arsa payının düzeltilmesi davası açma hakkı da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmak zorundadır. Aksi halde hukuk düzeni, kanunda aranan tüm şartlar sağlanmış olup hak doğsa da bu hakkı hukuken korumaya değer görmeyecektir⁷⁰. Dürüstlük kuralı, bir kimseden dürüst, makul bir insandan beklenebilecek davranışlarda bulunmayı gerektirir⁷¹. Bunun bir gereği olarak da herkes, hukukun sağladığı hakları verilmiş amacına uygun olarak kullanmak zorundadır⁷². Yargıtay, konuyla ilgili birçok kararında dürüstlük kuralı yerine iyiniyete aykırılıktan bahsetmektedir. Ancak bir hakkın verilmiş

olarak kabul etse de bu husus kanun koyucunun takdiri olup anayasal bir zorunluluğu ifade etmemektedir. 15. Diğer taraftan Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Hak arama hürriyetinin temel unsurlarından birisi mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi ve verilen kararın uygulanması hakkını da kapsar. 16. Kanun koyucunun kat maliklerine arsa paylarının yeniden belirlenmesi için mahkemeye başvurabilme imkânı getirmesi, Anayasa'nın 36. maddesiyle tanınan mahkemeye erişim hakkının, dolayısıyla hak arama hürriyetinin de bir gereğidir. Kanun koyucu itiraz konusu kuralla dava açma hakkını sınırlamamak suretiyle mülkiyet hakkını da güvence altına almıştır. 17. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir." AYM T. 10.9.2015, K. 2015/81, E. 2015/25; RG: T. 21.10.2015, S. 29509.

⁶⁹ Sanrı Arslan, (n 6) 86; Durmazgezer, (n 6) 81. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda eser sözleşmesine dayandığı gerekçesiyle arsa payının düzeltilmesi davasına hatalı bir şekilde 5 yıllık zamanaşımı süresini uygulamıştır. Karar ve eleştirisi için bkz. Özmen ve Çakmak, (n 15) 735 vd.

⁷⁰ Yargıtay, birçok kararında dürüstlük kuralı yerine iyiniyete aykırılıktan bahsetmektedir. Ancak bir hakkın verilmiş amacına uygun kullanılma şartı, iyiniyetle ilgili olmayıp dürüstlük kuralıyla ilgili bir kavramdır: Y. 20. HD, E. 2017/10873, K. 2018/6104, T. 1.10.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>) (E.T: 28. 9. 2020); Y. 20. HD, E. 2017/2556, K. 2018/7917, T. 6.12.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁷¹ M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 262; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Medeni Hukuk* (25. Baskı, Beta 2019) 92-93; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları* (44. Baskı, Yetkin 2019) 182; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C. 1* (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018) 244; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018) 44-45; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (2. Baskı, Legal 2018) 355-356.

⁷² Oğuzman ve Barlas, (n 71) 266; Akıntürk ve Ateş, (n 71) 94 vd.; Öztan, (n 71) 189; Dural ve Sarı, (n 71) 260-261; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Turhan 2019) 108. "Hakkın kötüye kullanılma yasağı kamu düzeni ile ilgilidir." Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006) 23-24.

amacına uygun kullanılma şartı, iyiniyetle ilgili olmayıp dürüstlük kuralıyla ilgili bir kavramdır⁷³.

Dürüstlük kuralı gereği arsa payının düzeltilmesi davası açma hakkının sınırlanabildiği durumlar ve sınırlama şartları üç başlıkta incelenecektir⁷⁴.

a. Davayı Açan Kat Malikinin Resmi Senette İmzasının Olması

Yargıtay, arsa paylarının belirlendiği resmi senette imzası olan bağımsız bölüm malikinin sonradan arsa payının düzeltilmesi davası açması halinde, hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı gerekçesiyle davayı reddetmektedir⁷⁵. Öğretide bir kat malikinin diğer kat malikleriyle anlaşarak arsa payını düşük tutmuş ve bunu bir edim karşılığı yapmışsa sonradan arsa payına itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılmasına örnek oluşturacağı söylenmektedir⁷⁶. Ayrıca bu fikre göre bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin, arsa payının düşük olduğunu ve bunun sebebini bilerek devralması durumunda arsa payının düzeltilmesi davası açması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir⁷⁷. Ancak bunun için sadece arsa payının düşüklüğünün bilinmesi yeterli olmayıp bunun sebebini de bilinmesi gerekir. Bu görüşten anlaşılacağı üzere ve bizce de sadece arsa payının düşük olduğunu bilerek bir bağımsız bölüm satın alan kişinin, arsa payının düzeltilmesi davası açması hakkın kötüye kullanıldığını göstermez⁷⁸.

⁷³ Y. 20. HD, E. 2017/10873, K. 2018/6104, T. 1.10.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>); Y. 20. HD, E. 2017/2556, K. 2018/7917, T. 6.12.2018 (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁷⁴ Burada incelediğimiz husus, korunmaya değer bir hukuki yarar olarak da ifade edilmektedir: “Ayrıca arsa paylarının düzeltilmesini isteyen kat malikinin isteminde korunmaya değer bir hukuki yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi.” (Y. 20. HD, E. 2017/10873, K. 2018/6104, T. 1.10.2018) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁷⁵ “Açıklanan bu yasal durum çerçevesinde somut olayda; anataşınmazda kat mülkiyeti kurulması sırasındaki belgeler ile arsa paylarının düzenlenmesine yönelik listede davacının imzasının olduğu anlaşıldığından, davacının bizzat kendisi tarafından kurulmuş olan kat mülkiyetindeki arsa paylarının düzeltilmesini istemekte iyiniyetli sayılamayacağı ve bu davayı açmakta korunmaya değer hukuki yararının bulunmadığının dikkate alınmamış olması doğru görülmemiştir.” (Y. 20. HD, E. 2017/2556, K. 2018/7917, T. 6.12.2018) (<https://www.kazanci.com.tr>). “Arsa paylarının yapıldığı dönemdeki değerlerinin orantılı olup olmadığının araştırılması, kat maliki veya maliklerinin iyiniyetli olup olmadıklarının ve ayrıca arsa paylarının düzeltilmesini isteyen kat malikinin isteminde korunmaya değer bir hukuki yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, arsa paylarının düzenlenmesine ilişkin listede imzası olan kişi ile taraflar arasındaki mirasçılık ilişkisinin araştırılması gerekirken bilirkişi kurulundan yeniden ek rapor alınmadan, arsa paylarının düzenlenmesini gerektirecek bir hususun olup olmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir.” (Y. 20. HD, E. 2017/10873, K. 2018/6104, T. 1.10.2018) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁷⁶ İnal, (n 16) 48.

⁷⁷ İnal, (n 16) 49.

⁷⁸ “Keza bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan intikal edip arsa payının ilk belirlenmesinde



b. Uzun Süre Dava Açılmamış Olması

Arsa payının düzeltilmesi davasını açmak için herhangi bir süre sınırı bulunmamaktadır ancak bu durum bu davayı açma hakkının verilmiş amacına aykırı kullanılmasını sonuçlayamaz. Davanın açılma zamanı hakkın verilmiş amacına uygunluk bakımından incelenmesi gereken bir husustur ancak sadece davanın açılma zamanına göre yapılacak değerlendirmeye hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenemez. Somut olayın tüm koşulları esas alınmalıdır. Örneğin bir bağımsız bölümün arsa payı olması gerektiğinden eksik belirlenmiştir ve yıllardır bağımsız bölüm malikleri eşit oranda giderlere katılmakta ve haklardan yararlanmaktadır. Eş deyişle arsa paylarını dikkate almamaktadırlar. Uzun yıllar geçtikten sonra arsa payının düzeltilmesi davası açılmış olması hakkın verilmiş amacına aykırı kullanıldığını doğrudan göstermez. Çünkü aksi halde her uyumsuzlukta uygulanacak bir süre sınırı getirilmiş olur. Ancak özellikle hatalı belirlenmiş arsa payı sebebiyle yıllar boyu bir çıkar elde edilmişse örneğin hatalı olarak eksik belirlenen arsa payı sebebiyle ilgili bağımsız bölüm maliki bu arsa paylarına göre belirlenen aidatı düşük ödemiş ve uzunca süre sonra bu davayı açarsa durum özellik arz edecektir. Çünkü bu durumun nimetlerinden uzunca bir süre yararlanılmış ve diğer kat maliklerine karşı da bu davanın açılmayacağına dair haklı güven oluşturulmuş olabilir. Kısaca, davanın açılma anı hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde bakılacak kriterlerden, somut olayda dikkate alınacak unsurlardan birisi olabilir.

c. Kentsel Dönüşümle Birlikte Açılan Davalar

Kentsel Dönüşüm Kanunu ile afet riski altında olan alanlar ve bu alanların dışında olan riskli yapıların bulunduğu arazi ve arsaların sağlıklı ve güvenli bir yaşam için dönüşüme tabi tutulması istenmiştir (6306 SK m. 1). Kentsel dönüşümün amacı riskli yapıların güvenli hale getirilmesiyle daha güvenli ve konforlu bir yaşam alanı inşa etmektir⁷⁹. Riskli yapılar, bu yapıların tespiti, kentsel dönüşüme alınma şartları çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bizim burada üzerinde durduğumuz husus kentsel dönüşüm kapsamına girebilecek yerlerde arsa payının düzeltilmesi davası açılması hususudur. Çünkü kentsel dönüşümle birlikte kat irtifakı veya kat mülkiyeti sona erip arsa haline gelen taşınmaz kendiliğinden paylı mülkiyete dönüşeceği için eski kat malikleri arsa payları oranında paya hak sahibi olacaklardır (6306 SK m. 6). Bu durum

hiçbir surette katılımı ve etkisi söz konusu olmayan maliklerin de iyiniyetli olduklarından ve arsa payı düzeltim davasını açma yetkisini haiz olduklarından şüphe duyulmamalıdır.” (Y. 18 HD, T. 19.09.2002, E. 2002/8323, K. 19.09.2002) karar için bkz: Tezcan ve Canbolat, (n 26) 122.

⁷⁹ Tezcan ve Canbolat, (n 26) 108; Fatih Turan Yaman ve Uysal Şahinbaş, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm” (2017) 47, ABMYO Dergisi, 61 vd.

kat maliklerini arsa payının düzeltilmesi davası açmaya sevk etmektedir⁸⁰. Ayrıca daha önce de ifade edildiği üzere⁸¹ kat mülkiyeti veya kat irtifakı sona erdikten sonra arsa payının düzeltilmesi davası açılmayacağı yani Kentsel Dönüşüm Kanunu gereği binanın yıkılmasından sonra bu dava açılmayacağı için davanın vaktinde açılmasının önemi artmıştır⁸².

Bağımsız bölüm malikleri senelerdir arsa paylarına itiraz etmemiş, aidat ve diğer giderlere eşit olarak katlanmış, haklardan eşit olarak yararlanmış ancak Kentsel Dönüşüm Kanunu gereği binalarının yıkılması sonrası daha çok hak elde edebilmek için bu davayı açmışlarsa, hukuk düzeni bu hakkı korumayacaktır⁸³. Çünkü arsa payının düzeltilmesi davasının amacı baştan özensiz, hatalı belirlenmiş arsa paylarının sonradan bağımsız bölüm maliklerinin açacağı davayla düzeltilmesini sağlamaktır. Burada ise taraflar arsa paylarını nazara almaksızın fiili olarak eşit veya kararlaştırdıkları şekilde Kat Mülkiyeti Kanunu gereği doğan haklara ortak olmuş, yükümlülükleri üstlenmişler ve birbirlerine karşı korunmaya değer bir güven oluşturmuşlardır. Kentsel Dönüşüm Kanunu gereği yeni yapılacak yapılardan daha fazla pay alabilmek için bu davanın açılması, hakkın hukuken korunma amacıyla bağdaşmamaktadır.

B. TMK m. 1023'ün Dava Açılmasına Engel Oluşturup Oluşturamayacağı

Arsa payı hatalı belirlenen bağımsız bölümün, üçüncü kişilere devredilmesi halinde TMK m. 1023 gereği arsa payı üzerinde iyiniyetli kazanım mümkün olacak mıdır? Bu soruya cevap aramak için önce TMK m. 1023'ün şartlarını incelemek gerekmektedir. Anılan madde gereği, tapu kütüğüne dayanarak iyiniyetli aynı hak kazanımı korunmaktadır⁸⁴. Bunun sebebi, tescilin olumlu hükmü gereği, tescil edilmiş hakların mevcut olduğuna dair güvenin korunmasıdır⁸⁵. Bu başlıkta tapu kütüğüne dayalı iyiniyetli kazanımın şartları tek tek incelenerek, her bir şartın arsa payının kazanımı için uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

⁸⁰ Özmen ve Çakmak, (n 15) 742.

⁸¹ Bkz. Bölüm II/C-2.

⁸² Tezcan ve Canbolat (n 26) 119.

⁸³ Özmen ve Çakmak, (n 15) 747 vd; Antalya ve Topuz, (n 71), 392. Davanın sadece geç açılması başlı başına hakkın kötüye kullanıldığını göstermez, bununla birlikte giderlere daha düşük bedelle katılım sağlamak gibi bir menfaat gereği arsa payının düzeltilmesi davasını açmayı sonradan menfaati gerektirdiği için bu davanın açılması hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır.

⁸⁴ TMK m. 1023: "Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

⁸⁵ Sirmen, (n 40) 202; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2019) 659; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 48) 347-348.

1. TMK m. 1023'ün Uygulanabilmesi İçin Aranılan Şartlar

• Sicilin Yolsuz Olması

Öğretide yolsuz tescil, gerçek hak durumunu yansıtmayan tescil olarak tanımlanmaktadır⁸⁶. Bir bağımsız bölümün arsa payı olması gerektiği gibi hesaplanmamış ise tescil gerçek durumunu yansıtmadığından yolsuz olacaktır⁸⁷. Çünkü tescil, arsa payı oranına ilişkin kaydı da kapsamaktadır⁸⁸.

• Kazananın Üçüncü Kişi Olması

Yolsuz tescile güvenerek bir hakkın kazanılabilmesi için hakkı kazanacak kimsenin üçüncü kişi olması gerekmektedir⁸⁹. Yani arsa payı hatalı belirlenmiş bağımsız bölümün malikinden, bağımsız bölümü devralan kişinin kazanımı korunmaktadır⁹⁰.

• Üçüncü Kişinin Bir Aynı Hak Kazanmış Olması

Yolsuz tescile güvenerek bir hakkın kazanılabilmesi için kazanılacak hakkın mülkiyet veya sınırlı aynı hak olması gerekir⁹¹. Arsa payı üzerinde bağımsız bölüm malikinin aynı hakkının bulunduğu açıktır⁹².

Arsa payına dair bir kazanımdan bahsedebilmek içinse ilgili bağımsız bölümün arsa payı, olması gerektiğinden fazla belirlenmiş olmalıdır. Aksi halde bir kazanımdan bahsetmek mümkün olmayacak, TMK m. 1023 hükümleri uygulanamayacaktır. Diğer bir deyişle daha az aidat ödemek için düşük arsa payına sahip olmak isteyen ve ilgili bağımsız bölümü bu sebeple edinen bir

⁸⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 232-233; Nomer ve Ergüne, (n 40) 176; Sirmen, (n 40) 233; Çetin, (n 40) 7; Özçelik, (n 40) 69.

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 233; Özmen ve Çakmak, (n 15), 732; Sanrı Arslan, (n 6) 69.

⁸⁸ Özçelik, (n 40) 113.

⁸⁹ Sirmen, (n 40) 202; Nomer ve Ergüne, (n 40) 144; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (8. Basım, Der 2018) 48.

⁹⁰ Adına yolsuz tescil olan kimse ve külli halefleri üçüncü kişi olmadıklarından yolsuz tescile dayalı kazanım onlar için mümkün değildir: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 233; Sirmen, (n 40) 202. Yargıtay, arsa payının belirlenmesi sırasında resmi senette imzası olan bağımsız bölüm maliklerinin külli haleflerinin de arsa payının düzeltilmesi davası açamayacağını savunmaktadır. "Arsa paylarının düzenlenmesine ilişkin listede imzası olan kişi ile taraflar arasındaki mirasçılık ilişkisinin araştırılması gerekirken.." (Y. 20. HD, E. 2017/2556, K. 2018/7917, T. 6.12.2018) (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) 235; Sirmen, (n 40) 205; Nomer ve Ergüne, (n 40) 144-145; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (n 48) 119.

⁹² "Arsa payı bağımsız bölüm mülkiyetinin bütünleyici parçası gibidir." Ertaş, (n 5) 42. "Arsa payının düzeltilmesi mülkiyet hakkıyla ilgilidir." Ertaş, (n 5) 77. "Bağımsız bölümün maliki, o bağımsız bölüme tekabül eden arsa payının da malikidir." İnal, (n 16) 37. AYM'nin KMK m. 3/2'nin iptalinin istemiyle yapılan başvurunun reddine gerekçe olarak mülkiyet hakkını göstermesi de arsa payı üzerinde bağımsız bölüm malikinin aynı hakkı olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca arsa payının düzeltilmesi davasının aynı mahiyette olduğu Yargıtay'ın da kabulündedir: (Y. 3. HD, E. 2012/12160, K. 2012/16687, T. 3.7.2012).

kimsenin TMK m. 1023 korumasından yararlanma imkanı olamaz çünkü kazanım yoktur dolayısıyla diğer şartların sağlanması halinde arsa payının artışı engelleyemez. Diğer bir deyişle arsa payının düzeltilmesi davasında tüm bağımsız bölümlerin arsa payları etkilenebilir çünkü bir bağımsız bölümün arsa payının değişmesi tüm bağımsız bölümlerin arsa paylarının değişmesini gerektirebilir. Bu halde arsa payı gerçekte olması gerekenden düşük belirlenmiş kat malikleri (örn. daha daha düşük aidat ödemek için) arsa paylarının yükseltilmemesini TMK m. 1023'e dayanarak isteyemez. Çünkü ilgili madde aynı hak kazanımı düzenlemiştir ve bu ihtimalde arsa payının düşük kalmasına dair menfaat bir aynı hak değildir.

- Üçüncü Kişinin Aynı Hakkı İyiniyetle Kazanmış Olması

Yolsuz tescile güvenerek bir hakkın kazanılabilmesi için hakkı kazanacak kişinin iyiniyetli olması gerekir. İyiniyet kısaca; bir hakkın kazanılabilmesi için bulunan hukuki engeli, gerekli tüm özenin gösterilmesine rağmen bilmemek ve bilecek durumda olmamak şeklinde tanımlanabilir⁹³.

TMK m. 1024/1 gereği yolsuz tescili bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi hakkı kazanamaz. Burada incelemeye değer husus, arsa payı hatalı belirlenen bağımsız bölümü devralan üçüncü kişinin bunu bilmesinin gerekip gerekmediğidir. Bir kimsenin kendi bağımsız bölümüne tahsis edilmesi gereken arsa payını tespit edebilmesi için anagayrimenkuldeki tüm bağımsız bölümlerin değerlerini bilmesi gerekmektedir. Bağımsız bölümlerin değerlerine ilişkin bilgi, bağımsız bölümlerin güncel değerleri olmayıp kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulduğu andaki değerleridir. Yüzlerce bağımsız bölüme sahip anagayrimenkulden bir bağımsız bölüm devralan üçüncü kişinin, tüm bağımsız bölümlerin değerlerini hesaplayabilmesi ve hatta bunu kat mülkiyeti veya kat irtifakının kurulduğu ana göre yapabilmesini beklemek yerinde olmaz. Ancak kat irtifakı veya kat mülkiyeti yeni kurulmuş anagayrimenkulde birkaç bağımsız bölüm bulunması halinde üçüncü kişinin, devraldığı bağımsız bölüme ilişkin arsa payının ne olacağını bilmesi beklenebilir olabilecek ve iyiniyetten bahsedilemeyecektir.

2. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun TMK m. 1023 ile Birlikte Değerlendirilmesi

Arsa payı, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulurken belirlenir. Arsa payının sonradan tüm bağımsız bölüm maliklerinin rızasıyla yeniden belirlenmesi de mümkündür. Her iki durumda da belirlemenin, KMK m. 3/2 gereği bağımsız bölümün değerine göre yapılması gerekse de bu belirleme, 5711 sayılı kanun değişikliği öncesi hak sahiplerince, değişiklik sonrasında ise proje müellifince yapılacak ve özel hukuk sahasına girmesi sebebiyle belediye veya tapu

⁹³ Oğuzman ve Barlas, (n 71) 248-249; Akıntürk ve Ateş, (n 71) 81; Öztan, (n 71) 194 vd.; Kılıçoğlu, (n 72) 121; Antalya ve Topuz, (n 85) 323 vd.



görevlileri tarafından resen herhangi bir müdahaleye maruz kalmayacaktır. Keza hakim tarafından da resen nazara alınmayacaktır.

KMK m. 3/2’de getirilen arsa payının düzeltilmesi davası, arsa paylarının yanlış belirlenme ihtimaline karşı bağımsız bölüm maliklerinin mülkiyet hakkını korumak için getirilmiş, her bağımsız bölüm malikine süresiz olarak tanınmış özel bir imkandır. Bu sebeple hak sahiplerinin yahut proje müellifinin yapmış olduğu arsa payı belirlemesi mahkeme kararıyla her zaman düzeltilebilecektir.

Objektif ve teknik bir hesaplama olduğundan ve arsa payının düzeltilmesi davasının KMK m. 3/2 gereği süresiz olarak açılabilirdiğinden, arsa payı için TMK m. 1023’ün uygulanması mümkün gözükmemektedir⁹⁴. Çünkü tapu sicilinin olumlu hükmü, tarafların serbestçe belirlediği (hak sahipleri yahut proje müellifinin yapmış olduğu arsa payı belirlemesine resen herhangi bir müdahale söz konusu olmadığından) arsa payının değişmeyeceğine dair bir güven sağlamamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişinin güveni tapu siciline olmayıp, arsa payını belirleyen hak sahipleri veya proje müellifinedir⁹⁵. Ayrıca birçok bağımsız bölümü içeren büyük projelerde, proje sahiplerinin bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satacakları için arsa paylarının belirlenmesinde gerekli özeni göstermedikleri gerçeği karşısında, bu belirlemeye hukuken güvence yaratmaktansa arsa payının düzeltilmesi davasına üstünlük tanımak daha doğru olacaktır. Aksi halde arsa payının düzeltilmesi davası açma imkanı kanun koyucunun öngörmediği bir şekilde, neredeyse olanaksız hale gelecektir. Belirtmek gerekir ki tapuda taşınmazın niteliğini belirten kayıtlardan sadece yüzölçümüne ilişkin kayıt iyiniyetle kazanmaya esas teşkil edebilir⁹⁶.

Yukarıda yapılan değerlendirmelerle birlikte Kat Mülkiyeti Kanunu’nda düzenlenen arsa payının düzeltilmesi davasının özel bir düzenleme olduğu, iyiniyete atf yapılmadıkça TMK m. 1023 hükmü yerine özel hüküm niteliğinde olan Kat Mülkiyeti Kanunu’nun uygulanması gerektiği de savunulabilecektir⁹⁷. Bununla birlikte öğretilerde KMK m. 3/2 hükmünün, sadece kat mülkiyeti değil eşya hukuku sistemi açısından zaruri olması sebebiyle, kamu düzenine ilişkin

⁹⁴ Özmen ve Şengül’e göre herkesin, aleyhine hak düşürücü süre olmaksızın arsa payının düzeltilmesi davası açılabilceğini bilmesi gerektiğinden üçüncü kişilerin tapu siciline dayalı iyiniyetli aynı hak kazanımlarından bahsetmek mümkün olmayacaktır: Emel Sabâ Özmen ve Mehmet Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Hak ve Şerhler* (On İki Levha 2018) 185.

⁹⁵ Ancak arsa payı oranı tapu sicilinde yazan ve mülkiyet hakkına ilişkin bir açıklama olduğundan bu husus tartışmaya açıktır.

⁹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 1) dn. 423; Cüneyt Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu* (Onikilevha 2012) 41.

⁹⁷ TMK m. 3 gereği iyiniyet, ancak atf yapılan hallerde korunabilir. Kat Mülkiyeti Kanunu bu konuda iyiniyete atf yapmamış, KMK’da hüküm bulunmayan hallerde Medeni Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır (m. 9).

olduğunun kabul edilmesi gerektiği aksi durumun kat mülkiyeti sistemini etkisiz kılacağı ve eşya hukukunun belirlilik ilkesini ihlal edeceği gerekçesiyle TMK m. 1023 hükmüne dayanarak arsa payı üzerinde iyiniyetli aynı hak kazanımı olamayacağı da savunulmaktadır⁹⁸. Çalışmamızda arsa payının TMK m. 1023 gereği iyiniyetli kazanımının mümkün olup olmayacağı incelenmiş TMK m. 712 gereği olağan zamanaşımıyla kazanım konusunda inceleme yapılmamıştır. Ancak bu konudaki görüşümüz de benzer olmakla birlikte hatalı belirlenmiş arsa payının TMK m. 712'deki geçerli olmayan hukuki sebep şartını sağlamayacağı için zaten TMK m. 712 gereği kazanım bizce mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Arsa payının belirlenmesinde dönem dönem farklı usuller benimsenmiştir. Pozitif hukukumuza göre bağımsız bölümlere tahsis edilecek arsa payları, bağımsız bölümlerin değerlerine göre hesaplanarak proje müellifince belirlenecektir.

Kat mülkiyeti sürdüğü zaman da sona erdikten sonrası için de arsa payının doğru belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Kat mülkiyeti sürerken kat maliklerinin haklarına, yükümlülüklerine, alacakları kararlara arsa payının etkisi bulunmaktadır. Kat mülkiyeti sona erdikten sonra ise arsa üzerinde paylı mülkiyete dönüleceği için bağımsız bölüm malikleri eski arsa payları oranında paylı malik olarak mülkiyet haklarını sürdürecektir.

Arsa payının düzeltilmesi davası 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1983 yılındaki değişikliğiyle hukukumuza dahil olmuştur. Buna göre her bağımsız bölüm maliki, arsa payının düzeltilmesi davasını herhangi bir süreye bağlı olmaksızın açabilecektir.

Arsa payının düzeltilmesi davasının herhangi bir süreye bağlı olmaması, aynı hakka dayanması, her bağımsız bölüm malikine karşı ileri sürülebilmesi sebebiyle yolsuz tescilin düzeltilmesi davasını hukuki temeline dayanmaktadır.

Arsa payının düzeltilmesi davasında her ne kadar süre sınırı bulunmasa da bu dava hakkı dürüstlük kuralına uygun kullanılmak durumundadır. Kentsel Dönüşüm Kanunuyla birlikte bu davaların amaç dışında kullanılmaya çalışıldığı Yargıtay tarafından tespit edilmiş ve dava ile ileri sürülen arsa payının düzeltilmesi talepleri dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur.

Arsa payı, tapu sicilinde gösterilen ve bu sebeple aleniyeti sağlanan bir

⁹⁸ İnal, (n 16) 43, dn. 72. Ayrıca yazar şu gerekçeleri de sunmuştur: Bağımsız bölümü satın alan kişinin bu bağımsız bölümü satın almakla birlikte kanun gereği onunla orantılı olması gereken arsa payını da almış bulunmaktadır. KMK m. 3/2'nin açık ifadesi gereği arsa payının düzeltilmesi davası her zaman açılabilmesi için iyiniyetle ve zamanaşımıyla iktisap mümkün olmayacaktır. İnal, (n 16) 43-44, dn. 72.



haktır. Hatalı arsa payı belirlenmiş bağımsız bölümü devralan iyiniyetli üçüncü kişi TMK m. 1023 kapsamında arsa payını kazanabilecek midir? Buna ilişkin değerlendirmemiz olumsuzdur. Çünkü dava süresi hakkında genel değerlendirme başlığında (Bölüm III/A) aktarılan AYM kararında da belirtildiği üzere arsa paylarının tespitinde gerekli özen çoğu kere gösterilmemekte bu sebeple arsa payları yanlış belirlenmektedir. Bağımsız bölümü devralan üçüncü kişiler de bağımsız bölümün değerini belirlemede arsa payını kıstas olarak almayacaklar, hatta arsa payının belirlenmesi için dikkate alınması gereken kriterleri (bağımsız bölümün büyüklüğü, bulunduğu kat vb.) dikkate alacaklardır. KMK m. 3/2 ile sağlanan imkan bu eksikliği gidermeye, arsa payının doğru tespiti sağlayarak mülkiyet hakkını korumaya yöneliktir. Her ne kadar tapu sicilinde yer alıyor olsa da arsa payına ilişkin yapılmış olan belirleme, hukuken korunmaya değer bir güvence yaratmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T ve Ateş D, *Medeni Hukuk* (25. Baskı, Beta 2019).
- Akpınar B, *Gayrimenkul Değerlemesinde Arsa Payı Kavramı Önemi ve Hesaplanması* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (2. Bası, Vedat 2006).
- Alpöğünç Erkan, “Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması Düzeltme Davası” (2019) (89) *TBBD* 493-506.
- Antalya O. G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II* (Legal 2018).
- Antalya O. G ve Topuz M, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Seçkin, 2019).
- Antalya O. G ve Topuz M, *Medeni Hukuk* (2. Baskı, Legal 2018).
- Arslan İ ve Kırmızı M, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (Bilge, 2012).
- Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin, 2016).
- Ayan M, *Eşya Hukuku II Mülkiyet* (7 Baskı, Konya, Mimoza, 2014).
- Aybay A ve Hatemi H, *Eşya Hukuku* (4. Bası, Vedat 2014).
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (13. Basım, Dora 2019).
- Çetin G, *Yolsuz Tescil Kavramı ve Türleri* (On İki Levha 2019).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C. I* (Filiz 2018).
- Durmazgezer N, *Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Arsa Payı* (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (8. Basım, Der 2018).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (13. Baskı, Barış 2017).

- Ertaş Ş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. Bası, Bilge 2015).
- Germeç M. E, *Kat Mülkiyeti Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2017).
- Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4. Bası, Vedat 2017).
- Helvacı S ve Erlüle F, *Medeni Hukuk* (5. Baskı, Legal 2018).
- İnal E, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı* (On İki Levha 2017).
- Karahacıoğlu A. H ve Ergin A. C, *Açıklamalı – İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (8. Baskı, Adalet 2011).
- Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi, H, Serozan R, Arpacı A, *Borçlar Hukuku, C. 1*, (Filiz 2017).
- Kılıçoğlu A. M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Turhan 2017).
- Kılıçoğlu Ahmet, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Turhan 2019).
- Nomer H. N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Beta 2020).
- Nomer H. N ve Ergüne M. S, *Eşya Hukuku* (7. Bası, On İki Levha 2019).
- Oğuzman, M. K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (24. Bası, Vedat 2018).
- Oğuzman, M. K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (21. Baskı, Filiz 2018).
- Oğuzman, M. K, *Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi* (İsmail Akgün 1958).
- Özçelik Ş. B, *Tapu Siciline Güvenin Korunması*, (Yetkin 2016)
- Özmen E. S ve Çakmak B, “6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar” (2013) (87) (5) *İBD*, 725-750.
- Özmen E. S ve Vardar Hamamcıoğlu G, *Kat İrtifakı* (3. Bası, On İki Levha 2017)
- Özmen E. S ve Şengül M, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Ayni Hak ve Şerhler* (On İki Levha 2018)
- Öztan B, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları* (44. Baskı, Yetkin 2019)
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku* (7. Bası, On iki levha 2019)
- Pekmez C, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu* (Onikilevha 2012).
- Reisoğlu S, *Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları* (Sevinç 1963).
- Reisoğlu S, *Uygulamada Kat Mülkiyeti* (4. Bası, Sevinç 1976).
- Reisoğlu S, *Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları* (Ajans Türk Matbaası 1961).
- Arslan P. S, *Arsa Payı Düzeltme Davası* (Seçkin 2018).



- Saruhan H, *Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikleri* (Adalet 2018).
- Sirmen A. L, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2019).
- Sungurbey İ, Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları (İstanbul Cumhuriyet Gazetesi, 18.7.1966, Medeni Hukuk Eleştirileri, C. 2, 1970).
- Tekinay S. S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku, C. I* (5. Bası, Filiz 1989).
- Tekinay S. S, *Kat Mülkiyeti* (3. Bası, Filiz 1991).
- Tezcan M ve Canbolat B, “*Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi*” (2018) (138), TBBD, 107-134.
- Turanboy K. N, “*Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli-Tali Niteliği*” (1997 (1) (2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 94-104.
- Yaman F. T, ve Şahinbaş U, “*Türkiye’de Kentsel Dönüşüm*” 2017 (47) *ABMYO Dergisi*, 53-77.
- Yıldırım N, *Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011).

MODERN ULUSLARARASI TAHKİMİN GELİŞİMİNDE JAY ANDLAŞMASI'NIN YERİ

*The Place of the Jay Treaty
in the Development of Modern International Arbitration*

Mehmet Emin BÜYÜK*

Özet

Uluslararası tahkim, devletlerarası uyuşmazlıkların hukuk yoluyla kesin ve nihai bir şekilde çözülmesini amaçlayan barışçıl uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Bu yönleriyle, müzakere, arabuluculuk veya uzlaştırma gibi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklılaşır. Tahkim müessesesinin özel hukukta kullanımı tarihe yayılır. Kamu hukuku alanında günümüz uluslararası tahkiminin kökenine ise Antik Yunan ve Antik Roma'da rastlanabilir. Orta Çağ boyunca farklı biçimlerde uygulanan tahkim yönteminin modern devletlerin ortaya çıkmasından sonra etkinliğini kaybettiği görülür zira uluslararası tahkim barışçıl bir yöntem olarak savaşın karşısındadır ve Modern Çağ, uyuşmazlıkların çözümünde savaşı birincil yöntem olarak gören mutlakiyetçi egemen devletlerin sahne alanıdır. Avrupa dönüşüm sancıları yaşadığı bu dönemde uluslararası tahkim için yeni kıtadan bir girişim modern uluslararası yargının seyrini değiştirmiştir. ABD Dışişleri Bakanı John Jay'in adıyla bilinen 1794 tarihli andlaşmayla Birleşik Devletler ve Büyük Britanya aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere üç farklı komisyonun kurulmasını kararlaştırmışlardır. Bu komisyonların kısmi başarısı uluslararası tahkim yöntemine olan ilgiyi arttırmış ve önce Kuzey ve Güney Amerika'dan başlamak üzere modern dünya, sorunlarını çözmek üzere tahkim daha sık başvurmaya başlamıştır. 1872 Alabama Tahkimi ile bu ilgi zirveye ulaşmış ve bu dönemin uluslararası hukukçularının çalışmaları ışığında, 1899-1907 Lahey Konferanslarında uluslararası tahkim usulüne ilişkin kurallar ve tahkim sürecinin kolaylaştırılması adına bir Daimi Tahkim Mahkemesi kurulması üzerinde katılan devletler arasında uzlaşma sağlanmıştır. Jay Andlaşması'yla başlayan süreç, zaman içinde Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve onun devamında kurulacak diğer yerleşik mahkemelerin kurulmasına kadar gidecek bir şekilde uluslararası yargının gelişmesine hizmet etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Tahkim, Devletlerarası Tahkim, Uluslararası Tahkim, Jay Andlaşması, Daimi Tahkim Mahkemesi, Uluslararası Tahkim Tarihi

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.10.2021*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.03.2022*

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, mbuyuk@marmara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7392-4488>



Abstract

International arbitration is one of the peaceful dispute resolution methods that aims to resolve interstate disputes through law in a final and definitive way. In these aspects, arbitration differs from other dispute resolution methods such as negotiation, mediation or conciliation. The use of arbitration in private law goes back to history. The origins of today's international arbitration in the field of public law can be found in Ancient Greece and Ancient Rome. It is seen that the arbitration method, which was applied in different forms during the Middle Ages, lost its effectiveness after the emergence of modern states, because, as a peaceful method, international arbitration is against war, and the Modern Age is the stage of absolutist sovereign states that see war as the primary method in the resolution of disputes. In this period when Europe was in the throes of transformation, an attempt from a new continent for international arbitration changed the course of modern international judiciary. With the treaty of 1794, known by the name of US Secretary of State John Jay, the United States and Great Britain decided to establish three different commissions to settle disputes between them. The partial success of these commissions has increased the interest in the international arbitration method and the modern world, starting with North and South America, has started to resort to arbitration more frequently to solve its problems. This interest reached its peak with the 1872 Alabama Arbitration, and in the light of the work of international lawyers of this period, a consensus was reached between the participating states in the 1899-1907 Hague Conferences on the rules of international arbitration procedure and the establishment of a Permanent Court of Arbitration in order to facilitate the arbitration process. The process, which started with the Jay Treaty, served the development of the international judiciary, going up to the establishment of the Permanent Court of International Justice and other permanent courts to be established after it.

Keywords: International Law, Arbitration, International Arbitration, Jay Treaty, Permanent Court of Arbitration, History of International Arbitration

GİRİŞ

Devletlerarası tahkim, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde kullanılan yöntemlerden biridir. James Brown Scott, *uyuşmazlıkların hukuk yoluyla çözümü olarak tahkimin kuvvet kullanmanın her çeşidinin karşısında olduğunu ve ancak uyuşmazlığın taraflarının adaletin yerine getirilmesine yönelik bir arzularının bulunması ve hükümlerine uymaları halinde barışın meyvelerini verebileceğini* ifade eder.¹

Bugün uluslararası hukuk olarak adlandırılan hukuk disiplini, modern devlet denilen egemenliği bünyesinde barındıran yapıların bilhassa Avrupa'da ortaya çıkışıyla şekillenmiştir. Her devlet, belli bir nüfus üzerinde belirli bir bölgede egemenlik icra eder. Bir modern devlet, bu üç unsurla tanımlanır. Bu şekilde ortaya çıkan bu siyasal yapılar, kendi içerisinde hüküm koyma ve uygulama konusunda mutlak yetkiliyken, dışarıda kendisi gibi diğer egemen yapılarla eşittir ve bunlardan bağımsızdır. Bu iki durum, egemenliğin iç ve

¹ James Brown Scott, The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Volume I (The John Hopkins Press 1909) 210.

dışa bakan iki yönünü oluşturur. Eşit egemen devletler birbirlerinden bağımsız olmaları itibariyle birbirlerinin iç işlerine de karışamazlar. Aynı şekilde bir devletin üçüncü bir devletle hangi şekilde ilişkiye gireceği üzerinde de diğer devletlerin söz hakları bulunmaz. Devletler, egemenliklerini kısıtlama ihtimali olan herhangi bir davranışı mazur görmedikleri gibi, egemen olduklarını da her durumda kanıtlar ve gösterirler.

Moderniteyle ortaya çıkan bu yapılar arasındaki ilişkilerin, egemenliğin getirdiği sonuçlar dahilinde belli bir sistematığe oturduğu görülmektedir. İşte bu durum, devletler hukuku, milletlerarası hukuk ya da uluslararası hukuk (fr.: *le droit des gens, le droit international*; ing.: *the law of nations, international law*) adıyla iç hukuklardaki hiyerarşik yapıdan farklı bir hukuk sisteminin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu yapıda yer alan sülhler, belli bir hiyerarşi altında yapılanmazlar. Modern devlet, uluslararası hukuktaki en üst yapıdır. Uluslararası hukukta hak ve yükümlülük sahibi olma potansiyeli olan uluslararası örgütler gibi diğer kişiler, devletlerin kendilerini yetkilendirdiği alanlarda yetkilerinin sınırları dahilinde faaliyet gösterebilen türev kişiliklerdir.

16-17. yüzyıllarda ortaya çıkan ve bağımsızlıkları konusunda oldukça tutucu olan bu egemen devletlerin aralarındaki sorunları uzun bir dönem için savaş yoluyla çözmeye çalıştıkları görülmektedir. Ancak bu dönüşüm zaman içinde birtakım barışçıl çözüm yollarının da gelişmeye başlamasına da ortam hazırlamıştır. Özellikle müzakere ve arabuluculuk yöntemlerine sıklıkla başvurulmuştur. Uyuşmazlıkların hukuk yoluyla nihai bir şekilde karar verme yetkisine sahip bir müessese eliyle çözülmesi bağlamında modern tahkim sürecinin ortaya çıkması konusunda ise 18. yüzyılın sonlarının beklenmesi gerekecektir.

Amerika Birleşik Devletleri ve Büyük Britanya arasındaki 1794 tarihli Jay Andlaşması olarak bilinen andlaşmayla karma komisyonların kurulması, uluslararası hukuk doktrininde modern anlamda uluslararası tahkim tarihinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Yine bu iki devlet arasındaki farklı uyuşmazlıkların çözülmesi için 1871 tarihli Washington Andlaşması ile teşkil edilen Alabama Tahkimi, bu yönetime ilişkin bir dönüm noktasını ifade eder. Alabama Tahkiminden önce ve özellikle sonra sıkça başvurulmaya başlanan bu yöntemin bir mahkeme çatısı altına toplanması fikri Lahey Konferanslarından 30 yıl kadar önceye dayanır. Sonunda 1899 Lahey Barış Konferansı'nda bir Daimî Tahkim Mahkemesi kurulması önerisi kabul görür ve uluslararası yargının kurumsallaşması yönünde büyük bir adım atılır. Tüm bu birikim, yerleşik ve daimî bir uluslararası adalet divanı kurulmasına öncülük edecek ve 1922 yılında Uluslararası Daimî Adalet Divanı kurularak faaliyetlerine başlayacaktır.

Bu çalışmada modern uluslararası tahkimin ortaya çıkışı ve Jay Andlaşması ve bu andlaşmayla kurulan karma komisyonların faaliyetlerinin bu gelişimdeki



yeri incelenecektir. Öncelikle modern tahkimin ne olduğunu anlamak için, antikiteden Orta Çağ'a kadar olan modernite öncesi dönemdeki siyasal yapılar arasındaki tahkim benzeri faaliyetlere kısaca yer vermek gerekecektir. Böylece Jay Andlaşması'na gelinecek ve bu andlaşmayı özel kılan durumların neler olduğu 19. yüzyıl doktrin ve literatürüne referanslar vermek suretiyle anlaşılmaya çalışılacaktır. Son olarak da Andlaşmanın içeriğine ve komisyonların çalışmalarına yer verilecek ve Jay Andlaşması'ndan sonraki dönemdeki gelişmeler kısaca ele alınacaktır.

I. TARİHSEL GELİŞİM

Uluslararası hukukta tahkim müessesesinin kökenine dair yapılan incelemeler genellikle Antik Yunan ve Antik Roma dönemlerinde var olan şehir devletleri veya benzer siyasal yapılar² arasında yapılan tahkim faaliyetlerini konu edinmektedir. Bunun da devamında Orta Çağ boyunca gözlemlenebilen sınırlı sayıda ve günümüz modern uluslararası tahkim faaliyetlerinden farklılaşan birtakım uygulamalara yer verilmektedir. Bununla birlikte, modern tahkim tecrübesinin hem burada ifade edilen faaliyetlerden hem de bunların dışında salt özel hukuk alanında tarihin her döneminde var olan tahkim faaliyetlerinden etkilendiğini ve birtakım ilke ve kuralların bu faaliyetlerden iktibas edildiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.³

² “Devlet” ifadesi bu çalışmada farklı yerlerde farklı anlamlarda kullanılmıştır. Esasında devlet kelimesiyle kastedilmek istenen 16-17. Yüzyıllarda ortaya çıkan “modern devlet”tir. Ancak ifadelerin akışı gereği yerine göre Yunan şehir devletleri veya Orta Çağ devletlerinden ya da *respublica* olarak adlandırılan yapılardan bahsederken doğrudan devlet ifadesine yer verilmiştir. Bu yapılar arasında fark bulunduğunu tekraren ifade etmek gerekir. Modern devlet önceki siyasal yapılardan farklı bir ideolojinin ürünüdür. Gücün meşrulaştırılması egemenlik ifadesine yüklenen modern bir kavrayış aracılığıyla gerçekleştirilir. Bu çalışmanın asıl konusu da bu eşit egemen yapılar arasındaki tahkim faaliyetleridir. Bu ayrıma ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Gérard Mairret, ‘Podovalı Marsilius’dan Louis XIV’e Laik Devletin Doğuşu in Cemal Bali Akal (ed), Devlet Kuramı (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 215-242; Cemal Bali Akal, İktidarın Üç Yüzü (6. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) Özellikle: Sonuç 315-362; Gianfranco Poggi, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği (4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014) 1-71.

³ Uluslararası hukukun kurucularının ve özellikle Grotius’un birçok özel hukuk müessesesini devletler hukuku sistemine aktardığı bilinmektedir. Bunlar genellikle Roma Hukuku kaynaklıdır. Uluslararası hukuk doktrini, özellikle de yirminci yüzyılın başlarında doktrinde ciddi bir şekilde baskın olan düalist kuram çerçevesinde özel hukuk analogilerine yer vermekten kaçınmıştır. 1. Dünya Savaşı’nın ertesinde bu görüşler baskınlığını yitirmiş, doğal hukukçu ve monist görüşlerin veya Grotien bakış olarak ifade edilebilecek modern doğal hukuk (veya neo-naturalizm) gibi görüşlerin etkisi artmıştır. Bu hususta özellikle Lauterpacht’ın çalışmaları dikkate değerdir. Bkz. Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)* (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927); Hersch Lauterpacht, ‘The Grotian Tradition in International Law’ (1946) 23 *British Year Book of International Law* 1-53. Ayrıca bkz. Scott (n 1) 200.

Yukarıda ifade edildiği üzere tahkim tarihine ilişkin Batılı yazarlar tarafından ortaya konulan çalışmalar genellikle Antik Yunan'dan başlatılır. Ancak örneğin, Mériñhac'ın, *Traite Theorique Et Pratique de L'Arbitrage International* adlı eserinde, Doğu'da ortaya çıkan tahkim örneklerinden bahsettiği görülmektedir.⁴ Bunlardan ilki Heredot'un anlatılarına göre, Ahameniş (Pers) İmparatoru Darius, tahta geçecek oğulları arasındaki uyuşmazlıkta Serhas (Xerxes) ve Artabazan (Artabazanes) arasında Serhas lehine hüküm vermesidir. Kralın ölümünden sonra kararının kesin olmadığı yönünde tartışmaların sonunda uyuşmazlık bu defa da bu iki varisin amcalarına götürülmüş ve yine Serhas lehine karar verilmiştir.⁵ Bu verilen örneği devletler (ya da o dönemin siyasal yapıları) arası tahkim örneği olarak anlamak zordur. Kanaatimce Mériñhac'ın bu örneği eserine taşınması, uyuşmazlıkta ele alınan hususun kamusal alanı ilgilendiren yönetime ilişkin bir konuyu (yönetme gücünü elinde bulunduran kişinin seçilmesi) ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır. Scott ise bunun bir tahkim olarak kabul edilmesi ihtimalinde dahi o imparatorluğun içini ilgilendiren ve aile içerisinde çözölen ailevi bir mesele olduğunu, dolayısıyla "devletlerarası tahkim" örneği olarak kabul edilemeyeceğini söylemektedir.⁶

İkinci örnek ise, yine Heredot tarafından nakledilen, İyonya'nın yenilmesinin ardından Darius'un Sard sadrabı olan Artaphernes Anadolu'daki Yunan Şehir devletlerinden temsilciler çağırması ve bunlara birbirleri arasında ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları kuvvet kullanma yoluyla değil hukuk yoluyla çözmeyi kabul ettiklerine dair bir yükümlölük içeren anlaşmalar imzalatmasıdır.⁷ Scott, bu örnekte farklı devletler arasında bir uygulama söz konusu olsa da hem ilişkinin güçlü-zayıf arasında olması hem de tahkimin asli unsuru olan gönüllölölüğünün burada söz konusu olmaması nedeniyle tam manasıyla bir tahkimden söz etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir.⁸ Öte yandan Westermann, burada söz konusu olanın Perslerin dahil olduğu bir tahkim olmadığını ifade eder. Anadolu karasında yer alan Yunan Şehir devletleri arasında zaten var olan kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözmeye dair bir teamölü uygulamada Pers devletinin tarafları yönlendirme anlamında bir katkısı bulunmaktadır. Dolayısıyla Westermann, tam manasıyla tahkim uygulamalarının başlangıcını Antik Yunan'a dayandırmaktadır.⁹ Michel Revon

⁴ Alexandre Mériñhac, *Traite Theorique et Pratique de L'Arbitrage International* (L. Larose 1895) 18-42. Moore, eserinin modernite öncesi tahkim faaliyetlerine yer verdiği bölümünde geniş bir şekilde Mériñhac'tan çevirilere yer vermiştir; ilgili kısımların İngilizce çevirisi için bu esere bakılabilir: John B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party – 5* (Government Printing Office 1898) 4821-4851.

⁵ Mériñhac (n 4) 18.

⁶ Scott (n 1) 195.

⁷ Mériñhac (n 4) 18.

⁸ Scott (n 1) 195.

⁹ William L. Westermann, 'Interstate Arbitration in Antiquity' (1907) 2(5) *The Classical Journal* 198.



da aynı görüştedir ve modern tahkim uygulamalarının öncülerinin Romalılar değil Yunanlar olduğunu belirtir.¹⁰ Diğer yandan Marcus N. Tod, bu görüşlere itiraz ederek bahsedilen manada devletlerarası tahkim uygulamalarının Antik Yunan'dan çok daha öncesine dayandığını bir örnekle savunur: M.Ö. 4000'lerde, Şattülhay kanalının iki yakasında bulunan Sümer şehirleri Lagaş ve Gişban arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık küçük çaplı kuvvet kullanmalar sonucunda kesin bir neticeye ulaşmayınca tahkime başvurulmak zorunda kalınmış ve Kiş Kralı Mesilim tarafından iki devlet arasında nihai bir sınır belirlenmiştir.¹¹ Henry S. Fraser ise, buradakinin savaştan yorulan bu devletlerin bir anlaşmayla sınır belirlemiş olduklarına dair bir örnek olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinden itiraz etmektedir.¹² Kanaatimce bu son itiraz yerindedir zira verilen bilgilerde tarafların aralarındaki meseleyi anlaşmak suretiyle bir hakeme sunduklarına dair bilgi bulunmamaktadır.

A. Antik Yunan

Antik Yunan devletlerinin tahkime sıklıkla başvurdukları görülmektedir ancak bu uygulamalar dışarıya açık uluslararası uygulamalar olmayıp aynı milletten olan bu devletler arasında var olan tahkim faaliyetleridir. Zira dışarıda kalan gruplar “barbar” milletler olarak görülüyordu. Buna göre Yunan olan bizatihi kimliği nedeniyle üstündür ve yabancı olan sadece yabancı olması nedeniyle aşağı derecededir.¹³

Mérignhac, Antik Yunan'da uygulanan tahkim faaliyetlerine dair bir dizi örneğe eserinde yer vermektedir. Kısa tutmak adına bunlardan üçünü buraya taşımak gerekirse: Solon döneminde Salamis Adası'nın kime ait olduğu hususuna dair Atinalılar ve Megaralılar arasında karar vermek üzere beş Spartalı seçilmiştir. M.Ö. 416 yılı civarında, Cimolialılar ve Melialılar arasında birtakım adaların mülkiyetine ilişkin uyuşmazlığa dair Argoslu hâkimleri hakem olarak görev almışlardır. Etolialılar, Teselya'da Melite ve Pera şehirleri arasındaki bir sınır uyuşmazlığına dair tahkim kararı vermişlerdir. Yazar bunların dışında bir düzine kadar örneği eserine taşır.¹⁴

Ancak Antik Yunan tahkim geleneğine ilişkin sonraki tarihlerde daha geniş incelemeler de yapılmıştır. William L. Westermann “*Interstate Arbitration*

¹⁰ Michel Revon, ‘L’Arbitrage International dans la Civilization Grecque’ (1892) 16 Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger 314-329; Ayrıca bkz. Joannes Gennadius, A Record of International Arbitration (Four Articles Reprinted From Broad Views) ((For Private Circulation) 1904) 4-5.

¹¹ Marcus N. Tod, International Arbitration Amongst the Greeks (Clarendon Press 1913) 170-171.

¹² Henry S. Fraser, “Sketch of the History of International Arbitration”, (1926) 11(2) Cornell Law Review 185-186, dipnot 20.

¹³ Scott (n 1) 195.

¹⁴ Mérignhac (n 4) 19-20.

in *Antiquity*” adlı makalesinde verilebilecek en eski devletlerarası tahkim örneğinin tarihi olarak M.Ö. 750 tarihini gösterir.¹⁵ Ancak bu noktada bir hususu belirtmek gerekir ki, Pausanias’tan aktarılan bu bilginin tarihi gerçeklerle uyuşmadığı ve üretilmiş olabileceğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır. Ræder’in bu görüşte olduğu görülmektedir.¹⁶ Tod ve Fraser da yazara referans vererek aynı kanaatte olduklarını ifade etmişlerdir.¹⁷

Westermann’ın tespitlerine göre yedinci, altıncı ve beşinci yüzyıllarda toplamda 7 tahkim uygulaması girişimi söz konusuysen, dördüncü yüzyılda 12’si başarılı 15 tahkim girişimi söz konusudur. Sonraki iki yüzyılda 46 tahkim kaydı bulunmaktadır. İlgili makalede bu uygulamalara dair örneklerle de yer verilmektedir.¹⁸ Daha geniş incelemeler için daha sonraki tarihli Ræder tarafından yazılan *L’Arbitrage International Chez Les Hellenes*¹⁹ ve Tod tarafından yazılan *International Arbitration Amongst the Greeks*²⁰ adlı eserlere bakılabilir.

Mérignhac Antik Yunan tahkim faaliyetlerinde ciddi politik meselelere yer verilmediğini zira her bir şehir devleti kendi bağımsızlığı konusunda oldukça tutucu davrandığını ifade etmektedir. Tahkime götürülen konular genellikle dini, ticari, tartışmalı bir bölgenin sahipliği veya sınır uyuşmazlığı ve yine adaların sahipliği ile sınırlı kalmıştır.²¹ Westermann ise, Mérignhac’ın ilk tespitine katılmadığını ifade eder. Ona göre doğru ifade yapılan tahkimlerin Yunan şehir devletlerinin politik yaşamlarında önemli yere sahip konuları kapsadığı zira her bir şehrin bağımsızlığını ciddi bir tutuculukla koruduğu şeklinde olmalıdır.²²

Usule ilişkin olarak, Antik Yunan’da tahkim kaydının (*clause compromissoire*) kullanıldığı görülmektedir.²³ Temelde bugünkü uluslararası tahkim uygulamasına benzer bir yapı söz konusudur. Tarafların ortak iradeleriyle bazen tek bir hakem, çoğunlukla da komisyonlar atanmıştır. Bu komisyonların üye sayısı ikiden beşe kadar değişkenlik gösterir. Kayıtlara geçen seksen kadar tahkim uygulamasından ikisi dışında verilen kararlara uyulduğu görülmektedir.²⁴

¹⁵ Westermann (n 9) 199.

¹⁶ Anton H. Ræder, *L’Arbitrage International Chez Les Hellenes* (Félix Alcan 1912) 15-16; 144.

¹⁷ Tod (n 11) 145; Fraser (n 12) 186.

¹⁸ Westermann (n 9) 200-202.

¹⁹ Anton H. Ræder, *L’Arbitrage International Chez Les Hellenes* (Félix Alcan 1912).

²⁰ Marcus N. Tod, *International Arbitration Amongst the Greeks* (Clarendon Press 1913).

²¹ Mérignhac (n 4) 19.

²² Westermann (n 9) 203.

²³ Scott (n 1) 197.

²⁴ Westermann (n 9) 203-204.

B. Antik Roma

Antik Yunan'ın aksine Roma tarihine ilişkin kayıtlarda tahkimin izlerine erken dönemde pek rastlanmamaktadır. Roma'nın Yunan ve Doğu Akdeniz toplumlarıyla karşılaşmasının ardından tahkim uygulamalarına yer verdiğinin düşünülmesi mümkündür. Bunun sebeplerine dair Fraser, İtalya yarımadasındaki etnik farklılıklar, yarımada coğrafyasının kara ve denizden ticari ilişkileri kolaylaştırması ve Antik Yunan'dan farklı olarak ulusal festivaller, ticari anlaşmalar ve birlikler gibi sosyal yapıyı güçlendirecek faaliyetlerin bulunmamasını göstermektedir.²⁵ Roma Devletinin kendisinin tahkim faaliyetlerinde taraf olduğuna dair bir bilgi bulunmamaktadır zira Roma için de yabancılar hem düşman hem de derece olarak altta bulunan öznelere. Roma hâkimiyetinde bulunan bölgelerin hâkim güçle eşit şartlar altında tahkime gideceklerini düşünmek zordur -ki bu da tahkimin en önemli unsurudur.²⁶ Öte yandan önceleri Senato'nun, sonraları da İmparator'un sıklıkla nihai hakem merci görevinde buldukları görülmektedir. Hatta birtakım bağımsız devletler Roma ismine olan saygıdan ötürü uyuşmazlıklarını Roma Senatosuna götürmüşlerdir.²⁷ Öte yandan Mériñhac, Romalıların bu hakemlik görevlerini tam anlamıyla iyi niyet çerçevesinde yerine getirmediklerine de şahit olduğunu ifade eder. Örneğin, Ariccia ve Ardea şehirleri arasındaki bir sınır uyuşmazlığında hakem pozisyonunda olan Romalılar uyuşmazlığı bu bölgeyi kendileri işgal ederek çözmüşlerdir. M.Ö. 180 tarihinde Nola ve Napoli arasındaki benzer bir uyuşmazlıkta yine aynı durum ortaya çıkmıştır.²⁸ Scott, kamu hukukunun bir parçası olarak tahkimin Roma tarafından adalete uygun bir şekilde uygulanmadığını ancak günümüz bağımsız devletleri arasında uygulanan modern tahkim uygulamalarına usul hukuku bakımından kaynaklık eden özel hukuk tahkiminin Romalı hukukçular tarafından özenli bir şekilde uygulanıp geliştirildiğini belirtmektedir.²⁹

C. Orta Çağ

Çok geniş bir dönemi kapsayan Orta Çağ'da, tahkim uygulamalarına dair sistemli bir düzenden söz etmek zordur. Verilen eserler genellikle geniş dönem ve dağınık yapılar içinde çeşitli tahkim uygulamalarını örneklendirmektedir. Bu dönemlerde ne teori ne de uygulamada devletlerin eşitliği ilkesi yer bulmamıştır. Orta Çağ'ın büyük bir bölümü Kilise'nin ve Kutsal Roma (Germen) İmparatorluğu'nun hâkimiyetiyle geçmiştir. Dolayısıyla da eşit ve bağımsız yapılar arasında uygulanacak olan tahkim birtakım zihni engellerle

²⁵ Fraser (n 12) 189.

²⁶ Scott (n 1) 199.

²⁷ Mériñhac (n 4) 23-24.

²⁸ Ibid 24.

²⁹ Scott (n 1) 200.

karşılaştırmıştır.³⁰ Fraser, bağımsız devletlerin bu dönemde var olmaması nedeniyle uluslararası tahkimin de söz konusu olmadığı düşüncesine katılmadığını ifade etmektedir. Yazara göre o dönemde birçok prensin veya soylunun hükmettiği bölgeler modern zamanların daha küçük devletlerinden bazılarını aşmaktadır. Sürekli devam eden savaşlar sıklıkla tahkim uygulamalarıyla neticelendirilmiş ve tahkim kaydı da yaygın bir biçimde kullanılmıştır.³¹

Orta Çağ boyunca Avrupa'nın her yerinde tahkim aynı şekilde var olmamıştır. Alman prensliklerinde çok sayıda tahkim uygulaması söz konusu iken, Baltık bölgesi sürekli bir karışıklık içinde olup tahkim uygulaması çok nadir olarak görülmüştür. İtalyan devletleri arasında ise tahkim çok daha yüksek bir seviyeye ulaşmış; tahkim mercileri düzenli mahkemeler oluşturmuş ve sıkı kurallar belirlenmiştir. Ancak burada da savaştan dolayı bitkin düşen devletlerin nihai yol olarak tahkime başvurdukları görülmektedir.³² Öte yandan, genel olarak Orta Çağ'da tahkim üzerine yorum yapılırken Kilise'nin devam eden etkisini akılda tutmak gerekir. Kilise, Hristiyanlık dininin savaşa bakışının da etkisiyle Avrupa'nın birleştirici gücü olarak çoğunlukla arabulucu, birçok zaman da tahkim merci olarak rol almıştır.³³ Papa ve Piskopos dışında imparatorların, kralların, şehirlerin, komisyonların veya seçkin hukukçuların hakem olarak seçildiği de görülmektedir.³⁴

Bu bilgiler ışığında Orta Çağ'da var olan tahkim uygulamaların bazı örneklere yer verilebilir:

Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışından önce Germen kavimleri arasındaki kısıtlı sayıda tahkim uygulaması söz konusudur. Örneğin Gepidler, Lombardlara tahkim teklifinde bulunmuş ve hakem talep edene karşı şiddete başvurmanın adaletsiz olacağını ilan etmişlerdir. Ostrogotların kralı Teoderik, Heruli ve Varini krallarına elçiler göndermiş ve Frank Kralı Clovis'i, Vizigotlara karşı olan savaşını durdurması ve kralların hakemliğini kabul etmesi için davet etmek üzere kendisine ve Burgundyalıların kralı Gundobad'a katılmalarını istemiştir. Bu teklif Clovis tarafından kabul edilmiştir.³⁵

III. Innocentius, Papa'yı dünyadaki egemen arabulucu olarak ilan etmiştir.³⁶ Scott, bu durumun tahkimle çeliştiğini söylemektedir zira bu tür vakalarda Papa, hakem olmak yerine, egemen yargıç olarak hareket edecektir ve bir

³⁰ Scott (n 1) 200-201.

³¹ Fraser (n 12) 190-191.

³² Ibid 192.

³³ Scott (n 1) 201; Fraser (n 12) 191.

³⁴ Scott (n 1) 202.

³⁵ Mérignhac (n 4) 31.

³⁶ Ibid 32.



tahkim var olsa bile bu gönüllü olmayıp zorlama yoluyla yapılmış olacaktır.³⁷ Farklı Papalar Avrupa'daki çeşitli uyuşmazlıklarda hakemlik yapmışlardır. Meşhur bir örnek Papa VI. Alexander (Rodrigo Borgia)'ın İspanyollar ve Portekizliler arasında yeni keşfedilen Amerika kıtası topraklarının bölünmesine dair uyuşmazlığı bir meridyen belirlemek suretiyle çözmüştür.³⁸ Hem Scott hem de Fraser, Mérignhac'ın eserine taşıdığı bu örneğin tahkim olmadığı görüşündedirler.³⁹ Söz konusu uygulamanın tahkim olduğuna dair kanıt olarak görülen iki Papalık fetvası, ilgili taraflardan biri olan Portekiz Kralı II. John'un haberi olmadan çıkarılmıştır. Daha sonra yapılan Tordesillas Andlaşması'nda da ilk verilen karardan daha batıda yer alan noktalar belirlenmiş ve böylece Güney Amerika'nın ciddi bir bölümü Portekiz'e verilmiştir.⁴⁰ On altıncı yüzyılla birlikte kralların Papa'nın bu konumuna itiraz ettiği görülmektedir. Hatta Vervins Andlaşması'yla tahkim merci olarak belirlenen VIII. Clemens, Savoy Düküyle yaşadığı uyuşmazlık sonucunda bu görevinden çekilmiştir.⁴¹ Bu dönemden sonra Papa'nın tahkimdeki rolü giderek azalmıştır.

Papa'dan daha yaygın olarak Perugia, Padova ve özellikle de Bologna gibi ünlü üniversitelerin hukuk fakültesi hocaları farklı İtalyan devletlerinin aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere hakem olarak görev almışlardır. Farnese ailesinin Portekiz tahtındaki haklarına bunlar tarafından karar verilmiştir. En ünlü hukukçulardan olan Andrea Alciato, bazı İtalyan ve Alman prensliklerinin egemenlik ve bağımsızlık haklarına ilişkin kararlar almıştır. Jean Bégat ise 1570 yılında İspanya ve İsviçre arasında Franche-Comté ile ilgili olarak hakemlik yapmıştır.⁴²

Kutsal Roma İmparatorlarının hakemlik yaptığı örnekler sınırlıdır zira İmparator'un üstünlük iddiası Papa'nın iddiası ile çelişmektedir. Var olan uygulamalarda da İmparator'un diğer monarklar üzerindeki üstünlüğüne dair imalar içeren durumlar dışarıda bırakılmıştır.⁴³ 1378 yılında İmparator IV. Charles'ın bu şartlar altında, Fransa ve İngiltere arasındaki bir uyuşmazlıkta karar vermek üzere Paris'e gittiği görülmektedir.⁴⁴ Vassalların derebeylerini yargı merci olarak kabul ettikleri bilinmektedir ancak bunun bir tahkim örneği olarak kabul edilmesi zordur. Her düzeyde üstte yer alan lordun alttaki üzerindeki yargısı tahkim merci olarak değil yargı merci olarak ortaya çıkmıştır. Kralların birbirinin bağımsızlığını ve aralarındaki eşitliği tanıyor olmaları nedeniyle aynı

³⁷ Scott (n 1) 202.

³⁸ Mérignhac (n 4) 33.

³⁹ Scott (n 1) 202; Fraser (n 12) 194.

⁴⁰ Fraser (n 12) 194, dipnot 60.

⁴¹ Mérignhac (n 4) 33-34.

⁴² Ibid 37-38; Fraser (n 12) 194.

⁴³ Scott (n 1) 203.

⁴⁴ Mérignhac (n 4) 35.

sonuca burada ulaşmak doğru olmayacaktır. Dolayısıyla kralların -özellikle de Fransa krallarının- hakem olarak seçildiği örnekler çoktur.⁴⁵

Antik Yunan'da şehirlerin hakem olarak seçilmesi geleneği Orta Çağ'da da devam ettirilmiştir. Örneğin Hamburg Devleti, Westminster Andlaşması'yla Büyük Britanya ve Fransa arasında 1640 yılından beri ortaya çıkan zararların değerlendirilmesi konusunda hakem olarak görev yapmak üzere seçilmiştir.⁴⁶ Paris Parlamentosu'nun da yabancı prensler ve hükümdarlar tarafından sıklıkla tahkim merci olarak yetkilendirildiği görülmektedir. Bu hususta da, 1244 yılında II. Friedrich'in IV. Innocentius'la uyuşmazlıklarını çözmek üzere Paris Parlamentosu'nu görevlendirilmesi örnek olarak verilebilir.⁴⁷

Orta Çağ tahkim uygulamalarında usul bakımından yeknesaklık bulunmamaktadır. Bir uyuşmazlıktan diğerine ve bir bölgeden diğerine kurallar değişebilmektedir. Özellikle de İtalya merkezli uygulanan tahkimin kuzeyde ortaya çıkan uygulamalardan daha kapsamlı ve sıkı kurallara sahip olduğu görülmektedir. Andlaşmalarda tahkim heyetinin toplanağı tarih veya karar alacağı süre kesinleştirilmiştir. Birtakım andlaşmalarda ise verilecek karara uymayan tarafın ödemesi gereken cezaya ilişkin kayda da yer verilmiştir.⁴⁸

Orta Çağ tahkim tecrübesi ve yapısı, feodalizmin sosyo-politik yapısıyla birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla özel hukuk, kamu hukuku veya uluslararası kamu hukuku tahkimi arasında net bir ayırım yapılması mümkün değildir. Genel olarak iki derebeyi arasındaki uyuşmazlığın hangi aşamada özel hukuktan kamu hukukuna ve bunun ötesinde uluslararası hukukun alanına girdiğini tarif etmek zordur.⁴⁹

Taube, modernite öncesindeki tahkim uygulamalarında uygulanan hukuk kaynakları olarak mevcut uluslararası hukuk sisteminin temeli olan *jus gentiumu* ve bu anlamda o dönemin yapısı içinde düzenlenmiş olan uluslararası sözleşme ve teamül kurallarını, uyuşmazlık tarafı devletlerin kanun ve teamüllerini ve tüm "medeni Avrupa"nın müşterek hukukunu saymaktadır. Yazar bunlara ek olarak, adalet ve hakkaniyet (*justitia; aequitas*)'i de eklemektedir.⁵⁰

⁴⁵ Mérignhac (n 4) 35.

⁴⁶ Scott (n 1) 204.

⁴⁷ Fraser (n 12) 194.

⁴⁸ Ibid 196-197.

⁴⁹ Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, (Trans. Michael Byers) (De Gruyter 2000) 95.

⁵⁰ Le Baron Michel de Taube (Mikhail Alexandrovich Taube), 'Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age' (1932) 42(IV) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1933) 91-92. Ayrıca bkz. Grewe (n 49)99-100, 103.



Sonuç olarak Orta Çağ boyunca çok sayıda tahkim uygulamasına rastlanabilirse de, savaş yoluyla çözülen uyuşmazlıklarla karşılaştırıldığında bu yöntemin geri planda kaldığı kabul edilmelidir. Özellikle Kilise'nin içinde yer aldığı tahkim uygulamalarının konumundan ötürü tam anlamıyla bir tahkim sayılması zor görünmektedir zira Orta Çağ siyaset geleneğinde Kilise üstünlüğü temsil etmektedir. Papa da gerçekte hakemden ziyade bir arabulucudur.⁵¹ Aynı şekilde İmparator'un da konumu, doğru şekliyle tahkime engel oluşturmuş ve yerine göre uygulamanın arabuluculuktan farklı olması, İmparator'un üstün pozisyonunu olayın dışında bırakmasını gerektirmiştir.⁵²

Reform ve Westphalia Andlaşması süreci sonrası ruhani veya emperyal hak taleplerinden bağımsız olarak egemenlik kuramının ortaya çıkışı, dini tercihlerinden veya yönetim biçimlerinden bağımsız olarak devletlerin eşitliği gibi kavramların yerleşmesi tahkimin de doğru bir şekilde uygulanmasına zemin hazırlamıştır. On yedinci yüzyıldan önce “yargıç”, “arabulucu” ve “hakem” kavramlarının birbiri yerine kullanılabilirdiği de görülmektedir. Dolayısıyla önceki dönemde arabuluculuk ve tahkim arasındaki ayrımın yapılmasına dair zorluklar olması doğaldır.⁵³ Son olarak tüm bu birikime karşın on yedinci ve on sekizinci yüzyılların tahkim uygulamaları açısından sönük geçtiğini de ayrıca not etmek gerekir. 1794 tarihiyle birlikte devletlerarası tahkimde yeni bir safhaya geçilecektir.

II. JAY ANDLAŞMASI'NIN ÖNEMİ

Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarından ve başkanlarından olan Muhammed Zafirullah Han, 1972 yılındaki bir özel oturumda Jay Andlaşması'nı, “*gerçek bir uluslararası hukuk sisteminin kurulmasına giden akımı başlatan tarihi dönüm noktası için genellikle işaret edilen tarih*” olarak tarif etmiştir.⁵⁴ Gerçekten de doktrinde 1794 yılının günümüz uluslararası yargı sisteminin başlama noktası olduğu üzerinde geniş bir ittifak bulunmaktadır.⁵⁵

Jay Andlaşması kapsamında aşağıda ayrıntılarına yer verilecek karma komisyonların kararlarının hem usul hukuku hem de esasa yönelik doktrini

⁵¹ Scott (n 1) 208.

⁵² Ibid 208-209.

⁵³ Scott (n 1) 209.

⁵⁴ Hans-Jiirgen Schlochauer, ‘Jay Treaty’ in Rudolf Bernhardt (Ed.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 111.

⁵⁵ Örnek olarak bkz. Fraser (n 12) 198; Scott (n 1) 210; Amos S. Hershey, ‘History of International Law Since the Peace of Westphalia’ (1912) 6(1) The American Journal of International Law 55; Georg Schwarzenberger, ‘Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations’ (1978) 53 Notre Dame Law Review 715-716; Hersch Lauterpacht, The Function of Law in the International Community (Oxford University Press (1933) 2011) 129; B.S. Murty, ‘Settlement of Disputes’ in Max Sørensen (Ed.), Manual of Public International Law (Palgrave Macmillan 1968) 684.

ve sonraki uygulamaları etkileyen çeşitli yönleri bulunmaktadır. Ancak Jay Andlaşması'nı doktrin açısından özel kılan, bu kararlardan ziyade bu andlaşma ve karma komisyonların kuruluşunun uluslararası yargının gelişimine olan katkıları olmuştur.

Bu noktada doktrinde Jay Andlaşması'nın milat kabul edilmesine dair geleneğin ortaya çıkışına dair kısa bir inceleme yerinde olacaktır. Schwarzenberger, on dokuzuncu yüzyılın sonuna kadar olan dönemde yazılmış bir dizi tanınmış uluslararası hukuk eserini incelemiş ve ya Jay Andlaşması'na yer verilmediğini ya da yer verilmiş olsa dahi bu sözleşmeyle kurulan komisyonlardan bahis bulunmadığını tespit etmiştir.⁵⁶ Yazarın incelemesine katkı olarak bu dönemin önemli uluslararası hukuk eserlerinden Halleck'in 1861 tarihli *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States In Peace and War*⁵⁷ ve aynı eserin genişletilmiş hali olan 1866 tarihli *Elements of International Law and Laws of War*⁵⁸ adlı eserlerinde de Jay Andlaşması kapsamındaki uyuşmazlıkların içeriklerinden konu başlıklarına göre bahisler yer alsada komisyonlara ve bunların tahkim tarihindeki rolüne dair bir genel değerlendirmenin yer almadığını ifade etmek gerekir. Yine William E. Hall'un *International Law* (1880) ve *A Treatise on International Law* (1890)⁵⁹ ve Edward M. Gallaudet'nin *A Manual of International Law* (1879)⁶⁰, Rus hukukçu F. De Martens'in *Traité de Droit International* (Alfred Léo çevirisi – 1883-1887)⁶¹ ve Alman yazar A. G. Heffter'in *Le Droit International Public de l'Europe* (Jules Bergson çevirisi – 1883)⁶² eserleri de bu hususta örnek olarak zikredilebilir.

Schwarzenberger, dönüm noktası olarak John. B. Moore'un 1898 tarihli 6 Ciltlik, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the*

⁵⁶ Yazar tarafından sayılan önemli uluslararası hukuk eserleri: Henry Wheaton - *History of the Law of Nations in Europe and America from the Earliest Times to the Treaty of Washington, 1842* (1845); Henry Wheaton - *Elements of International Law* (1866); Theodore Dwight Woolsey - *Introduction to the Study of International Law* (1875); Francis Wharton - *Digest of International Law of the United States* (1886); Sir Robert Phillimore - *Commentaries Upon International Law* (1879-89); James Lorimer - *Institutes of the Law of Nations* (1883/4); Travers Twiss, *The Law of Nations* (1875-1884). Bkz. Schwarzenberger (n 55)716.

⁵⁷ H. W. Halleck, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States In Peace and War* (H.H. Bancroft & Company 1861).

⁵⁸ H. W. Halleck, *Elements of International Law and Laws of War* (J. P. Lippincott & Co. 1866).

⁵⁹ William E. Hall, *International Law* (The Clarendon Press 1880); William E. Hall, *International Law* (3. Ed., The Clarendon Press 1890).

⁶⁰ Edward M. Gallaudet, *A Manual of International Law* (A.S. Barnes & Co. 1879).

⁶¹ F. De Martens, *Traité de Droit International*, Tome: I-II, (Fr. Çev. Alfred Léo) (Librairie Marescq Aine 1883-1887).

⁶² A. G. Heffter, *Le Droit International Public de l'Europe*, (Fr. Çev. Jules Bergson) (A. Cotillon & Cie. 1883).

United States Has Been a Part adlı eserini göstermektedir. Bununla birlikte daha eski tarihlerde doktrinde Jay Andlaşması'yla başlatılan tahkim tarihine ilişkin kronolojik çalışmaların varlığına rastlamak mümkündür. Bu husustaki incelemelere geçmeden önce tahkime olan bu yoğun ilginin özellikle 1871 Washington Andlaşması ve Alabama Tahkimi ile zirveye ulaştığı belirtilmelidir. Kronoloji çalışmalarının da bu ilginin eseri olduğu görülmektedir.

Paris'teki *Société des Amis de la Paix*⁶³ sekreteri Henry Bellaire, 1872'de Paris'te düzenlenen *Congrès de l'Alliance Universelle de l'Ordre Et de la Civilisation*'a⁶⁴ 1783-1872 arasında ortaya çıkan tahkim uygulamalarına ilişkin bir rapor sunmuştur.⁶⁵ Bu raporda, farklı bir dizi geçmiş örneği saydıktan sonra Bellaire, tahkimin ilk örneği için 1783 yılını (Paris Andlaşması) işaret etmiştir. Yazara göre Birleşik Devletler ve İngiltere arasındaki çatışmaları sonlandıran bu andlaşma ile iki devletin sınırlarının dostça belirlenmesi konusunda da uzlaşma sağlanmıştır. Daha sonra Birleşik Devletler'in kuzeyinde yer alan St. Croix Nehri sınırı konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıkmış ve yapılan yeni bir andlaşmayla bu uyuşmazlık, üyelerin ikisi bu devletlerden ve biri de kura ile belirlenecek olan bir komisyona devredilmiştir. Daha sonra bu komisyonun verdiği karar kabul edilmiştir.⁶⁶ Bellaire'in verdiği bu bilgileri Jules Levallois'nın da hazırladığı kronolojiye aynı şekilde aldığı görülmektedir.⁶⁷

Institut de Droit International'in üyelerinden olan W.B. Lawrence ise, Bellaire'in verdiği bu bilgilerdeki bazı hataları tespit ederek bunlara ilişkin 1874 yılında birtakım düzeltmeler yayımlamıştır. Bugün de tespit edebileceğimiz üzere 3 Eylül 1783 tarihli Andlaşma ile iki devletin ülke sınırlarının belirlenmesinin dostça gerçekleştirilmesi yer almamakta olup andlaşmayla sınırlar kesin ve nihai biçimde belirlenmiştir. Diğer yandan bahsi geçen komisyon ise 19 Kasım 1794 tarihli Jay Andlaşması adı ile tanınan andlaşmanın 5. maddesi kapsamında kurulmuştur. Yine Bellaire'in belirttiğinin aksine üçüncü üyenin seçim yönteminde öncelikle tarafların uzlaşması, uzlaşmama durumunda önerecekleri birer aday arasında yapılacak bir kura ile üçüncü üyenin belirlenmesi öngörülmüştür. Jay Andlaşması'yla kurulan birden fazla komisyon bulunmaktadır -ki bu hususlara aşağıda daha geniş yer verilecektir.⁶⁸ Amerikalı yazar Eleanor L. Lord, *International Arbitration* adlı 1892 tarihli makalesinde “modern bir müessese” olarak açıkladığı tahkimin o dönem için

⁶³ Barış Severler Derneği - YÇ

⁶⁴ Evrensel Nizam ve Medeniyet İttifakı Kongresi - YÇ

⁶⁵ Henry Ballaire, *Étude Historique sur les Arbitrages dans les Conflits Internationaux* (Librairie Franklin 1872).

⁶⁶ Ibid 9.

⁶⁷ Jules Levallois, *La Vérité sur l'Arbitrage, Dates et Faits*, (Imprimerie Chaix 1885) 5.

⁶⁸ W.B. Lawrence, ‘Note pour Servir a L’Histoire des Arbitrages Internationaux’ (1874) 6 *Revue de Droit International et de Legislation Comparee* 117-119.

güncel uygulamasına dair örnekleri 1794 tarihinden başlatmaktadır.⁶⁹ Yine aynı yıl Ferdinand Dreyfus tarafından yayımlanan *L'Arbitrage International* adlı eserde, - W.B. Lawrence'a referansla- Jay Andlaşması ve karma komisyonlara ilişkin bilgilere yer verilmiştir.⁷⁰ Mérignhac ise, 1895 tarihli *Traite Theorique Et Pratique de L'Arbitrage International* adlı eserinde Jay Andlaşması'na giden sürece yer vermiş olsa da kurulan komisyonlardan sadece sınırlandırma sorununa bakan komisyona dair açıklamalar yapmıştır.⁷¹

Yukarıda ifade edildiği üzere Moore, 1898 yılında yayımladığı eserinde Jay Andlaşması tahkimine ve bugün dahi kullanılan andlaşmaya ve karma komisyonun çalışmalarına ilişkin metinlere genişçe yer vermiştir. Ancak sonuç olarak doktrinin modern tahkime ilişkin kronoloji çalışmaları bundan eskiye dayanmaktadır. Kaldı ki, Schwarzenberger'in de belirttiği üzere Moore'un kendi ülkesinin dahil olduğu ilk tahkim uygulaması olarak Jay Andlaşması'nı göstermiş olması da ihtimal dahilindedir. Ancak onun bu çalışması Politis ve LaPradelle tarafından yayımlanan 1905 tarihli iki ciltlik *Recueil Des Arbitrages Internationaux*⁷² adlı eserde kendi yorumlarıyla birlikte ciddi şekilde Fransızca çeviri olarak alıntılanmıştır.⁷³ Öte yandan daha öncesinde Belçikalı yazar Henri La Fontaine tarafından *Pasicrisie Internationale 1794-1900: Histoire Documentaire Des Arbitrages Internationaux*⁷⁴ adıyla yayımlanan eserde ve aynı yazarın üç bölümlük *Histoire Sommaire et Chronologique des Arbitrages Internationaux (1794-1900)*⁷⁵ makalesinde de 1794 tarihinin başlangıç noktası olarak alındığı görülmektedir. Alexander M. Stuyt tarafından yazılan *Survey of International Arbitrations 1794-1938* adlı eser de aynı tarihten başlatılmaktadır.⁷⁶

Yukarıda bahsi geçen bütün çalışmaların konu kapsamındaki ortak noktası, 1794 Jay Andlaşması'nı “modern devletlerarası tahkim” faaliyetlerinin başlangıcına konumlandırmalarıdır.

⁶⁹ Eleanor L. Lord, 'International Arbitration' (1892) 2(4) American Academy of Political and Social Science 471, 476, 484.

⁷⁰ Ferdinand Dreyfus, *L'Arbitrage International* (Calmann Lévy 1892) 155-156.

⁷¹ Mérignhac (n 4) 46.

⁷² Albert Geouffre de Lapradelle, Nicolas Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Tome 1, 1798-1855 (A. Pedone 1905).

⁷³ Schwarzenberger (n 55) 716-717.

⁷⁴ Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux* (Stämpfli & Cie. 1902).

⁷⁵ Henri La Fontaine, 'Histoire Sommaire et Chronologique des Arbitrages Internationaux (1794-1900)' (1902) 4 *Revue de Droit International et de Legislation Comparée* 349-380; 558-582; 623-648.

⁷⁶ Alexander M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations 1794-1938* (Springer-Science+Business Media 1939).



Bu konumlandırmaya ilişkin en güçlü vurgunun Lapradelle/Politis tarafından yapıldığı görülmektedir. Yazarlar, uluslararası tahkim uygulamalarını bir araya getirdikleri eserlerinde başlangıç noktası olarak 19 Kasım 1794 tarihli Jay Andlaşması ile karma komisyonlarının kurulmasının seçilmesinin gelişigüzel bir tercih olmadığını ifade etmişlerdir. Bu dönemi “yeni çağ (*ère nouvelle*)” olarak adlandıran ünlü hukukçulara göre bu anlaşma, *uluslararası tahkim tarihinde, eski benzer faaliyetlerle modern uygulamaları ayıran büyük bir hareket noktasıdır.*⁷⁷ Antikite ve Orta Çağ'da devletlerarası tahkim benzeri uygulamalara rastlanabilir. Kritik eşik ise modernitenin ortaya çıkışıdır. Bu yeni ideolojik düzlemde varlık gösteren modern devletlerin bağımsızlıkları konusunda ileri derecede güvensiz oldukları görülmektedir. Dolayısıyla da, yukarıda da açıklandığı üzere, 16, 17 ve özellikle de 18. yüzyıl devletlerarası tahkim uygulamaları bakımından oldukça sönük geçmiştir. Modern zamanların mutlak monarşilerinin diğer devletlerle olan problemlerini çözmekte kullandıkları birincil yöntem savaş olmuştur. Yükselen ulus devlet düşüncesi barışçıl ve dostane bir uluslararası sahanın ortaya çıkışına engeldi. Fraser bu süreci eskinin yerini yeniye bıraktığı bir dönemde *Avrupa'nın geçiş sancıları* olarak tarif etmektedir.⁷⁸ Suárez, Gentili, Grotius, von Pufendorf gibi uluslararası hukuk üzerine yazan düşünürlerin tahkimi bir yöntem olarak önermelerinin yanında,⁷⁹ özellikle 18. yüzyılda düşünce alanında gelişen barış yanlısı eğilim meyvelerini öncelikle Avrupa devletleri arasında değil, özgürlükçü fikirler sayesinde ortaya çıkan yeni bir devletin katkısıyla farklı bir kıtadan gelen yaklaşımla verecektir. Birleşik Devletler ve Büyük Britanya arasındaki uyuşmazlıkların bazıları, Jay Andlaşması ile kurulan üç karma komisyon eliyle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Stuyt da bu anlaşmayla ilk kez, sorunların iki taraf devlet tarafından kurulan karma komisyonlar tarafından çözülmeye çalışılmasının daha önceleri sürekli olarak diplomatik nitelikte olan tahkim benzeri faaliyetlere artık hukuki bir görünüm kazandırdığını ifade etmektedir.⁸⁰ Açılan bu yeni dönem, Avrupa açısından da sorunların nihai bir biçimde ve tam anlamıyla hukuk eliyle çözülmesi bakımından diplomasiden farklılaşmış bir yöntem olarak tahkimin kullanılması bağlamında etkili olmuştur.⁸¹ Bu tarihten önce düzensiz ve sürekli biçimde olmayan tahkim uygulamaları sistemli ve düzenli bir hale gelmiştir.

⁷⁷ “(...) *le célèbre traité anglo-américain de 1794 est, dans l'histoire de l'arbitrage, un acte capital qui sépare nettement les anciens errements des pratiques modernes.*” Lapradelle/Politis (n 72) xxix.

⁷⁸ Fraser (n 12) 198.

⁷⁹ Bu hususta bkz. F. Şeyda Türkay Kahraman, ‘Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri’ (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 925-947.

⁸⁰ Stuyt (n 76) vii.

⁸¹ Lapradelle/Politis (n 72) xxix-xxxi.

III. ANDLAŞMAYA İLİŞKİN ARKA PLAN, KOMİSYONLARIN YAPISI VE ÇALIŞMALARI

Birleşik Devletler ve Büyük Britanya arasındaki, 1794 tarihli Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Andlaşması, yaygın bir şekilde Jay Andlaşması olarak adlandırılmaktadır. Andlaşmanın yapılmasına götüren müzakereler, Amerikan Özgürlük Savaşı sonrası, anakara ve koloniler arasındaki sorunları çözmeyi isteyen George Washington'ın girişimlerinin sonucunda ortaya çıkmıştır. Aradaki ilişkilerin bozulması sebebiyle Washington, eski Dışişleri Bakanı John Jay'ı, sorunları görüşmek üzere Londra'ya göndermiştir. Yapılan görüşmeler sonucunda, 19 Kasım 1794 tarihinde, aradaki sorunlu meseleler üzerine Jay Andlaşması imzalanmış ve tarafların belge değişimleri 28 Ekim 1798'de gerçekleşmiştir. Sözleşmenin 28 maddesi bulunmaktadır ve farklı etkileri olmuştur. Ancak bu çalışma açısından önemli olan, 5. madde ve devamında 3 farklı karma komisyon kurulmasına ilişkin hükümlerdir. Bunlardan ilkinin (5. madde) görevi, 1783 Paris Barış Andlaşması'na rağmen Kanada sınırında var olan sınır uyuşmazlığından doğan sorunları; ikincisinin (6. madde) görevi, bazı Amerika Devletlerinin yasama işlemlerinden dolayı zarar gördüklerini iddia eden İngiliz kreditorlerin iddialarını; ve üçüncü komisyonun (7. madde) görevi ise, bazı Amerikan vatandaşlarının Fransa ve Britanya arasındaki deniz savaşında gemilerinin hukuka aykırı bir şekilde tutulduğu gerekçesiyle zarar gördükleri iddialarını çözmektir.⁸²

İlk komisyon 3 üyeden oluşacaktır ve bunlardan ikisini taraf devletler birer olmak üzere atayacaktır. Üçüncü üye ise, bu ikisi tarafından seçilecek veya anlaşılmadığı durumda, kura çekilecektir. Diğer iki komisyonda ise, ikişer üyeyi Devletler atayacak, beşinci üyeler ise, ilk komisyondaki yöntemle belirlenecektir.

Görülebileceği üzere daha sonraki tahkim mahkemeleri veya karma komisyonların oluşumunda yerleşik hale gelecek olan üçüncü veya beşinci üyenin taraflarca atanmaması kuralı henüz Jay Andlaşması için geçerli değildir. Bunun yerine sözleşmenin tarafları kendi vatandaşlarının yer alacağı bir komisyon öngörmüş ve dolayısıyla ortaya çıkan bu komisyonlar esasında sözleşmenin tarafı olan devletlerin müşterek komisyonu olarak vazife görmüşlerdir.

Jay Andlaşması'nın 5. maddesi ile kurulan komisyon, 1783 yılında imzalanan andlaşmada bahsi geçen St. Croix Nehri ifadesi⁸³ ile hangi nehrin

⁸² Schlochauer, Jay Treaty (n 54) 109.

⁸³ 3 Eylül 1783 tarihli Paris Barış Andlaşması'nın 2. maddesinde yer alan ilgili kısımlar şu şekildedir: “*And that all disputes which might arise in future on the subject of the Boundaries of the said United States may be prevented, it is hereby agreed and declared, that the following are and shall be their Boundaries, viz.: from the Northwest Angle of Nova Scotia, viz., that Angle which is formed by a Line drawn due North from the Source of St.*



kastedildiği ve böylece oluşan sınırlandırmanın ne olduğu konusunda andlaşmanın yorumlanması ile görevlendirilmiştir. Komisyon üyeleri, yukarıda açıklandığı şekliyle seçilecek ve tarafsızlık yemini edeceklerdir. Komisyon, toplantılarını Halifax'te veya gerekli gördükleri durumda seçecekleri farklı bir lokasyonda yapabilecektir. Komisyonun çözmekle sorumlu olduğu hususta verdiği karar nihai olacaktır ve bu konuda verilen karara itiraza konu olmadığı gibi yeniden bir uyuşmazlık konusu olarak gündeme gelmeyecektir.⁸⁴ Komisyon, çalışmalarına 1796 yılı sonlarında başlamıştır ve 1798 Ekim ayında Paris Andlaşması'nda işaret edilen St. Croix Nehri'nin sınırlarına ilişkin açıkladıkları bir deklarasyonla taraflar arasındaki bahse konu sınırlandırma meselesini çözüme kavuşturmuşlardır.⁸⁵

6. madde ile kurulan ikinci komisyon 1797 Mayıs ayında çalışmalarına Philadelphia'da başlamış ve çeşitli Amerikan devletlerinin verdikleri kararlardan zarar gören İngiliz vatandaşlarının zararlarının tazmini için karar vermekle görevlendirilmiştir. Komisyon üyeleri yukarıda belirtildiği şekilde seçildikten sonra, vazifelerini “*dürüst, özenli, tarafsız ve dikkatli bir şekilde*” yerine getireceklerine dair yemin edeceklerdir.⁸⁶ Komisyonun İngiliz vatandaşı olan beşinci üyesi kura sonucunda atanmıştır. Çalışmalar başlarda sorunsuz olarak devam etmiş olsa da 1799'dan itibaren komisyon üyeleri arasında görülen davalar bakımından çok ciddi görüş farklılıkları ortaya çıkmış ve süreç komisyonun dağılmasına kadar gitmiştir. Uzun müzakerelerden sonra 8 Ocak 1802 tarihli bir andlaşmayla Jay Andlaşması'nın 6. maddesi feshedilmiş ve Birleşik Devletler'in, andlaşmada yer alan “kamulaştırılmış borçlar”ı karşılamak üzere üç adet yıllık taksitlerle olmak üzere 600.000 Sterlin ödemeyi yükümlenmesiyle sorun çözüme kavuşturulmuştur.⁸⁷

Üçüncü komisyon ise Birleşik Devletler vatandaşlarının Britanya-Fransa savaşı esnasında gemilerine hukuka aykırı bir şekilde el konulmasından doğan zararlarına ilişkin iddialarını incelemek üzere 7. madde ile oluşturulmuştur. Buradaki komisyon üyeleri önceki maddede yer alan şekilde yemin edeceklerdir. Yine aynı maddede komisyon üyelerinin, uyuşmazlığı çözerken,

Croix River to the Highlands; along the said Highlands which divide those Rivers that empty themselves into the river St. Lawrence, from those which fall into the Atlantic Ocean, to the northwesternmost Head of Connecticut River (...) East, by a Line to be drawn along the Middle of the river Saint Croix, from its Mouth in the Bay of Fundy to its Source, and from its Source directly North to the aforesaid Highlands, which divide the Rivers that fall into the Atlantic Ocean from those which fall into the river Saint Lawrence (...) Bkz. Charles I. Bevans (Ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, Volume 12 (Department of State Publication 1974) 9-10.

⁸⁴ Bkz. Article 5 of Jay Treaty, Bevans (n 83) 17.

⁸⁵ Lapradelle/Politis (n 72) 11-12.

⁸⁶ Bkz. Article 6 of Jay Treaty, Bevans (n 83) 17-18.

⁸⁷ Schlochauer, Jay Treaty (n 54) 110; Ayrıca bkz. Lapradelle/Politis (n 72) 12-28.

farklı davalardaki kararlarla benzer bir şekilde, ama her zaman “*adalet, hakkaniyet ve Devletler hukuku*”na göre çözmeleri hükmüne yer verilmiştir.⁸⁸ Komisyonun Birleşik Devletler vatandaşı olan beşinci üyesi kura sonucunda atanmıştır. Komisyonun çalışmaları başta birtakım engellerle karşılaşmıştır. (Çoğunluğu oluşturan Amerikan komisyon üyelerinin, komisyonun hâlihazırda İngiliz mahkemelerinde görülen davalarda da yetkili olduğu iddiaları; bunun çözülmesinin ardından maddede öngörülen onsekiz aylık süre sınırı konusunun yerel mahkemelerde görülen davalar bakımından etkisi; bunun çözülmesinin ardından İngiliz üyelerin komisyonun çalışmasını, 6. madde ile kurulan komisyonun çalışmasına ilişkin sorunların çözülmesini beklemek üzere askıya aldırması gibi) 6. madde ile kurulan komisyona ilişkin sorunların 1802 tarihli andlaşmayla kaldırılması üzerine komisyon çalışmalarına sorunsuz bir şekilde devam etmiş ve 2 Şubat 1804 tarihinde çalışmalar sonlandırılmıştır. Bu tarihe kadar 533 davada karar açıklanmış ve bunlardan 12’sinde Birleşik Devletlerin tarafsızlık yükümlülüklerini ihlal etmesinden doğan nedenlerle İngiliz vatandaşları lehine karar verilmiştir. Sonuçta Büyük Britanya 2.330.000 Sterlin ve Birleşik Devletler 143.429 Dolar ödeme yükümlülüğü altına girmiştir.⁸⁹

IV. KOMİSYON KARARLARININ HUKUKİ ETKİLERİ

Modern tahkimi önceki benzer faaliyetlerden ayıran dönüm noktası olarak kabul edilen Jay Andlaşması bünyesinde kurulan komisyonlar ve bu komisyonların çalışmaları, birden fazla alanda sonraki uluslararası yargı faaliyetlerine de ışık tutacaktır. Bu hususta ilk olarak komisyonların birer tahkim organı olarak kurulmasına ilişkin maddelerdeki düzenlemelerden bahsedilebilir. Komisyon üyelerinin (hakemlerin) seçilme yöntemleri, yemin etmeleri ve özellikle 7. maddede yargılamalar esnasında uygulanacak kurallar öngörülmüştür.⁹⁰ Burada 7. madde ile kurulan komisyonun diğerlerinden daha köklü bir biçimde doğrudan uluslararası hukuktan doğan meselelerle ilgilendiğini ayrıca belirtmek gerekir.⁹¹

⁸⁸ “(...) shall decide the claims in question according to the merits of the several cases, and to justice, equity and the law of nations.”; “(...) et prononceront définitivement sur les réclamations ci-dessus mentionnées comme l’exigerout les différens cas et toujours d’après la justice, l’équité et les lois des nations.” Treaty of Amity, Commerce, and Navigation, between His Britannick Majesty; and the United States of America, by Their President, with the advice and consent of Their Senate, 19 November 1794. Bkz. Georg de Martens, Recueil des Principaux Traités d’Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de Commerce, de Limites, d’Échange, etc.: Conclur par les Puissances de l’Europe tant entre Elles qu’avec les Puissances et États dans d’autres Parties du Monde Depuis 1761 Jusqu’à Présent, Tome V., 1791-1795 in Charles De Martens (Ed.) (2. Ed, Librairie de Dieterich 1826) 658.

⁸⁹ Schlochauer, Jay Treaty (n 54) 110.

⁹⁰ Bkz. Article 7 of Jay Treaty, Bevans (n 83) 19-20.

⁹¹ Daha geniş açıklamalar için bkz. Schwarzenberger (n 55) 724. Yazar, 5. madde ile kurulan komisyonun görevinin 1783 Andlaşması’nın yorumlanmasını içerdiğini ancak buna dair



Yine örneğin, yargılama merciinin yargı yetkisine itiraz edilmesi halinde yetkinin varlığı ve yokluğuna ilişkin karar verme yetkisinin kimde olduğu hususu 7. madde ile kurulan komisyonun gördüğü ilk uyuşmazlık olan The Betsey Davası'nda⁹² gündeme gelmiştir. *The Betsey* adlı, iki Birleşik Devletler vatandaşına ait malları taşıyan ve bu kişilerden birine ait olan Amerikan kargo gemisinin, bir İngiliz *privateeri* tarafından yakalanması ve alıkonulmasına ilişkin bu davada ortaya çıkan sorunlardan biri de Komisyon'un yargı yetkisine dair karar verip veremeyeceği üzerinedir.⁹³

Birleşik Devletler delegesi Gore, bu itiraza ilişkin olarak, aşağıdaki değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Bu komisyonun, kendisine havale edilen bir davanın yargı yetkisi dahilinde olup olmadığına karar verme yetkisi, bana göre, bizatihi kendi oluşumunun doğasında vardır ve görevlerini yerine getirmesi için gereklidir.

*Önüme gelen iddianın hukukiliği ve onarımın miktarı konusunda karar vermek yetkisiyle sözleşmecî taraflarca kurulan ancak uyuşmazlık konusunun kendisine getirilip getirilemeyeceğine ilişkin karar verme yetkisi olmayan bir komisyon, bana göre çok somut bir çelişki arz eder.”*⁹⁴

Bu uyuşmazlıkta İngiliz üye yargı yetkisini reddetmiştir. Lauterpacht, *compétence de la compétence* olarak bilinen ve özel hukuklarda yerleşmiş olan yargı merciinin önüne gelen uyuşmazlıkta yargı yetkisinin olup olmadığına ilişkin karar verebilmesine ilişkin bu ilkenin uluslararası hukukta kabul görmesinin bir asrı aşan tartışmalar sonucunda mümkün olduğunu ifade etmektedir.⁹⁵

Birleşik Devletler delegesi Gore'un aynı dava kapsamında ifade ettiği *“Eylemde bulunma görevimiz olduğu durumda eylemde bulunmaktan kaçınmamız, yetkimizin olmadığı durumda eylemde bulunmamız kadar yanlıştır. Devletlere karşı, bize havale edilmeyen davalarda karar vermekten kaçınmak borcumuz var – İbrahim kapsamında olan davalarda da karar vermek*

kararlarının tarafların ortaya koyduğu kanıtlara göre yapmaları gerektiğini; dolayısıyla uygulanan uluslararası hukukun burada ihmal edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Komisyonun yapması gereken bir ortak kanaat ve uzlaşma sonucunu ortaya çıkarmasıdır. Aynı şekilde 6. madde ile kurulan komisyonun da çalışmalarının uluslararası hukuk ile dolaylı bir ilişkisi bulunmaktadır. Bahse konu borçlar iç hukuka tabi meselelerdir. Uluslararası hukukun buradaki katkısı bu iç hukuk kurallarının uygulanmasında 6. madde kapsamında bir sınır belirlenmesi ve yine “adalet ve hakkaniyet”in göz önünde bulundurulmasıdır.

⁹² The Betsey, Jay Treaty (Art. VII) Arbitration, Moore JB (Ed.), International Adjudications - Ancient and Modern - History and Document, Modern Series, Vol. 4 (Oxford University Press 1931) 179-290.

⁹³ Lapradelle/Politis (n 72) 51-52, 63; Moore (n 92) 179, 182.

⁹⁴ Lapradelle/Politis (n 72) 64-65; Moore (n 92) 183. Çeviri için bkz. Mehmet Emin Büyük, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri (On İki Levha 2018) 228.

⁹⁵ Lauterpacht, Private Law Analogies (n 3) 207-208.

*konusunda eşit derecede yükümlülük altındayız.*⁹⁶ görüşü de, yargı yetkisi bulunan bir mahkemenin bu yetkisinin uygulamaktan kaçınması bağlamında ihkakı haktan imtinaya ilişkin önemli tespitler içermektedir.⁹⁷

Aynı komisyon üyesinin, devletlerin komisyonlardaki temsilcileri ile uluslararası yargı organlarında kendi devletinin davasına bakan yargıçlarının pozisyonlarının aynı olmaması ve *nemo iudex in causa sua* (kimse kendi davasının yargıci değildir) genel ilkesi ile çelişmemesi bağlamında verdiği “*Ben bu uyuşmazlığı tüm içtenliğim ve zihnimin kapasitesi sınırında tüm çabamla dikkate almaktayım. Ben, itirazların sahiplerine olan büyük saygımla, onur ve vicdanımın ciddi bağlarıyla ve hâlihazırdaki iki devlete karşı olan eşit yükümlülüklerimle -zira her ne kadar birinin vatandaşı olsam da, her ikisinin de yargıciyim- bağlıyım.*”⁹⁸ görüşü de sonraki uluslararası yargılama hukukuna ışık tutan önemli bir tespit olarak yerini almıştır.⁹⁹

Farklı bir örnek olarak, yine 7. madde ile kurulan komisyon tarafından görülen *Neptune* Davası’nda¹⁰⁰, aynı adlı Amerikan vapuruna ve taşıdığı gıda maddelerine, seferi sırasında, İngiliz savaş gemileri tarafından el konulmasına ilişkin dava görülmüş ve savaştan dolayı İngiltere halkının açlık tehdidi altında olmasının getirdiği, el koymanın *zaruret (nécessité)* nedeniyle olduğu savunması ele alınmıştır. Komisyon, Grotius’un da zarurete ilişkin görüşlerini kararına taşımak ve sırasıyla değerlendirmek suretiyle, olayda sorumluluğunu ortadan kaldıran haller bakımından zaruret istisnasının varlığını meşru kılacak bir durumun olmadığına hükmetmiştir.¹⁰¹ Böylece uluslararası hukukta sorumluluk hukukuna ilişkin teamül kurallarının ortaya çıkışı ve yerleşmesinden önce bu hususta genel hukuk ilkeleri tespit edilip uygulanmıştır.

⁹⁶ Moore (n 92) 193.

⁹⁷ Büyük, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, s. 225-226.

⁹⁸ Lapradelle/Politis (n 72) 68; Moore (n 92) 191.

⁹⁹ Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın kurulmasına ilişkin Statü yazılma sürecinde ulusal yargıç müessesesi gündeme alınmış ve yargıçların çekilmesi prosedürü işletilmeyerek, bunun yerine kürsüde kendi vatandaşı olmayan taraf devletin ad-hoc yargıç ataması müessesesi kabul görmüştür. (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü md. 31/1) Ayrıca Divan Statüsüne göre, “*Divan, yüksek ahlaki karaktere sahip, kendi ülkelerinde en yüksek adli görevlerin yerine getirilmesi için gerekli koşulları benliklerinde toplayan ya da uluslararası hukuk alanında yetkileri herkeşçe kabul edilmiş birer hukukçu niteliğinde olan kişiler arasından uyruklarına bakılmaksızın seçilen bağımsız yargıçlardan oluşan bir kuruldur.*” Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, md. 2, Bkz. Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Reşat Volkan Günel, Meltem Sarıbeyoğlu, Uluslararası Hukuk Temel Metinler (3. Baskı, Beta 2014) 34.

¹⁰⁰ The Neptune, Jay Treaty (Art. VII) Arbitration, Lapradelle AG de, Politis N, Recueil des Arbitrages Internationaux, Tome 1, 1798-1855 (A. Pedone 1905) 138-157.

¹⁰¹ Lapradelle/Politis (n 72) 138, 157. Komisyonun, Grotius’tan da faydalanarak açıkladığı şekilde zaruret istisnasına başvurabilmenin şartları şunlardır: 1) gerçek ve pek yakın bir aşırı zaruret hali olmalıdır; 2) ancak diğer yollar tüketilip sonuç alınmazsa, bu hak kullanılabilir; 3) eğer mağdur da benzer bir zaruret hali altındaysa bu hak kullanılamaz; 4) Devlet, mümkün olan en kısa sürede, mağdurun zararını onarmak yükümlülüğü altındadır. Lapradelle/Politis (n 72) 150-156.



Son olarak, her ne kadar yukarıda komisyon üyesi Gore'un ifadelerinde görüldüğü üzere üyelerin kendilerini birer yargıç niteliğinde değerlendirdikleri anlaşılrsa da, komisyonların beşinci üyelerinin seçiminde halihazırda yer alan üyelerin kendi milliyetlerinden adaylar göstermiş olmaları, komisyon üyelerinin vatandaşlığını taşıdıkları devletlerin menfaatlerini etkileyecek hamlelerden kaçındıklarını gösteren önemli bir detaydır. Komisyon üyelerinin her birinin ayrı ayrı tanınmış ve işinin ehli yetkin hukukçular olmaları bir yana, sözleşmede de yer aldığı haliyle önceden tarafsızlık yemini etmişlerdir. Ancak tüm bunlara rağmen hem 6. madde (İngiliz üyeler çoğunluktadır) hem de 7. madde (Birleşik Devletler üyeleri çoğunluktadır) komisyonları, yargı yetkilerinin varlığına dair kararlarda birbirlerinin zıttı kararlar açıklamışlardır.¹⁰² Tüm bu durumlar anlaşılabilir olsa da, Jay Andlaşması komisyonlarından sonra atılması gereken yeni adımların (tarafsız hakemlerin seçilmesi) varlığına da delil teşkil etmektedir.

V. JAY ANDLAŞMASI SONRASI ULUSLARARASI TAHKİMİN GELİŞİMİ

Jay Andlaşması ve kurulan komisyonlar, uyuşmazlıkların hukuk yoluyla barışçıl bir şekilde çözülmesi bağlamında tahkim metodunun sıklıkla kullanılmaya başlamasına öncülük etmiştir. Scott, komisyonlar tarafından açıklanan ilk kararın tarihi olan 1798'den Lahey Barış Konferanslarının ilkine kadar olan yüz yıllık süreçte farklı uluslararası hukukçular tarafından tespit edilen 136 ila 471 tahkim uygulamasının varlığından bahsetmektedir.¹⁰³ Ancak Descamps'ın deyişiyle buradaki matematiksel doğruluk ikincil plandadır; şüphe götürmeyen husus, başlarda daha nadir başvurulsa da, tahkime sıkça başvurulduğu ve bu birikimlerin emsal bakımından önemli bir alan sunduğudur.¹⁰⁴

La Fontaine, 1794-1900 arasındaki tahkim faaliyetlerini ele aldığı çalışmasında, bu dönemi 1794-1800 ve sonraki 20 yıllık periyotlar halinde uygulamalar bakımından ayırmış ve ortaya şöyle bir tablo çıkmıştır: 1794-

¹⁰² Schwarzenberger (n 55) 727.

¹⁰³ Yazar, W. Evans Darby tarafından verilen 471 sayısı için, yazarın uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesine ilişkin tutkusu nedeniyle uluslararası tahkim olarak kabul edilemeyecek birtakım devletlerarası anlaşmaları da bu sayıya dahil etmesinden dolayı bu şekilde çıktığını belirtmektedir. H. La Fontaine, 1900 yılına kadar 177 tahkim uygulaması olduğunu (1899 tarihine kadar 171) tespit etmişken, Fried 200 civarı bir sayı vermektedir. Moore ise daha tutucu davranmış ve 136 uygulama saymıştır. Bkz. Scott (n 1) 224-225. Yazarın derlemelerine katkı olarak, Stuyt tarafından hazırlanan eserde 1899 yılı sonuna kadar 231 tahkim uygulamasına, eserin tarihi olan 1938 yılına kadar ise 408 tahkim uygulamasına yer verildiğini belirtmek gerekir. Stuyt (n 76) 242; 432. Ayrıca bkz. Lord (n 69) 44-45; Grewe (n 49) 519.

¹⁰⁴ Édouard (Baron) Descamps, 'Essai sur L'Organisation de L'Arbitrage International' (1896) 28 Revue de Droit International et de Législation Comparée 5-74.

1800: 4; 1801-1820: 11; 1821-1840: 8; 1841-1860: 20; 1861-1880: 44; 1881-1900: 90. Görüldüğü üzere, özellikle 1820’li yıllardan itibaren her yirmi yılda tahkim uygulamalarının sayısı sürekli ikiye katlamıştır.¹⁰⁵

Jay Andlaşması’ndan sonra özellikle Birleşik Devletler ve Güney Amerika devletleri arasında benzer tahkim komisyonlarının teşkilini içeren andlaşmalar yapılmıştır. Yine bu duruma Panama Kongresi sonrasında bağımsızlıkları kazanmalarının ertesinde Güney Amerika devletlerinin kendi aralarında yaptıkları andlaşmalarda da rastlanır.¹⁰⁶ 1812 sonrasında Birleşik Devletler ve İngiltere arasındaki Kuzey Amerika’da sınırlandırmadan doğan sorunlar tahkim yoluyla çözülmüştür. Aynı şekilde Güney Amerika’daki birçok ülke sınırı ve Brezilya örneğinde tüm ülke sınırları tahkim metoduyla belirlenmiştir.¹⁰⁷ Tahkim yoluyla sorunların çözülmesi on dokuzuncu yüzyıl sonlarına doğru çok taraflı andlaşmaların bir esası haline gelir. Yine bu arada ilk zorunlu tahkim kaydı da Evrensel Posta Birliği’nin 1874 tarihli kuruluş sözleşmesine işlenmiştir.¹⁰⁸

Bu dönemde, Orta Çağ’daki tahkim uygulamalarına benzer şekilde devlet başkanlarının hakem olarak atandığı örneklere de sıkça rastlanır. Ancak özellikle on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren tahkime diplomatik uzlaşma metotlarından farklı olarak, tam anlamıyla hukuki yargılama niteliğini kazandırmaya yönelik bir eğilim görünürlük kazanmıştır.¹⁰⁹

Bu dönem için başarılı tahkim örnekleri olarak 1872 tarihli Alabama Tahkimi¹¹⁰, 1875 tarihli Delagoa Körfezi Tahkimi¹¹¹, Bering Denizi Tahkiminden¹¹² bahsedilebilir. Özellikle uluslararası yargının dönüm noktası olarak kabul edilen¹¹³ Alabama Tahkimi olarak bilinen uyuşmazlıkta, 1871 tarihli Washington Andlaşması ile kurulan tahkim heyetine havale edilen husus, Birleşik Devletlerdeki iç savaşta, Britanya’nın tarafsızlık yükümlülüklerini

¹⁰⁵ La Fontaine (n 75) 350.

¹⁰⁶ Hans-Jiirgen Schlochauer, ‘Arbitration’ in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 16-17.

¹⁰⁷ Grewe (n 49) 517.

¹⁰⁸ Schlochauer, *Arbitration* (n 106) 16-17.

¹⁰⁹ Grewe (n 49) 520.

¹¹⁰ *Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, 1872* (2012) Volume XXIX Reports of International Arbitral Awards, United Nations 125-134.

¹¹¹ *Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande-Bretagne et du Portugal sur certains territoires de la côte Est de l’Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques), 1875* (2007) Volume XXVIII Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 157-162.

¹¹² *Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering’s sea and the preservation of fur seals, 1893* (2007) Volume XXVIII Reports of International Arbitral Awards, United Nations 263-276.

¹¹³ Shabtai Rosenne, *The World Court – What It Is And How It Works*, Leyden: A. W. Sythoff, 1962, s. 13.



ihlal edip etmediği üzerinedir. Hakemlerin uygulayacakları kurallar, üç kural olarak andlaşmanın 6. maddesinde belirlenmiş ve tarafsızlığa ilişkin burada öngörülen ilkeler Lahey Barış Konferansları dahil geniş etki uyandırmıştır. Tahkim heyeti üyeleri Birleşik Devletler, Büyük Britanya, İtalya, İsviçre ve Brezilya temsilcilerinden oluşacaktır. Böylece tahkim heyetinin çoğunluğu, uyuşmazlığın tarafı olan devletlerle ilişkisi bulunmayan tarafsız hakemlerden oluşmuştur. Bu tahkimle savaşa neticelenmesi muhtemel bir uyuşmazlık barışçıl yöntemlerle hukuk yoluyla çözümlenmiştir. Scott'ın deyişiyle *eğer modern tahkimin kökeni 1794 Jay Andlaşması'na götürülecekse, 1871 Washington Andlaşması ve 1872 Cenevre Kararı (Alabama Talepleri Kararı) bunun zaferini ve haklılığını göstermektedir.*¹¹⁴

Alabama Tahkimi sonrasında uluslararası hukukçular arasında da tahkim konusu ciddi bir ilgi alanı haline gelmiştir. *Institut de Droit International* bünyesinde 1873'te kuruluşundan itibaren Washington Sözleşmesi üzerine tartışmalar yapılmış ve 1875'te uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözüm yollarından uluslararası tahkim prosedürüne ilişkin 27 maddelik bir maddeler çalışması ortaya konulmuştur.¹¹⁵ Bu çalışmanın Birinci Lahey Barış Konferansındaki görüşmeler üzerinde etkileri olmuştur.

1899-1900 tarihli Delagoa Körfezi Demiryolu uyuşmazlığında¹¹⁶ modern tahkim tarihinde ilk kez yargıç heyetinin tamamı tarafsız yargıçlardan oluşturulmuştur. Bu amaca yönelik olarak İsviçre Konfederasyonu Başkanı'ndan üç tarafsız yargıç ismi belirlemesi istenmiştir.¹¹⁷

Birinci Lahey Barış Konferansında üzerinde uzlaşılan ve ikincisinde de gözden geçirilmiş olan 1899 ve 1907 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Lahey Sözleşmelerinde (*Convention Pour le Règlement Pacifique des Différends Internationaux*) uluslararası tahkime de özel bir kısım ayrılmış ve üç ayrı başlık altında hükümlere yer verilmiştir: genel olarak tahkim, Daimî Tahkim Mahkemesi ve tahkim usulü.

Burada yer alan hükümleri genel olarak özetlemek gerekirse: Tahkimin amacı devletler arasındaki uyuşmazlıkların kendi seçtikleri yargıçlar tarafından hukuka saygı çerçevesinde çözülmesidir. Tahkime başvuru, verilecek karara iyi niyetle uyma taahhüdünü de içermektedir. Diploması ile çözüm bulunamaması halinde imzacı taraflar tahkimin en etkili ve hakkaniyetli yöntem olduğunu kabul ederler. Tahkimname, doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında, genel olarak veya özel bir uyuşmazlığa münhasır olarak düzenlenebilir. Diplomasıyla çözülemeyen sorunların hızlıca çözülebilmesi amacıyla, her an erişime açık

¹¹⁴ Scott (n 1) 242.

¹¹⁵ Bkz. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Tome I – 1877, (réimp. Bad Feilnbach: Schmidt Periodicals GmbH, 1994), s. 126-133.

¹¹⁶ *Sentence finale du Tribunal arbitral du Delagoa*, prononcée à Berne, le 29 mars 1900, La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, s. 398-410.

¹¹⁷ Grewe (n 49) 520-521.

olan bir Daimi Tahkim Mahkemesi teşkil etmek konusunda sözleşmeciler taraflar anlaşmışlardır. Taraflar özel bir tahkim mahkemesi oluşturmak istemediği sürece Daimi Tahkim Mahkemesi bütün tahkim davaları konusunda yetkili olacaktır. Normal şartlarda tahkim mahkemesi Lahey’de toplanacaktır ancak farklı bir karar alınması mümkündür. Mahkemenin sekreteryası ve diğer bilgileri ile hakemlerin seçilme usulleri ve yine başvuru usulü sözleşmede belirlenmiştir. Tahkim usulüne ilişkin kısımda ise tahkimname (*compromis*) hazırlanmasına ve usulüne, hakemlerin seçilmeleri, sayılarının belirlenmesi ve çalışma usulleri ve diğer yargılama usullerine ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Son olarak tahkim mahkemesi tarafından verilen karar, sadece tahkimnamenin taraflarını bağlar ve kesindir; karşı başvuru yolu bulunmaz.¹¹⁸

Daimi Tahkim Mahkemesi, her ne kadar yerleşik bir mahkeme olmasa da, uluslararası hukukun gelişimine hizmet etmiştir. 1899 Lahey Barış Konferansı sonrasında, yukarıda ifade edildiği üzere, bu mahkeme tahkim süreçlerinin kolaylaştırılması için kurulmuş ve çok bilinen birçok davada buradan seçilen hakemler yer almıştır. Yine buradaki temel amaçlardan biri tarafsız, bağımsız ve tecrübeli yargıçların seçilmesinin sağlanmasıdır. Mahkeme bünyesinde oluşturulan tahkim heyeti tarafından verilen ilk karar 1902 tarihli Pious Fund Tahkimi kararıdır.¹¹⁹ Casablanca Tahkimi¹²⁰, Osmanlı-Rusya Tazminat Faizi Uyuşmazlığı¹²¹, Canevaro Davası¹²² ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı yargıçlarından ve aynı zamanda başkanlık da yapmış olan Max Huber tarafından tek hakem olarak karar verilen Palmas Adası Davası¹²³ gibi uyuşmazlıklarda verilen kararlar Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesinde verilen önemli kararlara örnek olarak sayılabilir. 1. Dünya Savaşı’na kadar olan dönemde Daimi Tahkim Mahkemesi’nden çıkan 14 karar bulunurken, iki Dünya Savaşı arasındaki dönemde bu sayı sadece 7’dir. Daha sonraki dönemde ise Mahkeme’nin etkinliği gittikçe azalmıştır.¹²⁴ Son yıllarda tahkim şartı içeren

¹¹⁸ 1899 Sözleşmesi md. 15-57; 1907 Sözleşmesi md. 37-90; Bkz. Scott JB, The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Volume II – Documents (The John Hopkins Press 1909) 89-107, 324-350.

¹¹⁹ The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico), 1902 (2006) Volume IX Reports of International Arbitral Awards, United Nations 1-14; Karl Lamers, ‘Pious Fund Arbitration’ in Rudolf Bernhardt (Ed.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment 2 (North Holland - Elsevier 1981) 229-230.

¹²⁰ Affaire de Casablanca, 1909 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 119-131.

¹²¹ Affaire de l’Indemnité Russe (Russie, Turquie), 1912 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 421-447.

¹²² Affaire Canevaro, (Italie, Pérou), 1912 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 397-410.

¹²³ Island of Palmas Case (Netherlands, USA), PCA, 1928 (2006) Volume II Reports of International Arbitral Awards, United Nations 829-871.

¹²⁴ Hans-Jiirgen Schlochauer, ‘Permanent Court of Arbitration’ in Rudolf Bernhardt (Ed.), Encyclopedia of Public International Law, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 162.



Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi gibi sözleşmeler sayesinde Daimi Tahkim Mahkemesi'nin etkinliğinin yeniden arttığı görülmektedir.

Son olarak, geçmiş yüz yıllık süreçte hem ikili andlaşmalarda hem de çok taraflı sözleşmelerde tahkim kaydına sıklıkla yer verildiği ve uyuşmazlıkların çözümü adına tahkimin kullanılmaya devam ettiği ifade edilmelidir. Aynı şekilde Milletler Cemiyeti Misakı'nda, yürürlüğe girmemiş olan Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin 1924 tarihli Cenevre Protokolü'nde, 1928 ve 1949 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne Dair Genel Senet'te ve Birleşmiş Milletler Şartı'nda uyuşmazlık çözüm metotlarından biri olarak tahkime işaret edilmiştir.¹²⁵

SONUÇ

Uluslararası tahkim, diğer uyuşmazlık çözüm metotlarından birden fazla alanda farklılaşır. Tahkim, Daimi Tahkim Mahkemesi de dâhil olmak üzere, yerleşik uluslararası mahkemelerden farklıdır zira tahkimde bir davaya özel olarak oluşturulan bir yargı merci söz konusudur. Burada mevcut olan uyuşmazlık çözüm yöntemi, müzakere, arabuluculuk veya uzlaşma gibi yöntemlerden de farklıdır zira taraflar, hukuk eliyle çözülmesi amacıyla nihai karar vermek üzere bir hakem veya hakem heyetine uyuşmazlığı havale etmektedir. Tahkim mahkemesi tarafların kendisini yetkilendirdiği kurallara veya duruma göre uluslararası hukuk kurallarına göre kararını verir. Yargılamaya ilişkin usul, taraflarca yapacakları tahkimnamede belirlenir veya duruma göre buna tahkim mahkemesi karar verir. Burada ilkesel olarak verilen karar kesindir ve karşı başvuru yolu bulunmaz.

Modern siyasetle eş zamanlı olarak ortaya çıkan mutlakiyet düşüncesinin, nihai karar merci olarak bir hakemi veya tahkim heyetini yetkilendirme düşüncesine uyum sağlaması iki yüzyıllık bir sürece yayılacaktır. Modern devletler karşılarına çıkan problemleri çözmek için öncelikli olarak silahlarına sarılmayı tercih etmişlerdir. Değişen siyaset anlayışıyla birlikte, özellikle Kilise'den bağımsızlaşan ve iktidarını ve egemenliğini sınırlandırma potansiyeli içeren her türlü tehdide karşı devamlı teyakkuzda olan bu egemenlik sahibi devletler için Jay Andlaşması yeni bir kapı aralamıştır. Devletler açısından sürekli olarak savaşa başvurmak ve çözümsüz diplomatik süreçlerin peşinden koşmak yerine uyuşmazlıkların hukuk yoluyla çözülmesini sağlamak üzere taraflarca belirlenecek sınırlar dâhilinde, yine taraflarca belirlenecek kişilerce çözülmesi anlamında tahkim yolunu kullanmak da menfaatlerinin korunmasına hizmet edebilmektedir.

Jay Andlaşması ile iki taraf devlet uyuşmazlıklarını kurdukları karma komisyonlar eliyle çözmeye çalışmışlar ve böylece daha önceleri sürekli diplomatik nitelikte olan tahkim benzeri faaliyetler artık hukuki bir görünüm

¹²⁵ Schlochauer, Arbitration (n 106) 18-19.

kazanmıştır. Uluslararası hukukun en önemli amaçların biri uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesidir. Tahkimin uluslararası barış ve güvenliğe olan katkısına dair Jay Andlaşması'yla ortaya çıkan bilinç, on dokuzuncu yüzyıl boyunca aşamalı bir şekilde tahkim uygulamalarının canlanmasına netice vermiş ve Alabama Tahkimi ile bu yönetime olan ilgi zirveye ulaşmıştır. Artık tahkim savaşıyla neticelenebilecek uyuşmazlıklar için dahi etkili bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak görülebilmektedir. 1899-1907 Lahey Barış Konferanslarında, barışsever uluslararası hukukçuların eskiden beri talepleri olan yerleşik, daimi ve aynı zamanda zorunlu yargı yetkisine sahip bir mahkemenin kurulması mümkün olamamış ise de, tahkim süreçlerinin ve tarafsız hakem seçiminin kolaylaştırılması adına bir Daimi Tahkim Mahkemesi kurulabilmektedir. Tahkime ilişkin bu birikimler, Birinci Dünya Savaşı'nın da yıkıcı ve sarsıcı etkisiyle birlikte bir Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın kurulmasına netice vermiştir.

KAYNAKÇA

- Akal CB, *İktidarın Üç Yüzu* (6. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013).
- Annuaire de l'Institut de Droit International*, Tome I – 1877 (réimp. Schmidt Periodicals GmbH 1994).
- Ballaire H, *Étude Historique sur les Arbitrages dans les Conflits Internationaux* (Librairie Franklin 1872).
- Bevans CI (Ed.), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, Volume 12 (Department of State Publication 1974).
- Büyük ME, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha 2018).
- Descamps É, 'Essai sur L'Organisation de L'Arbitrage International' (1896) 28 *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 5-74.
- Dreyfus F, *L'Arbitrage International* (Calmann Lévy 1892).
- Fraser HS, 'Sketch of the History of International Arbitration' (1926) 11(2) *Cornell Law Review* 179-208.
- Gallaudet EM, *A Manual of International Law* (A.S. Barnes & Co. 1879).
- Gennadius J, *A Record of International Arbitration* (Four Articles Reprinted From Broad Views) ((For Private Circulation) 1904).
- Grewe WG, *The Epochs of International Law* (Trans. Michael Byers) (De Gruyter 2000).
- Hall WE, *International Law* (The Clarendon Press 1880).
- Hall WE, *International Law* (3. Ed., The Clarendon Press 1890).
- Halleck HW, *Elements of International Law and Laws of War* (J. P. Lippincott & Co. 1866).



Halleck HW, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States In Peace and War* (H.H. Bancroft & Company 1861).

Heffter AG, *Le Droit International Public de l'Europe* (Fr. Çev. Jules Bergson) (A. Cotillon & Cie. 1883).

Hershey AS, 'History of International Law Since the Peace of Westphalia' (1912) 6(1) *The American Journal of International Law* 30-69.

Kuran S, Aydın Okur D, Günel RŞ, Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014).

La Fontaine H, 'Histoire Sommaire et Chronologique des Arbitrages Internationaux (1794-1900)' (1902) 4 *Revue de Droit International et de Legislation Comparée* 349-380; 558-582; 623-648.

La Fontaine H, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux* (Stämpfli & Cie. 1902).

Lamers K, 'Pious Fund Arbitration' in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 2 (North Holland - Elsevier 1981) 74-75.

Lapradelle AG de, Politis N, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Tome 1, 1798-1855 (A. Pedone 1905).

Lauterpacht H, 'The Grotian Tradition in International Law' (1946) 23 *British Year Book of International Law* 1-53.

Lauterpacht H, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (with special reference to international arbitration) (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

Lauterpacht H, *The Function of Law in the International Community* (Oxford University Press (1933) 2011).

Lawrence WB, 'Note pour Servir a L'Histoire des Arbitrages Internationaux' (1874) 6 *Revue de Droit International et de Legislation Comparee* 117-141.

Levallois J, *La Vérité sur l'Arbitrage, Dates et Faits* (Imprimerie Chaix 1885).

Lord EL, 'International Arbitration' (1892) 2(4) *American Academy of Political and Social Science* 471-487.

Mairet G, 'Podovalı Marsilius'dan Louis XIV'e Laik Devletin Doğuşu' in Cemal Bali Akal (ed), *Devlet Kuramı* (4. Bası, Dost Kitabevi Yayınları 2013) 215-242.

Martens F de, *Traité de Droit International*, Tome: I-II, (Fr. Çev. Alfred Léo) (Librairie Marescq Aine 1883-1887).

Martens G de, *Recueil des Principaux Traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de Neutralité, de Commerce, de Limites, d'Échange, etc.: Conclues par les Puissances de l'Europe tant entre Elles qu'avec les Puissances et États dans*

d'autres Parties du Monde Depuis 1761 Jusqu'à Présent, Tome V., 1791-1795 in Charles De Martens (Ed.) (2. Ed, Librairie de Dieterich 1826).

Mérignhac A, *Traite Theorique et Pratique de L'Arbitrage International* (L. Larose 1895).

Moore JB (Ed.), *International Adjudications - Ancient and Modern - History and Document, Modern Series*, Vol. 4 (Oxford University Press 1931).

Moore JB, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party – 5* (Government Printing Office 1898).

Murty BS, 'Settlement of Disputes' in Max Sørensen (Ed.), *Manual of Public International Law* (Palgrave Macmillan 1968) 672-735.

Poggi G, *Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği* (4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014).

Ræder AH, *L'Arbitrage International Chez Les Hellenes* (Félix Alcan 1912).

Revon M, 'L'Arbitrage International dans la Civilization Grecque' (1892) 16 Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger 314-329.

Schlochauer HJ, 'Arbitration' in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 13-28.

Schlochauer HJ, 'Jay Treaty' in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 108-111.

Schlochauer HJ, 'Permanent Court of Arbitration' in Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 1 (North Holland - Elsevier 1981) 157-163.

Schwarzenberger G, 'Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations' (1978) 53 Notre Dame Law Review 715-733.

Scott JB, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Volume I (The John Hopkins Press 1909).

Scott JB, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Volume II – Documents (The John Hopkins Press 1909).

Shabtai Rosenne, *The World Court – What It Is And How It Works* (A. W. Sythoff 1962).

Stuyt AM, *Survey of International Arbitrations 1794–1938* (Springer-Science+Business Media 1939).

Taube MA, 'Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age' (1932) 42(IV) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (Librairie du Recueil Sirey 1933).

Tod MN, *International Arbitration Amongst the Greeks* (Clarendon Press 1913).

Türkay Kahraman FŞ, 'Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 925-947.

Westermann WL, 'Interstate Arbitration in Antiquity' (1907) 2(5) The Classical Journal 197-211.

Kararlar:

Affaire Canevaro, (Italie, Pérou), 1912 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 397-410.

Affaire de Casablanca, 1909 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 119-131.

Affaire de l'Indemnité Russe (Russie, Turquie), 1912 (2006) Volume XI Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 421-447.

Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, 1872 (2012) Volume XXIX Reports of International Arbitral Awards, United Nations 125-134.

Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals, 1893 (2007) Volume XXVIII Reports of International Arbitral Awards, United Nations 263-276.

Island of Palmas Case (Netherlands, USA), PCA, 1928 (2006) Volume II Reports of International Arbitral Awards, United Nations 829-871.

Sentence finale du Tribunal arbitral du Delagoa, prononcée à Berne, le 29 mars 1900, La Fontaine H, Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux (Stämpfli & Cie. 1902) 398-410.

Sentence arbitrale relative aux requêtes de la Grande-Bretagne et du Portugal sur certains territoires de la côte Est de l'Afrique appartenant autrefois aux Rois de Tembe et Mapoota, incluant les îles de Inyack et Éléphant (Baie de Delagoa ou Lorenzo Marques), 1875 (2007) Volume XXVIII Recueil Des Sentences Arbitrales, Nations Unies 157-162.

The Betsey, Jay Treaty (Art. VII) Arbitration, Moore JB (Ed.), International Adjudications - Ancient and Modern - History and Document, Modern Series, Vol. 4 (Oxford University Press 1931) 179-290.

The Neptune, Jay Treaty (Art. VII) Arbitration, Lapradelle AG de, Politis N, Recueil des Arbitrages Internationaux, Tome 1, 1798-1855 (A. Pedone 1905) 138-157.

The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico), 1902 (2006) Volume IX Reports of International Arbitral Awards, United Nations 1-14.